

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,
Pietro Difino, Nicola Roberto Toscano.*

RESPONSABILE DI REDAZIONE

Giuseppe Conforto

REDAZIONE

*Mariagrazia Acampora, Marco Ariani, Mario Assennato, Roberta Bruno,
Fabio Cardanobile, Ilaria Careccia, Daniela Cervellera, Giuseppe Conforto,
Giuseppe Conversano, Marilena Cortese, Marianna Digregorio,
Francesco Gismondi, Maria Mangiatordi, Vincenzo Rizzi, Valeria Serafini.*

Tutti i diritti sono riservati.

www.
dirittodei**lavori**.it

Rivista Telematica di Diritto del Lavoro
Periodico di informazione giuridica

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, Pietro Difino, Nicola Roberto Toscano.*

RESPONSABILE DI REDAZIONE: *Giuseppe Conforto*

REDAZIONE: *Mariagrazia Acampora, Marco Ariani, Mario Assennato, Roberta Bruno, Fabio Cardanobile, Ilaria Careccia, Daniela Cervellera, Marilena Cortese, Giuseppe Conforto, Giuseppe Conversano, Marianna Digregorio, Francesco Gismondi, Maria Mangiatordi, Raffaella Romano, Vincenzo Rizzi, Valeria Serafini.*

[Autorizzazione del Tribunale di Bari n. 62/2006](#)

Comitato Scientifico: presso Dipartimento diritto del Lavoro Facoltà di
Giurisprudenza, Università degli Studio di Bari

Comitato di Redazione: Via Cairoli n. 97 - 70122 Bari.

S O M M A R I O

EDITORIALE:

Le ragioni di una presenza	07
----------------------------	----

DOSSIER:

Lavoro e sviluppo nel Mezzogiorno	15
Mobbing: risarcimento dei danni non patrimoniali in favore del lavoratore	21
Prossima pubblicazione del T.U. sulla sicurezza del lavoro	29

I LAVORI:

- IL LAVORO DEI DETENUTI Lavoro dei detenuti: attribuita la competenza al giudice ordinario. Un passo forse inutile verso l'assimilazione al lavoro libero.	39
- IL LAVORO A PROGETTO Prime pronunce giurisprudenziali sul lavoro a progetto	49
- IL LAVORO NEL PUBBLICO IMPIEGO Spoil system all'italiana: recenti modifiche e intervento della Corte Costituzionale	57

PRASSI AMMINISTRATIVA E PROFILI PROCESSUALI

Gli effetti della decadenza dall'impugnativa del licenziamento individuale o collettivo sulla tutela risarcitoria di diritto comune	67
L'obbligo di preventiva comunicazione dell'assunzione: ambiti oggettivi e soggettivi di applicazione	83
La regolarità contributiva secondo il codice dei contratti pubblici	93

RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE

La rappresentatività sindacale oltre l'effettiva applicazione del contratto collettivo	101
Le indennità del personale docente nelle zone "a rischio" e l'autonomia funzionale delle istituzioni scolastiche	109
Riparto di competenza per materia nelle controversie riguardanti i soci lavoratori	117

EDITORIALE

Le ragioni di una presenza

Chi siamo? Perchè questa Rivista?

Attorno a chi scrive, da molti anni ormai, liberamente, pur se in stretto ma non "clientelare" contatto con l'Università barese, un gruppo di cultori, nel senso più ampio e meno accademico della parola, avvocati, giovani ricercatori liberi, magistrati, funzionari pubblici (Ministeri del Welfare, della Giustizia, altre Amministrazioni pubbliche) discutono, scrivono, partecipano a convegni, pubblicano, su supporto cartaceo, contributi su tematiche del nuovo e più ampio diritto del lavoro, quello "dei lavori" come ormai, da oltre un decennio, con felice formula si sintetizza tutta la problematica connessa ad ogni forma di espressione regolamentata del lavoro nella società moderna.

La nostra scelta è stata quella di invitare ad un libero Forum tutti, gli studiosi, gli operatori e tutti gli interessati comunque ad approfondire, presentando problemi, ipotesi di lavoro, offrendo contributi su temi del lavoro, e specificamente del diritto che disciplina qualsivoglia tipo di lavoro, partendo dall'esperienza pugliese e meridionale.

La scelta della rivista on line è quasi ovvia anzi, forse, necessitata: se è vero, come è vero, che la stampa quotidiana e periodica nord americana e nord europea, in questi ultimi mesi, a partire dalla fine dello scorso gennaio 2007, ha intonato il suo *de profundis*, dando per scontato che nei prossimi 10 - 12 anni i supporti cartacei dell'informazione resteranno veri e propri ruderi e insieme prodotti da "proteggere" come memoria storica, a fronte della diffusione generalizzata dell'informazione, dello studio e della ricerca sempre più esclusivamente on line, allora la nostra scelta non poteva essere diversa. Anche l'esperienza dell'ultimo anno, nell'attività didattica di chi scrive, è stata illuminante: appena aperto un sito informatico, molti studenti, frequentanti e non (specialmente i frequentanti, che nel caso della prima Cattedra di Diritto del Lavoro nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Ateneo barese si attestano mediamente tra i 180 e i 250 all'anno) hanno utilizzato il sito per porre problemi, chiedere chiarimenti sulle lezioni ascoltate, o perse, sui testi consigliati o, ancora, più in generale, sul programma di studio o su problemi di lavoro personali o dei propri cari. A questi studenti si cerca di dare costantemente risposta, in

un dialogo che, auspicabilmente, possa proseguire, anche dopo gli esami, in un fertile interscambio di esperienze, conoscenze, proposte. Incidentalmente, questa esperienza non è forse un'occasione, un contributo per vivere e far vivere un'Università nuova ed in reale e costante operarsi con la società ed i problemi e le prospettive di quest'ultima? O no? Rispondere positivamente a questa domanda è reagire alla deriva deprimente ed apparentemente inarrestabile in cui appare oggi trascinata l'Accademia italiana, e quella meridionale in particolare.

* * *

Questa Rivista on line sarà accompagnata da alcuni concisi supporti cartacei, bollettini che verranno inviati a tutti coloro che ne faranno richiesta, in un primo momento con cadenza semestrale e, se l'esperienza procederà positivamente, trimestralmente, a partire dal prossimo anno accademico 2008 - 2009. I bollettini riporteranno brevi abstracts dei contributi pubblicati on line, anticipazioni dei successivi numeri on line o, ancora, contributi di più ampio respiro, sul piano quantitativo, che di per sè rischierebbero di appesantire l'attività e le funzioni proprie della rivista telematica.

Proprio per quel che siamo e che ci proponiamo di restare, legati all'Accademia ma liberi dai condizionamenti che, molto spesso, purtroppo, la stessa crea per un mal interpretato e non di rado malcelato spirito di auto-conservazione e chiusura verso l'esterno, specialmente per gli accessi alla didattica e alla ricerca, ci proponiamo, aprendo questa esperienza editoriale, di interloquire non solo e non tanto con gli studiosi del diritto del lavoro (e dei lavori), ma anche, e soprattutto, con i protagonisti tutti del mondo del lavoro e della produzione.

Interlocutori privilegiati allora potranno essere, oltre che i giuslavoristi, i magistrati, gli avvocati, i consulenti del lavoro, tutti i professionisti comunque interessati ai problemi del proprio lavoro (ecco l'area del "diritto dei lavori"), oltre che gli studenti, e, perchè no? infine i pensionati attuali e quelli futuri, molto impegnati a capire su quale "scalino" evitare di inciampare o su quale "scalone" poter ... scivolare.

* * *

Abbiamo parlato e continuiamo a parlare di diritto del lavoro e diritto dei lavori. Perchè? E' sempre più scontato che, ormai, la grande affermazione del dettato costituzionale di una "Repubblica fondata sul lavoro" (art. 1), di un diritto al lavoro (art. 4), di tutto il Titolo terzo dedicato ai Rapporti Economici (artt. 35-46), ormai non possono più essere contenuti ed ingabbiati nel dibattito, non di rado sterile e comunque datato, tra giuslavoristi impegnati a discutere e proporre tematiche afferenti il solo lavoro subordinato.

Già il Costituente, nei Lavori Preparatori, nel 1947 era stato sensibile ai grandi problemi che il lavoro, quello subordinato ma anche quello autonomo, chiedevano sin d'allora che fossero per loro risolti nell'affrontare la disciplina dei Rapporti Economici. Il tempo è sempre più

maturato: basti pensare al recente grande dibattito, all'interno della Unione Europea, sulla Direttiva Bolkestein, infine, approvata, anche se notevolmente edulcorata, per disciplinare e liberalizzare le professioni. Sul tema, il Governo è attualmente impegnato ed il dibattito è tutto aperto, nelle Commissioni parlamentari e nel Paese.

Già da tempo, malgrado dubbi, ritrosie e diffidenze, in particolare nel nostro Paese, i più ampi temi del lavoro in ogni sua forma erano stati affrontati ed orientati, a livello comunitario, a partire dai primi anni Novanta del secolo scorso, nel fertile intreccio da allargamento del mercato dell'economia, della finanza e delle imprese e la connessa esigenza di libertà di circolazione e stabilimento degli individui, con la profonda trasformazione del concetto stesso di cittadinanza.

Questa Rivista pertanto non poteva che chiamarsi "Il Diritto dei Lavori".

Su questi temi potranno essere importanti i contributi, i suggerimenti e le proposte di tutti, non solo degli "addetti ai lavori", i giuslavoristi, poiché sempre più, gli addetti ai lavori sono gli stessi protagonisti.

Ci aspettiamo così, ad esempio, contributi, proposte, opinioni dai primari ospedalieri e dai giovani medici precari o a contratto comunque a termine, dagli architetti dei grandi studi associati o dai loro giovani eredi e concorrenti, che si affacciano, come nuovi protagonisti, sul mercato, insomma, da tutti i professionisti spunti ed osservazioni.

Altrettanto utili, stimolanti arricchimenti potranno giungere dai contributi che verranno dagli attori storicamente più significativi del mondo del lavoro: imprenditori (grandi e soprattutto, nel nostro Mezzogiorno, medio-piccoli) e sindacati, storicamente, specialmente questi ultimi, coautori, coprotagonisti nella creazione e nell'adattamento costante di sempre nuove e più acconce *regulae iuris* nel mondo del diritto del lavoro.

Se il dibattito, su queste colonne on line, si svilupperà, con ampiezza proporzionata alla sua totale libertà, su temi attuali del lavoro, forse si supereranno alcune polemiche, talvolta sterili, non di rado ideologizzate e biliose, su problemi che, alla lunga, mostrano tutta la loro inattività e sterilità.

Si pensi, per un esempio notevolmente significativo quanto attuale, all'ormai consueta diatriba tra importanza della flessibilità contrapposta al pericolo della precarietà dei rapporti di lavoro sorti nell'ultimo quinquennio, anche a seguito della Legge 30/2003 e dei decreti attuativi, per tutti il 276 dello stesso anno (la legislazione sorta in attuazione, pur parziale, del Libro Bianco del 2001, curato dal compianto Marco Biagi).

Anche di recente su quotidiani di ampio respiro nazionale (uno, il più importante nel campo dell'economia e della finanza, l'altro, il più diffuso organo di partito), ci si trova dinanzi a discussioni che finiscono col far sorridere, amaramente invero.

Si discute perfino se sia meglio lavorare, seppur sottopagati e poco garantiti o, invece, ... non lavorare ... Veramente vien da pensare che il

gusto della polemica, talvolta basata su apriorismi, e malcelatamente volta a supportare vecchie e nuove compagini governative o, specularmente, di opposizione, faccia perdere il senso del ... buon gusto. Specialmente chi legge queste affermazioni, vivendo in quel Sud del Paese che, malgrado i miglioramenti degli indici di occupazione, pur se precaria, a termine, incerta, resta sempre, purtroppo, il Sud dell'Europa, e, secondo gli ultimi dati Eurostat, si colloca agli ultimi posti perfino tra i Paesi della nuova Europa a 25, quel lettore, appunto, non può che, insieme a Flaiano, ridere per non piangere.

Sono questi i problemi sui quali questa rivista vuole impegnarsi: possiamo incrementare il lavoro (autonomo e subordinato), visto che oggi siamo oltre 10 - 12 punti indietro rispetto ad altri Paesi come tasso di occupazione e, nella media europea, di oltre 5 punti indietro? E, visto ancora che questi dati si aggravano quando si leggono quelli concernenti il lavoro femminile nel Sud, e il lavoro degli ultracinquantenni nell'intero Paese e, ancor di più, sempre nel nostro Mezzogiorno? C'è un rapporto tra questi ultimi dati e l'età pensionabile? Le ultime scelte tedesche sul tema possono esserci di insegnamento? E quelle francesi e spagnole, anche in rapporto ai recenti e sempre più diffusi processi di fusione, integrazione o accorpamento tra grandi imprese, nel settore energetico, nella finanza e credito, e forse a breve, anche nell'auto e nel trasporto (aereo e altro)? Che succederà se i lavoratori italiani delle nuove grandi imprese multi - e trans - nazionali potranno andare in pensione a 60-62 anni e i loro compagni di lavoro francesi, spagnoli e tedeschi a 63 - 65 - 67 anni? E che ne sarà dei sistemi pensionistici? E, ancor più, cosa avverrà per le occasioni di lavoro per i giovani, ancor più le giovani italiane? Nuove grandi migrazioni Sud - Nord o Ovest - Est, grande biblica mobilità endo - comunitaria?

* * *

La rivista, nascendo, sa anche che il suo luogo d'origine è, appunto, Bari, il Mezzogiorno.

Ma non per questo vuol far meridionalismo giuslavoristico d'accatto, e pertanto non intende raccogliere sterili lamentazioni o proposte giusleghistiche a rovescio. Sarebbe inutile, sarebbe ancora una volta il solito gioco di contrapposizione che, di fronte ai fenomeni della mondializzazione (o globalizzazione) e, per quanto ci riguarda più direttamente, della unificazione europea, strada difficilmente invertibile, mostrerebbe provincialismo, incultura e incapacità di confronto.

Tuttavia la Rivista proporrà giurisprudenza di merito, quando lo si riterrà opportuno o necessario anche commentata, partendo proprio dalle Aule di giustizia pugliesi e meridionali, quelle, forse, nelle quali più laceranti appaiono contraddizioni, sperequazioni, abusi e ritardi della nostra società e, per essa della giustizia stessa.

Verranno altresì proposti accordi sindacali significativi, o si affronteranno tematiche e problematiche, anche conflittuali, del mondo del lavoro e dei lavori sempre partendo dal territorio meridionale.

Ma, per mostrare che l'acqua che è passata sotto i ponti non è passata inutilmente e che la storia è necessariamente maestra di vita, si è cercato, sin da questo primo numero, di riprendere il dialogo con colleghi e studiosi del Nord del nostro Paese.

* * *

Nei primi anni sessanta chi scrive, insieme ad antichi sodali, tra tutti Marisa De Cristofaro, Vito Gallotta e Bruno Veneziani, sotto l'ala protettiva ed il rigoroso controllo di Gino Giugni, si incontrava con suoi coetanei (Montuschi, Carinci Stanzani, per tutti) a Bologna, insieme a loro partecipando, con timidezza ma con grande curiosità ed interesse, a riunioni della rivista *Il Mulino*, sentendo discussioni, ricavandone grandissimi stimoli culturali, tra Gino Giugni ed altri grandi Maestri, fra tutti, Giuseppe Federico Mancini, prematuramente scomparso.

Erano riunioni, molto spesso, come si direbbe ora, interdisciplinari: vi partecipavano Andreatta (con seduto accanto il suo Allievo, anche lui allora curioso ed interessato, Romano Prodi), Cavalli, Nicola Matteucci e tanti altri Maestri del diritto, dell'economia, della sociologia. Si passava poi, per doveroso omaggio di giovani appena laureati, dallo Studio Redenti, dove Carnacini, uno dei più grandi processualisti del secolo scorso, riceveva noi giovani di belle speranze per una ... apostolica benedizione.

Da Bologna si tornava a Bari e si riprendeva a lavorare, intrecciando anche le prime esperienze, stimoli e dibattiti con altri amici di una nuova scuola lavoristica che nasceva attorno a Luigi Mengoni alla Cattolica di Milano.

In quel caso il giovane che dialogava con i bolognesi e i baresi era Tiziano Treu e, dopo di lui, Mario Napoli ed altri ancora.

Da Roma intanto scendeva a Bari Edoardo Ghera, per un lungo e fertile contributo scientifico e didattico e alla Scuola barese, da Napoli, altrettanto faceva Luciano Spagnuolo Vigorita. Dopo di lui De Luca Tamajo, Bianchi D'Urso ed altri, intrecciavano incontri, discussioni e provocazioni costruttive con i baresi della "Scuola Giugni".

Heri dicebamus.

La vita ha allontanato e affievolito intrecci, dialoghi, discussioni, collaborazioni. Oggi il vorticoso messaggio on line, e, soprattutto, i problemi nuovi e più ampi della società, meridionale, nazionale, sovrastatale, sembrano riproporre l'esigenza di un diverso dialogo, rinnovato ed ancor più ampio, con modalità e contenuti affatto nuovi e, soprattutto, come prima si è scritto, allargando e generalizzando l'area degli interlocutori (i "discussant" come si scrive, chissà perchè, negli inviti alle tavole rotonde accademiche).

Per non dimenticare questa storia, e per rinnovarla, apriamo questa Rivista con un contributo di un Collega, più giovane ma già autorevole cattedratico, a sua volta allievo della Scuola bolognese.

Alla Scuola di Mancini, e poi a quella di Ghezzi e Romagnoli era fiorito Marco Biagi, tragicamente, ferocemente strappatoci dalla cieca furia brigatista.

Michele Tiraboschi ha proseguito il lavoro del suo Amico e Maestro Marco Biagi e continua a sviluppare proposte ed idee, discutibili forse ma sempre utili, costruttive, e sensibili anche ai problemi del Mezzogiorno, come si può leggere nel saggio che segue.

Se ... da capo *heri dicebamus*, è importante che da oggi - anche con questa Rivista, che nasce con doverosa modestia ma con tanto impegno - si apra una tribuna ancora più ampia di quella concernente il diritto dei lavori, di per sé già campo più vasto, come prima si è scritto, del diritto del lavoro del secolo scorso. Si tratta di discutere e proporre argomenti, temi, problemi per il diritto più pieno che la Costituzione garantisce a tutti, quello di un lavoro sempre più gratificante, sul piano individuale, e sempre più socialmente utile e capace di riprodursi e produrre, a sua volta, nuovo lavoro in un costante sviluppo di produttività e di utilità, individuale e collettiva, per una libertà che ci veda sempre più partecipi e protagonisti, ed infine per una più fertile e sentita democrazia, rispetto al difficile ed incerto momento attuale.

Infine, sia concessa una nota che intende dare colore e significato a tutto il lavoro che si sviluppa attorno a questa esperienza editoriale.

La Rivista vede la luce il 1° maggio 2007: a cinquant'anni dalla nascita della Confederazione Generale del Lavoro, a cinquant'anni dalla morte di Giuseppe Di Vittorio, nel giorno della "Festa del lavoro".

Due ricordi doverosi ed un auspicio.

Per il più grande ed antico sindacato del nostro Paese e per il più grande sindacalista nella storia delle battaglie per i diritti di tutti i lavoratori, figlio della nostra dolente terra meridionale, i due ricordi memori e grati.

Per il Primo maggio, che sia non solo di memorie, l'auspicio di essere la data beneaugurate di "lavoro" autonomo o subordinato, ma sempre gratificante e veramente degno di uomini sempre più liberi e partecipi della loro storia.

Bari, 1° maggio 2007

Il Direttore

DOSSIER

LAVORO E SVILUPPO NEL MEZZOGIORNO

di MICHELE TIRABOSCHI*

"Il titolo del convegno è molto bello: LAVORO E SVILUPPO NEL MEZZOGIORNO: FLESSIBILITA' E PRECARIETA'¹ ed è anche un titolo molto difficile per me che non conosco se non in modo superficiale la realtà della vostra regione. Per questa ragione la prima cosa che ho cercato di fare è stata quella di capire meglio il reale funzionamento del mercato del lavoro in Puglia, per poi cercare di spiegare cosa la legge Biagi può fare o non può fare rispetto a tematiche complesse come quelle del lavoro di qualità e dello sviluppo. Il punto di partenza più autorevole non poteva che essere, per me, il DOCUMENTO STRATEGICO DELLA REGIONE PUGLIA 2007-2013 che penso dia una fotografia che va al di là del dibattito PRECARIETA'-FLESSIBILITA', perché ci dice qualcosa di più e precisamente che qui, in questa Regione, il problema del rapporto flessibilità - precarietà è un falso problema.

Leggendo con attenzione questo documento strategico mi sono infatti chiesto: MA FACCIAMO BENE NOI OGGI QUI, IN PUGLIA, A CONFRONTARCI SULLA

* Il Prof. Michele Tiraboschi è ordinario di Diritto del Lavoro presso l'Università di Modena e Reggio Emilia facoltà di Economia e Direttore del centro studi internazionali e comparati "Marco Biagi".

ALTERNATIVA FLESSIBILITA'-PRECARIETA'? I dati parlano chiaro. Il tasso di occupazione in Puglia è del 45%, quindi meno di 1 persona su 2 ha un lavoro. La situazione diventa ancora più preoccupante se si guarda alla occupazione delle donne; dalle statistiche del documento strategico si rileva che ben il 70% delle donne non ha un lavoro o almeno un lavoro regolare.

Tassi di disoccupazione: sono al 15%, ma a livello nazionale il tasso di disoccupazione è sceso al 7% e se poi si parla dei giovani, cioè coloro che hanno meno di 25 anni, tale tasso è addirittura del 35%. Infine, il lavoro nero è stimato in Puglia intorno al 21%.

La cosa che più mi ha colpito di tale documento strategico è, in ogni caso, una tabella molto sintetica la quale dice che da qui al 2013 non cambierà nulla in Puglia, ci sarà sì un piccolo incremento dei tassi di occupazione, e cioè un modestissimo passo in avanti rispetto alla situazione presente, ma tutto questo significa che la Puglia farà grandissimi passi indietro se noi parliamo dei tassi di crescita, sviluppo e occupazione rispetto al resto dell'Europa, ma anche nord Italia.

La Legge Biagi risente un po' di queste difficoltà, che sono difficoltà oggettive forse dovute all'area geografica in cui nasce: un'area

geografica fortunata, con una economia dinamica e in continua crescita come quella della EMILIA ROMAGNA. Nasce in una Facoltà di Economia. Il diritto del lavoro in tale facoltà non era molto considerato e quindi si è cercato di far capire agli studenti come anche in una facoltà di economia il diritto del lavoro possa avere una funzione. Il diritto del lavoro può anche essere un diritto dell'impresa o meglio uno strumento di competitività per le imprese senza per questo rinnegare la sua matrice più profonda che è quella di essere prima di tutto un diritto al servizio dei valori, certamente, ma delle persone in carne ed ossa ancora di più.

La Legge Biagi vuole superare una visione puramente giuridica e formalistica dei modelli organizzativi d'impresa, perchè tali modelli oggi rischiano di andare per conto loro e spesso non rispecchiano neppure la reale evoluzione dei rapporti economici e sociali. Un eccessivo formalismo rischia di essere pura astrazione e di consentire, dietro la purezza e il carattere assoluto delle norme, una deregolamentazione strisciante dei rapporti di lavoro di cui le prime vittime sono gli stessi lavoratori o spesso anche quanti non riescono neppure a entrare in modo regolare nel mercato del lavoro. I dati richiamati prima sulla economia pugliese mi pare parlino chiaro.

Confrontandoci con le logiche di una facoltà di economia, e riflettendo sul significato della nostra disciplina in questa facoltà, abbiamo cominciato a pensare che il diritto del lavoro non è solo uno strumento di tutela del lavoratore. Non nego l'evidenza e una delle ragioni storiche di un diritto che è sicuramente strumento e tecnica di protezione della persona che lavora. Però è del pari vero che spesso questa

tecnica di tutela è stata costruita e/o utilizzata in modo abnorme ben oltre cioè le esigenze di tutela del lavoratore, perchè laddove i contratti a termine o quelli a tempo parziale sono molto inferiori al lavoro nero o anche al numero di persone in stato di disoccupazione, allora vuol dire che il diritto del lavoro ha fallito il suo obiettivo ed è una barriera rispetto alla inclusione del lavoratore nel mercato. Per non parlare poi di quelle norme e di quelle regole che hanno valenza in sé senza alcuna concreta rispondenza a una esigenza di tutela della persona che lavora.

Il diritto del lavoro in questa prospettiva può essere letto e utilizzato anche in modo diverso da quello tradizionale e cioè come strumento di competizione tra le imprese, uno strumento importante per creare sviluppo e crescita.

La Legge Biagi vuole cambiare la visione tradizionale (ma storicamente assai più complessa e meno lineare) del lavoro come mera tecnica unilaterale di tutela del contraente debole ed è per questo che, possa piacere o meno, dice che il diritto del lavoro deve farsi carico anche di altre funzioni e compiti: l'art. 1 del decreto attuativo di questa legge dice che obiettivo prioritario è quello di: INCREMENTARE I TASSI DI OCCUPAZIONE REGOLARE.

La Legge Biagi contiene un articolo che è il primo che dovrebbe essere attuato oggi ed è l'art. 17 del decreto attuativo il quale dice: la cosa più importante è quella di avviare finalmente anche nel nostro Paese un sistema serio, condiviso, autorevole, di monitoraggio del mercato del lavoro. Peraltro qui la riforma richiamava una serie di indicatori europei, volti ad incrementare i tassi di occupazione

regolare ispirandosi a delle politiche comunitarie. Alla luce di tutto questo si spiega la natura genuinamente sperimentale di questa legge. Provare nuove soluzioni e idee, sperimentare in modo pragmatico e leale, per poi valutare dopo qualche anno alla luce di un attento monitoraggio.

Sappiamo che oggi in Italia siamo passati da 21 milioni di lavoratori a 23 milioni, quindi l'occupazione è cresciuta, poco nel Mezzogiorno e molto al Nord e questo è un risultato importante, anche se ancora insoddisfacente, perché tutto questo significa maggiore crescita e sviluppo: più persone lavorano regolarmente, più persone pagano le tasse, pagano i contributi, c'è più ricchezza da distribuire. Questa era l'anima della Legge Biagi, l'anima buona di questa legge.

L'obiettivo è quello secondo cui occorre costruire dei percorsi di incremento dei tassi di occupazione.

La Legge Biagi nota come la legge sulla flessibilità (e dunque per taluna legge sulla precarietà) ha dei capitoli interi che parlano di tutt'altro e cioè parlano di: servizi per l'impiego, ruolo delle università e delle scuole nella transizione verso il mercato del lavoro; essa dice che le scuole devono creare uffici di collocamento; peraltro avere uffici di collocamento nelle università è l'art 7 della Legge Biagi ha una valenza importantissima per creare sui territori reti formali di relazione su misura delle singole realtà.

La Legge Biagi non è una legge standardizzata, di rilevanza puramente nazionale, ma ha grandissimi capitoli che rinviano alle regioni per la fase attuativa e se poi qualcuno è attento in questa opera di monitoraggio si rende conto che pochissime regioni hanno

legiferato e attuato questi rinvii.

Si immaginava di creare una rete formale di accompagnamento, di transizione nel mercato del lavoro; la vera precarietà è il fatto che un giovane esce dalle università tardi, mediamente intorno ai 28 anni, e staziona 6 mesi, 1 anno sulla soglia del mercato del lavoro senza trovare qualcuno che gli dica: ti aiuto a trovare una occupazione! Certo qualcuno c'è che ti dice questo, ma in genere chi presidia queste aree ha degli interessi sul giovane di altra natura: gli offre percorsi formativi a pagamento, gli offre l'ennesimo tirocinio, tende a tenerlo il più possibile fuori dal mercato del lavoro. La prima vera risposta al precariato è quella di creare servizi pubblici e privati per l'incontro tra domanda e offerta di lavoro che aiutino a ottimizzare le fasi dell'ingresso nel mercato del lavoro.

La Legge Biagi ha una norma ed è l'art 50 la quale parla di apprendistato di alta formazione che dice che oggi un ragazzo della laurea triennale, biennale ed anche un dottorando può essere assunto da un'azienda che si fa carico dello studente. Questa è una opportunità che viene data al giovane che si fa entrare presto nel mercato del lavoro, di sviluppare percorsi formativi in alternanza, comunque coerenti con le esigenze delle imprese.

La occupabilità della quale si occupa la Legge Biagi è per me la vera STABILITA'.

Inoltre il giovane in sé non è un soggetto debole, ma anzi è forse la parte migliore del mercato del lavoro, il vero problema è di come avvicinare le imprese ai giovani, come accelerare i percorsi di inserimento nel mercato del lavoro, la transizione nel mercato del lavoro, di come potenziare e rafforzare i percorsi formativi.

Ragioniamo sulla normativa relativa AL LAVORO A TERMINE, CONTRATTO DI LAVORO A TEMPO DETERMINATO, tale normativa rappresenta un po' l'anticipazione della Legge Biagi.

Essa dice che il diritto del lavoro deve sapersi fare partecipe dei valori dell'impresa, perché l'impresa non è un disvalore, ma è un valore perché crea occupazione, crea ricchezza e quindi su queste aree tematiche si vuole un diritto del lavoro nuovo che non solo prenda in sé i valori tradizionali di tutela del lavoratore, ma che promuova anche i valori dell'impresa.

Io ritengo che la normativa sul lavoro a termine, l'art 1 del decreto 368/2001 sia una normativa eccezionale, voluta dalle parti sociali non tutte, è eccezionale perché dice una cosa molto importante mi riferisco a: libertà, potere, dignità, essa dice che l'imprenditore ha diritto in azienda di fare tutto quello che vuole, purché risponda ad esigenze tecniche, organizzative, produttive. Traducendo si ha che: l'imprenditore ha diritto di fare l'imprenditore! Chi può e deve sindacare le scelte aziendali sono i sindacati non certo un giudice che ha un altro compito molto più importante: quello di reprimere e sanzionare le frodi e l'uso illegittimo del potere da parte del datore di lavoro, non certo quello di condizionare i modelli di gestione dell'impresa e di organizzazione del lavoro.

C'è comunque una difficoltà enorme nel governare questi fenomeni e il tema su cui spesso si discute è quello DELLE COLLABORAZIONI COORDINATE E CONTINUATIVE dove si annuncia un intervento di innalzamento dei contributi, innalzamento significativo dei contributi non solo per i co.co.co. ma anche per l'apprendistato.

Chiedo a Battafarano: ma siamo sicuri che questa è la prospettiva giusta? Già noi abbiamo tantissima evasione, tantissimo lavoro nero e abbiamo una forma di lavoro che per il legislatore è lavoro autonomo, la legge dice che: le collaborazioni ancorché coordinate e continuative sono svolte senza vincolo di dipendenza.

Non stiamo forse, innalzando i contributi, costruendo un lavoro dipendente di serie B? Noi stiamo andando a legittimare, come successe nel '95 con la riforma Dini quest'area grigia, perché più alti sono i contributi più stiamo consentendo alle imprese di non fare ricorso al rapporto di lavoro dipendente e stabile, ma di utilizzare quest'area grigia. Questo è pericoloso come è pericoloso l'intervento sull'apprendistato, perché qui ipotichiamo le sorti di uno strumento che non ha mai funzionato in Italia cioè i contratti per i giovani, quelli formativi. Con questo aggravio del costo del lavoro noi andiamo contro lo sviluppo di questa forma di lavoro. Neanche le regioni più avanzate e innovative fanno formazione; meno del 30-35% dei giovani in apprendistato ha formazione; non ci sono le condizioni per la occupabilità e ciò significa consegnare ai giovani finti contratti di formazione, dove c'è lavoro a termine e quindi precario. Nel nuovo apprendistato, io leggo, la vecchia vicenda dei gloriosi contratti di formazione-lavoro che si sono trasformati in aiuti di Stato alle imprese, di modo che l'Unione europea, che legge il diritto del lavoro nell'ottica della concorrenza, viene a dire che questi sono aiuti di Stato e non sono misure per la occupabilità.

La Legge Biagi è letta come flessibilità o precarietà a seconda delle simpatie o antipatie, per qualcuno è

buona perché la flessibilità è un valore, per altri non lo è perché la precarietà è un disvalore, ma la Legge Biagi non parla di questo.

L'istituto più odiato della Legge Biagi si chiama STAFF LEASING. Cos'è lo staff leasing? E' una tipologia di lavoro per la quale un lavoratore lavora con una impresa e quest'ultima lo manda a lavorare presso un'altra impresa, questa è una forma che non piace perché si dice che è la forma estrema di precarizzazione.

Il lavoratore di staff leasing è normalmente assunto a tempo indeterminato da una multinazionale o comunque da un'azienda solida che per lavorare deve dimostrare di avere una cultura finanziaria, organizzativa, deve essere autorizzata; è un lavoratore assunto da una grande impresa e viene pagato come se fosse direttamente assunto dall'utilizzatore, in più ha un 4% che viene destinato per la sua formazione, per la emersione del lavoro sommerso, come ammortizzatore sociale e viene considerata come una forma estrema di precarizzazione. Come si fa a dire che questo lavoratore è un precario? E' forse il più stabile e tutelato di tutti e chi non riconosce questo dato di fatto è probabilmente accecato dalla ideologia, perché negare questa e altre forme di lavoro significa incentivare gli appalti di servizi, le esternalizzazioni selvagge, i finti co.co.co.. Ma allora torniamo al punto di partenza del mio discorso e capiamo non solo perché in molte aree del Paese non c'è lavoro ma anche e soprattutto perché questa situazione non è destinata a mutare nei prossimi anni¹.

¹ Il presente scritto è la trascrizione dell'intervento tenuto dal Prof. Michele Tiraboschi nel convegno dal titolo "*Lavoro e sviluppo nel mezzogiorno: occupazione flessibile*

e garanzie contro la precarietà" tenutosi a Bari il 27 ottobre 2006

MOBBING: RISARCIMENTO DEI DANNI NON PATRIMONIALI IN FAVORE DEL LAVORATORE

Sommario: 1. *Danno non patrimoniale*; 2. *Interventi della Corte Costituzionale*; 3. *Danno morale soggettivo, biologico, esistenziale*; 4. *Danno biologico come danno-evento*; 5. *Danno morale*; 6. *Danno esistenziale*; 7. *Conclusioni*.

1. Oltre al risarcimento dei danni patrimoniali per la diminuzione del patrimonio e quantificabili secondo criteri e tabelle prestabilite sulla scorta di idonea documentazione, in determinate ipotesi è possibile il risarcimento di carattere non patrimoniale non riferito ad un danno pur economicamente valutabile¹ “*ma non direttamente insistente sulla sfera patrimoniale del soggetto leso*”, che include il danno biologico, il danno morale e il danno esistenziale.

Il danno biologico è una figura di danno non patrimoniale inquadrabile nella lesione di un interesse alla integrità psico-fisica della persona garantito dall'art. 32 della Costituzione.

Con danno biologico si vuole indicare quanto rinveniente dalla menomazione della validità psicofisica in contrapposizione al tradizionale sistema risarcitorio imperniato sul fondamento patrimonialistico del nostro codice.

¹ A. LIBERATI: “*La liquidazione del danno esistenziale*”, parte prima, 3.

Tale risarcimento diffuso per la responsabilità **extracontrattuale** ex art. 2059 cod. civ. può agevolmente applicarsi anche in tema di adempimento contrattuale per la liquidazione dei danni conseguenti all'accertata responsabilità **contrattuale** del datore di lavoro (Cass. Sez. Lav. 26/04/2004 n. 10157).

Il consolidamento della nozione del danno biologico nella giurisprudenza origina dal rifiuto del metodo tradizionale con le sue incongruenze (*uso del concetto di capacità lavorativa generica, presunzioni sulla perdita del reddito, ecc.*) e nella esigenza di individuare, accanto al danno da perdita del reddito e al danno morale, un *tertium genus* riconducibile all'art. 32 Cost. ed afferente all'integrità psico-fisica di per sé intesa, la cui lesione accomuna ogni individuo e comporta un indennizzo egualitario.

L'ostacolo della risarcibilità di questo danno derivava dal dettato normativo contenuto negli artt. 2043 e 2059 cod. civ. a cui non era riconducibile il danno biologico essendo il sistema imperniato sulla patrimonialità del danno stesso.

2. La Corte Costituzionale, con senten-

za *“interpretativa di rigetto”*² ha ammesso l’indennizzo di tale danno in quanto lesivo di un diritto considerato come posizione soggettiva autonoma a contenuto essenzialmente non patrimoniale.

Sempre la Corte Costituzionale (*sent. dell’11/07/2003 n. 233*) ha rilevato che: *“... può dirsi ormai superata la tradizionale affermazione secondo la quale il danno non patrimoniale riguardato dall’art. 2059 cod. civ. si identificherebbe con il cd. danno morale soggettivo. In due recentissime pronunce (Cass. Civ. Sez. III 31/05/2003 nn. 8827 e 8828) che hanno l’indubbio pregio di ricondurre a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della tutela risarcitoria del danno alla persona, viene, infatti, prospettata con ricchezza di argomentazioni - nel quadro di un sistema bipolare del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale - un’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 2059 cod. civ., tesa a ricomprendere nell’astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona: e dunque sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d’animo della vittima; sia il danno biologico in senso stretto inteso come lesione dell’interesse costituzionalmente garantito all’integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico (art. 32 Cost.); sia infine il danno (spesso definito in dottrina e in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona.*

Quindi si deve ritenere ormai

² Corte Costituzionale 14/07/1986, n. 184

acquisito all’ordinamento positivo il riconoscimento della lata estensione di danno non patrimoniale inteso come danno da lesione di valori inerenti alla persona e non più solo come danno morale soggettivo”.

Accertato il diritto al risarcimento del danno derivante da mobbing secondo la nuova interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale citata in riferimento all’art. 2059 cod. civ. si può procedere alla liquidazione in via equitativa del danno non patrimoniale sofferto dal lavoratore tenendo quale parametro di riferimento quanto percepito a titolo di paga dal lavoratore.

3. Il concetto di danno non patrimoniale, disciplinato dall’art. 2059 cod. civ., secondo l’insegnamento giurisprudenziale³ comprende tutti i pregiudizi appunto di natura non patrimoniale derivanti da lesioni di valori inerenti alla persona e dunque:

- sia il **danno morale soggettivo**, inteso come transeunte turbamento dello stato d’animo della vittima;

- sia il **danno biologico in senso stretto**, inteso come lesione dell’interesse, costituzionalmente garantito, all’integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico, (art. 32 Cost.);

- sia infine il **danno** (definito in dottrina ed in giurisprudenza come) **esistenziale** derivante dalla lesione di (*altri*) interessi di rango costituzionale inerenti la persona.

La responsabilità dell’imprenditore per la mancata adozione delle misure

³ Cass. Sez. III Civ. 31/05/2003, n. 8827; Cass. Sez. III Civ. 31/05/2003, n. 8828; Corte Costituzionale 11/07/2003 n. 233 e ord. 12/12/2003 n. 358.

idonee a tutelare l'integrità fisica del lavoratore discende o da norme specifiche o, quando queste non siano rinvenibili, dalla norma di ordine generale di cui all'art. 2087 c.c., la quale gli impone l'obbligo di adottare nell'esercizio dell'impresa tutte quelle misure che, secondo la particolarità del lavoro in concreto svolto dai dipendenti, si rendano necessarie a tutelare l'integrità fisica dei lavoratori. Tale responsabilità è esclusa solo in caso di dolo o rischio effettivo del lavoratore, ovvero di rischio generato da un'attività che non abbia rapporti con lo svolgimento dell'attività lavorativa o che assorbiti in modo irrazionale dai limiti di essa, mentre l'eventuale colpa del lavoratore non è in sé idonea ad escludere il nesso causale tra il verificarsi del danno e la responsabilità dell'imprenditore, sul quale grava l'onere di provare di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno ed il concorso o la cooperazione colposa del lavoratore nella causazione del danno non eliminano la responsabilità del datore del lavoro, ma ne riducono soltanto la quantificazione in misura proporzionale⁴.

Il Tribunale di Milano (*Osservatorio sulla Giustizia Civile*) il primo dicembre 2004 ha stabilito nuove tabelle con quattro scaglioni uniformi per la qualificazione del danno biologico o alla salute e di quello non patrimoniale diverso dal biologico anche in favore dei prossimi congiunti della vittima cosicché l'art. 2059 del cod. civ. pur non delineando una precisa figura di illecito produttivo di danno non patrimoniale prevede il risarcimento degli effetti e delle lesioni causate.

4. Si è consolidata anche nella giuri-

⁴ Cass. Sez. Lav. 19/04/2003, n. 6377.

sprudenza la risarcibilità del danno biologico quale *species* del danno "ingiusto" di cui all'art. 2043 cod. civ. che, seppur ricompreso alla stregua del danno patrimoniale, si distingue da questo e non rimane neppure assimilabile al danno morale. Esso rimarrà dunque risarcibile come danno-evento ed ha un suo ruolo autonomo rispetto ai pregiudizi patrimoniali e morali che rimangono danni-conseguenze (*esterni al fatto illecito*) ed hanno carattere eventuale.

Il danno biologico è immanente al fatto illecito lesivo della integrità biopsichica del danneggiato a differenza delle conseguenze patrimoniali derivanti dalla stessa lesione trascendente lo stesso fatto...⁵.

"La responsabilità del datore di lavoro - che è tenuto alla predisposizione e all'adozione di tutte le misure idonee a tutelare l'integrità psico-fisica del lavoratore - ha natura contrattuale, con la conseguenza che, al fine della risarcibilità del danno biologico - inteso come danno all'integrità psico-fisica della persona in sé considerato (danno che può consistere in un eccessivo carico di lavoro estrinsecatosi nell'accettazione di lavoro straordinario continuativo o nella rinuncia a periodi di ferie), grava sul lavoratore l'onere di provare l'inadempimento del datore di lavoro all'obbligo di adottare le suddette misure di protezione. Una volta assolto tale onere, non occorre invece che il lavoratore dimostri anche la sussistenza della colpa del datore di lavoro inadempiente, gravando su quest'ultimo il diverso onere di provare che l'evento lesivo sia dipeso da un fatto a lui non imputabile. Inoltre il lavoratore deve provare sia la lesione

⁵ Cass. Sez. III[^] Civ. 16/04/1996, n. 3563.

*all'integrità psico-fisica sia il nesso di causalità tra tale evento dannoso e l'espletamento della prestazione lavorativa*⁶.

La valutazione medico legale standard esamina il danno biologico sia nel suo aspetto statico sia in quello dinamico-relazionale come conseguenze negative prodotte nella vita quotidiana della vittima. Deve essere considerato il profilo anatomico-funzionale cioè sia il danno per l'espletamento di attività ordinarie sia per quello relativo alle attività interrelazionali, sportive, sociali, ecc..

Questi rilievi devono essere estesi dalla tutela del diritto alla salute, alla lesione di ogni altro valore inerente alla persona costituzionalmente garantito e comportano pertanto il risarcimento del danno relativo, indipendentemente dai riflessi patrimoniali della stessa lesione, che costituiscono una voce di danno eventuale, autonoma ed aggiuntiva⁷.

Il D. Lgs. 23/02/2000, n. 38 all'art. 13 definisce in via sperimentale "*danno biologico*" la lesione all'integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico legale della persona (anche se si riferisce ai fini della tutela dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali) e stabilisce i criteri di erogazione dell'indennizzo da parte dell'I.N.A.I.L..

Le prestazioni per il ristoro del danno biologico sono determinate in misura indipendente dalla capacità di produzione del reddito del danneggiato.

In tema di determinazione della riduzione della attitudine al lavoro in

conseguenza di infortunio o malattia professionale, sia in sede di prima liquidazione che di revisione della rendita in atto, la scelta dei mezzi e dei metodi di accertamento è affidata al giudizio professionale del consulente tecnico d'ufficio ed è censurabile in cassazione solo quando dall'esame della consulenza, fatta propria dal giudice, emerge l'assoluta mancanza di correlazione tra sintomatologia riscontrata e la diagnosi espressa, o comunque la incongruenza dei mezzi utilizzati per giungere alla diagnosi definitiva, mentre il divieto di usare strumenti di indagine non disponibili al momento dell'adozione del provvedimento originario, introdotto dall'art. 9 D. Lgs. 23 febbraio 2000 n. 38, trova applicazione in ipotesi di rettifica per errore dell'Istituto Assicuratore e non anche in quella di revisione della rendita⁸.

Anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 12 D. Lgs. 23 febbraio 2000 n. 38, che ha espressamente previsto la indennizzabilità dell'*infortunio in itinere*, la riconducibilità di tale infortunio nell'ambito del rischio professionale e dell'assicurazione obbligatoria comportava per il datore di lavoro, in ragione della natura essenzialmente assicurativa della tutela previdenziale antinfortunistica, l'assunzione di tutte le conseguenze contributive derivanti dalla verifica di quell'evento dannoso e, in particolare, anche la rilevanza di tale

⁶ Cass. civ., sez. lav., 05/02/2000, n. 1307.

⁷ Cass. Sez. III Civ. 27/04/2004, n. 7980.

⁸ Cass. Civ., Sez. Lav., 30/07/2002, n. 11297. *la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che, in riferimento ad un giudizio avente ad oggetto la revisione della rendita da infortunio sul lavoro e malattia professionale, aveva fatto proprie le conclusioni del consulente tecnico di ufficio che aveva determinato l'incidenza invalidante della ipoacusia, utilizzando una metodica diversa da quella impiegata in precedenza per la determinazione della relativa rendita.*

infortunio agli effetti del tasso specifico aziendale, che determina - in relazione all'andamento infortunistico aziendale e per le singole lavorazioni assicurate - oscillazioni del tasso medio nazionale dei **premi di assicurazione** contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali nel settore industriale. Poiché, infatti, la tariffa dei premi, approvata con decreto ministeriale, determina il tasso medio nazionale per ciascuna lavorazione ed il tasso specifico aziendale, in relazione all'andamento, parimenti aziendale, di infortuni e malattie professionali, quale risulta dal **rapporto tra oneri e retribuzioni** e poiché gli oneri considerati a tal fine sono, fra l'altro, quelli finanziari relativi agli infortuni e alle malattie professionali del periodo di osservazione, fra questi devono essere **compresi anche agli oneri** relativi alle prestazioni erogate per infortunio in itinere, in quanto indennizzato dall'I.N.A.I.L. al pari di qualsiasi infortunio sul lavoro a prescindere dalla colpa del datore di lavoro, non avendo questa alcun rilievo ai fini della indennizzabilità dell'infortunio stesso e, quindi, degli oneri considerati dalla tariffa⁹.

5. Il danno morale come anche il danno biologico ha un carattere **non patrimoniale** ed il lavoratore ha il diritto all'integrale risarcimento qualora sussistano i presupposti della relativa responsabilità del datore di

⁹ Cass. Civ., Sez. Lav., 06/08/2202, n. 11792. *nella specie, la S.C. ha cassato, decidendo nel merito, la sentenza impugnata che aveva accolto la domanda del datore di lavoro volta ad ottenere pronunce consequenziali alla declaratoria di illegittimità del provvedimento di aumento - dal 40 al 56 % - del tasso di premio, adottato dall'Inail in dipendenza di un infortunio mortale in itinere, indennizzato dal medesimo istituto.*

lavoro¹⁰.

Tuttavia il danno non patrimoniale ha un ambito di applicazione ben più ampio del solo danno morale perché comprende altre fattispecie (si veda avanti).

Qualora il comportamento illecito posto in essere dal datore di lavoro o da un suo dipendente costituisca reato, il lavoratore potrà agire per richiedere una somma a titolo di riparazione per il cd. "*danno morale*".

Esso infatti, non determinando alcun pregiudizio economico, si identifica nell'ingiusto perturbamento delle condizioni d'animo del lavoratore danneggiato e nelle sofferenze morali e psichiche patite a causa dell'illecito.

Come già detto, la Corte Costituzionale con sentenza dell'11/07/2003 n. 233 ha ritenuto superata la tradizionale affermazione secondo cui il danno non patrimoniale si identificerebbe solo col danno morale soggettivo.

Per cui sia il danno morale soggettivo (*subito dalla vittima*) sia il danno biologico quale lesione dell'interesse garantito possono (ed anche il danno esistenziale, secondo una certa dottrina) essere ricompresi in quanto disposto dall'art. 2059 cod. civ..

L'art. 2059 cod. civ. si limita a statuire che il danno non patrimoniale deve essere risarcito nei casi determinati dalla legge, riportandosi agli artt. 89, 120 c.p.c.; nonché 185, 187, 189, 598 c.p. e 316, 546 c.p.p.. L'autorevole giurisprudenza della Cassazione "... interpretando l'art. 2059 cod. civ. in senso conforme alle norme costituzionali ad esso sovraor-

¹⁰ Cass. Sez. Lav. 16/06/2001, n. 8182.

dinate comprende, nel danno non patrimoniale - che detta disposizione completa¹¹ - oltre al danno morale soggettivo, anche ogni ipotesi in cui si verifichi un'ingiusta lesione di un valore inerente alla persona costituzionalmente garantito, dalla quale derivino effetti dannosi non suscettibili di valutazione economica, senza che sia necessario che tale lesione configuri reato¹².

Il risarcimento del danno non patrimoniale è quindi previsto per fattispecie tipiche anche se non circoscritte soltanto alle ipotesi di reato.

6. Il "danno esistenziale" considerato distinto dal danno biologico si riferisce al **disagio** sofferto dalla vittima di lesioni a seguito del fatto illecito.

Con "danno esistenziale" si ricomprenderebbero quelle attività dannose di natura non patrimoniale ma non previste in altre categorie.

Il "danno esistenziale" quale nuova figura di danno emergerebbe dalla insufficienza del sistema cosiddetto bipolare. Esso presenta caratteri tipici connessi con le attività poste in essere dalla persona e tutela quelle attività compromesse. Trattasi di attività extraeconomiche anche non complesse oppure attività culturali e ricreative che hanno una forte valenza soggettiva

¹¹ Cass. Sez. III[^] Civ. 31/05/2003, n. 8828.

¹² Cass. Sez. III[^] Civ. 27/04/2004, n. 7980 " ... La negazione o l'impedimento allo svolgimento delle mansioni, incidendo su di un diritto fondamentale costituzionalmente garantito, è risarcibile senza che la lesione configuri un'astratta fattispecie di reato, atteso che l'articolo 2059 del cod. civ. contempla oltre al danno morale soggettivo, anche ogni ipotesi in cui si verifichi un'ingiusta lesione di un valore inerente alla persona".

e che risultino chiaramente compromesse.

"... la tripartizione danno biologico, danno morale e danno patrimoniale non esaurisce l'ambito della possibile sfera risarcitoria, potendosi individuare un autonomo spazio per il danno non patrimoniale, inteso come danno esistenziale che si aggiunge al danno biologico in senso stretto, ove provato, ovvero costituisce da solo, l'ambito riparatorio, nel caso in cui a carico della vittima non sia ravvisabile l'insorgenza di una psicopatologia apprezzabile sotto il profilo clinico, ma solo una lesione della dignità personale: recentemente, la Corte Costituzionale ha riconosciuto la risarcibilità del danno esistenziale in caso di mancata concessione di ferie e riposi, distinguendo, da un lato, il danno biologico in senso stretto o danno alla salute, inteso come lesione all'integrità fisica o psichica, cioè una patologia oggettiva che si accerta secondo precisi parametri medico-legali, e, dall'altro il danno esistenziale inteso come "pregiudizio esistenziale che, senza ridursi al mero patema d'animo interno, richiama tuttavia disagi e turbamenti di tipo soggettivo", tale cioè da coprire tutte le compromissioni delle attività realizzatrici della persona umana, quali gli impedimenti alla serenità familiare e al sereno svolgimento della propria vita lavorativa.

La Suprema Corte ha, quindi, concluso che tale distinzione "non vale ad escludere il cd. danno esistenziale dall'ambito dei diritti inviolabili, poiché non è solo il bene alla salute a ricevere una consacrazione costituzionale sulla base dell'art. 32, ma anche il libero dispiegarsi delle attività dell'uomo nell'ambito della famiglia o di altra comunità riceve considerazione

costituzionale ai sensi dell'art. 2 e 29. Pertanto, tanto i pregiudizi alla salute quanto quelli alla dimensione esistenziale, sicuramente di natura non patrimoniale, non possono essere lasciati privi di tutela risarcitoria, sulla scorta di una lettura costituzionalmente orientata del sistema della responsabilità civile" (cfr. Cass. 03/07/2001 n. 909) ..." (tratto dalla citata sentenza del Tribunale di Trani del 05/07/2005, n. 1020).

Il "**danno esistenziale**" si distingue dal danno patrimoniale perché non riguarda il risarcimento economico di beni danneggiati o distrutti. Si distingue dal danno morale perché riguarda la compromissione di attività della vita quotidiana e non già il disagio psicologico subito dalla vittima in occasione dell'evento lesivo.

Può ritenersi fonte di danno esistenziale, ad esempio, la perdita di un congiunto.

Tale figura di danno può essere riferita alla violazione di quanto disposto dall'art. 2043 cod. civ. (responsabilità extracontrattuale).

La valutazione equitativa di questo danno dovrà tener conto della personalità del soggetto leso nonché delle alterazioni familiari, sociali e lavorative provocate dal fatto illecito.

Il danno non patrimoniale diverso dal danno biologico comprende il turbamento dell'animo derivante da fatto illecito e quindi la sofferenza contingente e tutti i pregiudizi diversi ed ulteriori, conseguenza della lesione di un interesse costituzionalmente garantito.

"Il danno esistenziale ha la caratteristica di abbracciare quelle compromissioni dell'esistenza quotidiana che siano "naturalisticamente"

accettabili e percepibili, traducendosi in modificazioni peggiorative del normale svolgimento della vita lavorativa, familiare, culturale, di svago, laddove il danno morale è un pati interiore che prescinde da qualsiasi ricaduta sull'agire umano"¹³.

7. Riepilogando, questa estensiva interpretazione dell'art. 2059 cod. civ. include nel danno non patrimoniale:

- sia il danno morale soggettivo;
- sia il danno biologico in senso stretto (*lesione dell'interesse costituzionalmente garantito all'integrità psico-fisica della persona*);
- sia il danno derivante da altri interessi inerenti la persona (*definito danno esistenziale*).

In conclusione, l'interpretazione del danno non patrimoniale (*categoria comprensiva del danno biologico, del danno morale e della lesione di interessi costituzionalmente protetti*) diffusasi in ambito di responsabilità extracontrattuale in virtù di una lettura costituzionalmente orientata dall'art. 2052 cod. civ. può agevolmente applicarsi anche in tema di inadempimento contrattuale per la liquidazione dei danni conseguenti all'accertata responsabilità contrattuale del datore di lavoro¹⁴.

Antonio BELSITO

¹³ Sent. n. 119 del 20/04/2004 Tribunale di Pinerolo.

¹⁴ Cass. Sez. Lav. 26/05/2004 n. 10157.

PROSSIMA PUBBLICAZIONE DEL T.U. SULLA SICUREZZA DEL LAVORO

Sommario: 1. *Il quadro normativo di riferimento.* 2. *Finalità della delega.* 3. *I criteri direttivi.* 4. *Considerazioni.*

1 - Il quadro normativo di riferimento.

Lo scorso 16 febbraio il Consiglio dei Ministri ha delegato al Governo "l'emanazione di un Testo Unico per il riassetto normativo e la riforma della salute e sicurezza sul lavoro" sulla scorta di quanto già disponeva l'art. 24 della L. n. 833/1978¹ di riforma sanitaria. Tale esigenza è derivata dalla necessità di "disporre sistema dinamico, facilmente comprensibile e certo nell'indicazione dei principi e dei doveri" che potesse sciogliere i nodi di

¹ **Legge 23 dicembre 1978, n. 833** (in Suppl. ordinario alla G.U., 28 dicembre, n. 360) - Istituzione del servizio sanitario nazionale.

Articolo 24 - Norme in materia di igiene e sicurezza negli ambienti di lavoro [e di vita] e di omologazioni. 1. Il Governo è delegato ad emanare [entro il 31 dicembre 1979] su proposta del Ministro della sanità con il decreto dei Ministri competenti, un testo unico in materia di sicurezza del lavoro, che riordini la disciplina generale del lavoro e della produzione al fine della prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali, nonché in materia di omologazioni, unificando e innovando la legislazione vigente tenendo conto delle caratteristiche della produzione al fine di garantire la salute e l'integrità fisica dei lavoratori, secondo i principi generali indicati nella presente legge. (*Omissis*).

una normativa divenuta alquanto dispersiva soprattutto a seguito degli innumerevoli interventi legislativi susseguiti al D. Lgs. n. 626/1994 che, come denunciato dalla Commissione parlamentare SMURAGLIA, del 22 luglio 1997, avevano creato un "deficit strutturale" al quale poteva porsi rimedio solo con l'emanazione di un Testo Unico che potesse altresì colmare quello "culturale" attraverso la formazione di un diffuso senso della prevenzione².

Già alla fine degli anni '90 il Governo, sulla scorta della delega minimale contenuta nell'art. 8 della legge comunitaria del 1993³, aveva

² Cfr., tra i primi commenti: A. GUARDAVILLA e R. PAVANELLO, *Lo schema di legge delega per il testo unico sulla salute e sicurezza sul lavoro: le novità e gli aspetti più significativi*, in www.amblav.it.

³ **Legge 22 febbraio 1994, n. 146** (in Suppl. ordinario alla G.U., 4 marzo, n. 52) - Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. (Legge comunitaria 1993).

Articolo 8 - Riordinamento normativo nelle materie interessate dalle direttive comunitarie.

1. Il Governo è delegato ad emanare, entro due anni dalla data di entrata in vigore della presente legge, testi unici delle disposizioni dettate in attuazione della delega prevista dall'articolo 1, coordinandovi le norme vigenti nelle stesse materie ed apportando alle medesime le integrazioni e modificazioni necessarie al predetto coordinamento. (*Omissis*).

predisposto un testo - esteso nella sua parte generale da un gruppo di esperti presso il Ministero del lavoro coordinato dal prof. Marco BIAGI - finalizzato alla razionalizzazione ed al coordinamento della legislazione esistente. Tale progetto, mirato a delineare una logica unitaria attraverso il riferimento ai principi della normativa comunitaria, non sortì comunque gli esiti sperati visto che le modifiche apportate all'obbligo di valutazione dei rischi sembravano porsi in contrasto con il carattere preventivo dello stesso.

Anche il Sen. SMURAGLIA⁴, con il disegno di legge n. 2389 (approvato dalla Commissione lavoro del Senato il 2 giugno 1999 ma decaduto con la fine della legislatura) sottolineava l'importanza di completare ed innovare - con l'emanando provvedimento - la legislazione vigente, proponendo un sistema con il quale la normativa di principio, valida per tutti i settori, dovesse essere integrata da una serie di decreti legislativi di carattere specifico per settori maggiormente esposti a rischio o richiedenti una disciplina specifica, nonché da un regolamento per le determinazioni di natura più strettamente tecnica e attuativa.

Con il nuovo Governo di centro-destra, l'esigenza di riordinare la normativa in materia di sicurezza fu dapprima ripresa con la presentazione, nell'ottobre del 2001, del *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia* e quindi posta in essere, previa delega conferitagli dall'art. 3 delle L. n. 229/2003⁵, attraverso la realizzazione,

⁴ C. SMURAGLIA, *Sicurezza ed igiene del lavoro. Quadro normativo. Esperienze attuative e prospettive*, in Riv. giur. lav. , 2001 pp. 477-479.

⁵ **Legge 29 luglio 2003, n. 229** (in G.U., 25 agosto, n. 196) - Interventi in materia di qualità della

regolazione, riassetto normativo e codificazione. Legge di semplificazione 2001.

Articolo 3 - Riassetto normativo in materia di sicurezza del lavoro.

1. Il Governo è delegato ad adottare, entro il 30 giugno 2005, uno o più decreti legislativi per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di sicurezza e tutela della salute dei lavoratori, ai sensi e secondo i principi e criteri direttivi di cui all'articolo 20 della legge 15 marzo 1997, n. 59, come sostituito dall'articolo 1 della presente legge, e nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:

a) riordino, coordinamento, armonizzazione e semplificazione delle disposizioni vigenti per l'adeguamento alle normative comunitarie e alle convenzioni internazionali in materia;

b) determinazione di misure tecniche ed amministrative di prevenzione compatibili con le caratteristiche gestionali ed organizzative delle imprese, in particolare di quelle artigiane e delle piccole imprese, anche agricole, forestali e zootecniche;

c) riordino delle norme tecniche di sicurezza delle macchine e degli istituti concernenti l'omologazione, la certificazione e l'autocertificazione;

d) riformulazione dell'apparato sanzionatorio, con riferimento, in particolare, alle fattispecie contravvenzionali a carico dei preposti, alla previsione di sanzioni amministrative per gli adempimenti formali di carattere documentale; alla revisione del regime di responsabilità tenuto conto della posizione gerarchica all'interno dell'impresa e dei poteri in ordine agli adempimenti in materia di prevenzione sui luoghi di lavoro; al coordinamento delle funzioni degli organi preposti alla programmazione, alla vigilanza ed al controllo, qualificando prioritariamente i compiti di prevenzione e di informazione rispetto a quelli repressivi e sanzionatori;

e) promozione dell'informazione e della formazione preventiva e periodica dei lavoratori sui rischi connessi all'attività dell'impresa in generale e allo svolgimento delle proprie mansioni, con particolare riguardo ai pericoli derivanti dall'esposizione a rumore, ad agenti chimici, fisici, biologici, cancerogeni e ad altre sostanze o preparati pericolosi o nocivi e alle misure di prevenzione da adottare in relazione ai rischi;

f) assicurazione della tutela della salute e della sicurezza sul lavoro in tutti i settori di attività, pubblici e privati, e a tutti i lavoratori, indipendentemente dal tipo di contratto stipulato con il datore di lavoro o con il committente;

g) adeguamento del sistema prevenzionistico e del relativo campo di applicazione alle nuove forme di lavoro e tipologie contrattuali, anche in funzione di

il 18 novembre 2004, di un articolato Testo Unico sulla sicurezza del lavoro⁶.

Purtroppo, a seguito di conflitti insorti tra gli stessi organi istituzionali riguardo il riparto delle competenze sulla materia di *tutela e sicurezza del lavoro* - derivante dalla riforma del Titolo V della Costituzione del 2001 - soprattutto a seguito dei critici pareri espressi dal Consiglio di Stato nelle adunanze del 31 gennaio e del 4 aprile 2005 e dalla Conferenza delle Regioni il 3 marzo 2005, il Governo, nel maggio del 2005, preferì non esercitare la delega.

2. Finalità della delega.

A seguito della convenzione internazionale n. 187 del 2006 (raccomandazione n. 197 sul quadro promozionale per la salute e la sicurezza del lavoro) - non ancora entrata in vigore - che impegna gli Stati ratificanti a promuovere, in consul-

contrasto rispetto al fenomeno del lavoro sommerso e irregolare;

h) promozione di codici di condotta e diffusione di buone prassi che orientino la condotta dei datori di lavoro, dei lavoratori e di tutti i soggetti interessati;

i) riordino e razionalizzazione delle competenze istituzionali al fine di evitare sovrapposizioni e duplicazioni di interventi e competenze, garantendo indirizzi generali uniformi su tutto il territorio nazionale nel rispetto delle competenze previste dall'articolo 117 della Costituzione;

l) realizzazione delle condizioni per una adeguata informazione e formazione di tutti i soggetti impegnati nell'attività di prevenzione e per la circolazione di tutte le informazioni rilevanti per l'elaborazione e l'attuazione delle misure di sicurezza necessarie;

m) modifica o integrazione delle discipline vigenti per i singoli settori interessati, per evitare disarmonie;

n) esclusione di qualsiasi onere finanziario per il lavoratore in relazione all'adozione delle misure relative alla sicurezza, all'igiene e alla tutela della salute dei lavoratori.

⁶ M. LAI, *Flessibilità e sicurezza del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2006 pp. 242 ss..

tazione con le parti sociali, una politica, un sistema ed un programma nazionali in materia, lo schema del decreto delegato prevede una stretta collaborazione - c.d. "tripartitismo" - tra il Ministero del lavoro, il Ministero della salute e le parti sociali e, ci si augura, che anche le Regioni e gli altri enti pubblici interessati quali l'I.N.A.I.L. e l'I.S.P.E.S.I. possano avere una posizione determinante, unitamente alla contrattazione collettiva, potenziale portatrice di proposte soprattutto a livello aziendale⁷.

In ossequio a quanto disposto dall'art. 117 della Costituzione - e già segnalato nel documento "Carta 2000-Sicurezza del lavoro" presentato dal Governo alla conferenza di Genova del 3-5 dicembre 1999 - si è voluta maggiormente garantire "*l'uniformità della tutela dei lavoratori su tutto il territorio nazionale*" attraverso la presenza ed il rafforzamento dei dipartimenti per la prevenzione al fine di assicurare appropriati ed omogenei livelli di assistenza, a titolo gratuito, anche in materia di sicurezza del lavoro.

La riconduzione della disciplina del rapporto di lavoro ed in particolare degli obblighi di sicurezza, nella materia dell'ordinamento civile, di esclusiva competenza statale, ex art. 117, secondo comma, lett. l) della Costituzione assicura, altresì, l'uniformità della tutela posta a salvaguardia dei diritti delle persone prima ancora che solo di appartenenti a determinate comunità locali. In tal senso si era già pronunciata la Corte Costituzionale sulla illegittimità costituzionale della legge della Regione

⁷ Cfr. il documento dell'Assemblea nazionale dei quadri e delegati Cgil-Cisl-Uil, Roma, 12 gennaio 2007.

Lazio (n. 116/2002) in tema di *mobbing* nei luoghi di lavoro⁸ e su gran parte delle questioni sollevate da alcune Regioni⁹ nei confronti della legge di riforma del mercato del lavoro¹⁰.

Tra le altre innovazioni introdotte nella delega, oltre alla previsione di un preciso apparato sanzionatorio che estende la responsabilità anche alle persone giuridiche¹¹, compare la "*clausola di salvaguardia*" - ispirata a quella di non regresso contenuta nelle direttive comunitarie in materia - da valere come limite anche per i legislatori regionali, la quale impedisce ai decreti di attuazione della delega (da emanarsi entro 12 mesi) di poter "*disporre un abbassamento dei livelli di protezione, di sicurezza e di tutela o una riduzione dei diritti e delle prerogative dei lavoratori e delle loro rappresentanze*" (art. 1 comma 3).

L'elaborando Testo Unico sulla sicurezza del lavoro dovrebbe disciplinare anche la normativa in materia di appalti, attualmente in fase di discussione e la riforma del sistema assicurativo contro gli infortuni e le malattie professionali¹² definendo procedure e periodicità più efficaci, non solo nell'ottica di una riduzione dei

premi assicurativi e degli incentivi per le imprese che investano in sicurezza¹³, ma soprattutto di miglioramento delle prestazioni lavorative, prevedendo, tra l'altro, l'aggiornamento della tabella delle malattie professionali.

3. I criteri direttivi.

Come la normativa prevenzionale contenuta nel D. Lgs. n. 626/1994 si è ispirata e coordinata alla direttiva quadro n. 89/391/Ce, così i criteri direttivi della delega hanno disposto il "*riordino e coordinamento delle disposizioni vigenti, nel rispetto delle normative comunitarie e delle convenzioni internazionali in materia, in ottemperanza a quanto disposto dall'art. 117 della Costituzione*".

Nel progetto della delega si vuole estendere il campo di applicazione della normativa di sicurezza del lavoro sia in ambito **oggettivo**, tenendo conto delle "*peculiarità o della particolare pericolosità*" delle attività e delle tipologie di rischio nonché "*della specificità di settori ed ambiti lavorativi*" con esplicito riferimento alla Pubblica Amministrazione; che in quello **soggettivo** attraverso "*l'ampliamento a tutti i lavoratori e lavoratrici,*

⁸ Corte Costituzionale, sentenza 10 dicembre 2003 n. 359.

⁹ Corte Costituzionale, sentenza 28 gennaio 2005 n. 50.

¹⁰ **D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276** (in Suppl. ord. n. 159, alla .G.U., 9 ottobre, n. 235). - Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla L. 14 febbraio 2003, n. 30.

¹¹ G. NEGRI, in il Sole24ore, domenica 18 febbraio 2007, p. 21.

¹² **D.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124** (in Suppl. ordinario alla G.U., 13 ottobre, n. 257) - Testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

¹³ La legge finanziaria 2007 (L. n. 296/2006) prevede, per il settore artigiano, una riduzione dei premi INAIL per il 2007 (art. 1, comma 779) che diventerà strutturale a partire dal 1 gennaio 2008, con priorità per le imprese in regola con tutti gli obblighi previsti dal d. lgs. n. 626/1994 e delle specifiche normative di settore le quali abbiano adottato piani pluriennali di prevenzione per l'eliminazione delle fonti di rischio e per il miglioramento delle condizioni di sicurezza e di igiene nei luoghi di lavoro, concordati con le parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e territoriale, anche all'interno di enti bilaterali e trasmessi agli Ispettorati del lavoro e non abbiano registrato infortuni nel biennio precedente alla data di richiesta di ammissione al beneficio (art. 1 commi 780-781).

autonomi e subordinati, nonché ai soggetti ad essi equiparati".

Il criterio della tutela mirata per determinate categorie e per specifiche tipologie di lavoro o di settori di attività si pone in linea con la raccomandazione del Consiglio Europeo del 18 febbraio 2003 n. 2003/134/Ce (in G.U.C.E. del 28 febbraio 2003), relativa al miglioramento della protezione della salute e della sicurezza sul lavoro dei lavoratori autonomi, ma lascia scoperte tutte quelle attività non facilmente riconducibili al lavoro autonomo o subordinato quali, ad esempio il volontariato o il lavoro dell'impresa familiare.

Tra i punti innovativi della delega figurano le previsioni riguardanti la *"riformulazione e razionalizzazione dell'apparato sanzionatorio"* amministrativo e penale che devono pertanto coordinarsi con le disposizioni contenute nella L. Finanziaria 2007 (art. 1 commi 1177 - 1179), con cui sono state aumentate fino al quintuplo gli importi delle sanzioni amministrative riguardanti le violazioni di norme in materia di lavoro, legislazione sociale, previdenza e tutela della sicurezza e salute nei luoghi di lavoro, entrate in vigore prima del 1 gennaio 1999, ad eccezione di quelli relativi alla violazione derivante dalla omessa istituzione o esibizione dei libri matricola e paga.

Maggiore attenzione viene attribuita al soggetto obbligato in ragione della sua responsabilità e delle funzioni svolte nonché della natura sostanziale o formale della violazione, con la previsione in particolare della *"modulazione delle sanzioni in funzione del rischio"*, riprendendo la formulazione ed i contenuti del D. Lgs.

del 19 dicembre 1994 n. 758¹⁴ in riferimento al c.d. "invito ad adempiere".

Le sanzioni penali dell'arresto e dell'ammenda diventano applicabili sono nei casi in cui le infrazioni, da individuarsi sulla scorta dei criteri ispiratori degli artt. 34 e 35 della L. n. 689/1981, violino gli *"interessi generali dell'ordinamento"* e la cui tipologia ne determina la gradualità entro i limiti massimi stabiliti, da comminarsi in via esclusiva oppure alternativa¹⁵.

Estendendo anche alla materia della sicurezza sul lavoro il regime sanzionatorio già introdotto in materia di criminalità economica e finanziaria, sono state introdotte sanzioni pecuniarie ed interdittive nei confronti delle persone giuridiche¹⁶ per i reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose, ove commessi in violazione delle norme di sicurezza e salute sul lavoro, fatto salvo il principio contenuto nell'art. 24 Cost. sulla responsabilità penale dei soggetti coinvolti.

Si prospetta il potenziamento degli Organismi Paritetici territoriali *"anche*

¹⁴ **D. Lgs. 19 dicembre 1994, n. 758** (in Suppl. ordinario alla G.U., 26 gennaio, n. 21) - Modificazioni alla disciplina sanzionatoria in materia di lavoro.

¹⁵ Ammenda fino ad € 20.000 per le infrazioni formali; arresto fino a 3 anni per le infrazioni di particolare gravità; arresto fino a 3 anni (attualmente 6 mesi) o ammenda fino ad €100.000 (oggi €4.000) negli altri casi; pagamento di una somma di denaro fino ad €100.000 per le infrazioni non punite con sanzione penale (sanzione amministrativa pecuniaria).

¹⁶ **D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231** (in G.U., 19 giugno, n. 140) - Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300.

quali strumenti di aiuto alle imprese nella individuazione di soluzioni tecniche e organizzative dirette a migliorare la tutela della salute e sicurezza sul lavoro" rispetto alle funzioni attribuite loro dall'art. 20 D. Lgs. n. 626/1994¹⁷, nonché il coordinamento delle attività della Commissione consultiva permanente a livello nazionale con quella dei Comitati Regionali (attualmente organismi solo interistituzionali), riservando alle Regioni "forme di consultazioni delle parti sociali". Tale coordinamento, finalizzato alle scelte di iniziative formative, si estrinseca attraverso la gestione delle stesse ad opera degli Organismi Paritetici ed alla loro realizzazione, a livello territoriale, da parte di Comitati regionali di Coordinamento. La verifica della qualità della formazione deve essere effettuata con un sistema di certificazione condiviso, garantito dal

¹⁷ **D. Lgs. 19 settembre 1994, n. 626** (in Suppl. ordinario alla G. U., 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.

Art. 20. Organismi paritetici.

1. A livello territoriale sono costituiti organismi paritetici tra le organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori, con funzioni di orientamento e di promozione di iniziative formative nei confronti dei lavoratori. Tali organismi sono inoltre prima istanza di riferimento in merito a controversie sorte sull'applicazione dei diritti di rappresentanza, informazione e formazione, previsti dalle norme vigenti.

2. Sono fatti salvi, ai fini del comma 1, gli organismi bilaterali o partecipativi previsti da accordi interconfederali, di categoria, nazionali, territoriali o aziendali.

3. Agli effetti dell'art. 10 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, gli organismi di cui al comma 1 sono parificati alla rappresentanza indicata nel medesimo articolo.

servizio pubblico, all'interno di un "sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi".

Il percorso dovrebbe pertanto riguardare, in primo luogo, le figure aziendali (datore di lavoro, dirigenti, preposti) tenuti alla verifica del rispetto delle misure di prevenzione.

Sempre al fine di promuovere la cultura della prevenzione è stato previsto, a carico dell'I.N.A.I.L., il finanziamento degli investimenti in materia di salute e sicurezza a favore delle piccole e medie imprese e "l'inserimento della materia della salute e sicurezza sul lavoro nei programmi scolastici ed universitari e nei percorsi di formazione".

In linea con quanto previsto dall'art. 36 *bis* D.L. n. 223/2006 (c.d. Decreto BERSANI)¹⁸ si dispone il "coordinamento delle strutture centrali e territoriale di vigilanza" (Ispettorato del lavoro, A.S.L., I.N.A.I.L., I.N.P.S., Ispettorato in materia fiscale), non solo in materia di sicurezza, ma anche per contrastare il lavoro sommerso, irregolare, minorile ed extracomunitario, oltretutto per impedire contestazioni di inadempimenti relativi a periodi anteriori all'ultima ispezione¹⁹.

E' prevista, infine, una riserva di benefici ed incentivi pubblici alle imprese che, oltre a rispettare la

¹⁸ **D. L. 4 luglio 2006, n. 223**, (in G.U., 4 luglio, n. 153) - Decreto convertito, con modificazioni, in l. 4 agosto 2006, n. 248 (in Gazz. Uff., 11 agosto, n. 186, S.O.). 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.

¹⁹ Cfr. G. DONDOI, *Vigilanza e controlli*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, Salute e Sicurezza: per una gestione integrata dei rischi di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 247.

normativa in materia di sicurezza, applichino i contratti collettivi e dimostrino di aver correttamente adempiuto agli obblighi contributivi ed assicurativi. L'incentivo premiale si pone quale anello di collegamento dei provvedimenti in precedenza emanati per contrastare il lavoro nero ed irregolare, a partire dalle norme di attuazione della c.d. "Legge BIAGI" (art. 86, comma 10, D. Lgs. n. 276/2003) per il settore dell'edilizia - che istituivano il documento unico di regolarità contributiva (d.u.r.c.) rilasciato da I.N.P.S., I.N.A.I.L. e Casse edili²⁰ - e l'art. 36 *bis* del D.L. n. 223/2006 che, come già detto, prevede misure per l'emersione e la regolarizzazione dei rapporti di lavoro contenute nella L. Finanziaria 2007, nonché con il D. lgs. n. 163/2006²¹ (c.d. Codice degli appalti) che estende la responsabilità solidale del committente per il pagamento delle retribuzioni e dei contributi dovuti ai dipendenti dell'appaltatore anche ai casi di subappalto.

4. Considerazioni.

Pur contenendo l'emanando provvedimento corposi principi guida, appare tuttavia carente e talvolta contraddittorio in alcuni punti essenziali.

Innanzitutto, piuttosto che contem-

²⁰ Con le circolari I.N.A.I.L., 25 luglio 2005 n. 38 e I.N.P.S., 26 luglio 2005 n. 92, dal testo unificato approvato dal Ministero del lavoro si è data attuazione al protocollo d'intesa sottoscritto il 15 aprile 2004 tra le associazioni di categoria delle parti sociali e gli enti previdenziali per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva (d.u.r.c.).

²¹ **D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163**, (in Suppl. ord. n. 107, alla G.U., 2 maggio, n. 100) - Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

plare nei criteri direttivi della delega, il campo di applicazione oggettivo e soggettivo della normativa di sicurezza, con riferimento alla Pubblica Amministrazione, sarebbe stato più opportuno riferirsi esplicitamente agli ampi parametri contenuti nell'art. 2087 cod. civ. (*la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica*) che costituiscono il riferimento prioritario per la determinazione dei **principi fondamentali**, riservati alla legislazione statale, entro i quali esercitare la competenza concorrente delle Regioni.

Dubbi interpretativi sussistono anche in merito alla previsione della **semplificazione**, per le piccole e medie imprese, degli "*adempimenti meramente formali*", che dovrebbe escludere dal campo di applicazione delle sanzioni soltanto la mancata convocazione della riunione periodica, lasciando invariati gli ulteriori obblighi: della redazione del documento di valutazione dei rischi o autocertificazione; della tenuta del registro degli infortuni; della comunicazione ai servizi di vigilanza del nominativo del responsabile del servizio di prevenzione e protezione (r.s.p.p.).

Contraddittorio appare anche il riferimento alla "*revisione dei requisiti e delle funzioni dei soggetti del sistema di prevenzione aziendale*" in quanto si identificano tali soggetti con gli stessi rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza territoriale (r.l.s.t.), che tuttavia non hanno un ruolo tecnico e quindi qualificato, ma solo rappresentativo e, soprattutto, agiscono prioritariamente a livello territoriale.

Inoltre, la previsione dell'esclusione di qualsiasi onere finanziario a carico dei lavoratori **dipendenti** appare non solo peggiorativa rispetto alla

normativa preesistente in materia, ma addirittura contraddittoria del principio di estensione della tutela contenuto nella delega.

Infine il testo della delega trascura del tutto di definire, relativamente alla certificazione della formazione, cosa si debba intendere per **sistema di qualificazione delle imprese** e, pertanto, necessita di opportune integrazioni.

Daniela CERVELLERA

I LAVORI

Lavoro dei detenuti: attribuita la competenza al giudice ordinario. Un passo forse inutile verso l'assimilazione al lavoro libero.

(nota a Corte Costituzionale n. 341 del 27 ottobre 2006)

La sentenza della Corte Costituzionale n. 341 del 27 ottobre 2006 ha trasformato (e sfigurato) il riparto delle competenze in materia di lavoro carcerario.

Con la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 69, co. 6, lett. a), legge n. 354 del 1975, la Consulta, nel pur lodevole tentativo di avvicinare ulteriormente il lavoro dei detenuti al cd. lavoro libero, ha assoggettato tutte le controversie tra detenuto e datore di lavoro (sia che si tratti della stessa Amministrazione penitenziaria, sia che si tratti di altro datore di lavoro) al rito ordinario ed alle regole "comuni" che presiedono al riparto della competenza tra uffici giudiziari.

Secondo la normativa dichiarata incostituzionale, in determinate materie (*attribuzione della qualifica lavorativa, mercede, remunerazione, svolgimento di attività di tirocinio e di lavoro, assicurazioni sociali*) il detenuto-lavoratore poteva far valere i propri diritti soltanto attraverso un procedimento speciale (nelle forme del rito camerale) che prevedeva esclusivamente la possibilità per l'interessato e per l'amministrazione penitenziaria "di presentare memorie".

Tale assetto, secondo quanto si legge nella motivazione della sentenza, era incostituzionale in quanto: 1) non

assicurava al detenuto una difesa nei suoi tratti essenziali equivalente a quella offerta dall'ordinamento a tutti i lavoratori (poiché era consentito un contraddittorio puramente cartolare); 2) non assicurava adeguata tutela al datore di lavoro, posto che all'amministrazione penitenziaria era consentita solo la presentazione di memorie, ed il terzo eventualmente interessato quale controparte del lavoratore (nei casi di lavoro presso terzi) restava addirittura escluso dal contraddittorio, pur essendo comunque destinatario della decisione del magistrato di sorveglianza.

Orbene, tale pronuncia della Consulta è (forse) inopportuna nei limiti in cui incide sui rapporti di lavoro instaurati tra detenuto ed Amministrazione penitenziaria; ed è (certamente) superflua nella parte in cui dispiega i suoi effetti sui rapporti di lavoro instaurati tra detenuto e datore di lavoro "terzo".

Per comprendere ciò, conviene anzitutto muovere dalla distinzione tra lavoro prestato alle dirette dipendenze dell'Amministrazione penitenziaria (cd. "lavoro domestico") e lavoro prestato all'interno dell'istituto di pena alle dipendenze di terzi datori di lavoro.

Tale distinzione è fondamentale in quanto consente di comprendere quale

fosse effettivamente l'assetto normativo prima della pronuncia della Corte, e conseguentemente comprendere quale fosse l'ambito di applicazione della disposizione dichiarata incostituzionale.

Competenza in materia di lavoro presso terzi - Se infatti è pacifico che l'art. 69, co. 6, dovesse applicarsi alle ipotesi di lavoro cd. domestico, dubbio invece è che la disposizione potesse trovare applicazione anche al lavoro prestato alle dipendenze di terzi, come invece implicitamente presupposto dal Giudice delle Leggi.

Come già altrove più compiutamente argomentato (cfr. CARDANOBILO-BRUNO-BASSO- CARECCIA, *Il lavoro dei detenuti*, Cacucci Editore, Bari, 2007, pagg. 76 e ss.), è infatti necessario evidenziare che nel lavoro inframurario alle dipendenze di terzi, se da un lato il rapporto certamente "risente" del regime restrittivo cui è sottoposto il lavoratore in ragione della sua soggezione alla pena, è pur vero che detto rapporto lavorativo, in quanto ontologicamente autonomo rispetto a quello punitivo, è certamente regolato da quelle stesse norme che disciplinano il lavoro libero, proprio perché gli aspetti lavorativi vengono perfettamente a scindersi da quelli punitivi (attinenti al rapporto detenuto-Stato).

A fronte di tale incontestabile rilievo, è evidente che, anche sotto la vigenza dell'art. 69, co. 6, nelle controversie tra il datore di lavoro ed il detenuto la disposizione di cui allo stesso articolo *non poteva trovare applicazione*, null'affatto rilevando tra le parti lo stato di detenzione del lavoratore e restando dunque tale *status detentionis* fisiologicamente irrilevante sul piano del rapporto di lavoro (nello stesso senso si

era espressa anche M. VITALI, *Il lavoro penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2001, pag. 34).

Per tali ragioni, in materia di lavoro presso terzi, la competenza, lungi dal sussistere in capo alla Magistratura di Sorveglianza, come creduto dalla Corte, *doveva invece già essere regolata dalla disciplina ordinaria*, con conseguente assoggettamento al rito del lavoro ex art. 409 c.p.c. (nei limiti in cui in cui si fosse configurato un rapporto di lavoro subordinato).

Pertanto, se è vero che il rito camerale non era applicabile a tali fattispecie, è evidente che la sentenza della Corte Costituzionale è assolutamente superflua, in quanto l'assetto normativo vigente, in verità, già prevedeva l'assoggettamento delle controversie tra detenuto e datore di lavoro terzo alla competenza ed al rito normalmente previsti per le controversie di lavoro.

Proprio per questo, alla luce della interpretazione ora veduta e della semplice "inapplicabilità" dell'art. 69 cit. ai rapporti di lavoro con datori di lavoro terzi, la Consulta, considerato che nel giudizio *a quo* ricorreva proprio la fattispecie del lavoro presso terzi, avrebbe dovuto rilevare tale circostanza e rigettare la sollevata questione di costituzionalità per irrilevanza della stessa ai fini della decisione della causa principale (il giudizio dinanzi al Magistrato di Sorveglianza di Pisa - che con ord. del 17 novembre 2005 aveva rimesso alla Corte Cost. la qlc. - era stato infatti promosso da un detenuto che prestava lavoro alle dipendenze di un datore di lavoro terzo).

Competenza in materia di lavoro domestico - Sotto altro profilo, e segnatamente per quel che riguarda gli effetti della sentenza della Corte

Costituzionale sui rapporti di lavoro dei detenuti alle dirette dipendenze dell'Amministrazione penitenziaria, la decisione è poi quantomeno discutibile.

Infatti, poiché la Corte non ha limitato la declaratoria di incostituzionalità alle sole ipotesi di lavoro presso terzi, la pronuncia inevitabilmente interessa anche il lavoro prestato alle dirette dipendenze dell'Amministrazione penitenziaria e comporta l'assoggettamento delle "controversie di lavoro" tra detenuto ed Amministrazione al rito ordinario, piuttosto che, come accadeva sotto la vigenza dell'art. 69, al più celere procedimento camerale di cui all'art. 14 *ter*.

Pur essendo evidentemente apprezzabile il tentativo di avvicinare il lavoro domestico al lavoro libero, nella specie non si può non rilevare che sussistono diverse ragioni che avrebbero suggerito una diversa scelta. Infatti, poiché la questione di costituzionalità era stata sollevata con riferimento al lavoro presso terzi, bene sarebbe stato, al più, limitare la declaratoria di incostituzionalità a tali fattispecie soltanto, rinviando la eventuale estensione anche alle ipotesi di lavoro domestico ad una distinta e più attenta valutazione degli effettivi interessi in gioco.

L'estensione della disciplina - processuale - ordinaria ai rapporti di lavoro tra detenuto e amministrazione penitenziaria è inopportuna essenzialmente per due ragioni.

Anzitutto: è davvero tutta da immaginare una situazione nella quale il detenuto convenga in un giudizio ordinario a cognizione piena ed esauriente l'Amministrazione penitenziaria per far valere le proprie ragioni in ordine al rapporto di lavoro... Se si considera che i tempi medi di un giudizio

ordinario non sono inferiori ai 2 anni, quale detenuto, realisticamente, promuoverà un giudizio tanto lungo?

Peraltro, non essendo il rapporto tra detenuto ed Amministrazione penitenziaria propriamente qualificabile in termini di "rapporto di lavoro subordinato", il giudizio di cognizione dovrebbe (e dovrà) celebrarsi nelle forme, non già del rito del lavoro, bensì del rito ordinario, la cui durata media è certamente superiore ai 3 anni (sulla circostanza che nel rapporto di lavoro detenuto-Amm. Penit. non sussista la "subordinazione", si rinvia a tutto quanto già esposto nel cit. CARDANOBILO-BRUNO-CARECCIA-BASSO, *Il lavoro dei detenuti*, cit., pagg. 23 e ss.).

In secondo luogo: nel rito camerale di cui all'art. 14 *ter* (al quale rinvia l'art. 69), l'Amministrazione ed il detenuto godevano di pari tutela processuale, potendo entrambi presentare memorie. Conseguentemente, in tali fattispecie, non si realizzava affatto la situazione stigmatizzata dalla Corte (secondo la quale un terzo - datore di lavoro - sarebbe rimasto escluso dal contraddittorio, pur essendo destinatario della pronuncia del magistrato di sorveglianza), appunto perché nelle fattispecie di lavoro domestico non esiste un "terzo datore di lavoro".

Per cui, anche sotto tale profilo, opportuno sarebbe stato distinguere la fattispecie del lavoro domestico da quella del lavoro presso terzi.

E' infatti chiaro che il procedimento camerale di cui all'art. 14 *ter*, per le fattispecie di lavoro domestico, era effettivamente il più idoneo ed il più "appropriato", poiché da un lato garantiva l'equiparazione processuale delle parti, e dall'altro offriva celerità in un giudizio avente ad oggetto rapporti

che, in ogni caso, *non sono rapporti di lavoro subordinato*.

Conclusivamente - Si può affermare che il tentativo operato dalla Corte Costituzionale di avvicinare il lavoro carcerario al lavoro libero è certamente apprezzabile.

La distinzione tra le diverse ipotesi di lavoro carcerario, tuttavia, avrebbe dovuto essere considerata più attentamente. Al fine di garantire che il nuovo assetto normativo sia effettivamente ispirato a criteri di uguaglianza sostanziale ed equità, si sarebbero dovute considerare sino in fondo le conseguenze della operata equiparazione del lavoro carcerario al lavoro libero.

L'equiparazione formale delle due diverse fattispecie non elimina la differenza sostanziale che continua ad esistere tra lavoratori che sono reclusi e lavoratori che non lo sono: ed anzi, proprio perché le differenze continuano a sussistere, l'assimilazione sul piano formale rischia di tradursi in uno svantaggio.

Solitamente, quando vi sono disequaglianze, coloro che si ritengono "discriminati" hanno interesse a rilevare tale discriminazione nei limiti in cui la parificazione sostanziale comporti effettivamente dei vantaggi.

La patologica lunghezza dei giudizi, ai quali i lavoratori liberi sono tristemente abituati, era probabilmente una di quelle ipotesi per le quali l'equiparazione tra lavoro carcerario e lavoro libero... poteva attendere.

Fabio CARDANOBILO

* * *

**CORTE COSTITUZIONALE,
27 OTTOBRE 2006, N. 341**

Fatto

1. - Con ordinanza del 17 novembre 2005 il Magistrato di sorveglianza di Pisa ha sollevato, con riferimento agli artt. 3, 24, primo e secondo comma, 27, primo e terzo comma, 81, quarto comma, 97 e 111 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, sesto comma, lettera a), della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure private e limitative della libertà), nella parte in cui prevede la competenza del magistrato di sorveglianza «sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti l'osservanza delle norme riguardanti l'attribuzione della qualifica lavorativa, la mercede e la remunerazione, nonché lo svolgimento delle attività di tirocinio e di lavoro e le assicurazioni sociali».

Avanti al rimettente è stata riassunta, nelle forme risultanti dal combinato disposto degli artt. 14-ter e 69, sesto comma, della legge n. 354 del 1975, una controversia già promossa da un detenuto, presso il giudice del lavoro, ai sensi dell'art. 409 del codice di procedura civile. Si trattava, nella specie, di domanda volta ad ottenere l'accertamento della natura subordinata del rapporto di lavoro già intrattenuto tra il ricorrente ed un'impresa privata (con prestazioni erogate all'interno dell'istituto penitenziario), nonché della illegittimità del licenziamento intimato, con conseguente condanna del datore di lavoro al pagamento di somme. Il tribunale adito, con sentenza del 27 aprile 2005, aveva dichiarato la propria incompetenza, individuando l'odierno giudice a quo quale magistrato di sorveglianza competente a norma dell'art. 69 della citata legge n. 354 del 1975.

1.1. - Il rimettente, premesso che il principio

applicato dal giudice del lavoro è asseverato da ripetute pronunce della Corte di cassazione, e costituisce ormai «diritto vivente», ritiene che le caratteristiche del procedimento di sorveglianza - per quanto lo stesso abbia assunto piena natura giurisdizionale con l'introduzione dell'art. 14-ter dell'ordinamento penitenziario, ad opera dell'art. 2 della legge 10 ottobre 1986, n. 663 (Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà) - non siano compatibili con le esigenze di difesa e contraddittorio tipiche delle controversie di lavoro.

Rileva il giudice a quo, in particolare, che la procedura regolata dal citato art. 14-ter non prevede la partecipazione diretta del detenuto, il quale è rappresentato dal difensore e può soltanto presentare memorie, mentre la sua controparte, individuata nell'amministrazione penitenziaria, non è presente all'udienza neppure per il tramite di un difensore, posto che tale non può essere considerato il pubblico ministero, il quale invece è parte necessaria del procedimento. Una disciplina siffatta implicherebbe, per entrambi i soggetti del rapporto controverso, la violazione dei principi fissati nel primo e nel secondo comma dell'art. 24 Cost. Il diritto di difesa della parte opposta al lavoratore detenuto, poi, sarebbe illecitamente compresso anche in quanto il solo lavoratore, a parere del rimettente, potrebbe impugnare, mediante ricorso per cassazione, l'ordinanza assunta dal magistrato di sorveglianza in conclusione del procedimento. Da questa stessa regola sortirebbe una ulteriore violazione di rilievo costituzionale, riferibile al principio di parità tra le parti sancito nel secondo comma dell'art. 111 Cost.

1.2. - Il giudice a quo ritiene, inoltre, che la disciplina della competenza territoriale nel procedimento di sorveglianza (art. 677 del codice di procedura penale) sia priva di funzionalità, nel caso di trasferimento del detenuto, rispetto alle esigenze di accerta-

mento dei fatti rilevanti per la soluzione della controversia di lavoro, essendo riferita al luogo di detenzione dell'interessato al momento del reclamo, e non al tempo della prestazione lavorativa, e comportando oltretutto la partecipazione al giudizio di un soggetto diverso da quello coinvolto nel rapporto (cioè il responsabile dell'istituto di detenzione del reclamante nel momento del giudizio e non quello dell'istituto ove l'interessato fosse ristretto al tempo della prestazione). In tali circostanze, secondo il giudice a quo, si determinerebbe una violazione del principio di buon andamento dell'amministrazione, anche per quanto riguarda l'organizzazione degli uffici giudiziari (art. 97 Cost.). Lo stesso parametro sarebbe poi violato per effetto dell'attribuzione di una competenza concernente questioni specialistiche ad un giudice la cui preparazione professionale concerne materie completamente diverse.

1.3. - Il rimettente prospetta, ancora, una illegittima discriminazione, rilevante ex art. 3 Cost., tra i lavoratori detenuti e quelli non assoggettati a limitazioni della libertà personale. La differenza di trattamento, già considerata ragionevole dalla giurisprudenza di legittimità sulla base delle peculiarità attribuite al lavoro penitenziario, sarebbe ormai incompatibile con l'attuale assimilazione del rapporto di lavoro dei detenuti al rapporto di lavoro ordinario, che questa stessa Corte avrebbe sancito, intervenendo sul diritto ad un periodo feriale retribuito, con la sentenza n. 158 del 2001. Detta assimilazione sarebbe particolarmente significativa, a parere del giudice a quo, quando il rapporto di lavoro viene istituito, come nella specie, con un'impresa privata ed estranea all'amministrazione penitenziaria, mediante stipulazione di un ordinario contratto e con espresso rinvio alle norme corrispondenti del codice civile e della contrattazione collettiva. Non vi sarebbe dunque ragione di assicurare al lavoratore detenuto una tutela meno intensa di quella riconosciuta ad ogni altro lavoratore, come ad esempio avviene attraverso la regola di

immediata esecutività della sentenza di primo grado nel rito del lavoro (regola non applicabile, a dire del rimettente, all'ordinanza del magistrato di sorveglianza). Del resto, osserva il giudice a quo, non esisterebbe un principio di necessaria competenza del magistrato di sorveglianza per la tutela dei diritti soggettivi del detenuto, neppure quando la controparte sia rappresentata dall'amministrazione penitenziaria, come dimostrerebbe la competenza riconosciuta al giudice civile per fatti che comportino responsabilità risarcitoria nei confronti dei detenuti.

1.4. - Una grave carenza di tutela - prosegue il rimettente - si riscontra anche con riferimento alla posizione del datore di lavoro coinvolto nella controversia, il quale, nella generalità dei casi, resta completamente estraneo al procedimento camerale celebrato dal magistrato di sorveglianza. La questione non potrebbe essere risolta (come talvolta si è fatto dalla giurisprudenza) individuando nell'amministrazione, sempre e comunque, la controparte del detenuto lavoratore. In questa prospettiva tutti gli oneri nascenti dal rapporto di lavoro, compresi quelli retributivi e previdenziali, andrebbero riferiti proprio all'amministrazione, attribuendole un ruolo improprio di interposizione e garanzia, e costringendola a costose azioni di recupero dall'esito incerto (senza che per gli oneri corrispondenti sia stata prevista dalla legge la necessaria copertura, in ossequio alla disposizione di cui all'art. 81, quarto comma, Cost.). La responsabilità surrogatoria, d'altra parte, si estenderebbe ai casi di infortunio e malattia professionale, anche sotto il profilo penale, con effetto incompatibile, secondo il rimettente, con il principio di personalità della responsabilità penale (art. 27, primo comma, Cost.).

Se, dunque, il rapporto di lavoro del detenuto può riguardare una parte estranea all'amministrazione penitenziaria, che rimane esclusa dal procedimento di cui agli artt. 14-ter e 69 dell'Ordinamento penitenziario,

risulta evidente, a parere del giudice a quo, l'incompatibilità tra la norma impugnata ed i principi fissati nei primi due commi dell'art. 24 Cost.

1.5. - Il rimettente ritiene, infine, che il complesso degli oneri attribuiti ai responsabili degli istituti penitenziari (oneri che addirittura coinciderebbero con quelli del datore di lavoro, ove fosse accolta la tesi giurisprudenziale della loro responsabilità surrogatoria per le obbligazioni assunte dalle imprese esterne) varrebbe a disincentivare l'azione istituzionale mirata al recupero dei detenuti attraverso il lavoro, così frustrando il principio di necessaria funzionalità rieducativa della pena (art. 27, terzo comma, Cost.).

2. - Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, è intervenuto nel giudizio con atto depositato il 7 febbraio 2006, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile e, comunque, infondata.

Il giudice a quo avrebbe ommesso, anzitutto, la necessaria ricerca di una soluzione interpretativa utile ad evitare la prospettata lesione di interessi costituzionalmente protetti. In effetti, se con formula tralascia le Sezioni unite civili della Corte suprema hanno più volte prospettato una competenza del magistrato di sorveglianza anche per le controversie riguardanti datori di lavoro diversi dall'amministrazione penitenziaria, non mancherebbero in giurisprudenza affermazioni, pur isolate, dell'opposto principio, cioè d'una competenza attribuita, nei casi in questione, secondo le regole del processo civile.

In ogni caso, sempre a parere dell'Avvocatura erariale, la questione sarebbe infondata. La deroga al criterio generale di competenza si giustificerebbe (nella prospettiva dell'art. 3 Cost.) per la peculiarità del lavoro carcerario, strumentale alla rieducazione del condannato e comunque fortemente influenzato, nel suo

svolgimento, dalla condizione detentiva del lavoratore. Pur quando intrattenuto con datori di lavoro esterni all'amministrazione, il rapporto si caratterizzerebbe per una disciplina particolare, anche nelle fonti (ad esempio la regolazione per mezzo di convenzioni tra l'amministrazione penitenziaria ed il terzo). Al procedimento delineato dal combinato disposto degli artt. 69 e 14-ter della legge n. 354 del 1975, d'altra parte, andrebbe ormai riconosciuta natura giurisdizionale piena, e dunque utile a garantire i diritti delle parti, sia pure con modalità particolari che riflettono la peculiarità del rapporto sottostante.

Le doglianze riferite all'art. 97 Cost., oltre che inammissibili perché relative ad una norma non impugnata (quella che determina la competenza territoriale del magistrato di sorveglianza) e perché formulate in modo generico, sarebbero anche infondate. La conduzione del procedimento ad opera del magistrato investito della giurisdizione nel luogo di attuale detenzione del lavoratore varrebbe, infatti, ad evitare complessi e costosi trasferimenti presso una sede giudiziaria diversa e, comunque, esterna al carcere.

Per quanto attiene al contraddittorio ed al diritto di difesa del datore di lavoro coinvolto nella controversia, l'Avvocatura dello Stato rileva che anche nei rapporti concernenti imprenditori privati il ruolo di controparte del lavoratore sarebbe riferibile all'amministrazione penitenziaria, la quale può partecipare al procedimento mediante produzione di memorie. Se così non fosse, per altro, il diverso datore di lavoro potrebbe far valere le proprie ragioni in un giudizio ulteriore, cui avrebbe diritto non avendo preso parte al procedimento avanti al magistrato di sorveglianza.

In un caso e nell'altro, il rimettente non avrebbe dato prova dell'eventualità di costi «riflessi» a carico dell'amministrazione penitenziaria, così risultando infondata anche l'ulteriore questione proposta ex art. 81 Cost.

Diritto

1. - Il Magistrato di sorveglianza di Pisa dubita della legittimità costituzionale dell'art. 69, sesto comma, lettera a), della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà) - nella parte in cui prevede la competenza del magistrato di sorveglianza, che giudica secondo la procedura di cui all'art. 14-ter della stessa legge, sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti l'osservanza delle norme riguardanti l'attribuzione della qualifica lavorativa, la mercede e la remunerazione, nonché lo svolgimento delle attività di tirocinio e di lavoro e le assicurazioni sociali - in relazione al disposto degli artt. 3, 24, primo e secondo comma, 27, primo e terzo comma, 81, quarto comma, 97 e 111 della Costituzione.

2. - La questione è fondata.

2.1. - Lo svolgimento di attività lavorative da parte dei detenuti contribuisce a rendere le modalità di espiazione della pena conformi al principio espresso nell'art. 27, terzo comma, Cost., che assegna alla pena stessa la finalità di rieducazione del condannato. Questa Corte ha precisato che il lavoro dei detenuti, lungi dal caratterizzarsi come fattore di aggravata afflizione, «si pone come uno dei mezzi di recupero della persona, valore centrale per il nostro sistema penitenziario non solo sotto il profilo della dignità individuale ma anche sotto quello della valorizzazione delle attitudini e delle specifiche capacità lavorative del singolo» (sentenza n. 158 del 2001).

Il legislatore ha enunciato con chiarezza lo stesso principio, specificando da una parte che «il lavoro penitenziario non ha carattere affittivo ed è remunerato» e dall'altra che «l'organizzazione e i metodi del lavoro penitenziario devono riflettere quelli del lavoro nella società libera al fine di far acquisire ai soggetti una preparazione professionale adeguata alle normali condizioni lavorative per agevolarne il

reinserimento sociale» (art. 20, secondo e quarto comma, della legge n. 354 del 1975).

Il lavoro dei detenuti, sia che venga svolto in favore dell'amministrazione penitenziaria, sia che venga effettuato - come avviene sempre più di frequente - alle dipendenze di terzi, implica una serie di diritti e obblighi delle parti, modulati sulla base contrattuale dei singoli rapporti instaurati. Questa Corte ha già chiarito che dal primato della persona umana, proprio del vigente ordinamento costituzionale, discende, come necessaria conseguenza, che i diritti fondamentali «trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti ad una restrizione della libertà personale i limiti ad essa inerenti, connessi alle finalità che sono proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione». Posta la indispensabile connessione tra riconoscimento dei diritti e possibilità di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale, deve essere sempre assicurato il rispetto delle «garanzie procedurali minime costituzionalmente dovute, quali la possibilità del contraddittorio, la stabilità della decisione e l'impugnabilità con ricorso per cassazione» (sentenza n. 26 del 1999).

2.2. - Secondo i principi sopra richiamati, si possono stabilire tre punti fermi nella materia in cui si inserisce la questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice rimettente.

Il primo consiste nella necessaria tutela giurisdizionale dei diritti nascenti dai rapporti di lavoro instauratisi nell'ambito dell'organizzazione penitenziaria. Tali diritti non sono soltanto quelli dei detenuti, ma anche quelli degli altri soggetti del rapporto, quali i datori di lavoro, che non devono subire indirettamente menomazioni della propria sfera giuridica per il solo fatto di aver stipulato contratti con persone sottoposte a restrizione della libertà personale.

Il secondo punto consiste nella possibilità che il legislatore ponga limiti ai diritti in questione in rapporto alla condizione restrittiva della libertà personale cui è

sottoposto il lavoratore detenuto. La configurazione sostanziale e la tutela giurisdizionale dei diritti nascenti dai rapporti di lavoro dei detenuti possono quindi non coincidere con quelle che contrassegnano il lavoro libero, se ciò risulta necessario per mantenere integre le modalità essenziali di esecuzione della pena, e per assicurare, con la previsione di specifiche modalità di svolgimento del processo, le corrispondenti esigenze organizzative dell'amministrazione penitenziaria. In altre parole, i diritti dei detenuti devono trovare un ragionevole bilanciamento nel diritto della collettività alla corretta esecuzione delle sanzioni penali.

Il terzo punto, derivante dai primi due, è costituito dalla illegittimità di ogni «irrazionale ingiustificata discriminazione», con riguardo ai diritti inerenti alle prestazioni lavorative, tra i detenuti e gli altri cittadini (sentenza n. 49 del 1992).

3. - La questione di legittimità sollevata dal giudice a quo deve essere esaminata alla luce dei punti fermi della giurisprudenza costituzionale fin qui citata.

3.1. - Non v'è dubbio che il detenuto abbia diritto a far valere in giudizio le pretese nascenti dalla prestazione di attività lavorative. È parimenti certo che sia il detenuto sia la sua controparte abbiano diritto ad un procedimento giurisdizionale basato sul contraddittorio, come imposto dagli artt. 24, secondo comma, e 111, secondo comma, Cost., i quali attribuiscono a tutte le parti un nucleo minimo di garanzie.

Se si valuta la norma impugnata nella prospettiva delle susposte garanzie costituzionali, si deve notare, in primo luogo, che la procedura camerale in essa prevista, tipica dei giudizi davanti al magistrato di sorveglianza, non assicura al detenuto una difesa nei suoi tratti essenziali equivalente a quella offerta dall'ordinamento a tutti i lavoratori, giacché è consentito un contraddittorio puramente cartolare, che esclude la diretta partecipazione del

lavoratore-detenuto al processo. Per altro verso, la disposizione non assicura adeguata tutela al datore di lavoro, posto che all'amministrazione penitenziaria è consentita solo la presentazione di memorie, e che il terzo eventualmente interessato quale controparte del lavoratore (situazione che ricorre nel caso oggetto del giudizio principale) resta addirittura escluso dal contraddittorio, pur essendo destinato, in ogni caso, a rispondere, in via diretta o indiretta, della lesione dei diritti spettanti al detenuto lavoratore, se accertata da una decisione del magistrato di sorveglianza.

Il procedimento di cui all'art. 14-ter della legge n. 354 del 1975, imposto dall'art. 69, sesto comma, lettera a), per tutte le controversie civili nascenti dalle prestazioni lavorative dei detenuti, comprime dunque in modo notevole le garanzie giurisdizionali essenziali riconosciute a tutti i cittadini. L'irragionevolezza di tale compressione viene in rilievo anche per l'assenza di esigenze specifiche di limitazione legate alla corretta esecuzione della pena. Eventuali problemi organizzativi derivanti da una maggiore garanzia del contraddittorio e della difesa in giudizio possono essere affrontati e risolti in modo razionale dall'amministrazione penitenziaria, senza che sia indispensabile attuare per legge il sacrificio di diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione. Il legislatore, nell'ambito della sua discrezionalità, può ben prevedere forme di svolgimento dei giudizi civili nascenti da prestazioni lavorative dei detenuti tali da essere compatibili con le esigenze dell'organizzazione penitenziaria e mantenere integro, nel contempo, il nucleo essenziale delle garanzie giurisdizionali delle parti.

3.2. - La disposizione impugnata non consente interpretazioni conformi alla Costituzione per la perentoria chiarezza della sua formulazione, che lega indissolubilmente la competenza del magistrato di sorveglianza alla procedura camerale di cui all'art. 14-ter della legge n. 354 del 1975, tipica di questo

giudice per scelta del legislatore. Tale esclusività di competenza, con conseguente necessaria applicazione delle suddette regole processuali, è stata affermata dalla Corte di cassazione, con orientamento costante e univoco, a partire dal 1999 (Sez. Un. civ., sentenza n. 490 del 1999). È stato escluso, in particolare, un anomalo diritto di scelta del detenuto, ammesso dalla giurisprudenza precedente, tra il rito camerale, previsto dalla norma impugnata come diretta conseguenza della competenza del magistrato di sorveglianza, e il rito ordinario previsto dall'ordinamento per le controversie individuali di lavoro.

Questa Corte ha precisato che la scelta del legislatore in favore del rito camerale non è illegittima in sé, ma solo nell'eventualità in cui non vengano assicurati lo scopo e la funzione del processo e quindi, in primo luogo, il contraddittorio (ex plurimis, sentenza n. 543 del 1989 e ordinanza n. 121 del 1994).

4. - La Costituzione non impone un modello vincolante di processo (ex plurimis, di recente, ordinanze n. 389 del 2005 e n. 386 del 2004). Occorre pertanto «riconoscere al legislatore un'ampia potestà discrezionale nella conformazione degli istituti processuali, col solo limite della non irrazionale predisposizione di strumenti di tutela, pur se tra loro differenziati» (sentenza n. 180 del 2004). La stessa discrezionalità il legislatore possiede nella disciplina della competenza (sentenza n. 206 del 2004). La norma impugnata, tuttavia, non si limita ad individuare una specifica competenza in capo ad un determinato ufficio giudiziario, ma detta, con stretta consequenzialità, regole processuali inidonee, se riferite alle controversie di lavoro, ad assicurare un nucleo minimo di contraddittorio e di difesa, quale spetta a tutti i cittadini nei procedimenti giurisdizionali. Si deve rilevare pertanto una violazione - da parte dell'art. 69, sesto comma, lettera a), della legge n. 354 del 1975 - degli artt. 24, secondo comma, 111, secondo comma, e 3, primo comma, della

Costituzione.

5. - Restano assorbiti gli altri profili di illegittimità costituzionale, riguardanti la medesima norma, contenuti nell'ordinanza di rimessione.

P.Q.M

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, sesto comma, lettera a), della legge 26 luglio 1975, n. 374 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà).

Così deciso in Roma, (...).

PRIME PRONUNCE GIURISPRUDENZIALI SUL LAVORO A PROGETTO

SOMMARIO: *Premessa. 2) Le sentenze di merito sul contratto di collaborazione a progetto. 3) Il possibile ruolo della certificazione.*

1) Premessa.

Il tema dell'individuazione dei requisiti della fattispecie del lavoro a progetto ha animato in questi anni un intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

Al fine di individuare i precisi confini della questione in esame non si può prescindere da un breve inquadramento della problematica del lavoro a progetto nell'ambito dei profili sia teorici che pratici connessi

³⁹.

La forte istanza, anche di respiro europeo, di garantire l'occupazione ha trovato qualche risposta nella Legge n. 30 del 2003 (Delega in materia di occupazione e mercato del lavoro) dal cui decreto attuativo D. Lgs. 276 del 2003 sono derivate sia nuove tipologie contrattuali per il lavoro subordinato, sia un'innovativa regolamentazione del lavoro parasubordinato incentrata soprattutto sulla figura del collaboratore a progetto.

La riforma del mercato del lavoro, infatti, ha integrato la disciplina della collaborazione coordinata e continuativa introducendo l'obbligo di ricollegare l'instaurazione del rapporto alla realizzazione di uno o più progetti

all'inquadramento delle forme contrattuali nel panorama lavoristico.

La crisi del mercato del lavoro e l'eccessivo costo del lavoro subordinato ad essa connesso, hanno portato allo sviluppo, nel nostro ordinamento come in altri sistemi occidentali, di forme di lavoro improntate al nuovo concetto di flessibilità.

Il ricorso all'utilizzo di forme contrattuali "atipiche" che da un lato rendono l'offerta di lavoro più adattabile ai mutamenti del mercato, dall'altro sono ben lontane dal rigido schema del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, consentono al datore di lavoro di contenere il costo del lavoro specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati⁴⁰.

Tuttavia, continuano a sussistere ulteriori forme di collaborazione coordinata e continuativa per le quali il legislatore non ha previsto la necessità del riferimento ad un progetto, quali quelle contemplate ai commi secondo e terzo dell'art. 61 del D. Lgs. 276/2003, gli incarichi di vendita di cui alla L. 173/2005, i contratti di agenzia e rappresentanza commerciale, i rapporti con le P.A..

Risulta, pertanto, errata l'affermazione di chi ritiene che non esistano più i "CO.CO.CO." in quanto sostituiti dai lavoratori a progetto.

Al riguardo, riprendendo l'autorevole distinzione operata da Ascarelli (cit.) tra norme che individuano la fattispecie

³⁹ Gaetano Veneto, *Lezioni di diritto del lavoro*, Adriatica Editrice, Bari, 2005, pag. 208

⁴⁰ Francis Lefebvre, Ed. IPSOA, 2005, pag. 165.

(ossia che operano una ricostruzione tipologica della realtà) e norme precettive (ossia che dettano la regola), pare lecito sostenere che il lavoro a progetto rientra nella collaborazione coordinata e continuativa in quanto le norme che impongono la sussistenza di un progetto sono riconducibili alle norme precettive, non attenendo alla fattispecie ma alla regolazione giuridica.

Volendo ora precisare la nozione della **collaborazione coordinata e continuativa** occorre far riferimento a precisi requisiti che devono connotare il rapporto di lavoro:

- **assenza** di un vincolo di **subordinazione**;
- **rapporto unitario e continuativo**: la prestazione non deve essere meramente occasionale ma deve perdurare nel tempo e deve comportare un impegno costante del collaboratore a favore del committente;
- prestazione resa a favore di un committente;
- **collaborazione** intesa come attività finalizzata al raggiungimento di scopi determinati da altri⁴¹;
- **totale autonomia** del collaboratore nella scelta delle modalità di adempimento della prestazione che, tuttavia, deve essere svolta in funzione delle finalità e delle necessità organizzative dell'imprenditore⁴²;
- **coordinamento**, ossia la possibilità per il datore di lavoro di fornire delle direttive al collaboratore nei limiti dell'autonomia di quest'ultimo;
- **personalità** della prestazione, ossia il collaboratore può impiegare altri mezzi o avvalersi di altri soggetti a

condizione che sia preminente il suo personale apporto lavorativo⁴³;

Il lavoro a progetto rientra nell'ambito delle collaborazioni coordinate e continuative essendo caratterizzato oltre che dal requisito essenziale di uno specifico **progetto, programma di lavoro o fase di esso** anche:

- dell'**autonomia** del collaboratore;
- della **coordinazione** con il committente;
- dall'**irrilevanza dell'articolazione del tempo impiegato**.

Il Ministero del Lavoro, nella Circolare Min. Lav. 8/1/2004, n. 1, ha chiarito le caratteristiche degli elementi essenziali del lavoro a progetto statuendo che:

- il **progetto** consiste in un attività ben identificabile e collegata ad un risultato finale connesso all'attività accessoria o principale dell'impresa;
- il **programma** consiste in un tipo di attività cui non è direttamente riconducibile un risultato finale. Il programma di lavoro o la fase di esso si caratterizzano, infatti, per la produzione di un risultato solo parziale destinato ad essere integrato, in vista di un risultato finale, da altre lavorazioni e risultati parziali. Poiché la *ratio* di questa legge è quella di contenere il ricorso a queste forme di collaborazione coordinata e continuativa e le conseguenti fughe dallo schema del lavoro subordinato è richiesto all'interprete di adottare una interpretazione restrittiva dei termini "progetto, programma, base". Conseguentemente dovrebbe ritenersi legittimo il ricorso alla

⁴¹ Cass. 21/2/1998 n. 1897.

⁴² Cass. 8/1/1999 n. 92

⁴³ Circ. INAIL 11/4/2000, n. 32; Cass. 24/1/1998, n. 709

- forma contrattuale in esame solo in presenza di situazioni produttive particolari o che necessitano del coinvolgimento di soggetti forniti di specifiche competenze non presenti nell'organizzazione imprenditoriale;
- la scelta dei **tempi e delle modalità** deve essere rimessa al collaboratore. L'interesse del committente, infatti, è relativo al perfezionamento del risultato pattuito e non, come avviene nel lavoro subordinato, alla disponibilità di una prestazione eterodiretta;
 - la **durata** è determinata o determinabile in funzione delle caratteristiche del progetto, del programma di lavoro o della fase di esso;
 - il **coordinamento**: poiché il collaboratore a progetto può operare all'interno del ciclo produttivo del committente, egli deve necessariamente coordinare la propria prestazione con le esigenze dell'organizzazione del committente.

Il coordinamento può essere riferito sia ai tempi di lavoro che alle modalità di esecuzione del progetto o del programma di lavoro, ferma restando l'impossibilità del committente di richiedere una prestazione o un'attività esulante dal progetto o programma convenuto⁴⁴.

Il tipo contrattuale del lavoro a progetto introdotto con la riforma Biagi, è nettamente distinto sia dal lavoro subordinato (2094 e ss cc) sia dal lavoro autonomo (2222 e ss. c.c.).

La collaborazione nel lavoro subordinato si svolge alle dipendenze e sotto la direzione del datore di lavoro ed è la principale espressione di quel vincolo di soggezione del prestatore

rispetto al potere direttivo, disciplinare e gerarchico del datore di lavoro.

Se, quindi, nel lavoro subordinato, la collaborazione implica la soggezione, nel lavoro parasubordinato la collaborazione si traduce in una prestazione qualificata da un potere di coordinazione.

L'assenza della collaborazione intesa come soggezione del collaboratore è l'elemento (negativo) che accomuna le forme di lavoro parasubordinato e il lavoro autonomo.

L'elemento, che, invece, distingue in positivo la categoria dei lavoratori a progetto dal lavoro autonomo ex 2222 e ss. cod. civ. è rinvenibile nella circostanza che nei "CO.CO.CO." vi è una forma di assoggettamento del debitore rispetto al creditore della prestazione.

In altri termini, i rapporti di lavoro che rientrano nella categoria della parasubordinazione esigono che il prestatore che viene chiamato a collaborare per l'esecuzione di un progetto sia in qualche modo assoggettato al fine di realizzare quello che il creditore richiede.

Sebbene il tratto distintivo vada, quindi, ricercato nella coordinazione, i termini eccessivamente generici utilizzati nella normativa vigente hanno creato agli operatori del diritto non pochi problemi di ordine interpretativo.

E' opinione diffusa e largamente condivisibile che la riforma Biagi si inserisce in una situazione fortemente caotica del mercato del lavoro caratterizzata da un uso smodato da parte dell'imprenditoria dei contratti CO.CO.CO.

Si verificavano, infatti, ipotesi in cui taluni rapporti di lavoro subordinato erano mascherati da rapporti di lavoro autonomo allo scopo di eludere gli oneri della contribuzione, della contrattazione collettiva, nonché dai

⁴⁴ Francis Lefebvre, Memento Pratico, Ed., IPSOA, 2005, pag. 167

vincoli derivanti dalle tutele previste a favore dei lavoratori subordinati.

Allo stato non è chiaro ancora, almeno statisticamente, se il tentativo condotto con la riforma Biagi di regolamentare il comportamento della collaborazione coordinata e continua sia stato in grado di contrastare tali fenomeni degenerativi.

2) Le sentenze di merito sul contratto di collaborazione a progetto

Nel momento storico di grande riforma del mercato del lavoro che oggi viviamo all'opera della giurisprudenza va riconosciuto il fondamentale ruolo di chiarificazione dei confini tra le diverse fattispecie contrattuali.

La prima pronuncia giurisprudenziale che ha avuto il merito di precisare i requisiti del lavoro a progetto introdotto con il decreto n 276, in vigore dal 24/10/2003 è stata quella del Tribunale di Torino, Sez. Lav., datata 15/3/2005.

I ricorrenti nel periodo compreso tra l'ottobre 2003 e l'aprile 2004 erano stati parte di una rete di vendita commerciale di una ditta concessionaria esclusiva dei prodotti di una rete telefonica privata per l'Italia.

L'attività svolta era di promozione e commercializzazione di contratti di telefonia in appositi stands allestiti presso centri commerciali.

La struttura della convenuta prevedeva un direttore commerciale a livello nazionale, un vicedirettore, consulenti regionali, consulenti di agenzia, consulenti di stands e infine i promoters.

I promoters, i consulenti di stands e i consulenti di agenzia effettuavano la propria prestazione lavorativa sulla base di un contratto a progetto.

I direttori generali, i vicedirettori e i direttori regionali esercitavano il potere

direttivo nei confronti dei consulenti di agenzia, dei consulenti di stands e dei promoters sia direttamente sia indirettamente attraverso i vari componenti della struttura descritta.

Ai direttori regionali, in particolare, faceva capo un vero e proprio potere disciplinare che si era spesso manifestato in richiami verbali e/o sanzioni disciplinari sotto forma di spostamenti del luogo di lavoro, modifica peggiorativa delle mansioni e contestazioni scritte di addebiti formalizzati in "avvertimenti" dovuti al non aver comunicato le assenze con necessario anticipo, al non aver tenuto un comportamento consono all'immagine della società, alla violazione dell'obbligo di diligenza sul lavoro.

I collaboratori erano stati inseriti nella struttura aziendale e a loro era stata consegnata la modulistica, i contratti di adesione alla rete telefonica, i moduli di attestazione della presenza giornaliera, gli strumenti di allestimento degli stands.

I consulenti di agenzia rispondevano direttamente al direttore generale, selezionavano e provvedevano alla formazione dei promoters.

I consulenti di stand erano responsabili del singolo stand, coordinavano i promoters ivi presenti e comunicavano ogni ora ai consulenti di agenzia i dati sulle presenze e sui contratti conclusi.

In data 29/4/2004, i responsabili della società comunicavano a tutti i collaboratori a progetto il recesso.

Il Tribunale di Torino accertava e dichiarava la natura subordinata del rapporto di lavoro intercorso con la convenuta ai sensi dell'art. 69 D. Lgs. 276/2003 e inquadrava i lavoratori nel C.C.N.L. per le aziende del commercio.

I rapporti di collaborazione, infatti, avevano comportato l'inserimento in una

struttura gerarchica, l'assoggettamento a direttive, al potere disciplinare, e al vincolo d'orario e l'uso di strumenti di lavoro della convenuta.

Ai sensi dell'art. 62, D. Lgs. 276/2003, il datore di lavoro interessato a sostenere l'esistenza del progetto e sul quale incombe l'onere probatorio non era riuscito a provare la sussistenza dei requisiti richiesti dall'art. 61 del D. Lgs 276.

Inoltre il collaboratore a progetto deve inserirsi nel ciclo produttivo di un'organizzazione aziendale. Ne consegue che verrebbe snaturato il rapporto lavoristico tipico di cui all'art. 61 nel caso in cui i lavoratori a progetto si trovino a collaborare non con una struttura aziendale distinguibile ma con una struttura interamente composta da altri collaboratori a progetto ai quali soltanto sia demandata l'attività indicata nell'oggetto sociale.

Da una definizione del progetto generica e coincidente con l'oggetto sociale dell'impresa si potrà, quindi, facilmente dedurre che ai lavoratori a progetto non sia affidato il compito di collaborare con la struttura aziendale ma di sostituirla interamente l'attività.

Questa circostanza si verifica, per esempio, nel caso in cui una stessa impresa concluda centinaia di contratti a progetto identici in quanto l'unica attività che può essere uguale per tutti può essere solo quella coincidente con l'oggetto sociale.

Non vi è, quindi, in siffatta ipotesi il rispetto del dettato normativo, sicché la presenza di un'organizzazione del lavoro a termine e un costante controllo sulle ore di presenza dei collaboratori, l'impossibilità di questi ultimi di abbandonare liberamente le postazioni, appaiono chiaramente incompatibili con la previsione normativa dell'indipendenza del progetto dai tempi di esecuzione non potendo tali elementi

di fatto del rapporto essere mascherati come forme di coordinazione dei collaboratori.

Inoltre le modalità disordinate di instaurazione dei rapporti (contratti stipulati solo a posteriori, non consegnati, così in cui manca ogni formalizzazione del rapporto) possono essere utilizzate per corroborare la tesi che non si sia trattato di effettivi contratti a progetto ma del malcelato tentativo di dare veste giuridica a rapporti in essere.

Ulteriore indice di subordinazione è ricavabile dalla minuzia con cui vengono impartite le direttive scritte sull'esecuzione dell'attività.

Dalla qualificazione dei rapporti quali subordinati discende l'illegittimità dei licenziamenti e l'applicazione della tutela reale di cui all'art. 18 L. 300/70.

Precisa il Tribunale di Torino nella sentenza in esame che i dipendenti da considerare per la sussistenza del requisito dimensionale di cui all'art. 18 non sono esclusivamente quelli figuranti a libro matricola bensì tutti quelli di cui risulti provata la subordinazione "divenendo altrimenti facilmente eludibile il meccanismo della tutela reale mediante la non formalizzazione o la diversa qualificazione dei rapporti di fatto subordinati. L'art. 18 prescrive che il datore di lavoro abbia alle dipendenze e non a libro matricola almeno sessanta lavoratori; la Suprema Corte individua il requisito dimensionale quale condizione di fatto da accertarsi caso per caso".

Hanno contribuito successivamente a chiarire quanto non emerge con chiarezza dal dettato normativo le sentenze emesse dai Tribunali di Ravenna, Milano e da ultimo Modena.

Una prima indicazione riguarda il caso in cui l'inizio della prestazione avvenga in un momento antecedente alla sottoscrizione del contratto a progetto da parte del collaboratore.

Dal difetto di forma richiesta ab probationem - non discende la nullità del contratto né la conversione di esso in un rapporto di lavoro subordinato.

Si potrebbe, infatti, lavorare a progetto anche prima della stipula del contratto per iscritto o senza mai redigere alcun contratto scritto⁴⁵.

Il Tribunale di Modena, infine, ha ritenuto necessario per dimostrare il carattere subordinato del lavoro la sussistenza di vincoli di soggezione del lavoratore a progetto al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, non essendo, invece, sufficienti il mero obbligo di presenza in azienda per un numero fisso di ore o l'emanazione di direttive aziendali rivolte indifferentemente al lavoratore a progetto e ai dipendenti.

3) Il possibile ruolo della certificazione

La moltiplicazione dei tipi contrattuali operata dal D. Lgs. 276 ha portato all'ampliamento delle occasioni di contenzioso sulla qualificazione giuridica del rapporto. Poiché ciò comporta un indubbio aggravamento dello stato del sistema giudiziario ha preso forma il tentativo da parte del legislatore di sottrarre il momento qualificatorio dalla sede giudiziale per ricondurlo ad una fase preventiva, quella della **certificazione**.

La certificazione è una procedura finalizzata ad attestare che il contratto che si vuole sottoscrivere abbia i requisiti di forma e contenuto richiesti dalla legge. E' una procedura che può aver luogo solo su richiesta di entrambe le parti contrattuali (futuro lavoratore e datore di lavoro) e, come precisa l'art. 75 del D.Lgs 276/2003, ha lo scopo di ridurre il contenzioso in materia di

qualificazione di alcuni contratti di lavoro.

Le Commissioni di certificazione con cui poter avviare il procedimento sono quelle appositamente istituite in base all'art. 76 presso:

- gli enti bilaterali costituiti dalle associazioni di datori e prestatori di lavoro;
- le Direzioni provinciali del lavoro;
- le province;
- le Università;
- i Consigli provinciali dell'Ordine dei Consulenti.

La procedura si chiude entro 30 giorni dalla richiesta con un atto di certificazione motivato che indica il termine e l'autorità presso cui è possibile proporre ricorso e gli effetti della certificazione.

Nei confronti dell'atto di certificazione è possibile presentare ricorso innanzi al Giudice del lavoro per erronea qualificazione del contratto oppure difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione.

"Appare probabile che, in fase ispettiva sia data la precedenza alla verifica dei contratti non certificati rispetto a quelli certificati che potranno essere disattesi soltanto dal Giudice del Lavoro"⁴⁶.

Sicché sarà l'azione ispettiva a spingere collaboratori a progetto e imprese a ricorrere all'istituto della certificazione che in Italia stenta a decollare.

Recente è la notizia che dovrebbe essere emanata la Circolare del Ministero del Welfare contenente indicazioni per le ispezioni sui contratti a progetto e sul confine tra il rapporto di lavoro subordinato e quello di

⁴⁵ Alfredo Casotti – Maria Rosa Gheido, Il Sole 24 ore, 11/4/2006

⁴⁶ Alfredo Casotti – Maria Rosa Gheido, Il Sole 24Ore, 112/4/2006 n. 99

collaborazione coordinata e continuativa⁴⁷.

I controlli dovranno essere finalizzati a verificare che il contratto sia formalizzato per iscritto, che il progetto non coincida con l'attività principale dell'impresa ma sia ad esso solo connesso, che il compenso sia tassativamente legato al risultato raggiunto con il progetto e non al tempo/durata della prestazione, che i collaboratori a progetto non siano utilizzati per prestazioni estranee al progetto.

I settori più tradizionalmente esposti alla possibilità di un uso improprio dei contratti a progetto e che quindi devono preminentemente essere oggetto di controlli ispettivi sono quelli del *call center*, delle scuole private, delle attività parasanitarie, del personale di volo e degli studi professionali.

I controlli sul corretto utilizzo nelle aziende di queste nuove forme contrattuali sono perfettamente in linea con uno degli obiettivi dichiarati dalla riforma che è quello di impedire l'instaurazione di collaborazioni coordinate e continuative che mascherino rapporti di lavoro subordinato e poste in essere al fine di eludere l'applicazione delle garanzie e delle tutele previste per i lavoratori subordinati.

A quasi tre anni dall'entrata in vigore del provvedimento n. 276 che ha dato attuazione alla riforma dell'occupazione e del mercato del lavoro è facile constatare che a fronte delle nuove tipologie contrattuali (dal *job on call* al contratto d'inserimento fino al *job sharing* che non sembrano aver riscosso particolare attenzione da parte delle imprese) nell'innovato mercato del lavoro si è largamente diffuso il contratto di lavoro a progetto.

Ed è proprio l'ampia affermazione di questa tipologia contrattuale che impone di riflettere sulla *ratio* sottesa all'esigenza di non consentire ai datori di lavoro di utilizzare i collaboratori a progetto come "forza lavoro", in realtà, subordinata. La necessità di garantire l'applicazione delle tutele connesse al lavoro subordinato laddove ne sussistano gli indici ha sullo sfondo non solo l'interesse individuale del lavoratore a non subire la violazione dei suoi diritti ma, soprattutto, l'interesse pubblico della collettività intera a non vedere abbassati i livelli di tutela dei lavoratori, interesse che pure ha pieno diritto di cittadinanza nello schema generale del diritto del lavoro così come fortemente delineato dalla nostra Carta costituzionale e dallo scenario politico europeo.

Roberta BRUNO

⁴⁷ Al riguardo si riporta l'opinione di M. Tiraboschi, espressa in un'intervista di Cristina Gamba, pubblicata su *Il Sole 24ore* del 10/4/06 n. 98: "Un testo efficace della circolare dovrebbe invitare gli ispettori a concentrare i loro sforzi su tutti i contratti che non siano stati preventivamente certificati e su alcuni settori critici come, per esempio, l'area dei *call center*. Qui l'attività ispettiva non è più rinviabile. Vale la pena chiarire che non si sta aspettando nessun provvedimento che legittimi le ispezioni, che già ci sono e stanno producendo effetti. Servono così indirizzi gerarchici a tutti gli organi ispettivi perché si muovano in modo coerente e secondo determinate priorità".

SPOIL SYSTEM ALL'ITALIANA: RECENTI MODIFICHE E INTERVENTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE

"To the victor belong the spoils" ossia *"al vincitore spettano le spoglie"*. Non si tratta di uno slogan o della trama di un film americano di grande popolarità nel Bel Paese bensì di un meccanismo, quello appunto dello spoil system, letteralmente *"sistema delle spoglie"* sintesi dell'espressione americana innanzi riferita. Questo istituto, infatti, è sorto negli Stati Uniti ad opera di Andrew Jackson che ne fu il teorizzatore nel primo quarto del secolo XIX: in realtà la sua introduzione si deve al terzo Presidente statunitense Thomas Jefferson che operò in maniera tale da far risultare gli impiegati federali, al termine dei suoi due mandati, prevalentemente appartenenti al proprio partito. Il presidente Jackson invero si era riproposto di impedire la corruzione attraverso la sostituzione periodica di funzionari in modo tale da evitare la formazione di una burocrazia inamovibile. Attualmente, nell'amministrazione federale degli Stati Uniti solo alcuni particolari e selezionati incarichi sono assoggettati al meccanismo dello spoil system e sono conferiti con la più ampia discrezionalità dal Presidente¹. Il legislatore italiano guardando da un lato all'esperienza americana,

dall'altro portando a compimento il dibattito avviatosi nell'autunno del 1999 e che ha coinvolto esponenti del mondo politico, sindacale ed universitario in riferimento al sistema di selezione degli alti funzionari pubblici a seguito di particolari provvedimenti assunti dal Governo per quanto concerne la pubblica dirigenza, ha definitivamente tagliato i ponti con la previgente disciplina superando una volta per tutte il principio di inamovibilità degli incarichi con la Legge 15 luglio 2002 n. 145. Il Parlamento, dunque, accantonando finalmente lo strumento della delega al Governo in materia di dirigenza pubblica, ha trafuso in un testo di Legge organico (145/2002), le nuove *"Disposizioni per il riordino della dirigenza statale e per favorire lo scambio di esperienze e l'interazione tra pubblico e privato"* c.d. "Legge sullo spoil system", che di conseguenza ha apportato le necessarie modifiche al D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 *"norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche"*. In particolare l'art. 19 comma 8 del D.lgs. 165/2001 così come modificato dall'articolo 3 comma 1 lettera i) della L. 145/2002 recita: *"Gli incarichi di funzione dirigenziale di cui al comma 3 cessano decorsi novanta*

¹ T.A.R. Lazio, sentenza n. 3277 del 2003.

giorni dal voto sulla fiducia al Governo." Da un punto di vista squisitamente tecnico-giuridico si tratta di una speciale tipologia di recesso dall'incarico dirigenziale propria degli appartenenti ai ruoli della pubblica amministrazione, secondo la quale gli incarichi dirigenziali non si intendono più confermati salvo eventuale atto di revoca così come accadeva in applicazione della previgente disciplina rispetto alla quale si è attuata una sostanziale inversione di tendenza, ma si risolvono *ex lege* decorsi 90 giorni dal voto di fiducia al Governo. All'inizio di ogni legislatura, dunque, il Governo entrante avrà novanta giorni per confermare o revocare, in modo espresso, i dirigenti uscenti: con fase retroattiva di *spoils system* per il Governo in carica alla data di entrata in vigore della Legge, che ha potuto in questo modo revocare o confermare i dirigenti nominati dal Governo precedente. La Legge sul riordino della dirigenza statale (145/2002) ha quindi cancellato il meccanismo di decadenza semiautomatico, introdotto dalla legislazione del 1998 in relazione agli incarichi *dirigenziali pubblici apicali* precisamente di *Segretario Generale, Capo del dipartimento (dirigenti preposti a strutture complesse articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali) o di livello equivalente* conferiti con Decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro competente, a dirigenti della prima fascia dei ruoli o, con contratto a tempo determinato, a persone in possesso di specifiche qualità così come richieste: si tratta dunque di dirigenti cui sono attribuite funzioni strettamente collegate agli indirizzi di politica amministrativa quale espressione degli organi politici

di vertice e che, pertanto, sono soggetti al "gradimento politico" degli organi di Governo. La riforma pone l'accento *sull'aspetto fiduciario dell'incarico dirigenziale conferito*, che deve essere svolto secondo gli obiettivi che il nuovo Governo si è prefissato, sempre nei limiti imposti dai principi costituzionali che reggono l'organizzazione della pubblica amministrazione (artt. 97 e 98 Cost.).

Un'amministrazione pubblica efficiente rappresenta, infatti, uno dei pilastri fondamentali di una nazione competitiva. E' dunque necessario che le amministrazioni pubbliche si dotino di burocrazie professionalmente attrezzate e solide attraverso adeguati sistemi di selezione e formazione e che superino, altresì, il principio dell'inaffidabilità dell'incarico.

Secondo una parte della dottrina, la nuova normativa sembra interconnessa ad un sistema politico-elettorale ormai tendenzialmente bipolare, basato sul maggioritario e l'alternanza².

Una recente pronuncia del Tribunale di Ravenna del 22 giugno 2006 negando la tutelabilità in via cautelare e d'urgenza per la revoca dall'incarico affidato a un dirigente pubblico, ha elaborato un provvedimento che si pone ancora una volta sulla stessa lunghezza d'onda dei principi innanzi espressi. In particolare il Tribunale ha affermato che le recenti modifiche apportate agli artt. 669 e ss. c.p.c. dalla Legge 80/2005 (abolizione dell'obbligo di parte ricorrente a dover agire nel merito per la conferma del provvedimento cautelare e determinazione di un provvedimento

² Ciro Silvestro, "Il riordino della dirigenza pubblica. Commento organico alla legge 15 luglio 2002 n. 145", Edizioni Giuridiche Simone, 2003.

definitivo indotto dall'acquiescenza delle parti), non si conciliano con le regole di *spoil system* adottate dalla Legge nel sistema della dirigenza pubblica³.

La garanzia della flessibilità nell'utilizzo delle risorse dirigenziali, attraverso la possibilità di incidere sulla durata degli incarichi di vertice delle amministrazioni pubbliche, è divenuta, pertanto, uno dei principali obiettivi dei governi che, negli ultimi anni, si sono succeduti alla guida del nostro Paese. In sostanza si è capovolta la storia della Costituzione italiana e la logica degli equilibri tra potere politico e organi di vertice delle amministrazioni, mediante l'introduzione di un elemento di precarietà nei vertici dell'amministrazione pubblica. Per tale ragione, autorevole dottrina, ha in proposito affermato che se in forza della generale stabilizzazione degli esecutivi - prodotta dall'introduzione del metodo elettorale maggioritario - "i governi restano, le burocrazie, invece,

³ Tribunale di Ravenna, ordinanza del 22 giugno 2006. Il provvedimento citato afferma inoltre che al momento del conferimento dell'incarico in capo al dirigente pubblico non sono attribuiti diritti soggettivi perfetti, posto che l'attribuzione degli incarichi è regolata in senso latamente fiduciario con espressa esclusione dell'applicabilità dell'art. 2103 c.c., il che autorizza la scelta e l'attribuzione dell'incarico dirigenziale secondo canoni discezionali, seppur soggetti all'obbligo di motivazione e al rispetto di determinati criteri. Risulta pertanto inammissibile una tutela cautelare di mero accertamento da parte del Giudice giustificata altresì da una astratta possibilità del provvedimento di incidere negativamente sul futuro professionale del dirigente revocato. Il Giudice infatti può esprimere una valutazione solo ex post giammai ex ante attraverso parametri di ragionevolezza e correttezza e a fortiori prima ancora di sapere se dall'attribuzione del nuovo incarico sia derivato o meno un pregiudizio in capo al dirigente revocato dal precedente incarico.

passano"⁴. All'interno di questo contesto normativo, è stato introdotto, pertanto, così come definito dalla dottrina, lo "*spoil system all'italiana*", cui ha fatto seguito la precarizzazione dei vertici delle amministrazioni pubbliche. Ciò è stato reso possibile dalla circostanza che - sebbene tutta la dirigenza pubblica sia disciplinata da contratti di lavoro subordinato - questi rimangono, però, separati dal provvedimento amministrativo di conferimento dell'incarico stesso, con la conseguenza che *l'incarico può anche cessare senza che, per ciò solo, termini anche il contratto di lavoro*⁵.

Ulteriori modifiche e novità sono state, poi, da ultimo introdotte ad opera dell'art. 2, commi da 159 a 161 del D.L. 3/10/2006 n. 262 (in G.U. 3/10/2006) convertito, con modificazioni, in L. 24/11/2006 n. 286 (suppl. ord. n. 223 in G.U. 28/11/2006 n. 277): "*Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria*", decreto collegato alla finanziaria 2006. Il decreto fiscale, collegato alla finanziaria 2007, ha introdotto, nuove regole in tema di incarichi dirigenziali nella pubblica amministrazione con particolare riguardo alla ipotesi della cessazione del rapporto di lavoro decorsi 90 giorni dal voto di fiducia al Governo. La c.d. *manovra d'autunno* (L. 286/2006) ha modificato questo istituto sotto un duplice profilo. In particolar modo, da un lato si è provveduto ad estendere l'applicazione del comma 8 art. 19 D.lgs. 165/2001 non solo agli incarichi conferiti ai sensi dell'art. 5-bis per il personale non

⁴ S. Cassese, "Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale", in GDA, 2002.

⁵ A. Blasco, "Spoil system: lo stato della giurisprudenza", in Il lavoro nella P.A., 2003.

appartenente ai ruoli dirigenziali di cui all'art. 23, ma anche a quelli conferiti ai sensi del comma 6. In sintesi gli incarichi di cui al comma 5-bis sono quelli che possono essere conferiti anche a *dirigenti appartenenti ad amministrazioni pubbliche nonché ad organi costituzionali* previo collocamento fuori ruolo degli stessi ovvero in base ad un comando o altro provvedimento analogo, entro i limiti del 10% della dotazione organica ai dirigenti della prima fascia e del 5% della seconda fascia. Gli incarichi conferiti ai sensi del comma 6 sono quelli che possono essere assegnati ad *estranei alla pubblica amministrazione di particolare e comprovata qualificazione professionale* e che possiedano i requisiti richiesti dal medesimo comma, anche in questo caso nei limiti del 10% della prima fascia e dell'8% della seconda.

Proprio in relazione al concetto di "estraneità alla pubblica amministrazione" vi è stato un vivace dibattito giurisprudenziale⁶ sorto a seguito della prassi, legittimata da ultimo dal D.L. 30/06/2005 n. 115 convertito in L. 17/8/2005 n. 165 che ha così modificato il comma 6 dell'art. 19 del D.lgs. 165/2001, secondo cui venivano conferiti incarichi dirigenziali a propri dipendenti considerati esterni in quanto non appartenenti ai ruoli dirigenziali. La scelta del legislatore di

estendere l'applicazione dell'ipotesi di cessazione dell'incarico dirigenziale allo spirare del novantesimo giorno successivo al voto di fiducia al Governo anche a soggetti c.d. esterni trova la sua ratio nello stretto legame che intercorre tra tali soggetti e l'organo politico amministrativo. In ultima analisi la cessazione dell'incarico dirigenziale secondo il meccanismo definito di *spoils system* non si rivolge più solo agli incarichi di Segretario generale, Capo del dipartimento o incarichi equivalenti laddove si era in presenza di incarichi di direzione di strutture articolate all'interno di uffici dirigenziali generali, ma anche alle categorie anzidette ed inoltre ai direttori di Agenzie comprese quelle fiscali.

Per altro verso il decreto collegato ha introdotto un *regime transitorio* in base al quale gli incarichi di *segretario generale, Capo del dipartimento, Dirigente generale, Dirigente appartenente a pubbliche amministrazioni diverse dallo Stato ovvero estranee alla amministrazione pubblica* (incarichi previsti al comma 8 del novellato art. 19 D.lgs. 165/2001) cessano ove *non confermati entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore dello stesso decreto legge, se conferiti prima del 17 maggio 2006*, fatti salvi però gli effetti economici contrattuali per i soli incarichi conferiti a soggetti non dipendenti da pubbliche amministrazioni⁷. A completamento, sebbene non esaustivo, della disciplina relativa alle diverse ipotesi di revoca afferenti gli incarichi dirigenziali pubblici a diversi livelli la Legge 145 del 2002 nel disciplinare al comma 1 dell'art. 3 la revoca di diritto degli incarichi dirigenziali, ha cercato di

⁶ Secondo il parere della Corte dei Conti, sezione controllo Stato, 14/5/2003 n. 7, il candidato deve aver maturato in seno alla amministrazione pubblica un elevato e specifico livello di esperienza oltretutto possedere il diploma di laurea (vedi anche Consiglio di Stato 27/2/2003 n. 514 e Corte dei Conti, sezione centrale controllo di legittimità 4/2/2003 n. 3). *Contra* Corte dei Conti, sezione centrale controllo, I e II collegio, 25/11/2004 n. 13 nonché 30/1/2001 n.7 che ammette il conferimento di incarichi dirigenziali a dipendenti della medesima amministrazione anche in assenza di tale qualifica.

⁷ OBERDAN FORLENZA in *Guida al diritto* del 16 dicembre 2006 n. 48.

armonizzare il dato normativo prevedendo una *disciplina transitoria* al comma 7 dello stesso art. 3⁸. Questa disposizione ha infatti un ambito di applicazione soggettiva diversa ed ulteriore rispetto a quella sin ora considerata (art. 19 comma 8 D.lgs. 165/2001 e successive modificazioni) rivolgendosi essa a dipendenti della pubblica amministrazione che ricoprono *incarichi di funzione dirigenziale di livello generale nonché di direttore generale degli Enti pubblici vigilati dallo Stato* ove questa figura sia stata prevista. Per questi ultimi è previsto dall'art. 3 comma 7 L. 145/2002 un meccanismo di decadenza ope legis trascorsi 60 giorni dalla data di entrata in vigore della Legge 145. Allo stesso comma è stata inserita poi un'ulteriore previsione indirizzata agli incarichi dirigenziali di livello non generale, prevedendo però un termine superiore (di novanta giorni) per consentire la rotazione degli stessi, escludendo così il meccanismo della decadenza automatica. Sin dalle sue primissime battute l'applicazione di questa norma ha sollevato dubbi di legittimità costituzionale. In particolar modo il Tribunale di Roma in funzione di Giudice del Lavoro, con diverse ordinanze rese nel corso del giudizio di primo grado (in ordine cronologico del 04/11/2005 n. 38, del 14/12/2005 n. 547, del 18/01/2006 n. 107, del 01/02/2006 n. 2006 numeri 97 e 157, del 03/03/2006 n. 159, del 11/03/2006 n. 158) ha disposto la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale, la quale ultima poiché i giudizi avevano ad oggetto questioni sostanzialmente analoghe ne ha disposto la riunione trattandoli unitariamente ai fini della decisione alla quale si è giunti con sentenza n.103 del 23/03/2007. Con

questa recentissima sentenza la Corte Costituzionale ha dichiarato *l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 comma 7 L. 145/2002* nella parte in cui dispone che " *i predetti incarichi cessano il sessantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della presente legge, esercitando i titolari degli stessi in tale periodo esclusivamente le attività di ordinaria amministrazione*". A questa decisione la Corte è pervenuta attraverso l'analisi della complessa evoluzione legislativa che ha investito il settore della dirigenza pubblica ed in particolare soffermandosi sul rapporto tra politica ed amministrazione ha affermato che: "In sintesi, può dirsi che, con la suddetta riforma del 1997-1998, sul piano strutturale, è stata completata l'attuazione del processo di contrattualizzazione del rapporto di lavoro dei dirigenti ed è *stato definitivamente introdotto il principio della temporaneità degli incarichi connessi al rapporto di ufficio*. La disciplina legislativa, qui presa in esame, del lavoro dirigenziale - basato sul contratto di servizio su cui si innesta il predetto rapporto - ha, pertanto, determinato il definitivo passaggio da una concezione della dirigenza intesa come status, quale momento di sviluppo della carriera dei funzionari pubblici, ad una concezione della stessa dirigenza di tipo funzionale. Sul piano delle competenze, il legislatore - abbandonando il modello incentrato esclusivamente sul principio della responsabilità ministeriale, che negava, di regola, attribuzioni autonome ed esterne agli organi burocratici - ha fatto perno sulla distinzione tra il potere di indirizzo politico-amministrativo e l'attività gestionale svolta dai dirigenti. Tale netta distinzione ha, da un lato, ampliato le competenze dirigenziali, l'esercizio

delle quali deve essere valutato tenendo conto, in particolare, dei risultati «dell'attività amministrativa e della gestione» (art. 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286, recante «Riordino e potenziamento dei meccanismi e strumenti di monitoraggio e valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività svolta dalle amministrazioni pubbliche, a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59»); dall'altro lato e conseguentemente, ha comportato un maggiore rigore nell'accertamento della responsabilità dei dirigenti stessi (sentenza n. 193 del 2002), che presuppone un efficace sistema valutativo in relazione agli obiettivi programmati. Analizzando i profili di possibile interferenza tra l'aspetto della distinzione funzionale dei compiti e quello strutturale relativo alla disciplina del rapporto, questa Corte ha già avuto modo di affermare - sia pure con riferimento ai dirigenti non generali, ma con enunciazioni estensibili anche a quelli di livello immediatamente superiore - che *la prevista contrattualizzazione della dirigenza non implica che la pubblica amministrazione abbia la possibilità di recedere liberamente dal rapporto stesso (sentenza n. 313 del 1996)*. Se così fosse, è evidente, infatti, che si verrebbe ad instaurare uno stretto legame fiduciario tra le parti, che non consentirebbe ai dirigenti generali di svolgere in modo autonomo e imparziale la propria attività gestoria. Di qui la logica conseguenza per la quale *anche il rapporto di ufficio, sempre sul piano strutturale, pur se caratterizzato dalla temporaneità dell'incarico, debba essere connotato da specifiche garanzie, le quali presuppongano che esso sia regolato in modo tale da assicurare la tendenziale continuità dell'azione amministrativa e*

una chiara distinzione funzionale tra i compiti di indirizzo politico-amministrativo e quelli di gestione. Ciò al fine di consentire che il dirigente generale possa espletare la propria attività - nel corso e nei limiti della durata predeterminata dell'incarico - in conformità ai principi di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.). In tale prospettiva, è, dunque, indispensabile, come questa Corte ha già avuto modo di affermare (sentenza n. 193 del 2002 e ordinanza n. 11 del 2002), che siano previste *adeguate garanzie procedurali nella valutazione dei risultati e dell'osservanza delle direttive ministeriali finalizzate alla adozione di un eventuale provvedimento di revoca dell'incarico per accertata responsabilità dirigenziale.*"

La Corte ha inoltre precisato che: "il citato comma 7 prevede due diversi meccanismi transitori di incidenza sul rapporto di ufficio, in corso alla data di entrata in vigore della legge stessa, a seconda che vengano in rilievo incarichi di funzioni dirigenziali di livello generale o non generale. In relazione a questi ultimi, non oggetto di contestazione, la norma prescrive che gli stessi possono essere sottoposti, entro novanta giorni dall'entrata in vigore della predetta legge, ad un giudizio di revisione e redistribuzione «secondo il criterio della rotazione», con la specificazione che «decorso tale termine, gli incarichi si intendono confermati, ove nessun provvedimento sia stato adottato». Ed ancora: "la norma impugnata - prevedendo un meccanismo (*cosiddetto spoils system una tantum*) di cessazione automatica, ex lege e generalizzata degli incarichi dirigenziali di livello generale al momento dello spirare del termine di sessanta giorni dall'entrata in vigore

della legge in esame - si pone in contrasto con gli artt. 97 e 98 della Costituzione. La suddetta disposizione, così formulata, infatti - determinando una interruzione, appunto, automatica del rapporto di ufficio ancora in corso prima dello spirare del termine stabilito - *viola, in carenza di garanzie procedurali, gli indicati principi costituzionali e, in particolare, il principio di continuità dell'azione amministrativa che è strettamente correlato a quello di buon andamento dell'azione stessa*. Le recenti leggi di riforma della pubblica amministrazione, (..), hanno, infatti, disegnato un nuovo modulo di azione che misura il rispetto del canone dell'efficacia e dell'efficienza alla luce dei risultati che il dirigente deve perseguire, nel rispetto degli indirizzi posti dal vertice politico, avendo a disposizione un periodo di tempo adeguato, modulato in ragione della peculiarità della singola posizione dirigenziale e del contesto complessivo in cui la stessa è inserita. È evidente, dunque, che la previsione di una anticipata cessazione ex lege del rapporto in corso impedisce che l'attività del dirigente possa espletarsi in conformità al modello di azione sopra indicato. A regime, per i motivi sin qui esposti, la revoca delle funzioni legittimamente conferite ai dirigenti, in questa sede presi in considerazione, può essere conseguenza soltanto di una accertata responsabilità dirigenziale in presenza di determinati presupposti e all'esito di un procedimento di garanzia puntualmente disciplinato (sentenza n. 193 del 2002)". Da quanto sin ora esposto risulta evidente quanto la materia dello spoil system continui a rimanere questione irrisolta di innegabile attualità soprattutto politica, fulcro di vivacissimi dibattiti sia giurisprudenziali sia dottrinali che non

possono dirsi ad oggi ancora conclusi. Sicuramente l'invito della Corte rivolto al nostro legislatore condurrà ad una ulteriore rivisitazione della materia sia pure, per ora, rivolta all'introduzione di garanzie procedurali che assicurino un momento dialettico di confronto tra l'amministrazione pubblica ed il dirigente al quale ultimo sia altresì assicurato l'irrinunciabile diritto di difesa che gli consenta di poter dimostrare i risultati raggiunti delle proprie prestazioni e le correlate competenze funzionalmente tese al raggiungimento di quegli obiettivi individuati dal Governo al momento di instaurazione del rapporto di servizio (e stipulazione dell'annesso contratto di lavoro) in capo al dirigente stesso.

Marilena CORTESE

PRASSI AMMINISTRATIVA E PROFILI PROCESSUALI

GLI EFFETTI DELLA DECADENZA DALL'IMPUGNATIVA DEL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE O COLLETTIVO SULLA TUTELA RISARCITORIA DI DIRITTO COMUNE

SOMMARIO: 1) *Brevi cenni sul licenziamento.* 2) *L'impugnativa del licenziamento.* 3) *Il licenziamento e la tutela ex art. 18 l. n. 300 del 1970.* 4) *Il licenziamento e la tutela ex art. 1218 c.c.: la cessazione interviene in maniera innovativa e muta il precedente orientamento.* 5) *Il licenziamento e la tutela ex art. 2043 c.c.: la sentenza n. 21833/2006 della Suprema Corte.* 6) *Alcune considerazioni sull'inversione di rotta effettuata dalla Suprema Corte in materia di tutela risarcitoria di diritto comune in caso di licenziamento*

Giurisprudenza correlata:

- Cass. Civ. sez. Lav. n. 18216 del 21/8/2006
- Cass. Civ. sez. Lav. n. 21833 del 12/10/2006

* * *

1. Brevi cenni sul licenziamento

Il codice civile disciplina l'istituto del recesso nel rapporto di lavoro agli artt. 2118-2119.

La prima norma si occupa del recesso unilaterale e, a completamento di quanto disposto negli artt. 1334 e 1335 c.c., prevede espressamente il cd. "preavviso" che era stato teorizzato già molto tempo prima dai collegi dei probiviri all'inizio del XX secolo¹.

¹ Sul punto si veda G. VENETO, *Lezioni di Diritto del Lavoro*, Adriatica Editrice, Bari, 2005, pp. 289 e segg.

Come è stato osservato in dottrina², l'art. 2119 è stato pensato dal legislatore solo per permettere in via eccezionale una risoluzione non sottoposta al vincolo temporale o economico a cui è stato invece sottoposto il recesso ad nutum ex art. 2118 c.c. . In altri termini, la volontà del Legislatore dal 1942 era quella di fare del dettato dell'art. 2118 c.c. la regola nella risoluzione del rapporto di lavoro.

L'art. 2119 c.c. nasce, quindi, come ipotesi residuale. Solo successivamente, grazie soprattutto al ruolo svolto in tal senso dalla giurisprudenza e dalla contrattazione collettiva, comincia a diventare la regola piuttosto che l'eccezione.

Siffatto rovesciamento trova il punto di perfezionamento nell'art. 18 del cd. Statuto dei lavoratori e in successive disposizioni normative tutt'oggi vigenti.

Importante è stata la nuova chiave di lettura resa possibile dalla entrata in vigore della Carta Costituzionale.

L'istituto del licenziamento ha conosciuto profondi cambiamenti anche grazie agli accordi interconfederali che

² Ex multis, G. VENETO, *ibidem*

negli anni '50 hanno permesso una più precisa e puntuale individuazione e definizione della "giusta causa". Quest'ultima espressione è alla base della legge sui licenziamenti per giusta causa che ha visto la luce negli anni '60 (L. n. 604/1966) e che trova nell'accordo interconfederale del 18/10/1950 un fondamento imprescindibile.

Di pari importanza è l'accordo sui licenziamenti per riduzione del personale (20/12/1950) che ha posto le basi per un maggior controllo sui licenziamenti collettivi e ha poi portato all'introduzione della Cassa Integrazione Guadagni.

Queste tappe, da ultimo ricordate, hanno fatto sì che all'art. 2118 c.c. fosse riconosciuto un ambito di applicazione sempre meno significativo e hanno permesso all'art. 2119 c.c. di diventare l'ipotesi più ricorrente e non residuale, come invece aveva voluto il Legislatore del 1942.

La stessa Corte Costituzionale, con la sentenza n. 45 del 1965, interpretando gli artt. 3 c. 2 e 41 c-2 della Carta Costituzionale, ha precisato che "il potere illimitato del datore di lavoro di recedere ... non costituisce più principio generale del nostro ordinamento"³.

La sentenza appena riportata esprimeva la necessità di intervenire in modo tale da "assicurare a tutti la continuità del lavoro"⁴.

Allo stesso tempo, essa conteneva l'invito al Legislatore di intervenire sul punto. Quest'ultimo non tardò ad intervenire: a distanza di un anno fu

emanata la L. n. 604 intitolata "norme sui licenziamenti individuali", altrimenti nota come "legge sulla giusta causa e sul giustificato motivo".

Lo Statuto dei Lavoratori ha poi introdotto un nuovo principio, fortemente garantista, e cioè il principio della reintegrazione in virtù del quale il recesso è considerato tamquam non esset (art. 18, L. n. 300/1970).

Si ricorda, inoltre, la L. n. 108/1990 sul licenziamento nella piccola impresa. Il licenziamento, pertanto, altro non è che il recesso quale atto unilaterale esercitato dal datore di lavoro.

Di recente si è cercato di modificare la normativa sul licenziamento ingiustificato - attualmente disciplinato dalle leggi n. 66/604 e n. 70/300 - al fine di ampliare l'area di risarcibilità dello stesso. L'idea era quella di derogare all'art. 18 allargando l'area di libera recedibilità alle piccole imprese, ma siffatti tentativi non hanno trovato un seguito.

Da ultimo, si ricorda che il licenziamento può essere di due tipi: individuale e collettivo.

Quest'ultimo è stato disciplinato a lungo dagli accordi interconfederali del 20/12/1950 e del 5/5/1965, poiché non esisteva una legislazione specifica⁵.

La prima normativa intervenuta in materia risale al 23/7/1991 quando il Legislatore italiano, in attuazione della Direttiva CEE 17/2/1975 n. 129, ha introdotto la legge n. 223"⁶.

Il licenziamento collettivo ha luogo

³ Corte Cost., sent. n. 45, 9/6/1965

⁴ Corte Cost., sent. n. 45, 9/6/1965

⁵ Cfr. G. FAVALLI, F. ROTONDI, *Manuale pratico diritto del lavoro*, Cedam, 2002, 401

⁶ Cfr. G. VENETO, *Lezioni di diritto del lavoro*, pp. 359 e segg.

ogni volta che il datore procede ad almeno 5 licenziamenti in non meno di 120 giorni per imprese con più di 15 dipendenti a causa di trasformazioni o riduzione di attività o lavoro. Non va confuso con i cd. licenziamenti individuali "plurimi" per giustificato motivo oggettivo, che si differenziano dal primo perché i lavoratori destinatari del recesso non possono essere più di 4 unità nel periodo di 120 giorni"⁷.

2. L'impugnativa del licenziamento

Il licenziamento risulta illegittimo nei casi in cui venga intimato senza giusta causa o senza giustificato motivo, sia esso soggettivo ovvero oggettivo, nonché nei casi in cui abbia luogo senza il rispetto delle forme richieste dalla normativa vigente in materia. In tutti questi casi il lavoratore può impugnare il licenziamento ai sensi degli artt. 5 e 6⁸ della L. n. 604/1966, avendo cura di farlo nel termine perentorio di 60 giorni, a pena di decadenza, con atto scritto nel quale si richieda espressamente la revoca dello stesso.

Il licenziamento può essere colpito da nullità nel caso in cui sia stato intimato per ragioni di credo politico, fede religiosa o adesione ad un

⁷ Per ulteriori approfondimenti, cfr. G. VENETO, *Lezioni di Diritto del Lavoro*, pp. 313 e segg.

⁸ Art. 6, L. n. 604/66: "Il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro 60 giorni dalla ricezione della sua comunicazione, con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale diretto ad impugnare il licenziamento stesso. Il termine di cui al comma precedente decorre dalla comunicazione dei motivi ove questa non sia contestuale a quella del licenziamento."

sindacato⁹; o ancora se comminato per ragioni razziali, sessuali o linguistiche o, addirittura, in presenza di espressi divieti legislativi¹⁰.

L'art. 15 dello Statuto dei Lavoratori parla di nullità in presenza di un patto o un atto diretto a licenziare un lavoratore o a discriminarlo (cfr. mansioni, trasferimenti, provvedimenti disciplinari) o ancora a pregiudicare la posizione del lavoratore per la partecipazione dello stesso all'attività sindacale.

Si parla invece di licenziamento inefficace se lo stesso non è intimato in forma scritta o, ancora, nel caso in cui non sia motivato o sia intimato da una persona non munita di titolo idoneo.

Infatti, tutte le volte in cui sia assente una giusta causa o un giustificato motivo il licenziamento può essere annullato, purché il lavoratore lo faccia nel rispetto dei termini e delle modalità previsti dalla legge e cioè 60 giorni dalla comunicazione con atto scritto.

Si ricorda che l'istituto del licenziamento individuale è regolato da un complesso di diverse disposizioni normative¹¹.

3. Il licenziamento e la tutela ex art. 18 legge n. 300/1970

L'art. 18 St. Lav. al 1° comma stabilisce che "... il giudice con la

⁹ Cfr. art. A, L. 604/66

¹⁰ Si pensi, ad esempio, alla ipotesi delle lavoratrici madre o al periodo di comporta

¹¹ Artt. 2118-2119 c.c.; L. n. 604/1966; art. 18 St. Lav.; L. n. 108/1990; L. n. 7/1963 in materia di divieto di licenziamento per matrimonio; d.lg. 151/2001 con riferimento alla maternità e paternità e ai cd. congedi parentali.

sentenza con cui dichiara inefficace il licenziamento intimato senza giusta causa o giustificato motivo ovvero ne dichiara la nullità a norma della legge stessa, ordina al datore di lavoro (...) che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento occupa alle sue dipendenze più di quindici prestatori di lavoro o più di cinque se trattasi di imprenditore agricolo, di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro". Al 4° comma della stessa norma si dice che "Il giudice con la sentenza di cui al primo comma condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata l'inefficacia o l'invalidità stabilendo un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione e al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali dal momento del licenziamento al momento dell'effettiva reintegrazione; in ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità di retribuzione globale di fatto".

Dalle disposizioni appena riportate emerge che nei casi in cui il lavoratore si trovi alle dipendenze di un'azienda che occupi più di 15 prestatori di lavoro egli possa invocare la tutela reale, che non lascia alcuna scelta al datore di lavoro fra riassunzione e risarcimento.

Infatti, accertata l'illegittimità del licenziamento, in base a quanto stabilito dall'art. 18 St. Lav. e successive modifiche¹², il lavoratore ha diritto non solo alla reintegrazione nel

posto di lavoro con effetti ex tunc - motivo per cui è come se il rapporto non fosse mai stato interrotto - ma anche al risarcimento dei danni (consistente nel pagamento delle retribuzioni arretrate e nel versamento dei contributi).

In riferimento all'aspetto risarcitorio, la Suprema Corte¹³ ha di recente riconosciuto la possibilità per il lavoratore di ottenere anche il risarcimento di altri danni (si pensi al pregiudizio alla salute), purché dimostri di averli subiti a causa del licenziamento. In questo caso, tuttavia, non gli spettano le cinque mensilità ex art. 18 c. 4° St. Lav. .

Resta salva la scelta del lavoratore di rinunciare alla reintegrazione ai sensi dell'art. 18 c. 5° St. Lav., avendo così diritto ad una indennità risarcitoria pari a 15 mensilità retributive che vanno ad aggiungersi alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello della reintegra¹⁴.

4. Il licenziamento e la tutela ex art. 1218 c.c.: la cassazione interviene in maniera innovativa e muta il precedente orientamento.

Nella sentenza n. 18216 del 21/8/2006 la Suprema Corte, riconsiderando il precedente orientamento, giunge a nuove conclusioni in materia di tutela risarcitoria di diritto comune.

La fattispecie ha ad oggetto il licenziamento di diversi dipendenti all'interno di una procedura di ridu-

¹² Cfr. L. n. 108/1990

¹³ Cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., sent. n. 6331, 5/5/2001

¹⁴ Per ulteriori approfondimenti sul tema si veda G. Veneto, Lezioni di diritto del lavoro, capitolo 13 (317-329)

zione di personale finalizzata alla riorganizzazione dell'azienda.

Il Magistrato di prime cure ha respinto le domande di due lavoratori "perché costoro non avevano impugnato il licenziamento nel termine decadenziale di 60 giorni previsto dall'art. 5, comma 3, della legge n. 223/1991".

La Corte di Appello, in parziale riforma della decisione di primo grado, ritenuta l'illegittimità dei licenziamenti in questione, ha condannato la società al risarcimento dei danni in favore dei lavoratori a norma degli artt. 1218 e 1453 c.c. .

La Corte ha osservato che "benché i due lavoratori non avessero impugnato il licenziamento nel termine di decadenza previsto dalla legge, tuttavia essi avevano diritto al risarcimento dei danni sulla base della disciplina di diritto comune di cui agli artt. 1218 e 1453 cod. civ., atteso che il licenziamento doveva ritenersi comunque illegittimo, a nulla rilevando che i lavoratori avevano invocato il risarcimento del danno a norma dell'art. 18 St. Lav., in quanto la richiesta di protezione massima prevista da detta norma non può non ricomprendere la minore tutela risarcitoria prevista dalle norme ordinarie".

Il datore di lavoro ha proposto ricorso per Cassazione sostenendo che "se il lavoratore è decaduto dal diritto di impugnare il licenziamento, il giudice non può conoscere della legittimità del recesso, neppure per ricollegare a questo conseguenze risarcitorie di diritto comune".

La Suprema Corte, nella sentenza in esame, prende le mosse dal precedente orientamento secondo cui "la mancata impugnazione del recesso del datore di

lavoro preclude al lavoratore soltanto la possibilità di reintegrazione nel posto di lavoro ed il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 18 della Legge n. 300/1970 con la conseguenza che, nell'ipotesi di licenziamento illegittimo, qualora si sia verificata la decadenza dell'impugnazione, è concesso al lavoratore di esperire la normale azione risarcitoria in base ai principi generali che governano quest'azione, sempre che ne ricorrano i relativi presupposti (Cass. 5532 del 1987, Cass. n. 817 del 1985, Cass. n. 1757 del 1999). In questo contesto è stato anche affermato che, costituendo l'inadempimento il fatto costitutivo generatore della pretesa fatta valere, il regime di tutela si risolve, fermo il fatto costitutivo, in una questione di scelta della norma giuridica da applicare (l'art. 18 legge 300/1970 ovvero le norme codicistiche di cui agli artt. 1218 e 1453 cod.civ.), che come tale è passibile di mutamento ad opera delle stesse parti o anche del giudice senza che ciò comporti modifica della causa petendi (così Cass. n. 16163 del 2000)".

La Suprema Corte, infatti, ha a lungo seguito il suddetto orientamento, rafforzandolo con una serie di pronunce in materia.

A titolo meramente esemplificativo, si ricorda la sentenza n. 1757/1999 nella quale si statuisce che "La mancata impugnazione del licenziamento nel termine fissato non comporta la liceità del recesso del datore di lavoro bensì preclude al lavoratore soltanto la possibilità di reintegrazione nel posto di lavoro e il risarcimento ai sensi dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970. Ne consegue che, nell'ipotesi di licenziamento illegittimo, qualora si sia verificata la decadenza dell'impugnazione è con-

cesso al lavoratore di esperire la normale azione risarcitoria in base ai principi generali che governano questa azione, sempre che ne ricorrano (e siano dal lavoratore allegati) i relativi presupposti.”¹⁵.

Quanto appena riportato si inserisce in un solco che trova la sua origine in tempi lontani.

Già nel 1987 la Cassazione statuiva che “La mancata impugnazione -nel termine fissato, a pena di decadenza dall’art. 6 della l. 15 luglio 1966 n. 604- del licenziamento intimato senza giusta causa o giustificato motivo preclude, al lavoratore licenziato, il risarcimento del danno ai sensi sia dell’art. 18 della l. 20 maggio 1970 n. 300 che dell’art. 8 legge n. 604 cit., ma non anche la normale azione risarcitoria, ove ne ricorrano (e siano dal lavoratore allegati) i relativi presupposti”¹⁶.

Ancora più risalente è la pronuncia nella quale si legge “La mancata impugnazione da parte del lavoratore del licenziamento, che sia illegittimo ai sensi della l. 15 luglio 1966, n. 604, non comporta la liceità del recesso del datore di lavoro bensì preclude al lavoratore licenziato soltanto la possibilità di reintegrazione nel posto di lavoro ed il risarcimento ai sensi dell’art. 18 della legge n. 300 del 1970, ma, non invece, l’azione risarcitoria in base ai principi generali, la quale non può non comprendere anche il danno costituito dalla perdita dell’indennità della cassa integrazione guadagni, che il lavoratore avrebbe percepito ove non fosse stato illegittimamente licenziato”¹⁷.

¹⁵ Cass. Civ., Sez. lav., sent. n. 1757, 2/3/1999

¹⁶ Cass. Civ., Sez. lav., sent. n. 5532, 24/6/1987

¹⁷ Cass. Civ., Sez. lav., sent. n. 817, 5/2/1985

La Suprema Corte, inoltre, ha di recente precisato che “Nell’ipotesi in cui il risarcimento del danno da licenziamento illegittimo venga chiesto originariamente (...) sulla base dell’art. 18 della legge n. 300 del 1970 e successivamente (...) sulla base della disciplina di diritto comune di cui agli art. 1218 e 1453 c.c., non si verifica alcun mutamento della causa pretendi in quanto la ragione del domandare il bene della vita - ossia il risarcimento - si fonda in entrambi i casi sulla illegittimità del licenziamento (non essendo dubbio che ogni atto di recesso di cui venga riconosciuta l’antigiuridicità configuri inadempimento cui è da ricollegare il diritto al risarcimento dei danni) ancorché cambiando il regime di tutela, il risarcimento si configuri in modo diverso.”¹⁸.

La Cassazione in quella sede ha asserito che il mutamento della qualificazione giuridica dei fatti allegati non incide sulla causa pretendi determinandone una *mutatio* inammissibile, ma dà semplicemente luogo a una più che legittima modificazione¹⁹.

L’orientamento sin qui riportato è stato da ultimo oggetto di ripensamento da parte della Suprema Corte.

Quest’ultima ha in primo luogo ricordato che l’ordinamento vigente “prevede per la risoluzione del rapporto di lavoro una disciplina speciale, del tutto diversa da quella ordinaria, i cui connotati di specialità e di imperatività mal si conciliano con una libertà di scelta per le parti tra regime ordinario e regime speciale nelle aree in cui il licenziamento deve

¹⁸ Cass. Civ., Sez. lav., sent. n. 16163, 23/12/2000

¹⁹ Per ulteriori approfondimenti sul tema, si veda la Nota a sentenza riportata in Giust. Civ., 2001, 6

essere necessariamente sorretto da specifiche ragioni”²⁰.

Il Legislatore, all'interno di tale regime speciale, ha previsto un termine breve di decadenza - e cioè 60 giorni - per l'impugnazione del licenziamento da parte del lavoratore con il fine di garantire “la certezza della situazione di fatto determinata dal recesso datoriale, ritenendo tale certezza valore preminente rispetto a quello della legittimità del licenziamento”²¹.

E' proprio dalla suddetta funzione di garanzia propria del termine di decadenza che deriva la preclusione per il lavoratore del diritto di accertare l'illegittimità del recesso e di conseguire il risarcimento del danno ai sensi delle leggi speciali²².

Nel caso in cui l'onere di impugnare non venga assolto nei 60 giorni previsti ex lege “il giudice non può conoscere della illegittimità del licenziamento neppure per ricollegare al recesso conseguenze risarcitorie di diritto comune”²³.

Si ha in questo modo il rovesciamento dell'orientamento sino ad allora vigente in materia. La Suprema Corte statuisce in maniera chiara che la mancata impugnazione del licenziamento è causa di preclusione per il lavoratore di agire non solo per azionare la tutela prevista dalle leggi speciali, ma anche quella codicistica.

La Cassazione motiva questo nuovo

²⁰ Cass. Civ., Sez. lav., sent. n., 18216, 21/8/2006

²¹ Cass. Civ., sent. n. 18216, 21/8/2006

²² Il riferimento è all'articolo 8 della legge n. 604 del 1966 e all'articolo 18 della legge n. 300 del 1970

²³ Cass. Civ., sent. n. 18216, 21/8/2006

orientamento asserendo che “La decadenza, infatti, impedisce al lavoratore di richiedere il risarcimento del danno secondo le norme codicistiche ordinarie, in quanto non consente di far accertare in sede giudiziale la illegittimità del licenziamento. Poiché l'inadempimento (...) costituisce presupposto del risarcimento dovuto dal contraente inadempiente a norma dell'art. 1218 cod.civ., la impossibilità di tale accertamento esclude la possibilità di riconnettere al preteso inadempimento del datore di lavoro l'obbligazione risarcitoria in favore del lavoratore. A tal fine è irrilevante che si tratti di licenziamento individuale o collettivo, poiché ciò che viene in rilievo è sempre la posizione soggettiva particolare del lavoratore che invoca la tutela risarcitoria”²⁴.

Tanto precisato, i giudici di legittimità giungono alla conclusione che “L'azione risarcitoria di diritto comune, dunque, può essere esercitata, anche in caso di decadenza, soltanto in via residuale per far valere profili di illegittimità del licenziamento che siano diversi da quelli previsti dalla normativa speciale sui licenziamenti, individuali o collettivi. Nell'area dei licenziamenti disciplinati dalla normativa speciale, invece, l'azione risarcitoria di diritto comune può essere esercitata, in via alternativa, soltanto previa tempestiva impugnazione del licenziamento (è questo il caso esaminato da Cass. n. 16163 del 2000)”²⁵.

Alla luce dell'iter argomentativo sin qui riportato, la Suprema Corte ha deciso nel merito ex art. 384 c.1 c.p.c.

²⁴ Cass. Civ., sent. n. 18216, 21/8/2006

²⁵ Cass. Civ., sent. n. 18216, 21/8/2006

la causa sottoposta al suo esame, rigettando le domande dei lavoratori, dato che appariva pacifico che gli stessi erano ormai decaduti dal diritto di impugnare il licenziamento, motivo per cui non era possibile riconoscere loro neanche il diritto al risarcimento del danno secondo le norme comuni.

5. Il licenziamento e la tutela ex art. 2043 c.c.: la sentenza n. 21833 del 12/10/2006 della Suprema Corte.

Il caso di cui si è occupata la Suprema Corte vede protagonista una lavoratrice che ha chiesto la condanna del datore di differenze retributive, TFR, nonché di sei mensilità di stipendio a titolo di risarcimento per licenziamento ingiustificato.

Il giudice di prime cure ha dichiarato la ricorrente decaduta dal diritto di impugnare il licenziamento e, quindi, l'improcedibilità del ricorso.

L'organo giudicante di secondo grado ha poi accolto poi parzialmente l'impugnazione, condannando il datore al pagamento del solo TFR e ha confermato nel resto la sentenza appellata sia per il mancato assolvimento dell'onere di produrre il CCNL e di specificare i motivi della domanda, sia ribadendo che "l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento è precluso dalla decadenza, onde non è possibile accogliere la domanda relativa al risarcimento del danno da presunto licenziamento illegittimo".²⁶

La Corte di Cassazione, in primo luogo, ha richiamato una precedente pronuncia nella quale si legge che "la mancata impugnazione del licenzia-

mento nel termine fissato non comporta la liceità del recesso del datore di lavoro, bensì preclude al lavoratore soltanto la possibilità di reintegrazione nel posto di lavoro e il risarcimento ai sensi dell'art. 18 della Legge n. 300 del 1970. Ne consegue che, nell'ipotesi di licenziamento illegittimo, qualora si sia verificata la decadenza dall'impugnazione, è concesso al lavoratore di esperire la normale azione risarcitoria in base ai principi generali che governano questa azione, sempre che ne ricorrano (e siano dal lavoratore allegati) i relativi presupposti"²⁷.

Il Collegio ha evidenziato che la ricorrente, nel giudizio di primo grado, "non ha esperito, come apprezzato dai giudici di merito, la normale azione risarcitoria in base ai principi generali, ma per l'appunto una azione la quale, previo accertamento dell'illegittimità del recesso, doveva mettere capo, in difetto dei presupposti per la tutela reale, al risarcimento del danno nella

²⁷ Cass. Civ., sez. lav., sent. n. 1757, 2/3/1999. In questa pronuncia i giudici di legittimità hanno ricordato che "La giurisprudenza di questa Corte – che il Collegio condivide – si è espressa costantemente nel senso che il termine dei sessanta giorni, previsto, a pena di decadenza, dall'articolo 6 della legge numero 604 del 1966, si applica all'impugnazione di ogni licenziamento per ragioni riconducibili nell'ambito della disciplina dettata dalla legge stessa e da quello numero 300 del 1970, fatta eccezione delle ipotesi del licenziamento non comunicato per iscritto, o di cui non siano stati comunicati, parimenti per iscritto, i motivi, sebbene richiesti, come stabilito dall'art. 2 della citata legge del 1966, nel quale caso, essendo il licenziamento inefficace (tamquam non esset), siccome nullo per difetto di un requisito ad substantiam, il lavoratore può agire per far valere tale inefficacia entro il solo termine prescrizionale (Cass., 24 giugno 1997, n. 5611; Cass., 29 luglio 1994, n. 8324; Cass., 28 ottobre 1989, n. 4542)". Per ulteriori approfondimenti si veda la nota alla sentenza n. 1757/1999 di Antonella Pellicchia in Riv. it. Dir. Lav. 2000, 1, 177.

²⁶ Cass. Civ., sez. lav., sent. n. 21833, 12/10/2006

misura di sei mensilità della retribuzione. L'accoglimento della domanda presuppone l'accertamento della mancanza di giusta causa o di giustificato motivo del recesso; ma tale accertamento è precluso dalla decadenza dall'impugnazione"²⁸.

La Corte, dopo aver richiamato gli artt. 6 e 8 della legge n. 604/1996, ha statuito che "Dal combinato disposto delle due norme si ricava che, ove si verifichi decadenza, non è possibile impugnare il licenziamento, e quindi ottenere l'accertamento della sua illegittimità, il quale costituisce a sua volta il presupposto per il risarcimento del danno".²⁹

Quanto appena riportato rappresenta una conferma del nuovo orientamento³⁰ della Corte, analizzato nel precedente paragrafo.

Con riferimento al profilo della tutela ex art. 2043 c.c. la Suprema Corte ha osservato che la normale azione risarcitoria da fatto illecito, secondo i principi generali, richiede l'indicazione e l'allegazione del fatto ingiusto che si sia accompagnato al licenziamento, richiamando, a titolo di esempio, il licenziamento ingiurioso, il licenziamento come atto finale di "mobbing", il licenziamento pubblicizzato al di fuori dell'azienda con la finalità di nuocere alla figura professionale del lavoratore.

La Corte di Cassazione, infatti, a tal proposito ha precisato che "La <normale azione risarcitoria> da fatto illecito, secondo i principi generali, richiede anzitutto l'indicazione e l'allegazione del fatto ingiusto il quale

²⁸ Cass. Civ., sez. Lav., sent. n. 21833, 12/10/2006

²⁹ Cass. Civ., sez. lav., sent. n. 21833, 12/10/2006

³⁰ Cass. Civ., sez. lav., sent. n. 18216, 21/8/2006

si sia accompagnato al licenziamento (...). In altri termini, al licenziamento intrinsecamente ingiustificato deve accompagnarsi un <fatto ingiusto> secondo i principi generali, che nella specie non è allegato".³¹

6. Alcune considerazioni sull'inversione di rotta effettuata dalla suprema corte in materia di tutela risarcitoria di diritto comune in caso di licenziamento

Alla luce di quanto sin qui esposto, si può asserire che la Suprema Corte da un lato ha asserito che la decadenza dall'impugnativa del licenziamento preclude l'accertamento giudiziale dell'illegittimità del recesso e la tutela risarcitoria di diritto comune, venendo a mancare il necessario presupposto - l'inadempimento del datore di lavoro - del diritto al risarcimento del danno riconosciuto dall'art. 1218 cod. civ.; dall'altro ha ribadito che la normale azione risarcitoria da fatto illecito, secondo i principi generali, anche nel caso di mancata tempestiva impugnazione del licenziamento, può essere esperita purché sia indicato e allegato il fatto ingiusto che si sia accompagnato al licenziamento.

Sembrerebbe, quindi, che i giudici di legittimità abbiano potenziato la tutela risarcitoria extracontrattuale anche sulla base delle fattispecie che sempre con maggiore frequenza si verificano nel mondo del lavoro. Si pensi al licenziamento ingiurioso, o ancora al licenziamento come atto finale di "mobbing", o al licenziamento pubblicizzato al di fuori dell'azienda con la finalità di nuocere alla figura professionale del lavoratore.

³¹ Cass. Civ., sez. lav., sent. n. 21833, 12/10/2006

Di tutto ciò la Suprema Corte ha tenuto conto, valorizzando la tutela ex art. 2043 c.c. e indicandola come strada da seguire soprattutto nei casi in cui il lavoratore è vittima di meccanismi perversi, eppure sempre più frequenti, quali il mobbing.

Non si può, tuttavia, non osservare che di segno opposto è l'orientamento in materia di tutela risarcitoria ex art. 1218 c.c., dato che la Cassazione ha ritenuto che la decadenza dall'impugnativa del licenziamento preclude tale tipologia di tutela.

Infatti, in questa ipotesi il giudice di legittimità ha ritenuto di rafforzare la valenza del termine decadenziale di 60 giorni, avvalorando la ratio dello stesso che è quella di garantire "la certezza della situazione di fatto determinata dal recesso datoriale, ritenendo tale certezza valore preminente rispetto a quello della legittimità del licenziamento" (Cass. Civ., sent. n. 18216/2006).

Ancora una volta, si tratta di operare un contemperamento, non facile, di valori diversi: da una parte la certezza del diritto, dall'altra la tutela del contraente debole e cioè il lavoratore.

Trattasi di valori che, nella loro specificità e particolarità, hanno sicuramente grande rilievo, motivo per cui non è semplice stabilire nelle varie situazioni la preminenza dell'uno o dell'altro. E, tuttavia, non ci si può esimere dal farlo. La Suprema Corte, in questo caso, ha ritenuto di dover mutare l'orientamento sino a quel momento seguito e di dover recuperare la ratio con cui il legislatore ha pensato al termine decadenziale per impugnare il licenziamento.

Forse in futuro ci saranno ulteriori ripensamenti, ma allo stato attuale

sembrerebbe di poter affermare che il giudice di legittimità abbia preferito far pendere la bilancia in favore del valore della certezza del diritto.

Maria MANGIATORDI

* * *

Cassazione Civile , Sezione Lavoro,

21 agosto 2006 , n. 18216

Con atto del 27/11/1998 la s.p.a. ALFAXXX licenziava vari dipendenti, tra i quali M.G. e S.S., collocandoli in quiescenza dal 1 dicembre 1998, nel contesto di una riduzione di personale necessaria alla riorganizzazione dell'azienda ed in applicazione del criterio selettivo della maggiore anzianità contributiva, recepito da appositi accordi collettivi di attuazione della L. 27 dicembre 1997, n. 449, art. 59, comma 6.

I lavoratori licenziati convenivano in giudizio la società avanti al Tribunale di Verona, chiedendo che venisse accertata l'illegittimità e l'inefficacia del licenziamento per plurime violazioni di legge.

Costitutosi il contraddittorio, il Tribunale adito, con sentenza n. 34 del 2000, dichiarava l'inefficacia del licenziamenti intimatagli altri dipendenti, e ne ordinava la reintegra nel posto di lavoro, poichè risultavano omesse le procedure previste dalla L. n. 223 del 1991, artt. 4 e 5, la cui applicabilità non era esclusa dagli accordi sindacali predetti.

Respingeva invece le domande di S.S. e M. G. perchè costoro non avevano impugnato il licenziamento nel termine decadenziale di 60 giorni previsto dalla L. n.

223 del 1991, art. 5, comma 3.

Avverso detta sentenza proponevano appello sia la s.p.a. ALFAXXX (...) che i dipendenti M.G. e S.S..

La Corte di Appello di Venezia, con sentenza n. 159 del 2003, rigettava l'appello della s.p.a. ALFAXXX e in parziale riforma della decisione del primo Giudice, ritenuta l'illegittimità dei licenziamenti del M. e del S., condannava la società al risarcimento dei danni in loro favore, a norma degli artt. 1218 e 1453 cod. civ., in misura pari alle mensilità loro spettanti dalla data del licenziamento a quella della sentenza di appello.

A sostegno della decisione, per quanto qui ancora interessa, la Corte Territoriale osservava che benchè i due lavoratori non avessero impugnato il licenziamento nel termine di decadenza previsti dalla legge, tuttavia essi avevano diritto al risarcimento dei danni sulla base della disciplina di diritto comune di cui agli artt. 1218 e 1453 cod. civ., atteso che il licenziamento doveva ritenersi comunque illegittimo, a nulla rilevando che i lavoratori avevano invocato il risarcimento del danno a norma dell'art. 18 St. Lav., in quanto la richiesta di protezione massima prevista da detta norma non può non ricomprendere la minore tutela risarcitoria prevista dalle norme ordinarie.

Per la cassazione di tale sentenza la s.p.a. ALFAXXX ha proposto ricorso sostenuto da due motivi. M. G. e S.S. resistono con controricorso illustrato con memoria.

Diritto

Con il primo motivo, denunciando violazione della L. n. 223 del 1991, art. 5, comma 3, della L. n. 604 del 1966, art. 6 e degli artt. 1218, 1453 e 2118 cod. civ., nonchè insufficiente motivazione, la ricorrente censura la sentenza impugnata perchè, pur avendo riconosciuto che i dipendenti M. e S. erano decaduti dal diritto di impugnare il licenziamento, tuttavia ha

riconosciuto ai predetti il diritto al risarcimento del danno in base alla disciplina di diritto comune di cui agli artt. 1218 e 1453 cod. civ..

Sostiene la ricorrente che se il lavoratore è decaduto dal diritto di impugnare il licenziamento, il Giudice non può conoscere della legittimità del recesso, neppure per ricollegare a questo conseguenze risarcitorie di diritto comune.

Con il secondo motivo, denunciando violazione dell'art. 437 cod. proc. civ., comma 2, si sostiene che la sentenza impugnata ha violato la norma predetta allorchè ha riconosciuto ai ricorrenti il risarcimento del danno sulla base della disciplina di diritto comune, malgrado essi nel ricorso introduttivo avessero chiesto il risarcimento del danno sulla base della L. n. 300 del 1970, art. 18.

I motivi di ricorso, che è opportuno esaminare congiuntamente per la loro connessione, sono fondati per le seguenti considerazioni.

Questa Corte ha affermato che la mancata impugnazione del recesso del datore di lavoro preclude al lavoratore soltanto la possibilità di reintegrazione nel posto di lavoro ed il risarcimento del danno ai sensi della L. n. 300 del 1970, art. 18, con la conseguenza che, nell'ipotesi di licenziamento illegittimo, qualora si sia verificata la decadenza dall'impugnazione, è concesso al lavoratore di esperire la normale azione risarcitoria in base ai principi generali che governano quest'azione, sempre che ne ricorrano i relativi presupposti (Cass. 5532 del 1987, Cass. n. 817 del 1985, Cass. n. 1757 del 1999). In questo contesto è stato anche affermato che, costituendo l'inadempimento il fatto costitutivo generatore della pretesa fatta valere, il regime di tutela si risolve, fermo il fatto costitutivo, in una questione di scelta della norma giuridica da applicare (la L. n. 300 del 1970, art. 18, ovvero le norme

codicistiche di cui agli artt. 1218 e 1453 cod. civ.), che come tale è passibile di mutamento ad opera delle stesse parti o anche del Giudice senza che ciò comporti modifica della causa petendi (così Cass. n. 16163 del 2000).

Queste affermazioni della giurisprudenza, richiamate dalla Corte di Appello e dai controricorrenti, ad avviso del Collegio meritano una attenta riconsiderazione.

Va in primo luogo considerato che il vigente ordinamento prevede per la risoluzione del rapporto di lavoro una disciplina speciale, del tutto diversa da quella ordinaria, i cui connotati di specialità e di imperatività mal si conciliano con una libertà di scelta per le parti tra regime ordinario e regime speciale nelle aree in cui il licenziamento deve essere necessariamente sonetto da specifiche ragioni. Nel quadro di questo speciale regime, e nelle relative aree, il legislatore ha previsto un termine breve di decadenza (sessanta giorni) per l'impugnazione del licenziamento da parte del lavoratore (L. 15 luglio 1966, n. 604, art. 6 e della L. 23 luglio 1991, n. 223, art. 5, comma 3) a garanzia della certezza della situazione di fatto determinata dal recesso datoriale, ritenendo tale certezza valore preminente rispetto a quello della legittimità del licenziamento.

Ne consegue che al lavoratore che non abbia impugnato nel termine di decadenza suddetto il licenziamento è precluso il diritto di far accertare in sede giudiziale la illegittimità del recesso e di conseguire il risarcimento del danno, nella misura prevista dalle leggi speciali (L. n. 604 del 1966, art. 8 e L. n. 300 del 1970, art. 18). Se tale onere non viene assolto dal lavoratore, peraltro, il Giudice non può conoscere della illegittimità del licenziamento neppure per ricollegare al recesso conseguenze risarcitorie di diritto comune.

La decadenza, infatti, impedisce al lavoratore di richiedere il risarcimento del

danno secondo le norme codicistiche ordinarie, in quanto non consente di far accertare in sede giudiziale la illegittimità del licenziamento. Poichè l'inadempimento (nella specie, recesso illegittimo) costituisce presupposto del risarcimento dovuto dal contraente inadempiente a norma dell'art. 1218 cod. civ., la impossibilità di tale accertamento esclude la possibilità di riconnettere al preteso inadempimento del datore di lavoro l'obbligazione risarcitoria in favore del lavoratore. A tal fine è irrilevante che si tratti di licenziamento individuale o collettivo, poichè ciò che viene in rilievo è sempre la posizione soggettiva particolare del lavoratore che invoca la tutela risarcitoria.

L'azione risarcitoria di diritto comune, dunque, può essere esercitata, anche in caso di decadenza, soltanto in via residuale per far valere profili di illegittimità del licenziamento che siano diversi da quelli previsti dalla normativa speciale sui licenziamenti, individuali o collettivi. Nell'area dei licenziamenti disciplinati dalla normativa speciale, invece, l'azione risarcitoria di diritto comune può essere esercitata, in via alternativa, soltanto previa tempestiva impugnazione del licenziamento (e questo è il caso esaminato da Cass. n. 16163 del 2000).

A questi principi non si è attenuta la sentenza impugnata, avendo il Giudice di appello riconosciuto ai due lavoratori il diritto al risarcimento del danno secondo le norme comuni pur essendo pacifico che erano decaduti dal diritto di impugnare il licenziamento.

Per tutte le considerazioni sopra svolte il ricorso, dunque, deve essere accolto, con conseguente cassazione della sentenza impugnata.

Non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito a norma dell'art. 384 c.p.c., comma 1, con il rigetto delle domande dei

lavoratori M.G. e S. S..

(...)

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e decidendo nel merito rigetta le domande di M.G. e S. S..

(...)

* * *

**Cassazione Civile, Sezione Lavoro,
12 ottobre 2006, n. 21833**

1. G.A.M. conveniva dinanzi al Pretore di Latina D. L.B. e chiedeva la condanna del convenuto al pagamento della somma di L. 20.714.835 a titolo di differenze retributive, T.F.R., nonché di sei mensilità di stipendio a titolo di risarcimento per licenziamento ingiustificato. Il Pretore dichiarava l'attrice decaduta dal diritto di impugnare il licenziamento e improcedibile il ricorso. L'attrice proponeva appello, insistendo nelle proprie domande. La Corte di Appello di Roma accoglieva parzialmente l'impugnazione, condannando il D.L. al pagamento del solo T.F.R.; confermava nel resto la sentenza appellata, così motivando:

- la domanda inerente alle differenze retributive consiste nell'esposizione di "dati numerici criptici" ed è di incomprensibile significato; manca inoltre la produzione del C.C.N.L. del settore;
- il mancato assolvimento dell'onere di specificare i motivi della domanda e di produrre il C.C.N.L. implica la reiezione del relativo capo della domanda;
- è fondata la sola rivendicazione relativa al T.F.R.;
- l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento è precluso dalla decadenza, onde non è possibile accogliere la domanda

relativa al risarcimento del danno da presunto licenziamento illegittimo.

2. Ha proposto ricorso per Cassazione G.A.M., deducendo quattro motivi. La controparte non si è costituita

Diritto

3. Col primo motivo del ricorso, la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione, a sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, della L. n. 604 del 1966, artt. 2, 3, 6, 8, della L. n. 300 del 1970, art. 18, e artt. 1453 e 1455 c.c. e della sentenza n. 44/1996 della Corte Costituzionale: la Corte di Appello non ha tenuto conto che, ai fini della presente causa, è irrilevante la decadenza dalla facoltà di impugnare il licenziamento, perchè è stata esperita la normale azione risarcitoria.

4. Il motivo è infondato. "La mancata impugnazione del licenziamento nel termine fissato non comporta la liceità del recesso del datore di lavoro, bensì preclude al lavoratore soltanto la possibilità di reintegrazione nel posto di lavoro e il risarcimento a sensi della L. n. 300 del 1970, art. 18. Ne consegue che, nell'ipotesi di licenziamento illegittimo, qualora si sia verificata la decadenza dall'impugnazione, è concesso al lavoratore di esperire la normale azione risarcitoria in base ai principi generali che governano questa azione, sempre che ne ricorrano (e siano dal lavoratore allegati) i relativi presupposti" (Cass. 2.3.1999 n. 1757). Dall'esame della motivazione della citata sentenza, si ricava che nella specie un lavoratore aveva azionato, nonostante la intervenuta decadenza, l'azione di reintegra ed aveva chiesto il risarcimento del danno. La sentenza sfavorevole al lavoratore è stata confermata, con la statuizione che non era possibile nè la reintegra nè il risarcimento del danno.

5. Nella specie, risulta che col ricorso in primo grado l'attrice ha azionato le differenze retributive di cui sopra, oltre a

chiedere sei mensilità di retribuzione data l'illegittimità del licenziamento.

Essa pertanto non ha esperito, come apprezzato dai giudici di merito, la normale azione risarcitoria in base ai principi generali, ma per l'appunto una azione la quale, previo accertamento dell'illegittimità del recesso, doveva mettere capo, in difetto dei presupposti per la tutela reale, al risarcimento del danno nella misura di sei mensilità della retribuzione. L'accoglimento della domanda presuppone l'accertamento della mancanza di giusta causa o di giustificato motivo del recesso; ma tale accertamento è precluso dalla decadenza dall'impugnazione. La L. n. 604 del 1966, art. 8 prevede il risarcimento del danno da licenziamento ingiustificato nella misura massima di sei mensilità di retribuzione; l'art. 6 della citata L. n. 604 del 1966 prevede che il licenziamento debba essere impugnato entro sessanta giorni dalla sua comunicazione, a pena di decadenza. Dal combinato disposto delle due norme si ricava che, ove si verifichi decadenza, non è possibile impugnare il licenziamento, e quindi ottenere l'accertamento della sua illegittimità, il quale costituisce a sua volta il presupposto per il risarcimento del danno.

6. La "normale azione risarcitoria" da fatto illecito, secondo i principi generali, richiede anzitutto l'indicazione e l'allegazione del fatto ingiusto il quale si sia accompagnato al licenziamento: a titolo di esempio, può citarsi il licenziamento ingiurioso, il licenziamento come atto finale di un "mobbing", il licenziamento pubblicizzato al di fuori dell'azienda con la finalità di nuocere alla figura professionale del lavoratore. In altri termini, al licenziamento intrinsecamente ingiustificato deve accompagnarsi un "fatto ingiusto" secondo i principi generali, che nella specie non è allegato.

7. Con il secondo motivo del ricorso, la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione, a sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3,

degli artt. 112, 133, 416 e 421 c.p.c.: la Corte di Appello, in virtù del principio di ricerca della verità, avrebbe dovuto acquisire di ufficio il C.C.N.L. del settore, la cui applicabilità era pacifica.

8. Il motivo è infondato. Il potere-dovere del giudice del lavoro di disporre prove di ufficio non vale a colmare le lacune probatorie in cui sia incorsa la parte. Nella specie, il giudice di primo grado ha ritenuto incomprensibile la rivendicazione di differenze retributive, affermate apoditticamente nel ricorso e non assistite da alcuna motivazione e allegazione. E' stata inoltre rilevata la mancata produzione del C.C.N.L.. Il giudice di appello ha dato atto della produzione di un conteggio sindacale in secondo grado, ma ha ritenuto ugualmente di non poter procedere ad alcuna verifica stante la mancata produzione del contratto. Trattasi di onere che incombe alla parte attrice, onde il mancato esercizio della potestà di acquisizione non è censurabile in Cassazione. Si rileva inoltre che parte ricorrente non indica in quale atto del processo di merito abbia chiesto, sia pure tardivamente, l'acquisizione del ripetuto C.C.N.L..

9. Col terzo motivo del ricorso, la ricorrente deduce omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa punti decisivi della controversia, ex art. 360 c.p.c., n. 5: la Corte di Appello nulla ha detto circa la necessità di ammettere una consulenza tecnica di ufficio a carattere contabile.

10. Il motivo è infondato. La ricorrente non indica in quale atto del processo ha chiesto la consulenza tecnica di ufficio. Ove si intenda che la Corte di Appello avrebbe dovuto disporla autonomamente, valgono le considerazioni di cui al motivo che precede.

11. Col quarto motivo del ricorso, la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione, a sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, degli artt. 91, 92 e 336 c.p.c., sotto il profilo della compensazione delle spese di appello e

non anche di quelle di primo grado.

12. Il motivo è infondato. La condanna alle spese rappresenta una facoltà discrezionale del giudice di merito. Nella specie, il giudice di primo grado ha posto le spese a carico della G. in applicazione del principio della soccombenza. Il giudice di appello ha compensato le spese limitatamente al secondo grado: tale statuizione non è soggetta a censura, essendosi risolta in un temperamento del criterio della soccombenza a favore dell'attrice.

13. Il ricorso, per i suesposti motivi, deve essere rigettato. Non essendosi la controparte costituita, non vi è luogo a pronunciare sulle spese.

P.Q.M.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
Rigetta il ricorso; nulla per le spese del processo di legittimità.

Così deciso in Roma, (...)

L'OBBLIGO DI PREVENTIVA COMUNICAZIONE DELL'ASSUNZIONE: AMBITI OGGETTIVI E SOGGETTIVI DI APPLICAZIONE

La normativa vigente in materia di collocamento ordinario prevede il principio generale dell'assunzione diretta di tutti i lavoratori per qualsiasi tipologia di rapporto di lavoro, fatta eccezione per alcune categorie, quali i disabili, gli extracomunitari assunti all'estero, i marittimi, gli sportivi, i lavoratori dello spettacolo e gli italiani da impiegare o trasferire all'estero.

Tale forma di assunzione, che ha sostituito il sistema della "richiesta numerica", in cui il datore di lavoro segnalava, all'amministrazione decentrata per la gestione del collocamento competente, il numero e le mansioni dei lavoratori che intendeva impiegare nella propria azienda, impone al datore di comunicare l'instaurazione di un rapporto lavorativo al Centro per l'Impiego competente per territorio.

Prima della riforma introdotta con il D. Lgs. 297/2002, il termine entro cui effettuare tale comunicazione era 5 giorni, che decorrevano dal momento dell'assunzione. La suddetta riforma, invece, stabiliva che la comunicazione di assunzione dovesse essere contestuale.

L' art. 1, comma 1180, della Legge n. 296/2006 (c.d. Legge Finanziaria 2007), modificando il 2° comma dell'art. 9-bis del D.L. n. 510/96,

convertito, con modificazioni, dalla L. n. 608/96, ha variato ulteriormente questo termine. Più in generale, l'art. 1, commi 1180-1185, della suddetta legge ha apportato dei cambiamenti alla disciplina del collocamento, al fine di raccogliere dati statistici, che permettano di monitorare e valutare le politiche sul lavoro e, inoltre, di supportare le azioni di contrasto al lavoro irregolare.

Appare necessario premettere, prima di analizzare le novità introdotte dalla Legge Finanziaria 2007, che gli obblighi in essa stabiliti decorrono dall'entrata in vigore della suddetta legge (1° gennaio 2007), indipendentemente dall'emanazione del decreto interministeriale, di cui all'art. 4 bis, c. 7, D. Lgs. N. 181/2000.

Come si esponeva in precedenza, la regola generale, così come modificata dalla legge n. 296/06, impone a tutti i datori di lavoro, sia privati sia pubblici, l'obbligo di comunicare l'assunzione di un lavoratore <<al Servizio competente nel cui ambito territoriale e' ubicata la sede di lavoro, entro il giorno antecedente a quello di instaurazione dei relativi rapporti, mediante documentazione avente data certa di

trasmissione>>⁸⁷.

Il Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale, successivamente all'entrata in vigore della citata legge, ha pubblicato due note esplicative, del 4 gennaio 2007 e del 14 febbraio 2007, al fine di dettare i primi indirizzi operativi e fugare i primi dubbi sorti tra gli operatori del settore.

Incominciamo a tracciare la nostra analisi partendo dai soggetti a cui questa normativa è indirizzata: l'art. 9 bis del D.L. n. 510/96, convertito con modificazioni nella L. n. 608/1996, così come da ultimo modificato, stabilisce che l'obbligo riguarda tutti i datori di lavoro.

Tale definizione comprende ogni persona fisica o giuridica, nonché ente pubblico economico e pubblica amministrazione. Si possono distinguere, perciò, tre categorie:

- datori di lavoro privati, siano essi persone fisiche o giuridiche. La norma sopra richiamata fa un esplicito riferimento anche ai datori di lavoro agricoli, che, secondo la previgente normativa (art. 9 ter della L. 608/96), dovevano effettuare la comunicazione di assunzione direttamente all'Inps. Questo esplicito richiamo al lavoro agricolo dimostra la volontà del Legislatore di estendere in maniera più ampia possibile l'ambito di applicazione della normativa in esame. L'obbligo di comunicazione, infatti, così come specificato nella nota del Ministero del Lavoro del 4 gennaio 2007, grava anche nei confronti dei datori di lavoro dei

settori in cui vige una disciplina speciale del collocamento;

- Enti pubblici economici. In tale definizione devono essere compresi tutti quegli enti che operano nel campo della produzione di beni e servizi e che svolgono attività prevalentemente o esclusivamente economiche. La *ratio* di tale scelta legislativa pone la sua base nella natura privatistica del rapporto di lavoro che si instaura tra il prestatore e l'ente: ciò impone l'assoggettamento di questi enti alla stessa normativa dettata per il datore di lavoro privato;
- Pubbliche Amministrazioni. La nota esplicativa del 14 febbraio 2007 ha specificato che rientrano nel campo di applicazione della normativa in esame le P.A. indicate nell'art. 1, c. 2, D. Lgs. N. 165/2001. Esse sono: <<*Le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello stato ad ordinamento autonomo, le regioni, le province, i comuni, le comunità montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli istituti autonomi case popolari, le camere di commercio, industria, agricoltura e artigianato e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio Sanitario nazionale, l'agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (Aran) e le agenzie di cui al D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 300*>>. L'obbligo di comunicazione, quindi, grava anche sul datore di lavoro pubblico, nella persona del responsabile del procedimento di

⁸⁷ Art. 9 bis, c. 2, del D.L. n. 510/96, convertito con modificazione nella L. 608/96 così come modificato dall'art. 1, comma 1180, Legge n. 296/2006.

assunzione, indipendentemente dalle modalità con cui la stessa viene effettuata (perciò, anche se effettuata con concorso pubblico).

La normativa in esame pone la sua attenzione sul rapporto di lavoro subordinato e su tutti quei rapporti ad esso assimilabili da un punto di vista legislativo. Più precisamente l'obbligo di comunicazione sorge tutte le volte in cui un datore di lavoro, come sopra identificato, instaura con il prestatore uno dei seguenti rapporti:

- lavoro subordinato, inteso sia quale fattispecie tipica disciplinata dall'art. 2049 c.c., sia quale rapporto di lavoro dipendente che presenti caratteri di specialità rispetto alla disciplina generale, come il lavoro nautico ed aeronautico, il lavoro sportivo, il rapporto di lavoro dei dirigenti. Per ciò che attiene il lavoro subordinato alle dipendenze della P.A, la regola generale della comunicazione in caso di assunzione non è applicabile a tutte quelle categorie che non siano state investite dalla c.d. "privatizzazione del pubblico impiego";
- lavoro autonomo in forma coordinata e continuativa, anche nella modalità a progetto. Anche se tali forme di prestazioni lavorative sono formalmente classificate come lavoro autonomo, la normativa giuslavorista ha stabilito molti punti di contatto tra esse e la tipologia classica di lavoro subordinato: si va, infatti, dalle norme sul processo del lavoro all'obbligo di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, all'estensione delle prestazioni previdenziali gestite dall'Inps. La riforma introdotta dalla Legge Finanziaria 2007 si inserisce in

questo percorso ed estende anche a queste tipologie contrattuali l'obbligo di comunicazione preventiva di assunzione. Più in particolare, poiché la riforma persegue una finalità ben determinata (<<*realizzare un sistema di monitoraggio e valutazione delle politiche del lavoro e supportare azioni di contrasto al lavoro irregolare*>>⁸⁸), la nota esplicativa del 14 febbraio 2007 distingue, tra tutte le tipologie che astrattamente potrebbero avere le caratteristiche della collaborazione, coordinazione, continuità e personalità della prestazione, quelle a cui l'obbligo si impone da quelle esenti. Tra le prime rientrano:

1. contratto di lavoro a progetto;
2. contratto di agenzia e di rappresentanza commerciale, se caratterizzati da prestazione coordinata e continuativa prevalentemente personale;
3. collaborazione coordinata e continuativa nelle pubbliche amministrazioni;
4. collaborazione occasionale, nella quale pur mancando la continuità sussiste il coordinamento con il committente;
5. prestazione sportiva, di cui all'art. 3 della L. n. 89/1981, se svolta in forma di collaborazione coordinata e continuativa e le collaborazioni individuate e disciplinate dall'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289

⁸⁸ Nota del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale, "Adempimenti connessi all'instaurazione trasformazione e cessazione dei rapporti di lavoro (Legge n. 296/2006) –ulteriori indirizzi applicativi–", 14 febbraio 2007.

(c.d. Legge Finanziaria 2003)⁸⁹;

6. prestazioni rientranti nel settore dello spettacolo, ai sensi dell'art. 1 della Legge n. 8/1979, per le quali vige l'obbligo di assicurazione E.N.P.A.L.S⁹⁰.

Sono esclusi, invece, i seguenti rapporti:

1. le attività rientranti nell'esercizio di una professione intellettuale, per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali;
2. le nomine dei componenti di organi di amministrazione e controllo di società;
3. le partecipazioni a collegi e commissioni;
4. le prestazioni di lavoro accessorio;
5. le prestazioni che esulano dal mercato del lavoro ai sensi dell'art. 74 del D.Lgs. n. 276/2003⁹¹ e quelle previste dall'art. 21, comma 6-ter,

⁸⁹ Tale articolo detta disposizioni in materia tributaria per l'attività sportiva dilettantistica.

⁹⁰ Il Ministero del Lavoro e della previdenza Sociale con la circolare n. 2/2007 del 27 febbraio 2007 ha stabilito che, in seguito all'entrata nella U.E. della Bulgaria e Romania, <<i>datori di lavoro che intendano procedere all'assunzione dei suddetti lavoratori rumeni e bulgari che rientrano nel settore dello spettacolo dovranno rispettare gli adempimenti previsti dalla normativa vigente in materia di lavoro effettuando le ordinarie comunicazioni ai Centri per l'Impiego ed ai competenti Enti previdenziali ed assistenziali>>.

⁹¹ Art. 74 (Prestazioni che esulano dal mercato del lavoro) D. Lgs. 276/2003: <<Con specifico riguardo alle attività agricole non integrano in ogni caso un rapporto di lavoro autonomo o subordinato le prestazioni svolte da parenti e affini sino al terzo grado in modo meramente occasionale o ricorrente di breve periodo, a titolo di aiuto, mutuo aiuto, obbligazione morale senza corresponsione di compensi, salvo le spese di mantenimento e di esecuzione dei lavori>>.

del D.L. n. 269/2003, convertito in Legge n. 326/2003⁹².

Tale esclusione è giustificata dall'assenza, in questi casi, di rischi circa il mancato rispetto della normativa dettata a tutela del prestatore di lavoro subordinato. Per la medesima ragione sono esclusi dall'obbligo su citato tutte le forme di lavoro autonomo, imprenditoriale e il volontariato;

- Lavoro del Socio lavoratore di cooperativa, quando esso venga prestato nelle forme proprie della collaborazione coordinata e continuativa o con le caratteristiche del lavoro subordinato;
- Associazione in partecipazione, allorché l'associato effettui, anche se in maniera non esclusiva, una prestazione lavorativa in favore dell'associazione. L'obbligo è escluso nel caso in cui il soggetto sia iscritto ad un albo professionale;
- Tirocini di formazione e orientamento ed ogni altro tipo di esperienza ad essi assimilata. La nota del 4 gennaio 2007, così come ribadito da quella del 14 febbraio 2007, ha specificato che il Legislatore ha incluso in tale definizione i tirocini previsti dall'art.

⁹² Art. 21, comma 6-ter, del D.L. n. 269/2003, convertito in Legge n. 326/2003: <<Gli imprenditori artigiani iscritti nei relativi albi provinciali possono avvalersi, in deroga alla normativa previdenziale vigente, di collaborazioni occasionali di parenti entro il terzo grado, aventi anche il titolo di studente, per un periodo complessivo nel corso dell'anno non superiore a novanta giorni. Le collaborazioni suddette devono avere carattere di aiuto, a titolo di obbligazione morale e perciò senza corresponsione di compensi ed essere prestate nel caso di temporanea impossibilità dell'imprenditore artigiano all'espletamento della propria attività lavorativa. E' fatto, comunque, obbligo dell'iscrizione all'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali>>.

18 della L. n. 196/97 e del relativo regolamento di attuazione (D.M. n. 142/98), quelli disciplinati da leggi regionali in materia di occupazione e mercato del lavoro, quelli inclusi nei piani dalle Università o dagli Istituti scolastici, sulla base di norme regolamentari. Rientrano, inoltre, in tale ambito anche i tirocini promossi dai Centri per l'impiego e da altri soggetti operanti nel campo delle politiche del lavoro, poiché hanno come obiettivo l'inserimento nel mondo del lavoro di soggetti inoccupati, disoccupati o svantaggiati.

Di contro, non vi è obbligo di comunicazione per i <<tirocini promossi da soggetti ed istituzioni formative a favore dei propri studenti ed allievi frequentanti, per realizzare momenti di alternanza tra studio e lavoro>>⁹³, a condizioni che i suddetti tirocini siano promossi da parte di Università o Istituti abilitati al rilascio di titoli accademici o di istruzione secondaria superiore, oppure da parte di centri di formazione professionale convenzionati con la Regione o la Provincia. Devono, inoltre, avere come destinatari studenti iscritti agli istituti promotori e devono svolgersi durante il periodo di frequenza del corso di studi o di formazione.

La normativa esaminata si applica anche alle esperienze lavorative assimilabili ai tirocini, quali le borse lavoro (previste dalla L. 196/97), i lavoratori socialmente utili e le borse post-dottorato di ricerca; non si applica invece a coloro che svolgono il periodo di pratica professionale, poiché esso è finalizzato allo svolgimento di una

⁹³ Nota del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale, "Adempimenti connessi all'instaurazione trasformazione e cessazione dei rapporti di lavoro (Legge n. 296/2006) –ulteriori indirizzi applicativi–", 14 febbraio 2007.

attività libero professionale e, quindi, di lavoro autonomo.

La comunicazione deve avere per oggetto le seguenti informazioni:

- i dati anagrafici del lavoratore (codice fiscale, nome, cognome, luogo e data di nascita, residenza e/o domicilio);
- la data di assunzione (coincide con la data di iscrizione del lavoratore nei libri obbligatori);
- la data di cessazione (salvo il caso di rapporto a tempo indeterminato). In caso di contratti a termine, la cui data di cessazione della prestazione lavorativa è incerta è comunque necessario comunicare una data approssimativa;
- la tipologia contrattuale;
- la qualifica professionale attribuita al lavoratore all'atto dell'assunzione;
- il trattamento economico e normativo riconosciuto. Se il datore di lavoro applicherà il CCNL di settore, sarà sufficiente un richiamo allo stesso; in caso contrario, dovrà indicare l'importo della retribuzione lorda giornaliera o il corrispettivo lordo complessivo concordato tra le parti.

Il destinatario della comunicazione è <<il Servizio competente nel cui ambito territoriale è ubicata la sede di lavoro>>⁹⁴. Si è ritenuto opportuno, anche in questo caso, fornire più precise indicazioni a coloro che applicheranno concretamente la normativa in esame, attraverso le già richiamate note esplicative del Ministero del Lavoro.

⁹⁴ Art. 9 bis, c. 2, del D.L. n. 510/96, convertito con modificazione nella L. 608/96 così come modificato dall'art. 1, comma 1180, Legge n. 296/2006.

Per <<Servizio competente>> deve intendersi il Centro per l'Impiego e gli altri organismi autorizzati o accreditati a svolgere le previste funzioni, in conformità alle norme regionali e delle province autonome di Trento e Bolzano. Per <<sede di lavoro>>, invece, si intende il luogo in cui si svolge la prestazione lavorativa. In relazione a tale ultima affermazione, però, è necessario effettuare delle precisazioni. Nel settore dell'edilizia, in caso di cantiere mobile, la comunicazione dovrà essere effettuata al Centro per l'Impiego del comune dove è fissata l'apertura del cantiere mobile; per la gente di mare, la comunicazione va inoltrata agli uffici di collocamento della gente di mare territorialmente competenti rispetto al luogo ove si verificherà l'imbarco; per ciò che attiene la comunicazione di assunzione di un lavoratore agricolo, essa dovrà essere effettuata presso il Servizio territorialmente competente rispetto al fondo su cui verrà impiegata la prestazione lavorativa. Nel caso in cui il fondo insista su più circoscrizioni, il datore di lavoro potrà scegliere a quale servizio competente effettuare la comunicazione. Per i rapporti di lavoro autonomo, nel senso prima specificato, e per quelli che si svolgono in più sedi di lavoro, sarà competente il Servizio nella cui circoscrizione ha sede il committente presso il quale si realizza il "coordinamento", anche temporale, della prestazione lavorativa.

Una delle novità più significative introdotte dalla modifica del comma 2 dell'art. 9 bis del D.L. n. 510/96 è lo spostamento del termine in cui effettuare la comunicazione di assunzione ad un momento precedente l'inizio della prestazione lavorativa. Tale norma, infatti, stabilisce che il termine per inviare la comunicazione

scade alle ore 24 del giorno antecedente a quello di effettiva instaurazione del rapporto di lavoro. Se la scadenza coincide con un giorno festivo, non si applica la regola processuale civilistica dello spostamento del termine al giorno successivo non festivo; la comunicazione dovrà essere trasmessa in un giorno precedente non festivo. Dovrà, inoltre, avere data certa: incomberà sul datore di lavoro l'onere della prova circa l'avvenuta comunicazione e la relativa data.

Se il rapporto di lavoro, preventivamente comunicato, non dovesse instaurarsi, il datore di lavoro è tenuto a darne comunicazione al Servizio competente non oltre i 5 giorni successivi.

Vi sono due ipotesi derogatorie all'obbligo di comunicazione antecedente l'inizio della prestazione lavorativa.

La prima si verifica quando vi è un'urgenza connessa ad esigenze produttive: in questo caso, il datore di lavoro dovrà inviare, entro il giorno antecedente, una "comunicazione sintetica provvisoria", contenente la data di inizio della prestazione lavorativa e le generalità (almeno nome, cognome/ragione sociale e codice fiscale) del lavoratore e del datore di lavoro. Entro cinque giorni dall'instaurazione del rapporto di lavoro, invece, dovrà effettuare la comunicazione con tutti gli elementi descritti in precedenza. Questa deroga è stata prevista poiché si possono verificare ipotesi in cui il datore ha necessità di assumere un lavoratore, per evitare danni alle persone o agli impianti, oppure perché vi sono ragioni di ordine produttivo, tecnico o organizzativo che necessitino l'impiego immediato di nuovi dipendenti. Anche in

questo caso graverà sul datore di lavoro l'onere di dimostrare l'indifferibilità dell'assunzione a causa delle suddette esigenze.

La seconda deroga si realizza se vi sia un'assunzione per causa di forza maggiore. Tale circostanza si concretizza, ad esempio, nel caso di supplenze temporanee del personale docente negli Istituti scolastici pubblici. In questa ipotesi la comunicazione deve essere effettuata entro il primo giorno utile e, comunque, non oltre il 5° giorno. Il datore di lavoro dovrà dimostrare che l'assunzione, da un lato, non poteva essere rinviata e, dall'altro, che non era prevedibile il giorno prima.

Un'altra deroga è stata prevista per le Agenzie per il lavoro autorizzate alla somministrazione: esse potranno effettuare la comunicazione relativa all'assunzione, così come quella relativa alla cessazione o proroga dei lavoratori somministrati, entro il giorno 20 del mese successivo alla data dell'evento.

Il comma 1183 dell'art. 1 della Legge Finanziaria 2007 ha modificato l'art. 4 bis del D. Lgs. N. 181/2000, nella parte relativa alla comunicazione di trasformazione del rapporto lavorativo. Il datore di lavoro dovrà, entro 5 giorni dall'evento modificativo, comunicarlo al Servizio competente. I casi in cui sussiste questo obbligo sono i seguenti:

- trasformazione da rapporto di tirocinio e di altra esperienza assimilata a rapporto di lavoro subordinato (questa si avrà se il datore di lavoro ospitante assuma il tirocinante prima della scadenza del tirocinio o alla scadenza dello stesso senza soluzione di continuità);
- proroga del termine inizialmente fissato;

- trasformazione da tempo determinato a tempo indeterminato;
- trasformazione da tempo parziale a tempo pieno;
- trasformazione da contratto di apprendi-stato a contratto a tempo indeterminato;
- trasformazione da contratto di formazione e lavoro a contratto a tempo indeterminato;
- trasferimento del lavoratore;
- distacco del lavoratore;
- modifica della ragione sociale del datore di lavoro;
- trasferimento d'azienda o di ramo di essa⁹⁵.

La nota esplicativa del 4 gennaio 2007 del Ministero del Lavoro ha, in via interpretativa, ricompreso in questo elenco anche l'ipotesi di trasformazione del contratto di inserimento in contratto a tempo indeterminato.

Nessuna modifica, invece, è intervenuta in relazione alla comunicazione della cessazione del rapporto lavorativo a tempo indeterminato (o a tempo determinato se la data è diversa da quella inizialmente convenuta); anch'essa dovrà avvenire entro 5 giorni dal verificarsi dell'evento.

Un'altra importante novità introdotta dalla Legge Finanziaria 2007 attiene alla pluriefficacia della comunicazione di assunzione, cessazione, trasformazione e proroga dei rapporti di lavoro interessati dalla normativa in esame. Essa, infatti, è valida *<<ai fini dell'assolvimento degli obblighi di comunicazione nei confronti delle direzioni regionali e provinciali*

⁹⁵ Le ultime quattro ipotesi sono state introdotte dall'art. 1, c. 1183, della L. 296/06.

del lavoro, dell'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), dell'Istituto nazionale per le assicurazioni contro gli infortuni sul lavoro (INAIL) o di altre forme previdenziali sostitutive o esclusive, nonché nei confronti della prefettura-ufficio territoriale del Governo>>⁹⁶.

Questa norma persegue la finalità di snellire gli adempimenti di natura burocratica e di integrare e condividere gli archivi informatici della Pubblica Amministrazione: la comunicazione, infatti, effettuata secondo le modalità descritte, libera il datore di lavoro dall'assolvimento degli altri obblighi di comunicazione.

Ai fini della concreta applicazione della normativa esaminata, l'art. 4 bis, c. 7, del D. Lgs. 181/2000 stabilisce che il Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale, di concerto con il Ministro delle riforme e le innovazioni nella Pubblica Amministrazione e d'intesa con la Conferenza Unificata, ha il compito di predisporre i moduli per le comunicazioni. Il decreto interministeriale, inoltre, deve stabilire anche <<le modalità informatiche di trasferimento dei dati e i tempi di entrata in vigore dell'obbligo di effettuare la comunicazione esclusivamente per via telematica>>⁹⁷. La nota esplicativa del Ministero del Lavoro del gennaio 2004 fornisce, nelle proprie disposizioni transitorie, una serie di indicazioni sulla modalità degli adempimenti e sulla modulistica da utilizzare per adempiere l'obbligo di

comunicazione.

La nota del 14 febbraio, invece, chiarisce che, fino all'entrata in vigore del Decreto Interministeriale, alcune comunicazioni (all'INAIL, all'Inps per il lavoro agricolo e allo Sportello Unico della Prefettura per i rapporti lavorativi con cittadini extracomunitari⁹⁸) dovranno essere effettuate con le precedenti modalità; ciò a parziale contenimento della norma che prevede l'entrata in vigore delle modifiche analizzate in questo articolo dal 1° gennaio 2007.

Per ciò che attiene, infine, al sistema sanzionatorio, in caso di mancato adempimento delle norme in materia di comunicazione saranno applicate le sanzioni previste dall'art. 19, c. 3, del D. Lgs. 276/2003⁹⁹; solo le sanzioni relative all'obbligo di comunicare la trasformazione del rapporto di lavoro saranno applicabili dalla data stabilita dal citato Decreto Interministeriale.

Le modifiche introdotte dalla Legge Finanziaria 2007, così come analizzate nel presente articolo, compiono un ulteriore e condivisibile passo in avanti verso la parificazione del pubblico impiego e del lavoro privato, introducendo una normativa valida per tutti i datori di lavoro.

Si pongono, inoltre, tra gli obiettivi, il monitoraggio del mercato del lavoro e il supporto ad azioni di contrasto del lavoro irregolare, attraverso l'introduzione dell'obbligo di comunicazione

⁹⁶ Art. 4 bis, c. 6, D.L. n. 181/2000, come modificato dall'art. 1, c. 1184, L. 296/06.

⁹⁷ Nota del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale, "Adempimenti connessi all'instaurazione trasformazione e cessazione dei rapporti di lavoro (Legge n. 296/2006) - primi indirizzi applicativi -", 4 gennaio 2007.

⁹⁸ Il datore di lavoro che assume un cittadino extracomunitario non ha più l'obbligo di comunicarlo alla Questura nelle 48 ore successive, a seguito della parziale abrogazione dell'art. 7, c. 1, del D. Lgs. N. 286/98.

⁹⁹ La violazione dell'obbligo di comunicazione al Centro per l'Impiego competente è punita con la sanzione amministrativa da €100 ad €500 per ciascun lavoratore interessato.

preventiva. Tali modifiche, da un punto di vista, sono da accogliersi favorevolmente, poiché pongono a carico dei datori di lavoro l'onere di effettuare la comunicazione per via telematica e, conferendole una pluriefficacia, permettono di snellire un inutile iter burocratico dovuto alla mancanza di comunicazioni tra i vari enti dalla P.A. Da un altro punto di vista, invece, si avanzano dubbi sulla possibilità che il semplice anteporre l'obbligo di comunicazione di assunzione o il dovere di comunicarne le relative variazioni possa essere di aiuto al contrasto del lavoro irregolare, anche se solo la concreta applicazione della normativa esaminata potrà dare una risposta ai nostri dubbi.

Mariagrazia ACAMPORA

LA REGOLARITÀ CONTRIBUTIVA SECONDO IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

La nuova disciplina dettata dal D.Lgs. 163/06 trova nuove applicazioni nella realtà del diritto vivente man mano che il tempo passa.

E stavolta l'innovazione legislativa si impatta su uno scenario costituito da evoluti orientamenti giurisprudenziali ed amministrativi.

In materia di regolarità contributiva delle imprese concorrenti nelle procedure di affidamento di appalti pubblici vige oramai un doppio orientamento nel quale a fare da spartiacque vi è la nuova disciplina sui Contratti Pubblici che ripropone un'antica lacuna normativa.

L'evoluzione normativa e giurisprudenziale

L'art. 86, comma 10, del D.Lgs. 10/09/2003, n. 276 ha istituito il Documento Unico di Regolarità Contributiva nell'ambito dei lavori privati;

L'art. 2 del D.L. 25/09/2002 n. 210 convertito dalla L. 22/11/2002 n. 266, ha previsto l'applicazione del documento stesso negli appalti pubblici (lavori, servizi e forniture). In particolare il comma 1, del suddetto art. 2, stabilisce che *"le imprese che risultano affidatarie di un appalto pubblico sono tenute a presentare alla stazione appaltante la certificazione*

relativa alla regolarità contributiva a pena di revoca dell'affidamento".

In materia, vigono dunque una serie di disposizioni normative:

in via generale: l'articolo 86, comma 10, d.lgs. n. 276 del 2003, l'articolo 20, comma 10, decreto legislativo n. 251 del 2004, l'art. 2 del DL 25/09/2002 n. 210 - convertito (e modificato) in L. 266/02

E in prassi, le circolari applicative Ministero lavoro del 12/07/2005, circolare INAIL n. 38/2005, le circolari INPS 92/2005 e 122/2005.

In materia di requisiti di carattere generale richiesti per la partecipazione alle gare pubbliche, disponeva l'art. 75 del DPR 554/99¹⁰⁰ che *"Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: (...)*

*e) che hanno commesso **gravi** infrazioni **debitamente** accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio dei lavori pubblici"*.

Ferma restando la non espressa menzione da parte della richiamata

¹⁰⁰ Oggi abrogato dall'art. 257 del Codice dei contratti pubblici

disposizione della posizione previdenziale contributiva dell'impresa concorrente, l'istituzione del DURC ha imposto di ricomprendere tale strumento fra i documenti ricognitivi di dati ufficiali in materia di "obblighi derivanti dai rapporti di lavoro" al pari di quelli emessi dall'Osservatorio dei lavori pubblici.

I due principi di "gravità" dell'infrazione e del "debito accertamento", sono stati da ultimo puntualizzati dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture¹⁰¹: *"l'espressione "debitamente accertate" non può essere letta nel senso di "definitivamente accertate", ma sta ad indicare che dell'infrazione deve esservi stato accertamento nelle forme previste dalla normativa di settore. Questa assegna gli accertamenti alla sede amministrativa la cui attestazione appare, quindi, sufficiente a legittimare la valutazione delle stazioni appaltanti circa la gravità dell'infrazione.*

(...) la "gravità" della violazione può desumersi da parte della stazione appaltante dalla specifica tipologia dell'infrazione commessa, sulla base anche del tipo di sanzione (arresto o ammenda) per essa irrogata, dall'eventuale reiterazione della condotta, del grado di colpevolezza e dalle ulteriori conseguenze dannose che ne sono derivate (es. infortunio sul lavoro) (determinazione dell'Autorità n. 13/2003)".

Ancora in relazione all'art. 75 del Regolamento attuativo, la presenza di una situazione di regolarità contributiva per tutte le fasi della procedura di aggiudicazione è stata fatta oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali (a

più riprese anche del Consiglio di Stato) tra cui, per ultima, quella del TAR Emilia Romagna - Bologna¹⁰²: *"Ai fini del possesso del requisito di "correntezza nei pagamenti e negli adempimenti previdenziali, assistenziali ed assicurativi", (...) l'impresa deve essere in regola con i relativi obblighi fin dalla presentazione della domanda".*

Ed in particolare il TAR Puglia - Lecce nella ormai nota decisione n. 6104¹⁰³ ha affermato che: *"La regolarità contributiva è requisito indispensabile per la partecipazione alle gare ad evidenza pubblica; ciò significa che l'impresa deve essere in regola con i relativi obblighi fin dal momento della presentazione della domanda, mentre sono irrilevanti eventuali adempimenti tardivi. La sussistenza del predetto requisito può essere desunta dal cd. DURC (...)".*

Tuttavia, si precisa che *"La sussistenza del requisito può essere desunta dal DURC ma la semplice menzione nel DURC dell'assenza della regolarità contributiva non è sufficiente ai fini dell'esclusione dell'impresa mancando l'accertamento della gravità e della definitività".*

La sentenza della Corte di Giustizia del 9 febbraio 2006

Se tale orientamento si allontana dalla norma di cui all'art. 75 del Regolamento, esso risulta in linea con la decisione della Corte di Giustizia del 9 febbraio 2006 n. 127¹⁰⁴, secondo cui l'inadempimento agli obblighi di contribuzione in favore dei lavoratori

¹⁰² Sentenza 15 gennaio 2007 n. 3

¹⁰³ T.A.R. per la Puglia, Lecce, sez. II, 30 dicembre 2006, n. 6104

¹⁰⁴ Nei procedimenti riuniti C-226/04 e C-228/04

¹⁰¹ Deliberazione del 28/11/2006 n.89

deve essere stato "definitivamente accertato" in base alle procedure previste dal singolo Stato membro.

Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull'interpretazione dell'art. 29, primo comma, lett. e) e f), della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE.

L'art. 29, inserito nel capitolo 2 del titolo VI della direttiva, intitolato «Criteri di selezione qualitativa», prevede:

"Può venir escluso dalla partecipazione ad un appalto qualunque prestatore di servizi il quale:

- e) non abbia adempiuto obblighi riguardanti il pagamento dei contributi di sicurezza sociale conformemente alle disposizioni legislative del paese in cui è stabilito o di quello dell'amministrazione;"*

(...) Questa disposizione non contiene una definizione della nozione «non aver adempiuto i suoi obblighi».

Al di là della problematica già risolta a livello nazionale circa il termine di regolarizzazione contributiva (al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara e per tutte le fasi della procedura di selezione ivi compresa la stipula del contratto di appalto), il problema che rimane in piedi è quello relativo al valore delle opposizioni all'ingiunzione di regolarizzazione contributiva che legittima l'emissione di un DURC negativo.

Ha affermato la Corte che *"gli effetti della presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale sono strettamente collegati all'esercizio e alla salvaguardia dei diritti fondamentali relativi alla tutela giurisdizionale, il cui rispetto è anch'esso*

assicurato dall'ordinamento giuridico comunitario. Una normativa nazionale che ignorasse totalmente gli effetti della presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale sulla possibilità di partecipare ad una procedura di aggiudicazione di appalto rischierebbe di violare i diritti fondamentali degli interessati.

Tenuto conto di questo limite, spetta quindi all'ordinamento giuridico nazionale determinare se la presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale comporti effetti che obbligano l'amministrazione aggiudicatrice a considerare che il candidato interessato è in regola con i suoi obblighi, finché non sia emessa una decisione definitiva, ai fini della sua ammissione alla procedura di aggiudicazione di appalto, a condizione che un tale ricorso sia presentato entro il termine indicato" precedentemente.

A livello nazionale (anche con l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici) non esistendo una definizione di "accertamento definitivo", si manifesta, sul punto, una lacuna normativa.

Conclude così la Corte: *"Occorre quindi risolvere le questioni poste nel senso che l'art. 29, primo comma, lett. e) e f), della direttiva non si oppone ad una normativa o ad una prassi amministrativa nazionali in base alle quali un prestatore di servizi che, alla data di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara, non ha adempiuto, effettuando integralmente il pagamento corrispondente, i suoi obblighi in materia di contributi previdenziali e di imposte e tasse, può regolarizzare la sua situazione successivamente*

- in forza di misure di condono fiscale

o di sanatoria adottate dallo Stato, o

- *in forza di un concordato al fine di una rateizzazione o di una riduzione dei debiti, o*
- *mediante la presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale,*

a condizione che provi, entro il termine stabilito dalla normativa o dalla prassi amministrativa nazionali, di aver beneficiato di tali misure o di un tale concordato, o che abbia presentato un tale ricorso entro questo termine".

Contrastante con tale orientamento sostanzialistico vi è da ultimo quello adottato dall'Autorità: *"si ritiene che il DURC costituisce "certificazione" idonea ad attestare, ai fini dell'esclusione dalle gare d'appalto ed alla stipula del relativo contratto, l'irregolarità contributiva nell'ambito del più generico disposto regolamentare in ordine al mancato adempimento agli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro. (...) Occorre inoltre richiamare - in ordine alle eccezioni sollevate al riguardo dall'impresa - l'orientamento giurisprudenziale prevalente (Cons. Stato 27/12/2004, n. 8215 e 20/09/2005, n. 4817) ai sensi del quale l'impresa deve essere in regola con i relativi obblighi fin dalla presentazione della domanda e sono irrilevanti eventuali adempimenti tardivi, anche se i loro effetti, dal punto di vista della disciplina dell'obbligazione, retroagiscono al momento della scadenza del termine di pagamento".*

Il Codice dei contratti pubblici

L'art. 38 del D.Lgs. 163/06 stabilisce che *"Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori,*

forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti".

Salvo poi affermare che: *"resta fermo, per l'affidatario, l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito dalla legge 22 novembre 2002, n. 266 e di cui all'articolo 3, comma 8, del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e successive modificazioni e integrazioni"* pena l'inibizione alla stipula del contratto d'appalto.

Se da una parte si richiede (nella fase di selezione ed in quella di affidamento) una gravità e definitività dell'accertamento sostanziale dell'irregolarità contributiva, dall'altra si dà (nella fase di affidamento) valenza ad un criterio formalistico basato sull'esito positivo del procedimento di emissione del DURC.

La sfida ad un orientamento progressista imbocato dalla giurisprudenza di merito nazionale negli ultimi mesi (primo tra tutti quello del TAR Puglia - Lecce) ed in linea con quello Europea (oggi soltanto sfiorato) richiederà di colmare una lacuna normativa con l'ausilio dei principi generali dell'ordinamento e dell'azione amministrativa.

La (o le) soluzioni para legislative adottabili

La definitività dell'accertamento dell'irregolarità contributiva è la chiave

del problema.

Non potendosi ignorare le istanze comunitarie contenute nella richiamata decisione della Corte di Giustizia, si dovrà trovare in tale senso una soluzione alla prospettata lacuna normativa.

Paradossalmente, nell'adottare un'accezione formalistica della *definitività*, ci si troverebbe in una situazione di *empasse* nella prassi quotidiana: una cartella di pagamento emessa su iscrizione a ruolo da parte di un Ente previdenziale, ancorchè impugnata dinanzi al Giudice del Lavoro e con conseguente fissazione della prima udienza (anche di sospensione della stessa) a distanza di un anno dal deposito del ricorso, legittimerebbe l'emissione di DURC negativi che inibiscono all'operatore opponente la partecipazione alle gare pubbliche.

In un'ottica maggiormente sostanzialistica e di maggior tutela del concorrente ingiunto, non va sottaciuto il rischio (più che paventato) di un patologico ricorso alle opposizioni di cartelle di pagamento o ai verbali di accertamento ispettivo a fini meramente dilatori degli effetti dannosi di una mancanza dei requisiti generali di cui all'art. 38 del Codice in capo all'operatore stesso.

Tuttavia la gravosità del problema richiede una severa scelta di campo. La soluzione preferibile sarebbe quella conforme ai principi di certezza del diritto e di diritto alla tutela giurisdizionale, tendente, oggi più che mai, a non addossare le carenze strutturali del "sistema giustizia" e le conseguenti lungaggini degli accertamenti definitivi sull'operatore economico.

Sul punto potrebbe soccorrere un

adeguato impiego del procedimento cautelare (ex art. 21, comma 8 Legge Tar) e dell'applicazione della sua cognizione sommaria per formulare un primo vaglio sulla fondatezza delle pretese del ricorrente; ciò comporterebbe subordinare l'esito dell'accertamento (semi-definitivo) della mancanza del requisito di cui all'art. 38 del Codice degli appalti, ad un'ordinanza cautelare di natura giudiziale, in attesa di un'auspicata copertura della lacuna menzionata.

Francesco GISMONDI

RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE

La rappresentatività sindacale oltre l'effettiva applicazione del contratto collettivo

Tribunale di Bari, 7 gennaio 2007.
(G.L.dott.ssa Simonetta Rubino)

Ricorso ex art. 28 Statuto Lavoratori - violazione prerogative sindacali - rappresentatività dell'organizzazione - sussistenza - condotta antisindacale - sussistenza.

E' integrato il requisito, ai sensi dell'art. 19 Legge 300/70 e al fine dell'applicazione delle garanzie di cui al titolo III della medesima legge, della rappresentatività di una organizzazione sindacale, quando sussistano elementi oggettivi, e quindi assolutamente svincolati e indipendenti da un eventuale riconoscimento datoriale, idonei a radicare l'organizzazione nel tessuto aziendale (ad esempio: sottoscrizione di contratti collettivi aziendali, costituzione di una RSA, fruizione di permessi e altre prerogative sindacali di cui al titolo III S.L.).

Tale esigenza di oggettività nel criterio di selezione è finalizzata alla valorizzazione della capacità del sindacato di imporsi al datore di lavoro come controparte contrattuale (cfr. anche Corte Costituzionale 12 luglio 1996, n. 244) e, specie nel caso di sindacati di recente formazione, diventa <<decisiva ai fini di quel delicato affidamento che un organismo in nuce ha bisogno di assicurare per fondare su di esso il proprio successivo iter di affermazione e legittimazione>>.

* * *

(...omissis...) La controversia in esame richiede dunque di stabilire se l'operato dell'E****, tradottosi nell'aver escluso la FXXXX da ogni processo di contrattazione interna oltre che della titolarità delle prerogative di cui al titolo III Stat. Lav., sia o meno definibile in termini di antisindacalità. Che il sindacato in questione fosse un sindacato dotato di rappresentatività è, ad avviso di questo giudice, fuori dubbio. Tuttavia, posto che le parti in causa hanno diversamente prospettato la questione - la o.s. istante individuando l'antisindacalità nella pretesa dell' E**** di comprimere un sindacato già rappre-sentativo, l'Ente viceversa ritenendo che il thema decidendum sia limitato ad accertare con specifico riferimento al verbale sottoscritto il 10/03/2006 se lo stesso possa essere considerato un contratto collettivo applicato all'azienda, sì che in caso di risposta affermativa dovrà riconoscersi in capo alla FXXXX il requisito della rappresentatività ex art. 19 St. Lav., mentre in caso di risposta negativa la stessa O.S. non potrà usufruire delle prerogative della L. 300/70 (assemblea, referendum, trasferimento, permessi, uso dei locali) - è opportuno, a parere di questo giudice, affrontare primariamente la questione della verifica dell'effettiva rappresentatività in capo al sindacato ricorrente alla luce dell'art. 19 come da ultimo formulato. Dopo la parziale

abrogazione conseguente al referendum indetto con DPR 5 aprile 1995, l'art. 19 ha profondamente mutato i suoi connotati. Nella versione originaria i diritti sindacali venivano riconosciuti solo alle rsa costituite nell'ambito:

- a) delle associazioni aderenti a confederazioni maggiormente rappresentative sul territorio nazionale;
- b) delle associazioni sindacali, non affiliate alle predette confederazioni, che fossero firmatarie dei contratti collettivi nazionali o provinciali di lavoro applicati nell'unità produttiva.

L'abrogazione conseguente al referendum ha fatto saltare del tutto il capo a) ed ha profondamente inciso sul capo b), elidendo i termini "nazionali o provinciali". Pertanto, possono costituire RSA dotate dei diritti previsti dal terzo titolo dello Statuto dei Lavoratori tutte le associazioni sindacali "che siano firmatarie dei contratti collettivi di lavoro applicati in azienda".

Il livello selettivo si è evidentemente abbassato enormemente. Oggi dunque si richiede che si tratti di una associazione sindacale che abbia firmato contratti collettivi di qualsiasi livello, non necessariamente provinciale o nazionale, quindi anche aziendale, applicati nell'unità produttiva. Occorre anche sottolineare che tale modifica, come è stato autorevolmente spiegato ed applicato, ha voluto segnare il passaggio dal criterio della rappresentatività presunta a quello della rappresentatività sostanziale e, perciò, attuare decisamente situazioni di cristallizzazione dei sindacati tradizionalmente e pacificamente considerati maggiormente rappresentativi, favorendo lo sviluppo e l'affermazione (valorizzando, così, il principio della pluralità = libertà sindacale di cui all'art. 39 Cost.) di organizzazioni nuove, anche aziendalistiche, in grado di imporsi come controparte nell'interesse dei rappresentati. Ed invero la

maggiore rappresentatività sostanziale coincide con il dato empirico della effettività dell'azione sindacale, della capacità della associazione di proporsi e farsi riconoscere come interlocutore negoziale a prescindere dal livello di contrattazione (cfr. Corte Costituzionale, sent. n. 244/1996). Ebbene, riportando proprio le parole della Consulta per cui "la rappresentatività non deriva da un riconoscimento datoriale, ma è una qualità giuridica attribuita dalla legge alle associazioni sindacali in grado di imporsi al datore di lavoro come interlocutore contrattuale" (Corte Cost., sent. n. 244/1996) - veniamo allo specifico esame della questione controversa. I fatti sono incontestabilmente i seguenti sebbene è sulle conseguenze che occorre appuntare la massima attenzione e farlo con la dovuta cura e rispetto dei principi di buona fede e affidamento tenendo altresì in dovuta considerazione la circostanza che il sindacato istante è - incontestabilmente - un sindacato "appena nato", ovvero un sindacato per il quale i primi passi, quali quelli nella specie costituiti dall'aver - se pure "accidentalmente" - partecipato alla riunione del 10.3.06, diventano decisivi ed estremamente importanti in quanto tali da costituire e fondare quel delicato affidamento che un organismo in nuce ha bisogno di assicurare per fondare su di esso il proprio successivo iter di affermazione e legittimazione.

Ebbene va subito precisato che il sindacato istante risulta che già nel corso del 2005 avviava nella realtà dell'Ente un'attività di informazione e proselitismo finalizzata a proporsi come interlocutore della direzione dell'Ente ed iniziava ad acquisire i primi consensi in termini di tessere. Infatti nel dicembre 2005 veniva costituita la RSA Fxxxx; come inoltre risulta dalla documentazione agli atti allegata, il dirigente usufruiva, nelle date del 17 gennaio 2006 e nel 15 febbraio 2006 dei permessi sindacali, quindi, il successivo 10 marzo 2006, veniva convocato a partecipare alla sottoscrizione di

un accordo collettivo aziendale.

A questo punto, il passo successivo nell'odierna disamina, è evidentemente quello di stabilire se la partecipazione all'accordo sindacale del marzo 2006 integri e soprattutto confermi la sussistenza della contestata rappresentatività della Fxxxx. L'E**** contesta con vigore che l'accordo de quo possa essere considerato un contratto collettivo, definendolo quasi un testo unilaterale sottoscritto per adesione dai sindacati presenti. Si impone evidentemente un attento esame del testo di quel verbale onde stabilire se detto accordo possa essere annoverato tra i "contratti collettivi applicati nell'unità produttiva" di cui all'art. 19 st. lav., così come modificato dal d.P.R. n. 312 del 1995, in esito alla consultazione referendaria dell'11 giugno 1995. Ebbene, dopo il titolo "verbale di accordo sottoscritto dalle parti sociali sul piano aziendale di formazione continua per dirigenti, direttori e capi ufficio E****", è dato leggere: "le parti approvano il piano di formazione aziendale E****...; le parti come sopra rappresentate concordano altresì che, ...; le parti infine concordano che ...; letto, approvato e sottoscritto". Esaminato inoltre il testo può affermarsi che esso consistesse in una convenzione aziendale su di un tema evidentemente rilevante, quale quello della formazione professionale, espressamente demandato dalla normativa regionale di riferimento, alla contrattazione decentrata. Sempre dalla lettura dell'incarto processuale, in particolare dalla nota di convocazione inviata anche alla rsa Fxxxx, ove è dato leggere: "verifica complessiva in ordine alla ride-finizione delle intese recepite con Accordo Integrativo Aziendale e problematiche connesse all'applicazione del vigente ccnl", può altresì assumersi l'indubbia valenza negoziale dell'accordo che peraltro andava ad inserirsi in un percorso organico in parte già avviato. Rilevante altresì è il significato della convocazione. La convocazione è un atto significativo che già in sé include il riconoscimento della legittimazione del

sindacato alla partecipazione. La convocazione è infatti, un atto funzionale ad un esame evidentemente congiunto delle parti convocate. Già dunque la convocazione legittima e abilita l'os a credere e fidare nella propria legittimazione a contraddire e partecipare. Quanto al contenuto, ritiene questo giudice che trattasi nella specie di un accordo aziendale in parte gestionale ed in parte normativo atteso che incontestabilmente esso afferisce direttamente la regolamentazione dei contratti individuali dei dipendente destinatari del programma di formazione, sicchè, con specifico riferimento alla questione se detto accordo possa essere annoverato tra i "contratti collettivi applicati nell'unità produttiva" di cui all'art. 19 st. lav., così come modificato dal d.P.R. n. 312 del 1995, non può essere posto in discussione atteso che: "Nel novero dei "contratti collettivi applicati nell'unità produttiva" di cui all'art. 19 st. lav., così come modificato dal d.P.R. n. 312 del 1995, in esito alla consultazione referendaria dell'11 giugno 1995, vanno compresi anche i c.d. "contratti gestionali", in quanto espressione, per le materie trattate, di quella capacità negoziale dei sindacati firmatari che è il presupposto per il riconoscimento del diritto di costituire rappre-sentanze sindacali aziendali Cass.civ. 24 settembre 2004, n. 19271. Iniziando dunque a tirare le fila del discorso può affermarsi dunque che la Fxxxx è un sindacato di categoria di carattere nazionale aderente alla Confederazione CONFISAL ed operante nei settori della Sanità pubblica e privata; nel settore pubblico ha sottoscritto contratti collettivi nazionali del settore sanità ed è riconosciuta tra i sindacati maggiormente rappresentativi ex art 43 d.lgs. 165/01; nel settore privato, pur non avendo sottoscritto contratti nazionali, risulta essere stata firmataria di contratti collettivi territoriali ed aver partecipato a vari processi negoziali in aziende di rilevanti dimensioni; ha nell'E**** una RSA di recente affermazione; ha fruito delle prerogative di cui al tit. III stat. Lav.; ha partecipato alla

conclusione di un contratto collettivo aziendale. Quanto a quest'ultimo può altresì affermarsi che si è in presenza senza alcun dubbio di un accordo negoziale dovendo escludersi che si sia trattato di un accordo già predisposto e firmato dalla Fxxxx solo per adesione; di fatto la Fxxxx ha agito come controparte negoziale, quale interlocutore dell'Ente e ciò integra il requisito utile a realizzare quella rappresentatività sostanziale che emerge dall'art. 19. "Secondo l'art. 19 l. 20 maggio 1970 n. 300, pur nella sua versione risultante dalla prova referendaria, la rappresentatività del sindacato non deriva da un riconoscimento del datore di lavoro, espresso in forma pattizia, ma è una qualità attribuita dalla legge alle associazioni sindacali che abbiano stipulato contratti collettivi (nazionali, locali o aziendali) applicati nell'unità produttiva. L'esigenza di oggettività del criterio legale di selezione comporta un'interpretazione rigorosa della fattispecie dell'art. 19, tale da far coincidere il criterio con la capacità del sindacato di imporsi al datore di lavoro, direttamente o attraverso la sua associazione, come controparte contrattuale. (Corte Costituzionale, 12 luglio 1996, n. 244).

Tale dato è incontrovertibile sicché si ritiene irrilevante soffermarsi sulla natura, definita "casuale" dall'E****, della partecipazione della Fxxxx alla sottoscrizione dell'accordo nell'ambito di un incontro altresì definito "malaugurato". Ritiene questo giudice irrilevanti le motivazioni in proposito addotte dall'E**** perché al contrario, troppo rilevanti sono le conseguenze della partecipazione stessa nel più ampio contesto quale costituito dai dati di fatto innanzi puntualizzati. Come innanzi accennato la Fxxxx è un sindacato di recente affermazione, sicché estremo rilievo assume, nel difficile percorso di auto-affermazione di un nuovo soggetto sindacale in un contesto lavorativo ove già operano sigle sindacali di più datata affermazione, la circostanza che il sindacato abbia presenziato, perché convocato, alla definizione e sottoscrizione

di un (primo) accordo collettivo aziendale. La ricerca del requisito della rappresentatività, alla luce della motivazione resa dalla Consulta, va effettuata in termini di effettività di concerto con i principi di buona fede e affidamento. Non può dunque ignorarsi che una dialettica sindacale vi è stata, le cui modalità di evoluzione hanno portato, di fatto, alla convocazione dell'organismo sindacale. Di estremo rilievo appare a questo giudice quanto l'E****, nel contesto di una risposta ad una denuncia di comportamento antisindacale fatta dalla difesa della CGIL territoriale, dice - a proposito della costituzione presso l'E**** della rsa Fxxxx: "Dagli approfondimenti effettuati emergeva che per la costituzione della RSA la legge non pone limiti particolari se non che essa avvenga ad iniziativa dei lavoratori e nell'ambito di associazioni sindacali che siano firmatarie o aderiscano a contratti collettivi nazionali o provinciali di lavoro applicati nell'unità produttiva. Per queste ragioni, qui brevemente richiamate, ritenevamo quindi che la Fxxxx fosse legittimata a partecipare agli incontri sindacali convocati da questo Ente. Queste considerazioni erano state informalmente espresse ai Rappresentanti Sindacali Aziendali che, in nessuna occasione, avevano espresso dubbi e perplessità su questa interpretazione". (cfr. doc. 9, p. 2 e p. 3 produzione E****). Tale complessivo comportamento datoriale, unitamente alla fruizione dei permessi sindacali che costituiscono proiezione e conferma della rappresentatività di un sindacato, ha pertanto fondato il legittimo affidamento del sindacato in questione a non essere pretermesso dai successivi incontri.

Può dunque affermarsi che il sindacato istante si sia autolegittimato quale sindacato effettivamente rappresentativo di fatto garantendosi l'accesso alla legislazione statutaria di sostegno ex artt. 20 e ss. l. n. 300/70.

Se si comprende il profondo significato del concetto di rappresentatività effettiva voluto

ed inteso dal nuovo art. 19 a fondamento di un sistema dinamico che consenta l'affermazione di nuovi soggetti sindacali mercè la loro partecipazione a trattative e a confronti anche solo aziendali nell'interesse dei lavoratori, si comprende quanto sia coerente l'autonomia del livello di contrattazione aziendale ovvero la assoluta indipendenza del momento formativo dei contratti integrativi aziendali rispetto alla normativa nazionale (Cass. 1677/90), nonchè la irrilevanza della circostanza, quale evidenziata dalla difesa dell'E****, secondo cui l'o.s. istante difetterebbe della rappresentatività per non aver mai sottoscritto alcuno dei contratti collettivi applicati, in qualsiasi tempo, dall'Ente convenuto. Altresì irrilevante è la giustificazione ancora addotta dall'Ente secondo cui la Fxxxx annovera appena 3 iscritti su una forza lavoro di 230 dipendenti di cui 127 iscritti ad altre OO.SS. Ebbene, in merito a tale tipo di argomentazioni difensive, concorda pienamente il giudicante con quanto osserva la difesa dell'o.s. istante: ritenere che un sindacato pur effettivamente rappresentativo non debba partecipare a tavoli contrattuali o non possa costituire RSA per il sol fatto di non aver firmato altri contratti in precedenza, significa tradire la ratio dell'art. 19 St. Lav. e optare per un sistema chiuso non suscettibile di nuovi ingressi, cristallizzato su sindacati già esistenti e perciò costituzionalmente illegittimo per violazione dell'art. 39 Cost., in altre parole, dovrà pur accadere che un sindacato firmi per la prima volta un certo contratto in una data realtà in cui in precedenza non era rappresentativo. Va soggiunto che tra i criteri non decisivi della maggiore rappresentatività di un sindacato vi è, da sempre, la consistenza numerica degli iscritti (cfr. Cass., 1.3.86 n.1320; Cass. 10/7/1991 n. 7622; Cass. 28/10/1981 n. 5664 etc.); consistenza numerica che, a seguito della parziale abrogazione referendaria dell'art. 19 St. Lav., ha perso ogni rilevanza in considerazione del

riferito principio di autolegittimazione che "valorizza e rispecchia la volontà manifestata nel mondo del lavoro di rivolgersi anche ad organizzazioni sindacali anche meno rappresentative sul piano numerico, ma più efficaci nella capacità di farsi sentire e di esprimere effettivamente le esigenze dei dipendenti". Dunque ciò che rileva è la concreta capacità di imporsi come controparte contrattuale nella stipula di contratti collettivi nazionali, locali aziendali a carattere normativo o gestionale "... non bastando nè l'adesione a contratti altrui, nè la convenzione di accordi di contenuto irrilevante; interpretata alla stregua di un tale criterio, corrispondente all'esigenza di misurazione della forza e rappresentatività tipicamente propria dell'ordinamento sindacale, la disposizione non viola gli art. 39 e 3 Cost., perché le norme di sostegno dell'azione sindacale nelle unità produttive possono essere legittimamente riservate a certi sindacati in base a criteri scelti discrezionalmente, nei limiti della ragionevolezza, dal legislatore, di guisa che la possibilità di dimostrare la rappresentatività per vie diverse (numero di iscritti, o numero di suffragi elettorali conquistati) sarebbe irrilevante ai fini dei principi costituzionali invocati" Corte Costituzionale, 12 luglio 1996, n. 244.

Peraltro, per quanto può rilevare, dalla documentazione allegata, risulta che al settembre 2006 i lavoratori dipendenti E**** iscritti alla Fxxxx risultavano essere 11 (doc. fascicolo parte ricorrente).

In ogni caso resta un dato di scarso rilievo giuridico atteso che deve ritenersi fisiologico che un soggetto nuovo all'inizio non può di certo contare su una solida struttura associativa. Ne consegue che la o.s. ricorrente possa essere riconosciuta quale soggetto dotato di poteri di contrattazione seppure non firmataria del CCNL, con la conseguenza che essa non doveva essere esclusa dalla partecipazione alla contrattazione integrativa decentrata. Operato

quest'ultimo decisamente contraddittorio e fuorviante nonché lesivo del legittimo affidamento riposto dalla sigla istante nella successiva attività che lo avrebbe potuto vedere quale contraddittore nelle relazioni sindacali in precedenza già incontestabilmente avviate. Ed il vulnus subito dal sindacato alla propria credibilità a seguito dell'operato dell'Ente si è concretamente manifestato laddove la Fxxxx ha visto perdere la fiducia dei propri iscritti alcuni dei quali, per quanto è documentalmente provato, hanno revocato le proprie adesioni. Va conseguentemente dichiarata l'antisindacalità della condotta dell'Ente laddove questo ha disposto unilateralmente la revoca del contratto collettivo aziendale sottoscritto nel marzo 2006, ha negato la titolarità delle prerogative di cui al titolo III Stat. Lav. ed ha escluso la Fxxxx dalla successiva contrattazione decentrata. Quanto all'eccepito difetto di alcuna intenzionalità nell'agito dell'E**** che ha invece sottolineato la propria buona fede adducendo le ragioni che per paradossali disguidi avrebbero portato a considerare la Fxxxx soggetto sindacale da convocare, è sufficiente ricordare come dopo l'intervento delle Sezioni Unite con la pronuncia n. 5295/97 è stato confermato l'orientamento secondo il quale non è necessario dimostrare l'intento della condotta datoriale al fine di definirne la antisindacalità essendo sufficiente accertare la obiettiva idoneità della condotta medesima alla vulnerazione dell'attività e della libertà sindacale.

In ultimo va rilevata la infondatezza della eccezione concernente il presunto difetto di legittimazione attiva della Fxxxx. Sul punto questo giudice richiama, concordandovi pienamente, quanto precisato dalla Corte di Appello di Bari che, affrontando ed esaminando la medesima eccezione svolta nei confronti della Fxxxx, ha precisato che: "L'art. 28 prevede l'intervento del Giudice su ricorso degli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse. È una formula

(volutamente) ampia ed elastica. Nel caso in esame il ricorso è stato proposto dalla Segreteria provinciale di una associazione nazionale aderente ad una confederazione nazionale. La Segreteria provinciale è indiscutibilmente un organismo locale. La Fxxxx è una organizzazione sindacale di categoria (una Federazione) di carattere nazionale. La lettura dello stesso Statuto.....indica che ha sede in Roma ed ha una articolazione su tutto il territorio nazionale, basata su strutture regionali, provinciali ed aziendali.....".

In conclusione e in accoglimento del ricorso va dichiarata antisindacale la condotta denunciata. Conseguentemente va ordinato all'E**** di cessare la condotta denunciata e, per l'effetto, di garantire alla Fxxxx il regolare godimento della prerogative di cui al titolo III dello Statuto dei Lavoratori nonché la regolare partecipazione alla contrattazione collettiva aziendale nonché la regolare applicazione del contratto collettivo siglato il 10.3.2006 sino alla data della sua naturale scadenza. Le spese seguono la soccombenza liquidandosi come da dispositivo.

PQM

Il giudice accoglie il ricorso e per l'effetto dichiara antisindacale la condotta denunciata; ordina all'E**** di cessare la condotta denunciata e, per l'effetto, di garantire alla Fxxxx il regolare godimento della prerogative di cui al titolo III dello Statuto dei Lavoratori nonché la regolare partecipazione alla contrattazione collettiva aziendale nonché la regolare applicazione del contratto collettivo siglato il 10.3.2006 sino alla data della sua naturale scadenza. (...omissis...)

* * *

- NOTA -

La sentenza in oggetto affronta la delicata tematica della rappresen-

tatività degli organismi sindacali, tornata alla ribalta all'indomani delle modifiche apportate all'art. 19 S.L. in seguito alla consultazione referendaria del 1995, che ha fatto venir meno il primo dei due criteri selettivi dell'accesso alle prerogative sindacali (adesione alle confederazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale) e al tempo stesso parzialmente modificato la portata del secondo, da cui è scomparso il riferimento ai due soli livelli di negoziazione (nazionale e provinciale), conseguentemente estesa anche alla sua dimensione più spiccatamente locale (i.e. aziendale).

L'articolo 19 S.L. ha in sostanza demolito il c.d. criterio della "rappresentatività presunta", vale a dire l'idea di una rappresentatività fondata su astratti elementi statistici (ad esempio, la presenza su scala nazionale del sindacato), in favore di una rappresentatività che sia invece oggettiva, perché rispettosa della concreta ed effettiva capacità contrattuale del sindacato di imporsi all'interno dell'azienda come efficace contraddittore del datore di lavoro, e sostanziale al tempo stesso, in quanto idonea ad accompagnare in ogni sua tappa la effettiva genesi di un sindacato sin dai primi passi mossi verso una effettiva collocazione all'interno dell'azienda.

Dovrà quindi di volta in volta essere valorizzato il c.d. "dato *empirico* di effettività dell'azione sindacale", inteso come naturale conseguenza del costituzionale principio di uguaglianza, libertà, pluralismo ed autonomia sindacale di cui all'art. 39 della Costituzione: ciò in quanto solo la dimensione specifica, particolare, empirica appunto, della condotta di un sindacato permetterà di individuare quello

effettivamente rappresentativo ex art. 19 S.L., e di ravvisarlo quindi soltanto in certe organizzazioni che, in base all'analisi delle circostanze fattuali, possano efficacemente qualificarsi come reali portavoci di una dimensione lavorativa all'interno dell'azienda, ad esempio imponendosi al datore di lavoro, <<direttamente o attraverso l'associazione, come controparti contrattuali [...] nella stipula di qualsiasi contratto collettivo (nazionale, provinciale o aziendale) applicato nell'unità produttiva>> (Corte Cassazione 26-2-2002 n. 2855).

Perde dunque rilievo la dimensione territoriale -nazionale o provinciale- del tavolo negoziale, essendo invece sufficiente al sindacato la *sottoscrizione*, intesa come conclusione di un processo negoziale completo, dalla fase della consultazione a quella della contrattazione vera e propria (sono quindi eccettuate le pur diffuse ipotesi della c.d. "firma per adesione"), di un accordo collettivo di lavoro applicabile all'interno dell'unità produttiva. Nel caso esaminato dal Tribunale di Bari, il sindacato ricorrente era riuscito a provare di aver preso parte attivamente al tavolo negoziale, e di essersi invece limitato a sottoscrivere un accordo predisposto dai sindacati presenti: tanto risultava evincibile - a detta del Giudicante - tanto dal tenore letterale del contratto (reiterato ricorso ad espressioni quali <<le parti concordano che>>, <<le parti approvano che>>) quanto da circostanze oggettive tra cui, importantissimo, il fatto stesso di aver ricevuto una convocazione per la contrattazione aziendale e di avere efficacemente raccolto tale invito. Proprio alla circostanza della convocazione si è, del resto, a giusta ragione offerto particolare risalto in quel processo di autolegittimazione che

ha poi portato il sindacato a presenziare, perché convocato, alla definizione e sottoscrizione di un (primo) accordo collettivo aziendale.

In questo senso la pronuncia in oggetto da un lato si è collocata nel solco di quella giurisprudenza, sia costituzionale che nomofilattica, ormai consolidata nel senso sinora richiamato della rappresentatività c.d. empirica, ma ha dall'altro ulteriormente valorizzato, attraverso una apprezzabilissima sensibilità nell'interpretazione ermeneutica compiuta, il regime di tutela sindacale "meritato" da quelle organizzazioni che, per quanto particolarmente giovani, si rivelino tuttavia "contrattualmente efficaci" all'interno della singola realtà aziendale.

Sotto il primo profilo, il Tribunale ha desunto gli indizi empirici di rappresentatività in una serie di circostanze, come ad esempio la costante attività di informazione e proselitismo svolta dal sindacato sino al punto da confluire poi in una vera e propria campagna di tesseramento, nella costituzione di una r.s.a. all'interno dell'organizzazione aziendale, nella richiesta e nell'ottenimento di permessi sindacali, o ancora nella importantissima circostanza della convocazione - e conseguente partecipazione - al tavolo negoziale per la sottoscrizione di un accordo collettivo aziendale destinato a disciplinare aspetti importanti dell'organizzazione del lavoro nell'unità produttiva (come la regolamentazione dei contratti individuali dei dipendenti).

Con la pronuncia in oggetto, tuttavia, il Tribunale di Bari è andato ben oltre la semplice verifica, nel caso concreto, dei canoni di rappresentatività sindacale ormai consolidati dalla giurisprudenza, ed ha invece ricordato quanto impor-

tanti siano quei <<primi passi>> di un sindacato di recente affermazione a fondare quel delicato affidamento che <<un organismo *in nuce*, specie in un contesto ove già operano sigle sindacali di più datata affermazione, ha bisogno di garantire per fondarvi il proprio successivo iter di autolegittimazione>>

Raffaella ROMANO

Le indennità del personale docente nelle zone “a rischio” e l'autonomia funzionale delle istituzioni scolastiche

Corte d'Appello di Bari, sez. lavoro
sentenza n. 475 del 06/02/2007
(G.I. Dott.ssa D'oronzo)

Ricorso in Appello per liquidazione indennità spettante per attività di docenza presso scuole zone a rischio - Infondatezza - Sottoscrizione vincolo triennale - ininfluenza ai fini della maturazione del diritto.

E' infondata la domanda del ricorrente rivolta ad ottenere la liquidazione dell' indennità spettante per l'attività parzialmente espletata in una scuola situata nella zona a rischio ex art. 4 CCNL 26/05/1999 a seguito di mancata conferma del progetto anche soltanto limitatamente al terzo ed ultimo anno, potendo la Direzione Generale del Ministero nella sua autonomia revocare anche ad horas l'espletamento del progetto, a nulla rilevando il vincolo assunto per iscritto su richiesta del Ministero dai docenti a non trasferirsi per quel triennio presso altri plessi scolastici.

* * *

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'appellante censura la decisione del Tribunale con un unico articolato motivo.

Osserva, in sintesi, l'insegnante che: ha errato il primo giudice nel ritenere, all'interno di un rapporto contrattuale di lavoro in regime privatistico, “intangibile” il parere negativo alla prosecuzione delle attività progettuali per il terzo anno, espresso dal gruppo tecnico nazionale costi-

tuito presso la Direzione Generale del Ministero; che, invero, avendo reso dichiarazione di disponibilità, ai sensi dell'art. 4, comma 11, del CCNL 26 maggio 1999, a permanere in servizio nella scuola per tutta la durata del progetto relativo ... e, comunque, per non meno di tre anni era sorto, per l'Amministrazione, il correlativo obbligo di pagare, a titolo di corrispettivo, l'indennità stabilita per tutto il triennio; che, a fronte del proprio diritto a tale compenso, l'Amministrazione non poteva contrapporre alcun potere pubblico discrezionale, poiché l'attività espletata aveva “natura paritetica” e tutti gli atti dell'Amministrazione andavano qualificati come atti di diritto privato; che il Tribunale ha ommesso di pronunciarsi sulla richiesta di risarcimento danni consistiti, oltre che nella mancata percezione dell'indennità stabilita dalla contrattazione collettiva, anche nella definitiva ed irrimediabile perdita della possibilità di ottenere una nuova destinazione, più vicina al luogo di residenza o, comunque, professionalmente più vantaggiosa, atteso l'obbligo assunto, con l'adesione al progetto, di permanere in servizio presso la scuola per almeno tre anni. (... omissis...).

L'appellante ha lamentato, con l'atto introduttivo, la illegittima mancata approvazione, da parte del Ministero, del progetto per l'anno 2001 – 2002, fonte, secondo la tesi attorea, di gravi danni professionali ed economici, rappresentati dalla perdita del diritto alla mobilità e del

compenso annuo accessorio di cui all'art. 4 del CCNL.

Nelle conclusioni, l'insegnante ha chiesto la condanna del Ministero al pagamento, in proprio favore, della somma di € 2.324,06, pari al compenso accessorio non percepito, a titolo risarcimento danni.

Dunque, l'istante ha addebitato al Ministero un comportamento (mancata approvazione del progetto) asseritamente illegittimo ed ha chiesto al medesimo ente di risarcire il danno conseguentemente cagionato, quantificato in misura pari al compenso previsto dall'art. 4 del CCNL.

Questa essendo l'allegazione della parte ricorrente, non v'è dubbio che legittimato a contraddire fosse il Ministero convenuto, supposto unico responsabile del danno di cui si è reclamato il ristoro. (...omissis...).

La soluzione della controversia in definitiva dipendente dalla verifica della correttezza dell'operato del Ministero, in relazione agli obblighi nascenti direttamente dalla normativa contrattuale e, in ogni caso, al dovere, correttamente richiamato dall'appellante, di buona fede e correttezza.

Orbene, dalla documentazione agli atti emerge quanto segue.

Con nota n. 279 del 21 settembre 2001, il Ministero lamenta insufficienti informazioni in alcune sezioni della griglia strutturata (nel verbale n. 42/2001 del Collegio dei Docenti così, in sintesi, riportate: *non si ritrovano informazioni sulla Scuola ed elementi che indichino il grado di dispersione scolastica da contenere; non emerge la situazione di disagio sociale del territorio nel quale è situata la Scuola; non emerge la rete di collaborazione con l'Ente Locale, le Istituzioni e le Associazioni; l'apprezzabile indagine...non fornisce alcuna indicazione sui profili di apprendimento e comportamento degli alunni; non emerge alcuna flessibilità didattica e organizzativa per il trascorso biennio e/o indicazioni revisionali di diversa artico-*

lazione didattica per l'ultimo anno del Progetto; al dato costante di assenza di abbandoni e di ripetenze non fa riscontro un qualsiasi intervento sulle modalità di verifica e valutazione dei processi di insegnamento/apprendimento e di monitoraggio dell'intero Progetto; si rileva un rapporto con le famiglie meramente istituzionale).

Nonostante l'integrazione del progetto, predisposto dal Collegio dei docenti, il Ministero, con nota n. 793 del 4 dicembre 2001, comunica che, a seguito dell'esame effettuato dal gruppo tecnico istituito con D.D.G. 19/07/2001, è stato espresso parere negativo alla prosecuzione delle attività nell'anno scolastico 2001/2002. (...omissis...).

Se non può negarsi che la discrezionalità tecnica dell'Amministrazione nella valutazione del progetto trova un limite nell'obbligo di osservare le norme contrattuali che disciplinano l'esercizio di quel potere (ancorato alla ricorrenza di risorse disponibili, allo stato di realizzazione del progetto e alla persistente idoneità al raggiungimento degli obiettivi) nonché nel generale dovere di buona fede, è altrettanto vero che, nella specie, l'appellante non ha neanche allegato la specifica inadempienza in cui sarebbe incorsa l'Amministrazione né ha indicato la concreta scorrettezza, in ipotesi, commessa dal Ministero.

Solo con il ricorso introduttivo e non anche con l'atto di gravame, il docente ha sottolineato che il progetto non era stato confermato nonostante la positiva conclusione delle verifiche effettuate nell'aprile 2001 dagli ispettori.

Ora, prescindendo dal fatto che agli atti non vi sono le relazioni degli ispettori (ancorché menzionate nell'indice della documentazione allegata al ricorso introduttivo), la Corte rileva che l'appellante si è limitato ad evidenziare questa apparente incongruità senza tuttavia spiegare perché

mai le ragioni addotte dal Ministero per negare la conferma del progetto, nonostante l'esito delle verifiche ispettive, fossero erronee o illogiche.

In sostanza e ad onta del giudizio conclusivo degli ispettori, ciò che poteva rilevare, nella specie, era la contraddittorietà manifesta tra determinati accertamenti di fatto compiuti dagli ispettori e le valutazioni tecniche dai medesimi espresse e le corrispondenti attività compiute dal Ministero, sì da potersi quanto meno ipotizzare che il parere negativo espresso dall'Amministrazione fosse affetto da un errore o travisamento dei fatti o da una inesatta applicazione dei criteri tecnici di valutazione.

L'appellante, invece, nulla di tutto questo ha allegato, di tal che il giudizio di non realizzabilità del progetto non appare contrario alle comuni regole tecniche e scientifiche ed il conseguente provvedimento di non conferma del progetto non risulta adottato in violazione di alcuna norma contrattuale o legale.

Può aggiungersi che la valutazione dello stato dei progetti da parte del collegio dei docenti va fatta entro il mese di giugno *per mezzo di una griglia strutturata predisposta dal Ministero della pubblica istruzione*, sicchè, come giustamente affermato dal Ministero, "è evidente l'irrilevanza delle valutazioni espresse dagli ispettori anteriormente alla conclusione del progetto e con modalità diverse da quelle fissate dalla contrattazione collettiva".

In conclusione, il comportamento tenuto dal Ministero con la mancata conferma del progetto non risulta affetto da alcuna illegittimità.

La domanda risarcitoria avanzata dall'appellante sul presupposto di una condotta *contra ius* del Ministero appellato è dunque infondata. (...*omissis*...).

* * *

- NOTA -

La Corte di Appello di Bari, nella motivazione della sentenza impugnata, dopo aver dato atto che nel caso di specie si verte su obbligazioni di natura privatistica, nel commentare l'articolo 4 del C.C.N.L. integrativo reparto scuola del 31/08/1999 (*che prevede le modalità d'incentivazione per sostenere e retribuire il personale insegnante disponibile ad operare nelle scuole collocate in aree a rischio di devianza sociale caratterizzate da dispersione scolastiche e stabilisce altresì "l'obbligo a permanere in servizio nella scuola per tutta la durata del progetto relativo... e comunque, non meno di tre anni..."*), siccome nella predetta norma contrattuale il Ministero "ha il potere di confermare o no, dopo il primo anno (?), il progetto in relazione alle risorse disponibili e a seconda dello stato di realizzazione del medesimo...", ha ritenuto nella propria motivazione che "... da un lato, l'insegnante non ha diritto, in ogni caso, all'indennità stabilita per tutto il triennio, ma soltanto a quella del primo anno, atteso che, per gli anni successivi, il compenso matura se il progetto, confermato dal Ministero, viene portato a ulteriore compimento e, dall'altro lato, che il potere di conferma (o di non conferma) del Ministero non è assoluto ma condizionato dalla ricorrenza dei presupposti sopra specificati...".

Ma tale interpretazione - a parte lo stridente contrasto con quanto effettivamente verificatosi - sembra essere esattamente opposta a quella risultante dalla lettura del testo della citata norma contrattuale.

Infatti, quella disposizione conferisce il potere di confermare o no il progetto dopo il primo anno, ma nulla dice per gli anni successivi.

Il Ministero ha soltanto il potere di certificare la correttezza della valutazione espressa dal Collegio dei Docenti.

Il Collegio dei Docenti (*composto da tutti gli insegnanti compresi quelli che non partecipavano al progetto*) aveva all'unanimità dei presenti, e quindi ben oltre il numero dei docenti partecipanti (solo il 43% dell'organico), valutato positivamente le attività realizzate nell'a.s. 2000/2001 e, sempre con voto unanime, aveva proceduto alla approvazione del progetto integrato e modificato secondo i suggerimenti pervenuti dal Ministero per l'anno 2001/2002.

Quindi erroneamente la Corte attribuisce all'Amministrazione Centrale *"il potere di confermare o no, dopo il primo anno, il progetto in relazione alle risorse disponibili e secondo lo stato di realizzazione del medesimo"* senza tener in alcun conto la valutazione espressa, così come la norma prescrive, dal Collegio dei Docenti.

Se sono irrilevanti le valutazioni degli Ispettori, perché il M.I.U.R. sperpera il denaro pubblico disponendo ispezioni inutili?

Cosicché l'ispezione sul luogo e la valutazione del collegio dei docenti sono irrilevanti, mentre le considerazioni non consentite del *"gruppo tecnico"* (*nominato a sorpresa dalla Direzione Generale non si sa secondo quale disposizione legislativa*) fatte a Roma sono determinanti, anche se frutto di incomprensibili scelte tutt'altro che tecniche e pratiche!

Il C.C.N.L. individua il Collegio dei

Docenti come unico Organo legittimato a valutare lo stato di attuazione del progetto pluriennale ed il raggiungimento degli obiettivi prefissati nel progetto approvato dal Ministero. Ciò in ossequio al DP.R. 275 dell'8/03/1999 (Regolamento recante norme in materia di autonomia delle istituzioni scolastiche, ai sensi dell'art. 21 della L. 15/03/1997, n. 59) che all'art. 1 - comma 1 - recita testualmente *"Le istituzioni scolastiche sono espressione di autonomia funzionale e provvedono alla definizione ed alla realizzazione dell'offerta formativa"*. Ed al comma 2 aggiunge: *L'autonomia delle istituzioni scolastiche è garanzia di libertà di insegnamento e di pluralismo culturale e si sostanzia nella progettazione e nella realizzazione di interventi di educazione, formazione e istruzione mirati allo sviluppo della persona umana, adeguati ai diversi contesti, alla domanda delle famiglie e alle caratteristiche specifiche dei soggetti coinvolti, al fine di garantire loro il successo formativo, coerentemente con le finalità e gli obiettivi generali del sistema di istruzione e con l'esigenza di migliorare l'efficacia del processo di insegnamento e di apprendimento"*.

Inoltre l'art. 14 della L. 59/97 al comma 1 prevede: *"A decorrere dal 1/09/2000 alle istituzioni scolastiche sono attribuite le funzioni già di competenza dell'Amministrazione centrale e periferica"* ed al comma 2 precisa che *"In particolare le istituzioni scolastiche provvedono a tutti gli adempimenti relativi alla carriera scolastica degli alunni e disciplinano, nel rispetto della legislazione vigente, le iscrizioni, le frequenze, le certificazioni, la documentazione, la valutazione, il riconoscimento degli studi compiuti in Italia e all'estero ai*

fini della prosecuzione degli studi medesimi, la valutazione dei crediti e debiti formativi, la partecipazione a progetti territoriali e internazionali, la realizzazione di scambi educativi internazionali".

Il C.C.N.I. citato riserva all'Amministrazione Centrale soltanto il compito precipuo della certificazione che *"sarà ogni anno effettuata anche per mezzo della consulenza del CEDE, al fine della conferma o meno del progetto medesimo* (e non: "in relazione alle risorse disponibili e secondo lo stato di realizzazione del medesimo...").

Quindi al Ministero è demandato **esclusivamente il compito di attestare** l'esito della valutazione effettuata dal Collegio dei Docenti e di **certificarla** ai fini della prosecuzione del progetto triennale.

La violazione di legge che emerge nella motivazione della Corte di Appello consiste nell'errata applicazione dei principi privatistici in tema di obbligazioni e quindi nel non avere considerato il palese abuso posto in essere dal Ministero quale inadempimento contrattuale, anzi, di aver addirittura ritenuto tale comportamento corretto, ignorando le circostanze più evidenti di quanto accaduto.

Si evidenzia che il comma 5, sempre del citato articolo 4 del C.C.N.I., prevede che il progetto da presentare entro il 31.12.1999 vale per l'anno successivo 2000-2001, così come analogicamente dovrebbe prevedersi per eventuali dinieghi.

Se si decide a dicembre, tale provvedimento potrà valere per l'anno successivo, non per quello in corso, quanto meno per le conseguenze nei confronti dei dipendenti che vanno garantiti nei propri diritti.

Orbene, perché se per libera scelta della parte datoriale improvvisamente o con **tardiva comunicazione** non si deve proseguire nell'esercizio di un progetto in corso (cioè in un rapporto contrattuale in corso), l'altra deve essere penalizzata?

Accertare quando il **ritardo** ecceda qualsivoglia limite di tollerabilità costituisce apprezzamento discrezionale del giudice del merito che deve essere condotto in relazione all'oggetto e alla natura del contratto, a comportamento complessivo delle parti anche posteriore alla conclusione del contratto e all'interesse dell'altro contraente (Cass. Civ., Sez. I, 02 maggio 2006, n. 10127).

La Corte di Appello nella sua motivazione non ha tenuto conto che non era compito del singolo insegnante ricorrente *"evidenziare l'illogicità, l'erroneità o l'incongruità del parere negativo espresso dall'organo tecnico"*.

Al ricorrente insomma, importa molto poco se il *"tardivo parere negativo"* fosse illogico o incongruente.

Ciò può interessare altri; al ricorrente interessa soltanto non essere leso nei propri diritti e non pare che quel provvedimento inaspettato ed ingiustificato fosse stato adottato per inadempienza o responsabilità dell'odierno ricorrente.

Parte ricorrente non ha impugnato il provvedimento, che peraltro ha conosciuto per vie indirette (*avendone avuto conoscenza soltanto tramite il Dirigente Scolastico*), né vuol sapere perché a dicembre 2001 fossero cambiate le condizioni, non foss'altro perché, come già detto, in quel provvedimento non si contestano gli inadempimenti a carico degli insegnanti. L'insegnante-ricorrente vorrebbe sapere se dal comportamento del suo

datore di lavoro, che gli ha fatto sottoscrivere un vincolo a rimanere presso quel circolo didattico per tre anni onde attuare un progetto che per motivi aziendali non si è più concluso, non sia ravvisabile un grave inadempimento contrattuale.

A questa domanda si può rispondere in maniera chiara, senza tergiversare e cioè: acclarata la natura privatistica di questo rapporto, il datore di lavoro ha agito in maniera arbitraria penalizzando ingiustamente trentasei insegnanti che stavano espletando l'incarico conferitogli, a nulla rilevando la illogicità o incongruità di tale decisione riguardante le scelte aziendali!

E comunque, quand'anche ci fossero state delle irregolarità nella realizzazione del progetto addebitabili alla parte ricorrente, il Ministero avrebbe dovuto contestare l'inadempimento personale al singolo docente.

Ciò non è accaduto perché, in realtà, non è mai sussistita alcuna inadempienza; nulla avrebbe fatto immaginare che a gennaio 2002 - *ad anno scolastico inoltrato* - tutto sarebbe stato bruscamente interrotto.

Il lavoratore prende atto delle scelte aziendali, ma vuol essere pagato per il lavoro espletato sino a quel momento e per quanto concordato anche sino al termine del periodo vincolato, avendo dovuto rinunciare ad altro.

L'insegnante non avrebbe potuto conoscere quali potessero essere le estemporanee iniziative del "gruppo tecnico" del Ministero appena istituito e abilitato soltanto a certificare le valutazioni del Collegio Docenti.

Tutti i ricorrenti hanno subito danni da questa inaspettata decisione.

All'uopo, si riporta, a titolo di

esempio, il caso concreto delle insegnanti che a giugno 2001 avevano assoluta necessità di trasferirsi per il passaggio di ruolo all'istruzione secondaria di primo grado (*come provato dal doc. 11 allegato riguardante una delle ricorrenti ins. I. e come risulta provato nel fascicolo della ricorrente ins. G. - giudizio pendente dinanzi alla Corte di Appello di Bari sempre nei confronti del Ministero R.G. N.1414/06*) presso altro istituto scolastico. Ebbene, tale trasferimento formalmente richiesto con istanza depositata il 29/03/2001 non è stato accolto, perché la predetta aveva sottoscritto il citato vincolo.

* * *

Quanto statuito dalla Corte di Appello di Bari è tutt'altro che condiviso anche da altra giurisprudenza di merito. Infatti, per identiche cause decise recentemente sempre dal Tribunale di Trani - Sezione Lavoro - per la medesima questione, ma da altro Giudice, le sentenze sono state di accoglimento del ricorso.

Trattasi di ben dodici decisioni del 12/12/2005 tra altrettanti insegnanti ed il Ministero, riguardanti l'identica vicenda della stessa scuola, di cui soltanto sei appellate, mentre altre sei passate in giudicato.

Il Giudice del lavoro ha accolto le domande condannando il Ministero al pagamento a titolo risarcimento danni del compenso previsto e non versato.

Nella motivazione di tali sentenze si legge, tra l'altro che: *"...visto che la scelta del personale docente di aderire a detta progettualità scolastica finisce poi inevitabilmente con il tradursi comunque in una perdita di chances, atteso che per tre anni consecutivi non sarà possibile esprimere opzione per il trasferimento in altre sedi, occorreva*

individuare dei correttivi, almeno in senso temporale, che in caso di mancata conferma del progetto, facessero ritenere libere entrambe le parti dai vincoli assunti, ma, in tempi congrui onde poter esprimere in tempi ancora utili, la loro volontà di chiedere eventuali trasferimenti. Tanto non si è affatto verificato, la mancata conferma del progetto è stata comunicata nel terzo anno del progetto triennale, quando l'anno scolastico era già in corso, ossia con nota del 04/12/2001, quando si era inevitabilmente creato, nei docenti, l'affidamento che il progetto stesso potesse proseguire senza soluzione di continuità. Oppure si sarebbe potuto optare di subordinare il tutto ad una verifica annuale della esistenza dei presupposti afferenti ad entrambe le parti (volontà del docente di restare in quella sede e del Ministero di confermare il progetto) per la prosecuzione del progetto". (Tribunale di Trani - Sezione Lavoro - Dott.ssa La Notte Chirone, 12/12/2005).¹⁰⁵

Daniela CERVELLERA

¹⁰⁵ Trib. Trani – Sez. Lav. – sent. n. 5136/05. Conformi anche le sentenze nn. 5128/05; 5131/05; 5133/05; 5134/05; 5135/05; 5139/05; tutte del 12/12/2005 Trib. Trani. Inoltre conformi e **passate in giudicato** le sentenze sempre del 12/12/2005 nn. 5127/05; 5129/05; 5130/05; 5132/05; 5136/05; 5137/05;

Riparto di competenza per materia nelle controversie riguardanti i soci lavoratori

Tribunale di Trani, Sez. Lav. 23.04.2007
(Dr.ssa Maria Antonietta La Notte Chirone)

Socio lavoratore di Cooperativa a r.l. -
Richiesta emolumenti - Recesso dalla
Cooperativa - Eccezione di incompetenza per
materia del Giudice del Lavoro - Sussistenza

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso del (...), (...) ricorreva al Giudice adito, assumendo che aveva lavorato alle dipendenze della Cooperativa resistente, ininterrottamente e continuativamente dal 18.10.1998 sino al 20.10.04; che la cooperativa resistente svolgeva l'attività di asilo nido, scuola dell'infanzia e centro di aggregazione culturale per gli anziani ricevendo contributi pubblici rinvenienti dalla parità scolastica di cui alla L. 62/2000; che la cooperativa non aveva stipulato con la ricorrente il contratto individuale di lavoro previsto da detta legge per il personale dirigente ed insegnante, per cui la ricorrente aveva lavorato "in nero", per il periodo dal 01.02.99 al 04.05.03; che quale socia lavoratrice aveva lavorato con la mansione e la qualifica di assistente all'infanzia, lavorando oltre le normali ore, dalle 8,00 alle 14,00 di tutti i giorni della settimana, dal lunedì al sabato, anche per 5 turni mensili dal 1999 al 2001 e per sette turni mensili dal 2002 al termine del rapporto; che in detti turni lavorava, senza pausa, dalle 8,00 alle 21,00 e, il sabato pomeriggio dalle 17,00 alle 21,00, mentre, in occasione delle feste di

compleanno dalle 17,00 alle 22,30; che quando non lavorava presso altre strutture, lavorava quale animatrice presso il centro di aggregazione culturale sabati e domeniche comprese; che dal 1999 alla risoluzione del rapporto non aveva mai ricevuto la retribuzione mensile, ma per alcuni mesi solo degli acconti e, per altri niente, nonostante fosse stata costretta a firmare le buste paga relative; che in data 29.10.04, era stata verbalmente aggredita da (...), amministratrice della società, a seguito di tanto era accompagnata, da altra collega presso il locale Pronto Soccorso dove le veniva diagnosticato uno stato ansioso, con prescrizione di un giorno di riposo; che non aveva mai ricevuto il tfr, né l'indennità di maternità, né tutta una serie di altri emolumenti, fra i quali la stessa retribuzione mensile; tutto ciò premesso in fatto, chiedeva la condanna di parte resistente al pagamento in suo favore della somma di € 124.240,38, oltre la restituzione della quota sociale come da conteggi analitici allegati all'atto di ricorso. Lamentava inoltre di essere stata verbalmente licenziata, senza giusta causa né giustificato motivo, per cui, il licenziamento in questione, era da ritenersi discriminatorio ed adottato in violazione degli artt. 1175 e 1375 c.c., quindi, invalido, nullo ed inefficace, motivo per cui chiedeva la reintegrazione nel posto di lavoro, con tutte le conseguenze di legge in relazione al pagamento delle retribuzioni maturatesi *medio tempore*.

Premettendo altresì che per tutto il

periodo di lavoro come indicato in ricorso, per diversi giorni la settimana aveva svolto mansioni di inserviente e, quindi inferiori a quelle del livello nel quale era inquadrata, chiedeva condannarsi la cooperativa resistente al risarcimento del danno da dequalificazione professionale quantificato in € 57.398,75; chiedeva anche condannarsi la resistente alla regolarizzazione della posizione previdenziale e contributiva in suo favore. Il tutto oltre accessori di legge sulle somme di cui innanzi e spese di lite.

Si costituiva la cooperativa resistente, che eccepiva, preliminarmente l'incompetenza funzionale ai sensi della L. 30/03 del Giudice adito in quanto con il ricorrente non era mai intercorso alcun rapporto di lavoro subordinato, essendo lo stesso socio di una cooperativa, nonché, la prescrizione dei crediti asseritamente vantati dalla ricorrente.

Contestava che la ricorrente era stata illegittimamente licenziata atteso che, il secondo dei due rapporti, si protraeva, invece, sino alla data del 18.10.04, allorquando la ricorrente comunicava alla cooperativa il recesso dalla stessa, come da copia racc. del 13.10.04, a sua firma, allegato agli atti di causa. Recesso accettato dal verbale del consiglio di amministrazione del 16.10.04 e allegato dalla resistente, in copia agli atti di causa e, che era inviato alla ricorrente in data 18.10.04.

La società resistente, fra l'altro contestava e documentava, come da denuncia retributiva rilasciata dall'I.N.P.S., di aver avuto alle proprie dipendenze sempre un numero di dipendenti inferiori a 15.

Chiedeva pertanto il rigetto del ricorso, con condanna alle spese anche ai sensi dell'art. 96 c.p.c..

Non necessitando dell'espletamento di attività istruttoria, all'udienza odierna, sulle rassegnate conclusioni in ordine alla sollevata questione preliminare, la causa veniva decisa con dispositivo del quale si dava lettura.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La difficile distinzione tra rapporto sociale e rapporto di lavoro subordinato, ha dato luogo, in passato, a diverse pronunce di legittimità, tra loro contrastanti, poi culminate nella L. 142/01 che ha sostanzialmente razionalizzato in termini normativi il cd. principio del doppio rapporto e la conseguente ripartizione della cognizione tra giudice del lavoro e giudice civile ordinario.

Tuttavia, il dibattito sul rito applicabile è tutt'altro che sopito, alla luce delle successive modifiche apportate alla cit. L. 142/01 dall'art. 9 L. 14.02.03 n. 30 (Delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro), secondo cui "le controversie tra socio e cooperative relative alla prestazione mutualistica sono di competenza del Tribunale ordinario" e non più del giudice del lavoro.

Per poter risolvere il problema della competenza nel caso di causa promossa dal socio di una cooperativa occorre chiarire cosa si intenda per "prestazione mutualistica".

Secondo un primo indirizzo interpretativo in una cooperativa di produzione e lavoro la prestazione mutualistica coincide con lo svolgimento della prestazione lavorativa. Tale equiparazione, rafforzata dall'eliminazione del carattere "distinto" del rapporto di lavoro intercorrente tra il socio e la cooperativa, concorrerebbe, quindi, a ricondurre al Giudice speciale dei rapporti societari non solo le controversie attinenti al rapporto associativo, ma anche le controversie relative al rapporto "ulteriore" di lavoro (cfr. Trib. Milano, 28.04.03).

Secondo altra tesi, la prestazione mutualistica attiene esclusivamente ad aspetti riconducibili al rapporto sociale, che in una cooperativa di produzione e lavoro coincidono con i diritti derivanti dalla qualità di socio (quali, ad esempio, il diritto a partecipare alle votazioni, al riparto degli

utili, ecc.). La prestazione mutualistica costituisce quindi il titolo di diritti distinti da quelli che scaturiscono dalla prestazione di lavoro, che anche a seguito della riforma riguarda l'ulteriore e necessario rapporto che deve essere attivato dal socio lavoratore (cfr. Trib. Lecce, 14.08.03; Trib. Roma 11.02.04, secondo cui "la circostanza che sia rimasto in vigore il disposto di cui all'art. 1, comma 3 L. 142/01 che ha confermato la coesistenza delle due forme negoziali, induce ad escludere che l'art. 9 del D. Lgs. 30/03 abbia introdotto una eccezione alla regola generale di cui all'art. 409 c.p.c., restando di competenza del Giudice civile le sole controversie attinenti il rapporto mutualistico). Questa opzione interpretativa, è rafforzata dalla considerazione della perdurante vigenza del disposto di cui all'art. 1, comma 3 L. 142/01, e alla stessa consegue la permanenza di una competenza del giudice del lavoro in ambito che esula dall'adempimento del contratto sociale.

Trattasi di orientamento che presenta sicuri aspetti condivisibili determinati dai dati testuali della normativa in questione e che anche in precedenza è stato condiviso da questo Giudice.

Tuttavia, l'esame dei casi concreti come quello in esame, non può non far concludere per l'inadeguatezza di tale tesi ad inquadrare giuridicamente tutti gli aspetti dei rapporti socio-cooperativa e a far individuare così il Giudice competente per materia con criterio oggettivo che vada bene per tutti i casi.

Infatti, tale orientamento, risulta pienamente valido e condivisibile per i numerosi casi in cui il lavoratore, che nulla ha avuto a che fare con la nascita della società cooperativa dove ha lavorato, essendo intervenuto solo successivamente il suo rapporto con la stessa, al momento dell'assunzione, è stato posto dinanzi all'"aut aut": o accettava che il suo rapporto di lavoro subordinato a tutti gli effetti, avesse la veste formale di un rapporto di socio o non vedeva concretizzata la possibilità di poter lavorare.

Tale socio è sempre stato un lavoratore subordinato a tutti gli effetti come sarà sicuramente confermato dal non essere stato mai messo in condizione di partecipare alla vita sociale della cooperativa e di determinare, per quanto di sua competenza, le scelte gestionali, per non aver mai ricevuto alcuna convocazione per le assemblee dei soci.

Non così invece per il caso come quello in esame, la cui ricorrente, il 28.10.1998, (come da verbale del consiglio di amministrazione, prodotto in copia, unitamente alla richiesta della ricorrente), chiede di far parte della cooperativa Sociale (...) a r.l. nata pochissimo tempo prima; ma, elemento ancor più rilevante, per tutto il periodo in cui la ricorrente ha fatto parte della cooperativa resistente, ha sempre rivestito la carica di sindaco effettivo, circostanza che le consentiva, indiscutibilmente di effettuare ogni controllo ritenesse opportuno sulla gestione della cooperativa, partecipa a tutte le assemblee ordinarie dei soci, approvandone i bilanci, (come da copie dei verbali allegati); conferma, con tale atto, ossia, l'approvazione del bilancio, ove nessun credito è riportato a suo nome per il lavoro "in nero" che solo successivamente al termine del rapporto assume aver svolto, la ritualità della gestione della cooperativa; svolge un'attività che è quella proprio prevista nell'atto costitutivo, ossia quella di assistere ed accudire i bambini che frequentavano la struttura; accetta per così lungo tempo di percepire somme così basse quale compenso mensile che hanno una loro giustificazione solo considerate riparto degli utili conseguiti e se rapportati all'esiguità dei bilanci dei primi anni di attività della cooperativa.

Sono quelli di cui innanzi elementi univoci e concordanti che non possono non far ritenere che si è alla presenza di un rapporto di lavoro cooperativo, in costanza del quale, può anche ammettersi che si sia svolto anche un rapporto di lavoro subordinato, non essendo esclusa la cumu-

labilità delle due posizioni di socio e di lavoratore, ma, in cui gli aspetti societari sono prevalsi su quelli lavoristici, con l'assorbimento in termini di competenza a conoscere della questione nell'ambito del Giudice civile.

Solo se lette come innanzi detto la fattispecie in esame, consente di capire, come mai, la ricorrente, circostanza che la stessa omette di riferire in ricorso, per tutto il periodo dal 31.01.01 al 01.05.03 chiedeva ed otteneva dalla cooperativa, odierna resistente, di poter continuare a far parte della stessa, ma nella qualità di socia volontaria (giusta documentazione prodotta in copia dalla resistente).

Solo l'esistenza di un rapporto societario poteva consentire una usuale elasticità nella modulazione dello stesso, non di certo un rapporto di lavoro subordinato a tutti gli effetti.

Quindi, pur potendosi condividere la tesi secondo cui l'art. 9 L. 30/03, avrebbe demandato alla cognizione del Giudice civile solo le controversie ad oggetto mutualistico, ciò non esula affatto il Giudice adito di condurre caso per caso opportuna indagine onde accertare se si sia in presenza di un rapporto di lavoro subordinato, svolto all'interno di una cooperativa, oppure di prestazioni eseguite per il raggiungimento dello scopo mutualistico in adempimento del contratto sociale, riscontrato nel caso in esame, alla luce della copiosa documentazione esibita.

Quanto precede consente al Giudice adito di declinare la propria competenza, in favore di quella del Giudice civile del Tribunale di Trani, dinanzi al quale la causa va riassunta nel termine di gg. 30 dalla presente pronuncia.

Stimasi equo compensare le spese di lite non avendo esaminato il merito del ricorso.

P. Q. M.

Il Giudice del Tribunale di Trani, Sezio-

ne Lavoro, definitivamente decidendo il ricorso proposto da (...) il (...) nei confronti della società cooperativa (...) a r.l., così provvede:

- accoglie l'eccezione di incompetenza per materia del Giudice adito, in favore di quella del Giudice civile del Tribunale di Trani, dinanzi al quale la causa va riassunta nel termine di gg. 30 dalla presente pronuncia;

- spese compensate.

(...)

* * *

- NOTA -

La sentenza sopra trascritta ripropone la questione della competenza per materia del Giudice del lavoro in tema di controversie relative a soci di cooperative.

Pur facendo parte di una giurisprudenza minoritaria, - *atteso che vi è altro orientamento che ritiene sussistere la competenza del Giudice del lavoro per tutte le vertenze proposte dal socio lavoratore che ritenga di aver svolto attività di lavoro subordinato* - questa sentenza risulta decisamente interessante in quanto, nella sua motivazione, chiarisce puntualmente la ripartizione della cognizione tra Giudice del Lavoro e Giudice Civile Ordinario in riferimento alla distinzione tra rapporto sociale e quello di lavoro subordinato a seguito della ulteriore modifica, apportata dalla cd. legge "Biagi"¹, alla L. 142/2001.

¹ **LEGGE 3 aprile 2001, n. 142** (in Gazz. Uff., 23 aprile, n. 94). - Revisione della legislazione in materia cooperativistica, con particolare riferimento alla posizione del socio lavoratore.

Secondo autorevole dottrina², stante in premessa la distinzione tra *rapporto* di lavoro subordinato e *prestazione* lavorativa, il Giudice del Lavoro dovrebbe restare competente per tutte quelle controversie di lavoro che esulino dal rapporto associativo.

Invero la distinzione tra *rapporto* di lavoro subordinato in cooperativa e *prestazione* lavorativa cooperativistica non risulta, nella pratica, così semplice.

Secondo l'art. 9 della L. 30/03 la competenza per materia è demandata al Giudice Civile, residuando quella del Giudice del Lavoro alle specifiche controversie afferenti i rapporti di lavoro subordinato espletati in una cooperativa.

Si legge nella motivazione della sentenza in esame che: *"Pur potendosi condividere la tesi secondo cui l'art. 9 L. 30/03, avrebbe demandato alla cognizione del Giudice civile solo le controversie ad oggetto mutualistico, ciò non esula affatto il Giudice adito di condurre caso per caso opportuna indagine onde accertare se si sia in presenza di un rapporto di lavoro subordinato, svolto all'interno di una cooperativa, oppure di prestazioni eseguite per il raggiungimento dello scopo mutualistico in adempimento del contratto sociale..."*.

In effetti non v'è dubbio che il Giudice debba condurre caso per caso opportune indagini, consentendo l'espletamento dei mezzi di prova al fine di accertare la sussistenza o meno di un rapporto di lavoro subordinato e, di conseguenza, quindi, acclarare l'effettività della prestazione, effettuata

² M. BARBIERI: "Il rapporto di lavoro del socio di cooperativa tra modifiche legislative, dottrina e giurisprudenza" in "Lavoro e Diritti" a cura P. Curzio, ed. Cacucci Bari 2006, 546.

col mero interesse del raggiungimento dello scopo mutualistico.

Nel caso di specie, invece, il Giudice del Lavoro ha ritenuto - sulla scorta degli atti prodotti (*alla luce della copiosa documentazione esibita*) - non sussistere alcun rapporto di lavoro subordinato, essendo pacifica la natura societaria delle prestazioni espletate.

Insegna la Giurisprudenza di legittimità che: *"La competenza del g.o. nelle controversie fra socio lavoratore e cooperativa è rigorosamente limitata alle questioni attinenti alle prestazioni mutualistiche ossia alle prestazioni che la società assicura ai suoi soci con termini più vantaggiosi rispetto ai terzi. Conseguentemente sussiste la competenza del giudice del lavoro, e non del tribunale ordinario, qualora si controverta sulla cessazione del rapporto associativo e del rapporto lavorativo". "Rispetto a tale regola costituisce eccezione la previsione di cui al testo novellato dell'art. 5 della legge n. 142 del 2001, secondo cui sono di competenza del tribunale ordinario le controversie tra socio e cooperativa relative alla "prestazione mutualistica", da intendersi in senso rigido e con impossibilità di estensione alle controversie riguardanti i diritti sostanziali e previdenziali del lavoratore"*³.

Il Giudice del Lavoro, nella causa in oggetto, ha ritenuto di non dover espletare alcuna attività istruttoria, pervenendo ad una declaratoria di incompetenza per materia sul presupposto che dovesse essere il Giudice Civile ad istruire e decidere sulle prestazioni eseguite nell'interesse dello scopo cooperativistico.

³ Cass. Civ., Sez. Lav., 18/01/2005, n. 850.

Forse, sulla scorta della copiosa documentazione prodotta, non sarebbe stato ultroneo, prima di addivenire ad una simile decisione, consentire anche l'espletamento delle prove orali, al fine di acclarare la reale situazione di fatto.

In questo caso, infatti, il trasferimento della controversia innanzi al competente Giudice Civile, comporterà per il richiedente l'onere di provare in quella sede la sussistenza del rapporto di lavoro subordinato.

Daniela CERVELLERA



Grafica e impaginazione: Giuseppe Conforto
g.conforto@dirittodeilavori.it

