

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,
Antonio Belsito, Francesco Amendolito, Gianluca Aresta,
Daniela Cervellera, Pietro Difino, Nicola Roberto Toscano.*

CAPOREDATTORE

Giuseppe Conforto

REDAZIONE

*Mariagrazia Acampora, Marco Ariani, Mario Assennato, Clarenza Binetti,
Roberta Bruno, Fabio Cardanobile, Ilaria Careccia, Giuseppe Conversano,
Marilena Cortese, Marianna Digregorio, Domenico Di Pierro, Francesco
Gismondi, Maria Mangiatordi, Felicia Papagni, Vincenzo Rizzi, Valeria Serafini.*

www.dirittodeilavori.it

info@dirittodeilavori.it

Tutti i diritti sono riservati
Copyright 2007 by Cacucci Editore

www.
dirittodei**lavori**.it

Rivista Telematica di Diritto del Lavoro
Periodico di informazione giuridica



Cacucci Editore

DIRETTORE RESPONSABILE: Gaetano Veneto

VICEDIRETTORE: Tommaso Germano

COORDINATORE SCIENTIFICO: Antonio Belsito

COMITATO SCIENTIFICO:

Gaetano Veneto, Antonio Iannarelli, Tommaso Germano, Antonio Belsito, Francesco Amendolito, Gianluca Aresta, Daniela Cervellera, Pietro Difino, Nicola Roberto Toscano.

CAPOREDATTORE: Giuseppe Conforto

REDAZIONE:

Mariagrazia Acampora, Marco Ariani, Mario Assennato, Clarenza Binetti, Roberta Bruno, Fabio Cardanobile, Ilaria Careccia, Giuseppe Conversano, Marilena Cortese, Marianna Digregorio, Domenico Di Pierro, Francesco Gismondi, Maria Mangiatordi, Felicia Papagni, Raffaella Romano, Vincenzo Rizzi, Valeria Serafini.

Autorizzazione del Tribunale di Bari n. 62/2006

Sede Comitato Scientifico: presso 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:

Precariato, flessibilità ...	07
------------------------------	----

DOSSIER:

Giovani e lavoro: un incontro impossibile?	11
Diritti costituzionali nel lavoro	23
Un primo bilancio sulla riforma del mercato del lavoro	25
Direzione e coordinazione: le nuove forme di lavoro ai confini della subordinazione	33
Troppe morti bianche sul lavoro. Quali responsabilità?	43

I LAVORI:

- IL LAVORO DELLE GUARDIE GIURATE	
Guardie giurate: la costituzione del rapporto di lavoro	51
- IL LAVORO DEL MEDICO	
Trasmissione della responsabilità medico-sanitaria e strumenti per la gestione del rischio clinico	59
- IL LAVORO NEL PUBBLICO IMPIEGO	
InfermierI: svolgimento delle mansioni superiori e riconoscimento delle differenze retributive	65

PRASSI AMMINISTRATIVA E PROFILI PROCEDURALI

Termine perentorio per l'adozione della sanzione disciplinare	75
Riconducibilita' del processo di "internalizzazione" nell'art 2112 c.c.	81

RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE

Corte Costituzionale: congedo straordinario retribuito al coniuge del disabile	97
La perdita di chance non è una mera aspettativa	113
La prova del danno da demansionamento secondo le Sezioni Unite	129

EDITORIALE

Precariato, flessibilità ...

Tanto si scrive e tanto si parla dei temi dell'occupazione giovanile, della validità ancora attuale o dell'esigenza di superare o integrare la cd. "legislazione Biagi", più esattamente la disciplina delle nuove forme contrattuali introdotta dalla legge 30 del 2003 e, in sua applicazione, soprattutto del D. Lgs. 276 dello stesso anno. In realtà la discussione su flessibilità e precarietà altro non è che, spesso, un paravento o un'offa per giocare pesantemente su equilibri politici, maggioranze che volta a volta si dissolvono o ricostituiscono, in una vorticoso quanto ormai patetica lotta per il potere in un Paese che, progressivamente, quanto rapidamente, si accinge ad occupare le ... ultime posizioni nel contesto della nuova Europa a 27.

Ormai il gioco appare chiaro, soprattutto nella maggioranza governativa, ma spesso anche nella minoranza parlamentare dell'attuale legislatura. Discutere sulla "legge Biagi" altro non è che un lanciare mediati segnali per sondare spazi da conquistare o da non perdere negli equilibri di potere del nostro Paese.

Non a torto i più avveduti giuristi ed economisti invitano a riflettere su dati oggettivi prima di lanciare sentenze, assolutorie o totalmente condannatorie, sulla legislazione più recente sul mercato del lavoro. Non vi è dubbio che l'occupazione in Italia, il tasso occupazionale cioè, è nettamente più basso rispetto ai Paesi a noi più vicini e con i quali bisogna confrontarsi. Germania, Inghilterra, Francia, per non parlare dell'Olanda, hanno tassi percentuali di occupazione nettamente più alti del nostro Paese fino ad un 20% in più. Se poi i dati si disaggregano la situazione appare preoccupante per i giovani, per il Mezzogiorno e, all'interno di questo, per le giovani donne in particolare. Questo elemento, e cioè la mancata utilizzazione di diverse centinaia di migliaia, di poco meno forse di due milioni di potenziali lavoratori, contribuisce chiaramente a ridurre notevolmente il nostro PIL e a far regredire sempre più l'Italia nella classifica dei Paesi industriali più sviluppati. E in proposito ben poco vale il dato statistico della notevole diminuzione, virtuale più che reale, del tasso di disoccupazione, tenendo presente anche la larga fetta di lavoro nero da un lato e di disinteresse dei giovani anche a rendere ufficiale la loro

inoccupazione o disoccupazione. Vi è anche un altro dato da pochissimi giorni segnalato dal Governatore della Banca d'Italia: i salari italiani sono cresciuti percentualmente negli ultimi dieci anni 4, 5, 10 e 20 volte meno che in altri Paesi, riducendo così il potere d'acquisto dei lavoratori dipendenti e, pertanto, rallentando ulteriormente produzione e sviluppo economico del Paese.

Se si parte da questi dati assolutamente ridicola, quando non tragica ancora una volta con Flaiano è la discussione su flessibilità e precarietà. Che vuol dire difendere l'occupazione stabile, come si dice con felice battuta, più stabile di un matrimonio concordatario, per i dipendenti, che vuol dire lottare a tutti i costi per forme di contratti a tempo indeterminato, se non si pensa prima alle modalità di ingresso sul mercato del lavoro e alle garanzie, dopo, per evitare abusi ed ingiusti privilegi? Ma, ancora e soprattutto, perché discutere, senza alcun dato di fatto e di riferimento, su forme di lavoro, quali il job on call, il lavoro a chiamata, a fronte, per esempio, in questi giorni, dell'esigenza di dar lavoro il sabato e la domenica ed eccezionalmente in altri giorni a decine di migliaia di stewards per garantire la sicurezza sui campi di gioco, così come richiesto dagli organismi internazionali del calcio, la UEFA e la FIFA? Eliminando il lavoro a chiamata si perdono occasioni a migliaia, a decine e decine di migliaia, per giovani che possono guadagnare il denaro necessario e, forse, sufficiente per pagarsi gli studi o per avere un salario minimo che permetta una sopravvivenza, in alternativa a nessun salario e a nessuna forma quindi di sostentamento. Veramente vogliamo continuare ad avere "bamboccioni" protetti dalle famiglie ed emarginati da un pur precario mercato del lavoro? O vogliamo discutere senza pregiudizi sul lavoro a termine e sulle forme di collaborazione fra sindacati ed imprenditori sull'argomento? Discutiamone.

Gaetano VENETO

DOSSIER

GIOVANI E LAVORO: UN INCONTRO IMPOSSIBILE?

di Michele Tiraboschi*

“Devo partire dai ringraziamenti per questa opportunità significativa che mi è stata data di parlare con i ragazzi, con i giovani, su un tema che più li riguarda direttamente, riguarda il loro futuro lavorativo e sicuramente, come dicevo prima ai colleghi, è un tema affascinante anche se non è facile capire da dove iniziare.

Cercherò di utilizzare un linguaggio il più possibile semplice, diretto, il meno tecnico possibile.

Vengo da Modena, dalla Facoltà di Marco Biagi e per parlare del tema dei giovani e del vostro futuro lavorativo devo necessariamente parlare di Legge Biagi: il famoso Decreto Legislativo 276 convertito nella Legge 30, presentato in Parlamento nel settembre del 2001 quando Marco Biagi era ancora vivo.

E' nato un dialogo con la nostra Università e l'Università di Bari ed il Prof. Veneto sul tema del mercato del lavoro. Qualcuno di voi ricorderà il precedente convegno. In quella sede ci eravamo incontrati con il braccio destro del Ministro del Lavoro che presentava proposte di riformare la Legge Biagi. Era un anno fa. I tempi del legislatore sono sempre molto lenti. Proprio stamattina il Consiglio dei Ministri ha presentato un corposo Disegno di Legge di 33 articoli, 50 pagine, un testo molto importante, che

inciderà sulla Legge Biagi andando a ratificare il famoso Protocollo sul Welfare - che abbiamo letto sui giornali - ideato a metà luglio di quest'anno tra le associazioni datoriali ed i sindacati (in realtà non tutte le associazioni datoriali), al fine di creare occupazione.

E quindi ripartiamo dalla Legge Biagi, dalle proposte di riforma, cercando un po' di riprendere il ragionamento fatto dal Prof. Garofalo¹ sulle tipologie contrattuali, sui canali contrattuali e gli strumenti di inserimento nel mercato del lavoro.

Io credo che, specialmente in una Facoltà di Giurisprudenza, si debba fornire un approccio non solo sul dato giuridico secco ma anche soggettivo: siete studenti che state imparando una professione, state imparando a utilizzare un metodo giuridico - come dice il Prof. Garofano - a ragionare con il vostro cervello. E' chiaro che tale prospettiva non andrebbe seguita; è

* Professore ordinario di Diritto del lavoro presso la Facoltà di Economia dell'Università di Modena e Reggio Emilia.

¹ Si riferisce alla relazione di Mario Giovanni Garofalo, Ordinario di Diritto del Lavoro, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Bari. Il testo riproduce la relazione presentata al seminario giuridico: “*Le nuove forme contrattuali e il lavoro dei giovani*” del 12 ottobre 2007 presso l'Aula Magna dell'Università di Bari.

chiaro che - e lo dicevo anche l'anno scorso in una Facoltà di Economia - sarebbe un po' sbagliato partire da qui: dal dato giuridico secco, cioè dalla Legge Biagi, che avete già studiato nel corso di lezioni del Prof. Veneto, dal dato normativo perché creeremmo un circolo vizioso in cui è facile fare dei ragionamenti un po' forviati da tendenze partigiane.

E allora, quindi, io vorrei ripartire - come mi insegnano nelle Facoltà di Economia - in cui insegnano, appunto, ad arrivare al ragionamento fondato sul fatto, perché un ragionamento fondato soltanto sul testo è poco concludente, per i lavori precari.

I dati di fatto che bisognerebbe portare sul tavolo giuridico sono altri. Ma cominciamo col confrontare i dati sulla situazione occupazionale in Europa e in Puglia, perché chiaramente noi guardiamo la Puglia e l'Italia, in questo nuovo mercato globale.

E' stato pubblicato il rapporto dell'EUROSTAT, che sarebbe l'ISTAT a livello Europeo, un rapporto molto interessante che dice che la Puglia è la regione d'Europa peggio posizionata per il lavoro delle donne. Dice che solo il 27% ha un lavoro, un lavoro regolare evidentemente...e questo è già un dato negativo. Si parla del 27% di occupazione femminile...immagino la percentuale sull'occupazione femminile giovanile!

Prima ancora di affrontare il tema sul precariato, sui contratti atipici, questi famosi lavori a progetto, è un grave problema che su 4 donne 3 non hanno un lavoro! Non è questione di atipicità, di precarietà, di legge sulla flessibilità! Qua c'è gente che non lavora!

Questa è una regione che dal punto di vista dell'occupazione non cresce e

non solo per le donne. I dati sono altrettanto significativi per l'occupazione maschile: in Italia i giovani inattivi sono il 20% in altri Paesi sono il 10%-12% .

Chiaramente, i vostri coetanei del nord sono più fortunati, hanno un mercato del lavoro più attivo, che ha una fame incredibile di forza lavoro, di lavoro qualificato, di lavoratori capaci di portare creatività perché loro non ne hanno.

Qui la situazione è veramente complessa e drammatica e lo vedo anche dalla fuga dei ragazzi dalla vostra terra per andare al nord o, addirittura, per andare in altri Stati, negli Stati Uniti o in Europa dove c'è invece un mercato molto più recettivo.

Organizzo proprio per la mia Università e su questo punto vorrei ritornare, delle lezioni, perché le aziende ci chiedono figure professionali e circa il 55% dei *curricula* che mi arrivano sono di ragazzi che provengono dalla vostra Università e, peraltro, sono molto contento perché la preparazione e le competenze che dimostrano gli studenti dell'Università di Bari è eccezionale se equiparata con quella di altri atenei del mezzogiorno. Questo va a merito dei vostri docenti che hanno una competenza e una preparazione che non trovo in altri.

E voglio partire proprio da qui per impostare un ragionamento sul lavoro dei giovani, sul lavoro flessibile, precario. Sta di fatto che, in base ai dati sull'occupazione, le persone tra i 15 ed i 64 anni che hanno un lavoro regolare è pari al 45% in Puglia, mentre al nord siamo intorno al 70- 75%. Quindi meno di una persona su due non lavora. C'è un problema di genere, c'è un problema legato all'occupazione femminile, c'è un problema per i

giovani, c'è però un problema più culturale che reale. C'è ancora una difficoltà di ingresso, perché se non c'è lavoro per gli adulti è utile pensare che i percorsi di flessibilità ed i contratti atipici hanno un rapporto con l'irregolarità. Qui non c'è lavoro, non c'è lavoro regolare! E' chiaro che il problema è più profondo, né tantomeno la Legge Biagi ha responsabilità in tal senso!

L'altro elemento da cui vorrei partire è il dato economico facendo riferimento al dato europeo.

Io credo che il dato europeo, a livello di rilevazione economica, di modelli di comparazione di ipotesi e soluzioni pratiche, è molto stimolante.

Da qualche anno l'Europa, è protesa verso la sfida competitiva molto difficile con le culture asiatiche, ma anche con colossi come gli Stati Uniti, Giappone, per il raggiungimento di maggiori tassi di occupazione regolare.

Forse conoscete la strategia competitiva, la strategia di Lisbona. Il Consiglio Europeo di Lisbona dice: *<<L'Europa per poter competere con gli altri Paesi deve avere più persone che lavorano, più persone che creano ricchezza, che pagano le tasse, che pagano i contributi, che creano quindi risorse che possono essere poi distribuite, quindi per crescere bisogna innanzitutto lavorare>>*.

In Giappone, negli Stati Uniti, nei Paesi asiatici i tassi di occupazione relativi a chi lavora regolarmente e produce regolarmente sono intorno al 70-75%.

Invece in Europa, il tasso di occupazione regolare è al 70%, la Puglia è lontanissima al 45%, ma lontanissima è anche la Lombardia ed il Veneto con tassi di occupazione al di sotto del 70%

mentre l'Emilia Romagna è quella che più si avvicina...io peraltro sono bergamasco!

Quindi al 70% l'occupazione media, al 70% l'occupazione femminile. Qui da voi è al 27% cioè non arriviamo neanche alla metà dell'obiettivo di Lisbona. Poi c'è l'occupazione degli over 50 che è un altro tema delicato: sono sul mercato il 50% delle persone che hanno più di 55 anni, qui da voi tale dato scende al 30%.

E' una situazione drammatica ed è da lì che occorre sviluppare il nostro discorso.

Biagi voleva parlare in termini di flessibilità e di legislazione programmatica: l'art. 1 del Decreto 276/2003 dice che tutta questa legislazione che si chiama Legge Biagi è pensata per incrementare non la produttività ma i dati di occupazione regolare soprattutto dei giovani. L'art 1 parla di occupazione di qualità anche attraverso qualche percorso formativo: questo è anche un modo per incrementare produttività.

Veramente l'art. 1 è una dichiarazione d'intenti, è una norma programmatica, non è detto che verranno raggiunti gli obiettivi, ma almeno con buona fede andiamo a vedere se l'impianto normativo è coerente con quello chiesto dalla realtà in tempi diversi. E' difficile immaginare che un legislatore abbia interesse a devastare il mercato del lavoro.

Noi siamo sempre molto presi da questo dibattito ideologico Legge Biagi sì, Legge Biagi no, ma non ci accorgiamo di cosa stia facendo.

Penso che nessuno di voi abbia letto la comunicazione di lavoro della Commissione Europea di settembre sull'occupazione giovanile. Sono 100

pagine bellissime perché il problema è pungente, cioè 100 pagine in cui l'UE ha fatto capire con un linguaggio semplicissimo - terra terra - 30 pagine di considerazioni, di dati, 2-3 paginette di proposte operative e 50 pagine di dati, statistiche, tabelle, proprio sull'occupazione giovanile.

E' significativo che si dica che l'Italia è sempre collocata all'ultimo posto sui dati relativi a questioni particolarmente importanti: sui tassi di occupazione giovanile, occupazione femminile, sui tassi di partecipazione della forza lavoro, sui tassi di partecipazione a percorsi educativo-formativi, sul tasso di dispersione scolastica. Noi abbiamo 1 milione e 300 mila ragazzi che non sono né a scuola né all'università e non sono al lavoro. Questi non sono precari atipici, non sono completamente inclusi nel mercato del lavoro, sono fuori da ogni rete di contatto!

E se è vero che gli atipici sono circa 2 milioni è più preoccupante che abbiamo 1 milione e 300 mila giovani fuori da ogni percorso serio di formazione, istruzione o lavoro e circa 4 milioni di persone sono in nero.

Questi dati dell'UE, dati oggettivi, dati dell'EUROSTAT, fanno capire che un ragazzo di Bari o un ragazzo di Modena è molto più svantaggiato rispetto a un coetaneo di Londra o di Parigi o di Bruxelles. Questo è un dato su cui occorre riflettere.

Soprattutto dal punto di vista delle soluzioni tecniche, normative, diplomatiche, di responsabilità di politici ma anche di imprenditori.

Questi documenti sull'occupazione giovanile seguono la prospettiva del lavoro dei giovani e delle tipologie contrattuali di lavoro. Questi documenti si intitolano: *promuovere*

una maggiore partecipazione dei giovani all'educazione, alla formazione, al lavoro, alla società. Cioè, quello che voglio dirvi è che questi documenti ci danno una prospettiva giusta di lettura che poi consente di misurare e valutare meglio le risposte tecniche, giuridiche, normative, cioè ci dà un percorso integrato, ci dice: noi non possiamo preoccuparci di un problema di occupazione di giovani solo una volta che questi ragazzi sono sul mercato del lavoro, bussano alle porte, le porte sono chiuse, non vengono aperte e allora entrano da porte secondarie che si chiamano raccomandazioni. Occorre occuparsene nella costruzione di sistemi educativi di istruzione e formazione per i nostri giovani sul mercato del lavoro perchè noi paghiamo le scelte sbagliate delle fasi iniziali della nostra crescita con i nostri sogni, le nostre aspirazioni.

Ho una bimba piccolissima, di 5 anni, che ha delle aspirazioni sul suo futuro lavorativo un po' problematiche... lei vuole fare la principessa!

L'UE ci dice che il momento più importante e strategico per i giovani e quindi anche per voi è quello di scegliere la scuola giusta, l'università giusta e poi seguire percorsi di transizione, che non vuol dire precarietà e/o flessibilità, ma la transizione in percorsi formativi ed educativi.

Noi oggi in Italia abbiamo due mondi separati: si va a scuola, poi all'università. Questi mondi non comunicano con il mercato del lavoro, non hanno canali istituzionali, di dialogo col mercato del lavoro. E' lì che si crea il disagio, la precarietà, la mancanza di informazioni, di

investimento su di voi, sulle persone, sui vostri talenti, sui vostri obiettivi. Questo è il grandissimo difetto che ha il nostro mercato del lavoro. Lo dicono anche gli europei.

Lo dicono tutti i documenti europei! Il vero problema è quello di fare le scelte giuste, nonostante il centro di statistica ISTAT, che pubblica ogni anno l'elenco delle facoltà, ci dica con precisione che il 50% di chi si iscrive a giurisprudenza e lo dicono le statistiche, non troverà occupazione; poi ci sono lauree non forti, come scienze della comunicazione; inoltre molti si laureeranno e faranno un lavoro diverso. E' necessario, invece, che qualcuno ti dica quali sono i corsi universitari, dove vi sono richieste di assunzione, dove non si riesce a trovare nessuno.

Ci si pone la domanda se tutti quelli iscritti a giurisprudenza hanno la passione per il diritto, il talento, le capacità, la voglia di seguire questo percorso, perché molto sicuramente si viene guidati, orientati, accompagnati, consigliati nella scelta dei nostri percorsi e nelle relative transizioni. Spesso noi scegliamo un percorso scolastico-universitario che poi condizionerà tutta la nostra vita sulla base di fattori emotivi, di comodità (*io abito a Bari, c'è un'ottima facoltà di giurisprudenza mi iscrivo a giurisprudenza, oppure la mia fidanzatina o il mio amico hanno scelto questa università, io sono incerto, seguo la loro scelta*).

Ovviamente, a vent'anni non si è consapevoli del peso di questa scelta sul futuro.

Per accompagnarvi nella transizione, per costruire percorsi seri, plausibili, ragionevoli, diretti al mondo del lavoro, occorre che il diritto

costruisca dei percorsi, dei ponti di comunicazione tra le famiglie, le sedi educative, le scuole, le università e il mercato del lavoro.

Questo ultimo elemento molto importante, questo strumento di informazione incide su quelle che sono le scelte formative inconsapevoli ma molto importanti.

Io volevo fare riferimento, basandomi su questi mitici documenti europei, all'Europa che propone anche diversi modelli.

Quando io entro nella vostra università non trovo, forse perché magari è nascosto, quello che trovo entrando in una università di Berlino o di Alberga...non trovo il collocamento e orientamento che invece in quelle università è inserito nel percorso formativo educativo e che ha una duplice valenza: la prima di guida e accompagnamento nella scelta; la seconda di guida e accompagnamento di noi professori, cioè capace di indicare a noi professori quello che il mercato vuole, perché dobbiamo spostare le regole del mercato, perché dobbiamo conoscere quello che il mercato chiede. Noi dobbiamo dire agli imprenditori: <<sono convinto che tu avrai bisogno fra 3-5-10 anni di queste altre figure, creiamo altri percorsi comuni perché è nell'interesse reciproco formare una forza lavoro che sia adeguata>>.

Del resto mi ha sempre sorpreso, leggendo le pagelline dell'Europa sull'Italia - come ho detto prima - nella strategia europea sull'occupazione (che è una strategia molto complicata) l'UE è molto competente sul mondo del lavoro, dà delle direttive guida e dice fate quello che volete, è competenza vostra, però attua un metodo di coordinamento tecnico per cui dice che

dobbiamo raggiungere dei dati statistici come il 70% di occupazione media, il 50% di occupazione degli over 55, il 70% di occupazione femminile e ci dà dei suggerimenti su come raggiungere questi obiettivi.

Nelle pagelline che ci fa l'Europa raramente si apre un dibattito sulla flessibilità e precarietà, anche se sono molto preoccupanti per la nostra situazione.

Nei documenti europei, a conferma dello spunto che vi ho dato, si parla del vero problema del mercato del lavoro italiano. Come dice il documento sull'occupazione del 2005: ***per creare occupazione giovanile bisogna investire sulla formazione e istruzione attraverso un corpo docente che progetta la formazione, quella famosa formazione di base non per esigenze vostre del futuro, ma per esigenze, competenze e capacità dei docenti.*** Noi docenti siamo abituati a scegliere percorsi comodi per cui ci piace non perdere molto tempo nelle università, spesso vuote, nelle quali non si trovano i docenti. Spesso noi facciamo percorsi educativi non in linea con quello che ci chiede il mercato.

Dopo di ciò c'è un altro problema italiano sull'occupazione dei giovani e lo si vede dal confronto comparato. Le statistiche ci dicono, che al di là delle vostre situazioni che influenzano i vostri percorsi, c'è chi ha problemi, chi meno, chi ha più difficoltà personali, familiari. In Italia i giovani entrano nel mercato del lavoro a 25 anni e i laureati intorno ai 28.

Voi guardate i vostri coetanei stranieri, quando dite questa cosa vi dicono: <<Voi italiani mammoni>>. Ma non è così.

Tutti i ragazzi stranieri si laureano

intorno ai 22-23 anni quindi, quando loro entrano nel mercato del lavoro sono veramente giovani, di fatto e anche giuridicamente. Ciò vuol dire che tutte le principali normative che si riferiscono all'inserimento dei giovani nel mercato del lavoro sono fattibili anche in termini di incentivi all'occupazione perché loro sono tecnicamente giovani. Se noi invece entriamo nel mercato del lavoro a 25 anni o più tardi se si è laureati è evidente che produciamo un effetto di spiazzamento delle tecniche giuridiche. Io costruisco un contratto formativo che però non è utilizzabile perché il ragazzo che entra per la prima volta non ha più l'età giuridica per quel contratto e comunque è vero che offrire un lavoro a progetto o un tirocinio non pagato a un ragazzo di 22 anni può andar bene, quello che conta a 22 anni è fare esperienza, conoscere; offrendo invece per la prima volta a 28-30 anni un tirocinio o un progetto significa incanalare il giovane in un percorso drammatico che poi dà luogo alla vera precarietà, perché è un percorso con un contratto a tempo determinato, ricco di ostacoli. Egli dovrà fare una gavetta ritardata che durerà molti anni, quindi stabilizzarsi intorno ai 40 anni, quando le nostre energie principali, i nostri sogni, i nostri ideali sono messi a dura prova come il portafoglio dei nostri genitori, insieme alle nostre aspirazioni e capacità. Questo è il vero problema!

E allora una soluzione potrebbe essere accorciare i tempi di inserimento nel mercato del lavoro.

Riprogettiamo i tempi di informativa ed educativi per renderli più compatibili e coerenti col mercato del lavoro e poi, come diceva il vostro professore, puntiamo molto sulle competenze, la formazione, la qualità,

che guarda caso è il contenuto dell'art. 1 della Legge Biagi: <<creare maggiore occupazione attraverso delle condizioni che tendono a far acquisire il giovane alle imprese e al mercato>>.

Quindi primo: mancanza di ponti e di confronto tra le sedi educative e formative ed il mondo del lavoro, introduzione nel mercato del lavoro della capacità progettuale e pragmatica di realizzare una scelta formativa coerente con le aspettative dei ragazzi e con i bisogni del mondo del lavoro.

Ma poi c'è un altro dramma italiano, sempre a confronto con altri paesi internazionali: a oggi le statistiche ci dicono che solo 4 di voi troveranno lavoro tramite canali formali di collocamento, centri per l'impiego, agenzie per il lavoro interinale.

Questo vuol dire che il 96% di voi per trovare lavoro dovrà arrangiarsi, quindi non solo si entra tardi, male, poco formati, poco attrezzati, ma anche senza aver fatto esperienze lavorative.

I vostri coetanei hanno lavorato il sabato e la domenica nei call center per pagarsi l'università, così poi possono far lavori più prestigiosi.

Invece noi, non avendo lavorato prima, usciamo tardi, non abbiamo esperienze lavorative e poi ci tocca fare un lavoro nei call center o al Mcdonald's quando abbiamo 28-30 anni...completamente diverso!

Ripeto 96 su 100 di voi andranno a cercarsi un lavoro senza un orientamento o un accompagnamento. E' chiaro che voi entrate in un percorso minato: qual è il lavoro giusto, qual è la scelta giusta, qual è il contratto giusto? Cosa fate voi? Non tutti siamo

fortunati da avere in casa chi ha lo studio legale o l'azienda o il papà che conosce qualcuno che ha l'azienda o uno studio per farmi fare la pratica!

Il progetto di riforma del Consiglio dei Ministri ribadisce la centralità degli uffici pubblici di collocamento rispetto a quelli privati (le famose agenzie di lavoro interinale che non piacciono a molti nostri politici) e non ci accorgiamo che tra pubblico e privato siamo al 4%, cioè non funziona né l'uno né l'altro.

E questo spiega quel dato statistico impressionante dell'ISTAT che ci dice che oltre il 50% di voi avrà un lavoro diverso rispetto al percorso di laurea! Certo, io sto sul mercato, non ho orientamento, accompagnamento, la mia università non si fa carico di me e, non solo, non mi pone nel mercato del lavoro. Dopo 2 mesi che aspetto, un anno che aspetto, 3 tirocini che ho fatto, accetterò tutto quello che devo accettare, farò un lavoro poco retribuito, mal retribuito, di pessima qualità, quindi un lavoro diverso da quello per cui ho studiato e comincerò ad entrare in un circolo vizioso, perché da un lato ci sono le mie aspettative e, dall'altro, ho fatto tanti sacrifici, la mia famiglia ha fatto sacrifici, ho speso tanto tempo nel percorso educativo-formativo e adesso devo accettare un tirocinio mal retribuito? Un lavoro al call-center?

Questo vuol dire che accanto alla necessità di progettare percorsi educativo-formativi per il mercato e con il mercato, occorre innanzitutto avere dei ponti formali, istituzionali, di incontro di offerta e domanda di lavoro.

Peraltro io sono contento di sapere che voi siete tornati al quadriennio e non al tre + due, che si è rivelato un

fallimento, per un semplice motivo che il 3+2 della riforma universitaria aveva uno scopo concettuale: siccome i giovani entrano tardi nel mercato del lavoro, accorcio i tempi dell'università così entrano prima. Solo che è successo che l'85-90% delle triennali diventavano lauree specialistiche, rompendo l'impianto della riforma e allungando ulteriormente i tempi di ingresso nel mercato del lavoro. Ciò è dovuto anche alla mancanza di una riforma parallela delle professioni: non solo le aziende non gradiscono la triennale ritenendola poco qualificata ma inoltre se io ho la triennale e non posso fare l'avvocato o l'ingegnere è evidente che sono obbligato a fare una specialistica e poi farò una specializzazione e poi farò dei tirocini e poi tutto da capo farò un altro master o dovrò accettare il primo lavoro che mi passano.

Occorre quindi costruire dei ponti di dialogo per fare in modo che questi mondi non siano più separati.

Quindi non è un problema di regole, non è un problema di Legge Biagi, è un problema di reti sociali, di reti istituzionali, che facciano dialogare i diversi mondi, i diversi settori. Orientare sapendo non solo di fare una scelta verso l'università, che è una scelta disciplinare, scientifica, culturale, ma perché ti dà quell'obiettivo sicuro sul mercato del lavoro. Il giovane deve avere conoscenza ed essere consapevole di questo percorso...poi, comunque, è una scelta che varia perché dettata dalla sua vocazione, dal suo talento, dalle sue capacità.

I ragazzi bravi e di talento in Italia non rimangono senza lavoro. Si fanno dei sacrifici, si fa la gavetta, ma vi assicuro che, almeno dalle nostre parti,

sono a caccia disperata di ragazzi di talento. Questo non lo dico io, lo dicono gli imprenditori, lo dice l'analisi del Ministero del Lavoro con i fondi dell'UE, che dice che ogni anno sono a caccia di 500-700 mila figure professionali, ma queste figure non si trovano, perché i nostri ragazzi hanno fatto percorsi educativo-formativi completamente diversi!

Quindi, quantomeno orientati, informati! Fai quel percorso perché sai che stanno cercando quell'occupazione. Questo potrebbe aiutare il collocamento e potrebbe essere un carico per l'università.

Istituire un centro di collocamento all'interno dell'università è anche un sintomo di responsabilizzazione, cioè l'università una volta che io mi sono laureato brillantemente mi dice dove vado a trovare lavoro, altrimenti lo studente si sente abbandonato e dirà ai suoi amici di non iscriversi qui, perché qui creano un percorso che non ha alcun seguito di futuro.

Si veda il modello anglosassone che ha molti difetti ma funziona sotto il punto di vista del collocamento ed è per questo che è anche dotato di un fondo economico, perché le imprese sapendo che la formazione è importante investono generosamente su queste università.

Lo semplifico in dati e cifre: ogni anno l'università sforna in Italia circa 200 mila laureati, ma le nostre università ne assumono solo 50-70 mila, quindi chi si laurea dovrà aspettare un anno, cioè su 100 nuovi occupati le aziende propendono per avere laureati solo nell'8-9%: questo è il dato drammatico!

Ciò non vuol dire che la nostra università deve sottostare alle regole del mercato, ma non può neanche

ignorarle, perché altrimenti, avrai difeso la tua autonomia, ma avrai creato il 92% di disoccupati o ragazzi destinati a percorsi precarizzanti.

Allora, ritengo, a questo punto, di tornare alla Legge Biagi, per cercare di vedere dal mio punto di vista cosa ha fatto la Legge Biagi. Che cosa ha pensato di fare? Che cosa non ha funzionato? Cosa invece pare abbia funzionato?

La Legge Biagi ha un po' modificato i tipi contrattuali, cioè fa quel tentativo di dare maggiore occupazione ai giovani modificando i tipi contrattuali. La Legge Biagi ha fatto un tentativo per dare maggiore occupazione ai giovani frammentando i tipi contrattuali.

Per qualcuno il contratto standard a tempo indeterminato è troppo rigido, perciò ci si orienta su un contratto temporaneo, a tempo determinato, tirocini, contratti a tempo intermittente, accessori, ripartiti. In questo modo magari intercettiamo meglio le esigenze delle imprese ed anche di quelle imprese che non investono sulla qualità ma investono invece sul dato del lavoro.

Così la Legge Biagi, (composta dal corposo Decreto 276/2003) all'art. 1 espone i suoi obiettivi: <<creare maggiore occupazione e maggiore occupabilità>> e all'art. 4, titolo 2: <<disciplina e organizzazione del mercato del lavoro>> dice che la prima cosa da fare è organizzare e regolamentare il mercato del lavoro perché non è possibile che si arrivi sul mercato senza guida e orientamento; non è possibile che solo il 4% trova lavoro attraverso i canali formali di incontro domanda-offerta di lavoro; non è possibile che le sedi educativo-formative e le associazioni non riescano

a dare servizi agli operatori, ai lavoratori, alle imprese e dice che scuola e università possono costituire soluzione ma non per creare lavoro interinale, no, ma per progettare percorsi educativo-formativi. Sapere cosa cerca il mercato! Da un lato mi sforzo a far crescere il mercato, a chiedere più qualità e, dall'altro, creare percorsi formativi su misura del mercato. E' importantissimo! Tutte le università, tutte le scuole possono creare sedi di collocamento. Così quando lo studente sceglie un percorso educativo e formativo non lo sceglie solo perché gli piace giurisprudenza, non solo perché è affascinato dalle lezioni del prof. Veneto, ma perché sa che gli darà poi un percorso, una certezza. Diffidate di chi vi parla della certezza del posto stabile, perché cambia la legge! Quello che invece deve darvi un legislatore e le istituzioni è la certezza e una speranza di un percorso serio, plausibile, ragionato, organizzato, l'organizzazione del mercato!

Molto spesso voi aderite ad una proposta di lavoro, ma prima vi fanno seguire un corso di formazione. Ciò succede perché c'è un mercato che funziona così male.

Quindi rompere il monopolio del collocamento, come ha fatto la Legge Biagi è un fattore positivo, dinamico, di competizione, di concorrenza! Voi conoscete da poco l'istituto del lavoro interinale legittimato dalla legge solo nel 1997, mentre in Francia e Germania è stato legittimato nel 1972!

Quindi un primo modello organizzativo: occorre creare un mercato del lavoro. Non serve irrigidire il contratto di lavoro.

Un capitolo importante sono i lavori a progetto, si chiamano **apprendistati**

e contratti di inserimento al lavoro.

Non solo bisogna creare i canali formali di dialogo incontro all'offerta di lavoro, ma anche progettare contratti che garantiscano la stabilità non per decreto o per legge ma perché creano competenze, formazione, qualifiche e rendono conveniente per l'impresa assumere la persona istruita. Io credo che il contratto di apprendistato sia un contratto a tempo indeterminato e non un contratto a termine, anche se le statistiche lo riconducono al lavoro a termine perché è un contratto che continua salvo che al termine della formazione l'impresa non intenda recedere dal contratto. Certo è un contratto che non ha le garanzie dell'art. 18, ma non è a tempo determinato e quindi è molto meglio di un contratto a progetto, perché costa meno; il costo contributivo è nell'apprendistato bassissimo, anzi è stato sbagliato introdurre un'aliquota contributiva anche se bassa del 15-18% a fronte di un'aliquota contributiva nel lavoro a progetto più alta.

Quindi, il contratto di apprendistato costa meno e garantisce la formazione della persona e, quindi, la sua applicazione è particolarmente interessante. Il quadro della Legge Biagi è invece drammatico: solo 5 o 6 Regioni hanno attuato questa Legge, efficace o meno. Le Regioni come Veneto, Lombardia, Sicilia seppure regioni di destra non l'hanno attuata e, tra l'altro, la mancata attuazione dipende da questioni politiche. La Regione che ha fatto alzare il tasso di occupazione giovanile in tempi record è l'Emilia Romagna, regione rossa, che ha perfettamente attuato la Legge Biagi, confermando che l'apprendistato è il contratto della riforma, perché è un contratto che fa capire che c'è la gavetta, che c'è un percorso di

apprendimento che, poi, dà certezza e stabilità. Sotto questo punto di vista la Legge Biagi dice cose anche sorprendenti: questo è un contratto professionalizzante, anche per i non laureati. Diventare l'apprendista di un maestro è la cosa più bella che esista al mondo.

Dunque lo studente non ancora laureato potrà non essere più solo. Un laureato ha bisogno di accompagnamento e potrà avere la possibilità di imparare un mestiere con una guida, un maestro che si prende l'incarico, chiaramente seguendo delle regole ben precise, per evitare uno sfruttamento. Il riferimento è, pertanto, a **quel gioco di anticipo** che dà la possibilità ai giovani di entrare nel mercato del lavoro.

La Legge Biagi prescrive percorsi di alta formazione all'interno dell'Università, sebbene poche Università lo attuino realmente. A riguardo, è possibile pensare ad un'intesa tra le aziende e l'Università: le prime assumono con contratto di apprendistato lo studente, condividendolo con l'Università. In questo modo si sviluppa un percorso formativo interno all'azienda. Il giovane studente lavora, acquisisce un titolo di studio universitario, biennale, specialistico (master, dottorato) e questo comporta che non sarà più necessario che trascorra il primo corso universitario triennale, il secondo specialistico, il primo e il secondo master per avere, un rapporto con l'azienda. In questo modo l'azienda **prende** lo studente a 20/21 anni. Chiaramente occorre che il territorio e le aziende siano disponibili, quantomeno facendo partire una sperimentazione! Ma vi è totale mancanza di questo genere di iniziative su tutto il territorio nazionale! Una

eccezione rappresenta l'Emilia Romagna, regione rossa, che ha creduto molto in questo progetto, con non poche difficoltà, in quanto far capire ad un'impresa che deve formare, collaborare nell'ambito di percorsi formativi interni/esterni non è semplicissimo, ma fin quando non si inizia a dialogare ad operare, non ci si può smuovere dalla situazione odierna.

Questo è uno strumento bellissimo, che non è stato inventato dalla Legge Biagi, ma è utilizzato in Francia, in Germania dove i tassi di occupazione evidenziano l'apporto positivo di tale strumento. E' ormai tradizione storica in Germania, ma anche in Danimarca, in Austria, così come in Provincia di Trento e Bolzano che lo studio, quindi la teoria, la formazione-base, sia accompagnata dalla conoscenza dei luoghi di lavoro, altrimenti, è veramente difficile che uno studente che non abbia neanche mai visto un ambiente di lavoro possa applicare le teorie che impara, non può apprendere la capacità di collocarsi in un contesto organizzato che è l'impresa: la mancata conoscenza del modello organizzativo comporta l'impossibilità di applicare la teoria. Questo fa capire, ai giuristi, che il diritto del lavoro non è solo strumento di tutela ma anche strumento di gestione ed è questa, a suo avviso, la vera sfida della Legge Biagi: non si può discutere di come si fa impresa, di come si crea occupazione, di sviluppo, di produttività, di come si fa a trarre talenti, imprenditori che vogliono investire, se prima non si capisce che il diritto del lavoro è anche uno strumento di competizione, infatti è in questo modo che si può dare uno strumento in più in mano a chi dirige l'impresa. Il diritto del lavoro è potere direttivo, è potere disciplinare, è strumento di organizzazione. Prima di

tutto deve esserci un modello organizzativo chiaro: le imprese per poter dare tutela e posti stabili devono essere messe nelle condizioni di produrre ricchezza.

L'ultimo punto è il tema della certificazione dei contratti di lavoro, che possono essere usati anche dalle Università non soltanto, quindi, dando l'orientamento ma, oltretutto, accompagnando gli studenti presso le aziende nella scelta del contratto giusto, ovvero, quello che pur non dando un posto di lavoro, è coerente con le esigenze delle imprese e degli studenti.

Nella città di Modena ci sono stati 1.500 contratti certificati! Le aziende hanno avuto la certezza di poter operare, dialogare con interlocutori, quali gli enti certificatori che hanno confermato il modello contrattuale e hanno consigliato il giusto inserimento di clausole stabilizzatrici: dunque l'azienda paga un master di due anni allo studente in quanto questi, già assunto, si impegna a seguire il percorso presso l'azienda che lo ha preso in carica.

Dunque, se su 1.500 contratti non c'è stato contenzioso, ciò sta a significare che un servizio è stato fornito alle aziende ed ai lavoratori.

E' evidente la ratio che sottende l'affidamento dei contratti di certificazione soprattutto nelle Università: le stesse tramite le convenzioni con le imprese possono trovare finanziamenti per l'orientamento, finanziamenti per i percorsi formativi.

Questo percorso di contratti certificati è un modellino sperimentale, modesto, essendo Modena una piccola città. La sperimentazione le ha consentito di diventare un centro

internazionale in quanto le aziende, specialmente internazionali, avanzano domanda di studenti disposti a prestare lavoro di apprendistato, quindi sono molto interessate a queste convenzioni, vedendo l'Università come motore di ingresso nel mercato del lavoro, anche di altri Paesi, attraverso gli stessi giovani.

Dunque è un meccanismo che porta risultati.

Individuare nell'Università la sede dell'innovazione, di laboratori, di progettualità, di contatti con le istituzioni, con la Provincia, il Comune, con le aziende, con gli istituti scolastici, significa dare la risposta al futuro dei giovani.

Sicuramente la Legge Biagi non può fare miracoli e non potrà, certamente, creare un posto di lavoro in più se le imprese non assumono, ma se le imprese vogliono procedere con la stabilizzazione, la Legge Biagi ha creato, attraverso questo modello che disciplina le entrate nel mondo del lavoro, un'idea di territorio dinamico.

Quando parlo di dinamicità territoriale mi riferisco ad un ragionamento inteso a livello internazionale, che viene messo in pratica nel territorio nazionale.

Quindi l'Università intesa nei termini enunciati, ovvero fattore propulsivo e creativo da un lato; i giovani che hanno motivazioni, ideali, capacità, grinta, che spesso non si riscontrano più verso i 30/40 anni dall'altro.

I talenti del futuro rappresentano l'energia propulsiva!

Ciò che veramente conta è che queste energie non siano parcheggiate nell'attesa che trascorra qualche anno, prima dell'entrata nel mondo del

lavoro, ma siano stimolate, dal corpo docente, dal contatto con le istituzioni non elaborando accordi formali che rimangono sulla carta, tra l'Università, il Rettore, il Presidente della Provincia, ma accordi che siano operativi.

Esprimo la mia consapevolezza e solidarietà verso coloro che attraversano il dramma di dover lasciare la propria terra nativa, in quanto anch'io sono stato soggetto attivo di tali spostamenti e dunque sono a conoscenza di tale percorso e delle caratteristiche che racchiude in sé, prima fra tutte: la mancanza assoluta di certezza!

Ciò che effettivamente conta è la consapevolezza di se stessi e delle proprie convinzioni e l'impegno nel cercare in tutti i modi di dimostrare le proprie capacità, in modo da trovare **quel qualcuno** che creda nei giovani: le istituzioni, i docenti, le aziende! Se c'è qualcuno che crede nei giovani, se non al primo tentativo, sicuramente al secondo o al terzo verrà data loro l'opportunità di **mettersi in gioco!**"

DIRITTI COSTITUZIONALI NEL LAVORO

di Tommaso Germano*

“E’ indiscutibile sorte, per chi si accinga ad intervenire per ultimo in un convegno, di ripercorrere quanto abbia costituito oggetto di dibattito da parte degli altri Relatori che lo hanno preceduto, abbandonando - in un solo momento - quanto aveva deciso di enunciare in sede di promemoria individuale. Nella presente circostanza, però, la gradita presenza del prof. Tiraboschi a breve distanza di tempo dalla sua ultima partecipazione a Bari in occasione della precedente iniziativa, consente di tracciare un unico filo conduttore tra le affermazioni già formulate e quelle ascoltate questa mattina.

*** **

Appare inizialmente acquisito che, dalle più recenti evenienze della “concertazione” ingiustificato era il “settarismo” che aveva indotto a denegare – nella sua totalità – valore scientifico alla produzione legislativa dell’anno 2003.

Opportunamente - riviste le più recenti necessità del “mercato del lavoro” - è opportuno che si riparta proprio dal punto conclusivo del precedente incontro: in un Paese nel quale è sempre opportuno essere

* Professore associato di Diritto del lavoro, presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Bari.

preparati (*e con la valigia già pronta*) a modificazioni – temporanee o durature – della propria sede di lavoro e dei contenuti della propria attività, lo stesso concetto di “precarietà” e di “flessibilità” lungi dall’essere esecrato, deve essere contenuto in canoni legislativi utili al supporto del “contraente debole” e non ad una più generale “massificazione” dei prestatori di lavoro.

*** **

Constatato il “fallimento” del mercato del lavoro pubblico, la legislazione della fine del trascorso millennio e quella degli inizi del presente, hanno teso a fornire (desumendole dalle esperienze di altri Paesi, quali gli Stati Uniti d’America), alcune soluzioni contrattuali a titolo esemplificativo – si badi bene – e non a titolo tassativo (prova ne sia la Commissione di certificazione).

Unico neo constatato – a distanza di quasi cinque anni – è la tradizione culturale del nostro Paese.

Racconta - così - il prof. Tiraboschi che i suoi studenti hanno “difficoltà” ad accettare occasioni di lavoro, offerte da imprese operanti a Reggio Emilia (lontana pochi chilometri da Modena).

Al sottoscritto, in occasione della docenza a Foggia - nella facoltà di

Economia – è successo di registrare la “difficoltà” di alcuni studenti di accettare un posto di lavoro, loro offerto da Imprese del Nord – Est (Veneto) le quali avevano cercato di indurre le maestranze ad accettare, oltre al posto di lavoro, un appartamento - a canone di locazione modesto – costruito appositamente per i lavoratori trapiantati dal Sud al Nord.

Si è trattato di una forma di incentivazione senz'altro meno onerosa del “trasferimento” di Imprese nell'area di Manfredonia (in luogo della Enichem s.p.a.), ma che non aveva fatto i conti preventivamente con la “cultura” dei giovani pugliesi, restii a spostarsi.

*** **

Identica attenzione va riservata al “fenomeno” della “certificazione dei contratti”. Non si può che plaudire a quanto viene riferito in merito all'attuazione della normativa presso la Direzione Provinciale del Lavoro di Modena (1500 contratti certificati). Per esperienza diretta, non è possibile esprimere lo stesso compiacimento per quella pugliese: questo significa che non è dato di sapere fino a qual punto anche la P.A. abbia avuto la possibilità di “riflettere” sul nuovo ruolo che il legislatore intendeva assegnarle, mantenendosi ai “margini” di una dialettica contrattuale tra “soggetti privati” e – raramente – rimessa alla sua invasiva ingerenza.

*** **

Identica critica va rivolta alle “parti sociali” nel rilevante risvolto degli “Enti bilaterali”.

Non si può che concordare con la diagnosi, tracciata dal prof. Tiraboschi, non mancando di sottolineare che l'Istituto più che essere “inventato”

dalla legislazione dello Stato, era già presente nei contratti collettivi di alcuni settori produttivi (edilizia, terziario, etc.).

Il legislatore ha inteso fornire, generalizzandolo, uno strumento di composizione di potenziali conflitti, comunque, assegnandolo a soggetti giuridici a più diretto contatto con le esigenze delle parti.

Evidentemente la discrasia, emersa dalle motivazioni odierne, porta a concludere che, al di là della distanza chilometrica, le Regioni del Sud sono molto distanti dalle “soluzioni” di carattere europeo che le Regioni del Nord hanno iniziato a realizzare.

*** **

Nel contempo, riproponendo una considerazione che era presente nel “saluto” del Direttore del Dipartimento di Diritto del lavoro e Scienze sociali dell'Università di Bari, si va **illanguidendo l'acquisita “democrazia” all'interno dei luoghi di lavoro.**

Si palesa quindi – in tutta la sua attualità - l'esigenza di uno “Statuto dei lavori” che, indipendentemente dalla “flessibilità” del rapporto contrattuale, riaffermi la “libertà e dignità dei lavoratori” all'interno dei luoghi di lavoro (privati o pubblici che siano), indirizzandosi – innanzitutto – alla salute individuale”.

UN PRIMO BILANCIO SULLA RIFORMA DEL MERCATO DEL LAVORO

di Maria Antonietta La Notte Chirone*

“Non è semplice parlare di un argomento sul quale di parole se ne son dette fin troppe ed altre se ne diranno: si corre il rischio di banalizzare, cadere in luoghi comuni o, nella peggiore delle ipotesi, nelle strumentalizzazioni più o meno coscienti che se ne fanno.

Credo che quando di un argomento se ne è troppo parlato quello è il momento migliore, per chi fa un lavoro come il mio, di prendere le distanze dalle varie astrazioni più o meno dotte e di fermarsi a guardare i fatti calati nel contesto storico sociale che li ha generati. Esiste un momento per l'approfondimento dottrinario ed uno più squisitamente “tecnico”. Questo è quello che maggiormente mi appartiene.

Personalmente la c.d. “legge Biagi” che, non è male ricordarlo, porta il nome del giuslavorista assassinato il 19.03.2002 ma riflette solo parzialmente quanto indicato nel suo libro bianco, non mi ha trovato particolarmente entusiasta e non per problemi di tipo ideologico, né di personale resistenza ai cambiamenti, né giuridico applicativo che pure era prevedibile vi sarebbero stati, soprattutto sotto un profilo squisitamente previdenziale, ma che sarebbero stati affrontati

successivamente, semplicemente non capivo la necessità di una nuova legge in tema di “flessibilità” del lavoro.

In realtà è già da un quarto di secolo che nel nostro sistema il mondo dell'occupazione ha avuto il suo impatto con la flessibilità del lavoro:

- 1) legge n. 196 del 1997 sul lavoro temporaneo;
- 2) decreto legislativo n. 61 del 2000 che ha profondamente innovato il contratto a Part-time;
- 3) decreto legislativo n. 368 del 2001 che facilitava il ricorso al contratto a termine.

Occorreva davvero una legge che, in nome della flessibilità, introduceva altre tipologie contrattuali nel mondo del lavoro o che più semplicemente rappresentava null'altro che la continuazione dell'opera avviata da Tiziano Treu nel 1997 (dal Ministro del Lavoro del primo Governo Prodi)?

Sono risposte che mi son data col tempo e più, da varie parti - consentitemi di dire - il pregiudizio e una forma di sottocultura giuridica si spingeva a forme di demonizzazione della legge Biagi e più una obiettiva analisi del contesto socio economico che l'ha prodotta mi aiutava a trovare quelle risposte perché, gli istituti

* Magistrato del lavoro presso il Tribunale di Trani.

giuridici sono figli della loro storia.

In realtà il prof. Marco Biagi e il suo gruppo di studio volevano cercare di dare maggior tutela alle tipologie flessibili introdotte dalla legge Treu e, contestualmente, risolvere il problema della **valenza fraudolenta** che le stesse avevano finito con l' assumere indicando un **rimedio pragmatico** che tenesse conto della realtà e, nello stesso tempo, provasse a modificarla senza privarla di garanzie.

Degli esempi possono essere, di sicuro, chiarificatori! Prendiamo i co. co., ora co. pro.: prima della legge Biagi era impensabile poter parlare delle stesse senza dover affrontare il problema delle **collaborazioni fasulle**, aspetto negativo al quale però, lo si era capito benissimo, il nostro sistema previdenziale aveva finito, nei fatti, a dare una sorta di "**lasciapassare**" per i datori di lavoro affinché questi potessero avvalersi liberamente dei rapporti di collaborazione, senza dover dare giustificazioni di sorta.

Invero, se rileggiamo la storia dei co.co.co., ci accorgiamo che la stessa è di origine soprattutto previdenziale.

Questa tipologia lavorativa, infatti, i cui contorni sono stati poi definiti soprattutto dalla giurisprudenza, crebbe in maniera esponenziale quando, dopo la riforma delle pensioni del 1995, venne istituita la **gestione dei cosiddetti parasubordinati**, allo scopo dichiarato di fornire copertura pensionistica e previdenziale a realtà del mercato che ne erano prive. Nella medesima occasione si pensò bene anche di sottoporre a contribuzione (sempre all'interno della medesima gestione), anche le attività di lavoro autonomo svolto da persone che già disponevano di tutela pensionistica e, tuttavia, continuavano a lavorare. Il

risultato? Non si sa bene quale delle speranze dei contribuenti di oggi saranno deluse e quali mantenute, ma, di sicuro, questa gestione dal 1996 ad oggi ha distribuito più di 33 miliardi di euro alle altre deficitarie.

I datori di lavoro, pertanto trovavano conveniente far ricorso a queste collaborazioni fittizie in quanto, per loro, si applicava l'aliquota previdenziale più bassa e il nostro sistema le ammetteva e le tollerava purchè in regola con l'INPS.

Quando nel 2003 entrò in vigore la legge Biagi i collaboratori erano ormai una realtà ampia e consolidata a tal punto che, al momento della sua approvazione, molti osservatori espressero dubbi sull'opportunità di sconvolgere un settore del mercato del lavoro così importante e diffuso, imponendo una trasformazione delle co.co.co. e nel contempo introducendo una presunzione giuridica sulla sussistenza di un rapporto dipendente a tempo indeterminato, laddove non fosse riconoscibile, come oggetto del contratto, un progetto o un programma.

I dati storici, i numeri che grazie a Dio non mentono, non possono non far ritenere che la legge Biagi non ha alcuna responsabilità nella formazione e nel consolidamento di questo fenomeno deterioro, ma si è solo limitata, introducendo altre tipologie contrattuali, idonee a modulare sempre di più i modelli contrattuali da mettere a disposizione dei datori di lavoro e dei lavoratori, a cercare di catturare e imbrigliare sempre di più gli abusi iniziando quello che poi si è mostrato essere un complicato processo di separazione tra le collaborazioni fittizie e quelle reali e determinate dalla flessibilità del lavoro: è per questo, ad esempio, che si è introdotto il lavoro a

chiamata.

Altro esempio, lo **staff leasing** di cui si dice ormai ogni sorta di negatività, pare che non sia affatto decollato e, ancora, pare che sicuramente sarà un elemento sacrificale di quell'opera di superamento o di "smontaggio" che dir si voglia, che ormai da più di qualche parte si è convinti di dover operare. della legge Biagi. Ebbene questo istituto lo conoscevamo già: da anni è diffusissimo in modalità "sotterranee", ma neanche troppo, nel settore informatico o nei settori dell'impiantistica e della manutenzione.

La legge 30 ha avuto il pregio - in un contesto instabile ed incerto in cui operano le imprese italiane, dominato da fattori esogeni e indipendenti dalla volontà della politica, in cui la realtà economica è più forte della politica stessa - di capire che se il mercato del lavoro utilizzava forme di contratti non previsti dalla legge e quindi, se si vuole, illegali, era perché ormai, non più per colpa delle imprese, era di quelle che il mondo produttivo aveva bisogno allora tanto valeva, invece di contrapporre loro il tradizionale rapporto di lavoro a tempo indeterminato, tirarle fuori dall'oscurità, dargli una veste giuridica, consentirne un uso legale, ma senza privare il soggetto debole di quei rapporti, il lavoratore "precario" per l'appunto, delle necessarie tutele, a partire da quelle alla persona.

Così i co.co.co diventano co.pro. e, a tale lavoratore si applicano anche le norme di cui al decreto legislativo 626 del 1994 in materia di sicurezza ed igiene del lavoro e, in particolare la sorveglianza sanitaria ex art. 2 D. Lgs. 626/94; lo staff leasing diventa l'opportunità di far emergere intere sacche di sommerso e, contestualmente

di consentire in molti settori, soprattutto in quello dei servizi elettronici ed informatici, di affrontare anche punte di attività, spesso ricorrenti, in cui, magari con scarso preavviso, aziende di servizi sono chiamate a configurare reti informatiche, configurare pc e altro.

Quali gli effetti negativi sul mondo del lavoro prodotti dalla legge Biagi che prima già non vi erano? Con tutta tranquillità possiamo rispondere NESSUNO. Ma pochi sono anche gli effetti positivi sull'occupazione e, non certo per colpa della legge Biagi ma per altri fattori di cui si dirà in seguito.

C'è chi afferma che successivamente all'introduzione della legge 30, addirittura, si è avuto un favoloso balzo in avanti dell'occupazione e sciorinano dati e percentuali che non mi convincono affatto. Sono dati drogati da molteplici fattori: innanzi tutto dalle modalità di computo degli occupati rispetto ai disoccupati; inoltre dal fatto che la disoccupazione risulta un fenomeno ridotto a causa della crescita della quota di giovani che continuano a studiare e, infine, perché c'è un aumento notevole di iscrizione di imprese alla camera di commercio ma, a ben guardare, non si tratta di imprenditori, bensì di ex co.co.co. che non sono riusciti a diventare co.pro. e allora hanno dovuto aprire una partita IVA e iscriversi alla Camera di commercio.

Sono tutti elementi che riducono notevolmente il gap dei livelli di disoccupazione ma "drogano" in realtà le cifre, ecco perché non sono contro la legge Biagi ma neppure per i grandi entusiasmi di alcuni dei sostenitori della legge.

Allora perché affermo che nessun

effetto negativo è stato determinato dalla legge Biagi nel mondo dell'occupazione? Perché i dati statistici diffusi dal CNEL a fine luglio 2007 ed autorevoli pubblicazioni in materia di economia ci dicono ("Bilancio della legge Treu - Biagi" dal Sole24Ore del 21.08.07), ci dicono che oggi in Italia il lavoro interinale rappresenta solo lo 0,64% del totale degli occupati, contro l'1% della Germania ed il 5% del Regno Unito. Secondo Assolavoro il 35% degli interinali italiani, dopo qualche missione (così si chiama l'esperienza di impiego temporaneo presso l'azienda cliente dell'Agenzia), trova un contratto definitivo. Se poi si guardano in maniera analitica gli aumenti in percentuale dei contratti a tempo determinato rispetto a quelli a tempo indeterminato si può vedere che da fine 2003 a inizio 2007 le due tipologie hanno avuto un incremento che si discosta di poco, a favore del secondo. E se poi andiamo a ritroso, nel triennio precedente alla legge Biagi, dal 2000 al 2003, in cui l'offerta di lavoro era più elevata, il numero dei dipendenti impiegato stabilmente era del 9,2% contro l'incremento dell'11,1% di quelli a termine. **In sostanza i contratti a tempo determinato non sembra proprio abbiano subito una grossa propulsione dalla legge Biagi e i fatti dimostrano che quando vi è lavoro, in clima di produttività, vi è lavoro per tutte le figure di tipologie contrattuali.**

Come correttamente, qualche giorno fa, faceva osservare il giuslavorista Pietro Ichino, rispondendo con durezza alle polemiche sollevate ed avallate da quella parte della sinistra "radicale", chi colpevolizza la legge Biagi di precarietà, dovrebbe prendersela in realtà con la legge Treu. In effetti fu proprio questa legge del

1997 a fornire ai datori di lavoro strumenti come il contratto a tempo determinato e il lavoro interinale, ai quali la Biagi ha aggiunto altre possibilità come lavoro a chiamata, staff leasing (affitto di intere squadre di lavoratori) e outsourcing (il subappalto di interi rami di azienda). E' più probabile che a creare il senso di precarietà non siano tanto gli strumenti in sé, quanto piuttosto l'uso che ne viene fatto.

E qui veniamo agli aspetti problematici della legge 30. Perché si dice che la legge Biagi non sta funzionando? Esiste davvero quel binomio per alcuni ormai inscindibile "legge Biagi"/"precarietà"?

La legge Biagi, in realtà non sta funzionando nel senso voluto perché, per molti aspetti, la soluzione prospettata dalla legge Biagi in termini sperimentali, non solo è rimasta nel cassetto ma, in alcuni casi, si stanno firmando accordi di segno proprio contrario agli obiettivi della stessa.

Per riallacciarci all'esempio di prima la legge Biagi voleva si vietasse il ricorso massiccio nei call center alle collaborazioni coordinate e continuative ed alle collaborazioni a progetto.

Cosa sta invece succedendo? Si pongono in essere, con la collaborazione dei sindacati e del Ministero del lavoro, accordi per la stabilizzazione dei rapporti a progetto non regolari, corredati da incentivi economici che, di fatto finiranno per depotenziare - e, questo il prof. Biagi non voleva - quei disincentivi giuridici che dovevano pesare sulle scelte dei datori di lavoro.

Il 1° ottobre è scaduto il termine per la presentazione da parte delle imprese delle istanze di regolarizzazione per la c.d. "operazione di emersione del

sommerso” per la verità con uno scarsissimo numero di adesioni e, come hanno potuto riscontrare gli ispettori del lavoro, con molti sottoscrittori di accordi sindacali non corretti. In questi giorni si è deciso di procedere ad una operazione di restyling di questa operazione per presentarla all’interno della finanziaria 2008.

Quale è la nuova veste con cui si riproporrà questa operazione? Maggiori possibilità per le imprese di ottenere benefici da parte dello Stato ai fini contributivi e previdenziali.

In questo modo la forma di assunzione che Biagi voleva disincentivare nell’uso, sarà quella più incentivata e si finirà per ricadere negli errori del 1996 per i co.co.co., creando un tertium genus di lavoratori, magari con contratti non proprio corretti ma che, a lungo andare e, a conti fatti, potrebbero addirittura diventare convenienti un po’ per tutti, soprattutto perché gli accordi stipulati in tal senso prevedono, oltre l’anno dalla firma, la stabilizzazione dei lavoratori. **Peccato che la norma non fissa espressamente un termine!**

Peccato anche che non è prevista, in presenza di un verbale ispettivo, la regolarizzazione di tutti i lavoratori oggetto di contestazione!

Peccato ancora che, secondo l’accordo già scaduto il 1° ottobre 2007, potevano essere oggetto di sanatoria anche quelle situazioni che già erano state definite con provvedimenti amministrativi o, addirittura con sentenze passate in giudicato!

Peccato che con la presentazione della domanda si paghi solo 1/5 del dovuto, a titolo di contributi e che i versamenti successivi potranno essere ripartiti in 60 rate mensili, anche se

l’impresa con il lavoratore può stringere contratti di lavoro subordinato della durata di almeno 2 anni!

Peccato che impresa e lavoratore devono compiere transazioni di fronte alle commissioni di conciliazioni con effetto ai fini retributivi e risarcitori in una prevedibile situazione non certo di parità.

Peccato che non era questo tra gli obiettivi del libro bianco di Marco Biagi ma questo è ciò che consente, come sta accadendo, in caso di fallimento delle norme in materia di flessibilità del lavoro di poter prontamente individuare opinabili “capri espiatori”.

Se si voleva cogliere nel segno del libro bianco di Marco Biagi bisognava muoversi nell’ottica dell’emersione del sommerso in una prospettiva di progressiva cancellazione dello stesso. Come? Disincentivando economicamente le ipotesi in cui maggiormente flessibilità sconfinava in instabile precarietà ed incentivando invece il lavoro a tempo indeterminato perché, a lungo andare, in ipotesi di mercato del lavoro non equilibrato, finisce per essere l’unica scelta conveniente per tutti quanti.

Si deve, invece, mestamente concludere che, pur di non applicare la legge Biagi - che sul punto dà rigorosa applicazione del programma dell’Unione secondo cui il lavoro atipico deve costare di più di quello tradizionale - si è disposti a riconfermare l’utilizzo, più che discutibile, nei call center delle collaborazioni coordinate e continuative nella modalità a progetto e immaginare inverosimili ipotesi di contratti di inserimento e a contenuto formativo.

In conclusione chiunque si occupi di lavoro, con un po’ di onestà

intellettuale, sa benissimo che nessun provvedimento è perfetto e, in questo, la legge Biagi non fa eccezione, ma si deve stare attenti alle storture create non da tale legge ma dal momento applicativo della stessa demandato a rappresentanti delle forze politiche e sindacali, ricordandosi che mentre il legislatore lavora con un'ottica che considera e ricomprende le generazioni future, i politici spostano spesso tale ottica su quelle che saranno le elezioni future e, le proposte di revisione finiscono con l'essere valutate non per la loro effettiva utilità o efficacia, ma sulla base della loro "vendibilità" politica..

La legge Biagi va cambiata?

Non credo e i fatti, in questi ultimi giorni, lo stanno dimostrando. "Va superata!" ha detto l'attuale governo ma poi, di fatto, cosa è stato riformato? Qualcosa, la parte più marginale, quasi nulla! Potrebbe non accorgersene nessuno! Si è solo smontato qualche pezzo, il più indigesto! Il lavoro a chiamata; lo "staff leasing"; tanto ... non hanno funzionato! Quindi, la tanto vituperata legge Biagi è rimasta intatta!

Quali le possibili soluzioni?

Difficile dirlo! Vanno tutte dettate dall'osservazione del momento pratico attuativo, ma l'attuazione deve essere proprio quella voluta dalla legge, altrimenti parliamo di tutt'altra storia.

Di certo - e questa riforma era ben più urgente di quella della legge Biagi - occorre la RIFORMA DEGLI AMMORTIZZATORI SOCIALI, capaci di assistere il lavoratore assunto con forme contrattuali atipiche nei periodi in cui le stesse non gli consentiranno di fruire di continuità nel lavoro.

Ma per fare questo occorre che, a monte, si lavori per la **produttività**

delle imprese.

Occorre infatti capire che le imprese non sono un bene solo per l'imprenditore, ma sono un valore per il territorio e la società. La storia del nostro paese è sempre stata caratterizzata dal tasso più alto al mondo di nuove imprese - quasi un'impresa ogni 10 abitanti. Un patrimonio di 600 mila realtà manifatturiere. La sola industria contribuisce quasi al 30% del PIL nazionale. Eppure siamo in un paese in cui non è affatto facile "fare impresa" perché l'attività produttiva è vista con occhio critico, quasi con sospetto.

È necessario creare un ambiente favorevole per le imprese, capace di agevolare processi di sviluppo, riducendo tutti quegli ostacoli normativi che le soffocano (si pensi alla normativa sulla privacy). Bene la decontribuzione del lavoro straordinario, ma occorre anche fare una adeguata politica di ammortamento degli investimenti strutturali.

Se si deve incentivare con una politica di sgravi e di agevolazioni economiche il contratto di lavoro questo, nel breve termine, può anche essere quello atipico ma, a lungo termine, deve essere quello a tempo indeterminato perché il dipendente "fidelizzato" conviene a tutti quanti, soprattutto alle imprese: è lui stesso un investimento dell'azienda e, la stabilità lo rende opportunamente motivato.

È vero, infatti, che le imprese vorrebbero, costi permettendo, tornare all'antico. La domanda di flessibilità sta scemando e gli stessi contratti atipici rischiano di trasformarsi in fattori di rigidità.

Sarebbe infine opportuno anche una **scelta di decentramento della contrattazione a livello locale se non**

individuale che porterebbe, sicuramente, ad una riduzione del costo del lavoro.

E, in caso di equilibrio del mercato del lavoro con offerta quasi totalmente assorbibile dalla domanda, possono anche essere introdotte forme di assunzioni molto flessibile: solo in tal caso la “scelta” avrebbe un senso perché praticabile tanto dal datore di lavoro, quanto dal lavoratore.

DIREZIONE E COORDINAZIONE: LE NUOVE FORME DI LAVORO AI CONFINI DELLA SUBORDINAZIONE

di Antonio Belsito*

Sommario: 1. Introduzione 2. Il rapporto di lavoro 3. Il potere direttivo 4. Coordinazione, continuità e personalità 5. Lavori atipici ed “esternalizzazioni” 6. Differenze tra lavoratore parasubordinato e subordinato 7. Recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità 8. Conclusioni

1. Introduzione

L'evoluzione vorticoso del mercato del lavoro rende ormai superato il concetto tradizionale di subordinazione elaborato negli ultimi cinquant'anni da giurisprudenza e dottrina, soprattutto in considerazione delle tante nuove forme di lavoro, della necessaria flessibilità e dei rischi di precarietà, delle cd. “esternalizzazioni” e dei lavori atipici.

Nel Codice Civile la disciplina dei collaboratori dell'imprenditore non è inclusa nel Libro IV “delle obbligazioni”, ma nel successivo Libro V “del lavoro”.

Sia nel rapporto di lavoro subordinato che in quello autonomo, le **obbligazioni** possono essere di **mezzi** o di **risultato**¹.

* Avvocato giuravorista, cassazionista e docente presso la Scuola delle Professioni Legali, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari.

L'art. 2094 cod. civ. è una norma indeterminata (*cd. in bianco*) che, se per un verso è incerta, conserva comunque il pregio di essere sempre moderna e finalizzata all'accertamento della sussistenza del rapporto di lavoro subordinato.

Tale accertamento perché sia completo dovrà comportare non solo l'analisi del *nomen iuris* del contratto di lavoro, ma verificare in concreto l'attività espletata secondo quanto affermato dalla **teoria della sussistenza**, fondata sull'interpretazione del contratto ex art. 1362 cod. civ.. La stessa confronta i modelli astrattamente contenuti nella legge con i casi concreti onde individuare l'esatta fattispecie, tenendo conto delle mansioni effettivamente svolte dal lavoratore che, in quanto “contraente debole”, potrebbe non essere in grado di far valere i propri diritti.

Soltanto con un puntuale accertamento (in sede giudiziale e con l'assunzione di prove testimoniali) si potrà verificare l'attività espletata dal lavoratore e

¹ Ad esempio, nel lavoro subordinato a cottimo è ravvisabile un'obbligazione di risultato (come nel classico contratto d'opera-appalto); mentre, in quello autonomo di un libero professionista è ravvisabile un'obbligazione di mezzi o di opere.

l'eventuale sussistenza del vincolo di subordinazione gerarchica, così da poter adottare la corretta disciplina.

2. Il rapporto di lavoro

Il codice civile del 1942 contiene nel libro V (del lavoro) Titolo II Sez. II la disciplina del rapporto di lavoro subordinato denominata "dei collaboratori dell'imprenditore".

Tale disciplina ha consentito per oltre cinquant'anni di regolamentare in maniera più o meno stabile lo svolgimento del rapporto di lavoro.

Il cod. civ. non formula la nozione di lavoratore dipendente ma si limita a definire il prestatore di lavoro subordinato.

Per cui dottrina e giurisprudenza sono dovute intervenire offrendo, a completamento di quella norma in bianco, una definizione più precisa e puntuale di "lavoratore subordinato".

I costanti insegnamenti definiscono il lavoratore subordinato come un soggetto sottoposto al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro.

La subordinazione, intesa come sottoposizione tecnico-funzionale del lavoratore, rappresenta a sua volta un effetto necessario del contratto².

Nel libro V del cod. civ. all'art. 2222 si individua il lavoratore autonomo come colui che "... si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un

² E. GHERA, *Diritto del lavoro*, CACUCCI, Bari 2002, p. 156: "...è attraverso la subordinazione che la prestazione di lavoro è in grado di assicurare al datore di lavoro il risultato della collaborazione: l'obbligazione di lavoro vincola cioè il debitore ad attuare tale risultato sottoponendosi, nell'esecuzione della propria attività lavorativa, alle direttive ed al controllo del creditore, il quale è titolare non solo di una semplice pretesa alla prestazione, ma anche di un potere direttivo sulla sua esecuzione".

servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente...".

La riforma del processo del lavoro del 1973 - che stabilisce l'ambito di applicabilità di tale rito - al n. 3 dell'art. 409 del cod. di proc. civ. sottolinea che la tutela del processo del lavoro si applica anche ai "...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".

3. Il potere direttivo

Il principale potere attribuito dal nostro ordinamento all'imprenditore-datore di lavoro è quello direttivo e/o gerarchico.

*"L'elemento che contraddistingue il rapporto di lavoro subordinato rispetto al rapporto di lavoro autonomo, è l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro, con conseguente limitazione della sua autonomia ed inserimento nell'organizzazione aziendale, mentre altri elementi, quali l'assenza di rischio, la continuità della prestazione, l'osservanza di un orario e la forma della retribuzione assumono natura meramente sussidiaria e di per se non decisiva; sicché 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"*³.

³ Cass. civ., Sez. lav., 28/09/2006, n. 21028.

L'imprenditore concretizza il suo potere direttivo nei confronti dei lavoratori subordinati impartendo le disposizioni per lo specifico espletamento dell'attività lavorativa ed esprimendo, con tale potere, le sue prerogative nella gestione dell'azienda.

Per molto tempo i *regolamenti di impresa* hanno costituito un codice interno all'azienda col quale il potere direttivo trovava realizzazione. Infatti il regolamento veniva accettato dal dipendente al momento della sua assunzione ed era equiparabile alle condizioni generali dei contratti di lavoro.

Attualmente, invece, la regolamentazione del comportamento da tenere durante il lavoro è contenuta nei cosiddetti *codici deontologici*.

Il lavoratore subordinato è sottoposto sia al potere direttivo, di cui all'art. 2086 del cod. civ., che a quello disciplinare ex artt. 2106 cod. civ. e 7 L. 300/70.

Quest'ultimo potere discende dal primo, essendo funzionalmente attribuito all'imprenditore quale capo dell'impresa.

Oggi il potere direttivo-gerarchico incontra forti limiti non potendo più essere considerato libero e scevro da condizionamenti di sorta com'era invece originariamente all'epoca del regime autoritario in cui vigeva il modello corporativo.

Secondo la più recente giurisprudenza di legittimità: *“Le valutazioni del datore di lavoro in ordine al rendimento ed alla capacità professionale del lavoratore, espresse con le note di qualifica, sono sindacabili dal giudice in riferimento ai parametri oggettivi previsti dal contratto collettivo ed agli obblighi*

contrattuali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375, c.c. e, quindi, sul datore di lavoro grava l'onere di motivare queste note, allo scopo di permettere il controllo da parte del giudice dell'osservanza di siffatti parametri”.

Il controllo non è limitato alla mera verifica della coerenza estrinseca del giudizio riassuntivo della valutazione ma ha ad oggetto la verifica della correttezza del procedimento di formazione del medesimo, il che richiede di prendere in esame i dati sia positivi che negativi rilevanti al fine della valutazione, non potendo invece tenersi conto di quelli estranei alla prestazione lavorativa⁴. Il potere direttivo essenzialmente è quello che il datore di lavoro espleta al fine di organizzare l'attività economico-produttiva della propria azienda secondo le proprie esigenze e volontà.

Rientrano nel potere direttivo e non in quello disciplinare sia gli ordini di servizio che le note caratteristiche, intendendosi per ordine di servizio l'atto unilaterale del datore di lavoro che non può essere oggetto di contrattazione, ma deve essere eseguito dal lavoratore puntualmente e correttamente e per note caratteristiche di qualifica,

⁴ Cass. civ., Sez. lav., 20/06/2003 n. 9898. Nella specie, la S.C. ha ritenuto incensurabile la sentenza di merito che aveva annullato le note di qualifica, ritenendo irragionevole sia la discordanza esistente tra l'affermazione delle carenze riscontrate nella qualità e quantità del lavoro prestato ed il giudizio positivo formulato in ordine alla competenza, alla capacità decisionale autonoma ed all'impegno professionale, sia l'apprezzamento da parte del datore di lavoro di elementi quali la capacità di integrazione interpersonale, di proporre soluzioni innovative e di sviluppare professionalmente i collaboratori, in quanto questi ultimi erano del tutto estranei alle mansioni svolte dal dipendente, concernenti lo smistamento della corrispondenza.

l'espressione di giudizio sui contenuti professionali della prestazione lavorativa, nonché quegli atti interni alla sfera organizzativa dell'imprenditore.

4. Coordinazione, continuità e personalità

Il collaboratore parasubordinato presta la propria attività coordinandola continuativamente con le esigenze dell'imprenditore.

Non sono configurabili gli elementi costitutivi del rapporto di lavoro subordinato nel caso in cui le prestazioni necessarie per il perseguimento dei fini aziendali siano organizzate in maniera tale da non richiedere l'applicazione da parte del datore di lavoro di un potere gerarchico concretizzantesi in ordini e direttive e nell'esercizio del potere disciplinare⁵.

Per cui, quando non sussistono gli elementi costitutivi del rapporto subordinato (assoggettamento al potere direttivo e disciplinare del datore) bisogna verificare la rispondenza degli altri elementi configuranti il rapporto ai requisiti indicati al n. 3 dell'art. 409 c.p.c..

Tale disposizione prevede che l'attività espletata dal collaboratore sia coordinata con le esigenze dell'imprenditore.

“Ai fini della qualifica del rapporto di

⁵ Cass. civ., Sez. lav., 23/10/2001 n. 13018. Nella specie, relativa al servizio prestato da un medico presso un centro di prestazioni sanitarie convenzionato con le unità sanitarie locali, la sentenza di merito, confermata dalla S.C., aveva dato rilievo alla facoltà del medico di concordare con i colleghi i turni di lavoro e di farsi sostituire da altro sanitario in caso di impedimento, nonché alle modalità di pagamento dei compensi ed al regime fiscale cui era assoggettato lo stesso professionista.

*lavoro come subordinato o autonomo deve aversi riguardo, al di là del nomen iuris adottato dalle parti, alle modalità con le quali il rapporto ha avuto esecuzione. Elemento distintivo è l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro, con conseguente limitazione della sua autonomia, mentre altri elementi, come l'orario di lavoro, il rischio economico dell'attività lavorativa, la forma di retribuzione, hanno carattere sussidiario e sono utilizzabili specialmente quando in concreto non emergano elementi univoci a favore della qualificazione come lavoro subordinato o autonomo. Per contro la prestazione d'opera professionale continuativa e coordinata di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c. richiede la presenza di tre requisiti: la **continuità**, che ricorre quando la prestazione non sia occasionale, ma perduri nel tempo e comporti un impegno costante del lavoratore a favore del committente; la **coordinazione**, intesa come **connessione funzionale derivante da un protratto inserimento nell'organizzazione aziendale o più in generale nelle finalità perseguite dal committente e caratterizzata dall'ingerenza di quest'ultimo nell'attività del prestatore; la personalità**, che si ha in caso di prevalenza del lavoro personale del preposto sull'opera svolta dai collaboratori e sull'utilizzazione di una struttura di natura materiale”⁶.*

L'attività di coordinazione è elemento indispensabile in un rapporto di collaborazione atteso che, pur non trattandosi di attività subordinata, il lavoratore resta pur sempre un collaboratore dell'imprenditore. Egli

⁶ Tribunale di Torino 20 maggio 2005.

potrà espletare attività lavorativa - *con una certa autonomia* - purché la stessa sia stata tempestivamente coordinata con il committente-imprenditore, atteso che quest'ultimo deve, da un lato, dirigere l'attività dei suoi dipendenti e, dall'altro, coordinare quella degli altri suoi collaboratori.

Inoltre, mentre nel primo caso quell'impegno viene espletato quotidianamente, nel secondo l'attività di coordinazione può avvenire anche saltuariamente.

Per quanto concerne i crediti rivendicati dai lavoratori parasubordinati si rileva che: *“in tema di prescrizione, con riferimento al corrispettivo della prestazione d'opera, il contratto che ha per oggetto una prestazione di lavoro autonomo è da considerarsi unico in relazione a tutta l'attività svolta in adempimento dell'obbligazione assunta e, pertanto, il termine di prescrizione del diritto al compenso decorre dal giorno in cui è stato espletato l'incarico commesso, e non già dal compimento di ogni singola prestazione professionale in cui si articola l'obbligazione”*⁷.

5. Lavori atipici ed “esternalizzazioni”

Con la riforma del mercato del lavoro si è fin troppo discusso della cd. esternalizzazione ritenendosi, con tale espressione, l'attività lavorativa espletata dai lavoratori non dipendenti dell'azienda.

Trattasi di nuove forme di lavoro definite *atipiche* che oggettivamente hanno, in buona sostanza, stravolto i principi giuslavoristici che per decenni sono stati parte essenziale del nostro

⁷ Cass. civ., Sez. II, 05/06/2006 n. 13209.

ordinamento.

E' così entrata in crisi la stessa struttura codicistica (dall'art. 2094 cod.civ. in poi) che per oltre cinquant'anni ha rigidamente regolamentato soltanto il rapporto di lavoro subordinato.

Nuovi orizzonti rendono sempre più labile il confine tra lavoro subordinato e quello parasubordinato.

Con le esternalizzazioni, in pratica, si conferisce all'imprenditore la possibilità di trasferire parte del lavoro aziendale, più o meno secondario⁸ (attività di call center o contatti con fornitori o clienti...) comportante perdita di energie e tempo, a terzi che si obbligano ad eseguire e portare a compimento la prestazione stabilita attraverso l'utilizzo di mezzi esterni all'azienda, ovvero attraverso l'uso di materiali e locali propri della ditta.

In questa maniera l'azienda potrebbe concentrarsi maggiormente sulla propria attività di produzione senza dispendio di energie e, soprattutto, economizzando sul costo del lavoro, contenendo anche i propri rischi e le proprie responsabilità.

Sarà comunque necessario, ad avviso dello scrivente, un ulteriore intervento legislativo teso a meglio regolamentare quanto già disciplinato.

6. Differenza tra lavoratore parasubordinato e subordinato

La giurisprudenza, per accertare la sussistenza della subordinazione, fa riferimento agli **indici rivelatori**; tuttavia, molti indici sono riscontrabili

⁸ In realtà, ormai, spesso si tratta di attività tutt'altro che secondaria.

sia nel lavoro autonomo che nel lavoro subordinato: la collaborazione con l'imprenditore, la prestazione continuativa e coordinata, l'utilizzazione di mezzi e dell'organizzazione altrui, la retribuzione periodica, la prestazione di attività e mezzi, l'assoggettamento ad un orario, l'occasionalità di un lavoro, la prestazione in riferimento al risultato.

La differenza alquanto sottile - tanto da ingenerare spesso facili confusioni - tra il collaboratore parasubordinato ed il lavoratore subordinato consiste nella sussistenza del requisito della coordinazione nel primo e della sottoposizione alle direttive nel secondo.

Mentre il lavoratore subordinato svolge la sua attività sotto la direzione del datore di lavoro e il lavoratore autonomo ne è completamente libero, il lavoratore parasubordinato espleta la sua attività lavorativa **coordinandola** con l'imprenditore e con le sue esigenze.

Nella realtà succede che il collaboratore parasubordinato presti la sua attività lavorativa a fianco di altri lavoratori dipendenti confondendosi con essi e rendendo così non semplice la verifica sulla effettiva forma del suo rapporto di lavoro.

Il legislatore del 1973, con la previsione di cui all'art. 409 c.p.c., faceva rilevare la necessità di tutelare una figura di lavoratore che pur non essendo subordinato avesse un'**autonomia** per così dire **limitata**, nel senso che la sua attività personale, svolta **continuativamente** con l'imprenditore, fosse con lo stesso adeguatamente coordinata.

Mai fino ad allora ci si era preoccupati di istituire nel diritto sostanziale una

figura di lavoratore con tali caratteristiche per la prima volta individuata in una disposizione processuale.

Dalla lettura della norma in questione si comprende che gli agenti e rappresentanti certamente rientravano in quella particolare forma di rapporto di lavoro mentre, in maniera alquanto generica, si lasciava la possibilità di includere residualmente tutti gli altri lavoratori che, per una qualsiasi esigenza di consulenza o di personale capacità, avessero svolto, senza vincoli di orario e senza essere sottoposti al potere direttivo e disciplinare, una collaborazione continuativa, seppure con una certa autonomia previo coordinamento dell'attività da espletare con lo stesso imprenditore.

Infatti la recente giurisprudenza di legittimità insegna che:

“L'elemento della subordinazione (che si connota, per l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo, disciplinare e di controllo del datore di lavoro), che consente di distinguere il rapporto di lavoro di cui all'art. 2094 c.c. dal lavoro autonomo, non costituisce un dato di fatto elementare, quanto piuttosto una modalità di essere del rapporto, potenzialmente desumibile da un insieme di circostanze, richiedenti una complessiva valutazione”⁹.

E, ancora: *“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*

⁹ Cass. civ., Sez. lav., 16/06/2006, n. 13935.

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 valutazione non atomistica ma complessiva delle risultanze processuali"¹⁰.

7. Recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità

Si ritiene opportuno trascrivere qui di seguito alcune recenti ed interessanti massime della giurisprudenza di legittimità utili all'approfondimento dell'argomento in esame.

❖ L'elemento della subordinazione che consente di distinguere il rapporto di lavoro di cui all'art. 2094 c.c. dal lavoro autonomo, non costituisce un dato di fatto strutturale ed insieme ovvio, quanto piuttosto una modalità di essere del rapporto, potenzialmente desumibile da un complesso di circostanze, richiedenti una complessiva valutazione che è rimessa al giudice del merito, il quale, perciò, a tal fine, non può esimersi, nella

qualificazione del rapporto di lavoro, da un concreto riferimento alle sue modalità di espletamento ed ai principi di diritto ispiratori della valutazione compiuta allo scopo della sussunzione della fattispecie nell'ambito di una specifica tipologia contrattuale¹¹.

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 valutazione non atomistica ma complessiva delle risultanze processuali¹².

¹¹ Cass. civ., Sez. lav., 16/06/2006 n. 13935.

¹² Cass. civ., Sez. lav., 24/02/2006 n. 4171: Nella specie, la S.C., enunciando il richiamato principio, ha rigettato il ricorso proposto confermando l'impugnata sentenza con la quale era stata riconosciuta, sulla scorta della congrua valutazione delle risultanze probatorie acquisite, la sussistenza del carattere di subordinazione in ordine al rapporto intercorso tra una società esercente il servizio di riscossione tributi ed un messo notificatore, a seguito di accertamento

¹⁰ Cass. civ., Sez. lav., 24/02/2006, n. 4171.

Per quanto concerne la tutela dei diritti in sede giudiziale :

❖ *Ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro, essendo l'iniziale contratto causa di un rapporto che si protrae nel tempo, la volontà che esso esprime ed il nomen iuris che utilizza non costituiscono fattori assorbenti, diventando l'esecuzione, per il suo fondamento nella volontà inscritta in ogni atto di esecuzione, la sua inerenza all'attuazione della causa contrattuale e la sua protrazione, non solo strumento d'interpretazione della natura e della causa del rapporto di lavoro (ai sensi dell'art. 1362, comma 2, c.c.), bensì anche espressione di una nuova eventuale volontà delle parti che, in quanto posteriore, modifica la volontà iniziale conferendo, al rapporto, un nuovo assetto negoziale¹³.*

❖ Sono devolute alla competenza del giudice del lavoro, ex art. 409 n. 3 c.p.c., le controversie concernenti gli incarichi a tempo determinato conferiti dal sindaco, a norma dell'art. 14 L. Reg. Sicilia 26 agosto 1992 n. 8, ad esperti estranei all'amministrazione, senza riferimento al limite temporale costituito dalla scadenza del mandato del sindaco, per l'espletamento di attività connesse con le materie di sua competenza. Gli incarichi così conferiti, aventi ad oggetto una collaborazione continuativa e personale secondo modalità e tempi indicati dall'amministrazione comunale danno luogo a rapporti di lavoro parasubordinato, non ostandovi la

circostanza che il prestatore d'opera svolga la sua attività in autonomia e con responsabilità e rischi propri¹⁴.

8. Conclusioni

Quanto innanzi sommariamente esposto e suffragato dalla essenziale rassegna giurisprudenziale, di merito e, soprattutto di legittimà, fa emergere la oggettiva difficoltà di accertare *prima facie* la tipologia del rapporto di lavoro espletato in un'azienda dai vari collaboratori dell'imprenditore.

Si consideri, ad esempio, la complessità degli accertamenti espletati dagli ispettori del lavoro o da altri pubblici ufficiali non potendosi *ex abrupto* stabilire effettivamente se tutti i soggetti presenti in loco al momento della verifica siano o meno lavoratori subordinati.

Basti pensare ai collaboratori a progetto per i quali l'imprenditore, avendo certificato il contratto di lavoro (*ex artt. 75 e segg. D.lgs. 76/03*), abbia opposto a quegli Enti di controllo il relativo provvedimento.

Molto spesso gli ispettori si limitano a verificare meramente le presenze in azienda nel giorno dell'ispezione, prendendo nota soltanto dell'orario di lavoro, valutando la presenza di alcuni degli elementi individuati dalla giurisprudenza di legittimità come **indici rivelatori** e concludendo *sic et simpliciter* per la sussistenza del rapporto di lavoro subordinato in capo ai collaboratori.

L'imprenditore è così spesso costretto non solo a proporre opposizione al verbale di accertamento e alla successiva iscrizione nei ruoli del preteso credito fiscale e previdenziale,

dell'emergenza degli indici rivelatori essenziali di tale vincolo.

¹³ Cass. civ., Sez. lav., 05/07/2006 n. 15327.

¹⁴ Cass. civ., Sez. lav., 03/08/2005 n. 16277.

quanto anche a dimostrare la reale situazione di fatto - *non solo con i documenti, ma anche con testimoni* - così affrontando un giudizio con gravoso dispendio di costi e di tempo.

Sarebbe opportuno stabilire criteri più chiari per conoscere i nuovi confini delle varie tipologie di lavoro, in tal modo evitando così confusioni e vane aspettative economico-contributive da parte degli enti previdenziali nonché pesanti danni per le imprese che, soprattutto negli ultimi anni, non godono di una situazione *tranquilla* nel nostro Paese.

Non si ritiene comunque, che possa essere sufficiente una seppur autorevole interpretazione giurisprudenziale per chiarire volta per volta i nuovi confini tra le varie tipologie di lavoratori e resta pertanto auspicabile un intervento deciso e risoluto del legislatore che offra maggiore chiarezza e renda tutto meno opinabile.

TROPPE MORTI BIANCHE SUL LAVORO. QUALI RESPONSABILITA'?

di Daniela Cervellera*

Risale agli anni '60 la definizione di **omicidi bianchi** data alle morti *accidentali* sul lavoro. Coniata all'interno del movimento operaio italiano l'espressione era tesa ad indicare - con triste retorica - le responsabilità oggettive del capitalismo e, più in generale, di tutto il sistema di sfruttamento della forza lavoro, nelle migliaia di morti l'anno in campo edilizio, nelle miniere e nel settore siderurgico.

Secondo varie statistiche curate da prestigiosi istituti internazionali volte a determinare il numero di incidenti mortali e non mortali e le malattie professionali legati all'attività lavorativa, l'ordine di grandezza è di circa 2.000.000 di **morti** annualmente nel mondo di cui circa 12.000 bambini, a fronte di circa 270.000.000 di **incidenti**. In Italia il numero di morti in un anno è di circa 1.400¹ mentre quello degli incidenti non mortali è di 700.000. I casi di **malattie professionali** sono, nel mondo, circa 160.000.000 ogni anno ed ogni attività lavorativa ha delle **potenzialità di**

* Avvocato penalista del Foro di Trani.

¹ Il tasso di mortalità sul lavoro nel nostro Paese è superiore del 15% alla media europea (prima dell'allargamento ad Est naturalmente).

rischio associate differenti.

Ogni giorno in Italia 4 persone muoiono sul posto di lavoro sebbene, secondo i dati I.N.A.I.L., le cose starebbero migliorando. Il calo degli infortuni raggiunge il - 2,8% tenendo conto dell'impatto occupazionale cresciuto dell'1%; gli infortuni sul lavoro risultano in calo del - 1,6% nell'industria e del - 4% nell'agricoltura; rimane stabile, purtroppo, il dato nel settore dell'edilizia.

Tuttavia l'I.N.A.I.L. ammette che il calo è anche dovuto all'introduzione della patente a punti che ha fatto diminuire gli incidenti stradali² considerati dalle statistiche e, pertanto, calcolati tra gli infortuni *in itinere*³, cioè quelli occorsi nel tragitto da casa al lavoro e viceversa.

Quello che l'I.N.A.I.L. sottace sono le morti lente di chi ha lavorato a Porto

² I.N.A.I.L., *Linee Guida per la trattazione dei casi di infortunio in itinere*, RI, 1998, I, pg. 155.

³ **D. Lgs. 23 febbraio 2000, n. 38** (in G.U. 1° marzo, n. 50). - Disposizioni in materia di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, a norma dell'articolo 55, comma 1, della L. 17 maggio 1999, n. 144. - (art. 12).

Marghera, alla BREDA di Sesto San Giovanni, a Priolo, all'ILVA di Taranto (nella cui grande azienda siderurgica, solo nell'ultimo anno sono morti 2 lavoratori e si sono registrati circa 4.000 infortuni) ed in altri posti malsani in cui l'altissimo rischio di esposizione a malattie mortali era ben noto alle Istituzioni, che solo recentemente hanno dato attuazione alla direttiva comunitaria del 2003 tesa a garantire e tutelare i lavoratori esposti all'amianto⁴.

Non rientrano nelle statistiche dell'Istituto nemmeno le morti dei militari tornati dalla Somalia e dal Kosovo che neneppure lo Stato sembra orientato a riconoscere come causa di servizio.

Il calo riguarda però gli infortuni denunciati. I lavoratori in nero non rientrano nelle statistiche, salvo quando muoiono e non si riesce ad eliminare efficacemente il cadavere.

Gli irregolari, se colpiti da infortuni, passano sotto silenzio perchè non vengono registrati né all'anagrafe delle Casse Edili, né a quella dell'I.N.A.I.L. che si limita a dichiarare, a fronte dei dati ufficiali, che circa 200.000 infortuni non sono denunciati perché accaduti durante il lavoro in nero.

Si consideri, inoltre, che la presenza dei lavoratori stranieri nel settore delle costruzioni è in continuo aumento, arrivando in alcune realtà al 50-60% della forza lavoro. Infatti è soprattutto nell'edilizia che si registra un aumento esponenziale dei lavoratori immigrati, con una crescita negli ultimi anni di

⁴ **D. Lgs. 25 luglio 2006, n. 257** (in G.U. 11 settembre, n. 211). - Attuazione della direttiva 2003/18/CE relativa alla protezione dei lavoratori dai rischi derivanti dall'esposizione all'amianto durante il lavoro.

iscritti alle Casse Edili del 400%. Oltre ad essere meno pagati ed inquadrati a livelli più bassi questi lavoratori, per difficoltà legate alla scarsa conoscenza della lingua e alla mancanza di formazione (solo il 20% delle figure sono professionalizzate e qualificate), sono quelli più esposti al rischio infortuni.

Il fenomeno è una vera e propria emergenza che assilla il Paese indifferentemente da nord a sud, a cui occorre rispondere con controlli, verifiche e politiche di tutela soprattutto verso gli occupati più deboli, i precari. Come ha suggerito il Presidente della Commissione Lavoro della Camera: *"...iniziare a monitorare i luoghi di lavoro, dai cantieri alle fabbriche significherebbe apprestare maggiori garanzie e tutele a favore dei lavoratori più inesperti, quelli saliti da qualche giorno su un ponteggio o quelli che dovrebbero beneficiare del periodo di formazione"*⁵.

Seppur nel 1994 è stato approvato il D. Lgs. n. 626⁶ sulla sicurezza sui luoghi di lavoro, entrato a regime nel 1996 (ma rimasto inapplicato alla Pubblica Amministrazione per mancanza di fondi), la normativa è stata largamente disattesa, soprattutto nei settori più a rischio perché costosa. Inoltre la polverizzazione delle imprese sul

⁵ Intervento di G. PAGLIARINI, del 28 novembre 2006 sul tema: *"L'emergenza delle morti bianche"*.

⁶ **D. Lgs. 19 settembre 1994, n. 626** (in suppl. ord. alla G.U. del 12 novembre, n. 265). - Attuazione delle direttive 89/391/CEE, 89/654/CEE, 89/655/CEE, 89/656/CEE, 90/269/CEE, 90/270/CEE, 90/394/CEE, 90/679/CEE, 93/88/CEE, 95/63/CE, 97/42/CE, 98/24/CE, 99/38/CE, 99/92/CE, 2001/45/CE, 2003/10/CE e 2003/18/CE riguardanti il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro.

territorio e le poche risorse destinate agli organi di controllo rende quasi impossibile scoprire e sanzionare le inadempienze.

Non si dimentichi, inoltre che il D. Lgs. n. 626/94 ed i suoi infiniti decreti attuativi e riscritture (a seguito dei richiami della UE per non corretto recepimento della normativa comunitaria) è rimasto per oltre 10 anni in attesa dell'emanazione del T.U., affidato per delega al Governo per il riassetto e la riforma della normativa in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro⁷.

Eppure l'incredibile aumento delle c.d. morti bianche sul lavoro deve necessariamente imporre un approfondimento degli istituti giuridici che regolamentano gli infortuni sul lavoro per verificare l'efficacia del sistema e le eventuali lacune. Invero è emerso che nonostante l'impegno degli ispettori del lavoro gli organi di controllo preposti sono numericamente e strutturalmente insufficienti ed inadeguati a fronteggiare una così grave situazione oramai ritenuta di emergenza dalle più alte cariche dello Stato.

Ma quanti sono i controllori del lavoro? E quante ispezioni effettuano?

Alle dipendenze del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali è posto il Comando dei Carabinieri per la Tutela del Lavoro, con poteri di vigilanza e compito precipuo di accertare le violazioni in materia giuslavoristica e legislazione sociale. Accanto al Comando Generale di Roma è presente un nucleo operativo per ogni

provincia, con esclusione del Trentino Alto Adige. Accanto a loro sono preposti a controlli anche i funzionari e gli ispettori civili del Ministero del Lavoro e gli ispettori A.S.L.. Con l'entrata in vigore della normativa più stringente in materia di sicurezza sul lavoro (articolo 36 bis D.L. n. 223/2006 convertito in L. n. 258/2006⁸) - secondo

⁸ **D.L. 4 luglio 2006, n. 223** (in G.U. 4 luglio, n. 153) convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, **L. 4 agosto 2006, n. 248** (in suppl. ord. alla G.U. dell'11 agosto, n. 186, entrata in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale.

36-bis. *Misure urgenti per il contrasto del lavoro nero e per la promozione della sicurezza nei luoghi di lavoro.*

1. Al fine di garantire la tutela della salute e la sicurezza dei lavoratori nel settore dell'edilizia, nonché al fine di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso ed irregolare ed in attesa dell'adozione di un testo unico in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, ferme restando le attribuzioni del coordinatore per l'esecuzione dei lavori di cui all'articolo 5, comma 1, lettera e), del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494, e successive modificazioni, nonché le competenze in tema di vigilanza attribuite dalla legislazione vigente in materia di salute e sicurezza, il personale ispettivo del Ministero del lavoro e della previdenza sociale, anche su segnalazione dell'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) e dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), può adottare il provvedimento di sospensione dei lavori nell'ambito dei cantieri edili qualora riscontri l'impiego di personale non risultante dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria, in misura pari o superiore al 20 per cento del totale dei lavoratori regolarmente occupati nel cantiere ovvero in caso di reiterate violazioni della disciplina in materia di superamento dei tempi di lavoro, di riposo giornaliero e settimanale, di cui agli articoli 4, 7 e 9 del decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66, e successive modificazioni. I competenti uffici del Ministero del lavoro e della previdenza sociale informano tempestivamente i competenti uffici del Ministero delle infrastrutture dell'adozione del provvedimento di sospensione al fine dell'emanazione da parte di questi ultimi di un provvedimento interdittivo alla contrattazione con le pubbliche amministrazioni ed alla partecipazione a

⁷ **L. 3 agosto 2007 n. 123** (in G.U. del 10 agosto, n. 185). – Misure in tema di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro e delega al Governo per il riassetto e la riforma della normativa in materia.

gare pubbliche di durata pari alla citata sospensione nonché per un eventuale ulteriore periodo di tempo non inferiore al doppio della durata della sospensione, e comunque non superiore a due anni. A tal fine, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, il Ministero delle infrastrutture e il Ministero del lavoro e della previdenza sociale predispongono le attività necessarie per l'integrazione dei rispettivi archivi informativi e per il coordinamento delle attività di vigilanza ed ispettive in materia di prevenzione e sicurezza dei lavoratori nel settore dell'edilizia.

2. È condizione per la revoca del provvedimento da parte del personale ispettivo del Ministero del lavoro e della previdenza sociale di cui al comma 1:

a) la regolarizzazione dei lavoratori non risultanti dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria;
b) l'accertamento del ripristino delle regolari condizioni di lavoro nelle ipotesi di reiterate violazioni alla disciplina in materia di superamento dei tempi di lavoro, di riposo giornaliero e settimanale, di cui al decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66, e successive modificazioni. È comunque fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali e amministrative vigenti.

3. Nell'ambito dei cantieri edili i datori di lavoro debbono munire, a decorrere dal 1° ottobre 2006, il personale occupato di apposita tessera di riconoscimento corredata di fotografia, contenente le generalità del lavoratore e l'indicazione del datore di lavoro. I lavoratori sono tenuti ad esporre detta tessera di riconoscimento. Tale obbligo grava anche in capo ai lavoratori autonomi che esercitano direttamente la propria attività nei cantieri, i quali sono tenuti a provvedervi per proprio conto. Nei casi in cui siano presenti contemporaneamente nel cantiere più datori di lavoro o lavoratori autonomi, dell'obbligo risponde in solido il committente dell'opera.

4. I datori di lavoro con meno di dieci dipendenti possono assolvere all'obbligo di cui al comma 3 mediante annotazione, su apposito registro di cantiere vidimato dalla Direzione provinciale del lavoro territorialmente competente da tenersi sul luogo di lavoro, degli estremi del personale giornalmente impiegato nei lavori. Ai fini del presente comma, nel computo delle unità lavorative si tiene conto di tutti i lavoratori impiegati a prescindere dalla tipologia dei rapporti di lavoro instaurati, ivi compresi quelli autonomi per i quali si applicano le disposizioni di cui al comma 3.

5. La violazione delle previsioni di cui ai commi 3 e 4 comporta l'applicazione, in capo al datore di lavoro, della sanzione amministrativa da euro 100 ad euro 500 per ciascun lavoratore. Il lavoratore munito della tessera di riconoscimento di cui al comma 3 che non provvede ad esporla è punito con la sanzione

i dati resi noti dallo stesso Ministero - sono stati sospesi 171 cantieri e sorpresi 2.410 lavoratori in nero. Riguardo ai controlli specifici sulla sicurezza le ispezioni sono state 2.866, le prescrizioni impartite 5.074, i cantieri sottoposti a sequestro 135.

Ma sono ben 4.277.875 le imprese in Italia, secondo il registro statistico I.S.T.A.T. delle unità locali delle imprese (dati riferiti al 2004). Serve più sorveglianza sul lavoro o, ancor prima, c'è bisogno di più ispettori?

amministrativa da euro 50 a euro 300. Nei confronti delle predette sanzioni non è ammessa la procedura di diffida di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124.

(Omissis).

8. Le agevolazioni di cui all'articolo 29 del decreto-legge 23 giugno 1995, n. 244, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1995, n. 341, trovano applicazione esclusivamente nei confronti dei datori di lavoro del settore edile in possesso dei requisiti per il rilascio della certificazione di regolarità contributiva anche da parte delle Casse edili. Le predette agevolazioni non trovano applicazione nei confronti dei datori di lavoro che abbiano riportato condanne passate in giudicato per la violazione della normativa in materia di sicurezza e salute nei luoghi di lavoro per la durata di cinque anni dalla pronuncia della sentenza.

(Omissis).

11. Il termine di prescrizione di cui all'articolo 3, comma 9, lettera a), della legge 8 agosto 1995, n. 335, relativo ai periodi di contribuzione per l'anno 1996, di pertinenza della gestione di cui all'articolo 2, comma 26, della predetta legge n. 335 del 1995, è prorogato fino al 31 dicembre 2007.

12. Nell'ambito del Fondo per l'occupazione di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto-legge 20 maggio 1993, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1993, n. 236, le risorse destinate alla finalità di cui all'articolo 1, comma 410, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, sono ridotte da 480 milioni di euro a 456 milioni di euro e sono corrispondentemente aumentate da 63 milioni di euro a 87 milioni di euro le risorse destinate alla finalità di cui all'articolo 1, comma 1, del decreto-legge 5 ottobre 2004, n. 249, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 dicembre 2004, n. 291, e successive modificazioni.

Sarebbe pensabile nel nostro Paese un sistema aperto e di relazione interistituzionale che attraverso la concertazione e la implementazione del dialogo sociale possa incidere sulle condizioni di lavoro e sull'organizzazione del lavoro seguendo logiche trasparenti e partecipate di prevenzione dei rischi?

Sarebbe proponibile un'azione di Governo che porti ad individuare nella prevenzione e nel lavoro "chiaro e sicuro" elementi operativi e di politica sociale ed economica?

Secondo il rapporto annuale dell'Istituto per il Lavoro su salute e sicurezza si possono individuare strategie che, accanto a quelle comunitarie⁹, devono fare riferimento a fattori innovativi quali l'impegno per una impostazione globale del benessere sui luoghi di lavoro, prendendo in considerazione le trasformazioni del mondo del lavoro e l'insorgenza dei nuovi rischi, in particolare, psico-sociali; il consolidamento della cultura della prevenzione dei rischi e combinazione di strumenti strategici differenziati anche attraverso la realizzazione di partecipazioni di tutti i soggetti attivi ed attivabili nel campo della salute e della sicurezza nel lavoro (si pensi ad esempio ai patti territoriali

per la salute e la sicurezza nel lavoro); l'attivazione di politiche sociali ambiziose quali fattori di competitività. La mancanza di strategie comporta costi sociali ed economici che pesano in modo significativo sulla economia e sulla società. Da questo punto di vista diventa quanto mai importante sottolineare il ruolo che assume la concertazione ed il rapporto tra le parti sociali. Le cifre degli incidenti sul lavoro restano troppo elevate.

Il tema della prevenzione e della promozione della salute sul luogo di lavoro deve pertanto essere affrontato nel quadro dell'evoluzione generale delle attività economiche, delle forme di occupazione, della popolazione attiva (con maggior numero di donne ma anche di lavoratori anziani) e della società in generale (maggiormente diversificata, ma anche contrassegnata dall'esclusione sociale). La politica deve dunque fare investimenti di alto spessore e di grande impegno sulla salute e benessere della vita lavorativa e non permettere che si possa continuare a "morire di lavoro".

⁹ Nel corso degli ultimi decenni l'adozione di numerose norme a livello europeo ha permesso di migliorare le condizioni di lavoro negli Stati membri e di compiere notevoli progressi per quanto riguarda la riduzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali. Pertanto, visto i dati confortanti degli ultimi 5 anni, con la riduzione degli infortuni mortali al 17% nell'UE a 15, nei primi mesi del 2007 la Commissione Europea ha presentato una Comunicazione con cui delinea una nuova strategia comunitaria per la salute e la sicurezza sul lavoro per i prossimi cinque anni, rappresentando la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro uno dei temi più importanti ed avanzati della politica dell'UE relativa all'occupazione ed agli affari sociali.

I LAVORI

GUARDIE GIURATE: LA COSTITUZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO

di Clarenza Binetti*

Tribunale di Trani - Sezione Lavoro
Sentenza 8 ottobre 2007 n. 316
(*Giudice La Notte Chirone*)

* * * * *

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

(*Omissis*)

Con ricorso del 19.09.01 l'istante, premesso che in data 02.12.98 aveva inoltrato istanza di assunzione alle dipendenze dell'Istituto di Vigilanza (...) in qualità di guardia giurata; che dopo aver sostenuto un colloquio e le prove attitudinali presso la sede dell'istituto "gli era stata assicurata l'assunzione dall'amministratore pro-tempore della società (...)", tanto che lo stesso istituto aveva avviato la pratica per far conseguire al *** il decreto di nomina a guardia giurata, effettivamente concesso dal Prefetto di Bari in data 21.05.99; che in data 19.07.99 aveva prestato giuramento davanti al Sindaco di Barletta; che, successivamente ai suddetti adempimenti, "risulterebbe che l'istituto resistente ha assunto il sig. (...), poiché ne ha comunicato

poi la cessazione dal servizio alla Prefettura di Bari a far data dal 30.04.00, così come risulta dal verbale di consegna del decreto"; che il ricorrente dava per scontato che sarebbe stato assunto dalla società convenuta, tanto che sosteneva delle spese per il conseguimento del porto d'armi e per l'acquisto della pistola; che poi la società resistente non lo aveva mai assunto, chiedeva accertarsi la sussistenza del rapporto di lavoro conseguentemente all'avvenuto incontro delle volontà dei contraenti ex art. 1326 c.c., a far data dal giuramento del convenuto dinanzi al Sindaco di Barletta, o dalla data di annotazione sul libro matricola della resistente; in subordine chiedeva accertarsi la violazione da parte della società resistente dell' art. 1337 c.c., "responsabilità precontrattuale" e, per l'effetto chiedeva la condanna di parte resistente al pagamento in suo favore della somma di €. 100.157.288 per le causali e voci di cui in narrativa, oltre spese ed accessori di legge ed infine, chiedeva condannarsi la resistente ad assumere il ricorrente con la qualifica di guardia giurata.

Si costituiva la società resistente, che contestava la fondatezza in fatto ed in diritto dell'avversa pretesa, precisando che non vi è stato alcun contratto di lavoro tra le parti in causa essendosi ella limitata solo a

* Praticante avvocato del Foro di Trani.

promuovere solo il procedimento amministrativo volto a far ottenere al ricorrente il rilascio del decreto di nomina a guardia particolare giurata, chiedeva pertanto rigettarsi la domanda attorea con condanna del ricorrente alle spese di lite.

La causa era istruita con l'espletamento delle prove ammesse e con l'acquisizione di informative relative alle vicende lavorative del ricorrente e, all'udienza odierna, sulle rassegnate conclusioni, la causa veniva decisa con dispositivo del quale si dava lettura.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorso è infondato e va quindi rigettato.

Va infatti precisato, come l'equivoco, peraltro piuttosto frequente nell'ambito delle assunzioni alle dipendenze degli istituti di vigilanza privata, rinviene dal fatto che, in tale ambito, l'assunzione dei dipendenti, è preceduta da una fase amministrativa, che non equivale affatto a promessa di assunzione, ma mira solo a far acquisire alla persona che vuol diventare guardia particolare giurata, quel requisito (decreto rilasciato dalla Prefettura), senza del quale, la eventuale domanda dell'interessato mancherebbe, ab origine, di ogni presupposto per poter esser presa in considerazione (cfr. artt. 133 e segg. del r.d. 18.06.1931 n. 773, nonché del r.d.l. n. 1952 e degli artt. 249 e 256 del r.d. n. 635 del 1940).

Tale procedura, si giustifica sol se si considerano le peculiarità dei compiti svolti dalle guardie particolari giurate assimilabili, per molti aspetti a quelle delle forze dell'ordine essendo volti alla tutela ed alla sicurezza della incolumità privata e, talora anche pubblica e di tutela dei beni privati e della collettività. Essi svolgono i loro compiti sotto la vigilanza del Questore e si inseriscono nell'organizzazione della polizia per la salvaguardia dell'ordine e per la

sicurezza pubblica e per l'esercizio di compiti di polizia giudiziaria (Cass. 1992/1115; 1989/2727; 1988/5076; 1987/5848).

Ne consegue che colui che intende avanzare domanda di assunzione quale guardia giurata deve essere in possesso di decreto prefettizio che viene rilasciato previa domanda di disponibilità all'assunzione da parte di un istituto di vigilanza, atto che innesca una serie di indagini conoscitive da parte delle forze dell'ordine che attraverso informative presso il casellario penale o, di altro genere, valutano la condotta dell'aspirante guardia giurata e, se non vi sono motivi ostativi (condanne penali o procedimenti penali in corso), rimettono tutto all'Autorità Prefettizia competente, per il rilascio del decreto. Dopo l'adozione del decreto di approvazione della nomina, occorrerà, da parte sia dell'interessato che dall'istituto, la produzione di una serie di documenti che la Prefettura provvederà a richiedere.

La preventiva istanza che l'istituto inoltra alla Prefettura in cui afferma la sua disponibilità all'assunzione di una persona come guardia giurata, non equivale ad atto di assunzione di detta persona, anche, perché, potrebbe non avere i requisiti per la concessione del decreto stesso e, questo, il potenziale datore di lavoro non è in condizione di saperlo prima.

Solo una volta ottenuto il decreto l'interessato può proporsi all'istituto e questo decidere per l'assunzione o meno, perché può anche accadere che, dandosi che la fase amministrativa ha dei tempi fisiologici, non sempre prevedibili, l'istituto abbia dovuto coprire con altre persone, già munite di decreto la eventuale carenza di personale, come, può ben accadere che nelle more, l'aspirante guardia giurata, non conoscendo l'esito della fase amministrativa, scelga di intraprendere altra attività di lavoro. Il giuramento ai sensi dell'art. 250 del Regolamento di P.S. è l'atto istruttorio

conclusivo del procedimento abilitante la guardia giurata all'espletamento dell'attività lavorativa, ma detto adempimento va effettuato in costanza di rapporto di lavoro già perfezionato mediante sottoscrizione del contratto relativo e conseguente comunicazione dell'assunzione al collocamento.

Può anche accadere, che una volta ottenuto il decreto, l'interessato trovi più vantaggiosa la proposta di un istituto di vigilanza differente da quello che ha dato inizio al procedimento amministrativo per il conseguimento del decreto prefettizio e quindi vada sì a fare la guardia giurata ma per un terzo soggetto.

La riprova di quanto innanzi detto rinviene dal fatto che al momento dell'assunzione, la futura guardia giurata deve comunque sottoscrivere regolare contratto di assunzione, se quest'ultima si fosse perfezionata come pure si ritiene sin dal primo atto del procedimento amministrativo non ve ne sarebbe bisogno.

Nel caso in esame, è emerso per via documentale, che la società resistente è stata del tutto esclusa dalla seconda fase, ossia quella della produzione di documenti in Prefettura per ritirare il decreto, fra cui la comunicazione dell'assunzione diretta all'ufficio di collocamento.

Invero, dalla nota della Prefettura di Bari del 17.04.02, si evince che non solo l'Istituto di Vigilanza (...) non ha proceduto all'assunzione del ricorrente e, quindi, alle comunicazioni di rito al Collocamento, ma che a tanto ha provveduto un altro istituto di vigilanza in data 21.09.1999.

Inoltre, sempre dalla documentazione acquisita in virtù di ordinanza emessa da questo Giudice in data 11.04.05, emerge che il ricorrente, a distanza di appena due mesi dal prestato giuramento, era alle dipendenze di altri datori di lavoro che operavano in settore diverso da quello della vigilanza).

La domanda va pertanto rigettata.

Ricorrono opportuni motivi per compensare per intero fra le parti le spese di lite per non aggravare ulteriormente la situazione del lavoratore.

P. Q. M.

Il Giudice del Tribunale di Trani, Sezione Lavoro, definitivamente decidendo il ricorso proposto in data 19.09.01 da (...) nei confronti della (...) s.r.l., così provvede:

- rigetta la domanda;
- compensa le spese di lite.

(*Omissis*)

*** **

- NOTA -

La sentenza affronta un tema molto interessante - consistente nel riconoscimento della sussistenza o meno del rapporto di lavoro e della conseguente richiesta di risarcimento del danno derivante da responsabilità precontrattuale - ma al contempo complesso oggetto di studio per la difficoltà essenzialmente riconducibile alla particolarità procedurale cui dovrà *ex lege* attenersi il datore di lavoro, sia esso istituto di vigilanza privato o altro, in caso di assunzione di guardia giurata¹.

¹ Una delle prime norme sulle Guardie Giurate Particolari si ebbe con l'art. 45 della legge approvata il 21 dicembre 1890 che diceva: "*I comuni, i corpi morali e i privati cittadini possono destinare guardie particolari alla custodia delle loro proprietà, le guardie particolari devono possedere i requisiti determinati dal regolamento, essere approvate dal Prefetto e prestare giuramento innanzi al Pretore. I loro verbali nei limiti del servizio cui sono destinate, faranno fede in giudizio sino a prova contraria*".

Disposizioni più o meno simili quanto a contenuti sono ancora oggi vigenti e vanno a regolamentare la vita ed i rapporti giuridici dei moderni Istituti di Vigilanza Privata Italiani e delle Guardie Particolari Giurate sebbene risalgano al periodo bellico. A titolo

In verità, nel caso di specie, ci si allontana dalla solita procedura sintetizzabile nella *formalizzazione* dell'istanza diretta all'azienda privata con apposita domanda di assunzione, seguita dall'invio dell'azienda e dalla ricezione da parte del lavoratore della *lettera di assunzione* cui conseguirà la sottoscrizione del *contratto di lavoro*.

Il magistrato estensore, infatti, superando il problema relativo all'importanza attribuibile al colloquio di lavoro cui hanno fatto seguito prove attitudinali svolte presso la stessa sede dell'istituto di vigilanza resistente, focalizza la sua attenzione essenzialmente sulla quella "fase amministrativa" che si ritiene assolutamente prodromica e preliminare, teleologicamente orientata al semplice rilascio del decreto da parte della competente autorità, la cui acquisizione sarebbe requisito indispensabile ai fini dell'assunzione.

Nella motivazione della sentenza si legge: *"L'equivoco, peraltro piuttosto frequente nell'ambito delle assunzioni alle dipendenze degli istituti di vigilanza privata, rinvia dal fatto che, in tale ambito, l'assunzione dei dipendenti è preceduta da una fase amministrativa, che non equivale affatto a promessa di assunzione, ma mira solo a far acquisire alla persona che vuol diventare guardia particolare giurata, quel requisito, (decreto*

esemplificativo ci si riferisce in particolare a leggi quali: T.U. delle Leggi di Pubblica Sicurezza, approvato con Regio Decreto del 18 giugno 1931, negli articoli che vanno dal 133 al 141 compreso; Regolamento per l'esecuzione del T.U. delle Leggi di Pubblica Sicurezza, approvato con Regio Decreto del 6 maggio 1940, dall'art. 249 all'art. 260 compreso; Regio Decreto Legge del 26 settembre 1935, dall'art. 1 all'art. 6 compreso; Regio Decreto Legge del 12 novembre 1936, dall'art. 1 all'art. 6 compreso ecc..

rilasciato dalla Prefettura) senza del quale la eventuale domanda dell'interessato mancherebbe, ab origine di ogni presupposto per poter essere presa in considerazione (cfr. artt. 133 e segg. del r.d. 18/06/1931 n. 773, nonché del r.d.l. n. 1952 e degli artt. 249 e 256 del r.d. n. 635 del 1940)".

Il Giudice del Lavoro ritiene che "la preventiva istanza" che l'istituto di vigilanza inoltra alla Prefettura sarebbe semplicemente affermativa della **disponibilità** per una probabile e solo possibile futura assunzione, per nulla preclusiva del diritto datoriale di assumere - nelle more del procedimento - altro dipendente, essendo in verità effettuata al solo scopo di ben appurare la sussistenza dei requisiti necessari allo svolgimento dell'attività lavorativa e non rappresentando atto di assunzione del lavoratore stesso.

A supporto di tale tesi vi è l'obbligatorietà di sottoscrizione del regolare contratto di assunzione solo in un momento successivo a quello della conclusione dell'iter amministrativo, che definitivamente eliminerebbe ogni ombra di dubbio sul mancato perfezionamento contrattuale già al momento della proposizione del primo atto amministrativo.

Particolare la circostanza rilevata dal magistrato ed emersa in fase di acquisizione di mezzi istruttori - riferita alla sussistenza di un'ulteriore altra differente attività lavorativa svolta dal ricorrente a soli due mesi di distanza dal prestato giuramento - soprattutto se si considera che alcuna legge statale vieta la possibilità di espletamento di una doppia attività lavorativa in capo al medesimo soggetto purchè compatibile quanto ad

orari e oggetto con l'attività in questione; a meno che tale eccezione, che rievoca quella dell'*aliunde perceptum*² solitamente utilizzata per richiedere una riduzione del risarcimento in materia di licenziamento, non risulti finalizzata all'esclusione di un possibile risarcimento danni derivante dall'esosità delle spese affrontate per il rilascio del decreto nonché da un'eventuale perdita di chances da parte del lavoratore stesso che si è visto dapprima "garantito" dal colloquio, dalle prove espletate e dall'avvio della procedura per il rilascio del decreto e poi successivamente "rifiutato" senza adduzione alcuna di valida motivazione.

Si consideri che la richiesta effettuata da parte ricorrente appare, nella sua formulazione, ultronea visto che nel nostro ordinamento giuridico non sussistono gli strumenti idonei a costringere ad un "*facere*" il datore di lavoro né, tantopiù, le norme giuridiche atte a consentire ad un Giudice di disporre l'assunzione coattiva.

A tal proposito dottrina e giurisprudenza sono concordi nel manifestare l'assoluta difficoltà sia della concessione che dell'esecuzione in forma specifica di un simile ordine. Si ricordi che l'esecuzione coatta degli obblighi di fare infungibili - quali sono considerati per l'appunto, quelli a carico del datore di lavoro di ottemperare all'ordine del giudice - si pongono in netto contrasto con la regola generale magistralmente sintetizzata nell'antico brocardo latino del *nemo ad factum cogi potest* (nessuno può costringere qualcuno a

fare qualcosa) essendo invece possibile nel caso degli obblighi di fare fungibili³ mediante l'adempimento da parte di un terzo, ossia per *surrogatoria*⁴.

Parecchio interessante l'affermazione riscontrabile nella parte conclusiva della sentenza nella quale ci si riferisce a quanto emerso per via documentale durante la fase istruttoria.

Parrebbe infatti che la società resistente non avesse mai avuto accesso alla seconda fase relativa alla produzione documentale in Prefettura e, pertanto, non sarebbe mai arrivata a produrre la comunicazione diretta all'ufficio di collocamento, per il ritiro del decreto, elemento questo che, oltre a contrastare con l'enunciazione dei fatti, così come sintetizzati, andrebbe a motivare in maniera inequivocabile la scelta del magistrato relativa al rigetto del ricorso.

A tal proposito è d'obbligo ricordare che altro orientamento vorrebbe legare l'attribuzione della qualifica di "Guardia Particolare Giurata" ad una richiesta nominativa inoltrata da un ente pubblico o privato o istituto di vigilanza cui seguirebbe il rilascio di un **nulla osta** da parte del Prefetto finalizzato all'instaurazione di un

³ F. DI LORENZO, *Osservazioni minime in tema di tutela degli obblighi infungibili e mezzi coercitivi indiretti*, in *Diritto&Diritti*, 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*".

⁴ A. BELSITO, *Controversie di lavoro*, Ed. Cacucci, Bari, 2005, p.104 e ss..

² A. BELSITO, *Limiti ai poteri del datore di lavoro*, Ed. Cacucci, Bari, 2006, p. 122 e ss..

procedimento teso al rilascio di un provvedimento denominato “*Decreto di approvazione alla nomina di Guardia Particolare Giurata*” cui potrebbe eventualmente seguire l’eventuale rilascio della licenza di porto di pistola a tassa ridotta. Il procedimento istruttorio per ottenere tale attestato potrebbe essere per comodità scisso in due distinte fasi:

la **prima** comincerebbe con la presentazione al Prefetto di istanza in bollo inoltrata dal titolare dell’Istituto di Vigilanza privata o di privato interessato tesa ad ottenere *l’approvazione della nomina* a Guardia Particolare Giurata del candidato che *controfirmerà* per accettazione della nomina. A tale istanza si dovrà allegare: copia fotostatica del titolo di studio e congedo militare o autocertificazione resa ai sensi dell’art. 38 e 46 D.P.R. 28/12/2000, come da allegato modello, concernente i requisiti soggettivi; fotocopia della carta d’identità ovvero certificato di nascita, residenza, cittadinanza o dichiarazione sostitutiva di certificazione;

la **seconda fase** prenderebbe avvio dalla comunicazione agli interessati, siano essi datori o prestatori d’opera, dell’esito favorevole della pratica cui conseguirebbe l’invito a produrre o esibire ai fini del rilascio del titolo i documenti attestanti la comunicazione dell’avvenuta assunzione prescritta dall’art. 9 *bis* del D.L. n. 510/1996, convertito con modificazioni in legge n. 608/1996 e dell’avvenuta iscrizione del lavoratore all’I.N.P.S. ed all’I.N.A.I.L., sostituibili con un’apposita autocertificazione ad opera dello stesso datore, resa ai sensi dell’art. 38 e 46 D.P.R. 28/12/2000 n. 445.

Va da sé che il decreto di nomina

potrà essere rilasciato qualora già sussista un rapporto di dipendenza fra l’aspirante guardia e l’istituto di vigilanza o la ditta, in caso contrario infatti non essendo possibile la produzione della documentazione attestante l’avvenuta assunzione o dell’autocertificazione sostitutiva essenziale per il rilascio non sussisterebbe alcun decreto.

Com’è possibile parlare di rilascio del decreto, così come si legge nella breve esposizione dello svolgimento del processo, se si nega l’assunzione? Come poteva essere rilasciato il decreto senza certificato attestante la comunicazione dell’avvenuta assunzione?

Altro nodo da sciogliere è quello relativo all’efficacia del giuramento davanti al Sindaco.

Le regole procedurali prescrivono che il decreto una volta rilasciato, ha validità biennale e dovrà essere inviato direttamente al Sindaco del Comune di residenza, dove l’aspirante guardia giurata dovrà prestare il prescritto giuramento. Dell’invio del decreto verrà data notizia al Titolare dell’Istituto di Vigilanza. L’aver prestato giuramento risulta requisito essenziale in quanto comporta l’invio del decreto il cui rilascio implica, così com’è stato ampiamente riferito, la sussistenza dell’assunzione in capo all’Istituto di Vigilanza che si è reso promotore della procedura.

Del resto anche nel corpo della sentenza si comprende chiaramente il valore che lo stesso magistrato attribuisce a tale procedura: “*Il giuramento ai sensi dell’ art. 250 del Regolamento di P.S. è l’atto istruttorio conclusivo del procedimento abilitante la guardia giurata all’espletamento dell’attività lavorativa, ma detto*

adempimento va effettuato in costanza di rapporto di lavoro già perfezionato mediante sottoscrizione del contratto relativo e conseguente comunicazione dell'assunzione al collocamento".

Ed ecco che rimangono ancora di incerta interpretazione le norme procedurali relative all'acquisizione del titolo di Guardia Particolare Giurata atteso che la sentenza *de quo* sembrerebbe essere conforme all'orientamento della giurisprudenza di legittimità (Cass. civ., Sez. lav., 25 luglio 2006 n. 16924) secondo la quale: *"nel rapporto di lavoro che si instaura tra un istituto di vigilanza e le dipendenti guardie giurate, l'autorizzazione al porto d'armi⁵ e l'approvazione del questore, necessarie per lo svolgimento dell'attività di guardia giurata, sono il presupposto indispensabile contrattualmente previsto per la ricevibilità delle prestazioni d'opera..."*. Diversamente la giurisprudenza di merito (T.A.R. Abruzzo del 16/05/1998 n. 405) parlando di attestato di idoneità, rilasciato dal Prefetto ai sensi dell'art. 138 T.U. 8 giugno 1931 n. 773, come di un attestato che si colloca nell'ambito del *procedimento di assunzione* dell'interessato con la qualifica di guardia giurata, si discosterebbe dalla posizione che il magistrato del Lavoro di Trani ha assunto con tale decisione, determinando ancora una volta ulteriore confusione nel controverso panorama giuridico relativo alla

fattispecie in oggetto.

⁵ Nel caso in cui la Guardia Giurata da assumere dovesse prestare servizio armato, dovrà essere presentata istanza in bollo con cui il titolare dell'Istituto di Vigilanza Privata chiede la licenza di Porto di Pistola a tassa ridotta per Guardia Giurata da assumere, che controfirmerà la domanda stessa per accettazione della licenza.

TRASMISSIONE DELLA RESPONSABILITÀ MEDICO-SANITARIA E STRUMENTI PER LA GESTIONE DEL RISCHIO CLINICO

di Francesco Gismondi

1. La responsabilità della struttura sanitaria per l'errore del lavoratore posto alle sue dipendenze

La problematica relativa alla gestione del rischio clinico trova un'indubbia occasione di dibattito circa la sua collocabilità all'interno del rapporto di lavoro intercorrente tra il sanitario e la struttura datrice di lavoro.

Infatti, la Suprema Corte, con sentenza dell'11 marzo 2002, n. 3492, ha stabilito che: *“In tema di responsabilità civile nell'attività medico-chirurgica, una volta accertato il nesso eziologico tra l'evento dannoso e la prestazione sanitaria, poiché il danneggiato fa valere la responsabilità contrattuale del prestatore d'opera intellettuale e/o dell'ente contrattualmente tenuto alla prestazione, quando l'intervento chirurgico subito da cui è derivato un danno non è di difficile esecuzione, l'aggravamento della situazione patologica del paziente o l'insorgenza di nuove patologie eziologicamente ricollegabili ad esso comportano, a norma dell'art. 1218 c. c., una presunzione semplice in ordine all'inadeguata o negligente*

prestazione, spettando all'obbligato - sia esso il sanitario o la struttura - fornire la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo idoneo e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile, eventualmente in dipendenza di una particolare condizione fisica del paziente, non accertabile e non evitabile con l'ordinaria diligenza professionale”.

Il problema che si pone è essenzialmente riconducibile ad una chiara circostanza di fatto: la prestazione sanitaria è eseguita da un terzo soggetto spesso titolare di rapporto di lavoro.

La tesi tradizionale riconduceva la responsabilità dell'ente ospedaliero allo schema della responsabilità extracontrattuale ex art. 2049 cod. civ. che disciplina la responsabilità, indiretta ed aggravata, del committente per i danni arrecati da fatti illeciti commessi dai suoi dipendenti.

Con la sentenza 11 marzo 2002, n. 3492 si registra una radicale inversione di tendenza del Supremo consesso il quale opta per la tesi della

responsabilità “contrattuale” della struttura ospedaliera per i danni subiti dagli assistiti a causa dell’attività diagnostica scorretta dei medici dipendenti dell’ente gestore.

Questa impostazione valorizza il momento della creazione del rapporto contrattuale che sarà successivamente eseguito nella prestazione caratteristica da un altro soggetto (il sanitario, appunto).

Il contratto si conclude pertanto al momento del ricovero del paziente o al momento della sua accettazione, per *facta concludentia*.

Ferma restando una sostanziale lucidità nella riconduzione del rapporto medico-paziente nell’alveo del contratto di prestatore d’opera professionale intellettuale, la tipologia del vincolo tra struttura e paziente appare tutt’altro che pacifica.

E ciò essenzialmente perché la riconducibilità anche di tale rapporto sotto le vesti di un contratto d’opera intellettuale (Galgano) è affetta da una serie di “defezioni” concernenti gli elementi tipici di tale contratto: mancando il carattere personalistico (che giustifica la limitazione di responsabilità ex art. 2236 cod. civ.) e l’unicità della prestazione medica (l’ospedale fornisce infatti vari servizi che vanno dall’alloggio alla refezione e dai servizi infermieristici alla messa a disposizione delle attrezzature sanitarie) non si rileva una vera e propria prestazione intellettuale e professionale.

La giurisprudenza allora, prendendo atto di tali argomentazioni, si è significativamente orientata verso la individuazione di un vero e proprio contratto atipico intercorrente tra paziente e casa di cura, che è stato denominato contratto di speditività.

“Il complesso ed atipico rapporto che si instaura tra la casa di cura e il paziente (...) consiste nella messa a disposizione del personale medico ausiliario e di quello paramedico, nonché nell’apprestamento dei medicinali e di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicanze; è perciò configurabile una responsabilità autonoma e diretta della casa di cura ove il danno subito dal paziente risulti casualmente riconducibile ad una inadempienza delle obbligazioni ad essa facenti carico”¹.

Con riferimento alla disciplina applicabile a questa fattispecie contrattuale atipica e complessa², sembrerebbe inutilizzabile il criterio della prevalenza (in base al quale in tema di contratti c.d. “misti” si vanno ad applicare le norme relative alla fattispecie contrattuale che risulti maggiormente aderente a quella scaturita dalla specifica combinazione negoziale), dovendo di conseguenza l’interprete ricorrere al residuale criterio della combinazione, con tutte le approssimazioni ed incertezze che esso può comportare.

Emerge, comunque, tra le righe di quanto sancito dalla Suprema Corte, il fatto che l’obbligazione assunta dalla struttura ospedaliera, pubblica o privata, va a ricomprendere anche il rischio (sostanzialmente ammortizzabile in virtù della gestione ormai imprenditoriale della stessa) della distribuzione delle competenze tra i vari operatori e, più in generale,

¹ Cass. civ., Sez. III, 14 luglio 2004, n. 13066, in *Danno e responsabilità*, 2005, p. 537.

² F. GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell’attività sanitaria*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1984, 710.

tutte le prestazioni che vengano coinvolte nella realizzazione dell'intervento medico-chirurgico richiesto o necessario.

Ciò consente di ritenere che la responsabilità contrattuale dell'ospedale per danni alla salute cagionati da *malpractice* (ma discorso identico può farsi in relazione ai c.d. danni iatrogeni, ossia i pregiudizi alla salute dei pazienti imputabili ad erronee indicazioni da parte dei medici) dei sanitari da esso dipendenti, più che dalla regola generale di cui all'art. 1218 c.c., sia regolata dalla previsione di cui all'art. 1228 c.c..

Infatti, la richiamata norma in tema di responsabilità del debitore per inadempimento "personale" riguarderebbe, più che altro, i casi di inadempimento delle prestazioni poste direttamente a carico dell'ente, come nel caso alla base della pronuncia di cui sopra, in cui le inadempienze di una casa di cura privata nei confronti di una donna partoriente erano consistite nell'insufficienza delle apparecchiature di rilevazione del battito cardiaco, nella omissione della amnioscopia, nella totale assenza di una struttura di rianimazione di neonati in difficoltà, nonché nella mancanza di un'efficiente organizzazione per la ricerca di un centro ospedaliero attrezzato.

Questa opportuna scissione di due differenti piani di responsabilità contrattuale è stata comunque operata in maniera esplicita della Suprema Corte in altra parte della medesima pronuncia; infatti il Consesso ha chiarito che il rapporto che si instaura tra paziente e casa di cura privata (o ente ospedaliero) ha fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo; da ciò discende che, a fronte

dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal S.s.n. o da altro ente), insorgono a carico della casa di cura (o dell'ente), accanto a quelli di tipo *lato sensu* alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze.

Perciò la responsabilità della casa di cura (o dell'ente) nei confronti del paziente ha natura contrattuale e può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 c.c., all'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché, ai sensi dell'art. 1228 c.c., all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario.

E l'assioma vale anche nel caso in cui quest'ultimo sia ausiliario necessario della struttura pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato; infatti, anche in tal caso sussiste un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale, non rilevando, al riguardo, la circostanza che il sanitario risulti essere anche "di fiducia" dello stesso paziente o, comunque, dal medesimo scelto.

Il disposto dell'art. 1228 c.c. - la cui applicazione è stata estesa alla intera materia contrattuale con il codice civile del 1942 (prima era prevista solo in tema di contratti di appalto e di trasporto, per i quali è adempiere la prestazione oggetto della propria obbligazione), che sancisce la responsabilità del debitore per il fatto doloso o colposo degli ausiliari di cui si avvalga nell'adempimento

dell'obbligazione - è fondato, secondo un'autorevole dottrina³, su una regola di responsabilità oggettiva e non differisce molto, quanto a natura e presupposti applicativi, dalla responsabilità ex art. 2049 c.c. in ambito extracontrattuale, come gli stessi giudici hanno fatto rilevare.

Così *“in tema di responsabilità del debitore per il fatto degli ausiliari, l'art. 1228 c.c. - disposizione con cui è stata estesa nell'ambito contrattuale la disciplina contenuta negli artt. 2048 e 2049 c.c. - postula, per la concreta applicabilità, l'esistenza di un danno causato dal fatto dell'ausiliario, l'esistenza di un rapporto tra ausiliario e committente (c.d. "rapporto di preposizione"), l'esistenza, infine, di una relazione di causalità (rectius di occasionalità necessaria) tra il danno e l'esercizio delle incombenze dell'ausiliario”*⁴.

2. Gli strumenti operativo-legali per l'identificazione e la gestione del rischio clinico

Una volta esaminata la molteplicità delle obbligazioni che la struttura ospedaliera assume con il ricovero (d'elezione o d'urgenza) o l'accettazione del paziente, è utile analizzare quali sono gli strumenti ritenuti più incisivi per la gestione del rischio clinico.

Dal punto di vista legale, la cartella clinica e tutta la documentazione sanitaria, rappresentando la traccia reale di quanto è realmente accaduto al paziente, assumono una tale credibilità che nessuna altra testimonianza può intaccare.

³ M. BIANCA, *La responsabilità*, Giuffrè, Milano.

⁴ Cass. civ., Sez. III, 17 maggio 2001, n. 6756.

Il documento clinico assume rilevanza giudiziale per le seguenti ragioni:

- il momento in cui il documento è stato creato, generalmente antecedente alla denuncia o riconoscimento dell'evento avverso;

- la ricchezza di spiegazioni cliniche che la cartella contiene (quando correttamente compilata), che spiega il motivo della scelta del medico ed esplicita chiaramente il suo pensiero ed è fondamentale per l'individuazione della colpevolezza o meno della condotta del medico;

- la presenza di dettagli che indicano in maniera incontrovertibile come il medico si sia fatto realmente carico *in toto* del paziente e lo abbia ascoltato (ricchezza dell'anamnesi) al fine di avere un corretto quadro delle sue condizioni;

- la completezza, in qualità di documento, della cartella, che riporta tutto quanto riguarda il ricovero in oggetto del paziente.

La cartella clinica, inoltre, riveste da sempre un ruolo di strumento fondamentale anche in altri due settori:

- come strumento di comunicazione fra professionisti (per esempio, in caso di segnalazione nell'anamnesi di un'allergia antibiotica, la lettura della stessa può evitare la somministrazione di un antibiotico incongruo nel caso di momentanea incoscienza del paziente);

- come base di indagini osservazionali retrospettive per l'individuazione di eventi avversi. Se la compilazione della scheda non è di buona qualità, qualsiasi indagine di questo tipo che si basa su di essa sarà priva di significato.

L'uso delle linee-guida nell'ambito di gestione del rischio clinico trova la sua applicazione se e quando la messa in sicurezza del paziente diventa uno degli scopi del governo clinico.

Le linee-guida prodotte devono essere verificate nella loro efficacia di applicabilità e di risultato, in questo caso, in termini di riduzione di rischio per il paziente e, in ultima analisi, di minimizzazione del rischio complessivo.

Le linee-guida, in ogni contesto, devono inoltre essere tradotte in percorsi diagnostico-terapeutici, la cui definizione rappresenta un'opportunità per identificare quali aspetti della pratica clinica siano da monitorare, quali informazioni siano da raccogliere in modo sistematico e standardizzato e infine quali indicatori siano utili per verificare l'effettivo raggiungimento degli obiettivi clinici.

Tra questi, non potrà che essere presente la riduzione del rischio per il paziente.

Al di là della valenza nell'ottica puramente di prevenzione del rischio, l'uso delle linee guida e dei protocolli aziendali elimina in maniera parziale il rischio di giudizio di colpevolezza della condotta del dipendente.

Sul punto, ferma restando la responsabilità *ex contractu* del medico e della struttura sanitaria, si rileva che l'aver seguito pedissequamente linee guida nella gestione del paziente potrebbe non esonerare l'operatore (e dunque l'ospedale) da un giudizio di imputabilità dell'inadempimento *ex artt. 1176 e 1228 codice civile*.

In altre parole, una volta sposata la tesi della responsabilità contrattuale, la prova liberatoria rimane (e non potrebbe essere altrimenti) esercitabile solo in termini di caso fortuito, forza

maggiore e non imputabilità della causa *ex art. 1218*. Si aggiunge per il solo medico prestatore d'opera professionale la limitazione di responsabilità posta in suo favore dall'art. 2236 cod. civ. in ragione della difficoltà (o non routinarietà) dell'attività posta in essere.

Infine il sistema di reporting ed analisi dell'incidente critico basato sulla "root case analysis" rimane quello più produttivo di risultati in termini di gestione e di prevenzione del rischio.

Esso si articola su più fasi: identificazione dei rischi in una struttura sanitaria attraverso il sistema di registrazione dell'evento critico; definizione e formalizzazione di una scheda di registrazione dell'evento critico; costituzione di una base-dati che raccoglie tutte le informazioni contenute nella scheda di segnalazione sugli eventi critici occorsi; individuazione delle carenze del sistema e proposte di soluzione (*root cause analysis*).

Affinché un sistema di questo tipo possa funzionare occorre creare un ambiente facilitante in cui l'approccio all'errore sia basato sui principi del miglioramento e non della punizione o della colpevolizzazione degli operatori.

Al riguardo occorre puntualizzare che il sistema di reporting deve prevedere espressamente la rinuncia, entro limiti ben precisi e predeterminati, ad ogni azione di rivalsa nei confronti dell'operatore sia sottoforma di richiesta di ristoro per danno erariale, sia sottoforma di irrogazione di sanzione disciplinare *ex art. 7 dello Statuto dei Lavoratori (Legge n. 300/70)* in danno del sanitario sia, infine, di integrazione di fattispecie legittimante il recesso dal

rapporto di lavoro per giusta causa o giustificato motivo soggettivo.

INFERMIERI: SVOLGIMENTO DELLE MANSIONI SUPERIORI E RICONOSCIMENTO DELLE DIFFERENZE RETRIBUTIVE

di Felicia Papagni

Tribunale di Trani - Sezione Lavoro
Sentenza del 9 luglio 2007

*** **

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

(Omissis)

Con ricorso depositato il 18.10.06 (...) chiedeva la condanna di parte resistente al pagamento in suo favore della somma di € 12.685.05 che avrebbe dovuto essergli complessivamente versata avendo la parte ricorrente lavorato alle dipendenze di (...) resistente, dal 01.04.1971, assunto prima con la qualifica di infermiere professionale, anche ai fini retributivi, pur avendo, in realtà svolto, da tale anno le mansioni di capo sala rientranti nel livello VII del CCNL della Sanità.

Chiedeva pertanto riconoscersi in suo favore il diritto a percepire la suddetta somma quale differenza tra il livello di inquadramento assegnatogli dal 1971 e quello che effettivamente gli competeva, oltre accessori come per legge sulle suddette somme e le spese del presente giudizio.

Si costituiva (...) resistente, deducendo la inammissibilità del ricorso essendo stata formulata una domanda unicamente di tipo

recuperatorio non anche di accertamento dell'eventuale diritto a sostegno della domanda e, nel merito deduceva l'infondatezza della stessa contestando che il ricorrente fosse mai stato adibito allo svolgimento delle mansioni superiori e per insussistenza del diritto alle differenze di trattamento economico per l'originario disposto del comma 6 dell' art. 56.

Non ritenendo che il giudizio necessitasse dell'espletamento di attività istruttoria all'udienza odierna dunque, sulle rassegnate conclusioni la causa veniva decisa con dispositivo del quale si dava lettura.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorso è infondato e va quindi rigettato.

Preliminarmente va sottolineato che non può trovare accoglimento l'eccezione preliminare di inammissibilità della domanda, invero, la stessa va letta organicamente con tutto quanto è detto nell'intero testo dell'atto di ricorso, alla luce del quale, presupposto per il riconoscimento delle somme richieste, risulta essere proprio l'accertamento delle funzioni di caposala, per provare l'espletamento delle quali il ricorrente ha anche articolato precise istanze istruttorie.

Per quanto concerne poi il merito della domanda va rilevato che, a differenza di quanto accade nel rapporto di lavoro privato, in cui lo svolgimento delle mansioni superiori per un certo periodo e non in sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, produce l'effetto inderogabile della loro assegnazione definitiva (cd. promozione automatica) nel rapporto di lavoro pubblico l'esercizio di mansioni superiori rispetto alla qualifica di appartenenza non attribuisce mai il diritto all'assegnazione definitiva di tali mansioni né quindi, il diritto all'attribuzione definitiva della corrispondente qualifica, né il diritto di percepire in modo definitivo il relativo trattamento economico. Questi diritti, infatti, sorgono esclusivamente a seguito dell'attribuzione della qualifica superiore acquisita per effetto di sviluppo professionale o di procedure concorsuali e selettive.

Tuttavia la temporanea adibizione a mansioni superiori se non può mai condurre alla promozione definitiva produce però l'effetto previsto dal comma 4 dell' art.56 e cioè l'attribuzione del diritto al trattamento previsto dalla qualifica superiore per il periodo di effettiva prestazione. Un tale effetto si produce anche qualora l'adibizione sia stata disposta al di fuori delle ipotesi previste dalla legge poiché, in tal caso il comma 5, pur sancendo la nullità dell'assegnazione fa però ugualmente salvo il diritto del lavoratore alla "differenza di trattamento economico con la qualifica superiore", purché ovviamente si tratti di mansioni superiori ai sensi del comma 3. In sostanza anche nel rapporto di lavoro pubblico (e nel caso in esame è lo stesso ricorrente a far riferimento alla contrattazione collettiva della sanità pubblica), il trattamento economico corrispondente alle mansioni superiori spetta, comunque, ogni qual volta siano stati assegnati tutti o quantomeno la maggior parte dei compiti propri della qualifica superiore.

Questa soluzione legislativa era inevitabile, altrimenti sarebbe stato seriamente prospettabile il contrasto con il principio costituzionale della retribuzione proporzionale alla qualità del lavoro prestato ex art. 36 Cost., infatti la stessa Corte Costituzionale prima della riforma del 1993 pronunciandosi in relazione ad una norma del settore sanitario che prevedeva la fattispecie dell'assegnazione alle mansioni superiori per un periodo massimo di 60 giorni senza diritto alla maggiore retribuzione, ha ritenuto sussistente il diritto del pubblico dipendente alla retribuzione superiore qualora tale periodo di 60 gg. sia superato, in base all'art. 2126 c.c., in combinato disposto con l' art. 36 Cost..

Qualche dubbio sulla configurabilità del diritto alla retribuzione superiore potrebbe avanzarsi in caso di mansioni superiori di fatto, cioè svolte senza un provvedimento formale in tal senso. Appare comunque preferibile un'interpretazione che riconosca invece il diritto alle differenze retributive anche in assenza di tale provvedimento e ciò ai sensi dell'art. 36 Cost. che, come detto dalla Corte Cost. con pronuncia del 31.03.1995 n. 101 non può esser messo in discussione che vada applicata anche per il pubblico impiego.

Nel caso in esame, tuttavia, non si fa questione di formale riconoscimento dell'inquadramento nel superiore livello contrattuale di inquadramento ma solo di riconoscimento a percepire le differenze economiche.

Va tuttavia rilevato che il ricorso, così come formulato, non consente di ritenere quale sia la diversità di mansioni svolte rispetto a quelle formalmente assegnate, onde poter ritenere, di conseguenza la fondatezza della domanda.

Il ricorrente infatti, in ricorso dichiara che svolgeva le mansioni di capo sala in quanto provvedeva al coordinamento del personale ivi addetto, che esercitava il

controllo sull'operato dei colleghi di reparto e in generale sull'andamento operativo dell'intera unità con piena responsabilità ed autonomia: che provvedeva a predisporre farmaci da somministrare ai pazienti, ad eseguire le medicazioni ed a firmare il rapportino per i medici.

Orbene, a parte il fatto che dai fogli dei turni di presenza prodotti in copia dall'Ente resistente ed assolutamente non contestati dal ricorrente emerge che lo stesso, nel reparto di assegnazione, 4° U. O., è sempre stato sottoposto alle direttive di altro dipendente con la qualifica di Capo sala alla cui presenza il ricorrente, nei propri scritti non fa alcun riferimento anche per poter far comprendere come la sua attività si intersecava con quella di tale capo sala formalmente riconosciuto e inquadrato. Sempre dagli stessi fogli emerge che invece la posizione del ricorrente era quella di operatore di VI livello.

Inoltre, le mansioni che il ricorrente evidenzia, innanzi riportate, quali sintomatiche delle maggiori competenze attribuitegli, in assenza delle dovute specificazioni in punto di differenziazione tra i compiti di cui rispettivamente al VI e al VII livello, rientrano tranquillamente alla luce del mansionario del D.P.R. 14.03.1974 n. 225, in quelle proprie della qualifica di infermiere professionale attribuitegli invero, dalla stessa si evince che gli infermieri professionali sono tenuti alla programmazione di propri piani di lavoro e di quelli del personale alle proprie dipendenze, alla presentazione di tale piano ai superiori ed alla successiva attuazione; alle annotazioni sulle schede cliniche degli abituali rilievi di competenza e alla registrazione su apposito diario delle prescrizioni mediche delle consegne e delle osservazioni eseguite durante il servizio; all'assistenza completa dell'infermo; all'assistenza del medico nelle varie attività di reparto e di sala operatoria; all'opera di orientamento e di istruzione nei confronti

del personale generico degli allievi e del personale esecutivo; alla somministrazione di medicinali prescritti ed esecuzione di trattamenti curativi e diagnostici ordinati dal medico; all'esecuzione di medicazione e bendaggi.

Infine non è de tutto inutile rilevare come il ricorrente non è in possesso di alcun titolo di studio che gli consentirebbe di svolgere con piena responsabilità le mansioni superiori per le quali si richiede il riconoscimento delle differenze retributive, anzi, lo stesso ha semplicemente una qualifica di scuola media inferiore, non risulta essere neppure iscritto all'albo degli infermieri professionali, né risulta aver mai partecipato al corso-concorso di qualificazione necessario per il conseguimento di quanto in questa sede si rivendica, sia pure ai soli fini retributivi.

Il ricorso va pertanto rigettato pur ritenendosi di compensare le spese di lite in considerazione di motivi di equità.

P.Q.M.

Il Giudice del Tribunale di Trani, Sezione Lavoro, definitivamente decidendo il ricorso proposto da (...) nei confronti di (...), depositato il 18.10.06, così provvede:

- rigetta la domanda;
- compensa le spese di lite.

(*Omissis*)

*** *** ***

- NOTA -

La sentenza in commento affronta il problema della retribuibilità delle mansioni superiori dei pubblici dipendenti così come disciplinata dall'art. 56 del D.Lgs. n. 29/1993, nel testo modificato dall'art. 25 del D.Lgs. n. 80/1998, a sua volta modificato

dall'art. 72 D.Lgs. n. 165/2001 e dell'art. 15 D.Lgs. n. 387/1998.

Nel caso di specie un infermiere professionale assunto nel 1971 sostiene di avere da sempre svolto le mansioni di capo sala rientranti nel livello VII del CCNL della Sanità pubblica; ragion per cui chiede il pagamento delle differenti somme per lo svolgimento di tali mansioni.

* * * * *

La disciplina delle mansioni lavorative ha costituito da sempre un tema classico della contrapposizione tra lavoro pubblico e privato. Le ragioni della diversità sono facilmente comprensibili e risiedono nei principi che sottendono i due universi del mondo del lavoro: il lavoro privato trova il suo fondamento nel c.d. principio di effettività, cioè sul prevalere dello stato di fatto sullo stato di diritto; il rapporto di pubblico impiego, invece, nasce e si sviluppa solo in funzione di atti amministrativi opportunamente formalizzati. Ne deriva che per la medesima fattispecie si ottengono due soluzioni differenti: nel caso di rapporto lavorativo privato, si applica *in toto* l'art. 2103 c.c. che riconosce al dipendente l'assegnazione a qualifica superiore c.d. *automatica* o *per saltum* in maniera definitiva; in caso di rapporto di lavoro nel pubblico impiego, invece, si applica il principio della proporzionalità della retribuzione ai sensi dell'art. 2126 e 2129 c.c. secondo i quali al prestatore d'opera viene riconosciuto esclusivamente il diritto ad un trattamento economico adeguato alle mansioni lavorative svolte e solo corrispondente al periodo lavorativo di riferimento¹.

¹ Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 settembre 2004, n. 5916.

In principio la disciplina delle mansioni introdotta dall'art. 2103 cod. civ. e ripresa dall'art. 13 St. Lav., caratterizzata dal prevalere dell'effettività della prestazione sulla qualificazione formale, era assolutamente inapplicabile al rapporto di pubblico impiego. Con il D.Lgs. n. 29/1993 è stata riconosciuta l'applicabilità dello Statuto dei Lavoratori ai pubblici dipendenti² e con la riforma della privatizzazione della pubblica amministrazione il divieto di corresponsione della retribuzione corrispondente alle mansioni superiori, inizialmente stabilito dall'art. 56 del D.Lgs. n. 29/1993 e successive variazioni, è stato soppresso dall'art. 15 D.Lgs. n. 387/1998 con efficacia retroattiva, riconoscendo così il diritto al lavoratore pubblico che svolga mansioni con qualifica superiore, per ciò solo, al relativo trattamento stipendiale, indipendentemente dalla legittimità o illegittimità della adibizione. Infatti, a seguito della modifica dell'ultimo capoverso dell'art. 56 D.Lgs. n. 29/93 operata dall'art. 15 del D.Lgs. n. 387/98 che, com'è noto, ha soppresso le parole "*a differenze retributive o*", si è pacificamente riconosciuto la retribuitività dello svolgimento di mansioni superiori anche nei rapporti di pubblico impiego. Tale teoria è altresì confermata dall'art. 52 del T.U.³ che, sostituendo l'art. 25 del D.Lgs. n. 29/1993 ha riordinato la disciplina delle mansioni superiori nel pubblico impiego, affermando un netto principio: "*l'esercizio di mansioni superiori da parte del pubblico impiegato non attribuisce il diritto alla*

² A. BELSITO, *Limiti ai poteri del datore di lavoro*, Cacucci Editore, Bari, 2006.

³ D.Lgs. 30 marzo 2003, n. 165 contenente le norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenza della P.A..

promozione automatica, ma il diritto alla retribuzione corrispondente, a prescindere dalla legittimità o meno dell'atto di assegnazione”.

Sono considerate mansioni superiori quelle svolte dal lavoratore ad un livello di inquadramento più elevato rispetto a quello cui appartiene.

Per queste situazioni, da tempo, si è consolidato un orientamento giurisprudenziale che, sulla base dell'art. 29, comma secondo, del D.P.R. del 20 dicembre 1979, n. 761 subordina la possibilità di riconoscere in modo legittimo, da parte degli organi gestori di un ente sanitario pubblico, le eventuali differenze retributive per l'espletamento fattuale di mansioni superiori al ricorrere di tre condizioni, giuridiche e di fatto, operanti in modo concomitante: *“in primo luogo le mansioni devono essere svolte su un posto di ruolo, esistente nella pianta organica e, di fatto, vacante; in secondo luogo, su tale posto non deve essere stato bandito alcun concorso; in terzo luogo, l'organo gestorio deve aver attribuito la supplenza con una formale deliberazione, dopo aver verificato i presupposti indicati in precedenza, assumendosene tutte le responsabilità, anche in ordine ai profili di copertura finanziaria”*⁴.

In caso contrario, il Consiglio di Stato dichiara la sua illegittimità, nel caso di mera scelta organizzativa dell'amministrazione che intenda utilizzare i dipendenti per compiti diversi da quelli propri della qualifica rivestita⁵.

⁴ Consiglio di Stato, Sez.V, 6 marzo 2007, n. 1048; Consiglio di Stato, Sez.V, 5 aprile 2005, n. 1534.

⁵ Consiglio di Stato, Sez.VI, 4 ottobre 2005, n. 5292.

A riguardo lo stesso, in Adunanza Plenaria, ha definitivamente chiarito che nessuna norma o principio generale desumibile dall'ordinamento consente la retribuità in via di principio delle mansioni superiori, comunque svolte nel campo del pubblico impiego le quali, dunque, salvo che una norma di legge non disponga altrimenti (come, appunto, nel comparto sanitario), sono del tutto irrilevanti dal punto di vista giuridico ed economico⁶.

Il diritto alla corrispondenza della retribuzione dei lavoratori alla qualità e quantità del lavoro prestato, previsto all'art. 36 Cost., non può trovare incondizionata applicazione nel rapporto di pubblico impiego, concorrendo in detto ambito altri principi di pari rilevanza costituzionale, quali quelli previsti dall'art. 98 Cost. (che nel disporre che *“i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione”* vieta che la valutazione del rapporto di pubblico impiego sia ridotta alla pura logica del rapporto di scambio) e dall'art. 97 Cost., contrastando l'esercizio di mansioni superiori rispetto alla qualifica rivestita con il buon andamento e l'imparzialità dell'Amministrazione, nonché con la rigida determinazione delle sfere di competenza, attribuzioni e responsabilità proprie dei funzionari.

Il diritto alle differenze retributive per lo svolgimento delle funzioni di livello immediatamente superiore da parte dei pubblici dipendenti va, invece, riconosciuto nei limiti di legge

⁶ Consiglio di Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 2000, n. 10: *“È manifestamente infondata la q.l.c., con riferimento all'art. 3 cost., dell'art. 25 d.lg. 3 marzo 1998 n. 80 nella parte in cui esclude la retribuità delle mansioni superiori svolte nel pubblico impiego”.*

e con carattere di generalità, a decorrere dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 29 ottobre 1998 n. 387 che, con l'art. 15, ha reso anticipatamente operativa la disciplina di cui all'art. 56 del D.Lgs. 3 febbraio 1993 n. 29.

Il lavoratore, qualora sussistano i requisiti necessari pocanzi detti, ha il diritto di invocare le norme specifiche del comparto sanitario che, come nel caso dell'art. 29 D.P.R. n. 761/79, rendono ipotizzabile la corresponsione delle differenze retributive relative alle mansioni superiori esercitate dopo il sessantesimo giorno dall'inizio del loro espletamento.

L'accertamento delle effettive mansioni superiori svolte è, dalla Corte di Cassazione, individuata in tre passaggi logici-giuridici che il Giudice del lavoro adito deve eseguire per individuare correttamente l'inquadramento del lavoratore subordinato: la verifica di fatto delle attività lavorative in concreto svolte; l'individuazione delle qualifiche e gradi previsti dal CCNL di categoria ed il raffronto con quest'ultimo dell'inquadramento rivendicato; nonchè rilevare non solo la frequenza con la quale quelle mansioni siano state espletate, ma anche il reale grado di autonomia, responsabilità e intensità comparato con le mansioni proprie della qualifica inferiore⁷.

“È noto che l'eccezionalità che riveste l'adibizione del dipendente allo svolgimento delle mansioni superiori è destinata ad assumere rilievo nei soli casi in cui le mansioni espletate siano in qualche modo riconducibili alla idoneità professionale del dipendente

medesimo a svolgere le mansioni eccedenti la qualifica rivestita, la quale può presumersi, ordinariamente, soltanto in capo al dipendente di fascia funzionale immediatamente inferiore, in base alla comune regola di esperienza che il titolare di una determinata qualifica sia, di norma, in possesso di sufficiente preparazione tecnica per svolgere compiti propri della qualifica successiva. Non è infatti possibile riconoscere le mansioni svolte da un dipendente pubblico non solo nel caso in cui si chiedo un riconoscimento per saltum, ma anche nel caso in cui, nell'assetto organizzativo dell'Ente non esista, nel periodo cui si riferisce la pretesa, il relativo profilo professionale” (Consiglio di Stato, Sez. V, 11 ottobre 2005, n. 5475).

Ne deriva che il dipendente pubblico, per ottenere le differenze retributive dovute a seguito di svolgimento di mansioni superiori, non può limitarsi a generiche allegazioni concernenti le modalità di svolgimento delle proprie attività ma deve procedere ad individuare, all'interno delle attività medesime, un grado di professionalità ed autonomia che le distingua dalle mansioni di categoria inferiore previste nelle declaratorie contrattuali, né basta operare una comparazione soggettiva con altro o altri lavoratori svolgenti le medesime attività.

E' necessario il raffronto delle esemplificazioni trascritte in calce alle declaratorie contrattuali con le mansioni in concreto espletate dal lavoratore. Ragion per cui nel caso *de quo* si è reso impossibile l'accoglimento del ricorso proposto benché avente tutti i requisiti di fatto e di diritto necessari.

⁷ Cass. Civ., Sez. lav., 28 maggio 2007, n. 12356; Cass. civ., Sez. lav., 23 agosto 2003, n. 12404, in *Guida al lavoro*, Ilsole24ore, 7 settembre 2007, n. 35.

In effetti, l'art. 56, comma 3, del D.Lgs. n. 29/1993 sancisce che lo svolgimento di determinati compiti costituisce esercizio di mansioni superiori solo nell'ipotesi in cui il dipendente svolga in modo prevalente *“sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale, compiti propri di dette mansioni”*.

In conclusione il prestatore d'opera, qualora dimostri l'espletamento effettivo di mansioni superiori svolte in ambito lavorativo, ha diritto al rispettivo trattamento economico. In particolare l'art. 25 del D.Lgs. n. 80/1998 una volta delineata l'armonia dei principi costituzionali ricavabili dagli artt. 97 e 98 della Cost., ha consentito di recepire nell'ordinamento del pubblico impiego il primario valore dell'art. 36 della Cost., disponendo che, per il periodo di effettiva prestazione delle mansioni superiori, il lavoratore ha diritto al trattamento economico previsto per la corrispondente qualifica.

Il diritto alle differenze retributive per lo svolgimento delle funzioni di livello immediatamente superiore da parte dei pubblici dipendenti va riconosciuto nei limiti di legge e con carattere di generalità, a decorrere dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 29 ottobre 1998 n. 387. Non è possibile remunerare le mansioni superiori svolte prima della suddetta data, non essendo applicabile l'art. 2126 c.c. e non potendo assumere valore di regola l'art. 36 Cost., alla luce di quanto dispone l'art. 97 della Costituzione⁸.

⁸ Consiglio di Stato, Sez. V, 12 febbraio 2007, n. 581.

PRASSI AMMINISTRATIVA E PROFILI PROCEDURALI

TERMINE PERENTORIO PER L'ADOZIONE DELLA SANZIONE DISCIPLINARE

di Domenico Di Piero

Tribunale di Trani

Ordinanza del 6 febbraio 2007

*Pres. Di Trani, Rel. La Notte Chirone
(Acc. reclamo)*

*** **

(Omissis)

In relazione al reclamo ex art. 669 *terdecies* avverso l'ordinanza di rigetto del Tribunale di Trani, sezione lavoro, del 14.11.06, proposto da (...) contro la (...), rileva quanto segue:

L'(...), dipendente dell'odierna reclamata, in qualità di capo sala addetto all'Area dei Disabili Geriatrici, era attinto da provvedimento di licenziamento, in data 02.10.06 a seguito della contestazione disciplinare dell'11.08.06 "*per la grave violazione dell'obbligo di assistenza e vigilanza nei confronti del paziente nonché sull'attività del personale a lei sottoposto avendo ella omesso di impartire, nei limiti delle sue competenze, specifiche direttive in ordine all'attività di sorveglianza e di ricerca del paziente scomparso e di conseguenza ogni verifica sull'attività medesima...*"

Tale contestazione si riferiva all'episodio della sparizione dall'area geriatria della (...), del paziente (...), con conseguente rinvenimento, purtroppo, del cadavere dello stesso, dopo diversi giorni e sempre all'interno della struttura suddetta. Nell'impugnare il provvedimento risolutivo del proprio rapporto di lavoro, il dipendente, faceva rilevare diverse cose, fra le quali, l'assoluta inadeguatezza numerica del personale in carico dell'assistenza dei pazienti del settore geriatrico della Casa; la circostanza che non era in servizio al momento della sparizione del (...); l'assenza di indicazioni sul da farsi da parte della direzione sanitaria ed amministrativa; l'aver *fatto* tutto quanto in suo potere per il caso in esame; l'irrogazione del provvedimento disciplinare anzidetto fuori tempo massimo. Si costituiva ritualmente la (...), la quale contestava anzitutto l'esistenza del requisito del "periculum in mora", avendo il lavoratore percepito nel novembre 2006, a titolo di tfr, la somma di € 45.848,33 nonché il *fumus boni iuris*" essendo il lavoratore figura apicale del servizio assistenziale presso il reparto di geriatria maschile, con funzioni direttive e di controllo del personale ivi addetto. Il giudice di prime cure rigettava

la chiesta tutela cautelare sia per assenza del periculum sia perché una vicenda che presenta aspetti così complessi mal si concilia con la sommarietà del procedimento cautelare. Avverso detto provvedimento presentava reclamo l'(...), ribadendo le posizioni palesate in sede di 700, così come la (...).

- Ciò premesso in fatto, in diritto, questo collegio, rileva in punto di "fumus boni iuris" - al di là del merito dei fatti contestati - che l'art. 41 del vigente CCNL di categoria, in atti, stabilisce che la contestazione disciplinare deve essere inviata al lavoratore non oltre il termine di 30 giorni dal momento in cui gli organi direttivi sanitari ed amministrativi, abbiano avuto conoscenza effettiva della mancanza commessa. Tale termine, rimane sospeso nel caso in cui il dipendente richiede di essere ascoltato di persona unitamente al rappresentante sindacale, riprendendo poi a decorrere "ab inizio" per ulteriori 30 giorni dalla data in cui le parti si saranno incontrate per discutere della contestazione. Nel caso in esame, la scomparsa del paziente, risale al 23.07.06; il ritrovamento del suo cadavere al 02.08.06; con nota del 03.08.06, il Direttore Sanitario dell'Ente chiedeva al ricorrente di riferire per iscritto sulle modalità organizzative delle ricerche; il dipendente rispondeva con nota dell'08.08.06; con nota dell'11.08.06 la (...) reclamata contestava al ricorrente la mancanze innanzi evidenziate e, con la stessa missiva, oltre a richiedere al lavoratore le giustificazioni del caso, con decorrenza dalla data di ricevimento della stessa sospendeva, in via cautelare, il lavoratore dal servizio e dalla retribuzione salvo che per un assegno pari al 50% della retribuzione; con nota del 05.09.06, la Congregazione, nonostante il dipendente non aveva mai avanzato istanza di essere ascoltato, comunicava a questi unilateralmente, di aver deciso di prorogare detto termine di ulteriore 30 giorni; e, infine con nota dei 29.09.06,

cioè fuori tempo massimo, comunicava al lavoratore il suo licenziamento, per le ragioni già esposte nell'atto di contestazione disciplinare, non ritenendo di accogliere le giustificazioni del lavoratore, ricevute in data 21.08.06.

- Ritenuto che mentre l' art. 7 Stat. Lav. prevede un termine minimo dalla contestazione dell'addebito, prima del quale la sanzione non può essere applicata, sempre più spesso la contrattazione collettiva dei vari settori prevede un termine massimo entro il quale, anche in conformità del principio dell'immediatezza, la sanzione deve essere applicata con e per l'evidente ratio di dare un contenuto oggettivo al principio dell'immediatezza evitando che l'irrogazione di una sanzione disciplinare sia affidata, per i tempi, alla mera discrezionalità datoriale.

- Ritenuto per quanto concerne poi l'esistenza del requisito del "periculum in mora", la stessa è indiscussa atteso che il reclamante percepisce solo il 50% della retribuzione ed ha documentalmente provato di dover provvedere al pagamento di onerose rate di mutuo, fra l'altro in un periodo della sua vita lavorativa in cui sarebbe di certo difficile trovare altra proficua occupazione lavorativa in considerazione dell'età del reclamante.

- Ritenuto che le peculiarità del caso in esame fanno ritenere l'opportunità di compensare per intero le spese della presente fase e di quella ex art. 700 c.p.c..

P.Q.M.

Il Giudice del Tribunale di Trani, sezione lavoro, in composizione collegiale, definitivamente decidendo sul reclamo presentato da (...), così provvede:

- accoglie il reclamo e, per gli effetti, in riforma dell'ordinanza emessa dal Giudice di prime cure, ordina all'azienda resistente di reintegrare

immediatamente il ricorrente nel proprio ruolo e nelle funzioni lavorative, con relativo ripristino del trattamento economico corrispondente, ciò a far data dall'adozione del provvedimento di risoluzione del rapporto di lavoro illegittimo;

- compensa le spese del giudizio monitorio.

(*Omissis*)

*** *** ***

- NOTA -

Con l'ordinanza emessa il 12/02/2007 il Tribunale di Trani, in composizione collegiale, affronta la delicata tematica avente ad oggetto la congruità tra i termini contrattuali previsti dai CCNL per l'erogazione della massima sanzione disciplinare e l'emanazione della stessa quando ricorrano particolari circostanze.

Più precisamente il Tribunale di Trani ha dichiarato illegittimo il licenziamento disciplinare emesso dopo il termine di decadenza previsto dal CCNL di settore, ritenendo irrilevante e priva di valore la comunicazione, giudicata "unilaterale", con la quale il datore di lavoro invocava termini maggiori per un supplemento di istruttoria.

Vengono quindi in rilievo da un lato il principio di "immediatezza" della sanzione disciplinare, volto a porre un limite all'eccessiva discrezionalità da parte del datore di lavoro e, quindi, a tutelare il dipendente sottoposto a procedimento disciplinare e, dall'altro, la necessità di stabilire quella che è la natura di tali termini, al fine di valutare la legittimità di una loro proroga nel caso in cui particolari circostanze

finiscano per richiedere tempi maggiori nell'interesse collettivo.

L'esercizio del potere disciplinare è elemento essenziale del lavoro subordinato: rappresenta lo strumento riconosciuto al datore di lavoro dalla legge e dalla contrattazione collettiva, contro eventuali inadempienze o violazioni dei doveri insiti nel rapporto di lavoro, da parte dei propri subalterni. Esso mira quindi a tutelare il regolare svolgimento dell'attività d'impresa, assicurando il rispetto dei doveri contrattualmente assunti dai lavoratori e trova il suo fondamento giuridico negli artt. 2104, 2105 e 2106 del c.c.¹.

A tal proposito, l'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori, impone che il potere disciplinare debba essere esercitato nel rispetto di una procedura determinata, al fine di limitare la discrezionalità del datore di lavoro, disponendo la legge solo pochi principi di carattere generale, per poi conferire ampia delega alla contrattazione collettiva e, ovviamente, alla giurisprudenza.

Quattro sono le fasi principali in cui si articola il procedimento disciplinare:

- 1) contestazione dell'addebito;
- 2) eventuale formulazione delle giustificazioni da parte del lavoratore;
- 3) irrogazione della sanzione disciplinare;
- 4) eventuale impugnazione della sanzione da parte del lavoratore.

Ricevuta la contestazione dell'addebito, il lavoratore può produrre le proprie difese e controdeduzioni, siano esse scritte o orali,

¹ Rispettivamente "diligenza del prestatore di lavoro", "obbligo di fedeltà" e "sanzioni disciplinari".

nel termine di cinque giorni, trascorsi i quali il datore di lavoro può comunicare formalmente a quest'ultimo la sanzione disciplinare adottata.

Al contrario la legge non stabilisce un termine massimo entro il quale il procedimento disciplinare debba concludersi ma, nel rispetto del principio di immediatezza, tali termini possono essere previsti in sede contrattuale e contenuti nel CCNL di categoria.

Nel contesto, trova spazio la vicenda *de quo*, in cui il lavoratore, licenziato a seguito di procedimento disciplinare conclusosi oltre il termine ultimo fissato dal CCNL di categoria², proponeva ricorso d'urgenza ex art. 700.

Le sue istanze, rigettate in primo grado, venivano poi accolte in sede di reclamo.

Nelle more del termine previsto dal CCNL per l'adozione della sanzione disciplinare³, il datore di lavoro aveva in realtà inviato comunicazione scritta al lavoratore, informandolo della necessità di prorogare tale termine in virtù della complessità delle indagini, del numero di dipendenti coinvolti e della necessità di garantire il diritto di difesa degli stessi; tuttavia tale comunicazione, unilaterale e portata a conoscenza del lavoratore all'indomani della scadenza del termine, non teneva affatto conto delle gravi difficoltà che lo stesso procedimento disciplinare comportava in capo al reclamante, restando indiscussa la concreta esistenza del *periculum in mora*,

² CCNL Aris-Aiop del personale non medico dipendente delle strutture sanitarie private.

³ Trenta giorni dal ricevimento delle contoduzioni da parte del lavoratore.

atteso che il reclamante, sospeso in via cautelare, percepiva soltanto il 50% della retribuzione pur avendo documentalmente provato di dover far fronte ad onerose rate di mutuo e trovandosi in un periodo della vita lavorativa ed in un'età in cui trovare altra occupazione proficua sarebbe stato pressoché impossibile.

A fondamento della tesi vantata dal datore di lavoro, cospicua giurisprudenza ritiene che "*nel licenziamento per motivi disciplinari il principio della immediatezza della contestazione vada applicato con elasticità, tenendo conto della realtà fattuale in relazione alla quale si è concretizzato l'illecito disciplinare, della complessità delle indagini necessarie per accertare detto illecito, nonché del tempo occorrente per valutare adeguatamente, seppure con opportuna celerità, la gravità della condotta del lavoratore*"⁴.

Inoltre, secondo la Cassazione, la previsione di un termine finale completa il sistema delle garanzie, attribuendo al silenzio e comunque all'inattività dell'imprenditore il significato di accettazione delle giustificazioni fornite dal lavoratore⁵; ne consegue che, quantunque non vi sia stata inerzia del datore di lavoro, il suddetto termine a norma dell'art. 2965 c.c.⁶, dovrà essere valutato con riferimento al singolo soggetto onerato e alle specifiche circostanze

⁴ App. Cagliari, 3 agosto 2004, in Riv. Giur. Sarda, 2005, p. 483, nota di DORE.

⁵ Cass. Civ. Sez. Lav., 08 aprile 1998 n. 3608.

⁶ Art. 2965 c.c. - Decadenze stabilite contrattualmente. - E' nullo il patto con cui si stabiliscono termini di decadenza che rendono eccessivamente difficile a una delle parti l'esercizio del diritto.

di fatto⁷ che hanno determinato il ritardo nell'adozione del provvedimento e non già sulla base della mera brevità del termine convenzionalmente stabilito.

Per quanto attinente invece la natura dei termini per l'adozione del provvedimento previsti dal CCNL, è dubbio se essa sia da ritenere di tipo perentorio o ordinatorio *“poiché la stessa disciplina collettiva definisce gli effetti della mancata irrogazione della sanzione disciplinare nel periodo di tempo da essa a tal fine stabilito: effetti che si sostanziano nella preclusione irrimediabile all'adozione del provvedimento non tempestivamente applicato⁸”*. Anche il Tribunale di Milano si è espresso in tal senso, affermando che *“la sanzione disciplinare è illegittima se l'addebito è stato contestato in modo non tempestivo”⁹*.

Il collegio ha infatti voluto conferire un contenuto oggettivo al principio di immediatezza, evitando che l'irrogazione di una sanzione disciplinare sia affidata, per i tempi, alla mera *“discrezionalità datoriale”*.

Nel sistema dei limiti all'esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro, l'obbligo di immediatezza della contestazione dell'addebito e della inflizione della sanzione hanno funzioni differenti:

- l'immediatezza della contestazione è finalizzata al pieno esercizio del diritto di difesa e all'evitare che un fatto disciplinarmente rilevante penda come spada di Damocle sul capo del

lavoratore, condizionandone i comportamenti;

- l'immediatezza della inflizione della sanzione ha lo scopo di contrassegnare non solo la gravità della condotta ma anche la non abdicazione da parte del datore di lavoro all'esercizio del suo potere privato¹⁰.

In effetti tale principio, nella contestazione dell'addebito al lavoratore - scolpito nell'art. 7 della legge n. 300 del 1970 - può essere derogato esclusivamente in presenza di specifiche ragioni organizzative, impeditive di una celere definizione del procedimento disciplinare, la cui prova è onere esclusivo del datore di lavoro; ne consegue che, in mancanza della prova di tali ragioni, dalla violazione del suddetto principio discende l'illegittimità della sanzione disciplinare irrogata al lavoratore¹¹.

La Suprema Corte di Cassazione ha inoltre affermato che, proprio in tema di licenziamento disciplinare, la discrezionalità del giudice nel valutare il carattere della tempestività della contestazione disciplinare, deve esplicitarsi nell'ambito dei presupposti che sono alla base del principio di immediatezza, ossia *“del riconoscimento del pieno ed effettivo diritto di difesa garantito ex lege al lavoratore e del comportamento datoriale secondo buona fede”*; il giudice può eccezionalmente discostarsi da tale principio, ma deve in tal caso indicare le ragioni che lo hanno indotto a non ritenere illegittima una

7 Cass. civ., Sez. lav., 20 maggio 2004 n. 9647.

8 Cass. Civ., Sez. lav., 8 aprile 1998 n. 3608.

9 Trib. Milano, 6 febbraio 2003, Est. Negri della Torre, in D&L 2003, 336.

¹⁰ App. Milano, 10 ottobre 2000, in *Lavoro nella Giur.*, 2001, p. 485.

¹¹ App. Bari, 30 aprile 2002, in *Gius.*, 2003, n. 5, p. 609.

contestazione fatta non a ridosso immediato dell'infrazione¹².

Principio generale resta quindi il termine fissato dalla contrattazione collettiva per l'adozione di un provvedimento disciplinare ed al Giudice spetterà di valutare il comportamento del datore di lavoro anche alla stregua degli artt. 1175 e 1375 c.c.¹³ e di individuare eventuali ragioni tali da non ritenere illegittima una contestazione disciplinare irrogata oltre termine, con l'obbligo di indicarne correttamente le ragioni¹⁴.

La contestazione disciplinare per essere considerata legittima deve presentare il carattere della "immediatezza" e tale carattere essenziale trova fondamento nell'art. 7, terzo e quarto comma, della legge n. 300/1970 che riconosce al lavoratore incolpato il diritto di difesa, da garantirsi nella sua effettività, al fine di consentirgli l'allestimento del materiale difensivo (pronto riscontro delle accuse con eventuali testimonianze e documentazione) in tempi ad immediato ridosso dei fatti contestati ed in modo che lo stesso lavoratore possa contrastare più efficacemente il contenuto delle accuse rivoltegli dal datore di lavoro, dovendosi anche considerare il giusto "affidamento" del prestatore, nel caso di ritardo nella contestazione, che il fatto incriminabile possa non avere rivestito una connotazione "disciplinare", dato che l'esercizio del potere disciplinare, non è per il datore un obbligo, bensì una facoltà.

Nell'esercizio del potere disciplinare il datore di lavoro deve

comportarsi "secondo buona fede", specie per evitare che sanzioni disciplinari irrogate senza consentire all'incolpato un effettivo diritto di difesa si pongano appunto, quale trasgressione in *re ipsa* della "buona fede", che è la matrice fondativa dei doveri-oneri sanciti dall'art. 7 cit. e, anche, dall'art. 2106 c.c. per cui l'affidamento legittimo del lavoratore non può venire vanificato da una tardiva contestazione disciplinare, comportando l'esercizio in tal senso viziato del potere disciplinare una preclusione per l'espletamento di detto potere e, conseguentemente, rendendo invalida la sanzione irrogata in contrasto con il principio dell'immediatezza.

L'applicazione in "senso relativo" del principio dell'immediatezza non può svuotare di efficacia il principio stesso dovendosi infatti tenere conto di quanto statuito dall'art. 7 cit. e della esigenza di una razionale amministrazione dei rapporti contrattuali secondo "buona fede". Pertanto, tra l'interesse del datore di lavoro a prolungare le indagini senza uno specifico motivo obiettivamente valido (da accertarsi e valutarsi rigorosamente) ed il diritto del lavoratore ad una pronta ed effettiva difesa, deve prevalere la posizione (*ex lege* tutelata) del lavoratore¹⁵.

¹² Cass. Civ., Sez. lav., 21 aprile 2001 n. 5947.

¹³ Rispettivamente "comportamento secondo correttezza" ed "esecuzione di buona fede".

¹⁴ Cass. Civ., Sez. lav., 8 gennaio 2001 n. 150.

¹⁵ Cass. civ., Sez. lav. 7 novembre 2003 n. 16754.

RICONDUCIBILITA' DEL PROCESSO DI "INTERNALIZZAZIONE" NELL'ART 2112 C.C.

di Mariagrazia Acampora

Tribunale di Taranto - Sezione Lavoro

Ordinanza del 18 luglio 2007

(Giudice Magazzino)

Licenziamento per scadenza convenzione con azienda committente - "Internalizzazione" del servizio da parte del committente - Configurabilità della cessione di ramo d'azienda ex art. 2112 c.c. - Illegittimità del licenziamento - Irrilevanza requisito dimensionale - Pronuncia sulle spese.

E' illegittimo un provvedimento di licenziamento per scadenza della convenzione con la società appaltante, nel momento in cui quest'ultima internalizza il servizio, utilizzando la medesima struttura organizzativa e produttiva della società appaltatrice. Il caso oggetto del provvedimento, infatti, rientra nella fattispecie disciplinata dall'art. 2112 c.c., configurandosi un trasferimento di ramo d'azienda dalla società convenzionata a quella committente. Vi è, inoltre, la pronuncia sulle spese relative al procedimento cautelare, attesa la possibile definitività dello stesso, alla luce delle recenti modifiche in materia.

*** **

(Omissis)

Con ricorso depositato il 3/04/2007 i ricorrenti a margine specificati esponevano che:

▪ essi avevano lavorato (per oltre sei mesi) alle dipendenze della convenuta (...) S.R.L., con mansioni di addetti alla "raccolta differenziata dei rifiuti" nel Comune di (...), fino al 31/12/2006, data in cui erano stati licenziati per asserita riduzione del personale - ai sensi degli artt. 4 e 24 L. n. 223/91 - a cagione della scadenza della convenzione con l'(...) S.P.A., azienda committente l'attività in questione;

▪ il suddetto servizio, tuttavia, non era cessato, essendo stato solo "internalizzato" dalla società appaltante che, senza soluzione di continuità, avrebbe continuato a svolgerlo con propri dipendenti ma utilizzando mezzi, attrezzature e macchinari già appartenenti alla (...) S.R.L. (con particolare riferimento a cinque automezzi ed agli speciali cassonetti adibiti alla raccolta differenziata);

▪ nella fattispecie sarebbe dunque configurabile, secondo la tesi attorea principale, una cessione di (ramo di) azienda ex art. 2112 cod. civ., sicché, illegittimi risultando i licenziamenti, i rapporti di lavoro avrebbero dovuto invece continuare presso il cessionario;

▪ in via subordinata, inoltre, risulterebbe applicabile il disposto dell'art. 6 CCNL di settore a tenore del quale, in caso di "passaggio di gestione per scadenza del contratto di appalto", sarebbe imposto il passaggio diretto ed immediato dei

dipendenti.

Tanto premesso, i ricorrenti, paventando altresì danni gravi e irreparabili (avuto riguardo alle gravi conseguenze economiche dei rispettivi licenziamenti ed alla mancanza di altri redditi nei rispettivi nuclei familiari), chiedevano dichiararsi, in via cautelare ed urgente, la *“temporanea inefficacia del provvedimento espulsivo e, per l’effetto, ordinare alla (...) S.R.L. la reintegrazione nelle mansioni pristina al fine di consentire, ai sensi dell’art. 2112 c.c., la prosecuzione dei rapporti di lavoro con l’(...) S.P.A. o, in subordine, al fine di consentire, ai sensi dell’art. 6 del CCNL, il passaggio diretto ed immediato dei ricorrenti alle dipendenze dell’(...) S.P.A., con ordine sostitutivo del consenso che avrebbe dovuto essere prestato dai resistenti; in linea più gradata, ordinare ai resistenti, in solido tra loro, il pagamento di un assegno mensile di pari importo alla retribuzione e, comunque, disporre ogni più opportuno provvedimento atto ad assicurare provvisoriamente, in via di urgenza, gli effetti della decisione di merito”*.

La (...) S.R.L. si è costituita depositando memoria difensiva in cui contestava innanzitutto la sussistenza dei requisiti dimensionali ai fini della chiesta reintegrazione ex art. 18 L. n. 300/70 (dovendo assertivamente essere esclusi dal computo gli ex lavoratori *socialmente utili*, assunti ai sensi degli artt. 2, co. 1 e 7, D. Lgs. n. 81/00); negava, quindi, la configurabilità del *periculum*, anche in considerazione del lasso di tempo trascorso dalla data dei licenziamenti alla instaurazione del giudizio cautelare, oltre che dell’avvenuta erogazione del T.F.R. a tutti i ricorrenti; contestava, infine, anche il *fumus*, asserendo, in particolare, che i licenziamenti erano stati determinati dalla scadenza - in data 31/12/2006 - della convenzione stipulata il 30/06/2001 con l’(...) S.P.A., avente ad oggetto il *“servizio di raccolta differenziata dei rifiuti per la*

città di Taranto”.

Si è pure costituita la (...) S.P.A. asserendo anch’essa l’insussistenza sia del *periculum* sia del *fumus*.

Evidenziava, tra l’altro, che l’acquisto dei 5 automezzi (esattamente 2 autocompattatori a caricamento laterale, 1 autocompattatore a caricamento posteriore e 2 autocarri con vasca ribaltabile) rispondeva ad esigenze aziendali precedenti rispetto alla *“reinternalizzazione”* del servizio di raccolta differenziata, essendo peraltro utilizzabili promiscuamente anche per la raccolta *“ordinaria”* dei rifiuti urbani.

Negava, dunque, l’(...) S.P.A. la configurabilità di una fattispecie *sussumibile* nell’alveo dell’art. 2112 cod. civ., essendo stati ceduti solo singoli beni che non si basavano su una struttura all’uopo organizzata e coordinata, non essendo individuabili quali componenti di un nucleo produttivo concretamente idoneo a realizzare un ciclo di attività suscettibile di considerazione autonoma.

Quanto alla domanda subordinata, fondata sull’art. 6 CCNL, precisato che le due società applicavano diversi contratti collettivi, seppure sotto questo aspetto con previsioni analoghe, l’(...) S.P.A. deduceva la necessità di una interpretazione non estensiva del disposto contrattuale, nel senso di ritenerne l’applicabilità solo nei casi di effettivo subentro di un nuovo soggetto appaltatore, non anche allorquando (come nel caso di specie) il titolare di un servizio, precedentemente appaltato, lo *“reinternalizzasse”* espletandolo in proprio.

Acquisita ulteriore documentazione prodotta ed escussi gli informatori addotti, all’udienza del 13/7/2007 i procuratori hanno discusso oralmente la causa, previo deposito di note difensive autorizzate. Quindi questo giudice ha riservato la decisione.

(*Omissis*)

Ritiene il Tribunale che l'istanza cautelare sia fondata.

Quanto al *fumus boni juris*, esso risulta sussistente alla stregua delle seguenti considerazioni.

Da un punto di vista fattuale, gli elementi oggettivi acquisiti, in base alla (ovviamente sommaria) istruttoria svolta, sono così riassumibili:

- come dichiarato dall'informatore (...) (consigliere di amministrazione della (...) S.R.L.), specificamente delegato alla gestione degli automezzi e delle attrezzature), fino al 31/12/2006 l'(...) S.R.L. ha utilizzato, per l'espletamento del "servizio di raccolta differenziata dei rifiuti per la città di Taranto" (in base alla convenzione stipulata il 30/06/2001 con l'(...) S.P.A., esclusivamente le attrezzature indicate nella nota prot. n. (...) dell'11/01/2007 (cfr. prot. A (...) n. (...) in pari data) e, cioè:

3 autocompattatori a caricamento laterale;

3 autocompattatori a caricamento posteriore;

5 autocarri con vasca ribaltabile;

1 motocarro cassonato;

n° 1.300 cassonetti stazionari da lt. 2.400;

n° 900 cassonetti stazionari da lt. 240;

- con la predetta nota l'(...) S.R.L. comunicava all'(...) S.P.A. che "la conclusione del servizio di raccolta differenziata ... rende disponibili mezzi ed attrezzature al momento non da noi utilizzabili" e, conseguentemente, ne proponeva all'(...) S.P.A. l'acquisto;

- dopo il 31/12/2006 è "cessata ogni attività di raccolta di rifiuti da parte della (...) S.R.L." la quale, sempre per come riferito dal (...), attualmente svolge solo una

"attività industriale diversa nel comune di (...)", avendo altresì rilasciato i locali già utilizzati come sede di (...) (fino al 31/01/2007);

- i mezzi e le attrezzature sopra elencati risultano attualmente nelle situazioni seguenti:

- acquistati formalmente dall'(...) S.P.A. (circostanza pacifica e, comunque, documentalmente comprovata: cfr. nota) ed utilizzati:

2 autocompattatori a caricamento laterale;

1 autocompattatore a caricamento posteriore;

2 autocarri con vasca ribaltabile;

- utilizzati di fatto dall'(...) S.P.A. per la raccolta differenziata, a titolo gratuito (cfr. dich. (...) e (...), quest'ultimo dirigente tecnico dell'(...) S.P.A.):

circa n° 1.100 cassonetti stazionari, posizionati sul territorio;

- depositati presso l'(...) S.P.A., a titolo gratuito (cfr. dich. (...) e (...)):

tutti gli altri automezzi e cassonetti, di cui la (...) S.R.L. disponeva come "scorta e per eventuali sostituzioni" (cfr. dich. (...));

- risulta che "con la reinternalizzazione del servizio di raccolta differenziata, il numero medio degli autocompattatori utilizzati è stato aumentato con i tre acquistati dalla (...) S.R.L., essendo peraltro questi utilizzabili anche per la raccolta "ordinaria", ed analoga situazione si è verificata per gli autocarri con vasca ribaltabile (cfr. dich. (...));

- dopo il 31/12/2006 non vi è stata nessuna interruzione del servizio di raccolta differenziata (cfr. dich. (...) e (...), quest'ultimo direttore del personale dell'(...) S.P.A.)).

(*Omissis*)

Tali essendo le circostanze di fatto acquisite in sede istruttoria, occorre a questo punto esporre alcuni principî generali in tema di configurabilità della fattispecie ex art. 2112 cod. civ..

Con riferimento ai presupposti sostanziali della cessione (di ramo) d'azienda ex art. 2112 c.c., questo giudice aderisce all'orientamento giurisprudenziale (invero ormai assolutamente prevalente) secondo il quale *“l'art. 2112 cod. civ., anche nel testo anteriore alle modifiche di cui al D.Lgs. n. 18 del 2001, attuativo della direttiva comunitaria n. 50 del 1998, consente, letto in linea con la giurisprudenza comunitaria formatasi in merito alla interpretazione della direttiva n. 187 del 1977 e con le esplicite indicazioni fornite dalla direttiva n. 50 del 1998, di ricondurre, ai fini da esso considerati, alla cessione di azienda anche il trasferimento di un ramo della stessa, purché si tratti di un insieme di elementi produttivi organizzati dall'imprenditore per l'esercizio di un'attività, che si presentino prima del trasferimento come una entità dotata di autonoma ed unitaria organizzazione, idonea al perseguimento dei fini dell'impresa e che conservi nel trasferimento la propria identità. In presenza di tali condizioni, può configurarsi un trasferimento aziendale che abbia ad oggetto anche solo un gruppo di dipendenti stabilmente coordinati ed organizzati tra loro, la cui capacità operativa sia assicurata dal fatto di essere dotati di un particolare “know how” (o, comunque, dall'utilizzo di “copyright”, brevetti, marchi etc.), realizzandosi in tale ipotesi una successione legale di contratto non bisognevole del consenso del contraente ceduto, ex art. 1406 e seguenti cod. civ.. Requisito indefettibile della fattispecie legale tipica delineata dal diritto comunitario e dall'art. 2112 cod. civ. resta comunque, anche in siffatte ipotesi, l'elemento della organizzazione, intesa come legame funzionale che rende le attività*

dei dipendenti appartenenti al gruppo interagenti tra di esse e capaci di tradursi in beni o servizi ben individuabili, configurandosi altrimenti la vicenda traslativa come cessione del contratto di lavoro, richiedente per il suo perfezionamento il consenso del contraente ceduto”¹.

Occorre dunque verificare se, al momento della dedotta cessione, esistesse o meno nella fattispecie concreta in esame il necessario presupposto consistente nella *“autonomia organizzativa ed economica, funzionalizzata allo svolgimento di una attività volta alla produzione di beni e servizi”*, dovendosi ovviamente escludere che un ramo di azienda possa essere

¹ Cass. civ., Sez. lav., 10 gennaio 2004 n. 206. In senso analogo: Cass. civ., Sez. lav., 30 dicembre 2003 n. 19842.

Per “ramo d'azienda”, ai sensi dell'art. 2112 cod. civ. (così come modificato dalla legge 2 febbraio 2001, n. 18, in applicazione della direttiva CE n. 98/50), come tale suscettibile di autonomo trasferimento riconducibile alla disciplina dettata per la cessione di azienda, deve intendersi ogni entità economica organizzata in maniera stabile la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità, il che presuppone una preesistente realtà produttiva autonoma e funzionalmente esistente, e non anche una struttura produttiva creata “ad hoc” in occasione del trasferimento, o come tale identificata dalle parti del negozio traslativo; tale nozione di ramo d'azienda è utilizzabile anche quando i fatti di causa - come nella specie - sono precedenti rispetto alle modifiche legislative introdotte in attuazione della direttiva n. 98/50, in quanto tale nozione costituiva già in precedenza espressione del “diritto comunitario vivente”, sviluppato da numerose sentenze interpretative della Corte di Giustizia CE e come tale vincolante per il giudice nazionale, in virtù del principio di supremazia del diritto comunitario sul diritto nazionale, da cui deriva, per il giudice nazionale, l'obbligo di una interpretazione adeguatrice.

Conformi: Cass. Civ. Sez. Lav., 14 dicembre 2002 n. 17919; Cass. Civ. Sez. Lav., 4 dicembre 2002 n. 17207; Cass. Civ. Sez. Lav., 25 ottobre 2002 n. 15105; Cass. Civ. Sez. Lav., 2 agosto 2002 n. 11622.

disegnato e identificato solo al momento del trasferimento e in esclusiva funzione di esso. Né può essere condivisa la tesi secondo cui l'autonomia funzionale del ramo trasferito può essere anche soltanto potenziale presso il cedente, essendo sufficiente, al fine dell'attribuzione della qualità di ramo di azienda, l'astratta idoneità del nucleo di beni o rapporti ceduti ad essere organizzati per l'esercizio di un'attività. Il diritto positivo richiede invece, per l'applicazione dell'art. 2112 c.c., che sia ceduto un complesso di beni (di non trascurabile entità)² che oggettivamente si presenti quale entità dotata di una propria autonomia organizzativa ed economica funzionalizzata allo svolgimento di un'attività volta alla produzione di beni o servizi. Altrimenti, sarebbe la mera volontà dell'imprenditore ad unificare un complesso di beni (di per sé privo di una preesistente autonomia organizzativa ed economica volta ad uno scopo unitario), al solo fine di renderlo oggetto di un contratto di cessione di ramo di azienda, rendendo applicabile la relativa disciplina sulla sorte dei rapporti di lavoro.

In definitiva, l'art. 2112 c.c. certamente non impedisce di ricondurre alla cessione di azienda i processi di "esternalizzazione" (ovvero di "reinternalizzazione"), consentendo che siano ceduti singole funzioni o singoli servizi, ma a condizione che essi si presentino, prima del trasferimento, funzionalmente autonomi.

Sul punto appare invero significativo il condivisibile orientamento giurisprudenziale secondo il quale "*...la formulazione dell'art. 2112 c.c. è tale che, pur facendo esclusivo e letterale riferimento alla fattispecie della vendita, dell'affitto e della concessione in usufrutto dell'azienda, è idonea a comprendere ogni ipotesi di trasferimento*

² Cfr. sul punto *Cass. civ. Sez. lav., 7 dicembre 2006 n. 26215* e *Cass. civ., Sez. lav., 13 gennaio 2005 n. 493*.

*del complesso aziendale, sempre che vi sia un nesso di derivazione giuridica, a qualsiasi titolo e a prescindere dallo schema giuridico utilizzato, tra l'alienante e l'acquirente. In particolare poi - con riferimento proprio all'ipotesi della cessazione del rapporto di affitto d'azienda - questa Corte (Cass. civ., Sez. lav., 21 maggio 2002 n. 7458) ha affermato che il trasferimento d'azienda - in qualunque forma realizzato e perciò anche, indirettamente, attraverso la **restituzione dei beni aziendali dall'imprenditore affittuario al proprietario** e la cessione in affitto da questo ad altro datore di lavoro - ricade nell'ambito di applicabilità dell'art. 2112 c.c."*³.

Se, infatti, è sufficiente anche la semplice restituzione dei beni aziendali dall'imprenditore affittuario al proprietario, a maggior ragione non pare possa affatto escludersi - ovviamente in presenza di tutti i requisiti ex lege - la configurabilità di una fattispecie ex art. 2112 cod. civ. nell'ipotesi di "esternalizzazione" ovvero di "reinternalizzazione" di singole funzioni o singoli servizi (cfr. Cass. civ., Sez. lav., 2 ottobre 2006 n. 21287, Cass. civ., Sez. lav., 3 dicembre 2003 n. 19842 e Cass. civ., Sez. lav., 10 gennaio 2004 n. 206).

(Omissis)

Orbene, facendo applicazione al caso di specie dei sopra esposti principi di diritto, deve in primo luogo affermarsi (ovviamente sempre nei limiti della sommarietà della cognizione che caratterizza la presente sede cautelare) che il "*servizio di raccolta differenziata dei rifiuti per la città di Taranto*" era configurabile - prima del trasferimento - quale insieme di elementi produttivi organizzati per l'esercizio di un'attività, che si presentava come una

³ In tal senso, *Cass. civ. Sez. lav. 4 settembre 2003 n. 12909*.

entità dotata di autonoma ed unitaria organizzazione, invero idonea al perseguimento dei fini dell'impresa.

Alla stregua delle circostanze oggettive sopra rassegnate, infatti, può ritenersi che l'espletamento del "servizio di raccolta differenziata dei rifiuti per la città di Taranto" costituiva certamente per l'(...) S.R.L.E (quanto meno) un "ramo d'azienda", se è vero che, dopo la cessazione dell'appalto, tale società ha cessato ogni attività di raccolta di rifiuti e attualmente svolge solo una "attività industriale diversa nel comune di (...)": non a caso, per l'espletamento di tale attività - funzionalmente, organizzativamente ed economicamente autonoma - l'(...) S.R.L. utilizzava automezzi ed attrezzature, nonché una sede in (...), che attualmente risultano (a vario titolo) integralmente dismessi.

In particolare, di tutti gli automezzi e attrezzature utilizzati fino al 31/12/2006 dall'(...) S.R.L. l'(...) S.P.A. ha acquisito (a vario titolo, essendo, come visto, irrilevante lo strumento giuridico utilizzato, potendosi realizzare anche indirettamente, addirittura attraverso la restituzione dei beni aziendali dall'imprenditore affittuario al proprietario) la concreta e quotidiana disponibilità di 3 autocompattatori (su un totale di 6) e di 2 autocarri con vasca ribaltabile (su un totale di 5) nonché di circa 1.100 cassonetti stazionari, posizionati sul territorio (su un totale di 2.200). Tutti gli altri automezzi e cassonetti, risultano comunque depositati presso l'(...) S.P.A., a titolo gratuito: di essi la (...) S.R.L. disponeva come "scorta e per eventuali sostituzioni", sicché non pare irragionevole desumere - considerato il fatto che anche per l'utilizzo dei cassonetti stazionari posizionati sul territorio l'(...) S.P.A. non corrisponde alcun compenso - che alla medesima "scorta" l'(...) S.P.A. possa attingere in caso di necessità.

Risulta altresì che dopo il 31/12/2006 non vi è stata nessuna interruzione del servizio di raccolta differenziata e che dopo

tale data il numero medio degli autocompattatori e degli autocarri utilizzati è stato aumentato con quelli acquistati dalla (...) S.R.L., potendosi quindi ponderatamente dedurre che le maggiori esigenze determinate dalla reinternalizzazione del servizio di raccolta differenziata siano soddisfatte proprio grazie agli automezzi acquistati dall'(...) S.R.L. (anche se, in concreto, il singolo automezzo venga occasionalmente impiegato per la raccolta "ordinaria", essendo rilevante la copertura del fabbisogno complessivo ai fini dell'espletamento del servizio e ben potendo il cessionario - dopo il trasferimento - integrare nella propria organizzazione quanto acquisito).

Non significativa appare, invece, l'eventuale precedente delibera dell'(...) S.P.A. di procedere (comunque) a nuovi acquisti di automezzi e attrezzature, in quanto assunta in epoca in cui il servizio di raccolta differenziata non era stato ancora reinternalizzato: al contrario, dopo il 31/12/2006, emerge una specifica relazione numerica tra nuovo servizio e nuovi automezzi ed attrezzature, invero significativa della interdipendenza funzionale sussistente.

Non pare, quindi, si sia trattato di un semplice trasferimento di singoli beni (peraltro non certo di trascurabile entità, sia in termini assoluti sia in termini relativi rispetto alle disponibilità di mezzi ed attrezzature prima utilizzati dalla (...) S.R.L. per la raccolta differenziata), essendo invece configurabile la cessione di una struttura organizzata, concretamente idonea a realizzare un ciclo di attività suscettibile di considerazione autonoma (come, in effetti, era avvenuto fino al 31/12/2006): è bene altresì evidenziare come, nella fattispecie, a parere di questo giudice, la "autonomia" del ramo d'azienda può desumersi non solo dal numero dei mezzi utilizzati e/o ceduti, ma soprattutto dalle altre circostanze sopra sottolineate, in base alle quali pare

individuabile l'elemento della "organizzazione di beni e persone al fine della produzione di particolari servizi per il conseguimento di specifiche finalità produttive dell'impresa"⁴.

Quanto alla asserita mancanza della "volontà" (da parte delle due imprese) di identificare il complesso di beni ceduti quale "articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata", deve osservarsi che ciò che rileva non è la estrinsecazione formale di tale volontà bensì – per l'ovvia necessità di impedire eventuali comportamenti *in fraudem legis* – la oggettiva configurabilità dei presupposti previsti dalla norma codicistica, in presenza dei quali la legge impone che "il rapporto di lavoro continua con il cessionario".

Tant'è che è stato condivisibilmente evidenziato che "il trasferimento d'azienda o di un ramo di essa postula soltanto che il complesso dei beni dell'imprenditore - nella sua entità obiettiva - sia passato ad un diverso titolare in forza di una vicenda giuridica riconducibile al fenomeno della successione in senso ampio dovendosi così prescindere da un rapporto contrattuale diretto tra l'imprenditore uscente e quello che subentra nella gestione sicché - come è stato anche aggiunto - il trasferimento d'azienda è configurabile, sempre che si abbia un passaggio dei beni di non trascurabile entità, anche in due fasi per effetto della intermediazione di un terzo"⁵.

Ancora è rimarcarsi che "ove l'azienda originaria, intesa nel suo complesso, abbia continuato o riprenda ad operare (non importando ne' se titolare sia lo stesso imprenditore o altro subentrante, ne' lo strumento negoziale attraverso cui si sia verificata la cessione dell'azienda), la

⁴ Cass. civ. Sez. lav., 22 marzo 2006 n. 6292.

⁵ Cass. civ. Sez. lav., 7 dicembre 2006 n. 26215, che si richiama a Cass. civ., Sez. lav., 13 gennaio 2005 n. 493.

prosecuzione del rapporto di lavoro o la sua riattivazione presso la nuova impresa costituiscono non la manifestazione di una libera opzione del datore di lavoro, ma l'effetto di un preciso obbligo previsto dalla legge (art. 2112 cod. civ., come modificato dall'art. 47 legge n. 428 del 1990 e dal decreto legislativo n. 18 del 2001), come tale non meritevole dei benefici della decontribuzione" (Cass. civ., Sez. lav., 28 ottobre 2002, n. 15207), in applicazione del più generale concetto che la mera sovrapposizione della nuova impresa a quella precedente, con qualsiasi negozio traslativo attuata, configura un trasferimento di azienda, in base al quale i rapporti di lavoro continuano con l'acquirente e sono quindi incompatibili con il riconoscimento dei benefici contributivi"⁶.

Risultando quindi individuabile, nella vicenda in esame in questa sede, anche l'elemento della organizzazione, intesa come legame funzionale che rendeva (e rende) gli automezzi e le attrezzature interagenti tra di essi e utilizzati per lo svolgimento di una attività volta alla produzione di uno specifico servizio, opina questo giudice, in definitiva, di accogliere la prospettazione attorea, sussistendo invero il *fumus boni juris* in riferimento alla dedotta fattispecie ex art. 2112 cod. civ..

(Omissis)

Quanto al fatto che i licenziamenti risulterebbero comunque legittimi in quanto determinati dalla scadenza - in data 31/12/2006 - della convenzione stipulata il 30/6/2001 tra (...) S.R.L. ed (...) S.P.A., avente ad oggetto il "servizio di raccolta differenziata dei rifiuti per la città di Taranto", appare evidente che si tratti di circostanza inidonea *ex se* ad escludere la violazione del disposto dell'art. 2112 cod.

⁶ In tal senso, Cass. civ. Sez. lav., 22 gennaio 2004, n. 1112; Conf.: Cass. civ. Sez. lav. n. 16444/03 e 15445/04.

civ..

E' certamente vero che l'art. 2112 cod. civ. prevede che, prima del trasferimento, rimanga ferma la "facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti", ma è anche vero che la stessa norma prevede che "il trasferimento d'azienda non costituisce di per sè motivo di licenziamento".

Ora, nel caso di specie, è evidente che il sostanziale "motivo del licenziamento" è da individuarsi proprio nel "trasferimento di (ramo di) azienda" (per quanto accertato nella presente sede cautelare, nei limiti della cognizione sommaria), poiché proprio il fatto che l'attività prima svolta a (...) dalla (...) S.R.L. sia stata ceduta all'(...) S.P.A. (nella forma della "reinternalizzazione") ha cagionato la decisione aziendale di recedere dai rapporti di lavoro con i dipendenti addetti al "servizio di raccolta differenziata dei rifiuti".

(*Omissis*)

In riferimento, poi, agli effetti dell'accertamento della illegittimità dei licenziamenti, deve innanzitutto rimarcarsi la irrilevanza della contestazione formulata dalla (...) S.R.L. in ordine ai requisiti dimensionali ai fini della reintegrazione ex art. 18 L. n. 300/70 (dovendo assertivamente essere esclusi dal computo gli ex lavoratori *socialmente utili*, assunti ai sensi degli artt. 2, co. 1 e 7 D. Lgs. n. 81/00).

Infatti occorre precisare che "il licenziamento, non fondato su giusti motivi diversi dal trasferimento, è nullo e va disapplicato dal giudice, il quale emette una sentenza di mero accertamento della prosecuzione del rapporto di lavoro ed eventualmente condanna il datore, o i datori succedutisi, a risarcire il danno derivato al prestatore dall'allontanamento dal posto di lavoro secondo le norme civilistiche sull'illecito contrattuale" (cfr. Cass. civ., SEz. lav., 21 maggio 2002 n. 7458). In altri termini, "il licenziamento

illegittimamente intimato dall'imprenditore cedente a causa del trasferimento d'azienda ... può essere tempestivamente impugnato dal lavoratore licenziato: in tal caso, se l'illegittimità venga accertata dal giudice, esso non produce effetti e il rapporto di lavoro prosegue con l'imprenditore cessionario ex art. 2112 cod. civ." (sic Cass. civ. Sez. lav. 27 gennaio 2004 n. 1474).

Si tratta, dunque, di una ipotesi di nullità-inefficacia per la quale appare comunque applicabile la disciplina "ordinaria" secondo cui il licenziamento non è suscettibile di produrre effetto alcuno e, dunque, è da considerare *tamquam non esset*, secondo i principî generali⁷.

Deve pertanto ritenersi (con assorbimento della domanda formulata in via subordinata ex art. 6 CCNL ed ovviamente con valutazione sommaria e provvisoria e salvo ogni definitivo apprezzamento in sede di cognizione piena) che i licenziamenti intimati ai ricorrenti debbano essere disapplicati in quanto nulli, radicando così in prospettiva, tra l'altro, la declaratoria giudiziale della prosecuzione dei rapporti di lavoro ex art. 2112 cod. civ..

(*Omissis*)

Risulta parimenti sussistente il *periculum in mora*.

Occorre innanzitutto premettere che il lasso di tempo intercorso tra la data di efficacia dei licenziamenti (31/12/2006) e la data del deposito del ricorso ex art. 700 cpc. (3/4/2007) non appare ex se di consistenza tale da integrare autonoma e sufficiente causa di pericolo nell'attesa della tutela

⁷ Cfr. Cass. civ., SS.UU. 21 febbraio 1984 n. 1236, nonché Cass. civ. Sez. lav., 25 marzo 1992 n. 3701. Più recentemente, cfr. Cass. civ. Sez. lav., 5 giugno 2000 n. 7495, Cass. civ. Sez. lav., 10 novembre 1997 n. 11094 e Cass. civ. Sez. lav., 29 novembre 1996 n. 10697. In ordine alla compatibilità costituzionale di tale regime sanzionatorio, cfr. Corte Cost. 10-23 novembre 1994 n. 398. Cfr. anche Cass. civ. SS.UU. 27 luglio 1999 n. 508.

ordinaria, dovendosi in particolare evidenziare che, almeno fino al 26/2/2007, risultano essersi svolti vari incontri tra OO. SS. (tra cui quella cui sono iscritti i ricorrenti) e aziende, evidentemente finalizzati al raggiungimento di auspicabili intese per il riassorbimento del personale attinto dai licenziamenti (cfr. copia del relativo verbale e dich. (...)). Non pare quindi possa imputarsi al comportamento degli stessi lavoratori una tardività di iniziativa direttamente ed autonomamente causativa (nemmeno in parte) dell'allegato pericolo di danno, non essendosi registrata alcuna prolungata inerzia tale da assumere eventualmente specifica rilevanza circa la valutazione della (in-)sussistenza del *periculum in mora*.

Tanto precisato, ritiene il Tribunale che per "pregiudizio irreparabile", unico a legittimare un intervento cautelare ex art. 700 cpc., debba intendersi quel danno a cui non sia possibile porre integrale rimedio con gli ordinari strumenti risarcitori esistenti in quanto questi ultimi – per la particolarità degli effetti dannosi manifestatisi nei confronti del diritto cautelando ovvero di altri diritti a questo funzionalmente collegati – non sarebbero in grado di ripristinare integralmente lo *status quo ante*: è dunque irreparabile quel danno che appare non completamente reintegrabile.

Nel caso di specie, la situazione soggettiva di cui si chiede la tutela si aggancia direttamente e concretamente a beni-interessi di rilievo primario (diritto al lavoro in senso ampio, funzione alimentare della retribuzione) e gli elementi di prova logici e documentali adottati - attesa comunque la sommarietà della cognizione e la mancanza di alcuna prova contraria - consentono di ritenere che i ricorrenti traggano dal proprio lavoro una rilevante fonte di sostentamento per essi stessi e per la propria famiglia e che, se fossero privati della retribuzione, non avrebbero altre sufficienti entrate tali da consentir loro di

condurre una esistenza libera e dignitosa fino all'esito del processo: né siffatta situazione può risultare meno grave sulla base della avvenuta erogazione del "trattamento di fine rapporto", poiché questo costituisce retribuzione differita istituzionalmente destinata a fini *lato sensu* previdenziali, diversi da quello puramente alimentare e di spesa corrente.

(*Omissis*)

In definitiva, alla stregua di tutte le sopra esposte considerazioni, va ritenuto (con valutazione sommaria e provvisoria e salvo ogni definitivo apprezzamento in sede di cognizione piena) che i licenziamenti intimati ai ricorrenti debbano essere disapplicati in quanto nulli, radicando così in prospettiva, tra l'altro, la declaratoria giudiziale della prosecuzione dei rapporti di lavoro ex art. 2112 cod. civ..

Per tali motivi, dichiarata, in via cautelare ed urgente, la temporanea inefficacia dei provvedimenti espulsivi, deve essere ordinato alla (...) S.R.L. di riammettere i ricorrenti nei posti di lavoro in precedenza occupati al fine di consentire, ai sensi dell'art. 2112 c.c., la prosecuzione dei rapporti di lavoro con l'(...) S.P.A., nonché, in caso di inottemperanza all'ordine predetto, il pagamento in favore dei ricorrenti - a carico dei resistenti, in solido tra loro - di un assegno (di natura alimentare e con funzioni di sostentamento) pari a netti € (...), somma equitativamente parametrata in via provvisoria sulle ultime retribuzioni percepite (cfr. copie buste-paga), da corrispondersi mensilmente sino alla data della effettiva ripresa dell'attività lavorativa, impregiudicati i diritti patrimoniali consequenziali.

(*Omissis*)

Quanto alle spese, trattandosi di procedimento cautelare instaurato ex art. 700 cpc. nel vigore della nuova disciplina di cui al D.L. n. 35/05, conv. in L. n. 80/05, giusta il D.L. n. 273/05, conv. in L. n. 51/06,

ed essendo stato emesso un provvedimento cautelare invero idoneo ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, ritiene questo giudice che la relativa liquidazione debba essere effettuata anche in caso di accoglimento dell'istanza, avuto riguardo alla regola generale di cui all'art. 91, co. 1, cpc. ed alla "attenuazione" del regime di strumentalità introdotta dalla riforma e, dunque, alla tendenziale e/o possibile definitività del provvedimento cautelare stesso, non essendo più indispensabile, per tale tipologia di provvedimenti di urgenza, l'instaurazione della causa di merito, giusta il nuovo testo dell'art. 669 *octies*, co. 6, cpc.. Esse, pertanto, vengono liquidate e distratte come da dispositivo e poste a carico delle parti soccombenti, in solido fra loro ex art. 97, co. 1, cpc in considerazione dell'interesse comune, per avervi dato causa.

P. Q. M.

Il Tribunale, visti gli artt. 669 *bis* e ss. e 700 cpc, così provvede:

1. accoglie il ricorso e, per l'effetto, ordina alla (...) S.R.L. di riammettere i ricorrenti nei posti di lavoro in precedenza occupati al fine di consentire, ai sensi dell'art. 2112 c.c., la prosecuzione dei rapporti di lavoro con l'(...) S.P.A.;
2. in caso di inottemperanza all'ordine predetto, impone alle società convenute, in solido tra loro, il pagamento in favore dei ricorrenti di un assegno mensile di netti € (...), a titolo alimentare;
3. condanna le convenute, in solido fra loro, al pagamento delle spese processuali, liquidate in complessivi € (...) di cui € (...) per onorari difensivi, oltre IVA e CPA, con distrazione in favore dell'Avv. (...), dichiaratosi anticipatario;
4. manda alla Cancelleria per le comunicazioni di rito.

(*Omissis*)

- NOTA -

La sentenza sopra riportata definisce un aspetto particolare delle problematiche legate al trasferimento d'azienda o ad un ramo di essa, poiché affronta e risolve il quesito legato alla possibilità o meno di applicare la disciplina dettata dall'art. 2112 c.c. nel caso in cui si configuri una **internalizzazione o esternalizzazione** di un servizio.

Il Tribunale di Taranto, nella persona del Giudice del Lavoro dott. Magazzino, ha ritenuto fondata la su esposta istanza cautelare.

Presupposti fondamentali per l'accoglimento della stessa sono la sussistenza del *fumus boni juris* e del *periculum in mora*.

L'esistenza del primo requisito si basa su una valutazione giuridica-fattuale compiuta dal Giudice. Egli, infatti, risponde positivamente all'assunto posto a fondamento della domanda, dichiarando illegittimo il licenziamento comminato da parte datoriale, poiché la struttura organizzativa in cui il ricorrente prestava la propria attività lavorativa era stata oggetto di trasferimento di ramo d'azienda, con conseguente applicabilità della disciplina dettata dall'art. 2112 c.c.

Il secondo requisito, invece, trova fondamento nel pregiudizio irreparabile che è derivato al ricorrente dall'esser stato privato della retribuzione, quale rilevante fonte di sostentamento per se stesso e la propria famiglia.

Il nostro ordinamento, attraverso la fattispecie prevista dall'art. 2112 c.c.¹, tutela i prestatori di lavoro, garantendone il passaggio alle dipendenze del nuovo datore di lavoro, nel caso in cui vi sia un mutamento della titolarità di una attività economica con una determinata organizzazione destinata all'esercizio di una impresa, preesistente al trasferimento.

Analoghe garanzie sono previste nel caso in cui ad essere ceduta non è tutta l'azienda, ma un ramo di essa. Cosa bisogna, però, intendere per "ramo d'azienda"? Quest'ultimo si concretizza in una entità economica organizzata in maniera stabile che, se da un lato è inserita nel sistema produttivo e nell'organizzazione aziendale, dall'altro deve possedere un'autonomia funzionale e organizzativa che consenta lo svolgimento di una attività volta alla produzione di beni o servizi; la struttura organizzativa qualificabile come "ramo d'azienda", inoltre, deve possedere i suddetti requisiti prima del

¹ **Art. 2112 c.c.** - In caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano. [...]

Ferma restando la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti, il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento. [...]

Ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda. Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento. [...]

trasferimento e deve conservare in seguito a questo la sua identità².

Ogni qual volta, perciò, un complesso di beni, dotati di una autonoma struttura organizzativa, economica e funzionale sarà oggetto di trasferimento potrà legittimamente richiedersi l'applicazione delle garanzie poste dall'art. 2112 c.c..

Quest'ultimo stabilisce che il lavoratore subordinato, che svolge la propria attività in una struttura avente i requisiti in precedenza analizzati e oggetto di cessione, conserverà tutti i diritti derivanti dal rapporto di lavoro in essere con l'azienda ceduta, compresa la posizione previdenziale; in altri termini, il rapporto continua con il nuovo datore di lavoro, impedendo di fatto al trasferimento di influire in alcun modo su di esso.

Analizzato il quadro normativo, occorre ora soffermarsi sul percorso seguito dalla sentenza al fine di comprendere le ragioni che hanno motivato la stessa.

Il Tribunale di Taranto ha, in primo luogo, analizzato attraverso quale struttura organizzativa la (...) S.r.l. effettuava il servizio di raccolta differenziata e ha rilevato che una parte dei macchinari impiegati era stata formalmente acquistata dall'(...) S.p.a, un'altra parte era utilizzata a titolo gratuito dall'(...) S.p.a. e una terza parte era depositata a titolo gratuito sempre presso la stessa società; il Giudice ha rilevato che tutti i macchinari utilizzati precedentemente dalla (...) S.r.l. erano allo stato utilizzati, a vario titolo, dalla (...) S.p.a. e che la (...) S.r.l. aveva di

² La sentenza, correttamente, segue il costante orientamento giurisprudenziale in materia. Cfr. **Cass. civ. Sez. lav., n. 26668/05**; **Cass. civ. Sez. lav., n. 206/2004**, richiamata nell'ordinanza.

fatto cessato di svolgere attività di raccolta differenziata all'interno del Comune interessato.

Ha rilevato, inoltre, che tale struttura organizzativa era dotata di una autonoma ed unitaria organizzazione, esistente prima della cessazione della convenzione tra le due società e trasferita con le medesime caratteristiche strutturali e funzionali, tale da configurare l'applicabilità della disciplina dettata dal codice civile in relazione al trasferimento di un ramo d'azienda.

Vi è, infine, un altro elemento preso in considerazione dall'organo giudicante: la cessazione della convenzione tra le due società e la successiva **internalizzazione** del servizio di raccolta differenziata di rifiuti non avevano comportato alcuna interruzione dello stesso, che era proseguito con le medesime caratteristiche.

La circostanza che il trasferimento fosse stato realizzato attraverso un processo di **internalizzazione** del servizio da parte dell'(...) S.p.a. è ritenuto ininfluenza ai fini dell'applicazione dell'art. 2112 c.c., facendo rientrare nella previsione del predetto articolo ogni ipotesi di trasferimento di un complesso aziendale indipendentemente dal titolo con cui esso avviene e a prescindere dallo schema giuridico utilizzato. La sentenza, partendo dall'affermazione della Suprema Corte secondo cui si realizza un trasferimento d'azienda, in qualunque forma sia effettuato, anche nell'ipotesi un cui vi è una restituzione dei beni aziendali dall'imprenditore affittuario al proprietario, motiva che *“a maggior ragione non pare possa affatto escludersi - ovviamente in presenza di tutti i requisiti ex lege - la*

configurabilità di una fattispecie ex art. 2112 c.c. nell'ipotesi di “esternalizzazione” ovvero di “reinternalizzazione” di singole funzioni o servizi”³.

Priva di rilevanza, inoltre, è l'assenza di una specifica volontà da parte delle due imprese di attuare un trasferimento, poiché ciò che rileva ai fini dell'applicabilità della norma, secondo quanto stabilito dalla sentenza in esame, è l'oggettiva configurabilità dei presupposti previsti dalla norma codicistica, che, nel caso in esame, sono ritenuti sussistenti dall'organo giudicante.

Alla luce del suddetto percorso logico-giuridico, il Tribunale di Taranto ha dichiarato l'illegittimità dei licenziamenti, non essendo il trasferimento d'azienda motivo legittimo di cessazione del rapporto lavorativo.

Nulla, poi, è il riferimento alla mancanza di requisito dimensionale eccepito da una delle due società resistenti, poiché, nella fattispecie in esame, il licenziamento è nullo e come tale va disapplicato, con conseguente declaratoria del Giudice di prosecuzione del rapporto di lavoro con il nuovo datore di lavoro ed eventuale risarcimento del danno, valutato secondo la disciplina dell'illecito contrattuale.

³ L'orientamento della Suprema Corte indirizzato a riconoscere un'ampia accezione al concetto di trasferimento d'azienda trova già un riscontro nella sentenza delle **Sezioni Unite n. 5317/82**, in cui la Cassazione afferma che, sussistendo i requisiti previsti dall'art. 2112 c.c., il predetto articolo può trovare applicazione *“anche per il rapporto di lavoro degli addetti al servizio di nettezza urbana, quando il comune, cessato il regime di concessione ad impresa privata, provveda alla gestione diretta del servizio stesso”*.

La sentenza, infine, si pronuncia anche sulle spese. Alla luce, infatti, del novellato art. 669 *octies* c.p.c., in presenza di un provvedimento d'urgenza emesso ai sensi dell'art. 700 e di altri provvedimenti idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, non è più necessario l'instaurazione della causa di merito, con conseguente possibilità di definitività del provvedimento cautelare.

Il Tribunale di Taranto, con la su riportata ordinanza, dimostra di aver compreso la *ratio* posta a fondamento della normativa in esame, garantendo un'ampia tutela ai lavoratori oggetto del provvedimento di licenziamento. Esso, inoltre, ha opportunamente valutato il contesto sociale ed economico in cui la suddetta pronuncia si inserisce. Servizi di rilevanza pubblica offerti da altre società, infatti, sono stati **internalizzati** tramite la cessione di ramo d'azienda all'(...) S.p.a., con la prosecuzione dei rapporti di lavoro del personale dipendente da una società all'altra, senza rilievi negativi sul piano occupazionale.

La pronuncia in esame, consentendo l'applicazione delle tutele previste dall'art. 2112 c.c. anche ai lavoratori dell'(...) S.r.l., ha permesso la realizzazione di una evidente forma di giustizia sostanziale.

**RASSEGNA
GIURISPRUDENZIALE**

CORTE COSTITUZIONALE: CONGEDO STRAORDINARIO RETRIBUITO AL CONIUGE DEL DISABILE

di Clarenza Binetti

Corte Costituzionale
Sentenza del 18 aprile 2007 n. 158
(Pres. Bile, Cons. Rel. Saulle)

*** *** ***

(Omissis)

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 42, comma 5, del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'art. 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53), promosso con ordinanza del 10 luglio 2006 dal Tribunale di Cuneo sul ricorso proposto da (...) contro il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, iscritta al n. 544 del registro ordinanze 2006 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 49, prima serie speciale, dell'anno 2006.

Udito nella camera di consiglio del 21 marzo 2007 il Giudice relatore Maria Rita Saulle.

RITENUTO IN FATTO

1. - Il Tribunale di Cuneo, in funzione di giudice del lavoro, con ordinanza del 10 luglio 2006, ha sollevato, in riferimento agli artt. 2, 3, 29 e 32 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 42, comma 5, del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'art. 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53), «nella parte in cui non prevede il diritto del coniuge di soggetto con handicap in situazione di gravità a fruire del congedo ivi indicato».

1.1. - Il giudice rimettente premette, in punto di fatto, che oggetto del giudizio *a quo* è una controversia di lavoro promossa da un dipendente di un istituto di istruzione superiore, con contratto a tempo determinato, nei confronti del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, per ottenere il riconoscimento del diritto al congedo straordinario retribuito previsto dall'art. 42, comma 5, del D.Lgs. n. 151 del 2001, motivato dalla necessità di assistere la moglie in situazione di disabilità grave ai sensi dell'art. 3, commi 1 e 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate).

Riferisce, in particolare, il rimettente che la domanda di congedo in questione è stata respinta dall'amministrazione dell'istituto ove il ricorrente presta servizio, sulla considerazione che il citato art. 42, comma 5, non include il coniuge del disabile nel novero degli aventi diritto a tale tipo di beneficio. E ciò, nonostante che, nel caso di specie, il ricorrente risulti essere l'unico soggetto in grado di assistere la moglie posto che del nucleo familiare fanno parte due figlie minori e che la famiglia di origine della donna non risulta in grado di prestarle alcun tipo di assistenza, essendo il padre deceduto, la madre invalida al 74 per cento, e l'unica sorella non convivente impegnata ad attendere alle incombenze della propria famiglia.

2. - In punto di diritto, il giudice *a quo* osserva che la *ratio legis* del congedo straordinario retribuito e coperto da contribuzione figurativa non risiederebbe nella sola tutela della maternità e della paternità perseguita dal D.Lgs. n. 151 del 2001 – ove è contemplata, oggi, la relativa disposizione (art. 42, comma 5) – ma si inscriverebbe nel più ampio disegno di tutela della salute psico-fisica del disabile prefigurato dalla legge 8 marzo del 2000, n. 53 (Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città), ove detta previsione era, in origine, collocata (art. 4, comma 4-bis), accanto a quella relativa al congedo non retribuito (art. 4, comma 2), quest'ultimo spettante anche al coniuge del disabile.

Tale previsione si collocherebbe, anzi, secondo il rimettente, nel contesto della normativa a tutela dei disabili e, più specificatamente, della legge n. 104 del 1992, la quale avrebbe «come finalità la garanzia del pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e autonomia della persona handicappata, la promozione della piena integrazione del disabile nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società»,

predisponendo in suo favore servizi e prestazioni diretti alla prevenzione, alla cura e alla riabilitazione delle minorazioni, nonché alla sua tutela giuridica ed economica.

2.1.- A sostegno della correttezza dell'inquadramento giuridico dell'istituto suddetto, il giudice *a quo* richiama quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 233 del 2005, con la quale l'art. 42, comma 5, del D.Lgs. n. 151 del 2001, è stato definito norma diretta «a favorire l'assistenza al soggetto con handicap grave mediante la previsione del diritto ad un congedo straordinario – remunerato in misura corrispondente all'ultima retribuzione e coperto da contribuzione figurativa – che, all'evidente fine di assicurare continuità nelle cure e nell'assistenza ed evitare vuoti pregiudizievole alla salute psico-fisica del soggetto diversamente abile, è riconosciuto non solo in capo alla lavoratrice madre o in alternativa al lavoratore padre ma anche, dopo la scomparsa, a favore di uno dei fratelli o delle sorelle conviventi».

Sotto altro profilo, sottolinea ancora il rimettente, la medesima pronuncia avrebbe evidenziato che i fattori di recupero e di superamento dell'emarginazione dei «soggetti deboli» sarebbero rappresentati non solo dalle pratiche di cura e di riabilitazione, ma anche dal pieno ed effettivo loro inserimento nella famiglia, considerato il fondamentale ruolo da questa svolto nella cura e nell'assistenza dei disabili, rispetto al quale l'istituto del congedo straordinario retribuito si porrebbe quale specifico intervento economico integrativo di sostegno.

2.2. - Alla luce di tali considerazioni, ad avviso del rimettente, risulterebbe costituzionalmente illegittima l'esclusione del coniuge del disabile in situazione di gravità dal novero dei soggetti beneficiari del congedo in questione (genitori, o, in caso di loro scomparsa o totale inabilità, fratelli o sorelle conviventi del disabile), per contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 32 della Costituzione.

2.3 .- In primo luogo, con specifico riferimento alla dedotta lesione dell'art. 29 Cost., il giudice rimettente osserva che il mancato riconoscimento del diritto al congedo straordinario retribuito al coniuge del disabile in condizione di gravità determinerebbe un'ingiustificata minore tutela del nucleo familiare proprio nei casi in cui sarebbe più forte l'esigenza di garantire che il lavoratore conservasse la medesima retribuzione nel periodo destinato all'assistenza del consorte. È, infatti, verosimile che in tali casi – come nella fattispecie oggetto del giudizio *a quo* – il coniuge abile sia l'unico in grado di garantire il mantenimento economico, oltre che del consorte che necessita di assistenza continuativa, anche degli altri membri della famiglia.

2.4. - In secondo luogo, l'attuale disciplina riserverebbe irragionevolmente un trattamento peggiore al coniuge del disabile che versi in situazione di gravità rispetto a quello assicurato al genitore o, in caso di sua impossibilità, ai fratelli e alle sorelle del disabile, in relazione alla possibilità di adempiere ai doveri di assistenza e di cura del proprio consorte (di cui all'art. 2 della Costituzione), in quanto detto coniuge sarebbe posto di fronte all'alternativa fra prestare assistenza a quest'ultimo, fruendo del congedo senza alcuna retribuzione – previsto dall'art. 4, comma 2, della legge n. 53 del 2000 – ovvero continuare a lavorare per assicurare allo stesso, nei limiti delle proprie capacità, i mezzi economici di sostentamento e le cure adeguate, mentre gli sarebbe negata ogni possibilità di intervento ai fini dell'assistenza morale.

2.5. - In terzo luogo, l'esclusione del coniuge del disabile dalla fruizione del congedo straordinario retribuito determinerebbe anche una tutela del disabile nell'esercizio del diritto alla cura e alla salute minore rispetto a quella assicurata al disabile assistito dai genitori o, in loro mancanza, dai fratelli conviventi.

3. - In punto di rilevanza, il rimettente afferma che nel giudizio *a quo* il rifiuto dell'amministrazione dell'istituto scolastico di riconoscere il congedo straordinario retribuito al ricorrente si fonda unicamente sulla «attuale portata della norma» e sulla «limitata sfera applicativa della stessa», cosicché l'eventuale accoglimento della questione sollevata «consentirebbe al ricorrente di beneficiare del congedo da lui richiesto».

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. - Il Tribunale di Cuneo, in funzione di giudice del lavoro, dubita della legittimità costituzionale dell'art. 42, comma 5, del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'art. 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53), «nella parte in cui non prevede il diritto del coniuge di soggetto con handicap in situazione di gravità a fruire del congedo ivi indicato», per contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 32 della Costituzione.

Ad avviso del giudice rimettente, infatti, la norma censurata, riconoscendo il diritto al congedo straordinario retribuito esclusivamente ai genitori della persona in situazione di disabilità grave o, in alternativa, in caso di loro scomparsa o impossibilità – dopo la sentenza n. 233 del 2005 di questa Corte – ai fratelli e alle sorelle con essa conviventi, determinerebbe un'ingiustificato trattamento peggiore di un soggetto, il coniuge, tenuto ai medesimi obblighi di assistenza morale e materiale nei confronti del consorte disabile. La disposizione denunciata, al contempo, riserverebbe irragionevolmente una minor tutela sia al nucleo familiare del disabile, rispetto a quella riservata alla sua famiglia di origine, sia al diritto alla salute dello stesso, la cui realizzazione è assicurata anche attraverso il sostegno economico della famiglia che lo assiste.

2. - La questione è fondata.

2.1. - Ai fini del corretto inquadramento del dubbio di legittimità sollevato, occorre, preliminarmente, evidenziare la *ratio legis* dell'istituto del congedo straordinario retribuito, alla luce dei suoi presupposti e delle vicende normative che lo hanno caratterizzato.

2.2.- L'istituto in esame era stato originariamente contemplato dall'art. 4, comma 4-*bis*, della legge 8 marzo 2000, n. 53 (Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città), finalizzato alla disciplina dei "congedi per eventi e cause particolari". Lo stesso istituto è stato successivamente regolato dall'art. 80, comma 2, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, contenente "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2001)", che ne ha ampliato i contenuti, accrescendo significativamente il numero e la qualità delle forme di tutela esistenti. In effetti, sulla base del combinato disposto delle due norme sopra citate, si è attribuita la possibilità di fruire di un congedo di durata analoga a quello previsto per gravi motivi familiari – assistito dal diritto di percepire un'indennità corrispondente all'ultima retribuzione, nonché coperto da contribuzione figurativa – ai lavoratori dipendenti pubblici e privati, i cui figli si trovassero in situazione di disabilità grave da almeno cinque anni; disabilità accertata con le forme previste dagli artt. 3 e 4 della legge 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate).

Detto beneficio spettava, alle medesime condizioni ed in via alternativa, anche ai fratelli o alle sorelle conviventi con il disabile in caso di «scomparsa» dei genitori.

Sin dal momento della sua introduzione, dunque, l'istituto in questione mirava a

garantire l'assistenza della persona con handicap grave già in atto, pur limitando l'ambito di operatività del beneficio ai componenti (genitori e, in caso di loro scomparsa, fratelli o sorelle) della sola famiglia di origine del disabile.

A seguito dell'emanazione del D.Lgs. n. 151 del 2001, l'istituto del congedo straordinario fu collocato al comma 5 dell'art. 42 con la rubrica «Riposi e permessi per i figli con handicap grave» e, con modifica operata dall'art. 3, comma 106, della legge 24 dicembre 2003, n. 350 "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004)", riconosciuto a prescindere dal presupposto della permanenza da almeno cinque anni della situazione di disabilità grave.

2.3. - Questa Corte ha già operato un primo vaglio dell'istituto del congedo straordinario, come delineato a seguito delle richiamate vicende normative, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 42, comma 5, del D.Lgs. n. 151 del 2001, nella parte in cui non prevedeva «il diritto di uno dei fratelli o delle sorelle conviventi con soggetto con *handicap* in situazione di gravità a fruire del congedo ivi indicato, nell'ipotesi in cui i genitori siano impossibilitati a provvedere all'assistenza del figlio handicappato perché totalmente inabili» (sentenza n. 233 del 2005).

In tale occasione, si è sottolineato che il congedo straordinario retribuito si iscrive negli interventi economici integrativi di sostegno alle famiglie che si fanno carico dell'assistenza della persona diversamente abile, evidenziando il rapporto di stretta e diretta correlazione di detto istituto con le finalità perseguite dalla legge n. 104 del 1992, ed in particolare con quelle di tutela della salute psico-fisica della persona handicappata e di promozione della sua integrazione nella famiglia.

Risulta, pertanto, evidente che l'interesse primario cui è preposta la norma in questione – ancorché sistematicamente collocata

nell'ambito di un corpo normativo in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità – è quello di assicurare in via prioritaria la continuità nelle cure e nell'assistenza del disabile che si realizzino in ambito familiare, indipendentemente dall'età e dalla condizione di figlio dell'assistito.

2.4. - Sotto altro profilo, questa Corte ha più volte evidenziato la centralità del ruolo della famiglia nella assistenza del disabile e, in particolare, nel soddisfacimento dell'esigenza di socializzazione quale fondamentale fattore di sviluppo della personalità e idoneo strumento di tutela della salute del disabile intesa nella sua accezione più ampia (si veda, fra le altre, la sentenza n. 350 del 2003).

2.5. - Alla luce delle premesse sopra svolte, la norma censurata concernente il trattamento riservato al lavoratore, coniugato con un disabile in situazione di gravità e con questo convivente, omette di considerare, in violazione degli artt. 2, 3, 29 e 32 della Costituzione, le situazioni di compromissione delle capacità fisiche, psichiche e sensoriali tali da «rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione» – secondo quanto previsto dall'art. 3 della legge n. 104 del 1992 – che si siano realizzate in dipendenza di eventi successivi alla nascita, ovvero in esito a malattie di natura progressiva, così realizzando un inammissibile impedimento all'effettività della assistenza e della integrazione del disabile nell'ambito di un nucleo familiare in cui ricorrono le medesime esigenze che l'istituto in questione è deputato a soddisfare.

La norma censurata, infatti, esclude attualmente dal novero dei beneficiari del congedo straordinario retribuito il coniuge, pur essendo questi, sulla base del vincolo matrimoniale ed in conformità dell'ordinamento giuridico vigente, tenuto al primo posto (art. 433 cod. civ.) all'adempimento degli obblighi di assistenza

morale e materiale del proprio consorte; obblighi che l'ordinamento fa derivare dal matrimonio.

Ciò implica, come risultato, un trattamento deteriore del coniuge del disabile, rispetto ai componenti della famiglia di origine.

2.6. - Va, pertanto, dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 42, comma 5, del decreto legislativo n. 151 del 2001, nella parte in cui non prevede al primo posto il coniuge del disabile «in situazione di gravità», con questo convivente, trattandosi di una situazione che esige la medesima protezione ed il medesimo trattamento rispetto a quelli contemplati dalla norma.

P.Q.M.

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 42, comma 5, del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'art. 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53), nella parte in cui non prevede, in via prioritaria rispetto agli altri congiunti indicati dalla norma, anche per il coniuge convivente con «soggetto con handicap in situazione di gravità», il diritto a fruire del congedo ivi indicato.

(Omissis)

*** **

- NOTA -

Sommario: 1. Introduzione - 2. Caratteristiche essenziali del congedo - 3. Iter storico - 4. Il precedente - 5. Il caso di specie - 6. Conclusioni

1. Introduzione

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 158 del 18 aprile 2007, ritorna, a distanza di soli due anni, sul tema del congedo straordinario

retribuito previsto dalla legge sui congedi parentali, stabilendo che il godimento di tale diritto vada, a pieno titolo, riconosciuto anche al coniuge convivente con persona affetta da handicap grave.

Viene così ulteriormente ad ampliarsi la categoria dei soggetti destinatari della norma di cui all'art. 42, co. 5, D.Lgs. n. 151/2001 che riconosceva, nella sua primigenia formulazione, solo ai genitori o al massimo, dopo la loro morte, a fratelli e sorelle, la possibilità di richiedere il congedo straordinario biennale per assistere il parente (figlio o fratello) disabile.

Il congedo straordinario retribuito si colloca nel novero degli interventi economici integrativi di aiuto e sostegno per le famiglie che assistono i diversamente abili inscrivendosi così, perfettamente nei principi cardine della legge n. 104/1992 improntati alla tutela della salute psico-fisica del portatore di handicap grave nonché all'integrazione di tali soggetti nel nucleo familiare e nella vita sociale di relazione.

La *ratio* che l'istituto oggetto d'esame sottende è infatti facilmente ravvisabile nell'intento del legislatore non solo di tutelare la maternità e paternità così come percepita nel D.Lgs. n. 151/01 (di cui fa attualmente parte la disposizione in questione ex art. 42, comma 5) ma si estende fino alla più ampia esigenza di tutela della salute psico-fisica del disabile di cui alla legge 8 marzo del 2000, n. 53 (Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città) armonizzandosi perfettamente, com'è stato già affermato, con i principi della legge n. 104 del 1992 a tutela dei disabili,

avente «come finalità la garanzia del pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e autonomia della persona handicappata, la promozione della piena integrazione del disabile nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società», attuabile e perseguibile mediante la predisposizione «di servizi e prestazioni diretti alla prevenzione, cura e riabilitazione delle minorazioni».

2. Caratteristiche essenziali del congedo

I soggetti tutelati dalla norma sul congedo biennale sono essenzialmente i portatori di handicap ai quali è riconosciuto lo **stato di gravità** ai sensi dell'art. 4 legge n. 104/1999 così come contemplato all'art. 3, comma 3, della stessa legge, mentre ad oggi, come è possibile leggere nella circolare INPS del 3/08/2007 n. 112 successiva alla sentenza costituzionale cui si fa riferimento, i soggetti destinatari del beneficio sarebbero ravvisabili nell'ordine di priorità:

- a. *nel coniuge della persona gravemente disabile qualora convivente con la stessa;*
- b. *nei genitori, naturali o adottivi e affidatari, del portatore di handicap grave nel caso in cui si verifichi una delle seguenti condizioni: il figlio non sia coniugato o non conviva con il coniuge; il coniuge del figlio non presti attività lavorativa o sia lavoratore autonomo; il coniuge del figlio abbia espressamente rinunciato a godere per lo stesso soggetto e nei medesimi periodi del congedo in esame;*
- c. *nei fratelli o sorelle - alternativamente - conviventi con il soggetto portatore di handicap*

grave, in caso si verificano le seguenti due condizioni: entrambi i genitori siano deceduti o totalmente inabili; il fratello portatore di handicap grave non sia coniugato o non conviva col coniuge, oppure, laddove sia coniugato e convivente col coniuge, ricorra una delle seguenti situazioni: il coniuge non presti attività lavorativa o sia lavoratore autonomo; il coniuge abbia espressamente rinunciato a godere per lo stesso soggetto e nei medesimi periodi del congedo in esame.

Sembrerebbero escluse da tale beneficio le categorie dei lavoratori domestici e lavoratori a domicilio, mentre rimarrebbero di incerta definizione le modalità di fruizione per quelle dei lavoratori a tempo determinato tra cui quelli agricoli, stagionali e interinali.

Il requisito della convivenza così come ribadito anche dalla circolare INPS n. 112 non è necessario (*in caso di figli minorenni la fruizione del beneficio in questione spetta anche in assenza di convivenza. In caso di figli maggiorenni il congedo in esame spetta anche in assenza di convivenza, ma a condizione che l'assistenza¹ sia prestata con continuità ed esclusività²*), mentre si fa presente che il padre e la madre non

¹ Con la Circolare 90/2007, l'INPS fa presente che è superfluo dimostrare l'impossibilità di prestare assistenza da parte di altri familiari conviventi, "stante l'esclusiva riconducibilità all'autonomia privata e familiare della scelta su chi, all'interno della famiglia del portatore di handicap, debba prestargli assistenza".

² Nella nuova Circolare 112/2007 l'INPS chiarisce, che "per assistenza *continuativa ed esclusiva* al disabile non deve intendersi necessariamente la cura giornaliera, purché essa sia prestata con i caratteri della sistematicità e dell'adeguatezza rispetto alle concrete esigenze del portatore di handicap".

possono utilizzare il congedo contemporaneamente ma solo alternativamente.

Il periodo di congedo retribuito ha la durata massima complessiva di due anni, anche frazionati nell'arco della stessa vita lavorativa.

Tale limite biennale segue ciascuna persona disabile ed è riferibile a ciascun richiedente; è utilizzabile dal lavoratore durante l'intera vita lavorativa ed è complessivo rispetto a tutti i beneficiari essendo un limite fruibile tra tutti gli aventi diritto per ogni persona gravemente disabile (coniugati, genitori, fratelli).

Diretta conseguenza di quanto appena affermato è che qualora un genitore lavoratore avesse terminato i suoi due anni di congedo retribuito l'altro genitore potrà usufruire solo di eventuali altri due anni di congedo non retribuito per eventi e cause particolari.

Il congedo retribuito viene solitamente richiesto mediante compilazione e presentazione di un'apposita domanda all'INPS³ - che sarà tenuto a concedere il beneficio al massimo entro 60 giorni dalla richiesta - cui dovrà allegarsi documentazione comprovante lo stato di gravità dell'handicap, indicazione del periodo di congedo di cui si intende fruire, dichiarazione dell'altro coniuge di mancata fruizione del congedo retribuito con impegno a comunicare eventuali intervenienti modifiche.

³ L'INPS nella circolare 112/2007 precisa che verranno modificati a breve tutti i modelli per la richiesta del congedo tenendo conto della nuova scala di priorità dei soggetti destinatari del diritto alla fruizione del congedo. Il nuovo modello per la richiesta del congedo straordinario da parte del coniuge, è stato denominato HAND 6.

L'indennità⁴ relativa al congedo straordinario è anticipata dal datore di lavoro secondo le modalità previste per la corresponsione dei trattamenti economici di maternità, la fruizione di tale diritto non presenta grandi differenze sia che si tratti di lavoratori pubblici che privati⁵; sia l'INPS che l'INPDAP, infatti, hanno interpretato le norme attinenti tale beneficio con disposizioni pressochè analoghe.

L'articolo 42, comma 5, del T.U. stabilisce che «*il periodo medesimo è coperto da contribuzione figurativa⁶*» accreditata «*fino a un importo massimo complessivo di 70 milioni per il congedo di durata annuale*» pari ad € 36.151,98 (importo rivalutato annualmente, a decorrere dall'anno 2002, sulla base della variazione dell'indice ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati), che ammonta ad € 41.233,26 per l'anno 2007.

Tale contribuzione figurativa è chiaramente utile ai fini del diritto e della misura delle prestazioni pensionistiche, compresa quella di anzianità, mentre è necessario tener presente che il periodo di congedo

⁴ Il datore di lavoro privato, nella denuncia contributiva, detrae l'importo dell'indennità dall'ammontare dei contributi previdenziali dovuti all'ente previdenziale competente. L'INPS fornisce valide indicazioni e chiarimenti tecnici sulla indennità economica ed accredito figurativo per i periodi di congedo nella circolare 15/01/2007 n. 14.

⁵ Il periodo di congedo non produce effetti né sulla tredicesima mensilità né sulle ferie. Per i lavoratori pubblici la contribuzione accreditata è quella effettiva mentre per i lavoratori privati occorre riferirsi alla contribuzione figurativa.

⁶ Mentre il periodo di congedo straordinario nel settore privato è coperto da **contribuzione figurativa**, nel settore pubblico, essendoci la retribuzione, la **contribuzione è effettiva** e commisurata all'indennità percepita. Con circolare n. 85/02, l'INPS ha chiarito che l'accredito figurativo dei lavoratori del settore privato deve avvenire secondo i criteri generali stabiliti dall'articolo 8 legge n. 155/81.

straordinario⁷ (sia nel settore privato che pubblico) non produce alcun effetto né sulla tredicesima mensilità, né sulle ferie salvo diversa previsione contrattuale.

In ogni caso, qualora vi siano disposizioni stabilite da regolamenti o contratti collettivi più favorevoli, saranno da considerarsi valide queste ultime.

3. *I*ter storico

Ricostruire l'*iter* legislativo relativo ai congedi straordinari retribuiti è compito parecchio complesso.

Originariamente contemplato nell'art. 4, comma 4-*bis*, della legge 8 marzo 2000, n. 53⁸ (Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città) e pertanto finalizzato alla disciplina dei "congedi per eventi e cause particolari", tale istituto si ritrova disciplinato anche nella legge finanziaria 2001 - art. 80, comma 2 - (legge 23 dicembre 2000, n. 388) "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato", che aveva tra le sue finalità l'ampliamento sensibile quanto meno del numero e della qualità delle forme di tutela preesistenti.

Secondo quanto previsto dalle due norme appena sopra citate al lavoratore era data la possibilità di richiedere un congedo di durata uguale a quello solitamente previsto per gravi motivi

⁷ Nel settore pubblico, il congedo utile ai fini del trattamento di quiescenza, non è valutabile ai fini del trattamento di fine servizio (indennità-premio di servizio, indennità di buonuscita) e del trattamento di fine rapporto.

⁸ Pubblicata in G.U. n. 60 del 13/3/2000.

familiari, percepibile con una somma indennitaria corrispondente all'ultima retribuzione, coperto da contribuzione figurativa e rivolto a quanti (lavoratori dipendenti pubblici e privati) avessero figli affetti da **grave disabilità da almeno cinque anni** o da disabilità accertata con le forme previste dagli artt. 3 e 4 della legge 5 febbraio 1992, n. 104⁹ (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate).

Tale beneficio - originariamente *ex lege* fruibile anche dai fratelli o sorelle conviventi con il diversamente abile limitatamente al caso della «scomparsa» dei genitori - risulta ad oggi essere stato modificato anche ad opera della sentenza della Corte Costituzionale n. 233 del 2005 (il cui contenuto sarà chiarito più avanti) che puntualizza come il legislatore abbia utilizzato «*in modo evidentemente improprio e atecnico il termine scomparsa*», determinando così l'omissione, dell'ipotesi del genitore ancora in vita ma comunque impossibilitato a prestare assistenza al figlio disabile.

Nel superare il limite della fruizione del beneficio ai soli componenti della famiglia di origine del disabile è lapalissiano, il tentativo di porre in essere validi strumenti perché possa essere garantita a trecentosessanta gradi l'assistenza della persona con handicap grave già in atto.

Con il D.Lgs. n. 151 del 2001¹⁰, "*Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53*" il congedo

⁹ Pubblicata in G.U. n. 39 del 17/2/1992.

¹⁰ Pubblicato nella G.U. n. 96 del 26 aprile 2001.

straordinario retribuito biennale vien fatto rientrare nel comma 5 dell'art. 42 del T.U. con la rubrica «Riposi e permessi per i figli con handicap grave» e con la modifica apportata dalla legge finanziaria 2004 (legge 24 dicembre 2003, n. 350¹¹ recante il titolo "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato) ex art. 3, comma 106¹², concedibile anche **in assenza del presupposto** della permanenza da almeno cinque anni nella situazione di disabilità grave. Anche in questo caso l'intervento del legislatore appare essenziale ed effettuato nel pieno rispetto dei principi costituzionalmente garantiti di uguaglianza e tutela della salute.

Il requisito temporale quinquennale - negativamente valutato già tempo addietro dalla giurisprudenza di merito¹³

¹¹ Pubblicata nella G.U. n. 299 del 27/12/2003

¹² Legge n. 350/2003, art. 3, comma 106: «*All'articolo 42, comma 5, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, le parole: "da almeno cinque anni" sono soppresse*».

¹³ Ordinanza **Tribunale Monza, 1° giugno 2001**: "*In caso di richiesta all'INPS dei congedi straordinari per l'assistenza ai disabili gravi, il riferimento contenuto nella legge 53/00 di 5 anni di gravità dell'handicap deve considerarsi come accertamento della patologia invalidante in condizione di gravità da almeno un quinquennio, senza che rilevi come necessario il certificato della Commissione medico-legale di cui alla legge 104/92 retrodatato di almeno 5 anni rispetto alla domanda presentata all'INPS, tutte le volte in cui nella predetta certificazione si fa riferimento a una patologia neonatale e/o ad altre condizioni invalidanti presenti da almeno 5 anni nello stato e nella gravità come accertati dalla Commissione*".

Così anche **Tribunale Pesaro, 6 maggio 2003**: "*Il riferimento contenuto nella legge n. 53/00, come modificata dal d.lgs. 151/2001 art. 42, dei 5 anni di gravità dell'handicap deve considerarsi come accertamento della patologia invalidante in condizione di gravità da almeno un quinquennio senza che rilevi come necessaria ed insostituibile la certificazione della Commissione medico-legale di cui*

- e considerato dalla maggioranza delle associazioni dei disabili come “eccessiva limitazione” necessitava di una modifica radicale perché ritenuto ingiusto soprattutto in riferimento a situazioni nelle quali si fosse manifestata l’esigenza di far ricorso a tale forma di congedo in presenza di minori o neonati necessitanti di immediata e totale assistenza a causa di handicap gravissimi e per i quali l’attesa quinquennale così come prescritta *ex lege* (“*accertamento di handicap grave da almeno 5 anni*”) avrebbe potuto essere oltre che difficile, in talune circostanze anche vana e palesemente ingiusta.

La sentenza n. 158 del 2007 appare oltre misura significativa poiché con la sua formulazione e pubblicazione la Corte Costituzionale non solo sembra suggerire al legislatore una necessaria rivisitazione delle previsioni contenute nel T.U. in materia di congedi parentali laddove prevedono la fruibilità del congedo straordinario fino a due anni nell’arco della vita lavorativa limitatamente ai genitori di persona disabile e in mancanza ai fratelli e sorelle conviventi, ma ha richiesto un immediato ed interessante intervento adeguativo ad opera dell’ INPS che con circolare del 3/8/2007 n. 112 ha riformulato l’ordine di priorità dei soggetti aventi diritto al congedo retribuito individuando al primo posto il **coniuge** della persona gravemente disabile qualora *convivente* con la stessa; al secondo posto i **genitori, naturali o adottivi e affidatari** e, solo in ultima analisi, i **fratelli o sorelle** - alternativamente - conviventi con il soggetto portatore di handicap grave.

alla legge 104/92 retrodatata di 5 anni rispetto alla data della domanda all’INPS di congedo”.

4. Il precedente

La Corte Costituzionale, così com’è stato in precedenza riferito, era già intervenuta nel 2005 con sentenza n. 233 apportando interessanti modifiche all’originaria formulazione legislativa del congedo retribuito.

In quell’occasione, infatti, la stessa dichiarava l’illegittimità costituzionale dell’art. 42, comma 5, del D.Lgs. n. 151 del 2001, nella parte in cui non prevedeva «*il diritto di uno dei fratelli o delle sorelle conviventi con soggetto con handicap in situazione di gravità a fruire del congedo ivi indicato, nell’ipotesi in cui i genitori fossero impossibilitati a provvedere all’assistenza del figlio handicappato perché totalmente inabili*».

In quella circostanza l’art. 42, comma 5, del D.Lgs. n. 151 del 2001 veniva definito - per dirlo con le parole della stessa Consulta - come norma diretta «*a favorire l’assistenza al soggetto con handicap grave mediante la previsione del diritto ad un congedo straordinario - remunerato in misura corrispondente all’ultima retribuzione e coperto da contribuzione figurativa - che, all’evidente fine di assicurare continuità nelle cure e nell’assistenza ed evitare vuoti pregiudizievole alla salute psico-fisica del soggetto diversamente abile, è riconosciuto non solo in capo alla lavoratrice madre o in alternativa al lavoratore padre ma anche, dopo la scomparsa, a favore di uno dei fratelli o delle sorelle conviventi*».

Nel caso di specie la Corte d’Appello di Torino, Sezione lavoro, con ordinanza emessa l’8 luglio 2004, sollevava questione di legittimità costituzionale dell’art. 42, comma 5, del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in

materia di tutela e sostegno della maternità e paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53), per ravvisato contrasto con l'art. 3 della Costituzione, nella parte in cui prevedeva che le sorelle o i fratelli del soggetto handicappato potessero fruire del congedo solo in caso di scomparsa dei genitori e non anche nell'ipotesi in cui vi fosse oggettiva impossibilità a provvedere all'assistenza del figlio handicappato, a causa di una loro totale inabilità essendo anche riconosciuti *ex lege* in possesso dei requisiti *ex art. 1* legge 11 febbraio 1980, n. 18¹⁴ (Indennità di accompagnamento agli invalidi civili totalmente inabili).

Il giudice rimettente veniva chiamato a decidere dell'appello avverso la sentenza del Tribunale di Vercelli, con la quale si rigettava la

¹³ **Legge 11 febbraio 1980, n. 18** (in Gazz. Uff., 14 febbraio 1980, n. 44). - Indennità di accompagnamento agli invalidi civili totalmente inabili.

Art. 1. - Ai mutilati ed invalidi civili totalmente inabili per affezioni fisiche o psichiche di cui agli articoli 2 e 12 della legge 30 marzo 1971, n. 118, nei cui confronti le apposite commissioni sanitarie, previste dall'art. 7 e seguenti della legge citata, abbiano accertato che si trovano nella impossibilità di deambulare senza l'aiuto permanente di un accompagnatore o, non essendo in grado di compiere gli atti quotidiani della vita, abbisognano di un'assistenza continua, è concessa un'indennità di accompagnamento, non reversibile, al solo titolo della minorazione, a totale carico dello Stato, dell'importo di lire 120.000 mensili a partire dal 1° gennaio 1980, elevate a lire 180.000 mensili dal 1° gennaio 1981 e a lire 232.000 mensili con decorrenza 1° gennaio 1982. Dal 1° gennaio 1983 l'indennità di accompagnamento sarà equiparata a quella goduta dai grandi invalidi di guerra ai sensi della tabella E, lettera a-bis, n. 1, del decreto del Presidente della Repubblica 23 dicembre 1978, n. 915.

La medesima indennità è concessa agli invalidi civili minori di diciotto anni che si trovano nelle condizioni sopra indicate. Sono esclusi dalle indennità di cui ai precedenti commi gli invalidi civili gravi ricoverati gratuitamente in istituto.

domanda della ricorrente tesa ad ottenere il "riconoscimento del diritto ad usufruire, in maniera continuativa o frazionata e per il periodo massimo di due anni, del congedo straordinario retribuito, previsto dall'art. 80, comma 2, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2001), dall'art. 4-bis della legge 8 marzo 2000, n. 53 (Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città) e dall'art. 42, commi 5 e 6, del d.lgs. n. 151 del 2001".

La richiesta di tale congedo era da inserirsi nel contesto di una situazione familiare alquanto complessa dove da un lato era ravvisabile la necessità di prestare assistenza ad un fratello convivente - orfano di padre - affetto da grave *handicap* e dall'altro quella di regolarizzare la posizione della madre anch'ella necessitante di assistenza continua tanto da essere riconosciuta nelle more del giudizio, invalida totale ed impossibilitata a compiere da sola i normali atti di vita quotidiana.

Prima dell'intervento della Consulta non era assolutamente auspicabile l'ipotesi di un godimento del congedo da parte di fratelli o sorelle del disabile quando entrambi o uno solo dei due genitori fosse ancora in vita essendo - probabilmente utilizzata in maniera atecnica e impropria - l'espressione "scomparsa dei genitori" cui la norma in oggetto espressamente si riferisce, interpretata solo come sinonimo di morte giammai equiparabile all'ipotesi di genitore totalmente inabile e per questo incapace di provvedere all'assistenza del figlio handicappato.

Appariva chiaro anche agli occhi del

Giudice rimettente la lesività del principio di uguaglianza e il conseguente contrasto con l'art. 3 della stessa Carta Costituzionale, essendo regolate in maniera differente due situazioni (quella del genitore assente o deceduto e quella del genitore totalmente inabile) tra loro simili (vi era parimenti impossibilità da parte dei genitori di assistere il figlio inabile).

5. Il caso di specie

Il giudizio *a quo* prende le mosse da un ricorso presentato dinanzi al Giudice del lavoro del Tribunale di Cuneo da un dipendente di un istituto di istruzione superiore, assunto con contratto a tempo determinato, nei confronti del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, per il riconoscimento del diritto al congedo straordinario retribuito ex art. 42, comma 5, del D.Lgs. n. 151 del 2001, motivato dalla necessità di assistere la moglie in situazione di disabilità grave ai sensi dell'art. 3, commi 1 e 3, della Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate (legge 5 febbraio 1992, n. 104).

L'amministrazione dell'istituto, ove il ricorrente prestava servizio, respingeva la domanda di congedo dell'istante, sulla base della considerazione che il citato art. 42, comma 5, non prevedeva affatto che il coniuge del disabile fosse tra gli aventi diritto al beneficio, nonostante, nel caso di specie, il ricorrente fosse il solo in grado di assistere la moglie considerato che del medesimo nucleo familiare vi facevano parte due figlie minori e che nella famiglia di origine della donna non risultava esserci nessuno in grado di prestarle assistenza, essendo il padre deceduto, la madre

affetta da invalidità del 74%, e l'unica sorella non convivente impegnata a svolgere gli incombeni della propria famiglia.

Il Tribunale di Cuneo ravvisando, anche alla luce delle considerazioni sulla particolare situazione familiare del rimettente, l'illegittimità dell'esclusione del coniuge del disabile dal novero dei soggetti *ex lege* legittimati alla fruizione di tale beneficio (contemplando il comma 5 della norma in oggetto solo la lavoratrice madre o in alternativa il lavoratore padre o dopo la loro scomparsa uno dei fratelli o sorelle conviventi di soggetto con handicap in situazione di gravità), con ordinanza del 10 luglio 2006 sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 42, comma 5, del decreto legislativo 26/03/2001 n. 151 "Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'art. 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53" per contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 32 della Costituzione.

E' facilmente intuibile la stridente contrapposizione con il principio enunciato nell'art. 29 della Cost. che si riferisce essenzialmente ai diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio ordinato a sua volta sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare.

Il mancato riconoscimento del diritto al congedo straordinario retribuito al coniuge del disabile in condizione di gravità determinerebbe, un'ingiustificata minore tutela del nucleo familiare proprio laddove "sarebbe più forte l'esigenza di garantire che il lavoratore conservasse la medesima retribuzione nel periodo

destinato all'assistenza del consorte. È, infatti, verosimile che in tali casi - come nella fattispecie oggetto del giudizio a quo - il coniuge abile sia l'unico in grado di garantire il mantenimento economico, oltre che del consorte che necessita di assistenza continuativa, anche degli altri membri della famiglia. In secondo luogo, l'attuale disciplina riserverebbe irragionevolmente un trattamento deteriore al coniuge del disabile che versi in situazione di gravità rispetto a quello assicurato al genitore, o, in caso di sua impossibilità, ai fratelli e alle sorelle del disabile, in relazione alla possibilità di adempiere ai doveri di assistenza e di cura del proprio consorte" contrastando in tal modo anche con il principio di cui agli articoli 2 e 3 della Carta Costituzionale.

Così come argomenta in maniera chiara e precisa a tal proposito la Corte - il coniuge lavoratore "sarebbe posto di fronte all'alternativa fra prestare assistenza, fruendo del congedo senza alcuna retribuzione - previsto dall'art. 4, comma 2, della legge n. 53 del 2000 - ovvero continuare a lavorare per assicurare allo stesso (coniuge disabile), nei limiti delle proprie capacità, i mezzi economici di sostentamento e le cure adeguate, mentre gli sarebbe negata ogni possibilità di intervento ai fini dell'assistenza morale".

Non si può non considerare che il diversamente abile il quale, senza sua colpa, imperversi in una situazione di tal fatta, verrebbe ad essere in qualche modo quasi privato del diritto alla cura e alla salute rispetto al disabile assistito dai genitori o, in loro mancanza, dai fratelli conviventi, venendo meno così anche il principio ex art. 32 della Costituzione secondo cui la Repubblica tutela la salute riconosciuta quale fondamentale diritto dell'individuo e

interesse della collettività imponendo che il dettato legislativo rispetti pienamente i limiti posti nel rispetto della persona umana.

D'altro canto, l'istituto in oggetto - così come concepito originariamente dal legislatore - era in profondo contrasto con il principio di uguaglianza enunciato dall'art. 3 della Costituzione anche per la questione non meno importante secondo la quale il mancato riconoscimento del congedo straordinario retribuito denunciava la tacita sussistenza di un trattamento assolutamente differente del coniuge convivente - tenuto *ex lege* all'assistenza morale e materiale del suo consorte disabile - rispetto al nucleo familiare d'origine del disabile, nonché una maggiore tutela di tale famiglia rispetto a quella formatasi successivamente con regolare contrazione di matrimonio.

Così come concepita anteriormente l'intervento Costituzionale, tale norma avrebbe facilmente potuto dare la sensazione di una formulazione frettolosa che non tenesse in alcun conto tutta quella serie di problematiche direttamente derivanti dalla diminuita capacità fisica, psichica e sensoriale tali da «rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione».

Ci si riferisce, in particolar modo, a patologie verificatesi a seguito di malattie di natura progressiva o manifestatesi solo in un momento successivo alla nascita, magari anche dopo la contrazione del vincolo matrimoniale ossia in un momento in cui il legame con la propria famiglia d'origine, sebbene ancora sussistente, fosse risultato affievolito per intervento di un differente nucleo familiare in

grado di seguire meglio il disabile, di assisterlo più da vicino agevolandogli il percorso verso la socializzazione intesa come essenziale fattore di sviluppo della personalità e strumento di tutela della salute ex art. 39 della Costituzione.

Non si può fare a meno di considerare che l'istituto in oggetto così come originariamente concepito contrastava sensibilmente con il principio enunciato anche dall'art. 433 del codice civile che pone nell'elenco dei soggetti obbligati a prestare assistenza morale e materiale al coniuge in virtù di un vincolo matrimoniale anche pregresso, al primo posto proprio il coniuge.

E' infatti sulla base di quanto appena asserito che la Corte Costituzionale conclude pronunciandosi per dichiarare *“l'illegittimità costituzionale dell'art. 42, comma 5, del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'art. 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53), nella parte in cui non prevede, in via prioritaria rispetto agli altri congiunti indicati dalla norma, anche per il coniuge convivente con soggetto con handicap in situazione di gravità, il diritto a fruire del congedo ivi indicato”*.

6. Conclusioni

La decisione appena sopra esposta ha indubbiamente apportato serie innovazioni all'intera normativa in materia andando in maniera particolare a sconvolgere il novero dei soggetti destinatari del beneficio, originariamente ravvisabili nei genitori lavoratori dipendenti anche a tempo determinato, adottivi, naturali o

affidatari del settore pubblico e privato e in alternativa ai fratelli e le sorelle anche adottivi del soggetto diversamente abile e con lui conviventi.

Il riconoscimento infatti ad opera della Corte Costituzionale della possibile fruizione estesa al convivente ha altresì determinato la necessità di adattare l'intera materia attinente tale beneficio posta in essere mediante dettagliate istruzioni operative contenute nella circolare INPS n. 112 del 3/8/2007 con la quale si è appunto provveduto a “recepire” le indicazioni della Corte, sottolineando in maniera puntuale le nuove categorie destinatarie del beneficio nonché fornendo altre interessanti indicazioni di ordine generale.

Il congedo retribuito, secondo quanto si può leggere, spetterebbe oggi a tutti i lavoratori dipendenti e prioritariamente al **coniuge** convivente con la persona con handicap grave e solo in alternativa, ai **genitori**, naturali o adottivi e affidatari (nel caso in cui si verificassero le seguenti situazioni: il figlio non sia coniugato o non conviva con il coniuge; il coniuge del figlio non presti attività lavorativa o sia lavoratore autonomo; il coniuge del figlio abbia espressamente rinunciato a godere per lo stesso soggetto e nei medesimi periodi del congedo in esame¹⁵) e, solo successivamente, ai **fratelli e sorelle** conviventi con il portatore di handicap grave (se entrambi i genitori siano deceduti o totalmente inabili; se il fratello portatore di handicap grave non sia coniugato o non conviva col coniuge, oppure se essendo coniugato e

¹⁴ Per i figli minorenni la fruizione del beneficio spetterebbe anche in assenza di convivenza, come anche a quelli già maggiorenni anche se non conviventi con i genitori purchè l'assistenza venga prestata con continuità ed esclusività.

convivente col coniuge, ricorra una delle seguenti situazioni: il coniuge non presti attività lavorativa o sia lavoratore autonomo, oppure il coniuge abbia espressamente rinunciato a godere per lo stesso soggetto e nei medesimi periodi del congedo in esame¹⁶).

Così come spesso accade il legislatore pur impegnandosi a fondo nel prevedere con largo anticipo il possibile verificarsi di date circostanze non sempre vi riesce a pieno, tanto che le norme, così come *ab origine* formulate, necessitano di adeguamenti e riformulazioni, a volte di semplici puntualizzazioni terminologiche, sulla base anche del verificarsi in concreto di situazioni non preventivate.

La sentenza n. 158/2007 insieme alla nuova circolare INPS rientrano proprio nel novero di quegli elementi destabilizzanti di una legislazione che non può affatto cristallizzarsi nel tempo, ma ha bisogno di essere dinamica e versatile pronta ad ogni tipo di novità e, se vogliamo, adattabile alle nuove esigenze imposte da un mondo reale, cinetico e in continuo movimento, in grado di prospettarci situazioni sempre nuove e differenti tra loro.

L'intelligenza del legislatore sta proprio nel riconoscere i limiti della sua norma e nel comprendere la necessità del "cambiamento" che, nella fattispecie, si auspica presto investa anche le corrispondenti norme relative

al "Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità" (decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151) in maniera tale da potersi al più presto completare l'ultima tappa, almeno per il momento, di quell'*iter* innovativo in materia, intrapreso già ormai tempo addietro.

¹⁵ Se il fratello disabile convive con il coniuge, lavoratore dipendente, quest'ultimo dovrà espressamente rinunciare a godere per lo stesso soggetto e nei medesimi periodi del congedo retribuito di due anni. Se invece il fratello convive con il coniuge che non lavora o che è lavoratore autonomo, i congedi possono essere richiesti dai fratelli o dalle sorelle conviventi comunque dopo la scomparsa dei genitori o in caso di loro inabilità totale.

LA PERDITA DI CHANCE NON È UNA MERA ASPETTATIVA

di Maria Mangiatordi

Corte di Cassazione - Sezione Lavoro
Sentenza n. 238

del 26 settembre-10 gennaio 2007

(Pres. Senese - Relatore De Matteis)

*** **

La Cassazione con la sentenza n. 238/07, depositata il 10 gennaio e qui integralmente leggibile negli allegati, è ritornata sul tema del danno non patrimoniale. La questione ha riguardato un lavoratore che durante le operazioni di pulizia della macchina di stampa era rimasto imprigionato con il braccio e ciò determinava lo schiacciamento della mano e dell'avambraccio. Ricorso in sede di merito gli venivano riconosciuti, oltre tutte le spettanze del caso, anche il danno biologico di natura psichica consistente nel danno biologico relativo alla invalidità temporanea e nel danno morale. Avverso tale sentenza è ricorso in Cassazione il datore il quale si doleva dell'errata applicazione da parte del giudice di secondo grado degli articoli 2059 c.c. e 185 c.p. in quanto il danno non patrimoniale è risarcibile solo nei casi di responsabilità extracontrattuale per fatti illeciti costituenti reato. La Cassazione, al proposito, ha rilevato come ormai da tempo la risarcibilità del danno non patrimoniale, conseguente alla ingiusta lesione di un interesse della persona, costituzionalmente garantito, non è soggetto ai limiti di cui all'articolo 185 c.p. non necessitando, dunque, della qualificazione del fatto come reato. Inoltre circa il danno derivante da perdita da chance, ha precisato la Corte, essendo una voce patrimoniale capace di

una valutazione economica autonoma, l'interessato ha l'onere di provare, sia pure in modo presuntivo, i presupposti del risultato sperato ed invece impedito dalla condotta illecita. Basterà a tal proposito anche la sola relazione del c.t.u. circa l'incidenza sulla capacità lavorativa. Nel caso, infatti, che si verifichi una tale incapacità il soggetto risulterà privo, per il futuro, della sua capacità di reddito, risolvendosi, dunque, in una perdita patrimoniale.

*** **

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il sig. (...), assunto con contratto di formazione e lavoro dalla s.n.c. (...) di (...) e (...), ha subito il 19 aprile 1989 infortunio sul lavoro (mentre provvedeva alla pulizia della macchina di stampa con i rulli in movimento, rimaneva imprigionato con l'avambraccio sinistro nella macchina, da cui derivava schiacciamento della mano e dell'avambraccio medesimo, con gravi postumi permanenti).

Con ricorso del 27 febbraio 1998 egli ha proposto nei confronti dei sigg. (...) e (...), in qualità di *ex* soci ed *ex* amministratori della società, domanda di danno differenziale, rispetto a quello indennizzato dall'Inail, chiedendo le seguenti voci di danno: danno biologico per inabilità temporanea, danno biologico per inabilità

permanente, danno morale, danno psichico, danno alla capacità lavorativa specifica e perdita di *chances*, rimborso spese mediche.

Il primo giudice ha accolto parzialmente la domanda, escludendo il danno morale, avendo ritenuto la relativa azione prescritta nel termine quinquennale; il danno psichico, quello alla capacità lavorativa specifica ed il rimborso spese mediche, ritenuti non provati.

La Corte di Appello di Brescia, con sentenza n. 283/03, ha emesso le seguenti statuizioni:

1. ha dichiarato la competenza funzionale del giudice del lavoro a conoscere della domanda di danno differenziale;
2. ha dichiarato la legittimazione passiva degli *ex soci* convenuti;
3. ha dichiarato la colpa esclusiva del datore di lavoro nella causazione dell' infortunio, perché i microinterruttori che avrebbero dovuto impedire il movimento dei rulli della macchina tipografica che il lavoratore stava pulendo erano stati disattivati;
4. ha ritenuto il danno morale, richiesto per colpa contrattuale *ex* articolo 2087 cc, soggetto alla prescrizione decennale e pertanto nella fattispecie non prescritto;
5. ha negato il danno per perdita di chance, nonché quello per la perdita di capacità lavorativa specifica e per il danno biologico di natura psichica;
6. ha quantificato il danno in Euro 91.314,55, di cui 11.134,61 per danno biologico relativo alla invalidità temporanea; 53.453,29 per danno biologico relativo alla invalidità permanente; 26.726,65 per danno morale;
7. ha dichiarato la legittimazione passiva degli *ex soci* ad agire contro la compagnia assicuratrice della società in nome collettivo, ora in liquidazione, ed

ha condannato la Società (...) Assicurazioni, chiamata in causa su richiesta del (...) e della (...) a tenerli indenni dalle conseguenze pecuniarie dell' infortunio, nei limiti del massimale di polizza.

Avverso tale sentenza hanno proposto ricorso per Cassazione il (...) e la (...), con undici motivi.

Si sono costituiti con controricorso il (...) e la Società (...) Assicurazioni; entrambi hanno proposto ricorso incidentale, il primo con sette motivi, la seconda con unico motivo e con ricorso incidentale condizionato.

Il (...) e la (...) hanno depositato controricorso avverso il ricorso incidentale. Gli stessi e la Società (...) Assicurazioni hanno depositato memoria ai sensi dell' articolo 378 cpc.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Sul ricorso principale (...) e (...).

I primi sei motivi riguardano la posizione (...), gli altri quattro il rapporto con la Società (...) Assicurazioni, l' undicesimo è non pertinente.

Con il primo motivo i ricorrenti, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 1176 e 1218 cc (articolo 360, n. 3 cpc), censurano la sentenza impugnata per avere affermato il principio che il datore di lavoro, debitore dell' obbligo di sicurezza, avesse l' onere, *ex* articolo 1218 cc, di provare la non imputabilità dell' adempimento. Contestano al giudice d' appello di avere ommesso di considerare che l' articolo 1176 cc limita la responsabilità del debitore alla ordinaria diligenza e cioè, per le obbligazioni di mezzi e non di risultato come quella dell' articolo 2087 cc, solo al necessario e non anche al possibile.

Il motivo è infondato.

L' articolo 1176 cc, con l' imporre al debitore la diligenza del buon padre di

famiglia, fotografa in maniera icastica qual è la diligenza che avrebbe dovuto avere il datore di lavoro, nel caso di specie, nei confronti di un giovane assunto con contratto di formazione e lavoro, controllando che i congegni di sicurezza non fossero manomessi.

La sentenza impugnata ha fatto corretta applicazione del principio di diritto ripetutamente affermato in *subiecta materia* da questa Corte, secondo cui la responsabilità del datore di lavoro per violazione dell'obbligo di sicurezza sancito dall'articolo 2087 cc non ha natura oggettiva e pertanto l'onere della prova del nesso causale tra danno ed inadempimento (nel caso di specie, mancanza delle misure di sicurezza) resta a carico del lavoratore, mentre il datore di lavoro può liberarsi solo dimostrando la non imputabilità dell'evento. Pertanto, poiché risulta accertato, attraverso la ctu svolta nel processo penale e legittimamente acquisita al presente processo civile (*ex plurimis* Cassazione 8096/06), la mancanza delle misure di sicurezza, tocca al datore di lavoro di provare, ai sensi degli articoli 1218, 1176 e 2087, la propria mancanza di colpa (*ex plurimis* Cassazione 3162/02 cit. nella sentenza impugnata, Cassazione 13887/04, 12863/04).

Avendo la sentenza impugnata accertato in positivo la colpa del datore di lavoro, consistente nella negligenza per avere tollerato che i microinterruttori fossero disattivati, con il secondo motivo i ricorrenti, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 1176, 1218, 2087, 2697, 2727, 2728 e 2729 cc; insufficiente e contraddittoria motivazione su punto decisivo della controversia (articolo 360, nn. 3 e 5 cpc), censurano la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto provata la colpa del datore di lavoro.

Ma trattasi di accertamento di fatto che risulta congruamente motivato.

Con il terzo motivo i ricorrenti, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 1176, 1218, 2056, 2059, 2087, 2104, cc; 6 e 392 Dpr 547/55, omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su punto decisivo della controversia (articolo 360 nn. 3 e 5 cpc), censurano la sentenza impugnata nella parte in cui ha escluso il concorso di colpa del lavoratore.

Anche qui trattasi di un accertamento di fatto, che però svolge una questione di diritto, relativa alla identificazione del tipo di colpa del lavoratore rilevante per escludere o ridurre la colpa del datore di lavoro.

Dalla giurisprudenza di questa Corte (vedi, da ultimo, Cassazione 5493/06) è desumibile il principio di diritto secondo cui in materia di infortuni sul lavoro e malattie professionali si ha concorso di colpa del lavoratore quando lo stesso abbia concorso a cagionare l'evento con comportamenti negligenti o imprudenti ulteriori rispetto a quelli, appartenenti al rischio professionale, le cui conseguenze pregiudizievoli le norme sulla prevenzione infortuni intendono prevenire, con precetti rivolti al datore di lavoro e la cui osservanza è ad esso rimessa. Anche tale motivo deve essere pertanto rigettato.

Con il quarto motivo i ricorrenti, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 2059, 2087, 2946 e 2947 cc; 185 cp (articolo 360, n. 3 cpc), censurano la sentenza impugnata per avere riconosciuto il danno morale soggettivo, mentre il danno non patrimoniale è risarcibile solo nei casi di responsabilità extracontrattuale da fatti illeciti costituenti reato. Al riguardo è sufficiente notare che il danno differenziale presuppone il fatto reato del datore di lavoro, accertato anche in sede civile. Nel caso di specie il procedimento penale si è concluso con sentenza dibattimentale 2 ottobre 1995-8 marzo 1996 di non doversi procedere per estinzione del reato.

Peraltro la prospettazione dei ricorrenti e la giurisprudenza citata a supporto, risulta datata, ed in contrasto con l'innovativo orientamento della giurisprudenza di legittimità, la quale ha rilevato, a partire dal 2003, che il danno non patrimoniale conseguente alla ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona costituzionalmente garantito, non è soggetto, ai fini della risarcibilità, al limite derivante dalla riserva di legge correlata all'articolo 185 cod. pen. e non presuppone, pertanto, la qualificabilità del fatto illecito come reato, giacché il rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della Legge fondamentale, ove si consideri che il riconoscimento, nella Costituzione, dei diritti inviolabili inerenti alla 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 riparazione del danno non patrimoniale (Cass., nn. 8827 e 8828/03).

Evoluzione del pensiero giuridico prontamente recepita dalla giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 233/03).

Un altro recente arresto fondamentale è che alla risarcibilità del danno non patrimoniale *ex* articoli 2059 cc e 185 cp non osta il mancato positivo accertamento della colpa dell'autore del danno se essa, come nel caso di cui all'articolo 2054 cc, debba ritenersi sussistente in base ad una presunzione di legge e se, ricorrendo la colpa, il fatto sarebbe qualificabile come reato (anche questo orientamento, inaugurato da Cass. n. 7282/03 risulta confermato in seguito; da ultimo Cass. n. 15044/05).

L'estensione consequenziale di tali principi alla responsabilità presuntiva *ex* articolo 2087 cc, raccomandata dalla dottrina, è stata operata da Cass. n. 4184/06, la quale ha tratto la conseguenza che in

presenza di una fattispecie contrattuale che come nell'ipotesi del contratto di lavoro, obblighi uno dei contraenti (il datore di lavoro) a prestare una particolare protezione rivolta ad assicurare l'integrità fisica e psichica dell'altro (ai sensi dell'articolo 2087 cc), non può sussistere alcuna incompatibilità tra responsabilità contrattuale e risarcimento del danno morale, siccome la fattispecie astratta di reato è configurabile anche nei casi in cui la colpa sia addebitata al datore di lavoro per non aver fornito la prova liberatoria richiesta dall'articolo 1218 cc.

Con il quinto motivo i ricorrenti, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 1176, 1218, 2059, 2087, 2697 cc; articolo 185 c.p. ; 115 e 116 cpc (articolo 360, n. 3 cpc), censurano la sentenza impugnata per avere sottoposto il danno morale allo stesso regime di prova del danno biologico.

Anche questo motivo, che appare derivare dalla tesi della riconducibilità del danno morale solo al reato e quindi la non applicabilità del criterio di ripartizione valida per la responsabilità contrattuale, è doppiamente infondato: perché basato su giurisprudenza (Cass. n. 15133/02) che si deve ritenere superata dall'evoluzione sopra cennata e perché la sentenza impugnata è basata sull'accertamento positivo della colpa del datore di lavoro.

Con il sesto motivo i ricorrenti, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 2043, 2087, 2059, 2697 cc; 414 n. 5 e 416 cpc (articolo 360, n. 3 cpc), censurano la sentenza impugnata nella parte in cui ha liquidato il danno biologico per invalidità temporanea in euro 11.134, sul presupposto, erroneo, che i controricorrenti non avessero impugnato la valutazione del primo giudice. Riportano il passo del ricorso in appello, pag. 21, par. 22, nel quale essi deducono: "*quanto al danno biologico da inabilità temporanea, lo stesso, in caso di sussistenza anche di inabilità permanente,*

rientra nella prima. In ogni caso, lo stesso non è stato quantificato dalla ctu".

Affermano inoltre che la prima sentenza aveva quantificato il danno in misura inferiore.

Anche questo ultimo motivo (per la posizione (...)) non è fondato. Esso è inconferente, oltre che erroneo, nella parte in cui pretende l'assorbimento del danno biologico da temporanea in quello da permanente, mentre per quanto riguarda la determinazione operata dal giudice d'appello, questa riferisce la affermazione della mancata contestazione, che il motivo pretende contraria al vero, al danno da "invalidità temporanea" e non già al danno biologico (v. sentenza pagg. 24 e 25).

Con il settimo motivo i ricorrenti, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 1176, 1218, 1223, 1224, 1225, 1227, 1882, 1905, 1917, 2043, 2056, 2059, 2087 cc; 112 cpc (articolo 360 n. 3 cpc), censurano la sentenza impugnata nella parte in cui ha limitato la condanna della Società (...) Assicurazioni al massimale di polizza, ritenendo il difetto di *mala gestio*, perché, fino alla decisione del giudizio, era controversa la prescrizione dell'azione. Il motivo è inammissibile, perché la valutazione del giudice del merito circa la insussistenza della *mala gestio* costituisce una valutazione di fatto, nella specie correttamente motivata con la controversia circa la prescrizione dell'azione. Peraltro si deve aggiungere la circostanza, non contestata, che la società presentò alla Società (...) Assicurazioni una falsa denuncia circa le modalità del sinistro, si da giustificare la iniziale resistenza dell'assicuratore. La insussistenza della *mala gestio* comporta il rigetto dei motivi otto e nove.

Con l'ottavo motivo i ricorrenti, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 1176, 1218, 1223, 1224, 1225, 1227, 1882, 1905, 1917, 2043, 2056,

(articolo 360, n. 3 cpc), censurano la sentenza impugnata nella parte in cui non ha condannato la Società (...) Assicurazioni a pagare la rivalutazione monetaria, e gli interessi legali, anche *ultra vires*.

Con il nono i ricorrenti, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 1882, 1905 e 1917 cc; 91 e 112 cpc, si dolgono della mancata manleva per le spese processuali in favore del (...) che sono stati condannati a pagare.

Infatti la condanna al pagamento del capitale, Euro 91.314, supera largamente il massimale di polizza, pari a 150 milioni per persona, che costituisce il limite del risarcimento del danno per l'assicuratore, sicché è irrilevante la questione degli interessi legali, della rivalutazione monetaria e delle spese legali, perché questi, pur da ritenersi comprese nella domanda originaria, anche se non espressamente formulati, eccedono il massimale e quindi non sono dovuti per tale motivo, in difetto di *mala gestio*.

Con il decimo motivo i ricorrenti, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 91 e 112 cpc (articolo 360, n. 3 cpc), censurano la sentenza impugnata per avere omesso di pronunciare sulla domanda di condanna della Società (...) Assicurazioni a pagare le spese nel rapporto processuale.

Il motivo è infondato.

E' corretta la interpretazione della sentenza impugnata operata dalla controricorrente: il giudice d'appello, partendo dall'erroneo presupposto di una disposta (dal Tribunale) compensazione totale delle spese processuali tra convenuti e la terza chiamata, ha inteso confermare detta compensazione anche per il giudizio di secondo grado, là dove ha così statuito: quanto alla liquidazione delle spese, che viene impugnata con antitetici motivi da tutte le parti, questa appare conforme all'esito della causa.

L'undicesimo motivo è inammissibile

perché, con ogni evidenza, relativo a causa diversa.

2. Sul ricorso incidentale (...).

I primi tre motivi del ricorso incidentale del (...) attengono alle valutazioni della sentenza impugnata circa la mancanza di carattere interruttivo della lettera il giugno 1990 del (...).

Con il primo motivo il ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione dell'articolo 2943 cc (articolo 360, n. 3 cpc), censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto che il contenuto della raccomandata inviata dal medesimo al datore di lavoro in data il giugno 1990 con cui egli si riservava di agire per il risarcimento dei danni patiti in seguito all'incidente del 19 aprile 1989 non aveva carattere interruttivo della prescrizione.

Con il secondo motivo il ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione dell'articolo 420, comma 4, cpc si duole che il primo giudice abbia ritenuto tardiva la capitolazione della prova relativa alla spedizione della lettera di messa in mora dell'11 giugno 1990.

Con il terzo motivo il ricorrente, deduce la violazione e falsa applicazione degli articoli 2087, 1218, 1223, 1225 cc e l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su punto decisivo della controversia.

I tre motivi sono inammissibili per difetto di interesse, perché la sentenza impugnata ha ritenuto il diritto non prescritto, in quanto ha applicato alla fattispecie la prescrizione decennale, nella specie non maturata, e ciò indipendentemente dalla interruzione della prescrizione ad opera del (...).

Con il quarto motivo di ricorso il ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 1352, 2697, 2752 cc; omessa, insufficiente e contraddittoria

motivazione su punto decisivo della controversia (articolo 360 nn. 3 e 5 cpc), censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto non raggiunta la prova in ordine alla perdita di *chance*.

In effetti il danno derivante dalla perdita di *chance* non è una mera aspettativa di fatto, ma una entità patrimoniale a sé stante, economicamente e giuridicamente suscettibile di autonoma valutazione, di cui l'interessato ha l'onere di provare, sia pure in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, i presupposti per il raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita, della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta (Cass. nn. 3999/03, 11340/98, 10748/96).

Nel caso di specie, tuttavia, il motivo, per come prospettato, si risolve nelle conseguenze della riduzione della capacità lavorativa specifica, oggetto del motivo successivo, con cui il ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 1352, 2697, 2725 cc; omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su punto decisivo della controversia (articolo 360, nn. 3 e 5 cpc), censura la sentenza impugnata nella parte in cui il giudice ha ritenuto non raggiunta la prova in ordine alla perdita della capacità lavorativa specifica.

Ricorda che la ctu ha riconosciuto l'incidenza di postumi sulla capacità lavorativa specifica del 20%, e che a seguito dell'infortunio il (...) è stato assunto dalla s.p.a. (...) nella categoria protetta degli invalidi del lavoro. Sarebbe dunque evidente che egli non potrà mai più svolgere l'attività professionale per la quale aveva inseguito specifica qualificazione e sulla base della quale stava lavorando con contratto di formazione e lavoro.

Il motivo è fondato, sia sotto il profilo del danno patrimoniale, sia di quello biologico. L'illecito lesivo dell'integrità psico-fisica della persona può dar luogo a

due distinte voci di risarcimento, rispettivamente a titolo di danno biologico e di danno patrimoniale per la riduzione della capacità

lavorativa specifica; pertanto il giudice è tenuto a verificare se le lesioni accertate, oltre ad incidere sulla salute del soggetto, abbiano anche ridotto la sua capacità lavorativa specifica, con riduzione, per il futuro, della sua capacità di reddito (Cass. n. 4020/06).

La stessa sentenza impugnata ha accertato, oltre i danni estetici, quelli funzionali, consistenti nella riduzione dei movimenti di estensione e prosupinazione del gomito e limitazione di circa 2/3 dei movimenti di flessione, abduzione e adduzione del primo dito della mano; ridotta anche la formazione del pugno, con deficit complessivo di forza prensile e del movimento a pinza del pollice con la altre dita.

È interesse del ricorrente offrire, in sede di rinvio, la prova più precisa della entità del danno patrimoniale da riduzione della capacità lavorativa specifica, ma questo è già di per sé presumibile dalla descrizione della sentenza impugnata sopra riportata e dalla circostanza di lavorare con collocamento obbligatorio presso altra ditta.

Con il sesto motivo il ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 1218, 1223, 1225, 2697, 2087 cc; omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su punto decisivo della controversia (articolo 360, nn. 3 e 5 cpc) censura la sentenza impugnata nella parte in cui non ha ritenuto il danno di natura psichica esistenziale quale voce autonoma.

Il motivo non è fondato, in quanto i riflessi di natura psichica-esistenziale sono già compresi nella voce di danno di cui al motivo che precede.

Con il settimo motivo di ricorso il ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione dell'articolo 91 cpc (articolo

360, n. 3 cpc), censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto corretta la liquidazione delle spese processuali operata dal primo giudice, nonostante le specifiche critiche dell'atto di appello.

Il motivo non è fondato.

In tema di liquidazione delle spese processuali, il giudice, in presenza di una nota specifica prodotta dalla parte vittoriosa, non può limitarsi ad una globale determinazione, in misure inferiori a quelle esposte, dei diritti di procuratore e degli onorari di avvocato, ma ha l'onere di dare adeguata motivazione della eliminazione o della riduzione di voci da lui operata, allo scopo di consentire, l'accertamento della conformità della liquidazione a quanto risulta dagli atti ed alle tariffe, in relazione alla inderogabilità dei relativi minimi, a norma dell'articolo 24 della legge n. 794/42 (Cass. nn. 11483/02, 10864/98).

Dalla finalità sopra precisata deriva che la parte che si dolga in Cassazione della mancata motivazione, ha l'onere di precisare se e in che misura siano stati violati i minimi tariffari.

3. Sul ricorso incidentale (...)

Con unico motivo di ricorso incidentale la Società (...) Assicurazioni, deducendo la nullità della sentenza per violazione e falsa applicazione degli articoli 81 cpc, 2312, 2304, 2298 e 2310 cc (articolo 360, n. 31 cpc), censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto la legittimazione attiva del (...) e della (...) a far valere giudizialmente la garanzia assicurativa prestata dalla Compagnia in favore della società in nome collettivo.

Rileva che le società di persone non si estinguono in seguito alla formale cancellazione dal registro delle imprese.

Il motivo è infondato.

La stessa Società (...) Assicurazioni

riconosce, nella memoria *ex* articolo 378, che la polizza garantisce la responsabilità patrimoniale dei soci quale conseguenza della loro partecipazione a società di persone. Legittimato a far valere la garanzia è il beneficiario, cioè l'assicurato e non solo lo stipulante.

Va infine respinto il ricorso incidentale della Società (...) Assicurazioni condizionato all'accoglimento di motivi, che sono stati invece respinti.

Provvedimenti consequenziali come in dispositivo.

PQM

Riunisce i ricorsi, rigetta il ricorso principale ed il ricorso incidentale della Società (...) Assicurazioni, accoglie il quinto motivo del ricorso incidentale del (...), respinti gli altri, cassa la sentenza impugnata limitatamente al motivo accolto e rinvia, anche per le spese, alla Corte d'appello di Milano.

(Omissis)

*** **

- NOTA -

Sommario: 1. La nozione di danno da perdita di chance - 2. Il danno da perdita di chance nell'evoluzione giurisprudenziale - 3. La perdita di chance nel diritto del lavoro - 4. La cassazione rafforza la tutela della perdita di chance - 5. L'onere probatorio.

1. La nozione di danno da perdita di chance

Il danno da perdita di chance ha alle spalle una storia piuttosto recente. Infatti, esso viene riconosciuto per la prima volta dalla Suprema Corte nel 1983, quando ha affermato il principio secondo cui *“Poichè il concetto di*

*perdita e di guadagno di cui all'art. 1223 c.c. si riferisce a qualsiasi utilità economicamente valutabile, è risarcibile il danno derivante dalla perdita di una chance, già esistente nel patrimonio dei dipendenti al momento del comportamento illecito dell'azienda, ed idonea a produrre anche solo probabilmente e non con assoluta certezza un determinato reddito.”*¹.

La Cassazione si era trovata di fronte alla situazione in cui alcuni lavoratori, avviati dall'ufficio di collocamento in base a richiesta numerica, non erano stati sottoposti dal datore alle successive prove, al fine di conseguire il risultato utile consistente nell'assunzione.

I giudici di legittimità hanno ritenuto che i lavoratori avessero acquistato un diritto soggettivo all'assunzione, motivo per cui *“qualora questa venga rifiutata senza che agli interessati sia stato consentito di sottoporsi a tali accertamenti, il datore di lavoro (autore della richiesta) incorre in responsabilità per culpa in contrahendo, poichè il frapposto impedimento al regolare compimento della procedura di assunzione costituisce violazione dell'obbligo ex art. 1337 c.c. di comportamento secondo buona fede nello svolgimento dell'attività prodromica alla conclusione del contratto e genera un danno risarcibile consistente nella compromissione della possibilità di conseguire un risultato favorevole a seguito di dette prove od esami ovvero nella perdita della possibilità di concludere con terzi il contratto arbitrariamente rifiutato senza il preventivo espletamento delle prove stesse: danno che*

¹ Cass. civ., Sez. lav., 19 novembre 1983 n. 6906.

nell'eventualità di una difficile dimostrazione resta affidato all'apprezzamento con criteri equitativi ex art. 1226 c.c.”.

Il danno da perdita di chance si configura quale fattispecie molto discussa in dottrina, soprattutto in virtù della sua natura inizialmente identificata in una aspettativa di mero fatto, motivo per cui veniva ritenuta non meritevole di riconoscimento né, men che meno, di risarcimento². Tale orientamento trovava il proprio fondamento nella idea secondo cui la responsabilità civile è concepibile come tutela dei soli diritti soggettivi assoluti e nella c.d. teoria della colpa secondo cui il risarcimento del danno è dovuto solo in presenza di un collegamento certo tra condotta ed evento, situazione questa nella quale è possibile dimostrare la colpevolezza dell'agente.

La teoria della colpa è stata successivamente superata dalla dottrina più moderna, la quale ha precisato che la responsabilità civile non può essere legata alla teoria della colpa.

Tutto ciò ha avuto effetti inevitabili in relazione al risarcimento del danno, tanto che si è chiarito che l'ingiustizia deve essere riferita al danno e non alla condotta o al fatto.

Si è quindi assistito ad un mutamento di ottica: la funzione della responsabilità civile non è più individuata in maniera predominante in quella sanzionatoria, ma piuttosto in

² In linea con tale orientamento è la posizione di BUSNELLI, *Diritto e Obbligazioni*, 1989, Torino, p. 719 - secondo cui “la chance è un'aspettativa di mero fatto priva del collegamento materiale tra condotta ed evento richiesto dall'art. 1223 c.c.”. Da ciò deriverebbe l'impossibilità di risarcire il danno da perdita di chance.

quella di protezione di situazioni soggettive, con la precisazione che quest'ultima espressione deve essere interpretata non restrittivamente - e quindi con esclusivo riferimento ai diritti soggettivi assoluti - ma in maniera estensiva³. Secondo tale interpretazione, anche la perdita di chance può essere risarcita quale danno autonomo suscettibile di valutazione economica, in quanto perdita attuale di un miglioramento patrimoniale futuro.

Infatti, il danno patrimoniale ingiusto è dato dalla lesione di interessi economici che il danneggiato subisce in conseguenza del fatto-atto altrui che sia titolo di responsabilità⁴.

Il danno risarcibile - che si compone di due voci distinte e cioè “danno emergente” e “lucro cessante”⁵ - non è limitato alla reintegrazione della lesione/pregiudizio subiti da un bene concreto, ma si estende anche a situazioni giuridiche soggettive presenti nel patrimonio giuridico del danneggiato, sia come situazioni astratte, sia nella forma di stadi intermedi.

In altri termini oggetto della tutela

³ *Ex multis*, F. MASTROPAOLO, *Enciclopedia del diritto*, Treccani, - voce danno, vol. III, risarcimento del danno, p. 5, il quale chiarisce che “il danno può riguardare i beni patrimoniali come quelli non patrimoniali”.

⁴ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 1999, p. 673.

⁵ BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in Comm. Cod. Civ., Scialoja - Bianca, 1970, p. 236: ... si ha “danno emergente” ogni volta che si assiste alla violazione dell'interesse del creditore al conseguimento del bene dovuto e alla conservazione degli altri beni che integrano in atto il suo patrimonio; il “lucro cessante” si identifica con quell'incremento patrimoniale netto che il danneggiato avrebbe conseguito mediante l'utilizzazione della prestazione inadempita o del bene leso ovvero mediante la realizzazione del contratto risoluto.

risarcitoria è il bene giuridico non riducibile al bene materiale, motivo per cui non solo i diritti assoluti possono essere tutelati attraverso il risarcimento del danno ma anche altre e diverse situazioni soggettive, ivi inclusa la perdita di *chance* intesa come perdita della possibilità concretamente esistente nel patrimonio del danneggiato di conseguire ulteriori vantaggi economici.

Da quanto detto emerge che la tutela accordata alla perdita di *chance* risponde più che all'esigenza di tutelare le probabilità perdute a quella di valutare un comportamento imposto dalla legge: il dovere di correttezza e buona fede nelle obbligazioni ex art.1175 c.c. e nelle trattative ex art.1337 c.c.; l'ordinaria diligenza ex art.1176 c.c. o, ancora, con riferimento al secondo comma la colpa professionale nonché l'obbligo del professionista di informare l'assistito delle possibilità di conseguire il risultato⁶.

In riferimento a quest'ultimo profilo, la Corte d'Appello di Milano ha asserito che: *“La valutazione in ordine all'adempimento dell'avvocato dell'obbligazione conseguente all'incarico professionale conferitogli non attiene solo al mero accertamento del mancato raggiungimento del risultato utile da parte del cliente, ma involge una indagine volta a verificare ancor prima l'eventuale violazione dei doveri connessi allo svolgimento dell'attività professionale ed in particolare del dovere di diligenza, essendo ricompresi nell'ambito di quest'ultimo i doveri di sollecitazione, di dissuasione e di informazione, al cui adempimento il professionista è tenuto*

*sia all'atto dell'assunzione dell'incarico che nel corso del suo svolgimento”*⁷.

Il danno da perdita di *chance* viene così ricondotto nell'alveo della tutela ex art. 2043 c.c., con la precisazione che la liquidazione può avere luogo secondo le modalità e i parametri previsti dagli articoli 1226 e 2056 c.c..

Nel caso in cui non sia possibile determinare il danno ai sensi di detti articoli, sarà compito del giudice procedere ad una valutazione equitativa che tenga conto di presunzioni, elementi indiziari e calcolo di probabilità.

2. Il danno da perdita di *chance* nell'evoluzione giurisprudenziale

E' merito soprattutto della giurisprudenza giuslavoristica se oggi, dopo vari tentennamenti protrattisi nel tempo, la perdita di *chance* ha trovato piena cittadinanza nel mondo giuridico e, in particolare, nell'ambito della tutela risarcitoria.

Infatti, a lungo la giurisprudenza ha pronunciato sentenze nella quali si è proclamata la non risarcibilità del danno derivante da perdita di *chance*, poiché danno meramente potenziale, di non sicura dimostrazione e, quindi, non suscettibile né di valutazione né di liquidazione equitativa.

Successivamente, l'orientamento è radicalmente mutato tanto che la Suprema Corte ha asserito che la c.d. “perdita di *chance*” costituisce un'ipotesi di danno patrimoniale futuro, come tale risarcibile a condizione che il danneggiato dimostri, anche in via presuntiva, la sussistenza

⁶ Cass. civ., Sez. III, 25 settembre 1998 n. 1998.

⁷ Corte d'Appello Milano, Sez. I, 3 maggio 2006; sul punto si veda anche Trib. Bologna, Sez. II, 7 aprile 2006.

di un valido nesso causale tra il fatto o atto lesivi e la ragionevole probabilità della verifica futura del danno⁸.

Quanto all'onere probatorio, la Cassazione ha precisato che *“Al fine di ottenere il risarcimento per la perdita di una chance è necessario provare la realizzazione in concreto almeno di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta”*⁹.

In una pronuncia precedente si è precisato che *“Nell'ipotesi di inadempimento del datore di lavoro che abbia comportato la perdita della chance di promozione, il danno risarcibile al lavoratore va ragguagliato alla probabilità di conseguire il risultato utile - al qual fine è sufficiente la ragionevole certezza dell'esistenza di una non trascurabile probabilità favorevole (non necessariamente superiore al 50%)- e può essere determinato applicando al parametro costituito dalle retribuzioni che sarebbero spettate in caso di promozione un coefficiente di riduzione che tenga conto di quella probabilità, oppure, ove questo o altro criterio risulti di difficile utilizzazione, ricorrendo alla valutazione equitativa”*¹⁰.

Ancora, la Suprema Corte ha affermato il diritto al risarcimento del danno per il dipendente pretermesso *“ove da questi sia fornita la prova della sussistenza di un nesso causale tra la sua mancata promozione e l'inadempimento del datore di lavoro”*¹¹.

La stessa Corte aveva già precisato la necessità di fornire la prova della violazione da parte del datore di lavoro dell'obbligo di osservare criteri di correttezza e buona fede nell'espletamento del concorso, nonché dell'inadempimento dei doveri di obiettività nella valutazione¹².

La risarcibilità del danno da perdita di chance viene proclamata solennemente dalle Sezioni unite nel 1993 nella pronuncia n. 2667, nella quale si specifica che *“Il risarcimento di una legittima aspettativa non significa affermare la risarcibilità di una posizione soggettiva di minore consistenza rispetto al diritto soggettivo, bensì la risarcibilità del danno futuro”*¹³.

In quella stessa sede la *“perdita di chance”* viene qualificata come *“perdita di una possibilità attuale”, “lesione di un diritto e non di una mera aspettativa di fatto”,* come per anni la stessa giurisprudenza aveva asserito.

Successivamente l'orientamento giurisprudenziale si è consolidato in tal senso e, ad oggi, non è stato oggetto di ripensamenti, come dimostrano le ultime pronunce di merito¹⁴ e di legittimità enucleatesi in materia.

3. La perdita di chance nel diritto del lavoro

La perdita di chance nel diritto del lavoro si presenta sotto forme molteplici e differenziate, come la casistica dimostra.

Una prima manifestazione è data

⁸ Cass. civ., Sez. III, 25 settembre 1998 n. 1998.

⁹ Cass. civ., Sez. lav., 2 dicembre 1996 n. 10748.

¹⁰ Cass. civ., Sez. lav., 22 aprile 1993 n. 4725.

¹¹ Cass. civ., Sez. lav., 10 gennaio 1994 n. 158.

¹² Cass. civ., Sez. lav., 9 aprile 1993 n. 4295.

¹³ Cass. civ., SS. UU. 5 marzo 1993 n. 2667.

¹⁴ *Ex multis*, Trib. Acerenza, 6 giugno 2006; Trib. Teramo, 11 febbraio 2006.

dalla mancata conclusione del contratto di lavoro a seguito del comportamento illecito del futuro datore di lavoro. A tal proposito, la Cassazione ha statuito che *“E' risarcibile il danno da perdita di una chance, già esistente nel patrimonio dei dipendenti al momento del comportamento illecito del datore di lavoro, ed idonea a produrre anche solo probabilmente e non con assoluta certezza un determinato reddito”*¹⁵.

E' evidente come la Suprema Corte abbia configurato la perdita di chance come perdita di possibilità di conseguire un risultato utile, identificabile nel diritto a sostenere gli ulteriori esami per ottenere il posto di lavoro e non, invece, nel diritto al posto di lavoro.

Ancora, la perdita di chance può consistere nella violazione di precisi obblighi contrattuali da parte del datore di lavoro. Caso ricorrente nella prassi è il danno da demansionamento. A tal proposito è emblematica la pronuncia del Tribunale di Milano secondo cui l'assegnazione del lavoratore a mansioni inferiori costituisce una evidente violazione dell'art. 2103 c.c. e comporta una perdita di possibilità, consistente nella mancata valorizzazione della professionalità nonché nell'impossibilità di crescere professionalmente¹⁶.

Inoltre, si pensi alle ipotesi di mancata promozione nelle quali il danno causato dall'inadempimento del datore di lavoro è identificabile nella perdita di probabilità di conseguire il risultato utile¹⁷. A tal proposito la giurisprudenza di legittimità ha

precisato che il danno da perdita di chance può essere determinato applicando al parametro costituito dalle retribuzioni che sarebbero state percepite un coefficiente di riduzione che tenga conto delle probabilità di promozione che il concorrente aveva prima della selezione. Nel caso in cui tale criterio risulti di difficile utilizzazione, si può ricorrere alla valutazione equitativa ex art. 1226 c.c.¹⁸.

Da ultimo, è stata configurata la perdita di chance nei casi di danno al lavoratore a seguito di sinistro. La giurisprudenza di merito ha statuito che *“Nell'ambito del risarcimento del danno provocato da un fatto illecito, la perdita di una chance (nella fattispecie derivante dalla mancata esecuzione di un contratto avente ad oggetto una prestazione lavorativa a seguito di sinistro stradale) trova ristoro come danno indiretto a titolo di lucro cessante”*¹⁹.

L'analisi della evoluzione giurisprudenziale sinteticamente su riportata permette di asserire che il danno da perdita di chance si collega, a seconda delle situazioni, al danno che scaturisce dalla violazione di obblighi di diversa natura, quali la diligenza professionale, le regole di buona fede e correttezza contrattuale, nonché il dovere di protezione dell'incolumità altrui. Si è così resa possibile ed effettiva la tutela di situazioni che, diversamente, resterebbero prive di tutela.

4. La cassazione rafforza la tutela della perdita di chance

¹⁵ Cass. civ., Sez. lav., 19 novembre 1983 n. 6906.

¹⁶ Trib. Milano, 26 agosto 1996.

¹⁷ Cass. civ., Sez. lav., 22 aprile 1993 n. 4725.

¹⁸ Cass. civ., Sez. lav., 1987 1 aprile n. 3139; Cass. civ., Sez. lav. 17 aprile 1990 n. 3183.

¹⁹ Trib. Forlì, 5 dicembre 1989.

La Suprema Corte è nuovamente intervenuta in materia con una recente pronuncia.

La questione ha come protagonista un lavoratore che durante le operazioni di pulizia della macchina di stampa era rimasto imprigionato con il braccio, con conseguente schiacciamento della mano e dell'avambraccio. Il datore ha proposto ricorso per cassazione contro il riconoscimento in sede di merito del danno biologico di natura psichica - consistente nel danno biologico relativo alla invalidità temporanea e nel danno morale. Egli ha eccepito l'errata applicazione da parte dell'organo giudicante di secondo grado degli artt. 2059 c.c. e 185 c.p., sostenendo che il danno non patrimoniale sarebbe risarcibile solo nei casi di responsabilità extracontrattuale per fatti illeciti che costituiscono reato.

La Suprema Corte ha in primo luogo rilevato che, ormai da tempo, la risarcibilità del danno non patrimoniale che sia conseguenza di un ingiusta lesione di un interesse alla persona costituzionalmente garantito non è soggetto ai limiti ex art. 185 c.p., motivo per cui non risulta essere necessaria la qualificazione del fatto come reato²⁰.

A tal proposito, è eloquente la sentenza n. 9801/2005 nella quale si afferma che *“Nell'ambito dell'art. 2059 c.c. trovano collocazione e protezione tutte quelle situazioni soggettive relative a perdite non patrimoniali subite dalla persona per fatti illeciti determinanti un danno ingiusto e per la lesione di valori costituzionalmente protetti o specificamente tutelati da leggi speciali, non riguardando il rinvio recettizio dello stesso art. 2059 c.c. ai*

²⁰ *Ex multis*, Cass. civ., Sez. III, 31 maggio 2003 nn. 8827 e n. 8828; Trib. Milano, 18 luglio 2005.

casi determinati dalla legge le sole ipotesi del danno morale soggettivo derivante da reato, ma valendo esso ad assicurare la tutela anche della lesione di diritti fondamentali della persona, atteso che in forza del rilievo costituzionale di tali diritti il risarcimento del danno non patrimoniale conseguente alla loro lesione non è soggetto alla riserva di legge posta dalla norma richiamata”²¹.

Tanto precisato, con riferimento al danno da perdita di chance la Cassazione ha ribadito che siffatto danno *“Non è una mera aspettativa di fatto, ma una entità patrimoniale a sé stante, economicamente e giuridicamente suscettibile di autonoma valutazione di cui l'interessato ha l'onere di provare, sia pure in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, i presupposti per il raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta”²².*

E' evidente come siffatta pronuncia rappresenti un'ulteriore conferma di un orientamento che può dirsi ormai consolidato.

5. L'onere probatorio

La pronuncia in esame è importante non soltanto perché ha ribadito il principio secondo cui la perdita di chance non può essere riduttivamente considerata “mera aspettativa” ma anche perché ha specificato le modalità secondo le quali assolvere all'onere probatorio incombente sul soggetto che agisca in sede risarcitoria.

²¹ Cass. civ., Sez. I, 10 maggio 2005 n. 9801.

²² Cass. civ., Sez. lav., 10 gennaio 2007 n. 238.

La Suprema Corte²³ a quest'ultimo proposito ha precisato che, dal momento che *“L'illecito lesivo dell'integrità psico-fisica della persona può dar luogo a due distinte voci di risarcimento, rispettivamente a titolo di danno biologico e di danno patrimoniale per la riduzione della capacità lavorativa specifica”*, allora *“il giudice è tenuto a verificare se le lesioni accertate, oltre ad incidere sulla salute del soggetto, abbiano anche ridotto la sua capacità lavorativa specifica, con riduzione, per il futuro, della sua capacità di reddito (Cass. 4040/2006)”*.

Quindi, nel caso di specie ha ritenuto raggiunta la prova, giacché la consulenza tecnica di ufficio - espletata nel giudizio di merito - aveva permesso di accertare non solo i danni estetici, ma anche quelli funzionali.

I giudici di legittimità, infatti, ribadendo il principio secondo cui *“E' interesse del ricorrente offrire, in sede di rinvio, la prova più precisa della entità del danno patrimoniale da riduzione della capacità lavorativa specifica”*, giungono alla conclusione che, nella fattispecie in esame, proprio in virtù delle risultanze della consulenza tecnica espletata nel precedente grado di giudizio, il danno patrimoniale *“è già di per sé presumibile della descrizione della sentenza impugnata sopra riportata e dalla circostanza di lavorare con collocamento obbligatorio presso altra ditta”*.

Proprio perché l'interessato ha l'onere di provare, sia pure in modo presuntivo, i presupposti del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita, la Suprema Corte ritiene che

anche la relazione del consulente tecnico d'ufficio possa essere sufficiente sul piano probatorio per dimostrare l'incidenza della condotta illecita.

L'orientamento ormai prevalente in giurisprudenza - confermato anche dalla pronuncia in esame - non può non essere oggetto di valutazione positiva.

Si è giunti, tramite un percorso non semplice, a rovesciare l'ottica inizialmente vigente in materia e quindi a considerare la perdita di chance non più come mera aspettativa, in quanto tale non meritevole di tutela, ma *“quale entità patrimoniale a sé stante, economicamente e giuridicamente suscettibile di autonoma valutazione”*.

La scelta fatta in tal senso dalla giurisprudenza, supportata anche da gran parte della dottrina, garantisce una ulteriore e più efficace tutela dell'individuo, inteso in senso lato nell'accezione di *“personalità umana”*.

Non si può, infatti, non riflettere sulla circostanza che il rispetto degli obblighi di buona fede, di diligenza e di tutela dell'incolumità fisica altro non è se non una delle forme in cui si manifesta concretamente il disposto sancito solennemente nell'art. 2 della Carta Costituzionale, norma questa che non si limita a riconoscere ma anche a garantire i diritti inviolabili dell'uomo e che richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Emerge, allora, in maniera evidente il valore positivo di siffatto orientamento giurisprudenziale che consente di evitare, almeno nelle situazioni riconducibili all'astratta fattispecie di cui si è sin qui discusso, di ritrovarsi dinnanzi a diritti

²³ Cass. civ., Sez. lav., 10 gennaio 2007 n. 238.

proclamati ma non attuati, come purtroppo spesso accade nel mondo giuridico.

LA PROVA DEL DANNO DA DEMANSIONAMENTO SECONDO LE SEZIONI UNITE

di Roberta Bruno

Corte di Cassazione - Sezioni Unite
Sentenza n. 6572 del 24 marzo 2006
(Pres. Carbone, Cons. Rel. La Terza)

*** **

(Omissis)

FATTO

Con sentenza in data 31 gennaio 2000, il Tribunale del lavoro di Roma dichiarava la nullità del licenziamento intimato a (...) e per l'effetto condannava la società suindicata alla reintegrazione nel posto di lavoro ed al risarcimento del danno in misura pari alle retribuzioni maturate dalla data del licenziamento a quella della effettiva reintegra, nonchè al risarcimento del danno derivante dal demansionamento, che faceva decorrere dal 1992, pari a L. 486.660.000. A seguito dell'impugnazione proposta dalla società, la Corte di Appello di Roma, in parziale riforma della sentenza di primo grado, dichiarava nullo, per violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., il capo di sentenza concernente la reintegra nel posto di lavoro perchè ad essa il ricorrente aveva rinunciato e dichiarava inammissibile, perchè nuova, la domanda di reintegra proposta in grado di appello; dichiarava altresì l'illegittimità del licenziamento intimato il 29 maggio 1998 e condannava la società a pagare al (...), a titolo di risarcimento danni

derivanti dall'illegittimo licenziamento, una somma pari a 24 mensilità dell'ultima retribuzione; ravvisata altresì l'esistenza del demansionamento, che faceva decorrere dal 1996, condannava la società appellante al pagamento della somma, pari a sei mensilità di retribuzione, di L. 186.696.000, in luogo della maggior somma liquidata a tale titolo in primo grado, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dal di della maturazione, i primi sino al saldo, la seconda sino alla data della sentenza.

In punto di danno da demansionamento, la Corte di Appello riteneva indiscutibile che l'inattività del (...) avesse prodotto una serie di risultati negativi i quali - ancorchè non direttamente attinenti alla sfera economica - si presentavano come conseguenze patrimoniali di un danno di diversa natura ed erano, quindi, legittimamente suscettibili di valutazione. In particolare, la Corte d'Appello indicava la lesione della personalità professionale e morale del prestatore, il discredito che l'avvenuto declassamento aveva comportato a suo carico nell'ambiente di lavoro e il pregiudizio che tutta la vicenda, la cui responsabilità era da ascrivere alla società appellante, aveva comportato sul curriculum vitae e sulla carriera del (...), quali circostanze che, pur non avendo un immediato prezzo economico, si ripercuotevano indubbiamente, oltre che nell'ambito personale e morale, anche sotto il profilo patrimoniale. Nella specie - attese le caratteristiche del pregiudizio e considerato che l'impossibilità di prova di cui parla l'art.

1226 cod. civ., va intesa in senso relativo e con riferimento ai mezzi e facoltà di cui la parte è fornita - il danno doveva essere necessariamente oggetto di valutazione equitativa da parte del giudice, ed a tal fine la Corte territoriale faceva ricorso, come chiesto dal lavoratore, al disposto dell'art. 9 c.c.n.l., il quale prevede, nell'ipotesi di mutamento di funzioni, il diritto del dirigente, di risolvere il rapporto con diritto ad una indennità pari a quella sostitutiva del preavviso, che doveva essere limitata, stante il minore periodo di dequalificazione riconosciuto rispetto alla sentenza di primo grado, in misura pari a sei mensilità. Per la cassazione di questa sentenza ha proposto ricorso (...), sulla base di quattro motivi, cui ha resistito con controricorso (...), il quale ha proposto altresì ricorso incidentale affidato a quattro motivi, cui la società ha risposto con controricorso. Entrambe le parti hanno depositato memorie. La trattazione dei ricorsi è stata rimessa alle Sezioni Unite per la risoluzione del contrasto di giurisprudenza concernente la questione dell'onere probatorio in caso di domanda di risarcimento danni da demansionamento professionale del lavoratore prospettata con il quarto motivo del ricorso principale.

DIRITTO

Con il primo motivo del ricorso principale la società ricorrente deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 112 cod. proc. civ., in relazione agli artt. 99, 414, 420, 436 e 437 cod. proc. civ., in ordine al capo della sentenza relativo alla liquidazione, in conseguenza della ravvisata illegittimità del licenziamento, dell'indennità supplementare di cui all'art. 30 c.c.n.l. Dirigenti Ferrovie dello Stato 29 maggio 1990, comma 10, giacché la domanda in tal senso, non contenuta nel ricorso introduttivo, sarebbe stata inammissibilmente proposta dal (...) solo nelle note autorizzate dal giudice di primo grado.

Con il secondo motivo, la ricorrente denuncia, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5,

insufficiente, contraddittoria e omessa motivazione su punto determinante della controversia in tema di criteri di liquidazione della indennità supplementare.

Con il terzo motivo si deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 416, 115 e 116 cod. proc. civ., in relazione agli artt. 2697 e 2103 cod. civ. e difetto di motivazione. La censura si riferisce all'accertamento del giudice d'appello circa l'avvenuto demansionamento del (...) nel periodo successivo al 1996. In proposito, ricorda che sin dall'atto della sua costituzione in giudizio aveva formulato articolate deduzioni circa il riassetto dell'organigramma di (...) del 1997, richiedendo in proposito prova per interpellato del ricorrente e per testi, al fine di dimostrare l'effettività e la dimensione del processo ristrutturativo in atto dal 1997 in poi, il coinvolgimento dei settori cui il (...) era stato preposto, il suo esito con ridefinizione dell'organigramma e dei compiti di tutta la struttura coinvolta, l'evidenza, all'esito, di eventuali posizioni di esubero, quale quella del (...) e l'incollocabilità del medesimo in posizioni consimili, nonché l'attività svolta dal (...) in tale periodo presso la società Metropolis. La Corte d'appello aveva considerato del tutto generiche e infondate le difese di essa società concernenti il processo di ristrutturazione aziendale in atto nell'anno 1997, senza però palesare, sostiene la società ricorrente, i motivi per i quali i fatti esposti e dedotti ad oggetto di prova sarebbero generici, e, soprattutto, perchè le relative difese sarebbero infondate.

Con il quarto motivo ha dedotto violazione e falsa applicazione degli artt. 115, 116, 414 e 420 cod. proc. civ., in relazione all'art. 2697 cod. civ. e all'art. 432 cod. proc. civ. e art. 1226 cod. civ.. Si assume che nessuna prova era stata offerta, nè tanto meno nessun fatto specifico era stato allegato in linea assertiva in ordine alla dimostrazione di un qualsivoglia danno derivante a carico del (...) per la lamentata dequalificazione, e comunque nessuna

domanda poteva essere accolta a tale titolo per difetto di prova. La sentenza, prosegue la ricorrente, sarebbe errata per avere individuato il presupposto della condanna risarcitoria non già sulla base delle allegazioni della parte, che difettavano completamente (rasentando il ricorso la nullità assoluta), ma in vere e proprie "illusioni imperscrutabili e putative". Inoltre, la motivazione sarebbe assolutamente apparente, o comunque insufficiente, non consentendo di verificare da quali elementi del processo il Giudice avrebbe tratto il convincimento della verifica del pregiudizio.

Tali ipotesi (non suffragate da fatti di sorta, nè da prova di essi) nella loro genericità ed astrattezza non integrerebbero la prova specifica del danno - il cui onere gravava a carico del ricorrente - e quindi del presupposto che consente di ricorrere, nella determinazione del quantum, alla valutazione equitativa, vigendo anche nella giurisprudenza relativa all'art. 1226 cod. civ. il principio secondo il quale l'equità è solo un criterio di determinazione di una riconosciuta pretesa".

In subordine, con il medesimo motivo di ricorso, la ricorrente censura anche la applicazione dei criteri liquidativi del danno con ricorso all'equità ex art. 432 cod. proc. civ. e art. 1226 cod. civ..

Con il primo motivo, il ricorrente incidentale deduce, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 420 e 416 cod. proc. civ., in relazione agli artt. 2696 e 2103 cod. civ., sulla valutazione del danno da demansionamento con riferimento all'art. 9 CCNL dirigenti (...), nonchè omessa o contraddittoria motivazione in relazione agli artt. 2103 e 2087 cod. civ., in ordine alla determinazione del medesimo e omessa insufficiente o contraddittoria motivazione su un punto determinante della controversia, per avere escluso il demansionamento, pure riconosciuto dal giudice di primo grado, per

il periodo 1992-1996; per avere ritenuto compensativi incarichi privi di contenuto operativo; per avere disatteso la clausola del CCNL (art. 9) pur ad essa facendo riferimento; per non avere tenuto conto del danno emergente consistente nella perdita, conseguente alla rimozione dall'incarico di Direttore finanziario, dei premi ex art. 38 CCNL e dell'indennità di funzione ex art. 37 del medesimo CCNL. Con il secondo motivo, il (...) deduce violazione o falsa applicazione dell'art. 112 cod. proc. civ., sulla domanda di reintegra nel posto di lavoro, contestando che in alcun atto vi è stata rinuncia a tale domanda da parte di esso ricorrente, nè valida rinuncia da parte del procuratore.

Con il terzo motivo si deduce la nullità del licenziamento in relazione al difetto dei poteri del funzionario che lo aveva disposto; la inefficacia della procura al Direttore delle Risorse umane 27 luglio 1997 in materia di assunzione e licenziamento dei dirigenti con contratto a tempo indeterminato regolato dalla contrattazione collettiva; la violazione e falsa applicazione dell'art. 435 cod. proc. civ., in relazione agli artt. 416 e 420 cod. proc. civ. e all'art. 2697 cod. civ.; insufficiente, omessa e contraddittoria motivazione su un punto determinante della controversia.

Con il quarto motivo si lamenta, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, violazione o falsa applicazione dell'art. 429 c.p.c., comma 3, in materia di rivalutazione monetaria e interessi su somme dovute a titolo di risarcimento del danno; omessa motivazione su un punto determinante della controversia.

Appare logicamente preliminare - rispetto alla questione oggetto del contrasto, di cui al quarto motivo del ricorso principale ed al primo motivo del ricorso incidentale - la trattazione del terzo motivo del ricorso principale, perchè con esso si critica la sentenza per avere ravvisato resistenza, dal 1996, del dedotto demansionamento e quindi il presupposto stesso da cui è stato fatto

discendere il diritto al risarcimento del danno.

Il motivo non è fondato.

In primo luogo in ricorso non si contesta una circostanza decisiva affermata nella sentenza impugnata, e cioè essere pacifico - avendolo ammesso la stessa società - che il (...), una volta dimessosi da tutte le cariche precedentemente rivestite, lasciata la società (...) e rientrato presso le (...), era rimasto del tutto inoperoso. La società invero si giustifica allegando, e lamentando la mancata ammissione di prova sul punto, il profondo riassetto organizzativo, delinea compiutamente in ricorso il nuovo organigramma, con l'indicazione di tutte le numerose direzioni e del personale che ne era rispettivamente a capo, al fine di dimostrare una sorta di impossibilità sopravvenuta di assegnare al (...) una qualsiasi mansione. Ma il riassetto organizzativo che si intende provare non appare però decisivo per infirmare le conclusioni cui sono pervenuti i Giudici di merito, giacché proprio la complessità della organizzazione, la pluralità di settori di intervento, con articolazione in molteplici direzioni (che comprendevano l'amministrazione, la finanza operativa e straordinaria, gli acquisti, il patrimonio, il settore legale, la tesoreria, il bilancio, la contabilità, il settore fiscale ed altro) portano invece logicamente ad escludere l'esistenza di detta impossibilità, rendendo poco credibile che non si fosse in condizione di reperire - nell'ambito di un ragionevole periodo di tempo qual è quello trascorso dal 1996 al licenziamento del maggio 1998 - una posizione compatibile con la qualifica e le competenze professionali del (...). In particolare, mentre si deduce che il medesimo era esperto in materia fiscale, non si spiega in ricorso il motivo per cui il medesimo non potesse trovare utile collocazione in detto settore, che pure risulta essere stato variamente articolato (adempimenti fiscali, imposte dirette, Iva ed altre imposte indirette e contenzioso).

Il terzo motivo del ricorso principale è quindi infondato.

Parimenti infondato è il primo motivo del ricorso incidentale, con cui si lamenta che non sia stato ravvisato il demansionamento fin dal 1992, allorché il (...) era stato rimosso dalla posizione di direttore dell'area finanziaria e patrimonio, avente un peso che non sarebbe stato adeguatamente valutato dai Giudici di merito. La prospettiva in cui si muove il ricorrente appare invero erronea, non potendosi il demansionamento ritenere integrato solo dalla revoca di un incarico di direzione, ancorché prestigioso, e remunerativo, essendo pur sempre ammesso al datore il cosiddetto *ius variandi*, ossia l'assegnazione a mansioni diverse, purché equivalenti a quelle svolte da ultimo; ed infatti, diversamente opinando, ne conseguirebbe la impossibilità di modificare in alcun modo l'organizzazione aziendale, il che però si porrebbe in patente contrasto con i poteri riservati all'imprenditore dall'art. 2094 cod. civ. ed anche con i principi di rango costituzionale (art. 41 Cost.). E quanto alla equivalenza delle nuove mansioni, assegnate dopo la revoca di quell'incarico, nella sentenza impugnata sono state puntualmente indicate le funzioni di vertice svolte dal 1992 al 1996 (dal 30 aprile 1992 al 30 aprile 1994, era stato assistente del presidente per la diversificazione della attività ferroviarie e responsabile per le Diversificate e il Patrimonio; contemporaneamente era stato consigliere di amministrazione di (...) fino al 18 novembre 1996 e vice presidente della medesima società dal 18 maggio 1993 al 28 giugno 1996); inoltre non si indicano in ricorso gli elementi comprovanti la tesi difensiva svolta, per cui detti incarichi sarebbero stati privi di contenuti operativi e che la società (...) avrebbe agito solo sulla carta, per cui non si può ascrivere alla sentenza impugnata nè di averli pretermessi, nè di averli incongruamente valutati.

Il primo motivo del ricorso incidentale

va quindi rigettato.

Quanto al quarto motivo del ricorso principale, concernente i danni derivanti dal demansionamento per il periodo dal 1997 al 1998 ravvisati e liquidati dai Giudici di merito, è effettivamente sussistente un contrasto nella giurisprudenza della sezione lavoro di questa Corte. La questione è la seguente: se, in caso di demansionamento o di dequalificazione, il diritto del lavoratore al risarcimento del danno, soprattutto di quello cd. esistenziale, suscettibile di liquidazione equitativa, consegua in re ipsa al demansionamento, oppure sia subordinato all'assolvimento, da parte del lavoratore, all'onere di provare l'esistenza del pregiudizio.

Invero entrambi gli indirizzi convergono nel ritenere che la potenzialità nociva del comportamento datoriale può influire su una pluralità di aspetti (patrimoniale, alla salute e alla vita di relazione) e concordano sulla risarcibilità anche del danno non patrimoniale, ammettendo il ricorso alla liquidazione equitativa, ma divergono o presentano una inconciliabile diversità di accenti e di sfumature quanto al regime della prova.

Sono ascrivibili al primo indirizzo le pronunce di cui a Cass. n. 13299 del 16 dicembre 1992, n. 11727 del 18 ottobre 1999, n. 14443 del 6 novembre 2000, 13580 del 2 novembre 2001, n. 15868 del 12 novembre 2002, n. 8271 del 29 aprile 2004, n. 10157 del 26 maggio 2004, le quali, ancorchè con motivazioni diversamente articolate alla stregua delle pronunzie oggetto di esame, hanno ritenuto che "In materia di risarcimento del danno per attribuzione al lavoratore di mansioni inferiori rispetto a quelle in relazione alle quali era stato assunto, l'ammontare di tale risarcimento può essere determinato dal giudice facendo ricorso ad una valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 cod. civ., anche in mancanza di uno specifico elemento di prova da parte del danneggiato, in quanto la liquidazione può

essere operata in base all'apprezzamento degli elementi presuntivi acquisiti al giudizio e relativi alla natura, all'entità e alla durata del demansionamento, nonchè alle altre circostanze del caso concreto". Sono ascrivibili al diverso indirizzo che richiede la prova del danno Cass. n. 7905 dell'11 agosto 1998, n. 2561 del 19 marzo 1999, n. 8904 del 4 giugno 2003, n. 16792 del 18 novembre 2003, n. 10361 del 28 maggio 2004, le quali enunciano il seguente principio: "Il prestatore di lavoro che chieda la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno (anche nella sua eventuale componente di danno alla vita di relazione e di cosiddetto danno biologico) subito a causa della lesione del proprio diritto di eseguire la prestazione lavorativa in base alla qualifica professionale rivestita, lesione idonea a determinare la dequalificazione del dipendente stesso, deve fornire la prova dell'esistenza di tale danno e del nesso di causalità con l'inadempimento, prova che costituisce presupposto indispensabile per procedere ad una valutazione equitativa. Tale danno non si pone, infatti, quale conseguenza automatica di ogni comportamento illegittimo rientrante nella suindicata categoria, cosicchè non è sufficiente dimostrare la mera potenzialità lesiva della condotta datoriale, incombendo al lavoratore che denunci il danno subito di fornire la prova in base alla regola generale di cui all'art. 2697 cod. civ.". Con dette pronunzie si sono generalmente confermate le sentenze di merito che avevano rigettato la domanda di risarcimento del danno per essere stata la dequalificazione fatta genericamente derivare dalla privazione di compiti direttivi, per non essere stati precisati i pregiudizi di ordine patrimoniale ovvero non patrimoniale subiti, e per non essere stati forniti elementi comprovanti una lesione di natura patrimoniale, non riparata dall'adempimento dell'obbligazione retributiva, ovvero una lesione di natura non patrimoniale.

Le sezioni unite ritengono di aderire a quest'ultimo indirizzo.

1. La tesi maggioritaria in dottrina e in giurisprudenza è quella che prospetta la responsabilità datoriale come di natura contrattuale. Ed infatti, stante la peculiarità del rapporto di lavoro, qualunque tipo di danno lamentato, e cioè sia quello che attiene alla lesione della professionalità, sia quello che attiene al pregiudizio alla salute o alla personalità del lavoratore, si configura come conseguenza di un comportamento già ritenuto illecito sul piano contrattuale: nel primo caso il danno deriva dalla violazione dell'obbligo di cui all'art. 2103 c.c. (divieto di dequalificazione), mentre nel secondo deriva dalla violazione dell'obbligo di cui all'art. 2087 c.c. (tutela dell'integrità fisica e della personalità morale del lavoratore) norma che inserisce, nell'ambito del rapporto di lavoro, i principi costituzionali. In entrambi i casi, giacché l'illecito consiste nella violazione dell'obbligo derivante dal contratto, il datore versa in una situazione di inadempimento contrattuale regolato dall'art. 1218 cod. civ., con conseguente esonero dall'onere della prova sulla sua imputabilità, che va regolata in stretta connessione con l'art. 1223 c.c.. Vi è da aggiungere che l'ampia locuzione usata dall'art. 2087 cod. civ. (tutela della integrità fisica e della personalità morale del lavoratore) assicura il diretto accesso alla tutela di tutti i danni non patrimoniali, e quindi non è necessario, per superare le limitazioni imposte dall'art. 2059 cod. civ. (sulla evoluzione di detta tematica vd. Corte Costituzionale n. 233/2003 e l'indirizzo inaugurato da Cass. n. 7283 del 12 maggio 2003), verificare se l'interesse leso dalla condotta datoriale sia meritevole di tutela in quanto protetto a livello costituzionale, perchè la protezione è già chiaramente accordata da una disposizione del codice civile.

2. Dall'inadempimento datoriale non deriva però automaticamente l'esistenza del danno, ossia questo non è, immancabilmente, ravvisabile a causa della potenzialità lesiva dell'alto illegittimo.

L'inadempimento infatti è già sanzionato con l'obbligo di corresponsione della retribuzione, ed è perciò necessario che si produca una lesione aggiuntiva, e per certi versi autonoma. Non può infatti non valere anche in questo caso, la distinzione tra "inadempimento" e "danno risarcibile" secondo gli ordinari principi civilistici di cui agli artt. 1218 e 1223 c.c., per i quali i danni attengono alla perdita o al mancato guadagno che siano "conseguenza immediata e diretta" dell'inadempimento, lasciando così chiaramente distinti il momento della violazione degli obblighi di cui agli artt. 2087 e 2103 cod. civ., da quello, solo eventuale, della produzione del pregiudizio (in tal senso chiaramente si è espressa la Corte Costituzionale n. 372 del 1994). D'altra parte - mirando al risarcimento del danno alla reintegrazione del pregiudizio che determini una effettiva diminuzione del patrimonio del danneggiato, attraverso il raffronto tra il suo valore attuale e quello che sarebbe stato ove la obbligazione fosse stata esattamente adempiuta - ove diminuzione non vi sia stata (perdita subita e/o mancato guadagno) il diritto al risarcimento non è configurabile. In altri termini la forma rimediabile del risarcimento del danno opera solo in funzione di neutralizzare la perdita sofferta, concretamente, dalla vittima, mentre l'attribuzione ad essa di una somma di denaro in considerazione del mero accertamento della lesione, finirebbe con il configurarsi come somma-castigo, come una sanzione civile punitiva, inflitta sulla base del solo inadempimento, ma questo istituto non ha vigenza nel nostro ordinamento.

3. E' noto poi che dall'inadempimento datoriale, può nascere, astrattamente, una pluralità di conseguenze lesive per il lavoratore: danno professionale, danno all'integrità psico-fisica o danno biologico, danno all'immagine o alla vita di relazione, sintetizzati nella locuzione danno cd. esistenziale, che possono anche coesistere l'una con l'altra.

Prima di scendere all'esame particolare, occorre sottolineare che proprio a causa delle molteplici forme che può assumere il danno da dequalificazione, si rende indispensabile una specifica allegazione in tal senso da parte del lavoratore (come sottolineato con forza dal secondo degli indirizzi giurisprudenziali sopra ricordati), che deve in primo luogo precisare quali di essi ritenga in concreto di aver subito, fornendo tutti gli elementi, le modalità e le peculiarità della situazione in fatto, attraverso i quali possa emergere la prova del danno. Non è quindi sufficiente prospettare resistenza della dequalificazione, e chiedere genericamente il risarcimento del danno, non potendo il giudice prescindere dalla natura del pregiudizio lamentato, e valendo il principio generale per cui il giudice - se può sopperire alla carenza di prova attraverso il ricorso alle presunzioni ed anche alla esplicazione dei poteri istruttori ufficiosi previsti dall'art. 421 cod. proc. civ. - non può invece mai sopperire all'onere di allegazione che concerne sia l'oggetto della domanda, sia le circostanze in fatto su cui questa trova supporto (tra le tante Cass. SS. UU., 3 febbraio 1998, n. 1099).

4. Passando ora all'esame delle singole ipotesi, il danno professionale, che ha contenuto patrimoniale, può verificarsi in diversa guisa, potendo consistere sia nel pregiudizio derivante dall'impoverimento della capacità professionale acquisita dal lavoratore e dalla mancata acquisizione di una maggiore capacità, ovvero nel pregiudizio subito per perdita di chance, ossia di ulteriori possibilità di guadagno. Ma questo pregiudizio non può essere riconosciuto, in concreto, se non in presenza di adeguata allegazione, ad esempio deducendo l'esercizio di una attività (di qualunque tipo) soggetta ad una continua evoluzione, e comunque caratterizzata da vantaggi connessi all'esperienza professionale destinati a venire meno in conseguenza del loro mancato esercizio per un apprezzabile periodo di tempo.

Nella stessa logica anche della perdita di chance, ovvero delle ulteriori potenzialità occupazionali o di ulteriori possibilità di guadagno, va data prova in concreto, indicando, nella specifica fattispecie, quali aspettative, che sarebbero state conseguibili in caso di regolare svolgimento del rapporto, siano state frustrate dal demansionamento o dalla forzata inattività. In mancanza di detti elementi, da allegare necessariamente ad opera dell'interessato, sarebbe difficile individuare un danno alla professionalità, perchè - fermo l'inadempimento - l'interesse del lavoratore può ben esaurirsi, senza effetti pregiudizievoli, nella corresponsione del trattamento retributivo quale controprestazione dell'impegno assunto di svolgere l'attività che gli viene richiesta dal datore.

5. Più semplice è il discorso sul danno biologico, giacchè questo, che non può prescindere dall'accertamento medico legale, si configura tutte le volte in cui è riscontrabile una lesione dell'integrità psicofisica medicalmente accettabile, secondo la definizione legislativa di cui alla L. n. 57 del 2001, art. 5, comma 3, sulla responsabilità civile auto, che quasi negli stessi termini era stata anticipata dal D.Lgs. n. 38 del 2000, art. 13, in tema di assicurazione Inail (tale peraltro è la locuzione usata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 233 del 2003).

Quanto al danno non patrimoniale all'identità professionale sul luogo di lavoro, all'immagine o alla vita di relazione o comunque alla lesione del diritto fondamentale del lavoratore alla libera esplicazione della sua personalità nel luogo di lavoro, tutelato dagli artt. 1 e 2 Cost. (c.d. danno esistenziale) è in relazione a questo caso che si appunta maggiormente il contrasto tra l'orientamento che propugna la configurabilità del danno in re ipsa e quello che ne richiede la prova in concreto. Invero, stante la forte valenza esistenziale del rapporto di lavoro, per cui allo scambio di

prestazioni si aggiunge il diretto coinvolgimento del lavoratore come persona, per danno esistenziale si intende ogni pregiudizio che l'illecito datoriale provoca sul fare areddituale del soggetto, alterando le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli erano propri, sconvolgendo la sua quotidianità e privandolo di occasioni per la espressione e la realizzazione della sua personalità nel mondo esterno. Peraltro il danno esistenziale si fonda sulla natura non meramente emotiva ed ulteriore (propria del ed danno morale), ma oggettivamente accertabile del pregiudizio, attraverso la prova di scelte di vita diverse da quelle che si sarebbero adottate se non si fosse verificato l'evento dannoso.

Anche in relazione a questo tipo di danno il giudice è astretto alla allegazione che ne fa l'interessato sull'oggetto e sul modo di operare dell'asserito pregiudizio, non potendo sopperire alla mancanza di indicazione in tal senso nell'atto di parte, facendo ricorso a formule standardizzate, e sostanzialmente elusive della fattispecie concreta, ravvisando immancabilmente il danno all'immagine, alla libera esplicazione ed alla dignità professionale come automatica conseguenza della dequalificazione. Il danno esistenziale infatti, essendo legato indissolubilmente alla persona, e quindi non essendo passibile di determinazione secondo il sistema tabellare - al quale si fa ricorso per determinare il danno biologico, stante la uniformità dei criteri medico legali applicabili in relazione alla lesione dell'indennità psicofisica - necessita imprescindibilmente di precise indicazioni che solo il soggetto danneggiato può fornire, indicando le circostanze comprovanti l'alterazione delle sue abitudini di vita. Non è dunque sufficiente la prova della dequalificazione, dell'isolamento, della forzata inoperosità, dell'assegnazione a mansioni diverse ed inferiori a quelle proprie, perchè questi elementi integrano l'inadempimento del datore, ma, dimostrata questa premessa, è poi necessario dare la prova che tutto ciò, concretamente, ha inciso

in senso negativo nella sfera del lavoratore, alterandone l'equilibrio e le abitudini di vita. Non può infatti escludersi, come già rilevato, che la lesione degli interessi relazionali, connessi al rapporto di lavoro, resti sostanzialmente priva di effetti, non provochi cioè conseguenze pregiudizievoli nella sfera soggettiva del lavoratore, essendo garantito l'interesse prettamente patrimoniale alla prestazione retributiva; se è così sussiste l'inadempimento, ma non c'è pregiudizio e quindi non c'è nulla da risarcire, secondo i principi ribaditi dalia Corte Costituzionale con la sentenza n. 378 del 1994 per cui "E' sempre necessaria la prova ulteriore dell'entità del danno, ossia la dimostrazione che la lesione ha prodotto una perdita di tipo analogo a quello indicato dall'art. 1223 cod. civ., costituita dalla diminuzione o privazione di un valore personale (non patrimoniale) alla quale il risarcimento deve essere (equitativamente) commisurato".

6. Ciò considerato in tema di allegazioni e passando ad esaminare la questione della prova da fornire, si osserva che il pregiudizio in concreto subito dal lavoratore potrà ottenere pieno ristoro, in tutti i suoi profili, anche senza considerarlo scontato aprioristicamente. Mentre il danno biologico non può prescindere dall'accertamento medico legale, quello esistenziale può invece essere verificato mediante la prova testimoniale, documentale o presuntiva, che dimostri nel processo "i concreti" cambiamenti che l'illecito ha apportato, in senso peggiorativo, nella qualità di vita del danneggiato. Ed infatti - se è vero che la stessa categoria del "danno esistenziale" si fonda sulla natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accettabile, del pregiudizio esistenziale: non meri dolori e sofferenze, ma scelte di vita diverse da quelle che si sarebbero adottate se non si fosse verificato l'evento dannoso - all'onere probatorio può assolversi attraverso tutti i mezzi che l'ordinamento processuale pone a disposizione: dal deposito di documentazione alla prova testimoniale su tali circostanze di

congiunti e colleghi di lavoro. Considerato che il pregiudizio attiene ad un bene immateriale, precipuo rilievo assume rispetto a questo tipo di danno la prova per presunzioni, mezzo peraltro non relegato dall'ordinamento in grado subordinato nella gerarchia delle prove, cui il giudice può far ricorso anche in via esclusiva (tra le tante Cass. n. 9834 del 6 luglio 2002) per la formazione del suo convincimento, purchè, secondo le regole di cui all'art. 2727 cod. civ. venga offerta una serie concatenata di fatti noti, ossia di tutti gli elementi che puntualmente e nella fattispecie concreta (e non in astratto) descrivano: durata, gravità, conoscibilità all'interno ed all'esterno del luogo di lavoro della operata dequalificazione, frustrazione di (precisate e ragionevoli) aspettative di progressione professionale, eventuali reazioni poste in essere nei confronti del datore comprovanti la avvenuta lesione dell'interesse relazionale, gli effetti negativi dispiegati nella abitudini di vita del soggetto; da tutte queste circostanze, il cui artificioso isolamento si risolverebbe in una lacuna del procedimento logico (tra le tante Cass. n. 13819 del 18 settembre 2003), complessivamente considerate attraverso un prudente apprezzamento, si può coerentemente risalire al fatto ignoto, ossia all'esistenza del danno, facendo ricorso, ex art. 115 cod. proc. civ. a quelle nozioni generali derivanti dall'esperienza, delle quali ci si serve nel ragionamento presuntivo e nella valutazione delle prove. D'altra parte, in mancanza di allegazioni sulla natura e le caratteristiche del danno esistenziale, non è possibile al giudice neppure la liquidazione in forma equitativa, perchè questa, per non trasmodare nell'arbitrio, necessita di parametri a cui ancorarsi.

7. Applicando detti criteri al caso di specie, la Corte territoriale afferma essere indiscutibile che il dedotto demansionamento ha sicuramente prodotto una serie di risultati negativi ed indica a tal fine la lesione della personalità professionale e morale, il

discredito derivante dal declassamento nell'ambiente di lavoro ed il pregiudizio sul curriculum vitae e sulla carriera dell'istante. In primo luogo detti rilievi prescindono integralmente dalle allegazioni del ricorrente, perchè non se ne riporta in alcun modo il tenore, anzi l'espressione usata: "Si pensi alla lesione della personalità professionale e morale ... al discredito nell'ambiente di lavoro" sembra alludere a conclusioni cui il Giudice è pervenuto autonomamente, in altri termini, non risultano posti a base della decisione fatti introdotti dalla parte nel processo, così contravvenendo all'obbligo di decidere iuxta allegata ed probata di cui all'art. 115 cod. proc. civ.. Inoltre ciò di cui si da conto è, non già - come si dovrebbe - il danno conseguenza della lesione, e cioè l'esistenza dei riflessi pregiudizievoli prodotti nella vita dell'istante attraverso una negativa alterazione dello stile di vita, ma l'esistenza della lesione medesima, essendosi fatto ricorso ad una formula standardizzata, tale da potersi utilizzare in tutti i casi di dedotta dequalificazione, con conseguente rischio di risolvere dette controversie con l'apposizione di un formulario "fisso" e quindi con elusione delle specificità delle singole fattispecie. Del tutto generico e immotivato è poi il riferimento al pregiudizio al curriculum ed alla carriera, non facendosi alcuna indicazione sulle concrete aspettative dell'interessato nel futuro svolgimento della vita professionale che sarebbero state frustrate dall'inadempimento datoriale, nè alla conoscenza della vicenda al di fuori dell'ambiente di lavoro, nè alla perdita di concrete, o quanto meno potenziali, occasioni di lavoro. In sostanza l'esistenza del danno si è fatta erroneamente coincidere con la esistenza della lesione.

Il quarto motivo del ricorso principale va quindi accolto e la sentenza impugnata va cassata sul punto, dovendosi affermare il seguente principio, cui si atterrà il giudice del rinvio: in tema di demansionamento e di dequalificazione, il riconoscimento del diritto del lavoratore al risarcimento del danno

professionale, biologico o esistenziale, che asseritamele ne deriva - non ricorrendo automaticamente in tutti i casi di inadempimento datoriale - non può prescindere da una specifica allegazione, nel ricorso introduttivo del giudizio, sulla natura e sulle caratteristiche del pregiudizio medesimo; mentre il risarcimento del danno biologico è subordinato alla esistenza di una lesione dell'integrità psicofisica medicalmente accertabile, il danno esistenziale - da intendere come ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed ulteriore, ma oggettivamente accertabile) provocato sul fare areddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo scelte di vita diverse quanto alla espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno - va dimostrato in giudizio con tutti i mezzi consentiti dallo ordinamento, assumendo peraltro precipuo rilievo la prova per presunzioni, per cui dalla complessiva valutazione di precisi elementi dedotti (caratteristiche, durata, gravità, conoscibilità all'interno ed all'esterno del luogo di lavoro della operata dequalificazione, frustrazione di precisate e ragionevoli aspettative di progressione professionale, eventuali reazioni poste in essere nei confronti del datore comprovanti la avvenuta lesione dell'interesse relazionale, effetti negativi dispiegati nella abitudini di vita del soggetto) - il cui artificioso isolamento si risolverebbe in una lacuna del procedimento logico - si possa, attraverso un prudente apprezzamento, coerentemente risalire al fatto ignoto, ossia all'esistenza del danno, facendo ricorso, ex art. 115 cod. proc. civ. a quelle nozioni generali derivanti dall'esperienza, delle quali ci si serve nel ragionamento presuntivo e nella valutazione delle prove.

Conclusivamente, va accolto il quarto motivo del ricorso principale con conseguente cassazione sul punto della sentenza impugnata, mentre vanno rigettati il terzo motivo del ricorso principale e il primo motivo del ricorso incidentale. La causa va

poi rimessa alla sezione lavoro per la decisione sugli altri motivi.

P.Q.M.

La Corte riunisce i ricorsi; accoglie il quarto motivo del ricorso principale e cassa la sentenza impugnata in relazione al medesimo motivo. Rigetta il terzo motivo del ricorso principale ed il primo motivo del ricorso incidentale. Rimette la causa alla sezione lavoro per la decisione sugli altri motivi.

(*Omissis*)

*** **

- NOTA -

SOMMARIO: 1. *Premessa* - 2. *La sentenza delle Sezioni Unite* - 3. *La prova del danno da demansionamento* - 4. *Conclusioni*.

1. Premessa

La sentenza delle Sezioni Unite, datata 24 marzo 2006, n. 6572 affronta la tematica del risarcimento del danno alla persona del lavoratore in caso di accertato demansionamento inserendosi, quindi, nell'ampio filone giurisprudenziale¹ concernente le conseguenze discendenti dalla violazione, da parte del datore di lavoro, dei limiti imposti dall'art. 2103 c.c. all'esercizio del cd. *ius variandi*. Quest'ultima disposizione, prescrivendo di adibire i lavoratori alle mansioni per le quali sono stati assunti, a mansioni equivalenti o a quelle corrispondenti

¹ Cfr. tra le più recenti Cass. civ. Sez. lav., 9 febbraio 2007, n. 2878; Cass. civ., Sez. lav., 15 settembre 2006 n. 19565; Cass. civ., Sez. lav., 28 giugno 2006.

alla categoria superiore, riconosce e consente la cd. *mobilità* del lavoratore esclusivamente in direzione *orizzontale* (mansioni equivalenti) oppure *verso l'alto* (mansioni superiori), restando viceversa esclusa la *mobilità verso il basso*.²

Più precisamente, la questione affrontata dalla Corte di Cassazione è la seguente: in caso di demansionamento o di dequalificazione, il diritto del lavoratore al risarcimento del danno, soprattutto di quello cd. *esistenziale*, consegue automaticamente al demansionamento, oppure è subordinato all'assolvimento, da parte del lavoratore, dell'onere di provare l'esistenza del pregiudizio?

L'incertezza interpretativa dovuta alla difformità di opinioni interne alla Suprema Corte sul regime della prova del danno da demansionamento ha trovato espressione in due opposti e consolidati indirizzi giurisprudenziali.

Secondo il primo indirizzo³ *"...in materia di risarcimento del danno per attribuzione al lavoratore di mansioni inferiori rispetto a quelle in relazione alle quali era stato assunto, l'ammontare di tale risarcimento può essere determinato dal giudice facendo ricorso ad una valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 cod. civ., anche in mancanza di uno specifico elemento di prova da parte del danneggiato, in quanto la liquidazione può essere operata in base all'apprezzamento degli*

² E. GHERA, *Diritto del Lavoro*, Cacucci, Bari, 2002, pag. 15.

³ Cass. civ. Sez. lav., 16 dicembre 1992 n. 13299; Cass. civ. Sez. lav., 18 ottobre 1999 n. 11727; Cass. civ. Sez. lav., 6 novembre 2000 n. 14443; Cass. civ., Sez. lav., 2 novembre 2001 n. 13580; Cass. civ. Sez. lav., 12 novembre 2002 n. 15868; Cass. Civ. Sez. lav. 29 aprile 2004 n. 8271; Cass. civ. Sez. lav. 26 maggio 200 n. 10157.

elementi presuntivi acquisiti al giudizio e relativi alla natura, all'entità e alla durata del demansionamento, nonché alle altre circostanze del caso concreto".

Di contro, un altro orientamento di legittimità⁴ sostiene che *"il prestatore di lavoro che chieda la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno (anche nella sua eventuale componente di danno alla vita di relazione e di cosiddetto danno biologico) subito a causa della lesione del proprio diritto di eseguire la prestazione lavorativa in base alla qualifica professionale rivestita, deve fornire la prova dell'esistenza di tale danno e del nesso di causalità con l'inadempimento, prova che costituisce presupposto indispensabile per procedere ad una valutazione equitativa."*

La Suprema Corte, quindi, è intervenuta in una materia in cui, come evidenziato da autorevole dottrina⁵, coesistono due diverse ed inconciliabili opinioni: una di stampo giuslavoristico che, in ragione della peculiarità del rapporto di lavoro, considera *ex se* risarcibile la lesione del diritto costituzionale all'esplicazione della personalità nel posto di lavoro e l'altra che, in chiave prettamente civilistica, pone rigorosamente l'accento sul principio generale dell'onere della prova a carico del soggetto richiedente il risarcimento.

2. La sentenza delle Sezioni Unite

⁴ Cass. civ., Sez. lav., 11 agosto 1998 n. 2561; Cass. civ. Sez. lav., 19 marzo 1999 n. 2561; Cass. civ. Sez. lav., 4 giugno 2003 n. 10361; Cass. civ. Sez. lav. 28 maggio 2004 n. 10361.

⁵ F.M. GALLO, *Commento all'ordinanza 4 agosto 2004*, in *Lav. Giur.*, 2005, n. 4, pag. 337.

n. 6572/2006

Le Sezioni Unite, componendo il descritto contrasto giurisprudenziale e aderendo all'ultimo indirizzo succitato, giungono ad affermare che in caso di demansionamento e di dequalificazione, *“il riconoscimento del diritto del lavoratore al risarcimento del danno professionale, biologico o esistenziale, che asseritamente ne deriva - non ricorrendo automaticamente in tutti i casi di inadempimento datoriale - non può prescindere da una specifica allegazione, nel ricorso introduttivo del giudizio, sulla natura e sulle caratteristiche del pregiudizio medesimo”*.

Il demansionamento, quindi, non può essere ritenuto sufficiente a giustificare la richiesta di risarcimento danni da parte del lavoratore, essendo tale diritto subordinato all'onere di allegazione e della prova dell'esistenza dei pregiudizi, di natura professionale ed esistenziale, subiti durante il rapporto di lavoro, nonché del nesso di causalità con l'inadempimento del datore di lavoro.

Più precisamente, dalla complessiva valutazione di precisi elementi dedotti (caratteristiche, durata, gravità, conoscibilità della dequalificazione, frustrazione di aspettative di progressione professionale, effetti negativi nelle abitudini di vita del soggetto) l'autorità giudiziaria potrà, attraverso un prudente apprezzamento, risalire al fatto ignoto (ossia all'esistenza del danno) facendo ricorso, ai sensi dell'art. 115 c.p.c., a quelle nozioni generali derivanti dall'esperienza, delle quali ci si serve nel ragionamento presuntivo e nella valutazione delle prove.

E' da sottolineare, anche, che i Giudici di legittimità giungono alle

descritte conclusioni prospettando in termini di inadempimento contrattuale, ex art. 2118 c.c., la responsabilità datoriale derivante dalla violazione degli artt. 2103 c.c. (divieto di dequalificazione) e 2087 c.c. (tutela dell'integrità fisica e della personalità morale del lavoratore).

Al riguardo, la Suprema Corte afferma che, giacchè l'illecito consiste nella violazione di un obbligo derivante dal contratto, *non può non valere, anche in questo caso, la distinzione tra "inadempimento" e "danno risarcibile" secondo gli ordinari principi civilistici di cui agli artt. 1218 e 1223 c.c., per i quali i danni attengono alla perdita o al mancato guadagno che siano "conseguenza immediata e diretta" dell'inadempimento, lasciando così chiaramente distinti il momento della violazione degli obblighi di cui agli artt. 2087 e 2103 cod. civ., da quello, solo eventuale, della produzione del pregiudizio.*⁶

Conseguentemente, viene affermata la necessità di allegare e provare non solo la dequalificazione discendente dall'assegnazione a mansioni diverse ed inferiori rispetto a quelle proprie, ma anche ogni conseguenza pregiudizievole realmente verificatasi nella sfera soggettiva del lavoratore e nelle sue abitudini di vita.

In tal modo, evidenziano le Sezioni Unite, alla forma rimediale del risarcimento del danno viene restituita la sua funzione di neutralizzazione della perdita concretamente sofferta dalla vittima: l'attribuzione al lavoratore di una somma di denaro in considerazione del mero accertamento dell'inadempimento datoriale finirebbe, infatti, con il *“configurarsi come*

⁶ Cfr. al riguardo anche Corte Costituzionale n. 372 del 1994.

somma-castigo, come una sanzione civile punitiva, inflitta sulla base del solo inadempimento," contrastando con i principi vigenti in materia nel nostro ordinamento.

A questo proposito l'intervento delle Sezioni Unite è stato valutato in maniera decisamente positiva da autorevole dottrina⁷ che, evidenziando i rischi di degenerazione della tutela risarcitoria dalla corretta funzione riparatoria alla diversa funzione punitiva, riconosce alla sentenza in esame di aver ricondotto *"al sistema una deriva davvero inaccettabile... del contenzioso risarcitorio per danni alla persona."*

Tuttavia, a fronte delle descritte valutazioni positive espresse in relazione alla sentenza in esame, bisogna dare atto anche della sussistenza di posizioni critiche relativa alla medesima pronuncia.

Più precisamente, la sentenza n. 6572/2006 è stata considerata da taluni commentatori⁸ *"un arretramento rispetto alle letture costituzionali che riguardano l'uomo"* in quanto le affermazioni in essa contenute *"sull'onere della prova della lesione e del danno esistenziale rischiano di rendere troppo difficile l'esercizio del diritto"*.

3. La prova del danno da demansionamento

Una volta inquadrato il danno da dequalificazione nell'ambito della

⁷ F. VALLEBONA, *L'edonismo d'assalto di fronte alle Sezioni Unite: il danno alla persona del lavoratore*, in Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, 2006, n. 6, p. 485.

⁸ C. SORGI, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2006, n. 7, p. 668.

responsabilità contrattuale, nella sentenza in esame vengono indicati i mezzi e gli argomenti di prova compatibili con ciascuna tipologia di danno.

Al riguardo, viene precisato che mentre *il risarcimento del danno biologico è subordinato all'esistenza di una lesione dell'integrità psico-fisica medicalmente accertabile, il danno esistenziale* - da intendere come ogni pregiudizio di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile in quanto idoneo ad alterare le abitudini e gli assetti relazionali del soggetto - *va dimostrato in giudizio con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento (prova testimoniale, documentale o presuntiva) assumendo a tal fine precipuo rilievo la prova per presunzioni* di cui all'art. 2727 e ss. C.C..

Ciò significa che il lavoratore che si ritenga dequalificato, lungi dal poter ricorrere a formule generiche e standardizzate, dovrà indicare in maniera esaustiva gli elementi di fatto che possono dar luogo alla formazione della prova e, per quanto riguarda la prova per presunzioni, dovrà offrire al giudice uno schema di ragionamento attraverso il quale, partendo dalla conoscenza di un fatto noto (durata, gravità, conoscibilità all'interno e all'esterno del luogo di lavoro dell'operata qualificazione, frustrazione di precisate e ragionevoli aspettative di progressione professionale, effetti negativi dispiegati nelle abitudini di vita del soggetto) sia possibile acclarare un fatto ignoto (esistenza del danno).

Dunque, il danno esistenziale sofferto dal lavoratore per essere stato demansionato potrà essere riconosciuto dal giudice solo se

debitamente provato dal dipendente, non essendo possibile, in mancanza delle suddette allegazioni, procedere con la liquidazione in forma equitativa di cui all'art. 1226 c.c..

3. Conclusioni

Le considerazioni sin qui svolte in ordine alla fondamentale pronuncia in esame, inducono a ritenere che le Sezioni Unite, mediante la sentenza n. 6572/2006, abbiano superato, per la rilevanza delle definizioni e per la linearità delle argomentazioni, la specificità della tematica dalla quale è stata originata la controversia in quanto, non essendosi limitate alla risoluzione di un contrasto giurisprudenziale relativo alla ripartizione dell'onere della prova in materia di danno da demansionamento, sono giunte a rappresentare una chiara e univoca enunciazione concettuale del danno esistenziale.

La sentenza, infatti, rivela la sua effettiva portata, nella parte in cui viene esaminata la pluralità di conseguenze lesive astrattamente discendenti dall'inadempimento datoriale: al riguardo, infatti, viene fornita una definitiva chiarificazione sull'*ubi consistam* del danno esistenziale, quale danno che si distingue per la oggettiva accertabilità del pregiudizio, attraverso *“la prova di scelte di vita diverse da quelle che si sarebbero adottate se non si fosse verificato l'evento dannoso”*.

In relazione a ciò, è stato correttamente osservato che l'opera chiarificatrice della Suprema Corte contribuisce a *“far fuori uscire il danno esistenziale dalle nebbie di una marginale rilevanza solo teorica, per divenire, finalmente, patrimonio dei*

*pratici”*⁹.

Il descritto intervento di chiarificazione è funzionale all'effettività della tutela della dignità del lavoratore che, come si può desumere dalla lettura combinata degli artt. 1, 4, 35 e 41 comma 2, Cost. costituisce un valore fondamentale nel nostro sistema costituzionale.

Al riguardo, è da evidenziare come, per le peculiarità del rapporto di lavoro subordinato, nonché per la sostanziale disparità delle parti contrattuali, la violazione della normativa concernente i limiti legislativamente posti allo *ius variandi* ex art. 2103 c.c. giunga inevitabilmente a coniugarsi con i succitati precetti costituzionali che tutelano la persona del lavoratore ed il diritto al lavoro.

Correttamente, infatti, taluni autori¹⁰ sottolineano come, a volte, l'attuale evoluzione del mercato del lavoro, esaltando la formazione continua, la professionalità, le esperienze e le capacità pratiche finisca per conferire *“all'elemento lavoro e professionalità un contenuto quanto mai delicato e spesso drammatico”*.

L'aspetto peculiare del demansionamento è costituito infatti, dalla pluralità di pregiudizi ad esso connessi, suscettivi di incidere non solo sulla sfera economica del lavoratore, ma anche sugli interessi e valori primari della personalità, dell'immagine e della dignità del lavoratore.

Infatti essendo, talora, *“il viaggio della tutela della dignità di chi lavora tutto contromano nella veloce*

⁹ F. TERROSI, *Brevi note sulla definitiva affermazione del danno esistenziale* in Giust. civ. 2006, 7-8, p. 1450.

¹⁰ F. PETRACCI, *Danno da dequalificazione e onere della prova per le Sezioni Unite* in Il Lavoro nella Giurisprudenza, 2006, n. 8, p. 776.

*autostrada della new economy*¹¹, il riverberarsi delle violazioni datoriali sui diritti fondamentali ed indisponibili dei lavoratori giunge facilmente ad assumere toni drammatici, potendo il diritto del lavoro coinvolgere “le persone perfino nel loro interno... e condizionare la vita della gente, nella sua esistenza sia individuale sia familiare, nella sua stessa libertà personale”¹².

¹¹ F. NISTICÒ, in C. Sorgi, *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2006, n. 7, p. 668.

¹² M. MISCIONE, *Dialoghi di Diritto del Lavoro*, Kluwer – Ipsoa, 2001, p. 9.



