

fondata e diretta da

Gaetano Veneto

www.**diritto**
dei lavori.it

COORDINATORE SCIENTIFICO

Antonio Belsito

VICEDIRETTORE

Tommaso Germano

COMITATO SCIENTIFICO

*Gaetano Veneto, Michele Tiraboschi, Giuseppe Tucci
Antonio Iannarelli, Tommaso Germano, Aldo Balducci, Antonio Belsito*

*In collaborazione con i docenti e i cultori della Prima Cattedra di Diritto del Lavoro
Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Bari*

RESPONSABILE DI REDAZIONE

Daniela Cervellera

REDAZIONE

*Mariagrazia Acampora, Mario Assennato, Clarenza Binetti, Ezio Bonanni
Roberta Bruno, Bruno Cantarone, Fabio Cardanobile, Marilena Cortese
Silvia Ardua D'Alesio, Pietro Difino, Domenico Di Pierro, Francesco Gismondi
Maria Mangiatordi, Felicia Papagni, Emanuela Sborgia, Vincenzo Turco*

Realizzato dal Centro Studi Diritto dei Lavori

diretto da Gaetano Veneto

Tutti i diritti sono riservati
Copyright 2010 by Cacucci Editore

www.diritto_{dei}lavori.it

Rivista Scientifica Telematica
Periodico di informazione giuridica

ISSN 1974-4269

DIRETTORE RESPONSABILE:

Gaetano Veneto

VICEDIRETTORE:

Tommaso Germano

COORDINATORE SCIENTIFICO:

Antonio Belsito

COMITATO SCIENTIFICO:

Gaetano Veneto, Michele Tiraboschi, Giuseppe Tucci, Antonio Iannarelli,
Tommaso Germano, Aldo Balducci, Antonio Belsito.

RESPONSABILE DI REDAZIONE:

Daniela Cervellera

REDAZIONE:

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

Autorizzazione del Tribunale di Bari n. 62/2006

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

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

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



Cacucci Editore

S O M M A R I O

EDITORIALE:

1970 - 20 maggio 2010: a quarant'anni dalla promulgazione dello Statuto dei Lavoratori <i>Per una breve ricostruzione storica</i> (<i>Gaetano Veneto</i>)	9
I 40 anni dello Statuto dei Lavoratori: luci, ombre e nuove prospettive <i>L'opinione di un maestro dell'aziendalismo</i> (<i>Nicola Costantino</i>)	21

DOSSIER:

FORMAZIONE E APPRENDISTATO

Sulla promozione di interventi formativi (<i>Gaetano Veneto</i>)	29
---	----

Apprendistato nell'artigianato: l'emergenza dell'occupazione giovanile nel Mezzogiorno (<i>Tommaso Germano</i>)	31
---	----

NUOVE TUTELE DEL LAVORO

Primi commenti al "Collegato lavoro" (DDL 1167 B) (<i>Tommaso Germano</i>)	35
---	----

Quali fortune per il processo del lavoro? Gli interventi del "Collegato lavoro" (<i>Antonio Belsito</i>)	39
--	----

Unità produttiva e dimensione aziendale: dall'art. 35 L. n. 300/70 all'art. 2, lett. t) D.lgs. n. 81/2008 (<i>Antonio Belsito</i>)	43
--	----

TRANSAZIONI: OPPONIBILITA' NELLE ISPEZIONI

Libertà negoziale e potere pubblicistico: opponibilità degli accordi transattivi nei confronti dell'attivitàdegli ispettori del lavoro (<i>Silvia Ardua D'Alesio</i>)	51
---	----

SICUREZZA NEI LUOGHI DI LAVORO

Ruoli e responsabilità delle figure della prevenzione (<i>Tommaso Germano</i>)	69
---	----

R.L.S. tra passato e presente ... e il futuro (<i>Tommaso Germano</i>)	73
---	----

PENALE DEL LAVORO

Responsabilità penale del datore di lavoro: fattispecie di reato omissivo improprio 81
(*Daniela Cervellera*)

Responsabilità degli enti collettivi
per illeciti amministrativi dipendenti da reato 85
(*Daniela Cervellera*)

LAVORO SOMMERSO

Crisi economica:
quali iniziative per contrastare il lavoro sommerso nel meridione? 91
(*Antonio Belsito e Clarenza Binetti*)

Immigrazione:
ricchezza umana, risorsa economica o problema di ordine pubblico?
I centri di identificazione ed espulsione e la logica dell'accoglienza 103
(*Maria Mangiatordi*)

DIRITTO DEL LAVORO COMUNITARIO E COMPARATO

Trattato di Lisbona: nuove fonti normative e tutele nel diritto del lavoro 111
(*Ezio Bonanni*)

RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE**GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITA'**

Demansionamento e mobbing:
riconoscibilità di un consistente risarcimento al lavoratore demansionato 137
(*Loredana Lella*)

GIURISPRUDENZA DI MERITO

Malattia professionale e nesso causale:
Insorgenza della neoplasia per uso del telefono cellulare 147
(*Tiziana Valeriana De Virgilio*)

Esposizione prolungata all'amianto:
accertamento del diritto alla rivalutazione dei contributi previdenziali 155
(*Ezio Bonanni*)

Compenso per lavoro straordinario:
onere probatorio del prestatore per le rivendicazioni patrimoniali 171
(*Gaetano Brindicci*)

EDITORIALE

**1970 - 20 maggio 2010:
A QUARANT'ANNI DALLA PROMULGAZIONE DELLO
STATUTO DEI LAVORATORI
PER UNA BREVE RICOSTRUZIONE STORICA**

Tanti sono i convegni in questi giorni, ed insieme tante sono le ricerche ed attribuzioni di paternità per lo Statuto dei Lavoratori, la Legge 300 del 1970 che ha segnato indubbiamente la storia delle relazioni sindacali e, più in generale, di tutti i rapporti di lavoro prima nelle grandi e medie aziende italiane e poi in tutta la società dalla seconda metà del secolo scorso alla fine di questo primo decennio del nuovo secolo. Se per quanto ci concerne direttamente, per la paternità tecnico-giuridica, facile è ricordare chi a Roma e a Bari è stato primo protagonista della elaborazione dell'apparato di norme, Gino Giugni, l'appena scomparso ed indimenticabile Maestro di chi scrive, molte più potrebbero essere le ricerche e la successiva individuazione di diverse paternità politiche, ove si proceda ad una pur succinta quanto utile, come si vedrà, ricostruzione storica dell'iter parlamentare della legge che oggi ricordiamo.

Nella V Legislatura, iniziata nel maggio 1968, per limitarci ai disegni di legge presentati al Senato, in quel tempo sede preferita tra i due rami del Parlamento per la presentazione e discussione dei problemi del lavoro, così che molti disegni e progetti di legge trovavano la ripresentazione di modelli quasi identici alla Camera, ben cinque disegni di legge furono presentati quasi immediatamente dopo l'apertura dei lavori parlamentari della nascente Legislatura. Come si vedrà qui subito

in appresso, il disegno di legge, per ultimo ma più noto, presentato dal Governo il 24 giugno 1969 costituiva insieme la sintesi ed il superamento di tutti i precedenti. Primo fra tutti fu depositato il disegno di legge n. 8 del 7 giugno del 1968, da poco insediatosi il consesso dei senatori a Palazzo Madama: potenza vichiana dei cicli della Storia, questo primo disegno di legge, vent'anni dopo l'entrata in vigore della nostra Carta Fondamentale dei diritti, portava la firma di colui che aveva sottoscritto la Costituzione della Repubblica, Umberto Terracini.

Perché si ritiene in queste pagine di offrire una riflessione sull'evoluzione e l'articolazione del dibattito sui vari disegni di legge di quei tempi, mentre in questi giorni di Statuto dei Lavoratori si parla per chiederne solo talvolta il rispetto pieno e puntuale ma, molto più spesso (come d'altronde potrebbe apparire giusto a quarant'anni dalla sua promulgazione), l'aggiornamento e, qualche volta forse callidamente, il superamento?

La risposta alla domanda può trovarsi nella contestualizzazione del dibattito parlamentare all'interno del biennio caldo, 1968 - fine 1969, che si concluse appunto con l'approvazione nel primo ramo parlamentare al Senato, nella seduta pomeridiana dell'11 dicembre 1969 del disegno di legge governativo 738 presentato dal Ministro Brodolini, unanimemente, riconosciuto padre politico dello Statuto pur se non ne vide l'approvazione, morendo proprio appena iniziati i lavori di Palazzo Madama.

Si è scritto più volte, ed è ormai noto ed incontestato, che nel secondo dopoguerra (al primo si farà cenno in seguito), a fronte delle grandi tensioni tra le parti sociali, uno scontro, anche fisico tra masse operaie e contadine, disoccupati, emarginati e Governo, con polizia non di

rado in armi, nel dicembre 1952 Di Vittorio, per primo, presentava un progetto di Statuto dei Lavoratori, anche se allora lo prefigurava come auspicabile frutto di un grande accordo interconfederale. Nel 1954, in un clima di duro scontro politico e di guerra fredda internazionale ed interna, nel nostro caso tra Governo e CGIL (e in parte gli altri sindacati) e tra Governo di Centro-destra e opposizione di sinistra allora unita, l'esigenza di proporre ed approvare uno Statuto dei Lavoratori fu ripresentata in un altro convegno sulla libertà nei luoghi di lavoro svoltosi presso la Società Umanitaria a Milano. Ancora: un Libro Bianco delle ACLI sulla condizione operaia in quegli anni, puntualmente analizzando la vita nelle fabbriche, presentava la violenza padronale oltre che morale, fisica. Un'inchiesta parlamentare di quegli anni, nel 1958, ebbe l'occasione di verificare quanto già denunciato dalla CGIL molti anni prima, attraverso un'indagine condotta per lunghi mesi nelle fabbriche. Infine già nella III legislatura Di Vittorio e Santi, Segretario e Vicesegretario della CGIL, presentavano una proposta di legge sui diritti dei lavoratori nelle fabbriche, seguita da altre proposte una del PSIUP e un'altra ancora del Partito Comunista nella IV e, infine, nella V Legislatura. Da questa appunto è opportuno prendere le mosse, dal disegno di legge n. 8 di Terracini, primo fra i cinque disegni presentati al Senato a cavallo tra il giugno 1968 ed il successivo giugno 1969 quando da parte del Governo, appunto a firma del Ministro del tempo Giacomo Brodolini, fu presentato il disegno di legge 738 poi approvato, come prima si è scritto, in prima lettura a Palazzo Madama, l'11 dicembre successivo. Cosa era avvenuto negli Anni Sessanta ed alla loro fine, ben dopo l'inchiesta parlamentare del 1955, dopo i disegni di legge dell'opposizione nella III e IV legislatura, tutti sotterrati nelle

Commissioni Parlamentari, da indurre finalmente il Parlamento intero e, al suo interno, il Governo stesso, questa volta un Governo di Centro-sinistra, ad approvare la legge 20 maggio 1970? Ancora un passo indietro.

Come è forse noto, già nelle dichiarazioni programmatiche lette al Parlamento il 15 dicembre 1963, il Presidente del Consiglio Moro, che gestiva le sorti di un nascente primo Centro-sinistra nel Paese, si era impegnato alla presentazione di un disegno di legge intitolato proprio ad uno Statuto dei Lavoratori. Questo impegno non veniva rispettato e solo con la messa a regime nell'anno successivo, nel 1964, del primo Governo di Centro-sinistra con partecipazione diretta dei socialisti, venne confermata in aula l'esigenza di soddisfare la richiesta di una tutela effettiva dei lavoratori sui posti di lavoro laddove la Costituzione risultava costantemente ed impunemente calpestata, così come la Commissione d'inchiesta parlamentare prima citata, già nel 1955, aveva unanimemente accertato e denunciato. Le mortificanti condizioni di vita e di lavoro del tempo avevano indotto, come prima si è accennato, alla prima proposta di legge (questa volta non più di un accordo interconfederale) di Giuseppe Di Vittorio e Santi, parlamentari e sindacalisti, comunista il primo e socialista il secondo, della CGIL nella III Legislatura. Eppure, nel 1966, in pieno Governo di Centro-sinistra, non si rispondeva ancora con una legge generale sui rapporti di lavoro ma, con un, discusso al tempo, anche se importante per noi giuristi, provvedimento, quello sui licenziamenti individuali, disciplinati con la legge 15 luglio 1966 n. 604 che esplicitamente escludeva l'intervento su temi collettivi, tutelando soltanto i licenziamenti individuali, con una tutela, pertanto, sia pur parziale, dei singoli lavoratori contro abusi e

discriminazioni.

Perchè allora, per tornare alla domanda prima proposta, con questa improvvisa accelerazione parlamentare nel biennio 1968-69, si è riusciti finalmente ad approvare un provvedimento di legge di così ampio respiro?

Qui forse un salto indietro, nella storia del "secolo breve", può essere utile.

Nel 1921, dopo le delusioni per le speranze tradite dai Governi che si succedevano alla fine della prima Guerra Mondiale, dopo la carneficina bellica di tanti illusi e drogati da sogni e promesse per una tanto costosa ed ambigua guerra vittoriosa, dopo le tremende lotte fratricide - anzi durante le stesse - che si svolgevano nel nostro Paese, culminando nel biennio rosso e nell'occupazione delle fabbriche, al fine di ingabbiare e superare il tremendo conflitto sociale e, comunque, di dare una risposta più degna ed adeguata ad una prima società industriale quale appena cominciava ad essere il nostro Paese, Giolitti presentava il primo disegno di legge. Come si leggeva nella relazione dello stesso, si rendeva necessario "segnare un progresso nell'attività dei lavoratori", nella tutela degli stessi, nell'attività più generale, sociale e organizzativa del mondo industriale e del lavoro, così da contribuire ad un sano ed armonico sviluppo economico del Paese. Già molte norme si prevedevano in quel disegno di legge, ma i tempi non erano maturi e il progetto fu travolto dalle tensioni dei tempi, soffocato ed abortito in Commissione, mentre nelle piazze e nelle fabbriche lo scontro sociale diventava perfino sanguinoso tanto da portare, come tristemente noto, pochissimi anni dopo ad una storia che per vent'anni ci ha messi fuori dalla storia.

Così non avveniva invece, quasi 50 anni dopo, 47 per la precisione, con il dibattito parlamentare al Senato della Repubblica sullo Statuto dei Lavoratori e con la discussione. Il Disegno di legge governativo n. 738 del Ministro Brodolini, iniziata la discussione in Commissione il 29 gennaio 1969, si concludeva con l'approvazione definitiva in prima lettura in Aula l'11 dicembre dello stesso anno. In quell'anno, nelle Commissioni del Senato si svolgevano anche indagini conoscitive che si concludevano in due sedute, 26 e 27 marzo nelle quali venivano sentiti dirigenti sindacali e soprattutto dirigenti di grandi industrie private e pubbliche, in particolare direttori del personale, per "aggiornare" quanto Giolitti prima e, negli Anni Cinquanta dopo, Di Vittorio, le ACLI, la Commissione parlamentare, avevano già accertato: il soffocamento dei diritti di libertà e la gestione disumana dei rapporti di lavoro in un Paese che certamente non poteva ancora dirsi a democrazia capitalistica matura ed avanzata.

In quei tempi, proprio nel '68-'69, nel prolungato "autunno caldo" del nostro Paese, immediatamente dopo la "stagione dei fiori" americana e soprattutto il grande "maggio" francese del '68, i lavoratori, molto spesso, quasi sempre al di sopra e al di là dello stesso movimento sindacale organizzato, e i giovani, operai soprattutto, ma anche studenti, nelle piazze, chiedevano libertà e dignità e rispetto dei principi fondamentali sanciti nella Costituzione.

Così sotto quella pressione sociale, nel dicembre '69 facile fu per l'Aula di Palazzo Madama approvare, con pochi ostacoli, poche eccezioni e nessun ostruzionismo, un primo disegno di legge governativo che successivamente sarebbe passato, in Assemblea, nel maggio '70, alla Camera dei Deputati.

Perchè queste considerazioni? La risposta è semplice: molto difficilmente uno Statuto dei Lavoratori octroyé avrebbe visto la luce, malgrado l'impegno del Ministro Brodolini prima e successivamente del Ministro Donat Cattin suo successore nel ruolo di Ministro del Lavoro, se non ci fosse stato questo intreccio tra lotte nelle fabbriche e nelle piazze e bisogno dello Stato di rispondere alle istanze e alle richieste di democrazie presentate con foga, talvolta con conati di violenza, dentro e fuori i luoghi di lavoro.

Già il 19 maggio 1968, coi risultati elettorali, c'era stato un netto spostamento a sinistra del Paese: nello stesso tempo e immediatamente dopo, si apriva una stagione di grandi lotte unitarie, nelle aziende per i rinnovi contrattuali, fuori per la richiesta dal basso di soddisfazione di fondamentali diritti che erano rimasti disattesi o farraginosamente discussi, passando e morendo dopo nella mediazione politica e partitica, ieri come oggi, capace di sfinire i protagonisti e coloro che attendevano delle risposte.

Perchè il confronto tra il progetto Giolitti del '21 e il disegno di legge Brodolini del '68 e, successivamente, lo Statuto dei Lavoratori del '70? La risposta è facile: è nella storia. Per oltre 20 anni, dal 1948 al '70, in Italia i diritti fondamentali della Costituzione non erano entrati sui posti di lavoro, almeno quelli sindacali (a questo proposito, vale un brevissimo cenno alla posizione dei comunisti del tempo che chiedevano l'ingresso dei diritti "politici" oltre che di quelli sindacali per un totale "ingresso della Costituzione"). Per 18 anni il messaggio di Di Vittorio per un grande accordo sindacale, e dopo, la sua prima proposta nella III Legislatura, per uno Statuto era rimasto lettera morta. Così, ancora, dalla III fino all'inizio della V Legislatura nessuna proposta era stata

posta al vaglio delle Camere a Montecitorio o a Palazzo Madama, così che il varo di uno strumento legislativo era risultato quasi impossibile, fino all'esplosione, invece, soltanto nell'ultimo biennio. Malgrado il Centrosinistra e lo stesso sviluppo economico di un Paese che riusciva a sedersi fra le prime sette potenze mondiali nel campo dell'economia e della produzione industriale, le maggioranze parlamentari erano sempre riuscite ad evitare il problema di attuare pienamente i principi costituzionali, nei rapporti individuali e collettivi di lavoro, limitandosi soltanto ad interventi, pur se significativi talvolta (la legge 604/66 tra tutte), a tutela solo dei diritti dei singoli cittadini, riuscendo ad impedire perfino la messa in discussione della proposte di legge ad iniziativa parlamentare presentate dalla sinistra dello schieramento dei partiti e malgrado la pressione di una CGIL particolarmente viva e attenta sul tema. Provincialismo, incultura, sostanziale spirito conservatore, quando non reazionario, reggevano l'imprenditoria, grande e piccola, ed il Capitalismo (privato, con una significativa differenziazione dell'industria di Stato) del nostro Paese, con una divaricazione progressiva della cultura, politica e generale del Paese, che avrebbe creato le premesse della realtà successiva.

Se la situazione mutava (e muta tuttora radicalmente), se la resistenza delle parti più conservatrici anche della maggioranza cadevano o venivano ridimensionate, tutto era un portato indiscutibile nelle lotte delle piazze di operai e studenti, molto spesso, come si è scritto, o quasi sempre, scavalcando le organizzazioni tradizionali rappresentative, qualche volta con enorme difficoltà di recupero, da parte della stesse, della leadership del movimento. Nel contempo con i primi accordi aziendali si cominciavano a modificare i rapporti di potere

all'interno delle fabbriche.

Così, l'11 dicembre del 1968, il disegno di legge governativo n. 738 veniva approvato. Da allora, però, per i primi mesi del '69 cominciava un sottile boicottaggio dalle forze più conservatrici del Paese, come, al tempo, la Confindustria che inviava un telegramma alla Presidenza del Senato e della Camera e alla Presidenza della Repubblica in cui segnalava profili di incostituzionalità della legge appena approvata in un ramo del Parlamento, mentre si cominciavano ad affilare le armi per emendamenti da presentare alla Camera nei primi mesi del '70. Proprio in quel periodo il testo originale presentato da Brodoloni, e poi man mano integrato e affinato al Senato, veniva, per usare un termine oggi forse "abusato", posto sotto la pressione di un grande "tsunami" sociale nelle piazze. Così, mentre la Commissione lavoro del Senato aveva lavorato per quasi un anno e aveva perfino sentito nei suoi lavori nelle udienze conoscitive innanzi citate non solo i sindacati dei lavoratori ma anche le neonate sezioni sindacali aziendali di alcune grandi aziende, l'Aula di Montecitorio, "condizionata", sospinta dall'opinione pubblica, dalla "piazza" ancora viva ed attiva, attraverso due sole sedute, 13 e 14 maggio 1970, con qualche sterile intervento, apparentemente di supporto e talvolta ipocritamente critico, procedeva all'approvazione totale e definitiva, senza alcuna modifica, del disegno di legge già varato dal Senato, con la promulgazione, il 20 maggio, della Legge n. 300.

Attraverso un condizionamento reciproco tra conquiste sindacali, nelle fabbriche, e conquiste dirette dei lavoratori "imposte" talvolta alle stesse tradizionali piattaforme rivendicative, e testo del disegno di legge e, di converso, pressioni di questo testo per nuove piattaforme sindacali più affinate, da un lato i rami del Parlamento, dall'altro le

organizzazioni sindacali durante le trattative, le prime nelle aule parlamentari, le seconde sui luoghi di lavoro si facevano forti l'un l'altro, acquisendo nuovi istituti, nei contratti da una parte e nel disegno di legge dall'altra, sempre più adeguati al tempo. Così i Ministri del Lavoro del tempo, prima Brodolini e, da ultimo, direttamente, Donat Cattin, finivano con l'essere mediatori tra le forze, politiche, da un lato, nelle commissioni parlamentari, e sindacali, nelle trattative sui rinnovi dei contratti, riuscendo ad ottenere buon gioco nel far digerire alle parti soluzioni avanzate sui diritti sindacali e nello stesso tempo riducendo i margini di estremizzazione della lotta. Così si riuscivano a trovare, prima con la mediazione e poi col testo legislativo, nuovi spazi di gestione per la democrazia nelle fabbriche e fuori, riuscendo così a evitare quello che viceversa, con l'aborto del progetto Giolitti, era accaduto nel '24-'25 amaramente nel nostro Paese.

E' pur vero che fino alla fine, soprattutto nell'estrema Sinistra, si sarebbe lamentato che lo Statuto dei Lavoratori sostanzialmente era un'operazione di "gestione pseudo-democratica del consenso", per bloccare nuove e più avanzate "spiagge" o "lidi democratici" o per innescare una "rivoluzione", dai posti di lavoro e dalle piazze fino all'eversione dell'intero sistema.

Ma nel nostro Paese il Che fare? tardo-leninista aveva trovato una risposta: la legge 20 maggio n. 300, allora, ma forse ancor oggi, come forma di razionale supporto legislativo a più avanzati rapporti di lavoro, individuali e collettivi, ha dato e può, pur con i suoi limiti storici, continuare a dare allo sviluppo economico, produttivo, di democrazia sui posti di lavoro ad un Paese, allora come oggi, bisognoso di partecipazione cosciente di tutte le forze politiche, sindacali,

parlamentari per il superamento di momenti, contingenti o strutturali, di crisi e per il progresso e la tutela dei diritti, collettivi ed individuali, nel mondo del lavoro.

Gaetano Veneto

**L'OPINIONE DI UN MAESTRO DELL'AZIENDALISMO
I 40 ANNI DELLO STATUTO DEI LAVORATORI:
LUCI, OMBRE E NUOVE PROSPETTIVE**

In un'economia di mercato, i provvedimenti normativi e fiscali dovrebbero sempre essere il più possibile "neutri" rispetto alle scelte organizzative e gestionali delle imprese. L'imposta sul valore aggiunto, ad esempio, è quasi universalmente adottata, a livello internazionale, in quanto (contrariamente ad eventuali altre imposte indirette gravanti sul valore della singola transazione), non incide sulle scelte di integrazione verticale a livello aziendale.

Da questo punto di vista, la Legge 20 maggio 1970 n°300, nota come "Statuto dei Lavoratori", che sotto moltissimi punti di vista ha costituito un avanzamento epocale nell'ordinamento giuslavorista del nostro Paese, rappresenta purtroppo un esempio negativo. La scelta del legislatore (frutto probabilmente di un inevitabile compromesso) di applicare il celeberrimo art. 18 (reintegrazione nel posto di lavoro) e tutto il titolo III ("Dell'attività sindacale": artt. 19-27) alle sole aziende con "...sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo che occupa più di quindici dipendenti..." ridotti a cinque per le imprese agricole (art. 35 dello stesso Statuto) ha infatti, con ogni probabilità, pesato notevolmente sulle strategie di crescita di molte PMI italiane.

Nel 2007 nel nostro paese vi erano 65,8 imprese ogni mille abitanti, valore questo superiore del 59% alla media europea (41,4). Quanto, su tale dato, ha pesato questa "soglia" dei 15 dipendenti? Come sempre, nelle scienze sociali, è estremamente difficile distinguere i singoli

contributi che molteplici cause danno ad un unico effetto, ma è fuori di dubbio che - soprattutto in alcuni comparti, come quello delle costruzioni - molti imprenditori abbiano, nelle fasi di congiuntura positiva, messo in atto varie strategie (moltiplicazione delle ragioni sociali, ricorso spinto all'outsourcing, ecc.) per conservare un contesto gestionale ritenuto (ovviamente dal loro punto di vista) di gran lunga preferibile rispetto a quello dei loro colleghi "costretti" a riconoscere maggiori diritti sindacali e contrattuali ai loro dipendenti. Se quindi oggi da più parti si lamenta che l'eccessiva frammentazione imprenditoriale è una delle motivazioni della scarsa competitività economica del "sistema Italia", tra le cause (certamente non l'unica, e probabilmente neanche la principale) c'è anche questa distorsione normativa.

Anche dal punto di vista sociale, la divisione dell'universo dei lavoratori in due categorie, di fatto caratterizzate da livelli di garanzia che - soprattutto in periodi di recessione - possono rivelarsi sostanzialmente differenziati, ha avuto, ed ha tuttora, effetti profondi di destabilizzazione, cui si sommano quelli, ben più gravi, del profondo solco che divide i lavoratori a tempo indeterminato da quelli operanti sotto una delle tante forme di precariato consentite dall'attuale normativa.

Personalmente ritengo che i tempi siano maturi per un aggiornamento dello Statuto dei Lavoratori che saldi queste fratture, in termini di ragionevole mediazione tra le molte, differenti (e spesso opposte) esigenze che hanno causato lo sviluppo di contesti normativi tanto diversificati. Alcune interessanti proposte, quale - ad esempio - quella avanzata da Tito Boeri e Pietro Garibaldi in una loro recente opera, sono già sul tavolo. Se si riuscirà a giungere ad una soluzione condivisa che

garantisca sostanziali uniformità di trattamento normativo se ne avvantaggeranno tutti: i lavoratori, che non risulteranno più così macroscopicamente discriminati in base alla dimensione aziendale ed alla tipologia di contratto, ed il sistema imprenditoriale, che supererà finalmente i pericolosi effetti distorcenti del mercato cui accennavo in apertura.

Nicola Costantino*

* Nicola Costantino, nato a Bari nel 1951, ingegnere elettrotecnico, è ordinario di Ingegneria Economico-Gestionale presso il Politecnico di Bari, del quale è Rettore dal 1 ottobre 2009. Allievo del prof. Gianfranco Dioguardi, ha collaborato con lui in ambito sia scientifico che imprenditoriale, ricoprendo la carica di Direttore Tecnico della F.lli Dioguardi SpA dal 1978 al 1993, e dirigendo la realizzazione di molte importanti opere di ingegneria civile e industriale, quali la Centrale Termoelettrica di Brindisi Sud, il Centro di Meccanizzazione Postale di Lecce, la “Cittadella della Polizia” e il Comando Provinciale dei VVF a Bari, le sedi Telecom a Bari, Foggia, Taranto e Potenza. E’ stato Prorettore del Politecnico di Bari, Consigliere d’Amministrazione di Tecnopolis e del Centro Laser, amministratore di diverse società operanti nel settore delle costruzioni, componente effettivo del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici. Membro dell’editorial board di “Construction Management and Economics”, “Construction Annual Review” e “Studi Organizzativi”, è stato visiting professor presso il Worcester Polytechnic Institute (Mass., USA), e svolge e/o ha svolto attività didattica presso le Università di Coventry (UK), Santander (ES) e Horsens (DK). Vincitore nel 2001 del Best Paper Award dell’International Purchasing & Supply Education & Research Association (IPSERA), è autore di più di 80 pubblicazioni su libri e riviste internazionali e nazionali e di oltre 100 comunicazioni a convegni internazionali, prevalentemente sui temi del construction management e del supply chain management.

DOSSIER

Formazione e apprendistato

SULLA PROMOZIONE DI INTERVENTI FORMATIVI

di Gaetano Veneto

Il Mezzogiorno del nostro Paese ha risentito e continua a risentire, ancor più delle altre Regioni d'Italia, della crisi finanziaria e internazionale e, già da qualche tempo, della più ampia crisi economico-produttiva del sistema capitalistico globale che attanaglia i mercati riducendo consumi, produzione e, purtroppo, soprattutto occupazione.

Il nostro Legislatore, con felice intuizione, già da anni aveva cercato di rispondere ai primi segnali di irrigidimento dei mercati con una ricca articolazione di nuove figure contrattuali nel mondo del lavoro atte a compatibilizzare, pur con qualche contraddizione e qualche dubbio dottrinario oltre che politico, il mercato del lavoro con i problemi più generali del sistema produttivo. Particolarmente con il D. Lgs. 276/03 (la cd. Legge Biagi) in attuazione della Legge 30 dello stesso anno, con il chiaro scopo di garantire nuovi e più facili accessi ad occasioni lavorative, in particolare per i giovani, sono state introdotte figure contrattuali affatto nuove, spesso attinte da esperienze di altri Paesi europei ed extra-europei, così finalmente integrando e superando i modelli canonici di un contratto di lavoro disegnato in tempi ormai passati. Erano i tempi delle "vacche grasse", quando il sistema industriale, fino a tutti gli Anni Ottanta del secolo precedente, aveva potuto produrre sempre nuova occupazione in una affluent society nella quale consumi, produzione e occupazione intrecciandosi sembravano incrementarsi costantemente quasi per partenogenesi eterna.

Il contratto di somministrazione del lavoro è uno degli esempi più significativi di questa legislazione nuova che, pur con i dubbi prima accennati, introduceva novità

e flessibilità nel nostro sistema, pur non ottenendo immediatamente risposta piena ed adeguata, ma suscitando anzi, insieme ai dubbi, vere e proprie barricate. In nome di un non virtuoso intreccio tra vecchi meccanismi di gestione e nuovi sotterfugi si cercava di conservare antichi privilegi, da un lato dei datori di lavoro che si sottraevano così ad ogni stimolo di diversificazione organizzativa e produttiva, dall'altro di antichi monopolisti, i sindacati tra tutti, di un "collocamento" ormai defunto.

Così, in nome di una tutela dei "contraenti deboli", che addirittura non erano più neppure "contraenti", nell'industria e, nel Mezzogiorno, soprattutto nell'agricoltura, oltre che nel terziario, il sistema negoziale continuava a reggersi sui canoni tradizionali, i contratti di lavoro a tempo indeterminato e ancor più a tempo determinato, spesso in frode alla legge, con una occupazione sempre più "garantita", sostanzialmente parassitaria e costosa, soprattutto per l'intero sistema sociale.

Non ultimo si poneva il problema dell'incapacità per il mercato di utilizzare nuove figure professionali, perfezionando le competenze acquisite, nella scuola o in esperienze precedenti, ostacolando l'utilizzo elastico e adatto a risposte immediate per esigenze, talvolta di breve periodo, talaltra prolungate, di un sistema produttivo sottoposto a sempre più rapide istanze di adeguamento indotte dalla concorrenza, interna ed internazionale, e soprattutto da tecnologie e sistemi gestionali informatizzati sempre più sofisticati.

La legislazione del 2003, tra passi in avanti e improvvisi arretramenti, oggi più di prima, mostra, con le recenti modifiche,

sempre più la sua attualità e necessità di applicazione, specialmente nel Mezzogiorno d'Italia, alla luce di quanto sopra.

La ricerca che qui si propone è volta a creare, nell'articolazione dei metodi e dei progetti sperimentali, oltre che nell'indagine critica, la promozione di nuove figure professionali, perfezionandone le competenze, attraverso la partecipazione di tutti gli attori negoziali, datori di lavoro, organizzazioni sindacali e professionali interessate, e per tutti i lavoratori, attraverso l'analisi dei fabbisogni formativi, la predisposizione, la redazione e la realizzazione, congiuntamente gestite, di proposte formative e di corsi di formazione professionale con particolare riguardo alla somministrazione. Con queste attività si cerca di offrire un supporto al rafforzamento di reti negoziali per il settore della somministrazione di lavoro nei vari settori produttivi.

Per realizzare gli obiettivi sopra indicati, così da offrire validi strumenti ed iniziative in un mercato del lavoro che necessita di spinte e stimoli insieme all'incentivazione di nuovi posti di lavoro e di nuova economia, si dovrà intervenire producendo supporti didattici e materiali divulgativi, promuovendo, organizzando, svolgendo seminari, convegni, congressi, tavole rotonde, insieme agli attori sociali, alle istituzioni culturali, dalla scuola all'Università, in particolare quest'ultima, così da sperimentare, attraverso la presentazione di documenti e relazioni, l'offerta informativa ipotizzata, verificandola anche sul campo dei primi risultati.

Tutta l'attività progettuale, così come sopra articolata, si svolge con il coordinamento e la guida di chi scrive queste righe, con la sua responsabilità ed il suo ruolo di Direttore del Centro Studi proponente, attraverso l'utilizzazione dei più esperti componenti dello stesso, docenti universitari, professionisti, cultori dei temi del diritto del lavoro, dell'economia del lavoro e della statistica, utilizzando altresì sei giovani ricercatori

scelti con un'apposita selezione. A questi ultimi verrà assegnato un rimborso spese mensile (o una borsa di studio), così da creare a breve anche nuovi esperti nel campo di queste nuove realtà del diritto del lavoro, prima fra tutte quella del contratto di somministrazione. Quest'ultimo, così, superati finalmente ostacoli e diffidenze, potrà rivelarsi, come è già avvenuto e continua ad avvenire in altre realtà e Paesi della nostra Comunità, un effettivo viatico per nuova e più ricca occupazione che potrà coniugare finalmente efficienza, economicità e tutele giuridiche per le parti contraenti. Grazie anche a soggetti esperti e già risultati validi nel mercato, le società di somministrazione, si potrà così supportare il grande e nuovo rapporto costruttivo fra utilizzo della forza lavoro in termini economici e profittevoli da un lato, e dall'altro un facile e rapido inserimento, garantito e trasparente, dei nuovi attori, giovani in particolare, senza il timore della precarietà, in nome di una nuova flessibilità garantita, con la certezza di un reddito e di un futuro.

APPRENDISTATO NELL'ARTIGIANATO L'emergenza dell'occupazione giovanile nel Mezzogiorno

di Tommaso Germano

E' noto che l'art. 46 del provvedimento legislativo, licenziato dalle Camere il 3/3/2010 (e non firmato dal Presidente della Repubblica per motivi diversi da quelli che oggi ci occupano) è intitolato *"Differimento di termini per l'esercizio di deleghe in materia di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, incentivi all'occupazione e apprendistato e di occupazione femminile"*.

In particolare, il comma 1, nel prevedere la sostituzione del comma 30 dell'art. 1 della L. 24/12/2007 n. 247 dispone che: *"Il Governo è delegato ad adottare entro 24 mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, su proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, in conformità dell'art. 117 cost. e agli statuti delle regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e Bolzano e alle relative norme di attuazione e garantendo l'uniformità della tutela dei lavoratori sul territorio nazionale attraverso il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, anche con riguardo alle differenze di genere e alla condizione delle lavoratrici e dei lavoratori immigrati, uno o più decreti legislativi finalizzati al riordino della normativa in materia di*

- a) servizi per l'impiego;*
- b) incentivi all'occupazione;*
- c) apprendistato ..."*

Non servono molte parole per illustrare - quindi - che l'occasione odierna è altrettanto attuale per accedere con immediatezza alla valutazione dell'emergenza dell'occupazione giovanile nel Mezzogiorno.

Doveroso è ricordare che in una recente intervista al quotidiano *IlSole24Ore* (30/3) il Ministro del lavoro ha ricordato che la *"evoluzione"* del diritto del lavoro (già come ipotizzato da Marco Biagi) prevede *"... una base minima di diritti, regolati da norme inderogabili di legge (il 12/9/2009 aveva parlato di "Salario, salute e sicurezza") mentre affida la modulazione di molta tutela alle intese di categoria, di territorio o di azienda alle parti sociali in modo che si adattino flessibilmente alle diverse condizioni soggettive o oggettive ..."*.

E' stato ribadito - a più riprese - dal prof. Tiraboschi che: *"Lavoratori e imprese hanno bisogno di un quadro di regole semplici, sostanziali più che formali, accettate e rispettate in quanto contribuiscono a cementare rapporti di fiducia e un clima di fattiva collaborazione nei luoghi di lavoro."*

Un'economia competitiva, fondata sulla conoscenza, deve poter contare su lavoratori il cui potere contrattuale poggia sulle loro qualità professionali e capacità di adattamento piuttosto che su un sistema di garanzia ingessate".

L'occasione odierna è propizia per sentire dalla viva voce dei rappresentanti dell'Artigianato quali orientamenti emergano dal settore, considerato che l'ultima parte del II comma dell'art. 47 D.lgs. 276/03 prevede espressamente: *"La presente norma non si applica alle imprese artigiane per le quali trovano applicazione le disposizioni di cui all'art. 4 della L. 8/8/1985 n. 443"*.

L'interpretazione più agevole è quella di intendere che l'*"esclusione"* attenga

solo al “numero complessivo di apprendisti che un datore di lavoro può assumere ...” (comma 2) e che non attenga al contenuto del comma 1 tanto più che il comma 1 del successivo art. 48 (in tema di “diritto-dovere” di istruzione e formazione) ribadisce il contenuto della norma “in tutti i settori di attività”.

Viene - a questo punto - al centro della discussione l’art. 4 della su citata legge 443/1985: “L’impresa artigiana può essere svolta anche con la prestazione d’opera di personale dipendente diretto personalmente dall’imprenditore artigiano o dai soci, sempre che non superi i seguenti limiti:

a) per l’impresa che non lavora in serie: un massimo di n. 18 dipendenti, compresi gli apprendisti in numero non superiore a 9 ...;

b) per l’impresa che lavora in serie, purchè con lavorazione non del tutto automatizzata: un massimo di 9 dipendenti, compresi gli apprendisti in numero non superiore a 5 ...;

c) per l’impresa che svolge la propria attività nei settori delle lavorazioni artistiche, tradizionali e dell’abbigliamento su misura: un massimo di 32 dipendenti, compresi gli apprendisti in numero non superiore a 16 ...;

d) per l’impresa di trasporto: un massimo di 8 dipendenti;

e) per le imprese di costruzioni edili: un massimo di 10 dipendenti, compresi gli apprendisti in numero non superiore a 5 ...”.

Può essere interessante citare che nel “Progetto di semplificazione degli artt. 2087 - 2134 sui rapporti individuali di lavoro”, il comma 71 dell’art. 2130 (nella Sezione IV - Disciplina speciale dei rapporti di lavoro e formazione), prevede espressamente che: “L’apprendista deve essere assegnato ad un lavoratore qualificato o specializzato, operante stabilmente nell’azienda, cui compete la funzione di tutor. Il numero degli apprendisti non può superare quello dei lavoratori qualificati o specializzati operanti nell’azienda. Nell’impresa

artigiana, limiti diversi possono essere stabiliti dalla contrattazione collettiva”.

Interessante appare - in proposito - che, rispondendo ad un quesito posto dagli industriali del vetro, in data 2 aprile u.s., il Ministero del lavoro ha previsto che, nei gruppi aziendali, gli apprendisti possono essere assunti nei limiti dei lavoratori qualificati, appartenenti a tutto il gruppo e non solo dell’azienda che procedere alla loro assunzione.

Non si può tacere che tale interpretazione ingenera più di una perplessità nella misura in cui - ancora una volta - si indirizza a far prevalere un dato numerico piuttosto che su una concreta valutazione delle realtà formative che il “gruppo” poi assicura.

Nuove tutele del lavoro

PRIMI COMMENTI AL “COLLEGATO LAVORO” (DDL 1167 B)

di Tommaso Germano

La forza simbolica della ricorrenza è inscindibile dalla memoria del lungo e sofferto cammino attraverso il quale le giuste richieste di condizioni di lavoro rispettose della dignità dell'uomo hanno potuto finalmente tradursi in pienezza di diritti”.

Le parole del Presidente della Repubblica, doverose nella circostanza del 1 Maggio, sembrano non tener conto - nel contingente - che, negli anni (a partire dalla raggiunta consapevolezza della “pienezza dei diritti”) il lavoro ha cambiato “faccia” (e la cambia ogni giorno di più) in rapporto diretto con le condizioni economiche, sociali e culturali del Paese.

Si percepisce, netta, la constatazione che, ormai da alcuni anni, si registri una lenta, inarrestabile, attuazione di “tutele dimezzate”, secondo l'espressione che il Notiziario INCA-CGIL usò nella Rivista n. 10 del 2008.

Già, in quella sede, Raffaele Foglia, consigliere della Corte di Cassazione e presidente rimosso della Commissione di studi per la riforma del processo del lavoro avanzava il dubbio che gli interventi legislativi (L. 133/2008) - in tema di processo e di diritto del lavoro - fossero espressione di una “controriforma” in atto.

Va detto che questo provvedimento legislativo, è stato presentato alla “cultura del volgo” (“...al contadino non far sapere...”) sia come un “pacchetto” di interventi per “modernizzare il mercato”, sia come un nuovo *modus operandi* per gli utenti del settore (“...e, forse, un nuovo diritto del lavoro”).

La intitolazione della legge è un autentico “manifesto”.

A vantaggio di quanti non abbiano avuto l'opportunità di approfondirla nella sua interezza, va detto che contiene:

“deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di Enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro”.

L'obiettivo è quello di cominciare a riflettere insieme in merito ai molteplici aspetti problematici che la semplice lettura del titolo della legge comporta.

Da un punto di vista metodologico, si potrebbe pensare di rinviare ad altra occasione le norme che contengono esplicita delega al Governo in quanto, al di là dei “principi e criteri direttivi”, sarà più utile andare ad esaminare - in concreto - le disposizioni adottate. Si pensi - così - sia all'art. 1, in tema di “lavori usuranti”; che all'art. 2, in tema di riorganizzazione degli Enti vigilati dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali e dal Ministero della Salute; ma anche all'art. 46, in tema di differimento di termini per l'esercizio di deleghe in materia di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, incentivi all'occupazione e apprendistato e di occupazione femminile.

Di tutt'altro spessore e rilievo sono le norme, contenute negli artt. 23 (Delega al Governo per il riordino della normativa in materia di congedi, aspettative e permessi) e 24 (“modifiche alla disciplina in materia di permessi per l'assistenza a portatori di handicap in situazione di gravità”).

Le disposizioni ulteriori hanno la comune caratteristica di essere state introdotte in un legge dello Stato per portare a soluzione tematiche - più volte - discusse in sede scientifica e politica ed in attesa di soluzioni in epoca anteriore all'intervento della giurisprudenza.

Si pensi - a mero titolo di esempio - alle molteplici innovazioni introdotte al D.lgs. 276 del 10 settembre 2003 (c.d. legge Biagi) sulle quali - personalmente - preannuncio un autonomo intervento a commento in altra sede istituzionale.

Riflettendo sulle polemiche sollevate dalle norme (artt. 20-30-31-32-50) rinviate alle Camere dal Presidente della Repubblica, è da riferire - innanzitutto che, in data 29/4 u.s., il comma 9 dell'art. 31 è stato approvato dalla Camera e che è stato aggiunto un comma 9 bis.

E' utile procedere ad una lettura della formulazione più recente riportata in nota¹:

¹ **Art. 31, comma 9 del "Collegato lavoro"**: *"In relazione alla materie di cui all'articolo 409 del Codice di procedura civile, le parti contrattuali possono pattuire clausole compromissorie di cui all'art. 808 del Codice di procedura civile che rinviando alle modalità di espletamento dell'arbitrato di cui agli art. 412 e 412 quater del Codice di procedura civile, solo ove ciò sia previsto da accordi interconfederali o contratti collettivi di lavoro stipulati dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. La clausola compromissoria, a pena di nullità, deve essere certificata in base alle disposizioni di cui al titolo VIII del decreto legislativo 20 settembre 2003 n. 276, dagli organi di certificazione di cui all'art. 675 del medesimo decreto legislativo e successive modificazioni. Le commissioni di certificazione accertano la effettiva volontà delle parti di devolvere ad arbitri le controversie insorte in relazione al rapporto di lavoro. La clausola compromissoria non può essere pattuita e sottoscritta prima della conclusione del periodo di prova, ove previsto, ovvero se non siano trascorsi almeno trenta giorni dalla data di stipulazione del contratto di lavoro, in tutti gli altri casi. La clausola compromissoria non può riguardare controversie relative alla risoluzione del contratto di lavoro. Davanti alle commissioni di certificazione le parti possono farsi assistere da un legale di loro fiducia o da un rappresentante*

Allo stato nella formulazione, approvata dalla Camera, appaiono le seguenti modifiche rispetto al testo originario:

a) per quel che concerne l'arbitrato volontario: il testo, modificato dalla Camera e che ora passa al Senato, sancisce che le Commissioni di certificazione accertano la effettiva volontà delle parti di devolvere ad arbitri le controversie insorte in relazione al rapporto di lavoro (e non "che dovessero insorgere in relazione al rapporto di lavoro");

b) per quel che concerne la clausola compromissoria, la stessa non può essere pattuita e sottoscritta prima della conclusione del periodo di prova, ove previsto, ovvero in tutti gli altri casi, se non siano trascorsi almeno trenta giorni dalla data di stipulazione del contratto di lavoro;

Per quel che concerne il licenziamento (art. 32), lo stesso deve essere impugnato entro 60 giorni dalla sua comunicazione in forma scritta, ovvero dalla comunicazione dei motivi, ove non contestuale, sempre in forma scritta, con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore, anche attraverso l'intervento della organizzazione sindacale, diretto ad impugnare il licenziamento stesso.

dell'organizzazione sindacale o professionale a cui abbiano conferito mandato.

Comma 9 bis: *"In assenza degli accordi interconfederali o contratti collettivi di cui al primo periodo del comma 9, trascorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali convoca le organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative, al fine di promuovere l'accordo. In caso di mancata stipulazione dell'accordo di cui al periodo precedente, entro i sei mesi successivi alla data di convocazione, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali con proprio decreto, tenuto conto delle risultanze istruttorie del confronto tra le parti sociali, individua in via sperimentale fatta salva la possibilità di integrazioni e deroghe derivanti da eventuali successivi accordi interconfederali o contratti collettivi, le modalità di attuazione e di piena operatività delle disposizioni di cui al comma 9".*

La forma scritta rappresenta la novità.

Condividendo - in partenza - la critica di Epifani: "...mettere sullo stesso piano chi non è uguale (chi lavora e chi assume) è il fondamento stesso degli attacchi alla condizione di chi lavora" (!), è da riferire la posizione di chi - in data 11 marzo - ha sottoscritto l'accordo con oltre trenta OO.SS. nel quale sul tema dell'applicazione dell'arbitrato ha rinviato ad un accordo interconfederale (da sottoscrivere entro un anno da varo della legge), indirizzato ad aree di controversia da definirsi.

L'arbitrato avrebbe ottenuto una nuova "forza giuridica" e si sarebbe offerto quale opportunità a vantaggio di lavoratori che non sono "tutelati da altre norme del nostro ordinamento".

Più pragmatica la posizione di chi ha auspicato un "tavolo tecnico" tra i protagonisti del mondo del lavoro per stilare linee guida di chi opererà come arbitro.

Nel procedere verso la fine della presente relazione, è opportuno che si avanzino alcune conclusioni che - si spera - introduttive ad un proficuo dibattito.

Non può essere avanzato il minimo dubbio che il diritto del lavoro del terzo millennio sia indirizzato a rivestire panni diversi da quelli del passato.

E' ferma convinzione che la carenza che -allo stato - si avverte, con maggiore urgenza e pressione, è quella di uno Statuto del Lavoro Autonomo (del quale, ad esempio, la Spagna si è dotata dall'11/7/2007 con la legge n. 20).

La fondamentale linea guida nei rapporti contrattuali è quella della buona fede e correttezza che, purtroppo, hanno conosciuto significative incrinature nelle pieghe della legislazione della crisi (da troppo tempo perdurante) e che quotidianamente dà luogo a misfatti inenarrabili.

Non può che convenirsi con chi ha considerato "inutili" le polemiche sollevate sull'arbitrato (VENETO).

Pare a chi Vi parla che - però - il motivo della inutilità è da riportare a fatti

storici ed istituzionali di differente matrice culturale.

Attualmente, non possono che indurre a riflettere le parole conclusive del Ministro del lavoro (10-4) in sede di Confindustria.

A suo avviso, infatti, "...La libertà economica si realizza solo in un contesto stabile in cui ci sia una giustizia giusta e certezze chiare.

Le riforme istituzionali e le riforme economiche sono - dunque - due facce della stessa medaglia che riguarda la libertà....".

Per rispetto al ruolo istituzionale del Ministro, mi astengo da qualsivoglia notazione, specie in tema di "giustizia giusta" e "certezze chiare".

La motivazione unica è nella scomparsa (voluta) del Giudice dei lavoratori: non il carico di lavoro, ma la progressiva assuefazione ad un presunto "stato di necessità" hanno indotto (ed inducono quotidianamente) i Magistrati togati a far prevalere - comunque - le ragioni di quanti potrebbero (ma, non vogliono), specie nel Mezzogiorno, far pervenire il Paese al superamento di una crisi (determinata da un ormai eccessivo anelito di "libertà e dignità").

Questo potrebbe essere l'unico (e vero) motivo della necessità della riscoperta dell'arbitrato.

QUALI FORTUNE PER IL PROCESSO DEL LAVORO Gli interventi del “Collegato lavoro”

di Antonio Belsito

SOMMARIO: 1. Premessa 2. Tentativo di conciliazione non più obbligatorio. 3. Ricorso per impugnazione di licenziamento entro 180 giorni 4. Validità dell'accertamento espletato in sede di certificazione dei contratti. 5. Arbitro alternativo al Giudice del Lavoro 6. Verso l'approvazione definitiva del “Collegato lavoro”.

1. Premessa

Il “Collegato Lavoro” tra alterne vicende e dopo i vari emendamenti, resi necessari dal rinvio alle Camere da parte del Presidente della Repubblica del testo già approvato il 3/03/2010, è prossimo all'approvazione definitiva.

Il Presidente della Repubblica ha evidenziato alcuni profili di illegittimità costituzionale *“in materia di conciliazione ed arbitrato nelle controversie individuali di lavoro e all'articolo 20 relativo alla responsabilità per le infezioni da amianto subite dal personale che presta la sua opera sul naviglio di Stato ...”*.

Prima la Commissione del Lavoro della Camera e poi la Camera in seduta plenaria hanno approvato, rispettivamente il 21 e 29 aprile, il testo con emendamenti apportati al “collegato” che ora, emendato, è al vaglio del Senato.

Si esaminano qui di seguito schematicamente alcune delle parti essenziali di questa riforma.

2. Tentativo di conciliazione non più obbligatorio

Negli anni scorsi, in più circostanze, avevo avuto occasione di mettere in risalto

il sostanziale fallimento del tentativo obbligatorio di conciliazione dovuto, a mio avviso, essenzialmente al fatto che, da un lato, il legislatore si era affannato a prevedere le regole del procedimento e, dall'altro, considerando il tentativo una mera condizione di procedibilità, aveva stabilito che, decorsi 60 giorni dalla ricezione della istanza (o 90 per i pubblici impiegati), la parte fosse libera di ricorrere al Giudice e, quest'ultimo aveva soltanto l'onere di verificare l'avvenuta decorrenza di quel termine prima della proposizione del ricorso.

Considerati i lunghi termini della burocrazia amministrativa questa disposizione finale vanificava la ratio del tentativo obbligatorio di conciliazione, privando lo stesso del suo originario valore di strumento deflattivo delle controversie giudiziarie. In pratica l'avvocato, dopo aver inoltrato l'istanza per il formale tentativo, predisponendo il ricorso e, decorsi 60 giorni, provvedeva al suo deposito.

3. Ricorso per impugnazione di licenziamento entro 180 giorni

Almeno su questo punto tutte le parti sociali potrebbero essere d'accordo, considerato che, chi ritiene di aver subito un torto e di essere stato illegittimamente licenziato, per cui intenda chiedere la reintegrazione nel posto di lavoro ed il risarcimento dei danni, non abbia necessità di riflettere per oltre 6 mesi per decidere se proporre o meno tale azione.

Ho visto troppi danni causati da cittadini che, ricordandosi di procedere giudizialmente dopo qualche anno per

l'impugnazione del licenziamento, finivano per penalizzare eccessivamente la parte soccombente.

Per fortuna negli ultimi tempi anche la Cassazione aveva evidenziato la necessità che la parte non tardasse immotivatamente a presentare il ricorso per impugnazione del licenziamento non dovendosi penalizzare ulteriormente il datore di lavoro in caso di accoglimento della domanda.

Tutti i procedimenti per reintegra nel posto di lavoro dovrebbero essere celebrati in via d'urgenza, cosicché, nel giro di qualche mese le parti potrebbero rendersi conto della eventuale fondatezza delle proprie ragioni.

Nessuno scandalo quindi nello stabilire un termine fin troppo congruo per poter decidere se proporre l'impugnazione del licenziamento.

4. Validità dell'accertamento espletato in sede di certificazione dei contratti

In presenza di una certificazione del contratto di lavoro il Giudice dovrà attenersi alla qualificazione ivi riportata, non potendo sindacare sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive.

Trattasi di una innovazione senza dubbio particolare, peraltro auspicata sin dalle prime sperimentazioni di questo nuovo istituto che, tuttavia, non ha tenuto conto delle notevoli diversità di risultato che l'istituto della certificazione ha prodotto tra settentrione e meridione d'Italia.

Secondo il legislatore nei casi di certificazione dei contratti di lavoro il Giudice, anche in fase di interpretazione, non potrà discostarsi dalle valutazioni che le parti hanno espresso nei contratti in sede di certificazione.

Si potrebbero, ad esempio, prevedere alcune tipologie di giusta causa e giustificato motivo di licenziamento.

Allo stato, tuttavia, risultano disposizioni non facilmente utilizzabili con successo nel nostro meridione.

Per accettare l'istituto della certificazione dei contratti di lavoro bisognerà innanzitutto che le parti - ed in particolare i candidati lavoratori - lo facciano davvero spontaneamente (?) - a nulla rilevando che prima dell'inizio del rapporto di lavoro si presentino dinanzi alla commissione per firmare una certificazione. E' difficile ritenere che il candidato lavoratore possa andare "spontaneamente" a sottoscrivere la certificazione del nascente rapporto di lavoro, stante la sua inconfutabile posizione di debolezza.

Ad ogni buon conto, superate le perplessità, l'innovazione senza dubbio moderna potrebbe a lungo termine dare risultati positivi, ma sarà necessario che nel frattempo migliori anche la "cultura del lavoro".

5. Arbitro alternativo al Giudice del Lavoro

Il nostro ordinamento ha sempre previsto la possibilità di devolvere le controversie in materia di lavoro ad un arbitro o ad un collegio arbitrale.

D'altronde si è sempre sostenuto che il principale filtro e, quindi, la deflazione del contenzioso dinanzi al Giudice del lavoro, avrebbe potuto essere appunto l'arbitrato.

Numerosi sono stati gli interventi legislativi che anche da ultimo nel codice di procedura civile prevedono arbitrati irrituali e rituali nelle controversie di lavoro (*cf. ad. es. 412-ter e 412-quater c.p.c. riguardanti l'arbitrato irrituale previsto dai contratti collettivi*).

Le considerazioni nuove vanno riferite innanzitutto alla circostanza, non meno rilevante, della decisione da parte dell'arbitro adottata con un lodo in via equitativa.

Fino ad oggi per le controversie di lavoro non era possibile pronunciarsi appunto in via equitativa, ma soltanto secondo diritto.

Questa innovazione è alquanto delicata poiché il lodo adottato in via equitativa

nelle controversie civili, per quanto discutibile, ha in molte occasioni consentito decisioni abbastanza celeri.

Nelle controversie di lavoro però prima di permettere ad un arbitro di decidere secondo equità bisognerebbe verificare che la *forma mentis* degli italiani possa accettare decisioni di così delicata importanza, discostandosi dalle norme di diritto.

Altra importante innovazione è quella che consentirebbe alle parti di sottoscrivere con il contratto di assunzione anche la convenzione di arbitrato che stabilirebbe il ricorso all'arbitro o ad un collegio arbitrale in caso di controversie di lavoro.

Orbene si rileva innanzitutto che, se trattasi di arbitrati irrituali, ai sensi dell'art. 5 della L. n. 533/73 (processo del lavoro), sono ammessi per le controversie riguardanti i rapporti di lavoro soltanto nei casi previsti dalla legge (cfr. ad. es. art. 412 ter c.p.c.) o dai contratti o accordi collettivi. Prosegue lo stesso comma evidenziando che, in quest'ultimo caso il ricorso all'arbitrato debba avvenire "*... senza pregiudizio della facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria*".

Ciò significa che le parti pur avendo sottoscritto convenzioni di arbitrato possono adire il giudice ordinario ignorando quanto sottoscritto nel contratto di assunzione. In conseguenza, allo stato, il lavoratore, al termine del rapporto, potrà comunque scegliere se rivolgersi all'arbitro o al giudice del lavoro ... e tanto sino al giorno in cui non verrà abrogata la citata norma.

D'altronde lo stesso Ministro Sacconi ha evidenziato nel suo intervento in aula che: "*... in caso di controversie con il datore di lavoro, il lavoratore avrà davanti a sé due strade: adire il giudice ordinario oppure l'arbitro ...*".

6. Verso l'approvazione definitiva del "Collegato lavoro"

Le modifiche apportate a seguito del rinvio alle Camere del testo da parte del

Presidente della Repubblica attenuano notevolmente l'originario impianto dell'arbitrato nelle controversie di lavoro, prevedendo, ad esempio, che la convenzione arbitrale possa essere sottoscritta soltanto dopo un mese dall'inizio del rapporto di lavoro e dopo il superamento del periodo di prova, ed escludendo il ricorso all'arbitrato per tutte le controversie relative alla risoluzione del rapporto di lavoro.

In sede assembleare la Camera ha approvato il cd. "*emendamento Damiano*" riguardante la scelta dell'arbitro.

Si stabilisce che la clausola compromissoria o la convenzione arbitrale possano essere anche certificate dalle competenti commissioni ma soltanto dopo l'insorgere della controversia.

Resta invece qualche perplessità la previsione che permette di sottoscrivere convenzioni arbitrali prima che insorgano le controversie pur potendo eventualmente chiedere la certificazione soltanto **dopo** che la controversia sia insorta.

Insomma l'art. 31 di questo "*Collegato lavoro*" così come emendato consente la revoca in qualsiasi momento della scelta preventiva del ricorso all'arbitrato operata con la clausola compromissoria.

Ritengo che la confusione creata negli ultimi tempi, allo stato, non abbia di fatto ragion d'essere, considerato che è attualmente vigente la legge n. 533/73 (processo del lavoro) che all'art. 5 prevede espressamente la possibilità del ricorso agli arbitrati irrituali nelle controversie di lavoro precisando però che il ricorso all'arbitrato debba avvenire "*... senza pregiudizio della facoltà delle parti di adire l'Autorità Giudiziaria*".

Ma allora, perché tanto clamore se era già da tempo tutto previsto?

UNITA' PRODUTTIVA E DIMENSIONE AZIENDALE

Dall'art. 35 L. n. 300/1970 all'art. 2, lett. t) D.lgs. n. 81/2008

di Antonio Belsito

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. L'unità produttiva. 3. Trasferimento del lavoratore da un'unità produttiva all'altra. 4. Nozione di unità produttiva secondo il T.U. sulla "Sicurezza nei luoghi di lavoro". 5. Conclusioni.

1. Premessa

In un momento di crisi economica profonda come quello che stiamo da tempo attraversando, è essenziale approfondire cosa abbia inteso effettivamente il legislatore allorché dapprima nello Statuto dei lavoratori e nel codice civile e successivamente in tal altri testi di legge, abbia fatto riferimento all'espressione "unità produttiva".

Sempre più spesso, capita di imbattersi in aziende loro malgrado costrette ad avviare procedure di riduzione del personale anche drastiche o in prestatori d'opera che hanno subito del tutto strumentalmente trasferimenti in altra sede lavorativa ove per un tempo non molto lungo viene espletata attività solo apparentemente in autonomia dalla sede centrale, quasi a voler simulare la sussistenza di una unità produttiva, ragioni queste sufficienti, anche singolarmente prese, perché si renda necessario un approfondimento di siffatto concetto.

Comprenderne il significato intrinseco e reale permetterà al datore di lavoro di agire secundum legem e soprattutto di prevenire le probabili conseguenze dei suoi gesti nei casi ad esempio di

trasferimento del lavoratore, di licenziamento o in ambito di sicurezza nei luoghi di lavoro e, nello stesso tempo aiuterà il lavoratore a considerare la possibilità di adire l'autorità giudiziaria al fine di far valere i propri diritti, qualora violati.

Essendo l'unità produttiva un concetto de iure condendo trasformatosi e perfezionatosi nel corso degli anni non solo grazie a riferimenti normativi indiretti quanto anche per effetto degli insegnamenti della giurisprudenza di legittimità sarà opportuno partire dall'analisi delle predette fonti per poter giungere ad una sua esaustiva definizione.

2. L'unità produttiva

Non risulta del tutto agevole approntare una definizione di unità produttiva. Parte della dottrina ritiene che tale espressione si presti a differenti interpretazioni a seconda dell'ambito in cui viene richiamata ossia che non vi sia una nozione ontologica e generale di unità produttiva, ma una definizione mutevole in base al contenuto precettivo e alla ratio delle norme cui fa riferimento¹.

Altra parte della dottrina, al contrario, vorrebbe - attraverso l'elaborazione degli insegnamenti della Giurisprudenza di legittimità correlati con le poche indicazioni normative - provare ad elaborare un concetto adattabile a tutte

¹ (Cfr. De Luca Tamajo: Il campo di applicazione dell'art. 18 e del titolo III dello Statuto dei lavoratori; Ing. Garofalo, Sulla nozione di unità produttiva nello Statuto dei lavoratori).

le situazioni. Invero solo raccogliendo quanto enunciato in materia dallo Statuto dei Lavoratori *in primis* e poi dal codice civile, dai testi di legge e dalle sentenze di legittimità si può arrivare a proporre, seppure embrionalmente, una definizione di unità produttiva.

In effetti le norme dello Statuto dei Lavoratori che fanno riferimento al concetto di unità produttiva sono numerose e afferiscono differenti materie, sebbene le più interessanti ai fini di una sua corretta individuazione risultino quella dell'art. 13 che modifica l'art. 2103 del codice civile (al cui commento si rinvia al par. 3) e quella ex art. 35.

Pur contenendo più volte tale espressione gli articoli 19, 20, 21, 22, 23, 25, 27, 29 - relativi alla nomina delle rappresentanze aziendali, trasferimento e permessi dei dirigenti delle stesse, alle modalità di richiesta e svolgimento delle riunioni, all'indizione ed espletamento del referendum, al diritto di affissione, fusione delle RSA e destinazione di locali aziendali per le stesse - non ne specificano affatto il contenuto, rendendosi necessario a tal fine, lo studio del capo relativo alle disposizioni finali e precisamente la prima parte dell'art. 35.

Proprio con l'art. 35, infatti, il legislatore della L. 300/1970 - nello specificare l'ambito di applicazione dell'art. 18 dello Statuto, a ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo - di fatto indirettamente ci fornisce una valida indicazione utile ai fini della definizione generale di unità produttiva.

Stante quanto si legge essa potrebbe essere individuata in quella struttura aziendale appartenente ad una impresa e dotata di uffici o reparti autonomi.

Rileverebbe pertanto un essenziale aspetto: quello dell'**autonomia**.

Ma a che tipo di autonomia è necessario far riferimento?

Autonomia che afferisce anche gli obiettivi da perseguire? E' possibile parlare di unità produttiva se si parla di unità operativa che persegue obiettivi secondari oppure gli obiettivi *de quo*

devono necessariamente essere principali e primari? L'autonomia è da intendersi anche come indipendenza tecnica e amministrativa?

La giurisprudenza negli anni ha individuato nella sola "*autonomia*" l'elemento essenziale caratterizzante la nozione unitaria di "*unità produttiva*", specificando che si dovesse intendere per unità produttiva quella struttura aziendale che tanto sul piano economico - **strutturale**, quanto su quello del **risultato produttivo**, risultasse idonea a realizzare in tutto in parte **l'attività di produzione di beni o servizi dell'impresa**.

A tal proposito: "*l'unità produttiva va individuata in ogni articolazione autonoma dell'impresa, avente sotto il profilo funzionale e finalistico idoneità ad esplicare, in tutto o in parte, l'attività di produzione di beni o servizi dell'impresa medesima, della quale costituisce elemento organizzativo, restando invece esclusi quegli organismi minori che, se pur dotati di una certa autonomia, siano destinati a scopi meramente strumentali rispetto ai fini produttivi dell'impresa*"².

Sebbene pertanto - secondo gli insegnamenti della giurisprudenza di legittimità - debba essere considerata unità produttiva qualsiasi articolazione autonoma dell'impresa, idonea ad espletare, in tutto o in parte, l'attività di produzione di beni o di servizi costituente l'oggetto sociale aziendale e pertanto dotata, oltre che della necessaria autonomia, anche di tutti gli strumenti sufficienti e indispensabili allo svolgimento della funzione produttiva dell'impresa³, purtuttavia sempre secondo

² Cass. civ., Sez. lav., 21 luglio 2000, n. 963.

³ (Cfr. Corte Cost. 6 marzo 1974, n. 55; Cass. civ., 20 marzo 1992, n. 3483). Ministero del lavoro e della previdenza sociale - risposta istanza di interpello del 13/06/2006: "... *Nel silenzio della norma, il concetto di "unità produttiva" (art. 35, L. n. 300/1970) deve essere ricavato con riferimento al consolidato orientamento giurisprudenziale (di legittimità e costituzionale) che considera tale qualsiasi articolazione autonoma dell'impresa, che sia idonea ad espletare, in tutto o in parte, l'attività di produzione di beni o di servizi costituente l'oggetto*

quanto rilevato dalla Suprema Corte, dovrebbe escludersi la configurabilità di un'unità produttiva in relazione alle articolazioni aziendali che, pur dotate di una certa **autonomia amministrativa**, siano **destinate a scopi interamente strumentali** o a funzioni ausiliarie sia rispetto ai generali fini dell'impresa, sia rispetto ad una frazione dell'attività produttiva della stessa⁴.

I richiami appena riportati sono di ausilio ai fini della puntualizzazione del concetto di autonomia da intendersi sotto una pluralità di profili: autonomia di produzione di beni o servizi, autonomia amministrativa, autonomia nel perseguire obiettivi principali e non meramente strumentali; autonomia come indipendenza **tecnica e amministrativa**.

In merito a tale ultimo requisito si rende necessario riferirsi a quanto condiviso dalla S.C. secondo cui per unità produttiva deve intendersi non ogni sede o stabilimento o ufficio ma la più vasta entità aziendale eventualmente articolata in organismi minori anche non ubicati nel territorio del diverso comune, caratterizzata da condizioni imprenditoriali di **indipendenza tecnica**⁵.

3. Trasferimento del lavoratore da un'unità produttiva all'altra

Anche l'art 2103 c.c., come sostituito dall'art. 13 della legge n. 300/70, richiama in maniera significativa il concetto di unità produttiva in esame: *"Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto Egli non può essere trasferito da una unità produttiva ad un'altra se non per*

sociale aziendale e quindi che risulti dotata, oltre che della necessaria autonomia, anche di tutti gli strumenti sufficienti e necessari allo svolgimento della funzione produttiva dell'impresa (cfr. Corte Cost. 6 marzo 1974, n. 55; Cass. civ., 20 marzo 1992, n. 3483)".

⁴ Cass. civ., Sez. lav., 14 giugno 1999 n. 5892.

⁵ Cass. civ., Sez. lav., 4 ottobre 2004 n. 19837; conforme Cass. Civ., Sez. lav., 14 giugno 1999 n. 5992.

comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive".

La giurisprudenza ha elaborato un concetto in tutto simile, fino alla sovrapposizione, a quello ex art. 35 riferito all'art. 18 L. 300/70 in particolare rilevando che *ai fini dell'identificazione della fattispecie del trasferimento del lavoratore, di cui all'art. 2103 cod. civ., è necessario che si riscontrino i seguenti elementi:*

a) *mutamento definitivo del luogo di adempimento della prestazione lavorativa dedotta nel rapporto;*

b) *la sussistenza di due unità produttive: quella di provenienza e quella di destinazione.*

Esattamente come per la tutela reintegratoria del lavoratore ingiustamente licenziato, anche in questo caso per "unità produttiva" deve intendersi non ogni sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto dell'impresa, ma soltanto la più consistente e vasta entità aziendale che - eventualmente articolata in organismi minori, anche non ubicati tutti nel territorio del medesimo comune - si caratterizzi per condizioni imprenditoriali di indipendenza tecnica e amministrativa tali che in essa si esaurisca per intero il ciclo relativo ad una frazione o ad un momento essenziale dell'attività produttiva aziendale⁶.

Ai fini della configurabilità di un'unità produttiva - che potrà essere anche composta da "piccole cellule" dislocate in luoghi diversi - rileva la circostanza che vi sia un'indipendenza dal punto di vista non solo amministrativo quanto anche tecnico, tale per cui essa sia autosufficiente nella produzione ovvero che nell'unità considerata possa esaurirsi il ciclo produttivo o una frazione considerevole dell'intera attività produttiva aziendale.

Ecco perché l'assegnazione del lavoratore ad una nuova posizione di lavoro all'interno della stessa unità produttiva, non costituisce trasferimento,

⁶ Cass. civ., Sez. lav. 14 giugno 1999 n. 5892.

potendo essere ricompreso nello *ius variandi* del datore di lavoro.

Va altresì considerato che essendo la norma di cui all'art 2103 cod. civ. teleologicamente diretta alla tutela della dignità del lavoratore e alla protezione delle relazioni interpersonali che legano il prestatore di lavoro ad un determinato complesso produttivo, le tutele previste per il lavoratore trasferito rilevano anche qualora lo spostamento avvenga in un ambito geografico ristretto (ad es. nello stesso territorio comunale) da una unità produttiva ad un'altra, intendendosi in questo caso con tale espressione ogni articolazione autonoma dell'azienda, avente, **sotto il profilo funzionale e finalistico, idoneità ad esplicare, in tutto o in parte, l'attività dell'impresa medesima**, della quale costituisce una componente organizzativa, connotata da indipendenza tecnica ed amministrativa tale che in essa si possa concludere una frazione dell'attività produttiva aziendale⁷.

4. Nozione di unità produttiva secondo il T.U. "Sicurezza nei luoghi di lavoro"

La nozione di unità produttiva oltre che deducibile in maniera indiretta dagli articoli contenuti nello Statuto dei Lavoratori, è contenuta nell'art. 2 lett. t) del testo unico in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (D.lgs. 81/2008) che individua l'unità produttiva nello **"stabilimento o struttura finalizzati alla produzione di beni o all'erogazione di servizi, dotati di autonomia finanziaria e tecnico funzionale"**.

Tale definizione - sicuramente significativa e innovativa - acquista finalmente carattere di definitività anche se occorre capire se tale nozione possa invero ritenersi applicabile solo all'ambito della sicurezza nei luoghi di lavoro o eventualmente estensibile anche ad altre fattispecie.

⁷ Cass. Civ., Sez. lav., 29 luglio 2003 n. 11660.

L'attuale definizione - pur non discostandosi fundamentalmente da quelle⁸ formulate dalla giurisprudenza che ha considerato unità produttiva **"ogni articolazione autonoma dell'azienda, che sia idonea sotto il profilo funzionale a esplicare in tutto in parte l'attività di produzione di beni e servizi"**, viene argomentata in maniera nuova in quanto accanto all'autonomia tecnico funzionale il legislatore introduce il concetto di autonomia finanziaria.

E' chiaro che una simile interessante puntualizzazione si colloca di fianco a quella effettuata dal "Ministero del Lavoro" in data 13/06/2006 in occasione di una risposta ad una istanza di interpello nella quale si coglieva l'occasione per ulteriormente chiarire il significato dell'espressione unità produttiva e si offrivano valide linee guida agli imprenditori privati perché senza errori potessero riconoscere la sussistenza o meno di un'unità produttiva: **"Il datore di lavoro privato, dunque, ai fini dell'assolvimento dell'obbligo di comunicazione di cui si tratta, deve primariamente valutare la propria organizzazione imprenditoriale secondo due profili: quello economico-strutturale volto a verificare l'autonomia della struttura organizzativa posta in essere e considerata; quello finalistico-produttivo, orientato a considerare l'unità produttiva quale entità distinta in ambito aziendale idonea a produrre beni o servizi che sono oggetto della più generale attività dell'impresa di appartenenza"**.

E' chiaro che il concetto di unità produttiva rileva ai fini del computo dei dipendenti, divenendo essenziale per stabilire la tipologia di garanzia applicabile al lavoratore a cui il datore dovrà attenersi (tutela reale o obbligatoria) oppure interessa - volendo circoscrivere il problema al solo testo unico in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro - al fine di individuare particolari adempimenti a carico del

⁸ Cass. civ., Sez. lav. 29 luglio 2003 n. 11660.

datore di lavoro o degli altri soggetti destinatari degli obblighi di sicurezza.

Volendo soffermarsi in maniera più puntuale su tale ultimo aspetto va considerato che ai fini di quanto stabilito dal D.lgs. 81/2008 il **computo degli addetti** presso ciascuna azienda o impresa andrà fatto includendo nel calcolo tutti i lavoratori occupati e **non solo quelli in forza presso la singola unità produttiva o cantiere** dovendo essere considerati tutti i lavoratori dipendenti, purchè la loro attività possa ritenersi svolta esclusivamente a favore di quell'imprenditore. Rientrano nel novero dei soggetti facenti parte dell'azienda anche tutte quelle tipologie di lavoratori, che prescindendo dalla durata del contratto ed orario di lavoro espletato (eccezion fatta per i lavoratori impiegati per l'intensificazione delle attività in dati periodi dell'anno nel settore agricolo ex art. 4 comma 3 e 4), non risultino espressamente escluse⁹.

Il computo riguarderà pertanto tutti i lavoratori in forze presso l'azienda indipendentemente dalla presenza o meno di unità produttive.

Nel caso di **gruppo di imprese** non essendo esso nel nostro ordinamento riconosciuto come autonomo centro di imputazione, ma al contrario **essendo le singole imprese che lo compongono dotate di autonomia giuridica**, il computo andrà effettuato con riferimento a **ciascuna delle imprese** che compongono il gruppo; se poi vi siano pluralità di imprese estere e italiane occorrerà riferirsi alle sole imprese operanti in Italia.

Rientrano pertanto nel conteggio tutti quei lavoratori presenti nell'unità produttiva o nell'impresa eccetto quelli di cui all'art. 4 T.U. ovvero di tutti coloro che non possono vantare un collegamento stabile con l'imprenditore a cagione del

⁹ M. DI FERRO, *La dimensione aziendale e le nuove norme del Testo Unico*, in Guida al Lavoro n. 23/2008, *IlSole24Ore*, 12.

loro particolare rapporto di lavoro con il datore (collaboratori familiari, soggetti beneficiari delle iniziative di tirocini formativi e di orientamento, allievi degli istituti di istruzione e universitari e partecipanti ai corsi di formazione professionale; lavoratori assunti con contratto di lavoro a tempo determinato se assunti in sostituzione di altri prestatori assenti con diritto alla conservazione del posto ex D.lgs. 368/01; lavoratori che svolgono prestazioni occasionali di tipo accessorio; lavoratori a domicilio di cui alla legge 18 dicembre 1973, n. 877, ove la loro attività non sia svolta in forma esclusiva a favore del datore di lavoro committente; volontari del Corpo nazionale dei vigili del fuoco e della protezione civile e volontari che effettuano il servizio civile; lavoratori utilizzati nei lavori socialmente utili; lavoratori autonomi di cui all'art. 2222 del codice civile; collaboratori coordinati e continuativi, nonché lavoratori a progetto ove la loro attività non sia svolta in forma esclusiva a favore del committente; lavoratori utilizzati mediante somministrazione di lavoro, quelli assunti a tempo parziale, computati però sulla base del numero di ore di lavoro effettivamente prestato nell'arco di un semestre).

Il conteggio dei lavoratori andrà comunque effettuato, così come già ricordato, a prescindere dalla durata del contratto e dell'orario di lavoro, eccezion fatta per i lavori stagionali e le attività individuate dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative¹⁰.

5. Conclusioni

¹⁰ Il numero dei lavoratori impiegati per l'intensificazione dell'attività in determinati periodi dell'anno nel settore agricolo e nell'ambito di attività diverse da quelle indicate nel comma 3, corrispondono a frazioni di unità-lavorative-anno (ULA) come individuate sulla base della normativa comunitaria.

Da quanto sommariamente analizzato emerge la necessità di meglio coordinare i recenti insegnamenti della giurisprudenza di legittimità e quanto dedotto dall'analisi degli articoli della legge 300/1970, con la ulteriore, o se si vuole, migliore individuazione fornita dall'art. 2 lettera t) D.lgs. 81/2008.

Ebbene, l'unità produttiva non va più individuata mediante la semplice acquisizione della *prova della sussistenza di un'autonomia amministrativa*, risultando necessario accertare che ci sia una vasta entità aziendale caratterizzata da condizioni imprenditoriali di indipendenza e da una qualche autonomia finanziaria oltre che tecnico-funzionale.

Quanto finora riferito e raccolto sul concetto di unità produttiva è strumentale alla elaborazione di una sua più chiara definizione che non deve essere solo frutto delle valide indicazioni fornite negli anni da dottrina e giurisprudenza, ma deve essere un risultato ottenuto anche alla luce delle nuove indicazioni legislative e delle esperienze sul campo che hanno imposto la necessità di pervenire ad una nozione che potesse essere concreta e utile ad evitare l'elusione di previsioni normative come quelle dell'art. 18 L. 300/1970, ovvero ad impedire che il datore di lavoro decidesse di "utilizzare" la poca chiarezza del concetto a discapito del soggetto contraente debole - prestatore di lavoro.

Sicuramente una più esaustiva definizione, magari avente forza di legge o meglio supportata, avrebbe potuto evitare inutili dispendi di tempo ed energie, rendendo più agevole il compito di giuristi, consulenti, datori e lavoratori.

Si può concludere ritenendo che non è di poco conto l'apporto fornito alla definizione del concetto da parte dell'art. 2 lettera t) del T.U. citato la cui puntualizzazione - sebbene riferita alla sicurezza nei luoghi di lavoro - deve essere ritenuta funzionale ed essenziale a porre dei punti fermi alle "libere" interpretazioni.

Probabilmente si tratta solo un primo passo, ma indubbiamente non privo di rilievo.

Transazioni: opponibilità nelle ispezioni

LIBERTA' NEGOZIALE E POTERE PUBBLICISTICO: OPPONIBILITA' DEGLI ACCORDI TRANSATTIVI NEI CONFRONTI DELL'ATTIVITA' DEGLI ISPETTORI DEL LAVORO

*di Silvia Ardua D'Alesio**

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. L'opponibilità dell'accordo transattivo nei confronti degli Ispettori del lavoro. 3. Un caso concreto. 4. L'indisponibilità del diritto ai contributi. 5. Aspetti problematici del rapporto tra la conciliazione monocratica e conciliazione amministrativa ex artt. 410-411 c.p.c.. 6. Problematiche e casistica della conciliazione monocratica: conciliazioni plurime ed estinzione del procedimento ispettivo.

1. Introduzione

L'articolata stesura del decreto legislativo 23 aprile 2004 n. 124¹ risponde allo scopo di creare un sistema organico e coerente di tutela del lavoro, partendo dall'istituzione della Direzione Generale per l'attività Ispettiva presso il Ministero del lavoro quale motore del sistema con funzioni di coordinamento generale² fino alla creazione di un concetto fondamentalmente ampliato e "moderno" di attività di vigilanza che contiene in se anche funzioni di consulenza, di

* Coordinatore Capo dell'Unità Operativa "Relazioni Sindacali e Conflitti di Lavoro" della Direzione Provinciale del Lavoro di Bari. Cultrice della Materia Diritto del Lavoro Prima Cattedra del Prof. Gaetano Veneto, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari.

¹ Decreto legislativo 23 aprile 2004 n. 124 pubblicato nella G.U. del 12 maggio 2004 n. 110.

² P. ZARATTINI E R. PELUSI, *L'attività di vigilanza i poteri degli ispettori del lavoro (D.Lgs. 124/04)*, in il Manuale del lavoro, Novecento Media, Milano 2006.

prevenzione e di promozione dell'osservanza delle norme oltre che di nuove ipotesi di conciliazione³, tuttavia, non ancora armonizzate tra loro, come vedremo in seguito.

Quest'ultima, in tutte le sue forme (giudiziale, amministrativa presso le Direzioni Provinciali del lavoro e sindacale) costituisce ormai uno strumento di larga ed indiscriminata applicazione, tra l'altro auspicabilmente destinato, a fronte di una tutela giudiziaria lenta ed incerta, ad incontrare sempre maggiori consensi. La sfiducia nello strumento giudiziario, infatti, nasce dalla constatazione della durata eccezionalmente lunga dei processi che, per le vertenze di lavoro, arriva a ben oltre i 7-8 anni, considerati i tre gradi di giudizio. E' importante precisare che proprio nel diritto del lavoro, dove vi sono, più che altrove, costanti e ripetuti aggiornamenti delle discipline di pari passo con la nascita di nuovi diritti, si avverte l'esigenza forte di pronte e adeguate tutele.

La conciliazione appare, dunque, uno strumento più veloce e concreto di un processo in termini di soddisfazione delle pretese e contiene in sé un valore aggiunto di fondamentale importanza: la possibilità di cambiare quello che non va, di riavvicinare emotivamente le Parti, di

³ A. RIVARA, *Servizi ispettivi: le implicazioni della riforma, inserto di diritto e pratica del lavoro n. 42/2004*, in particolare Direzione e coordinamento dell'attività ispettiva.

modificare, alla fine, il modo giuridico di pensare ad un conflitto⁴.

Infatti, con l'accordo conciliativo, il datore di lavoro ed il lavoratore pongono fine ad un contenzioso in atto, spesso senza compromettere definitivamente il loro rapporto come accadrebbe, invece, durante il processo. Basti pensare a quanto potrebbe essere importante per le stesse che il rapporto di lavoro, sanati alcuni aspetti controversi attraverso la transazione, possa poi proseguire, ciò che non accade quasi mai nella procedura giudiziaria. Tuttavia, ai fini che qui ci occupano, altrettanto importante è la considerazione che il suddetto accordo è spesso preceduto nel tempo da denunce del lavoratore e/o segnalazioni agli Enti istituzionalmente deputati alla vigilanza per l'osservanza delle norme in materia di lavoro e legislazione sociale (DPL - Servizio ispezioni Lavoro e INPS) che, a fronte di "richiesta di intervento" da parte del lavoratore denunciante o segnalazioni di altro tipo da parte di altri Enti o Istituti pubblici, avviano gli accertamenti di propria competenza.

Ed è proprio nel corso delle suddette indagini che gli organi ispettivi si trovano a dover "fare i conti" con i verbali di conciliazione nelle more stipulati, prontamente opposti da parte datoriale a dimostrazione dell'ormai raggiunta intesa con il lavoratore, sia in ordine a spettanze di carattere retributivo, sia in ordine a rivendicazioni di altra natura, che spesso investono la stessa qualificazione del rapporto di lavoro.

Il quesito che ci poniamo, allora, è il seguente: *può un verbale di conciliazione, di qualunque natura esso sia (giudiziale, amministrativo presso la DPL ovvero sindacale), spiegare i suoi effetti nei confronti degli organi ispettivi di vigilanza, nel senso di poter vincolare questi ultimi a quanto deliberato o pattuito nel verbale medesimo?*

⁴ F. FERDANI, *ADR: La conciliazione come strumento di risoluzione delle controversie. Profili generali della conciliazione, ruolo del conciliatore e procedimento*, in *Rassegna dell'Avvocatura di Stato*, I.P.Z.S. editore, 2007, fasc. 3, 313.

La soluzione non può che prendere le mosse da un'indagine sulla natura giuridica della conciliazione, che sola consente di individuarne i contenuti ed i limiti di efficacia.

La conciliazione costituisce una forma particolare di transazione, tale intendendosi, a norma dell'art. 1965, comma 1, c.c., "*il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro*". Dalla transazione si distingue la rinuncia che è, invece, un negozio unilaterale dismissorio, con cui una situazione giuridica privata viene dimessa o traslata (per esempio, la rinuncia ad un credito)⁵.

La conciliazione, invero, al pari del contratto di transazione, postula l'esistenza di un contenzioso in atto tra le parti (cd. "*res litigiosa o "res dubia" esistente solo nel concetto di transazione*"), ponendosi, rispetto a quest'ultimo, come atto dirimente, nei limiti delle accordate concessioni, delle reciproche pretese. La transazione può essere anche novativa, quando le parti fanno sorgere fra loro un'obbligazione nuova, prima inesistente, che sostituisce il rapporto precedente, secondo un'*animus novandi* delle parti stesse⁶.

La differenza sostanziale, rispetto alla formula contrattuale ex art. 1965 c.c., attiene al regime di impugnazione dell'accordo così raggiunto dalle parti, posto che, per espressa previsione dell'art. 2113, 4° comma, c.c., ("*le disposizioni del presente articolo non si applicano alla conciliazione intervenuta ai sensi degli artt. 185, 410 e 411 Cod. Proc. Civ.*"), alle parti è inibito impugnare - in via giudiziale o stragiudiziale - gli atti di rinuncia e /o transazione contenuti nel verbale di conciliazione (relativi a diritti del

⁵ Sulla nozione di rinuncia e transazione R. VINCIARELLI, *Somme da transazione: trattamento contributivo e fiscale* in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2008, fasc. 31, 1775.

⁶ I. PICCIANO, *Transazione semplice e novativa: brevi note in tema di nullità della prior obligatio*, in *Giust. Civ.* 1999, 6, 1776.

prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili di legge), acquisendo gli stessi, per effetto della sottoscrizione dinanzi all'organo conciliatore terzo ed imparziale (volto a garantire una posizione di sostanziale parità tra i contendenti), il crisma dell'intangibilità e definitività (salvo, in ogni caso, le azioni ordinarie di nullità ex artt. 1418 e ss c.c. o annullabilità per vizi del consenso ex artt. 1425 e 1427 c.c.⁷).

L'accordo conciliativo ed il contratto di transazione risultano accomunati, di contro, sotto il profilo della loro efficacia soggettiva, restando entrambi assoggettati ai principi generali dettati in materia contrattuale e, primo fra tutti, al principio di "relatività dell'efficacia" sancito dall'art. 1372 c.c., a norma del quale il contratto ha "forza di legge tra le parti", nel senso che riveste efficacia vincolante esclusivamente nei confronti delle parti stipulanti, ma non nei confronti dei terzi, salvo le sole ipotesi tassativamente previste dalla legge.

2. L'opponibilità dell'accordo transattivi nei confronti egli Ispettori del lavoro

L'applicazione del principio suddetto alla fattispecie in esame consente di affermare che in assenza di un'espressa previsione normativa l'accordo dirimente raggiunto in sede conciliativa tra datore di lavoro e lavoratore non può spiegare effetti nei confronti di soggetti terzi rimasti estranei alla pattuizione, qual è, all'evidenza, la pubblica amministrazione, ovvero qualunque altro Ente od Istituto

⁷ M. TORTELLI, *Rinunce e transazioni*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2009, fasc. 39, 2267; COTTINO, *L'art. 2113 c.c. e l'annullabilità per errore, violenza e dolo delle transazioni e rinunce a diritti inderogabili dei lavoratori subordinati*, in *DL*, 1946, I, 48 ss; A. PARDINI, *Sui requisiti formali e sostanziali della conciliazione in sede sindacale*, in *Riv. It. Dir. Lav.* 2003, 1, 178; I. SENATORI, *Effettività dell'assistenza sindacale e validità della conciliazione stragiudiziale* in *Riv. It. Dir. Lav.* 2004, 1, 183.

deputato alla tutela di interessi pubblici che risultano in qualche modo connessi al rapporto di lavoro che ha formato oggetto di conciliazione.

Ne deriva, pertanto, in tal modo rispondendo al quesito innanzi formulato, l'assoluta incapacità della conciliazione di precludere l'avvio, così come il prosieguo, di indagini ispettive da parte degli organi di vigilanza, finalizzate all'accertamento da parte di questi ultimi, di violazioni amministrative e all'adozione, in caso di constatazione e contestazione delle stesse, di provvedimenti sanzionatori di competenza.

La casistica giurisprudenziale sul punto si pone in chiave senza dubbio chiarificatrice dei principi innanzi formulati.

Emblematica, al riguardo, la pronuncia Cassazione - Sezione Lavoro n. 3344 del 2005.

Il fatto storico è quello tra i più comuni: una conciliazione giudiziale innanzi al Tribunale in funzione di Giudice del Lavoro in termini di riconoscimento della natura autonoma del rapporto di lavoro intercorso tra le parti. Detto verbale veniva prontamente opposto in sede di opposizione all'ordinanza ingiunzione di pagamento, emessa dalla D.P.L. a definizione degli accertamenti, conclusisi nella diversa direzione della natura subordinata del rapporto di lavoro.

La Suprema Corte, con argomentazioni pienamente condivisibili, afferma senza alcuna incertezza, l'assoluta incapacità del verbale conciliativo di contrastare gli esiti dell'attività di vigilanza. In particolare, attribuisce al Ministero del Lavoro, così come agli altri organi ispettivi, il potere di procedere, in via del tutto autonoma, all'esatta qualificazione del rapporto di lavoro, in forza della loro natura, particolarmente qualificata, di organi istituzionalmente deputati a sorvegliare sul regolare svolgimento del rapporto di lavoro, nonché sul rispetto della normativa in materia di lavoro e legislazione sociale nel suo complesso.

Questi i passaggi più salienti della pronuncia: "(...) *la conciliazione giudiziale*

di una controversia attinente ad un rapporto di lavoro ha efficacia vincolante, in riferimento ai soggetti, esclusivamente per gli stipulanti e, in riferimento all'oggetto, soltanto per quella parte di negozio dispositivo che attiene alla rinuncia a diritti già acquisiti dal lavoratore, con la conseguenza che soltanto per tale parte e soltanto per tali soggetti viene ad essere preclusa l'indagine sull'effettiva natura del rapporto di lavoro. La conciliazione giudiziale, invece, non può estendere nemmeno tale limitata efficacia vincolante nei confronti dei terzi e, in particolare, nei confronti di quegli Uffici o Enti titolari di interessi pubblici connessi al rapporto di lavoro intercorso tra le parti, anche se le parti hanno pattuito di qualificarlo altrimenti.

A tali Uffici, pertanto, non è impedita da una intervenuta transazione tra le parti, che abbiano riconosciuto la natura autonoma del rapporto di lavoro tra loro intercorso, la facoltà di farne accettare dal Giudice di merito la effettiva natura subordinata ai fini dell'applicazione delle sanzioni per l'inosservanza delle disposizioni sul collocamento o di richiedere il pagamento di contributi e relative sanzioni (...)⁸.

Sulla stessa lunghezza d'onda, si pone più di recente Cass. 24 novembre 2008, n. 27876 - con riferimento all'efficacia di un verbale di conciliazione giudiziale,

⁸ Cfr. Cass. 11488 del 29 ottobre 1991: "È correttamente motivata la sentenza di merito che accerti un rapporto non regolarizzato di lavoro, ai fini degli obblighi contributivi gravanti sul datore di lavoro, in presenza della prova di un rapporto lavorativo costituita dalla denuncia presentata dal lavoratore all'ispettorato, unitamente a dichiarazione sottoscritta dal datore, con riconoscimento del rapporto di lavoro subordinato del dipendente e indicazione dei relativi orari e paga, e svaluti, invece, le affermazioni, escludenti la subordinazione, rese dalle parti, successivamente, in sede di conciliazione giudiziale della controversia, in quanto genericamente qualificatorie del rapporto di lavoro e prive di efficacia probatoria". In dottrina, P. RAUSEI, Conciliazione monocratica: vantaggi e limiti, in *Diritto & pratica del Lavoro* n. 6, Ipsoa, febbraio 2006.

intervenuto tra datore di lavoro e lavoratore, nell'ambito di un diverso giudizio promosso dall'INPS al fine di ottenere il versamento contributivo relativo al medesimo rapporto, dalle parti espressamente qualificato in sede conciliativa di natura autonoma: "Quindi, confrontando, in particolare, il contenuto delle dichiarazioni acquisite dai carabinieri e della denuncia trasmessa all'ispettorato del lavoro di Potenza dal T., per il tramite del sindacato, col contenuto della dichiarazione scritta del D.V. del (omissis) (...) e svalutando le affermazioni rese in sede di conciliazione della causa tra il T. e il D.V. (genericamente qualificatorie del rapporto intercorso e quindi prive di qualsivoglia effetto sul piano probatorio - le qualificazioni essendo di competenza esclusiva del Giudice - e comunque correttamente ritenute ininfluenti nel rapporto intercorrente tra datore di lavoro ed ente previdenziale - i Giudici del Tribunale hanno accertato l'esistenza tra il D.V. ed il T. di un rapporto di lavoro subordinato non regolarizzato nel periodo indicato, con le conseguenze di legge sul piano degli obblighi contributivi gravanti sul datore di lavoro (...)"⁹.

La ragione di un'impostazione così rigorosa risiede nelle finalità di carattere pubblicistico, sottese all'attività di vigilanza, di tutela e salvaguardia delle condizioni di lavoro, nonché, con riferimento specifico alla prestazione previdenziale, dell'interesse pubblico

⁹ Per tutte, Cass. civ., Sez. lav., 13 agosto 2007 n. 17670: "In tema di obbligo contributivo previdenziale, la transazione intervenuta tra lavoratore e datore di lavoro è estranea al rapporto tra quest'ultimo e l'INPS, avente ad oggetto il credito contributivo derivante dalla legge in relazione all'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato. (Nella specie, la S.C., affermando il principio riportato, ha riformato la sentenza di merito che aveva escluso l'assoggettabilità a contribuzione delle somme corrisposte a fronte delle rinunzie contenute in un accordo transattivo intervenuto tra datore e lavoratore in considerazione del carattere novativo di questo".

all'ordinato e regolare funzionamento del sistema di sicurezza sociale.

L'ordinamento giuridico, in altri termini, non può consentire rinunzie a prestazioni dovute e rese da Enti pubblici che svolgono servizi di interesse superindividuale, né tanto meno transazioni e/o conciliazioni atte ad impedire, agli organi istituzionalmente deputati a vigilare sul regolare svolgimento del rapporto di lavoro, l'esercizio del potere sanzionatorio di propria competenza.

3. Un caso concreto

Tra i vari casi problematici in concreto affrontati, emblematico resta quello di una denuncia, presentata nel gennaio 2008, avente ad oggetto la richiesta di regolarizzazione di un rapporto di lavoro sin dal 1985.

In sede di accesso ispettivo, la denunciante confermava i termini della richiesta presentata, ma precisava di essere stata nelle more assunta dopo aver stipulato con il datore di lavoro una conciliazione sindacale in cui, a fronte del riconoscimento di un dato corrispettivo, si dava atto della natura occasionale della prestazione sino a quel momento svolta.

L'Ufficio ispettivo ha ritenuto doveroso dare corso alla denuncia, attraverso le richieste di prove testimoniali che fossero in grado di confermare i tempi e le modalità delle prestazioni rese dalla denunciante, al fine di procedere, più che all'adozione di sanzioni amministrative, oramai ampiamente prescritte, al recupero contributivo per almeno il decennio precedente.

Quid iuris tuttavia, per i diritti di natura patrimoniale che hanno formato oggetto di conciliazione? Possono estendersi a questi ultimi i principi su richiamati, o, deve ritenersi, di contro, che gli stessi restino irrimediabilmente compromessi?

La questione non è di poco momento se sol si consideri che, tra i vari poteri attribuiti all'ispettore del lavoro dal D.Lgs.

124/2004, particolare importanza riveste la "diffida accertativa", che consente al medesimo di intimare al datore di lavoro il pagamento di spettanze di natura patrimoniale, attraverso il rilascio in favore del lavoratore di un provvedimento che assume efficacia di titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c.. Essa è stata definita dal ministro Sacconi nell'atto di Direttiva del 18 settembre 2008 "... potere di straordinaria importanza assegnato agli ispettori che in tal modo possono riconoscere al lavoratore interessato la soddisfazione più rapida dei crediti pecuniari vantati nei confronti del datore di lavoro in conseguenza del rapporto di lavoro"¹⁰.

A seguito della diffida il datore di lavoro può entro 30 giorni richiedere alla D.P.L. il tentativo di conciliazione ex art. 12 del D.Lgs. 124/2004 che se trattato ai sensi dell'art. 410 c.p.c. può concludersi anche con un accordo *pro bono pacis* senza riconoscimento di alcun rapporto di lavoro e con la corresponsione di una somma onnicomprensiva non sottoposta al successivo calcolo contributivo. E' di tutta evidenza che tale possibilità, cioè quella di attivare la conciliazione stragiudiziale ex art. 410 c.p.c. da parte del datore di lavoro per evitare gli effetti della diffida, vanifica l'eventuale diritto-obbligo contributivo che proprio con la diffida accertativa si intende invece garantire¹¹.

Dal momento che la norma dell'art. 12 D. Lgs. 124/2004 nulla dice sulla tipologia di conciliazione attivabile dal datore di lavoro, parlando genericamente di "tentativo di conciliazione", la questione potrebbe risolversi, da un punto di vista interno alla stessa Direzione Provinciale del

¹⁰ In dottrina VALLEBONA, *Un nuovo titolo esecutivo stragiudiziale: la diffida accertativa dei crediti patrimoniali dei prestatori di lavoro*, in Riv. Esec. Forzata, 2004, 637 e ss..

¹¹ Per un'analisi sulla funzione svolta dalla Commissione di conciliazione e della procedura davanti alle stesse, NASCOSI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro*, Milano, 2007, 251 e ss.; A. LAPPONI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione*, in Diritto e pratica del Lavoro, 2009, fasc. 34, 2011.

Lavoro, con il trattare la richiesta del Datore di lavoro come conciliazione monocratica ex art. 11 D. Lgs. 124/2004, istituto del tutto diverso dalla conciliazione ex art. 410 c. p. c.. Infatti, nel primo caso, le Parti devono necessariamente riconoscere, nel relativo verbale di accordo, l'esistenza di un rapporto di lavoro ed una somma "concordata", transatta, ma sicuramente da assoggettare al relativo calcolo contributivo da parte dell'I.N.P.S.¹².

Sul tema, evidentemente di grande attualità, è di recente intervenuto il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali con nota del 10/11/2009 prot. n. 17056, in risposta ad una Direzione Provinciale del territorio, e ad ulteriore chiarimento della problematica in esame. In particolare, la Direzione Generale per l'Attività Ispettiva del citato Dicastero ha affermato testualmente che *"...nei casi...in cui la transazione abbia per oggetto solo le rivendicazioni economiche del lavoratore, l'Amministrazione procedente non perde il potere-dovere di portare a conclusione la procedura sanzionatoria, anche nei suoi sviluppi processualistici. Tale procedura, avendo ad oggetto sanzioni amministrative, colloca i relativi crediti nell'ambito dei diritti indisponibili con la conseguente preclusione per l'Amministrazione di poter raggiungere accordi transattivi con il privato in detta materia"*.

Nel richiamare un parere reso dall'Avvocatura generale dello Stato in data 18/5/2009 con nota prot. 155380, il Ministero del Lavoro esclude, infine, che *"... in materia di crediti derivanti da sanzioni amministrative"* si possa procedere a transazioni, in quanto è la stessa sanzione amministrativa a non potere essere oggetto di accordi di tale natura.

D'altro canto, però, è innegabile che la disponibilità di un diritto, come anche l'autonomia privata in generale sono

¹² Sulla conciliazione monocratica P. NAUSEI, *Il vademecum sui nuovi servizi ispettivi*, in *Dir. e prat. Lav.* 2004, 1813.

espressione di un potere squisitamente privatistico e che come tale rimane, quindi, estraneo all'area di intervento dei poteri pubblici.

Un'altra soluzione al quesito che inizialmente ci siamo posti potrebbe, quindi, discendere dalla indagine sulla natura disponibile o indisponibile dei diritti interessati dalla transazione e dalla diversa applicabilità dell'art. 2113 c.c. a seconda dei casi¹³.

4. L'indisponibilità del diritto ai contributi

Un esempio di diritto indisponibile è il credito contributivo dell'INPS, per espressa previsione normativa (art. 2115 codice civile), per cui alle Parti è precluso ogni atto dispositivo-transattivo in materia. Quindi la prestazione contributiva, non rientrando nell'area dei diritti normalmente disponibili da parte del lavoratore non potrà mai formare oggetto di rinunce e/o transazioni validamente opponibili.

Principio costante nella giurisprudenza di legittimità è che solo l'Istituto assicuratore può porre in essere atti interrottivi della prescrizione, non essendo a tal fine sufficiente che il lavoratore promuova un giudizio nei confronti del datore di lavoro (in tal senso Cass. 7104/1992)¹⁴.

¹³ Sull'inderogabilità – indisponibilità in materia guslavoristica v. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976; FABRIS, *L'indisponibilità dei diritti dei lavoratori*, Milano 1978; PIZZOFERRATO, *La giustizia privata del lavoro*, Padova, 2003, 189 e ss; ROMEO, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro tra crisi e nuove prospettive*, in *Lav. Giur.*, 2002, 92; D. BORGHESI, *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.* 2009, 01, 121; E. MASSI, *Rinunce e transazioni: diritti derogabili e inderogabili dei lavoratori*, in www.dplmodena.it, 2008.

¹⁴ A. PIZZOFERRATO, *Giustizia privata del lavoro, (conciliazione e arbitrato)*, in *Trattato di Dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia* diretto da F. Galgano, vol. XXXII Padova 2003, 204.

Anche la Suprema Corte, in più di un'occasione, ha avuto modo di affermare i principi innanzi espressi.

Cass. 6607/2004: *“Come chiarito, in particolare, da un recente precedente (Cass.3122/2003), sul fatto costitutivo dell'obbligazione contributiva, che ha natura di obbligazione pubblica nascente ex lege, non può incidere in alcun modo la volontà negoziale, che regoli in maniera diversa l'obbligazione retributiva, ovvero risolva con un contratto di transazione la controversia insorta in ordine al rapporto di lavoro, precludendo alle parti il relativo accertamento giudiziale.*

La totale estraneità e inefficacia della transazione eventualmente intervenuta tra datore di lavoro e lavoratore nei riguardi del rapporto contributivo, discende dal principio che, alla base del calcolo dei contributi previdenziali, deve essere posta la retribuzione dovuta per legge o per contratto individuale o collettivo e non quella di fatto corrisposta, in quanto l'espressione usata dall'art. 12 della l. n. 153 del 1969 per indicare la retribuzione imponibile (“tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro...” va intesa nel senso di “tutto ciò che ha diritto di ricevere”, ove si consideri che il rapporto assicurativo e l'obbligo contributivo ad esso connesso sorgono con l'instaurarsi del rapporto di lavoro, ma sono del tutto autonomi e distinti, nel senso che l'obbligo contributivo del datore di lavoro verso l'istituto previdenziale sussiste indipendentemente dal fatto che gli obblighi retributivi nei confronti del prestatore d'opera siano stati in tutto o in parte soddisfatti, ovvero che il lavoratore abbia rinunciato ai suoi diritti (cfr. tra le numerose decisioni, Cass. 15 maggio 1993, n. 5547; 13 aprile 1999, n. 3630). Pertanto, così come il giudicato negativo, per esempio, circa la natura subordinata di un rapporto, non può spiegare influenza per i soggetti, rimasti estranei al giudizio, che siano titolari di rapporti del tutto autonomi rispetto a quello su cui è intervenuto il giudicato (cfr. Cass. 2795/1999; 4821/1999), così la transazione tra datore di lavoro e lavoratore non può

esplicare effetti riflessi (effetti riflessi che si possono avere solo per i rapporti non autonomi) sulla posizione dell'Inps, che fa valere in giudizio il credito contributivo derivante dalla legge e non dalla transazione”¹⁵.

Ciò significa che, restando l'obbligazione contributiva completamente insensibile agli effetti della transazione, l'Inps è abilitato ad azionare il credito contributivo provando, con qualsiasi mezzo, quali somme assoggettabili a contribuzione il lavoratore abbia diritto di ricevere. Tale prova può desumersi, in via presuntiva, anche dallo stesso contratto di transazione e dal contesto dei fatti in cui si è inserito.

Ed ancora Cass. 17670/2007: *“D'altro canto, trova qui applicazione il principio secondo cui la transazione intervenuta tra lavoratore e datore di lavoro è estranea al rapporto tra quest'ultimo e l'INPS, avente ad oggetto il credito contributivo derivante dalla legge in relazione all'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, giacchè alla base del credito dell'ente previdenziale deve essere posta la retribuzione dovuta e non quella corrisposta, in quanto l'obbligo contributivo del datore di lavoro sussiste indipendentemente dal fatto che siano stati in tutto o in parte soddisfatti gli obblighi retributivi nei confronti del prestatore d'opera, ovvero che questi abbia rinunciato ai suoi diritti. La totale estraneità ed inefficacia della transazione eventualmente intervenuta tra datore di lavoro e lavoratore nei riguardi del rapporto contributivo discende dal principio che, alla base del calcolo dei contributi previdenziali, deve essere posta la retribuzione dovuta per legge o per contratto individuale o collettivo e non quella di fatto corrisposta, in quanto l'espressione usata dalla L. n. 153 del 1969, art. 12, per indicare la retribuzione imponibile (“tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro ...”) va intesa nel senso di “tutto ciò che ha diritto di*

¹⁵ In senso conforme Cass. civ., Sez. lav., 28 luglio 2009 n. 17495.

ricevere", ove si consideri che il rapporto assicurativo e l'obbligo contributivo ad esso connesso sorgono con l'instaurarsi del rapporto di lavoro, ma sono del tutto autonomi e distinti¹⁶.

Restando quindi l'obbligazione contributiva completamente insensibile agli effetti della transazione, la sussistenza dei crediti di lavoro azionati dal dipendente doveva essere accertata indipendentemente dall'accordo concluso tra le parti, al solo fine dell'assoggettamento dei relativi importi (in quanto compresi nella retribuzione dovuta) all'obbligo contributivo.

Sull'argomento dell'omesso versamento dei contributi previdenziali, di grande interesse è il contenuto della sentenza della Cassazione sezione lavoro 25 ottobre 2004 n. 20686, la quale fornisce il quadro del numero dei danni che derivano al lavoratore dalla "perdita" dei contributi previdenziali in suo favore¹⁷.

¹⁶ In senso conforme Cass. civ., Sez. lav., 3 marzo 2003 n. 3122: "La transazione intervenuta tra lavoratore e datore di lavoro è estranea al rapporto tra quest'ultimo e l'INPS, avente ad oggetto il credito contributivo derivante dalla legge in relazione all'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, giacché alla base del credito dell'ente previdenziale deve essere posta la retribuzione dovuta e non quella corrisposta, in quanto l'obbligo contributivo del datore di lavoro sussiste indipendentemente dal fatto che siano stati in tutto o in parte soddisfatti gli obblighi retributivi nei confronti del prestatore d'opera, ovvero che questi abbia rinunciato ai suoi diritti. Pertanto, attesa l'autonomia tra i due rapporti, la transazione suddetta non spiega effetti riflessi nel giudizio con cui l'INPS fa valere il credito contributivo", con nota di P. BOER, La conciliazione giudiziale della controversia di lavoro non preclude all'ente previdenziale l'azione contributiva, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2003 fasc. 05, parte 00, sez., 00, 372; Cass. civ. Sez. lav., 9 aprile 2003 n. 5534 in *Notiziario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1999, fasc. 04, parte 00, sez. 00, 548; In dottrina, A. REALE, *Retribuzione assoggettabile a contribuzione previdenziale e transazione*, in *Argomenti di diritto del Lavoro*, 1999, fasc. 3, parte 2, 757-0780.

¹⁷ Nota a cura di B. RONCONI, *Omissione contributiva e nullità delle rinunce al relativo risarcimento*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e Previdenza Sociale*, 2005, fasc. 02, parte 00, sez. 00, 357.

La Suprema Corte, nella citata sentenza, enuclea due ordini di danni: da una parte quello concernente la perdita della prestazione previdenziale pensionistica, per rivendicare la quale occorre far riferimento soprattutto al momento in cui si matura il relativo diritto (ossia l'età pensionabile), dall'altro quello rappresentato dalla norma ex art. 13 della legge n. 1338 del 1962 riguardante la necessità del lavoratore di costituire una rendita vitalizia, per cui il danno si verifica nel momento in cui non è stato più possibile ottenere il versamento dei contributi previdenziali stante la prescrizione quinquennale.

In sostanza, la Suprema Corte sottolinea l'importanza del momento temporale in cui viene posta in essere la transazione e/o la rinuncia. Se, per esempio, la transazione viene chiusa prima che maturi il diritto oggetto della stessa la transazione è ovviamente da ritenersi nulla. Tuttavia la questione non è più così semplice in caso di un diritto in fieri, quale è, appunto, il diritto alla pensione.

I rimedi a disposizione del lavoratore in questo caso devono ovviamente essere esperiti prima del decorso della prescrizione quinquennale attraverso, per esempio, la presentazione di una denuncia allo stesso Ente previdenziale oppure attraverso il ricorso al giudice per ottenere la condanna al relativo adempimento previdenziale sulla base degli articoli 2043 e 1453 del c.c..

Se, invece, è già maturata la prescrizione quinquennale, ai sensi dell'art. 13 della L. 1338 del 1962, si può far costituire una provvidenza economica compensativa.

Davanti alla Commissione provinciale di conciliazione, tra l'altro, l'aspetto contributivo non è mai oggetto di transazione nei relativi verbali di accordo, trattandosi di obbligo di legge, sottratto alla disponibilità delle Parti.

Infine, più recente, la Corte di Cassazione, con sentenza n. 17845 del 28 luglio 2009, ha affermato che sulle somme corrisposte dal datore di lavoro a titolo di transazione, pur restando insensibile

l'obbligazione contributiva agli effetti della transazione, l'Inps è abilitato ad azionare il credito contributivo provando, con qualsiasi mezzo, che le eventuali somme concesse a tale titolo sono assoggettabili a contribuzione. Tale interpretazione si pone sulla stessa "lunghezza d'onda" di una precedente sentenza della Suprema Corte, la n. 6663 del 9 maggio 2002, laddove si è affermato che il principio secondo cui le erogazioni dipendenti da transazioni aventi la finalità non di eliminare la "res dubia", ma di evitare il rischio della lite stessa e non contenenti un riconoscimento neppure parziale del diritto del lavoratore, va coordinato con il concetto secondo cui l'indagine del giudice di merito non trova alcun limite nel titolo formale di tali erogazioni.

5. Aspetti problematici del rapporto tra la conciliazione monocratica e conciliazione amministrativa ex artt. 410-411 c.p.c.

La conciliazione monocratica rappresenta una grande novità, di notevole impatto sul territorio di riferimento, nell'ambito delle competenze istituzionali delle Direzioni Provinciali del Lavoro¹⁸.

L'istituto in questione nasce per dare attuazione al principio contenuto nella legge delega n. 30/03 e precisamente all'art. 8 Il comma lett. b, il quale fa riferimento alla "definizione di un raccordo efficace fra la funzione di ispezione del lavoro e quella della conciliazione delle controversie", al fine di contribuire al deflazionamento del contenzioso e di consentire lo smaltimento dell'alto numero delle denunce¹⁹ (almeno quelle di scarso contenuto, le quali rendono le indagini inutilmente complesse essendo destinate a terminare o con un accordo conciliativo tra

¹⁸ Sulla conciliazione in generale a cura di R. SCHIAVONE, *La conciliazione monocratica*, in Riv. Lavoro e Previdenza oggi, 2007, fasc. 5, 725.

¹⁹ E. MASSI, *Le conciliazioni presso le Direzioni provinciali del lavoro*, 2006 e 2009 reperibili sul sito www.dplmodena.it.

le parti o con una cancellazione in fase contenziosa, amministrativa o giudiziaria, per vizi di forma o procedurali), privilegiando l'attività di vigilanza d'iniziativa, quale reale ed efficace strumento di lotta e di contrasto al lavoro irregolare.

La direttiva Sacconi del 18/09/2008²⁰ e la Circolare del Ministero del Lavoro n. 36 del 26/11/2009²¹ operano una netta scelta di campo, diretta ad estendere ed ampliare l'ambito di operatività della conciliazione monocratica preventiva, nell'ottica di strumento idoneo al raggiungimento degli obiettivi sopra enunciati.

In buona sostanza, l'art. 11 introduce nel nostro ordinamento una nuova procedura conciliativa di competenza esclusiva delle DPL, diretta a realizzare una sintesi tra le due principali attività assegnate alle strutture periferiche del Ministero del Lavoro: la funzione ispettiva e la funzione conciliativa²².

Il perseguimento di tale obiettivo pone lo strumento conciliativo in esame in una prospettiva diversa da quella in cui versa la procedura prevista dall'art. 410 c.p.c. in merito al tentativo obbligatorio di conciliazione, dalla quale, infatti, la prima si differenzia, come sarà evidenziato in seguito, completamente e non solo con riferimento alla composizione dell'organismo conciliatore (non più collegiale, ma, appunto, monocratica e con qualifica ispettiva)²³.

L'art. 11 del decreto legislativo n. 124/04 prevede una duplice forma di

²⁰ Direttiva del Ministro Sacconi del 18/09/2008 reperibile sul sito www.dplmodena.it.

²¹ Circolare del Ministero del Lavoro n. 36 del 26/11/2009 reperibile sul sito www.dplmodena.it.

²² A. RIVARA, *Servizi ispettivi: le implicazioni della riforma*, Inserto di diritto e pratica del lavoro n. 42/2004.

²³ E. MASSI, 2004 e D. MESSINEO, 2005, a parere dei quali si tratterebbe di "procedure ontologicamente analoghe, che, pur nella diversità della struttura relativa alla composizione, producono sostanzialmente i medesimi effetti nell'ipotesi di mancata conciliazione".

conciliazione monocratica: **preventiva e contestuale.**

La prima, allorché, in caso di richieste di intervento dalle quali emergano elementi per una soluzione conciliativa della controversia, la Direzione Provinciale del lavoro decida di orientare il proprio intervento verso la conciliazione.

La seconda, allorquando, nel corso dell'attività di indagine l'ispettore ravvisi i presupposti per una soluzione conciliativa della controversia e ne fa proposta alla Direzione Provinciale del lavoro, mediante apposita relazione per l'attivazione della procedura²⁴.

Nel primo caso, il tentativo di conciliazione si svolge prima che abbia inizio l'accertamento ispettivo, nel secondo caso, l'esperimento del tentativo interrompe l'accertamento ispettivo già in corso (l'ispettore è già in azienda e deve procedere all'acquisizione del consenso delle parti interessate)²⁵.

Va evidenziato, peraltro, che la conciliazione sia preventiva che contestuale è suscettibile di applicazione in quanto, come indicato nella circ. ministeriale 24/04, la mera presentazione di una richiesta di intervento o il solo accesso in azienda, non vincolano l'organo ispettivo, non avendo quest'ultimo ancora proceduto all'acquisizione di elementi certi in ordine alla sussistenza e veridicità delle circostanze e delle situazioni rappresentate²⁶.

E' il caso di rammentare, inoltre, che nel momento in cui tenta la mediazione l'ispettore non opera come ufficiale di polizia giudiziaria, essendo tale

attribuzione riferibile soltanto al momento in cui accede presso un'impresa od opera o svolge le funzioni tipiche della vigilanza.

Indipendentemente dalla forma adoperata, il tentativo di conciliazione segue la medesima procedura ed esplica i medesimi effetti.

Con specifico riferimento alla procedura va registrata una evidente lacuna del dato normativo contenuto dall'art. 11 del decreto n. 124/04, in quanto tale articolo di legge non pone alcun termine specifico né per l'inizio né per la conclusione della conciliazione monocratica, né tantomeno per la ripresa del procedimento ispettivo laddove il tentativo dovesse concludersi in senso negativo. Ne consegue che, allo stato attuale, sulla scorta delle indicazioni operative fornite dal Ministero, piuttosto scarse, si può semplicemente sostenere che i funzionari investiti della funzione conciliativa devono improntare l'azione amministrativa ai principi di speditezza e di celerità²⁷.

La conciliazione si chiama monocratica in quanto non si svolge davanti ad una Commissione, come previsto dall'art. 410 c.p.c., ma davanti ad un singolo funzionario della Direzione Provinciale del lavoro sia di profilo amministrativo che ispettivo la DPL convoca le parti con lettera raccomandata, per un giorno ed ora prefissati avvertendo che le stesse possono farsi assistere da associazioni o organizzazioni sindacali o da professionisti. (Tale precisazione contenuta anche nella Circolare n. 24/04 ha consentito di sopire le critiche che l'istituto della conciliazione monocratica aveva suscitato nel mondo sindacale, avendo l'art. 11 escluso la partecipazione obbligatoria del sindacato, contrariamente, a quanto avviene nelle controversie avanti alla commissione di conciliazione ai sensi degli artt. 410 ess. del c.p.c.).

Qualora il tentativo di conciliazione abbia esito negativo, la DPL riprende gli

²⁴ Nota di P. RAUSEI, *Il ruolo strategico della conciliazione monocratica*, in Codice delle Ispezioni, Volume 1, Ipsa, 2006, 840 e ss..

²⁵ Sul Punto v. R. I. VALERIO, *Ispezioni sul lavoro: la conciliazione monocratica preventiva*, in riv. Guida al lavoro anno 2009, fasc. 14, 31.

²⁶ Nota di P. PENNESI, 2004, secondo il quale "la condicio sine qua non per procedere alla conciliazione monocratica è la mancanza di qualsiasi accertamento di ipotesi di violazione da parte dell'organo di vigilanza, in quanto ciò determinerebbe la necessità di dover procedere in via definitiva".

²⁷ Lavoro e Diritti (Cap. XVI, Il d.lgs. n. 124/04 riforma della vigilanza in materia di lavoro, pagg. da 714 a 726), Cacucci Editore Bari, 2006.

accertamenti, già avviati o richiesti con la denuncia.

Qualora il tentativo abbia esito positivo, il verbale di conciliazione sottoscritto dal funzionario acquisisce piena prova ed estingue il procedimento ispettivo²⁸.

L'effetto estintivo, però, è subordinato al pagamento integrale da parte del datore di lavoro sia delle somme dovute a qualsiasi titolo al lavoratore, sia al versamento totale dei contributi previdenziali e dei premi assicurativi, determinate sulla base delle leggi vigenti, ma nel rispetto delle somme e dei tempi concordati in sede di conciliazione²⁹.

Il verbale di conciliazione diventa inoppugnabile in deroga all'art. 2113, co. 1,2,3, del c.c..

Con questa previsione il legislatore delegato ha di fatto oltrepassato i confini fissati dalla legge delega, aggiungendo una nuova ipotesi di rinuncia o transazione valida, che ha sollevato forti dubbi di legittimità costituzionale.

A questo punto occorre precisare che, sebbene l'art. 11 co. 3 del decreto parli di inoppugnabilità della transazione, tuttavia, non prevede alcun comma che ripeta la disposizione del co. 2 dell'art. 411 c.p.c. ove si fa riferimento al deposito presso la cancelleria del Tribunale per le conciliazioni avvenute davanti alla commissione provinciale o in sede sindacale, con l'accertamento della regolarità formale del verbale di conciliazione e l'apposizione della formula esecutiva. L'omissione di una previsione simile comporta, in sostanza, che il lavoratore, a fronte di un riconoscimento certo del debito da parte del datore di lavoro, è costretto a chiedere, tramite legale, all'autorità giudiziaria competente l'emissione di un decreto ingiuntivo³⁰.

²⁸ Sull'argomento v. circolare del Ministero del Lavoro n. 24/2004 e reperibile sul sito www.dplmodena.it.

²⁹ Cfr. anche circolare n. 132/2004 reperibile sul sito www.inps.it.

³⁰ Come rilevato da E. MASSI, *Conciliazioni presso le Direzioni provinciali del lavoro*, 2006 e 2009 sopra citato.

Sul punto è auspicabile, al più presto, un intervento del legislatore.

Sul piano operativo alcuni paletti sono stati opportunamente fissati dal legislatore, il quale ha rimesso all'Ufficio la decisione di promuovere il tentativo di conciliazione e ha limitato l'utilizzo alle ipotesi in cui emergano "elementi per una soluzione conciliativa della controversia", nonché all'acquisizione preventiva del consenso di entrambi le parti interessate nel caso di conciliazione contestuale.

In altre parole il legislatore delegato non generalizza l'uso dello strumento conciliativo, né tanto meno parla di obbligatorietà dello stesso, differenziandolo in ciò dal tentativo obbligatorio di conciliazione di cui agli artt. 410 e ss. del c.p.c.³¹.

La disciplina della conciliazione monocratica esalta il ruolo discrezionale dell'organo competente, a tal punto, da consentire allo stesso di superare anche un eventuale assenso alla procedura conciliativa emersa dalla dichiarazione del lavoratore all'atto della denuncia ovvero di rifiutare la sottoscrizione dell'accordo conclusivo, allorché risulti evidente la mancanza di una genuina e libera volontà del lavoratore.

La tematica relativa al ruolo del conciliatore monocratico offre uno spunto di riflessione se si considera che il funzionario con qualifica ispettiva investito della funzione conciliativa non può limitarsi a prendere atto della mera volontà espressa dalle parti, come avviene davanti alla commissione di conciliazione, dove, appunto, il datore di lavoro ed i prestatori rinunciano e transigono in ordine a diritti di natura economica, liberamente disponibili.

A tal proposito, come compiutamente descritto dall'avv. Giovanni Dato³² la dottrina distingue tre teorie: la prima fondata sulla distinzione tra diritti futuri e diritti già maturati, per cui l'art. 2113 c.c.

³¹ Sull'argomento v. E. MASSI, 2006 e 2009 già citate.

³² G.A. DATO, *La certificazione delle rinunzie e transazioni del lavoratore*.

trova applicazione se trattasi di diritti già maturati, perché per quelli futuri vige la nullità assoluta dell'eventuale rinuncia³³; una seconda teoria che fa riferimento ai diritti primari (esempio, diritto al riposo, alle ferie, diritti previdenziali e assistenziali, diritti di natura economica) e diritti secondari (ossia di carattere patrimoniale e risarcitorio derivanti, cioè, da una violazione del diritto primario)³⁴ e infine una terza teoria che distingue tra diritti assolutamente indisponibili e diritti relativamente indisponibili.

Per quanto riguarda i primi, generalmente diritti a contenuto non patrimoniale, coincidenti normalmente con quelli posti a tutela della personalità morale o dell'integrità fisica del prestatore (art. 2087 c.c.), nonché altri espressamente qualificati indisponibili da specifiche norme di legge (per esempio, l'art. 2115 c.c. per i diritti previdenziali, l'art. 22 del D.P.R. 797/1955 per gli assegni familiari) se formano oggetto di transazione e/o rinuncia, il relativo atto è nullo e l'art. 2113 c.c. non può essere invocato; per i secondi, ossia quei diritti che *derivano "da disposizioni inderogabili di legge e dei contratti o accordi collettivi"*, diretti a garantire il trattamento minimo retributivo, la norma ex art. 2113 c.c. potrebbe essere invocata se il lavoratore impugna l'atto di transazione. Non si tratta di una mera classificazione formale, dal momento che la stessa Giurisprudenza del lavoro attualmente richiama una o l'altra teoria

³³ Cass. 3093/1992, MGL, 1992, 176; Cass. 4529/1988, GI, 1989, I, 1 1032, con nota di RENNA; Cass. 6857/98 in Notiz. Giurispr. Lav. 1998, 754. In dottrina, sulla distinzione tra rinunce in senso proprio e rinunce a diritti futuri, cf. SANTORO PASSATELLI, *Sull'invalidità delle rinunce e transazioni del prestatore di lavoro*, GCCC, 1948, 53; sulle varie posizioni ricostruttive, cfr. FERRARO, *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, EGT, Vol. XXVII, 1991, in part. P. 3; Sulla nullità della rinuncia preventiva al TFR M. CAROPPOLI, *E' nulla la rinuncia preventiva al TFR: verte su diritti non ancora acquisiti*, in D&G 2005, 18, 22.

³⁴ Cass. 3233/1999, in Notiz. Giurispr. Lav., 1999, 321.

per escludere o riconoscere l'applicazione ai casi di specie dell'art. 2113 del c.c.. Liberamente disponibili devono ritenersi, senza dubbio, i trattamenti economici già entrati nel patrimonio del lavoratore e derivanti da pattuizioni di carattere individuale (es. superminimo³⁵, indennità risarcitoria dei dirigenti³⁶), che vengono ad aggiungersi al trattamento minimo fissato dalla contrattazione collettiva. Parimenti disponibili sono l'accettazione da parte del lavoratore della sospensione della retribuzione, come anche il periodo di preavviso e le dimissioni³⁷.

Nella conciliazione monocratica, invece, dove il funzionario-ispettore è organo preposto all'esercizio di un'attività amministrativa tesa alla cura in concreto di un interesse pubblico (il rispetto delle norme pubbliche vigenti in materia di lavoro), non può non esercitare il proprio peso ed impegnarsi, al fine non solo di prospettare soluzioni conciliative alternative praticabili ma anche di evitare che le parti addiventano alla conclusione di un accordo iniquo, travolgendo diritti indisponibili derivanti da norme inderogabili di legge, considerando che, laddove ciò avvenga, la conseguenza sarebbe, comunque, l'estinzione del procedimento ispettivo in modo definitivo³⁸.

Il legislatore, inoltre, limita l'ambito di operatività dello strumento conciliativo

³⁵ Trib. Milano 10/12/1997, in Orient. Giur. Lav., 1997, 1023.

³⁶ Pret. Verona 21/12/1994, in Riv. Crit. Dir. Lav. 1995, 970.

³⁷ Cass. civ., Sez. lav. 4780/2003, GC 2003, 655: "la rinuncia o la transazione conclusa tra dipendente e datore di lavoro, avente ad oggetto la risoluzione del rapporto di lavoro, non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 2113 c.c., in quanto (...) l'ordinamento riconosce al lavoratore il diritto potestativo di disporre negozialmente e definitivamente del posto di lavoro stesso, in base all'art. 2118 c.c."; in dottrina M. CAROPPOLI, *"Recesso dal lavoro: diritto disponibile - norme inderogabili, la ricerca continua"*, in D&G 2005, 45, 20.

³⁸ Per ulteriori approfondimenti v. sempre E. MASSI, *Conciliazione monocratica e azione ispettiva*, in riv. Diritto e pratica del lavoro, anno 2009, fasc. 28, 1615.

alle ipotesi di illeciti civili ed amministrativi e solo per le questioni riguardanti diritti patrimoniali di natura legale o contrattuale connessi alla sussistenza di un rapporto di lavoro sia di natura subordinata che di tipo autonomo. (Trattamenti economici non corrisposti, come ad es. differenze paga, trattamento di fine rapporto, ore di lavoro straordinario non retribuite)³⁹. Restano fuori, invece, tutte le questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro, che non rientrano nella libera disponibilità delle parti.

Il tentativo di conciliazione non è, altresì, esperibile allorché emergano evidenti e chiari indizi di violazioni penalmente rilevanti. In tal caso è necessario procedere all'accertamento ispettivo.

Sul piano degli effetti, va rimarcato che lo stesso testo normativo, collegando l'estinzione del procedimento all'esatto adempimento delle condizioni convenute nella transazione, nonché al versamento dei relativi contributi, presuppone, in primo luogo, che l'accordo si fondi **sempre sul riconoscimento e qualificazione di un intercorso rapporto di lavoro e del relativo periodo**; in secondo luogo **attribuisce al verbale di conciliazione effetti anche verso terzi**, in particolare nei confronti degli enti previdenziali, ai quali la DPL è tenuta a trasmettere tutta la documentazione relativa. (Si ricordi in proposito che l'accordo raggiunto in sede di conciliazione ex artt. 410 e ss. del c.p.c., al contrario, produce effetti solo tra le Parti, le quali, il più delle volte non provvedono a trasmettere il verbale transattivo all'Inps)⁴⁰.

D'altro canto, va rimarcato che, l'aver connesso l'efficacia dell'accordo al riconoscimento della sussistenza di un rapporto di lavoro, con la relativa regolarizzazione assicurativa e

previdenziale, mette al riparo la conciliazione monocratica dalle usuali conciliazioni collegiali cd. "a saldo e stralcio".

La disciplina degli effetti prodotti dall'accordo raggiunto in sede di conciliazione monocratica suscita forti dubbi di legittimità costituzionale in relazione al principio di **indisponibilità dei contributi**⁴¹. In sostanza il fatto che l'accordo produca effetti anche verso l'ente previdenziale, assegna di fatto alle parti private il potere di incidere su di un obbligo legale, quale appunto quello contributivo (fissando il quantum dovuto), che dovrebbe per sua natura essere sottratto alla libera disponibilità delle parti. I dubbi sollevati sono stati eliminati dagli stessi Istituti previdenziali ed assicurativi. Sia l'Inps che l'Inail⁴² hanno in proposito fornito chiarimenti nel senso che la quantificazione della contribuzione non è oggetto di conciliazione, poiché, per espressa previsione legislativa, la stessa è determinata secondo le norme di legge vigenti e il momento dell'insorgenza dell'obbligo contributivo ed assicurativo sorge con il termine indicato nel verbale di accordo per il pagamento delle somme dovute al lavoratore (entro il 16 del mese successivo).

In conclusione, una riflessione si impone, ed è quella secondo cui l'art. 11 del D.Lgs. n. 124/04 ha consegnato al nostro ordinamento giuridico un istituto di notevole rilevanza, il cui utilizzo può assicurare vantaggi non solo al datore di lavoro, nella misura in cui gli consente non solo di prevenire l'insorgere di una controversia individuale di lavoro, ma soprattutto di evitare le conseguenze di un accertamento ispettivo, con la possibilità di sanare eventuali illeciti, ma anche al lavoratore, al quale viene riconosciuta la sussistenza di un rapporto di lavoro, con la relativa corresponsione della retribuzione e

³⁹ Cfr. art. 11 del d.lgs. n. 124/04 nonché circolare del Ministero del Lavoro n. 24/2004.

⁴⁰ E. GHERA, *Diritto del Lavoro*, (Cap. VIII, Garanzie dei diritti dei lavoratori), Cacucci Editore, Bari, 2008.

⁴¹ Sul punto cfr. circolare Inail n. 86/2004 reperibile sul sito www.inail.it, nonché circolare Inps n. 132/2004 sopra indicata.

⁴² S. IMBRIACI, *Conciliazione monocratica e contribuzione: chiarimenti INPS*, in riv. Guida al Lavoro anno 2007, fasc. 4, 53.

la regolarizzazione assicurativa e previdenziale, così evitando le spese e le lungaggini processuali⁴³.

Infine, va precisato che un'applicazione seria, cosciente e libera da pregiudizi ed ideologie della procedura conciliativa monocratica può risultare vantaggiosa anche per la stessa pubblica amministrazione, nella misura in cui, come già evidenziato sopra, le consente di perseguire non solo l'obiettivo di deflazionare il contenzioso, ma anche quello di smaltire le denunce di poco conto⁴⁴.

L'operatività della conciliazione monocratica presuppone che la stessa non venga considerata alla stregua di uno strumento che svilisce l'attività di vigilanza, bensì quale procedura che si affianca al procedimento ispettivo classico fondato sull'accesso in azienda⁴⁵.

6. Problematiche e casistica della conciliazione monocratica: conciliazioni plurime ed estinzione del procedimento ispettivo

L'esame dei risultati dell'applicazione dell'istituto della conciliazione monocratica ha rivelato che l'espletamento della prima forma cosiddetta "preventiva" raramente si conclude con un accordo, poiché buona parte delle procedure conciliative avviate terminano con un esito negativo, a causa o della mancata comparizione di una delle due parti convocate o della indisponibilità mostrata dalla parte datoriale a voler regolarizzare la situazione previdenziale ed assicurativa del lavoratore, ritenendo più conveniente la conciliazione in sede sindacale.

⁴³ Ancora E. MASSI, *Conciliazioni presso le DPL*, 2006 e 2009 di cui sopra;

⁴⁴ Approfondimenti sull'argomento a cura di P. RAUSEI, *Contenuti nel codice delle ispezioni*, vol. 1, ed. Ipsoa 2006, 840 e ss..

⁴⁵ A. BELSITO, *Conciliazione monocratica: l'opera incompiuta*, riv. Diritto delle relazioni industriali, Editore Giuffrè, anno 2008, fasc. 2, 557.

In merito alla seconda tipologia di conciliazione monocratica (contestuale), invece, va segnalato che essa risulta poco praticabile, ad eccezione dei casi nei quali il funzionario accertatore si trovi nella oggettiva impossibilità di procedere all'acquisizione di qualsiasi elemento probatorio e gli venga manifestato immediatamente il consenso da parte del datore e del prestatore di lavoro all'attivazione della conciliazione.

L'esempio di una situazione in cui può essere attivabile la procedura conciliativa di cui all'art. 11 del D.Lgs. n. 124/04 è rappresentato dall'ipotesi in cui l'ispettore, effettuato l'accesso in azienda trova intenta al lavoro solo una dipendente, la quale rilascia la propria dichiarazione, sostenendo di non essere in regola, circostanza che non può essere confermata da nessuna altra persona, in più il datore di lavoro reso consapevole della visita ispettiva, unitamente al lavoratore manifesta la comune volontà di conciliare.

Pur trattandosi di esempio classico è facile affermare che nella nostra realtà ispettiva tale procedura conciliativa non è stata mai adoperata, anche perché si ritiene comunemente che l'ispettore una volta acquisita la dichiarazione del lavoratore debba procedere con l'esame della documentazione di lavoro e con l'adozione dei provvedimenti che ne conseguono.

Eppure non vi è chi non veda come un corretto uso di tale strumento conciliativo possa contribuire alla riduzione del carico giudiziario, evitando agli organi accertatori di adottare provvedimenti sanzionatori portatori di vizi formali e sostanziali.

E' auspicabile un intervento del legislatore teso a colmare le lacune che l'art. 11 presenta soprattutto in relazione alle fasi e modalità di attivazione ed attuazione del procedimento amministrativo di conciliazione.

Nel caso di conciliazioni plurime, ossia quelle che coinvolgono più lavoratori, e la Circolare Ministeriale n. 24/04 (www.lavoro.gov.it), unico riferimento in merito, dispone che: "qualora si decida di

ammettere le richieste plurime al tentativo di conciliazione, le stesse vanno trattate separatamente". Ciò implica che ciascuna procedura porterà ad una soluzione diversa, con la conseguenza che laddove la conciliazione non è stata raggiunta si dovrà procedere con l'accertamento ispettivo.

La medesima conclusione verrà adottata nell'ipotesi in cui taluni lavoratori non intendano aderire alla procedura conciliativa: in tal caso, l'ufficio avvierà la procedura dell'accesso in azienda.

Si pone il problema di comprendere quale sia il significato da attribuire all'espressione adoperata dal legislatore "estinzione del procedimento".

Occorre chiedersi, al riguardo, se la conclusione della procedura conciliativa con un accordo di segno positivo possa estinguere in toto il procedimento ispettivo ovvero se l'estinzione vada limitata agli illeciti denunciati.

E' chiaro che il quesito diventa pregnante se posto in relazione alle conciliazioni monocratiche preventive e contestuali aventi ad oggetto richieste di intervento plurime, le quali devono essere trattate separatamente.

A modesto parere di chi scrive, il dato normativo contenuto nell'art. 11, in quanto generico induce a ritenere che l'accordo conciliativo estingue il procedimento nella sua totalità e quindi in presenza di richieste plurime il Dirigente, facendo leva sulla propria discrezionalità, dovrà indirizzare le stesse necessariamente verso l'attività ispettiva (cfr. Direttiva Sacconi, la quale dispone che qualora la richiesta di intervento riguardi anche altri lavoratori non possa essere espletato il tentativo di conciliazione monocratica preventiva); allo stesso modo l'ispettore una volta effettuato l'accesso in azienda e rilevata la presenza di più lavoratori irregolari, non potrà attivare la procedura conciliativa.

Non mancano tesi in senso opposto secondo cui ogni procedura segue il suo corso ed estingue solo parzialmente il procedimento ispettivo, trovando conforto nella Circolare Ministeriale n. 24/04 che,

appunto, chiarisce come le conciliazioni relative a più lavoratori vadano trattate separatamente.

La soluzione prospettata dal primo orientamento viene ad attribuire alla procedura conciliativa il carattere di strumento alternativo allo svolgimento dell'attività ispettiva accanto a quello tradizionale fondato sull'accesso nel luogo di lavoro, con ciò privilegiando la tutela dell'interesse pubblico rispetto a quello privatistico delle parti, laddove con la seconda tesi, al contrario, attribuendosi una preferenza al consenso espresso dai soggetti privati, si finisce per snaturare l'istituto della conciliazione, trasformandolo in uno strumento posto esclusivamente a disposizione dei privati per la tutela di specifici interessi soggettivi. In quest'ultimo caso, potrebbe perdersi di vista il principio fondamentale dell'art. 35 della Costituzione, la cui attenta salvaguardia da parte delle Istituzioni Pubbliche viene sollevata anche da Luciano Gallino in un recente articolo (I lavoratori e la trappola dell'arbitrato, sul quotidiano La Repubblica del 15 dicembre 2009, 49).

* L'Autore ringrazia le dott.sse Stefania LOMBARDI e Daniela PIACENTE, Funzionarie Ispettrici del Lavoro che hanno collaborato direttamente alla elaborazione e stesura dei paragrafi n. 3 e 6.

Sicurezza nei luoghi di lavoro

RUOLI E RESPONSABILITA' DELLE FIGURE DELLA PREVENZIONE

di Tommaso Germano

Muovendo dal testo unico n. 81/2008, non si può fare a meno di ripensare - ogni giorno - alla normativa in tema di salute e sicurezza, specie da parte di coloro che, per il ruolo rivestito, sono onerati da molteplici responsabilità nel campo della prevenzione.

Naturalmente, continuo ad essere - fortemente - convinto che la necessità di uno studio approfondito viene dettata dalla discontinuità (culturale ed istituzionale) che la più attuale normativa rappresenta rispetto al passato: non è solo un'impressione che, al tradizionale "*modello primitivo*", si voglia sostituire un diverso modello di prevenzione e di controllo sociale.

In un recente Convegno, organizzato da UNIONCAMERE, il Ministro Maurizio Sacconi ha ritenuto di affermare testualmente: "*Se non vogliamo ridurre la sicurezza a semplice adempimento e rispetto dei vincoli formali, dobbiamo diffondere una cultura della sicurezza mediante informazione, formazione e promozione nelle imprese*".

Nel contempo, però, in nome di una sicurezza "*attiva*", l'art. 20, comma 2, elenca una serie di obblighi del lavoratore che, pur non essendo esaustivi del totale "*carico giuridico*", vanno a sintetizzare un nuovo modello: il primo contenuto di ruolo è rappresentato dal dovere di collaborazione nell'organizzazione della sicurezza, predisposta dal datore di lavoro, contribuendo, insieme a lui, al dirigente e ai preposti all'adempimento degli obblighi previsti a tutela della salute sul lavoro. Superflua una riproposizione degli obblighi - in questa sede - non è superfluo sottolineare che sono penalmente

sanzionati (arresto fino ad un mese o ammenda da 200 a 600 euro) e che, ai sensi dell'art. 18 bis (D.lgs. 106/09) il ruolo specifico del lavoratore è inserito nella schiera dei soggetti garanti della sicurezza. Il che, sta a significare che ove l'inadempimento sia a lui addebitabile in modo precipuo e non sussista una carenza (in "*eligendo*" o in "*vigilando*") da parte del datore di lavoro, della violazione risponderà solamente il lavoratore.

E' un ulteriore passo in avanti verso quella linea interpretativa (che ho avuto - già - modo di sottolineare) che i modelli organizzativi si avviano a costituire "*corposa esimente*" dalle responsabilità che potrebbero colpire i datori (ma anche i dirigenti e i preposti) ma anche la stessa impresa ai sensi del D.lgs. 231/01.

Trascurando che, per quel che attiene all'obbligo di vigilanza del datore di lavoro sulle funzioni delegate ad altri collaboratori - definiti istituzionali - l'art. 16, comma 3, stabilisce che lo stesso si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo, non è superfluo ricordare che - di recente - il Giudice unico del Tribunale di Trani (caso Truck Center di Molfetta), in una sentenza di oltre 300 pagine, ben motivata, ha ritenuto che non sia sufficiente l'analisi dei rischi, ma, specie in presenza di dipendenti di imprese in appalto o in subappalto, sia indispensabile la predisposizione di un modello organizzativo ad hoc.

Per altro, la valutazione dei rischi non potrà non essere rielaborata in occasione di modifiche del processo produttivo o di nuova organizzazione del lavoro, che possano produrre effetti sulla salute dei

lavoratori; in relazione alla evoluzione tecnica della prevenzione e protezione; a seguito di infortuni significativi; o allorquando i risultati della sorveglianza sanitaria ne evidenzino la necessità (in questo casi, entro trenta giorni: artt. 28, 3 bis e 29, comma 3).

In questa prospettiva, non può non destare perplessità un recente orientamento interpretativo della Suprema Corte di Cassazione (Sez. IV, sentenza 23 aprile-22 settembre 2009 n. 367857) (e 21 maggio 2009, proc. Controne e altro).

Omessi i dati di fatto, per motivi di tempo, è ribadita la *“teorica”* severità della normativa vigente che dimostra l'intendimento di assicurare al massimo livello l'ambiente di lavoro, con conseguente *“estensione”* dei soggetti onerati della *“posizione di garanzia”* nella materia prevenzionale anche quando si verta in ipotesi di contratto di appalto; sono ribaditi, altresì, l'obbligo del datore di lavoro /committente di accertare l'idoneità della impresa appaltatrice

(Mi sia consentito richiamare la tassatività dei criteri direttivi, enunciata dall'art. 1, comma 2, lett. s) della L. 3 agosto 2007 n. 123), quello di fornire alla stessa dettagliate informazioni sui rischi specifici, esistenti nell'ambiente, in cui questa è chiamata ad operare, e sulle misure di prevenzione e di emergenza, adottate in relazione alla propria attività, nonché di promuovere la *“cooperazione”* ed il *“coordinamento”* ai fini dell'attuazione delle misure precauzionali (attraverso l'elaborazione di un unico documento di valutazione dei rischi): il tutto, nella constatazione della potenziale corresponsabilità del committente per infortuni che possano riguardare i lavoratori dipendenti dell'appaltatore.

Le perplessità sorgono quando (cfr. ad es. sentenza n. 28197/2009) la Suprema Corte giunge a sostenere che il committente non ha titolo per interferire sull'appaltatore per esigere il rispetto della normativa di sicurezza all'interno del *“cantiere”* di sua pertinenza.

Sta a dire che deve escludersi la sussistenza di profili di responsabilità del

committente nel contratto di appalto per inosservanza di misure di prevenzione che non attengano a *“rischi comuni”* dei lavoratori dipendenti del committente stesso e dell'appaltatore, ma riguardino i soli dipendenti dell'appaltatore, giacché l'obbligo di cooperazione, posto a carico dei datori di lavoro al fine di predisporre e applicare le misure di prevenzione e protezione necessarie non può intendersi come obbligo del committente di intervenire in supplenza dell'appaltatore tutte le volte in cui questi ometta, per qualsiasi ragione, di adottare le misure di prevenzione prescritte a tutela soltanto dei suoi lavoratori, poichè la cooperazione si risolverebbe in una inammissibile ingerenza del committente nell'attività propria dell'appaltatore al punto di stravolgere completamente la figura dell'appalto.

(Penso con nostalgia al coordinatore per l'esecuzione dei lavori).

Personalmente, non condivido l'orientamento su espresso e penso che - a breve - si dovranno registrare ulteriori *“evoluzioni”* del processo interpretativo che giungano ad escludere responsabilità (anche potenziali) dell'imprenditore *“gestionalmente dominante”* in tutti i casi di *“esternalizzazioni”* cosa che - purtroppo - già si sta registrando sul versante dei diritti (anche economici) dei dipendenti *“ceduti”*, che - di frequente continuano a lavorare negli stessi locali (e con gli stessi rischi) che, per avventura, erano nella *“posizione di garanzia”* del loro precedente datore di lavoro.

Ribadisco che il T.U. 81/2008 (o 106/2009), come altri dicono) abbia necessità di studio profondo e puntiglioso.

Ciò perché - come più volte detto - le difficoltà (tutte italiane) a recepire con immediatezza le direttive europee, hanno fatto sì che la legge ignorasse il turbinoso evolversi delle condizioni economiche e sociali.

All'inizio del mese di novembre 2009 - a Dusseldorf - la Agenzia tripartita delle Nazioni Unite - ILO - Organizzazione Internazionale del Lavoro ha tenuto una conferenza mondiale sulle condizioni di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro a

fronte della crisi economica ed occupazionale.

La Direttrice del programma ILO - Safework - Samaera Al - Tuwaijri - ha concluso, affermando che le imprese che ora - tagliano i costi della misura di prevenzione e di sicurezza non riescono ad individuare quanto alto sarà il prezzo in un futuro non molto lontano.

E' questo il motivo per il quale non mi stancherò di ripetere che "*flessibilità*" non vuol dire "*precarietà*" e che entrambi i termini (quale che sia il "*collegato*" alla legge finanziaria che verrà pubblicata sulla G.U.) non possono congiurare con la "*stabilità*" dei diritti fondamentali di chi lavora come la salute e con la sicurezza del lavoro.

R.L.S. TRA PASSATO E PRESENTE ... E IL FUTURO

di Tommaso Germano

Non è infrequente che nelle molte circostanze, nelle quali viene richiesto di intervenire in Convegni e Dibattiti in tema di prevenzione e sicurezza nei luoghi di lavoro, il sottoscritto si compiaccia di richiamare la L.23/12/1978 n.833 di Istituzione del servizio sanitario nazionale.

Nel titolo I (al Capo III) l'art. 20, intitolato *"all'attività di prevenzione"*, al III comma affermava testualmente: *"...Gli interventi di prevenzione all'interno degli ambienti di lavoro, concernenti la ricerca, l'elaborazione e l'attuazione di misure necessarie ed idonee a tutelare la salute e l'integrità fisica dei lavoratori, connesse alla particolarità del lavoro e non previste da specifiche norme di legge, sono effettuati sulla base di esigenze verificate congiuntamente con le RSA e il datore di lavoro, secondo le modalità previste dai contratti o accordi collettivi, applicati nell'unità produttiva"*.

L'art. 24, poi, delegava il Governo ad emanare - entro il 31/12/1979 - un testo unico in materia di sicurezza del lavoro che riordinasse la disciplina generale del lavoro e della produzione al fine della prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali.

La dottrina, in epoca successiva, ha - più volte - evocato l'art. 9 dello Statuto dei lavoratori, al fine di sostenere che il diritto dei lavoratori alla salute e sicurezza, pur rilevando da punto di vista della sua titolarità sul piano individuale, può trovare reale attuazione solo in una azione collettiva.

La giurisprudenza (cfr. Cass. Pen. 21/4/1989 n. 6168 in Not. Giur. Lav. 1989, 739) è giunta ad affermare che i suddetti diritti sarebbero propri della c.d.

"Comunità di rischio", intesa quale un *"soggetto collettivo non personificato"*, portatore di una posizione soggettiva (distinta da quella individuale) alla sicurezza delle condizioni di lavoro; ma (forse, più) protetta dall'ordinamento.

La narrativa del *"passato"* potrebbe - qui - proseguire attraverso la rappresentazione dei momenti di contrattazione collettiva, quale strumento *"naturale"* per un più efficiente conseguimento degli interessi in gioco.

E' pur vero che non è mancato chi (RENGA) ha rilevato che l'azione sindacale ha conosciuto fasi alterne nelle quali importanti rivendicazioni sono state intervallate dati di involuzione.

Basterebbe - in proposito - rilevare che, all'inizio degli anni 80, sarebbe stato ben difficile *"contrattare"* di tutela della salute a fronte dei processi di riconversione, ristrutturazione, riqualificazione, scorpori, crisi aziendali etc. Si pensi solo al D.lgs. 277/91, attuativo a 11 anni di distanza delle direttive in tema di amianto, polveri e rumore che risalgono all'80.

Più convincente appare la tesi di chi sostiene che la Direttiva Quadro 89/391 CE ha introdotto un nuovo modello di relazioni industriali: da quelle frontali e rivendicative a quelle collaborative e circolari (FRASCHIERI).

In una parola, benchè la normativa prevenzionistica appaia indirizzata ad attuare un passaggio ad una *"sicurezza partecipata"* (secondo una felice affermazione di Marco BIAGI), il ruolo che, a partire dal D.lgs. 626/94, viene riconosciuto ai rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza riveste

caratteristiche disomogenee, essendo differenti i compiti che ogni rappresentante può rivestire - in concreto - nella gestione della sicurezza.

A ciò, si aggiunga che le O.O.S.S. hanno - spesso - mostrato scarsa sensibilità verso una scelta legislativa, indirizzata ad una *“specializzazione funzionale”*.

Trascurando i contratti collettivi nazionali, pieni di affermazioni di principio, più che di specifiche linee di intervento in materia, più grave è che le contrattazioni di secondo livello siano contenitori di poche iniziative da assumersi dalle imprese a tutela della salute dei lavoratori: di là, l'impressione di uno iato - ancora - esistente tra la necessità di tutele e l'individuazione effettiva di misure, utili alla prevenzione.

Non potendo omettere di avanzare scuse per le molte omissioni dettate dalla *“forzata”* sinteticità della illustrazione delle premesse del passato, non si può mancare di richiamare i criteri di delega, presenti nella L. 123/2007, incentrati fondamentalmente: a) sul rafforzamento del ruolo dei RLS, specie a livello territoriale; b) la rivisitazione ed il potenziamento delle funzioni degli organismi paritetici.

Si intende - qui - affermare che il legislatore italiano ha fatto propri gli orientamenti 014 (cfr. Convenzione n. 187/2006) e Raccomandazione n. 197/2006) indirizzati ad una *“rappresentanza paritetica”*.

Aleggia sul D.lgs 81/2008 un clima culturale nel quale *“la partecipazione, ancora più della consultazione, è un modello di relazione, è uno stile di confronto e un rapporto costante”* che si traduce nell'attuazione di obblighi legislativi (in apparenza) slegati e fine a sé stessi; nella realtà, legati da una ragione più profonda (salute).

Peraltro, sia consentito (solo parenteticamente) far riferimento alla innovativa disposizione, contenuta nell'art. 61, comma II, del D.lgs 81/2008.

Si pensi - in giurisprudenza - al consolidarsi dell'orientamento che riconosce alle organizzazioni collettive

(anche sindacali) la legittimazione a costituirsi parte civile nei procedimenti penali, aventi ad oggetto violazioni della normativa anti infortunistica, la responsabilità per infortuni sul lavoro e le malattie professionali, la responsabilità per reati sessuali, commessi sul luogo di lavoro.

Per altro, senz'altro innovativa si presenta la disciplina, contenuta all'art. 61, Il comma, del D.lgs 81/008 nella parte in cui riconosce - in capo alle *“organizzazioni”* sindacali (*“...alle associazioni dei familiari delle vittime di infortuni sul lavoro...”*) il potere di esercitare *“i diritti e le facoltà della persona offesa”* dal reato ai sensi degli artt. 91 e 93 c.p. con riferimento ai reati commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale.

Non si può che condividere, in proposito, l'opinione di chi (RAUSEI) ha sottolineato che il profondo significato della disposizione e nella volontà di sottolineare l'esigenza e la praticabilità di un generalizzato innalzamento di tutela in materia prevenzionistica.

Da ultimo, in questo inciso, non si può trascurare il contenuto del I comma dello stesso art. 61 laddove si prevede:

“in caso di esercizio dell'azione penale per i delitti di omicidio colposo e di lesioni personali colpose, se il fatto è commesso con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro o che abbia determinato una malattia professionale, il Pubblico Ministero ne da immediatamente notizie all'INAIL ed all'IPSEMA in relazione alle rispettive competenze, ai fini dell'eventuale costituzione di parte civile e dell'azione di regresso”.

Senza dubbio la disposizione si presenta di notevole rilievo e darà opportunità di approfondimenti nel corso del dibattito.

In relazione a profili - comunque - di portata collettiva della tutela della sicurezza del lavoro, le innovazioni di maggior rilievo, presenti nel D.lgs 81/2008, attengono - senza dubbio - alla figura del

rappresentante dei lavoratori per la sicurezza.

Ad onta dell'assenza di una esplicita dizione in tal senso, parte della dottrina (Campanella) è giunta ad affermare che, a seguito della formulazione degli artt. da 47 a 52 del D.lgs 81/2008, l'art. 9 dello Statuto dei lavoratori avrebbe ricevuto una abrogazione - quanto meno - implicita.

Personalmente, non ne sono convinto; pur se per individuale esperienza, ho incontrato Magistrati, disposti ad accondiscendere alla eccezione (di parte datoriale) che le "rappresentanze" (di cui all'art. 9 L. 300/70) non potessero che essere quelle, costituite nell'ambito delle Associazioni sindacali maggiormente rappresentative, e, per di più, firmatarie dei contratti collettivi nazionali di lavoro.

La cosa - all'epoca - non convincente, ha trovato recente smentita dal legislatore.

In realtà, l'istituto - più generale - dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza (a livello territoriale o di comparto, aziendale e di sito produttivo) è al centro di un processo di evoluzione dei contenuti e dei confini, della fattispecie, indirizzato - com'è - all'esaltazione di un carattere necessario e della natura pubblicistica degli interessi e dei diritti dei quali è portatore.

Nei fatti, la totalità delle norme, - da poco - citate, mirano ad attuare un modello organizzativo e gestionale di carattere partecipativo, del quale non paia occasionale affermare che il RLS costituisca il punto terminale.

Ad avviso di alcuni Autori (Bellina), che - di recente - se ne sono occupati, lo sviluppo istituzionale avverrebbe secondo una triplice direttiva:

A) la garanzia della presenza e della operatività in ogni luogo di lavoro (cfr. VIII co., art. 47);

B) il consolidamento delle competenze ed attribuzioni (cfr. IV co., art. 48);

C) la indispensabile necessaria lievitazione delle conoscenze tecniche ed operative (cfr. VII co., art. 48).

Non va taciuto che la - quasi - quarantennale "confusione" tra Rls e

rappresentanze sindacali ha indotto il legislatore ad attenzioni particolari al fine di evitare il perpetuarsi di incomprensioni e contrasti.

Pur senza generalizzare un divieto di sovrapposizione tra le due funzioni (e facendo - anzi - esplicito rinvio ad accordi interconfederali o ad accordi collettivi nazionali di settore) ha tracciato una precisa direttiva di marcia, prevedendo incompatibilità - ad esempio - tra l'esercizio delle funzioni di rappresentante dei lavoratori per la sicurezza territoriale e l'esercizio di "altre funzioni sindacali operative" (cfr. art. 48, comma VIII).

Ovviamente, l'incompatibilità - su descritta - può ben essere estesa a tutte e tre le diverse figure (legislativamente disciplinate), stante la sostanziale identità delle funzioni svolte tra Rls - Rlts e Rls-SP.

Per conseguenza, all'art. 50, VII comma, è stato previsto un più ampio regime di incompatibilità tra l'esercizio della rappresentanza e la nomina di addetto (o responsabile) del servizio di prevenzione e protezione.

Alcuni Autori (SOPRANI) hanno sostenuto esistano identiche ragioni di incompatibilità tra il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza e l'esercizio delle funzioni tipiche del preposto. In realtà, sin dall'entrata in vigore del DPR 547/55 (ora abrogato dall'art. 304 del T.U.) è stato affermato dalla dottrina e dalla giurisprudenza - che il preposto è l'ultimo anello di garanzia dell'esecuzione della politica aziendale: tutto ciò, è suscettibile di entrare in conflitto con le valutazioni e le posizioni da assumere a tutela degli interessi dei lavoratori.

In sintesi, il Rls svolge - innanzi tutto - funzioni di carattere consultivo.

L'art. 50, I comma, prevede consultazioni obbligatorie per:

A) La valutazione dei rischi (v. anche art. 29, II comma);

B) L'individuazione, la programmazione, la realizzazione e la verifica della prevenzione in azienda o nell'unità produttiva;

C) La partecipazione alla designazione del responsabile e degli addetti al servizio

di prevenzione, all'attività di prevenzione incendi, al primo soccorso, alla evacuazione dei luoghi di lavoro e del medico competente;

D) L'organizzazione della formazione (di cui all'art. 37).

In un pregevole scritto quasi di un decennio or sono (*"L'incerto cammino della sicurezza del lavoro tra esigenze di tutela, onerosità, e disordine normativo"* in Riv. Giur.Lav. 2001, 515) Luigi Montuschi già parlava di una partecipazione *"debole"* : ciò in ragione del fatto che i pareri - tutt'oggi - non sono vincolanti per il datore di lavoro.

Nel più recente T.U. il legislatore ha previsto una sanzionabilità penale per la mancata consultazione (cfr. art. 55, comma V, lett.c).

E' altresì sanzionata penalmente (art. 55, comma V, lett. a) la mancata consegna da parte datoriale del documento di valutazione dei rischi (art. 50, comma IV) nonché copia del documento unico dei rischi da interferenza (art. 50, V comma).

Per quel che concerne le funzioni di controllo, il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza svolge una rilevante funzione di segnalazione nell'atto in cui - ai sensi dell'art. 50, lett. n) - è tenuto ad avvertire il responsabile dell'azienda dei rischi, individuati nel corso della sua attività.

In funzione di ciò, la legge (art. 50, comma 1, lett. a) attribuisce il diritto di accesso ai luoghi di lavoro. Va detto che adempimenti particolari di preavviso incombono al Rlts in considerazione della sua natura di organismo extra aziendale.

Sempre nell'ambito dell'esercizio dei poteri di controllo, l'art. 50, I comma, lett.e) dispone il diritto di ricevere le informazioni e la documentazione aziendale in merito: a) alla valutazione dei rischi e alle misure di prevenzione; b) alle sostanze, ai preparati pericolosi, alle macchine, agli impianti, alla organizzazione e agli ambienti di lavoro; c) agli infortuni ed alle malattie professionali.

Ai sensi dell'art. 26, V comma, un particolare diritto di accesso è previsto - nei casi di contratti di appalto, di

subappalto, di somministrazione, ai *"costi delle misure adottate per eliminare o, ove ciò non sia possibile, ridurre al minimo i rischi in materia di salute e sicurezza sul lavoro derivanti dalle interferenze delle lavorazioni"*. Va considerato che i costi della sicurezza devono essere indicati nei contratti suddetti a pena di nullità.

Come già detto, il progressivo affievolimento della cultura della conflittualità per quel che attiene la disciplina della prevenzione e la riaffermazione della cultura partecipativa del pubblico interesse alla sua attuazione impongono - per un verso - di far cenno alla previsione dell'art. 50, comma I, lett. f) per quel che concerne il coordinamento con gli organi di vigilanza; per altro verso, della facoltà di formulare osservazioni in occasione delle visite e verifiche effettuate dalle Autorità competenti, dalle quali è sentito; da ultimo, di far ricorso alle Autorità *"competenti"* allorché ritenga che le misure di prevenzione e protezione adottate dal datore di lavoro o dai dirigenti e i mezzi attuati per la realizzazione non siano idonei a garantire la sicurezza e la salute durante il lavoro (art. 50, comma I, lett. o).

A completamento, va detto che norma di chiusura appare - sempre all'art. 50, comma II - che i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza non possano ricevere pregiudizio alcuno a causa dello svolgimento della loro attività e che in loro favore trovino applicazione le norme vigenti per le rappresentanze sindacali.

Nell'avviarsi a tracciare le linee conclusive della presente relazione introduttiva agli interventi che seguiranno, non è possibile omettere di segnalare che le più recenti linee di politica del diritto, (più volte accennate nelle parole - fin qui - riportate) sono contenute negli artt. 51 e 52.

Secondo il programma dei lavori, un diretto approfondimento verrebbe a limitare lo spazio dovuto ai gentili Relatori che seguiranno.

Non si può mancare di rilevare - in ogni caso - che l'art. 51 dà veste istituzionale agli *"organismi paritetici"*, definiti *"....sedi*

privilegiate per la programmazione di attività formativa e l'elaborazione e la raccolta di buone prassi a fini prevenzionistici; lo sviluppo di azioni inerenti alle salute e alla sicurezza sul lavoro; l'assistenza alle imprese finalizzata all'attuazione degli adempimenti in materia; ogni altra attività i funzione assegnata loro dalla legge o dai contratti collettivi di riferimento".

Al II comma dell'art. 51, infatti, sui puntualizza che *"A livello territoriale..."* *"gli organismi....sono prima istanza di riferimento in merito a controversie sorte all'applicazione dei diritti di rappresentanza, informazione e formazione...."*, al comma VII che comunicano al Comitato regionale di Coordinamento *"una relazione annuale sull'attività svolta"*; ai sensi del comma VIII, comunicano alle imprese i nominativi dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza territoriale; ai sensi del comma VIII bis, all'INAIL i nominativi delle imprese che hanno aderito e il nominativo o i nominativi dei rappresentanti dei lavoratori a livello territoriale.

In sintesi, ai sensi del comma V, gli organismi *"....sono parificati ai soggetti titolari degli istituti della partecipazione"* di cui all'art. 9 del D.lgs 165/2001.

Per altri versi, ai sensi dell'art. 52 è costituito il fondo di sostegno alla piccola e media impresa, ai rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza territoriale e alla pariteticità.

Altri illustrerà i contenuti delle previsioni legislative in materia, sia sul risvolto dei nuovi compiti dell'Istituto che su quello della partecipazione.

Giunti a questo punto, può apparire di maggiore evidenza il tratto iniziale della relazione.

Il futuro della consultazione e partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori appare dimensionato là dove la legge istitutiva del servizio sanitario nazionale (L. 833/78) riteneva di collocarlo per una dimensione più proficua specie per il panorama di imprese che costituiscono la

stragrande maggioranza del tessuto produttivo del nostro Paese.

Più volte si è criticato l'orientamento alla grande impresa, privilegiato dal *"legislatore"* europeo (e, per conseguenza, dal legislatore delegato); più volte, l'assenza di collegamento tra i luoghi di lavoro e le Istituzioni, deputate alla vigilanza; tutt'ora, si critica la duplicazione tra la funzione ispettiva e la carenza di coordinamento tra le funzioni degli Istituti deputati.

Indipendentemente dalle scelte individuali delle singole rappresentanze sindacali dei lavoratori, è lecito sperare che la più recente ipotesi di lavoro possa riuscire a ridurre l'agghiacciante *"bollettino"* (di guerra) delle quotidiane *"morti bianche"* nei luoghi di lavoro.

Penale del lavoro

RESPONSABILITA' PENALE DEL DATORE DI LAVORO Fattispecie di reato omissivo improprio

di Daniela Cervellera

SOMMARIO: 1. Il reato omissivo improprio. 2. Elementi costitutivi del reato. 3. Esercizio di attività pericolose. 4. Accertamento del nesso causale ed imputazione soggettiva. 5. principio di affidamento.

1. Il reato omissivo improprio

La nozione di omissione, tipicamente normativa, è dedotta dal presupposto materiale del mancato compimento di un'azione doverosa che il soggetto obbligato (garante) non ha posto in essere in una certa situazione.

Deve trattarsi, quindi, di una omissione che viola un obbligo preesistente in capo alla figura individuata dalla legge quale garante.

La fattispecie del reato omissivo improprio è anche connotato come reato commissivo mediante omissione, in cui si rinviene la combinazione, di interpretazione dottrinale, della norma speciale che configura il reato commissivo e di quella di parte generale (art. 40, comma 2, c.p.¹).

In caso di comportamento omissivo, l'accertamento della responsabilità e, in particolare, la verifica della sussistenza del nesso di causalità sono sottoposti a regole identiche a quelle applicabili in caso di comportamento commissivo, essendo i due tipi di comportamento strettamente connessi, dato che, nella condotta omissiva, nel violare le regole cautelari il

soggetto non sempre è assolutamente inerte, ma non infrequentemente pone in essere un comportamento diverso da quello dovuto, cioè da quello che sarebbe stato doveroso secondo le regole della comune prudenza, perizia, attenzione. L'unica distinzione attiene soltanto alla necessità, in caso di comportamento omissivo, di fare ricorso, per verificare la sussistenza del nesso di causalità, ad un giudizio controfattuale meramente ipotetico (dandosi per verificato il comportamento invece omesso), anziché fondato sui dati della realtà; infatti, nel caso di comportamento omissivo, è solo con riferimento alle regole cautelari inosservate che può formularsi un concreto rimprovero nei confronti del soggetto e verificarsi, con giudizio controfattuale ipotetico, la sussistenza del nesso di causalità².

2. Elementi costitutivi del reato

Per la configurazione della fattispecie del reato omissivo improprio deve verificarsi che sia sussistente, in concreto, la **possibilità di agire**, ovvero di adempiere al comando.

Tale requisito, in quanto elemento costitutivo del reato, è stato individuato dalla dottrina nella **riconoscibilità** della situazione tipica, del fine dell'azione doverosa e dei mezzi necessari al suo raggiungimento e, pertanto, non potrà sussistere nei casi di obiettiva incapacità di agire.

¹ Art. 40, comma 2, c.p.: "Non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo".

² Cass. pen., Sez. IV, 15 novembre 2005, n. 3380.

Per circoscrivere l'ambito dell'obbligo giuridico di adempiere occorre individuare quello dell'obbligo avente finalità impeditiva.

In dottrina prevale l'orientamento che individua tra gli obblighi impeditivi dell'evento non solo quelli di natura "formale" - tratti da una fonte giuridica valida (ordinamento giuridico, contratti ecc.) - ma anche quelli che hanno la funzione di apprestare una tutela rafforzata a determinati beni (funzione politico-criminale) in ragione della incapacità dei soggetti titolari della "posizione di garanzia" di proteggerli.

Le posizioni di garanzia, essendo speciali vincoli di tutela preesistenti in capo a determinati soggetti rispetto a particolari beni giuridici, si suddividono in posizioni di protezione ed in posizioni di controllo.

Le prime mirano alla salvaguardia di determinati beni giuridici da pericoli che possano minacciarne l'integrità e le altre a neutralizzare le fonti di pericolo, per garantire l'integrità di tutti i beni giuridici che possano risulterne minacciati.

Posta la violazione dell'obbligo impeditivo dell'evento, il riscontro dell'ulteriore elemento costitutivo del reato omissivo improprio si rinviene dal disposto contenuto nel comma 2 dell'art. 40 c.p. in ragione del quale, affinché la causazione ed il mancato impedimento dell'evento siano penalmente equivalenti, occorre verificare l'esistenza del nesso causale tra evento e condotta omissiva.

In presenza dei requisiti della prevedibilità dell'evento e della esigibilità della condotta da parte del soggetto garante occorrerà quindi analizzare i profili della colpa.

3. *Esercizio di attività pericolose*

Dovendosi ritenere che le attività pericolose non sono solo quelle qualificate come tali dalla legge di pubblica sicurezza e da altre legge speciali, ma anche le attività che, per la loro stessa natura o per le caratteristiche di esercizio, comportino

una rilevante possibilità del verificarsi di un danno³ l'impegno in tale settore assegna in capo a tutti gli operatori, particolari obblighi di garanzia⁴.

La giurisprudenza civile di legittimità sancisce il principio secondo il quale "*la colpa omissiva deve ancorarsi ad un obbligo giuridico che non è necessariamente vincolato all'esistenza di una norma o regola dettata da fonte pubblicistica o privatistica ma può anche derivare dall'attività propria dell'obligato in quanto generatrice di pericolo*" - e pertanto potenzialmente offensiva⁵ - tanto che, l'art. 2050 c.c., impone all' esercente l'onere di adottare tutte le misure idonee ad evitare il danno e trova fondamento nel principio costituzionale di solidarietà sociale.

Tale assunto è stato ripreso anche dalla giurisprudenza penale di legittimità che ha ritenuto responsabile il titolare della posizione di garanzia nei confronti di coloro che utilizzano, anche a titolo gratuito, le attrezzature che questi metta loro a disposizione sia in forza del principio del *neminem laedere*, sia nella sua qualità di custode delle stesse attrezzature (come tale civilmente responsabile, per il disposto dell'art. 2051 c.c., fuori dall'ipotesi del caso fortuito, dei danni provocati dalla cosa) sia, infine, quando l'uso delle attrezzature dia luogo ad una attività da qualificarsi pericolosa ai sensi dell'art. 2050 c.c., quale soggetto

³ Cass. pen., Sez. IV, 11 novembre 2007 n. 39619 ; vd. anche Cass. pen., Sez. IV, 20 febbraio 2008 n. 22614.

⁴ Cass. pen., Sez. IV, 13 febbraio 2008 n. 10857. L'esercente di un servizio di trasporto è responsabile della sicurezza ed assume pertanto una posizione di garanzia non solo nei confronti del personale dipendente e dei viaggiatori, ma anche nei riguardi di terze persone che vengano in contatto con il servizio ogni qual volta il suo esercizio determini situazioni di pericolo eccedenti il normale rischio collegato all'attività, venendo dunque chiamato a rispondere per colpa della mancata adozione delle misure necessarie a prevenire il verificarsi di eventi lesivi dell'incolumità anche di queste persone.

⁵ Cass. civ., Sez. III, 12 maggio 2003 n. 7187.

obbligato ad adottare tutte le misure idonee ad evitare l'evento dannoso⁶.

4. Accertamento del nesso causale ed imputazione soggettiva

Seguendo i principi dettati dalle sezioni unite della Cassazione⁷, la giurisprudenza di legittimità⁸ ha acclarato che, per l'accertamento della causalità ex art. 40 c.p., il criterio per ricollegare l'evento alla condotta è fondato, sull'alto o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica.

Ai fini della imputazione soggettiva dell'evento al soggetto agente, ai sensi dell'art. 43 c.p., la prevedibilità dell'evento dannoso, ossia la rappresentazione in capo all'agente della potenzialità dannosa del proprio agire, può invece riconnettersi anche alla probabilità o solo alla possibilità - purché fondata su elementi concreti e non solo congetturali - che queste conseguenze dannose si producano, non potendosi limitare tale rappresentazione alle sole situazioni in cui sussista in tal senso una certezza scientifica. Infatti, le regole che disciplinano l'elemento soggettivo hanno funzione precauzionale e la precauzione richiede che si adottino certe cautele per evitare il verificarsi di eventi dannosi anche se scientificamente non certi ed anche se non preventivamente e specificamente individuati.

Tale possibilità deve possedere il requisito della concretezza, nel senso che è richiesta la concretezza del rischio.

Pertanto, in tema di ambiente e di tutela della vita e della salute dei consociati, il rischio diviene concreto anche solo laddove la mancata adozione delle cautele preventive possa indurre il dubbio concreto dell'evento dannoso.

⁶ Cass. pen., Sez. IV, 27 maggio 2003 n. 34620.

⁷ Cass. pen., SS.UU., 11 settembre 2002 n. 27.

⁸ Cass. pen., Sez. IV, 22 novembre 2007 n. 5117; conforme a Cass. pen., Sez. IV, 19 giugno 2008 n. 40785; vd. anche Cass. pen., Sez. IV, 22 maggio 2008 n. 25648 e Cass. pen., Sez. IV, 11 aprile 2008 n. 22165.

In questi casi, anzi, l'obbligo di prevenzione a carico l'agente non può limitarsi solo ai rischi riconosciuti come sussistenti dal consenso generalizzato della comunità scientifica - costituente, a seguito della interpretazione giurisprudenziale, solo uno dei criteri utilizzabili dal giudice per avere la conferma della validità della prova scientifica e alla adozione delle sole misure preventive generalmente praticate.

L'obbligo di prevenzione, infatti, è di tale spessore che non potrebbe neppure escludersi una responsabilità omissiva colposa del datore di lavoro allorché non abbia assicurato queste condizioni, pur formalmente rispettando le norme tecniche - eventualmente dettate in materia dal competente organo amministrativo - in quanto, al di là dell'obbligo di rispettare le suddette prescrizioni specificamente volte a prevenire situazioni di pericolo o di danno, sussiste pur sempre quello di agire in ogni caso con la diligenza, la prudenza e l'accortezza necessarie ad evitare che dalla propria attività derivi un nocimento a terzi ed *in primis* ai lavoratori⁹.

Il datore di lavoro deve, pertanto, sempre attivarsi positivamente per organizzare le attività lavorative in modo sicuro, assicurando anche l'adozione da parte dei dipendenti delle doverose misure tecniche ed organizzative per ridurre al minimo i rischi connessi all'attività lavorativa, dovendosi ricondurre tale obbligo non solo alle disposizioni specifiche ma, più generalmente, al disposto di cui all'art. 2087 c.c., secondo il quale il datore di lavoro è comunque costituito garante dell'incolumità fisica e della salvaguardia della personalità morale dei prestatori di lavoro. Nel caso in cui il datore di lavoro non ottemperi a tale obbligo di tutela, potrà essergli imputato l'evento lesivo in ragione di quanto stabilito dall'art. 40, comma 2, c.p.¹⁰.

Nel giudizio di prevedibilità richiesto per la configurazione della colpa deve

⁹ Cass. pen., Sez. IV, 4 luglio 2006 n. 32282.

¹⁰ Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2007 n. 16422.

considerarsi anche la sola possibilità per il soggetto di rappresentarsi una categoria di danni, sia pure indistinta potenzialmente, derivante dal suo agire e tale che avrebbe dovuto convincerlo ad astenersi o ad adottare più sicure regole di prevenzione¹¹.

5. Principio di affidamento

E' opportuno infine osservare che il disposto dell'art. 40, comma 2, c.p., secondo cui non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo, deve essere interpretato in termini solidaristici, in conformità alle norme contenute negli artt. 2, 32 e 41, comma 2 della Costituzione (successione delle posizioni di garanzia).

Da tale assunto deriva che se più sono i titolari della posizione di garanzia, ciascuno è per intero destinatario dell'obbligo di impedire l'evento, con la conseguenza che, se è possibile che determinati interventi siano eseguiti da uno dei garanti è però doveroso per l'altro e per gli altri garanti, dai quali ci si aspetta la stessa condotta, accertarsi che il primo sia effettivamente ed adeguatamente intervenuto¹².

Né tantomeno in tema di causalità - nel reato omissivo improprio - può invocarsi il principio di affidamento quando colui che si affida sia in colpa per aver violato determinate norme precauzionali o per aver omesso determinate condotte e,

comunque, confidi che altri, che gli succedono nella stessa posizione di garanzia, eliminino quella violazione o pongano rimedio a quella omissione, sicchè, ove anche per l'omissione del successore si produca l'evento che una certa azione avrebbe dovuto e potuto impedire, l'evento stesso avrà due antecedenti causali, non potendo il secondo configurarsi come fatto eccezionale, sopravvenuto e sufficiente da solo a produrre l'evento stesso¹³.

Pertanto quando l'obbligo di impedire l'evento ricade su più persone che debbano intervenire in tempi diversi, il nesso di causalità tra la condotta omissiva o commissiva del titolare di una posizione di garanzia non viene meno per effetto del successivo mancato intervento da parte di un altro soggetto, parimenti destinatario di quell'obbligo, dovendosi configurare in tale ipotesi un concorso di cause ex art. 40, comma 1, c.p.¹⁴.

La continuità delle posizioni di garanzia può essere esclusa solo se la condotta sopravvenuta abbia fatto venir meno la situazione di pericolo originariamente provocata dal predecessore ovvero l'abbia in tal modo modificata da escludere la riconducibilità al precedente garante della scelta operata¹⁵.

¹¹ Cass. pen., Sez. IV, 17 maggio 2006 n. 4675: "Ai fini del giudizio di prevedibilità, deve aversi riguardo alla potenziale idoneità della condotta a dar vita ad una situazione di danno e non anche alla specifica rappresentazione ex ante dell'evento dannoso quale si è concretamente verificato in tutta la sua gravità ed estensione".

¹² Cass. pen., Sez. IV, 6 dicembre 1992 (Sentenza Sonetti sul disastro di Stava): "Se uno dei garanti è intervenuto e l'altro o gli altri, resi edotti dell'intervento o del tipo di intervento, hanno le capacità tecniche per rendersi conto dei limiti e delle insufficienze di quell'intervento, gli stessi non hanno il diritto di confidare nell'efficacia di quel precedente intervento, anche se effettuato da chi aveva specifiche capacità tecniche, sicchè versano in colpa se confidano nello stesso".

¹³ Cass. pen., Sez. IV, 26 maggio 1999 n. 8006; conforme a Cass. pen., Sez. IV, 1 ottobre 1998 n. 11444 e Cass. pen., Sez. IV, 20 febbraio 2008 n. 22614.

¹⁴ Cass. pen., Sez. IV, 7 novembre 2001 n. 7725.

¹⁵ Tribunale di Molfetta, 26 ottobre 2009 n. 226, Giudice dott. Gadaleta.

RESPONSABILITA' DEGLI ENTI COLLETTIVI PER ILLECITI AMMINISTRATIVI DIPENDENTI DA REATO

di Daniela Cervellera

La responsabilità degli enti collettivi per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato è disciplinata dal D.lgs. 8 giugno 2001 n. 231¹ che rappresenta, per le sezioni unite della cassazione penale *“l'epilogo di un lungo cammino volto a contrastare il fenomeno della criminalità d'impresa, attraverso il superamento del principio, insito nella tradizione giuridica nazionale, *societas delinquere non potest* e nella prospettiva di omogeneizzare la normativa interna a quella internazionale di matrice prevalentemente anglosassone, ispirata al c.d. pragmatismo giuridico”*².

Infatti, con la legge delega n. 300 del 2000³, si è ratificato e dato attuazione alla

Convenzione OCSE del 17/12/1997 (sulla lotta contro la corruzione dei funzionari pubblici stranieri), che - all'art. 2 - obbligava gli Stati aderenti ad assumere *“le misure necessarie conformemente ai propri principi giuridici a stabilire la responsabilità delle persone morali”* per i reati evocati nella stessa Convenzione.

Nel formulare il testo della precitata legge ed, in particolare dell'art. 11, il legislatore non si è attenuto soltanto alle generiche indicazioni offerte dalla Convenzione OCSE, ma ha ritenuto di dovere dare attuazione anche al secondo protocollo della Convenzione PIF, che dettava, all'art. 3, direttive più specifiche in tema di responsabilità degli enti, distinguendo l'ipotesi in cui il reato fosse stato commesso da soggetti in una posizione dominante (potere di rappresentanza, autorità decisionale, esercizio del controllo in seno alla persona giuridica), da quello in cui il reato fosse stato commesso da soggetti in posizione subordinata.

L'articolato normativo del D.lgs. n. 231/2001, disciplinando la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche a norma dell'art. 11 L. n. 300/2000, ha dato al nuovo illecito contorni più precisi, introducendo nel nostro ordinamento uno specifico ed innovativo sistema punitivo per gli enti collettivi (struttura dell'illecito, apparato sanzionatorio, responsabilità patrimoniale, vicende modificative dell'ente, procedimento di cognizione e di esecuzione).

¹ D.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 – Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della L. 29 settembre 2000 n. 300. Pubbl. nella G.U. 19 giugno 2001 n. 140.

² Cass. pen., SS.UU., 27 marzo 2008 n. 26654.

³ L. 29 settembre 2000, n. 300 - Ratifica ed esecuzione dei seguenti Atti internazionali elaborati in base all'articolo K. 3 del Trattato sull'Unione europea: Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995, del suo primo Protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996, del Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee, di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996, nonché della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997 e della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997. Delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle

persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica. Pubbl. nella G.U. 25 ottobre 2000, n. 250, S.O..

Tale sistema sanzionatorio si discosta dagli schemi tradizionali del diritto penale (incentrati sulla distinzione tra pene e misure di sicurezza, tra pene principali e pene accessorie) ed è rapportato ai nuovi assetti criminali delineati nel decreto.

Dall'analisi del quadro normativo emerge la mutata sensibilità del legislatore ad ascrivere agli enti determinate responsabilità al fine di evitare, come nel passato, di limitare la punibilità delle condotte illecite ai singoli.

L'art. 1 stabilisce che il decreto legislativo disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti dipendenti da reato e che le disposizioni in esso previste si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica, con esclusione dello Stato, degli enti pubblici territoriali non economici e degli enti che volgono funzioni di rilievo costituzionale⁴.

Secondo il disposto dell'art. 2, in ossequio al principio di legalità contenuto nell'art. 1 L. n. 689/1981, l'ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa, in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto.

La previsione dell'art. 3 del D.lgs. n. 231/2001 esclude che l'ente possa essere ritenuto responsabile per un fatto che secondo una legge posteriore non costituisce più reato o in relazione al quale non è più prevista la responsabilità amministrativa dell'ente, chiarendo che, se la legge del tempo in cui è stato commesso l'illecito e le successive sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli, salvo che sia intervenuta pronuncia irrevocabile.

⁴ Cass. pen., Sez. VI, 03 marzo 2004, n. 18941: *“La disciplina prevista dal D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in materia di responsabilità da reato delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni, anche prive di personalità giuridica, non si applica alle imprese individuali, in quanto si riferisce ai soli enti collettivi”*.

Tuttavia, in tema di responsabilità da reato degli enti, l'espressione normativa, con cui se ne individua il presupposto nella commissione dei reati è quella contenuta nell'art. 5 dello stesso decreto⁵.

La giurisprudenza di legittimità ha statuito che *“nella ratio ispiratrice della profonda innovazione introdotta dalla L. n. 231 del 2001, l'ente collettivo, al di là di grossolane concezioni antropomorfe, è considerato il vero istigatore, esecutore o beneficiario della condotta criminosa materialmente commessa dalla persona fisica in esso inserita”*⁶.

Innanzitutto la sanzione a carico della persona giuridica postula il presupposto oggettivo che il reato sia commesso nell'interesse dell'ente da persone che agiscono al suo interno, con esclusione, quindi, dei fatti illeciti posti in essere nel loro interesse esclusivo, per un fine personalissimo o di terzi.

L'interesse, quanto meno concorrente, della società, va valutato *ex ante*; mentre il vantaggio richiede una verifica *ex post*.

Inoltre l'interesse deve essere concreto e non meramente connesso alle intenzioni dell'autore del reato, infatti, *“il convincimento di perseguire un interesse dell'ente, laddove il dato fattuale non corrisponda effettivamente ad un obiettivo riconducibile alla politica d'impresa, non può sorreggere la prospettazione della responsabilità dello stesso ente”*⁷.

⁵ Art. 5 (D.lgs. n. 231/2001) - *Responsabilità dell'ente*.

1. L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio:

a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso;

b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a).

2. L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.

⁶ Cass. pen., Sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615.

⁷ Tribunale di Molfetta, 26 ottobre 2009 n. 226, Giudice dott. Gadaleta.

Di fatto il legislatore non impone alcuna indagine sull'atteggiamento interiore dell'agente, avendo previsto, all'art. 8 del D.lgs. n. 231/2001, una autonoma responsabilità dell'ente, prescindibile dalla identificazione o dalla imputabilità dell'autore del reato.

L'art. 6 del menzionato decreto individua i soggetti in posizione apicale ed i modelli di organizzazione dell'ente e stabilisce che, se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che:

- a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
- b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;
- c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;
- d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).

In relazione all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati, i modelli di cui alla lettera a), del comma 1, devono rispondere alle seguenti esigenze:

- a) individuare le attività nel cui ambito possono essere emessi reati;
- b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire;
- c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati;
- d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;
- e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

I modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati.

Negli enti di piccole dimensioni, poi, i compiti indicati nella lettera b), del comma 1, possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente.

Per quanto riguarda i soggetti sottoposti all'altrui direzione ed i modelli di organizzazione dell'ente, il successivo art. 7 dispone che, nel caso previsto dall'articolo 5, comma 1, lettera b), l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza.

Precisa, inoltre, che in ogni caso è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Tale modello prevede, in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio.

L'efficace attuazione del modello richiede:

- a) una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività;
- b) un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

Sostanzialmente il legislatore ha inteso introdurre un ulteriore requisito di natura soggettiva, assimilabile ad una sorta di "*culpa in vigilando*", consistente nella inesistenza di un modello di organizzazione, gestione o controllo idonei

a prevenire i reati - con assonanza ai modelli statunitensi dei *compliance programmes* che riguardano anche i reati commessi dal personale dirigente.

Il D.lgs. n. 231/2001, tuttavia, non ha riprodotto il principio dell'automatica derivazione della responsabilità dell'ente per il fatto illecito del suo amministratore in deroga al principio di identificazione, pur connaturale alla rappresentanza organica prestando maggiore attenzione alla all'incidenza della colpa dell'organizzazione (il cui onere, per atti compiuti dai vertici aziendali, è invertito a carico dell'ente, ex art. 6 del citato decreto).

L'interpretazione sistematica del testo normativo individua una sorta di "colpa normativa" riconducibile all'onere di adottare dei modelli organizzativi e gestionali ed alla mancanza della diligenza esigibile in ragione delle finalità preventive sottese dalla legge.

I modelli di organizzazione e gestione rappresentano, pertanto, un elemento importante del nuovo sistema di responsabilità tanto da spingere il legislatore a dettare le linee guida ispiratrici del loro contenuto, lasciando la possibilità all'ente di andare esente da responsabilità in caso di attuazione ed adozione preventiva dei predetti modelli e di profittare della riduzione della sanzione pecuniaria e dell'inoperatività delle sanzioni interdittive, se posti in essere posteriormente, seppur prima dell'apertura del dibattito di primo grado.

LAVORO SOMMERSO

CRISI ECONOMICA

Quali iniziative per contrastare il lavoro sommerso nel Meridione?

di Antonio Belsito e Clarenza Binetti

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Lavoro sommerso “per necessità” o “di convenienza”. 3. Il Mezzogiorno e l’economia. 4. Il lavoro irregolare ed il caporalato. 5. Il sommerso nelle attività agricole. 6. Il settore edile. 7. Le attività di servizi: colf e badanti. 8. Estetiste, parrucchiere e baby sitter. 9. Le buone prassi regionali. 10. Il sostegno alla lotta al sommerso. 11. Conclusioni.

1. Introduzione

Complice la crisi economica degli ultimi tempi che registra drastiche riduzioni di personale, chiusure di stabilimenti anche di grosse dimensioni dovute alla difficoltà di fare fronte ai pagamenti dei dipendenti, alcuni imprenditori scelgono di utilizzare strade alternative non propriamente legali quali quelle del lavoro nero o irregolare.

Lo confermano i dati ISTAT relativi all’anno 2009. Accanto infatti, alla riduzione dei posti di lavoro è stato rilevato un innalzamento del tasso di lavoro irregolare del 12,2% pari a 2.966.000 unità di lavoro.

Il ricorso al lavoro nero, danneggiando la parte sana del sistema produttivo, colpisce di fatto tutti i settori. Partendo da quello primario (incidenza del 22%) passa attraverso quello edile (16%) sino a toccare il settore dei servizi (17%), maggiormente a rischio lavoro irregolare nelle regioni del Sud e della terra Pugliese, come rilevabile dagli ultimi dati.

Quali i fattori alla base del fenomeno e quali i più efficaci rimedi?

Non è facile rispondere con puntualità.

Potrebbero ottenersi risultati positivi per un’efficace lotta al sommerso se si riuscissero ad individuare buone soluzioni per innalzare i tassi di occupazione o comunque attraverso un maggiore potenziamento delle attività produttive.

Lottare contro il sommerso significa principalmente rendere più giusti i sistemi fiscali e di protezione sociale, rafforzare le politiche per l’occupazione e le politiche attive del lavoro, ma anche conferire maggiore elasticità e trasparenza al mercato del lavoro, attivare forme di aiuti atti a far ripartire l’economia, qualificare il sistema produttivo, magari puntare di più nella ricerca, sul monitoraggio ed analisi dei dati, investendo sul dialogo tra le parti: *governance*, imprese e forza lavoro, eventualmente incentivando l’informazione: formare alla “*cultura della legalità*” per combattere l’innalzamento dei livelli di corruzione e di malavita sempre proliferanti nel nostro Paese, ma anche per insegnare a comprendere che solo agendo in legalità si potranno ottenere più alti tassi di occupazione e incrementi sensibili delle attività produttive.

2. Lavoro sommerso “per necessità” o “di convenienza”

Il lavoro sommerso si presenta con caratteristiche diverse tra settentrione e meridione: il CNEL¹ definiva il lavoro nero del sud “*per necessità*” perché strettamente connesso alle condizioni del territorio, alla scarsa presenza di fonti di reddito e alla esigenza di lavoro “*ad ogni*

¹ www.cnel.it.

costo" - quello del nord "**sommerso di convenienza**" perché svolto da pensionati o da chi aveva già un proprio lavoro e finalizzato ad ottenere una ulteriore fonte di reddito.

Risulta invero ad oggi superato quanto diffuso nel 1998 dalla Commissione Europea - e applicabile ai soli lavoratori non immigrati del nord Italia - secondo cui i **prestatori di lavoro nel sommerso** erano i pensionati o coloro i quali svolgevano un doppio lavoro.

Volendo individuare la tipologia di lavoratore che svolge attività a nero, valida in tutto il territorio nazionale, occorrerebbe soffermarsi a guardare la triste e difficile realtà del mercato del lavoro anche del centro e soprattutto del sud Italia, ove vi è un'oggettiva difficoltà nel trovare un solo lavoro, tanto che il secondo diventa un sogno utopico.

3. Il Mezzogiorno e l'economia

Fornire dei dati sul lavoro nero, così come confermato dall'ISTAT, appare alquanto complicato.

La difficoltà è dovuta essenzialmente alle modalità di reperimento dei dati che devono necessariamente essere il frutto di un'analisi comparativa di più fonti statistiche.

Il computo dei dati è articolato e si incentra sul metodo indiretto fatto di confronti, integrazioni e rilevazioni di eventuali discrepanze tra le stime del numero degli occupati nelle famiglie e quella del numero delle posizioni regolari nelle imprese. Trattasi di una delle metodologie di calcolo più attendibili.

Secondo il CENSIS sussisterebbero diverse tipologie di sommerso: il sommerso d'**impresa** e quello di **lavoro**. Quest'ultimo - tipico delle aree del sud - definito **povero** e **strutturale** differirebbe da quello del nord Italia e di altre nazioni europee chiamato sommerso **ricco**.

Alle suddette categorie se ne può aggiungere una nuova: quella del sommerso **capillare** - fenomeno alquanto diffuso poichè riguardante una pluralità

(appunto capillarità) di atteggiamenti e comportamenti caratteristici dei nuovi lavoratori².

Il sommerso va necessariamente contestualizzato in determinate regioni o zone d'Italia in cui risulta maggiormente presente - verosimilmente a causa dell'alto tasso di inoccupati o disoccupati - la cui analisi, correlata a quella delle tipologie di attività in cui risulta essersi particolarmente sviluppato, consente anche di capire le ripercussioni che il diffondersi di tale realtà comporta nell'economia dell'intero paese.

Non va trascurato l'effetto legato alla concentrazione del lavoro nero nei settori ad elevato bisogno di mano d'opera (agricolo ed edile soprattutto) e la conseguenziale innegabile forte crisi di tutte quelle imprese che, pur lavorando nei medesimi settori, decidono di non impiegare lavoratori in nero. Queste ultime, poco concorrenziali sul mercato, si vedono costrette ben presto - per contrastare la concorrenza sleale delle loro imprese antagoniste - a cercare soluzioni utili a ridurre i costi del prodotto finito in modo da poter tornare ad essere competitive sul mercato, purtroppo a netto discapito degli stessi lavoratori che subiscono l'avvio di politiche aziendali di risparmio sui salari e sulle condizioni di lavoro sempre più gravose.

Accanto all'esigenza dei datori di lavoro che devono combattere con la crisi dei mercati per non affondare e ricorrere talvolta al lavoro nero per ridurre i costi della mano d'opera, vi è la precaria situazione dei disoccupati disperati per l'assenza di un posto di lavoro a cui non rimane altra scelta che accettare un lavoro irregolare, nella speranza, in un immediato futuro, di poterlo sostituire con un posto regolare, magari più confacente alle proprie competenze, verosimilmente acquisite con difficoltà e notevoli sacrifici.

In tale prospettiva deve poi inserirsi l'offerta a bassissimo costo della mano d'opera dei lavoratori extracomunitari e la

² *La presenza straniera in Italia: caratteristiche demografiche*. ISTAT 2008, Roma.

quasi certezza - da parte di taluni datori di lavoro - che costoro possano accettare solo lavoro a nero perché soggetti non dotati di permesso di soggiorno, lavoratori che per gli enti assistenziali non esistono o sono altrove³.

Se si confrontano i dati per regione relativi alla **irregolarità, disoccupazione e povertà** si intuisce facilmente come trattasi di fenomeni che - almeno nelle zone del Mezzogiorno d'Italia - possono andare di pari passo. I tre indicatori proprio nelle regioni del sud assumono i valori più elevati, mentre nel nord e nel centro la posizione occupata dalle regioni nella graduatoria nazionale, non è sempre la medesima, variando a seconda degli indicatori. Tali dati, a ben guardare, non fanno altro che confermare quanto appena specificato in merito alla differenziazione essenziale tra il sommerso di lavoro ovvero povero e quello ricco.

4. Il lavoro irregolare ed il caporalato

Stante quanto riportato nella indagine conoscitiva della XI Commissione Lavoro della Camera dei Deputati su *“Taluni fenomeni distortivi del mercato del lavoro: lavoro nero, caporalato e sfruttamento di manodopera straniera”* pubblicata dal Ministero del lavoro e delle Politiche Sociali il 29 aprile 2010, l'irregolarità è particolarmente accentuata nel Mezzogiorno dove la quota di occupati irregolari sul totale dei lavoratori, secondo i dati ISTAT 2007 supera il 18% - ed è doppia rispetto a quella del nord pari al 9% - a fronte della percentuale registrata nelle regioni del centro ove vi è un livello superiore al 10%.

Se nel nord si stima che il lavoro nero incide l'8% sul dato degli occupati, nel sud incide per circa il 20%⁴.

³ G. RANA, *L'economia sommersa*, Ed. Laterza, Bari 2001.

⁴ *Il sommerso nei contesti economici territoriali: produzione, lavoro, imprese*, Quaderno n. 22 di “INFORMAZIONI SVIMEZ”, Roma 2006.

Il lavoro nero - quale attività svolta in maniera continuativa o discontinua da soggetti inoccupati o disoccupati che purtroppo trovano nel lavoro irregolare l'unica alternativa allo stato di disoccupazione - particolarmente diffuso, come già specificato, nelle aree meridionali del nostro Paese, interessa soggetti extracomunitari o neocomunitari (rumeni, bulgari, polacchi albanesi, immigrati africani, indiani, pakistani) nonché cittadini italiani di qualunque età: uomini e donne di età media, giovani, talvolta anche gli iscritti nelle liste di mobilità che spinti dalla necessità, non potendo più sperare in un lavoro regolare, destinato talvolta solo ai giovani, sono spesso “costretti” a svolgere lavori irregolari pur di avere una piccola fonte di reddito⁵.

Di fatto, quindi il lavoratore a nero può essere un soggetto italiano in cerca di prima occupazione o un disoccupato che ha perso un lavoro a tempo indeterminato o che ha dovuto accettare un lavoro dequalificato e mal pagato pur di sostenere la famiglia con figli (che a loro volta non riescono trovare un posto di lavoro regolare)⁶, ma può anche essere un cittadino extracomunitario, che deve guadagnare “qualcosa a tutti i costi”.

Il reclutamento e le modalità di espletamento dell'attività lavorativa degli extracomunitari assumono le caratteristiche di una vera e propria tratta tanto che non sbaglia chi definisce paraschiavistiche o addirittura schiavistiche le condizioni di lavoro di tali lavoratori.

Solitamente sono soggetti che percepiscono solo una misera retribuzione - versata *brevi manu*, pertanto “senza lasciare alcuna traccia” - di così modesta entità da esulare da ogni confronto con i minimi tabellari previsti dai Contratti collettivi e dal principio di giusta

⁵ *“L'economia sommersa. Osservazioni e proposte”*, Roma 2002.

⁶ *“Rapporto sull'economia del Mezzogiorno”*, Ed. Il Mulino, Bologna.

retribuzione ex art. 36 della Carta Costituzionale.

Pare che il 95% delle donne e il 60% degli uomini, lavoratori a nero, guadagni meno di 700 euro mensili, il 17% delle donne, per lavoretti di poche ore a settimana, meno di 100 euro al mese, il 30% degli uomini percepirebbe una paga compresa tra i 700 e i 1.000 euro, mentre circa il 40% delle donne tra i 300 e i 500 euro⁷.

I settori in cui si esplica maggiormente il lavoro irregolare riguardano soprattutto agricoltura, edilizia, cura e assistenza della persona, commercio, confezioni, ambulato.

A questi si aggiungono talune attività che per le modalità di espletamento e per consolidata prassi, ben si prestano a impiegare lavoratori a nero: il riferimento è ai lavori di carico e scarico di merci nei mercati ortofrutticoli o del pesce, servizi di guardiania di merci, materiali da lavoro, attività di vigilanza all'interno di cantieri, impianti sportivi o lavoretti svolti nei garage, nelle autofficine, ecc.⁸.

Comunque sia, si può affermare che le caratteristiche del lavoro nero, indipendentemente dai settori in cui si esplica, sono sempre le stesse: lavoro svolto a tempo pieno, assenza di assistenza, misure di sicurezza e condizioni igieniche inesistenti, sebbene una importante diversità risiederebbe nella differente organizzazione ovvero nella sua evoluzione.

Se da un lato nel nord Italia si registra un nuovo fenomeno che vede giovani e immigrati diventare veri e propri imprenditori, nel sud Italia continua ad

⁷ ISTAT, *La misura dell'Economia Sommersa secondo le statistiche ufficiali anni 2000-2006*, ISTAT 2008, Roma.

⁸ Interessante sarebbe monitorare in maniera seria i dati onde espungere dai dati generali poco veritieri tutte quelle percentuali relative a fattori che non fanno che falsare i dati pubblici. In particolare sarebbe opportuno evitare di sottostimare il dato relativo alla disoccupazione a netto favore di quello occupazionale volutamente gonfiato grazie alla scelta di includere posizioni lavorative precarie, temporanee e talvolta non regolari.

essere sempre più forte il fenomeno del caporalato, seppure limitato soprattutto ai settori agricolo ed edile.

L'accesso all'ingresso del mercato nelle regioni del sud Italia è infatti "quasi completamente nelle mani dei cosiddetti "caporali" che da un lato utilizzano il passaparola delle reti informali e dall'altro lato attingono al bacino della manodopera straniera in ben definiti luoghi di concentrazione"⁹.

Il "mercato delle braccia" del settore agricolo ed edile è in effetti, alla completa mercè dei caporali che - sostituendosi all'agenzia interinale di turno - "propongono" i propri lavoratori in cambio di una percentuale sul guadagno della giornata¹⁰.

Al caporalato del sud - quale sorta di meccanismo di reclutamento perverso - che nel potenziamento del sommerso, non fa che favorire l'illegalità a discapito delle più elementari norme in materia di sicurezza sul lavoro, si contrappone oggi l'immigrato del nord che talvolta non è più solo lavoratore ma diventa titolare di imprese in cui lavorano altri immigrati¹¹ che ha quale unico obiettivo non certamente quello di incentivare e contribuire alla crescita dell'economia o di integrarsi in una differente comunità, ma quello di accantonare quanto più denaro possibile per poter ritornare in patria al più presto.

5. Il sommerso nelle attività agricole

I settori dove si concentra maggiormente il lavoro irregolare sono quelli che richiedono maggiore intensità di lavoro, caratterizzati dalla stagionalità

⁹ Dall' Indagine conoscitiva della XI Commissione Lavoro della Camera dei Deputati su "Taluni fenomeni distorsivi del mercato del lavoro: lavoro nero, caporalato e sfruttamento di manodopera straniera" del 29 aprile 2010 (Ministero del lavoro e delle Politiche Sociali).

¹⁰ *Rapporto Annuale. La situazione del paese nel 2007*, ISTAT 2008, Roma.

¹¹ *Rilevazione sulle forze lavoro. Stranieri: serie storiche ripartizioni*. ISTAT 2008, Roma.

(lavoro agricolo), dal turn-over e dalla presenza di aziende di ridottissime dimensioni ovvero quelle attività che per le loro modalità di espletamento e la loro organizzazione, comportano riduzione del rischio di controllo sia da parte dei sindacati che degli ispettori del lavoro.

Frammentazione dei cicli produttivi e moltiplicazione degli attori, dei luoghi e tempi di lavoro aiutano in effetti ad eludere il sistema dei controlli pubblici a netto favore del proliferare del lavoro sommerso¹².

Il settore con maggiore incidenza di lavoro nero è quello **agricolo** che ha visto il tasso di lavoro irregolare salire dal 20,9% del 2001 al 24,5% del 2009. Di fatto tale ultimo indice non è altro che la media dei dati relativi alle diverse aree dell'intera penisola dove il tasso del fenomeno risulta essere pari al 22,9% nel nord; al circa 23% al centro e al 25,3% nel sud con punte che raggiungono il 31% in Campania e il 29,4% in Calabria.

Il territorio della Capitanata così come quello del Brindisino sono i contesti pugliesi maggiormente soggetti alla stagionalità delle colture, a forte impiego di mano d'opera extracomunitaria o in generale a nero, organizzata dai caporali cui è integralmente demandata l'organizzazione degli orari da osservare, le modalità, i tempi e ritmi di lavoro, "la cura" dei braccianti, la fornitura di acqua e cibo ad alto costo¹³, la divisione in squadre.

¹² Indagini su "Il lavoro nero" a cura di E. PUGLIESE.

¹³ F. RUGGIERO, *Indagine sull'impiego degli immigrati extracomunitari nel settore agricoltura*, Rapporto Lazio INEA. Secondo il rapporto INEA sull'impiego dei lavoratori immigrati in agricoltura: "un'altra forma di caporalato, formalizzata dalla legge Bossi-Fini, è quella che prevede il reclutamento di lavoratori direttamente nel loro Paese d'origine, in base ad accordi bilaterali con l'intermediazione di cooperative locali. Questo fenomeno è molto diffuso tra i lavoratori provenienti dalla Romania e dalla Polonia. La retribuzione è assolutamente a discapito dei lavoratori, i quali percepiscono il salario nella valuta del loro Paese, al contrario della cooperativa che li ha reclutati pagata in euro dall'azienda italiana".

Spesso i lavoratori arrivano per la stagione e decidono di rimanere oltre. In cambio del loro lavoro scelgono di ricevere vitto e permesso di alloggiare nei campi, magari nelle rimesse degli attrezzi agricoli.

Tanto comporta - soprattutto qualora trattasi di immigrati privi di permesso di soggiorno, che pur volendo non possono essere regolarizzati - un notevole risparmio per il datore di lavoro.

Alcuni lavoratori decidono di prendere in locazione piccole case, talvolta anche prive di servizi igienici, site in campagna, dividendo i costi con altri colleghi di lavoro o si sistemano in piccoli gruppi in case abbandonate nei pressi del luogo ove ci sono lavori in serra o particolari colture che richiedono immediata raccolta.

Nel sud Italia i lavoratori agricoli spesso ovviano alle paghe misere attraverso la richiesta di assegni familiari, incentivi, indennità, sostegni, particolari forme di protezione del reddito nonché attraverso la presentazione delle domande per le indennità di disoccupazione.

Si potrebbe parlare di **doppia percezione del reddito**.

Complici i datori di lavoro, i braccianti agricoli, scelgono di dichiararsi disoccupati, magari continuando a lavorare a nero presso lo stesso datore di lavoro, in maniera tale da poter aggiungere alla paga percepita quali lavoratori irregolari il reddito derivante dai sussidi di disoccupazione.

Siffatta tendenza comporta la difficoltà da parte del lavoratore - qualora lo volesse in un successivo momento - di vedersi accogliere il ricorso per differenze retributive o per regolarizzazione della propria posizione contributiva per le giornate lavorate a nero atteso l'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui il sussidio di disoccupazione non può essere richiesto in costanza di rapporto di lavoro. La percezione del sussidio di disoccupazione escluderebbe pertanto, la prestazione lavorativa continua¹⁴.

¹⁴ "Il diritto all'indennità di disoccupazione, alla luce della speciale disciplina vigente nel settore agricolo,

E' notizia di qualche tempo fa una forma di sfruttamento dei sussidi ancora più grave. Lavoratori fittizi dichiarano all'INPS falsamente di aver prestato attività lavorative al solo scopo di far sì che l'INPS eroghi ai falsi lavoratori, che presentano altrettanto false dichiarazioni di disoccupazione, i relativi benefici economici previdenziali, determinando così un flusso di contributi che - così come denunciato nell'indagine conoscitiva della XI Commissione Lavoro della Camera dei Deputati, del 29 Aprile 2010 e confermato dall'"Audizione sul piano straordinario di contrasto a irregolari procedure di impiego stagionale di extracomunitari nelle attività agricole" dell'11 maggio 2010 - *finiscono nelle tasche di falsi prestatori e dei datori spesso sotto il diretto controllo di gruppi criminali.*

6. Il settore edile

Il dato afferente il lavoro nero del settore edile - che continua a registrare forte presenza di lavoratori a nero extracomunitari - risulta essere fortunatamente diminuito essendo passato dal 15,7% del 2001 al 10,55% del 2009, sebbene si sia registrato un tasso di irregolarità pari al 19% delle aree del sud a fronte del 2,7% delle regioni del nord-est Italia.

Si ha ragione di credere che il calo del dato relativo all'impiego di lavoratori a nero nell'intero settore sia direttamente

presuppone lo stato di disoccupazione involontaria che discende dall'avvenuta risoluzione del preesistente rapporto di lavoro. (Nella specie, la S.C. ha rilevato l'erroneità della affermazione contenuta nella sentenza impugnata, secondo cui l'indennità di disoccupazione spetta all'operaio agricolo a tempo indeterminato anche in costanza di rapporto di lavoro per le giornate non lavorate, e tuttavia ha rigettato il ricorso proposto dall'Ente previdenziale giacché con esso la sentenza è stata censurata per non avere accertato lo stato di disoccupazione e non anche per la violazione del D.P.R. n. 1049 del 1970, che per il riconoscimento della indennità di disoccupazione presuppone la risoluzione del rapporto di lavoro)" Cass. civ., Sez. lav. 12 marzo 2003 n. 3653.

ascrivibile alla pluralità di interventi posti in essere a livello statale o locale al fine di regolarizzare gli stranieri irregolari, agli interventi operativi posti in essere dalla rete di enti bilaterali che - anche se non ancora radicati nell'intero territorio nazionale - dovrebbero altresì occuparsi di controllo sociale; all'introduzione del Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC) ex legge Biagi.

Interventi questi che hanno fatto sì che nel settore dei servizi *in primis* e di conseguenza anche in quello edile si potesse parlare di "lavoro grigio" intendendosi con tale espressione l'irregolarità di fatto dei trattamenti di taluni lavoratori nei confronti dei quali vengono stipulati contratti regolari.

Accanto al lavoro grigio secondo le modalità appena descritte, vi è il classico lavoro nero, l'utilizzo irregolare del contratto di appalto, il ricorso smodato al subappalto, il falso lavoro autonomo, la elusione delle normative contrattuali in materia di ferie, straordinari, discrepanze nelle buste paga, soprattutto nel caso dei lavoratori immigrati sottoinquadramenti, utilizzo sempre crescente dei contratti a tempo determinato. Tutte forme "border line" che spesso diventano al limite della legalità molto più vicine alla elusione che alla regolarità.

E' talvolta nella costruzione di grandi opere pubbliche, eventualmente appaltate o sub-appaltate ad altre imprese, negli interventi di ristrutturazione e di edificazione di immobili che vengono impiegati i lavoratori in nero, per volere degli stessi imprenditori contrariati dal dover essere costretti a pagare agli enti previdenziali (INPS e INAIL) contributi obbligatori che aggravano notevolmente il costo del lavoro.

E' proprio l'alto costo del lavoro il fattore che ha agevolato il diffondersi della prassi - consolidatasi soprattutto nel sud d'Italia - dell'assoldamento della manovalanza nell'edilizia: uomini disoccupati ed inoccupati si radunano al mattino solitamente davanti ai cantieri o alle rivendite di materiali edili per essere reclutati "a giornata" similmente ai

braccianti, da capomastri, privati cittadini, intermediari, mediatori oppure caporali che ai nuovi arrivati, offrono non la regolare retribuzione, ma sono soliti remunerare le giornate di lavoro con una serie di servizi tra cui il vitto e un posto dove dormire che solitamente coincide con il cantiere stesso.

Il fenomeno è tanto più diffuso quanto più articolata è la struttura imprenditoriale in cui, avvalendosi della partecipazione di altre imprese, si eludono, attraverso la catena dei sub-appalti, le responsabilità insite nella tutela della salute e sicurezza dei lavoratori.

Talvolta inoltre, sono gli stessi capomastri che vengono invitati ad aprire altre imprese in modo tale da allungare la catena e perdere di vista definitivamente l'impresa edile realmente responsabile.

I lavoratori dell'edilizia maggiormente esposti a rischi infortuni da un'indagine promossa nel 2008 dalla CGIL sarebbero gli extracomunitari (ovvero quelli cui vengono solitamente affidati i lavori più pericolosi) che risulterebbero essere i meno pagati e quelli inquadrati ai livelli più bassi.

Capita, non di rado, che le morti bianche nei cantieri edili, avvengano "casualmente" il primo giorno di lavoro. Trattasi in realtà di lavoratori a nero, per i quali si ricorre all'espedito dell'assunzione "ora per allora" al puro fine di poter usufruire della copertura assicurativa per sé o per la propria famiglia troppo spesso numerosa e monoreddito.

7. Le attività di servizi: colf e badanti

L'immigrazione italiana si caratterizza come immigrazione di lavoratori e non di famiglie.

Al primo gennaio 2007 (dati ISTAT 2008) erano presenti in Italia 2.414.972 stranieri: 1.463.058 erano in possesso di permessi di lavoro (circa il 60% del totale dei permessi) mentre 763.744 avevano documenti per ricongiungimento familiare (32% della presenza complessiva).

Secondo il CENSIS nel nostro Paese, sarebbero presenti 1.485.000 colf e badanti: il 71,6% di origine immigrata. Tale dato risulta essere cresciuto del ben 37% dal 2001 al 2008.

La gran parte dei lavoratori irregolari sarebbero impiegati in attività di servizi - quali quelle di cura della famiglia e della persona e pertanto: collaboratori domestici, badanti, colf cui si affiancano i servizi in senso stretto: ristorazione, attività per il tempo libero, pulizia¹⁵.

Il 58,1% si occuperebbe di una sola famiglia, il 41,9% di più famiglie, mediamente tre.

Il tasso di irregolarità è pari al 37%. Tale dato che deriva dal confronto dei dati ISTAT relativi alle famiglie e quelli dei lavoratori (CENSIS), lascerebbe emergere una differenza di poco più di 400.000 famiglie che non hanno dichiarato l'utilizzo di colf e badanti. Secondo le analisi comparative le badanti e le colf irregolari dovrebbero essere più di 300.000 unità a cui deve verosimilmente aggiungersi il dato relativo a chi svolge le predette attività saltuariamente o in momenti di particolare bisogno e necessità.

Tale forma di lavoro che si svolge in co-residenza con il datore di lavoro - è svolta per lo più da donne provenienti dall'Europa dell'est, dall'America del sud o dal sud est asiatico.

Le famiglie impossibilitate ad occuparsi di anziani o soggetti parzialmente inabili sono portate a rivolgersi ad associazioni che, fungendo da intermediari, promettono di recuperare badanti da retribuire con poche centinaia di euro (500-700 euro oltre vitto e alloggio) per l'assistenza diurna e notturna a gente bisognosa.

Vengono così reclutate giovani donne russe, rumene che si accontentano di dormire e di convivere con anziani fornendo loro compagnia, assistenza e servizi che vanno dalla cura della persona (igiene personale, ecc.) a quella della casa.

¹⁵ E. PUGLIESE, op. cit..

8. Estetiste, parrucchiere e baby sitter

L'attività di estetista, pur necessitando di particolari strumenti di lavoro (lettini per massaggi e depilazioni, lampade abbronzanti, etc.) viene spesso svolta, soprattutto al sud, in abitazioni private.

Anche talune parrucchiere preferiscono svolgere la propria attività "a domicilio" servendosi di prodotti forniti dalle stesse clienti. Il costo di tale servizio si aggira intorno ai 7-8 euro, a fronte dei 20-25 euro che si spendono in un "regolare salone".

Solitamente le suddette attività vengono svolte da chi ha "fatto pratica" proprio nei saloni aperti al pubblico, dai quali ha raccolto la clientela fornendo un servizio a basso costo, esente da spese e tasse.

Non c'è da meravigliarsi se nel giro di poco tempo i guadagni si aggirino intorno ai 1.500 euro al mese, con danni a scapito dell'economia nazionale che, da un lato, perde introiti da evasione fiscale e dall'altro elargisce inopportuno eventualmente sussidi di disoccupazione e misure assistenziali¹⁶.

Realtà simile almeno sotto l'ultimo aspetto considerato è quella delle baby-sitter, solitamente studentesse, che si dedicano all'accudimento dei bambini più piccoli, a fronte anche di 5-6 euro all'ora.

9. Le buone prassi regionali

La regione Puglia si è resa parte attiva nella lotta al sommerso con una serie di iniziative. Prima tra tutte la recente istituzione della Cabina di regia istituita nel mese di luglio 2009 che si propone il monitoraggio sulle politiche sociali e le politiche economiche, sul lavoro, interventi sulle fasce deboli della popolazione e sul reimpiego razionale delle risorse pubbliche, promozione della crescita, incremento della produttività

¹⁶ A. COLOMBO, *Razza, Genere, Classe. Le tre dimensioni del lavoro domestico in Italia*, in Polis n. 2, 2002.

delle imprese, innovazione, sostegno all'occupazione.

Sicuramente interessante la predisposizione del protocollo con la Guardia di Finanza per il coordinamento delle azioni di contrasto all'economia e al lavoro non regolare, nonché l'avvio di politiche di reimpiego attraverso il progetto regionale "welfare to work" con il quale la regione si impegna ad integrare il salario dei lavoratori in CIG. Trattasi invero di un piano finalizzato, oltre che a garantire il sostegno al reddito dei lavoratori e allo sviluppo delle politiche attive, anche alla conservazione del posto di lavoro e alla ricollocazione dei soggetti più deboli a rischio esclusione sociale tra i quali si annoverano: lavoratori in mobilità, licenziati di lunga durata, ultra cinquantenni senza posto di lavoro, giovani inoccupati, precari che lavorano con discontinuità, lavoratori in "somministrazione", donne disoccupate da oltre 24 mesi.

A tanto va ad aggiungersi la legge n. 28/2006 che ha proposto valide soluzioni per l'emersione del lavoro nero e irregolare nel settore agricolo facendo ricorso agli indici di congruità.

Tali indici - determinati con riferimento al rapporto esistente tra quantità di beni, servizi offerti e ore lavorate e finalizzati alla misurazione della regolarità o irregolarità delle imprese - sono funzionali all'ottenimento della dichiarazione di virtuosità per le imprese, utile anche per ottenere agevolazioni interessanti con accesso a benefici economici e normativi per lo sviluppo delle stesse imprese.

Da segnalare, inoltre, la recente normativa regionale in materia di sostegno all'immigrazione **legge Regione Puglia n. 32 del 4/12/2009** che prevede nel piano regionale per l'immigrazione norme per l'assistenza sanitaria, l'integrazione culturale da realizzarsi anche attraverso la formazione e l'istruzione scolastica degli immigrati, misure per l'inclusione sociale e la promozione di politiche abitative, per il contrasto alla tratta delle schiave e contro la discriminazione.

La stessa legge recante “Norme per l'accoglienza, la convivenza civile e l'integrazione degli immigrati in Puglia” ha previsto inoltre la creazione di un osservatorio sul *diritto di asilo* nonché una consulta regionale per l'integrazione degli immigrati.

Tra gli strumenti indiretti, ma comunque utilizzabili al fine di combattere il lavoro nero in terra Pugliese si annoverano indubbiamente la Convenzione stipulata tra INPS e Regione Puglia finalizzata ad individuare risorse nel FSE (fondo sociale europeo) per dare applicazione alla CIG, mobilità, disoccupazione speciale ecc.; misure anticrisi attuate a favore delle donne; stanziamento di fondi per la formazione dei lavoratori e per l'apprendistato professionalizzante; incentivi alle imprese che assumono donne (ex precarie divenute poi disoccupate) a tempo indeterminato; incentivi per l'assunzione di LSU (per la raccolta differenziata); corsi professionalizzanti per la formazione di disoccupati-inoccupati; stanziamenti (4.000.000 di euro) per l'integrazione salariale dei lavoratori dipendenti delle imprese e delle cooperative che hanno subito riduzioni di orario di lavoro a causa della crisi; interventi per la stabilizzazione dei lavoratori nel settore turismo e artigianato con particolare riguardo alla consulenza; interventi per la migliore applicazione degli ammortizzatori sociali; bandi a sostegno di particolari tipologie di lavoratori come i “sommministrati” cui vengono proposti corsi di formazione.

10. Il sostegno alla lotta al sommerso

Sicuramente per potenziare la lotta al sommerso, conferendole maggiore efficacia, diventa essenziale incentivare e promuovere politiche attive per il lavoro improntate, per l'appunto, alla riqualificazione dei lavoratori eventualmente sospesi dalla produzione, rifinanziare gli ammortizzatori sociali, avviare politiche finalizzate al recupero di

disoccupati e cassintegrati, eventualmente scegliendo di investire nella formazione e nel potenziamento dei contratti di somministrazione oppure sensibilizzando datori e lavoratori all'utilizzo delle prestazioni occasionali pagate attraverso il sistema dei voucher.

Imparare meglio ad usare le forme contrattuali già previste *ex lege* come il contratto di somministrazione sia a tempo determinato che indeterminato impedirebbe di fatto le assunzioni irregolari.

L'azienda pubblica o privata (utilizzatore) che necessita del lavoratore, infatti, sarebbe “costretta” ad assumerlo attraverso i normali canali “regolarizzandolo” già dalla prima sua giornata di lavoro, non potendo ovviare in alcun modo né altrimenti giustificare la sua richiesta al somministratore (alle agenzie o ai centri per l'impiego) dalle cui liste è stato attinto il capitale umano.

Tra l'altro essendo il somministratore e l'utilizzatore obbligati in solido al versamento dei contributi previdenziali e trattamenti retributivi è chiaro che la posizione del lavoratore risulterà maggiormente tutelata potendo questi richiedere la soddisfazione del credito ad entrambi i soggetti.

Risulterà pertanto automaticamente ridotta la possibilità di evasione dei contributi e delle retribuzioni.

Accanto alla predetta tipologia contrattuale si colloca quella delle prestazioni occasionali effettuate mediante pagamento di voucher cartacei o telematici.

Ed invero trattasi di rapporto di lavoro concepito dal legislatore con il precipuo obiettivo di far emergere le attività in nero evitando si possa operare senza alcuna copertura assicurativa e previdenziale.

Della somma corrisposta dal datore di lavoro per il pagamento del buono solo il 75% costituisce compenso per il lavoratore mentre il 13% sarà devoluto alla gestione separata INPS; un 7% all'assicurazione INAIL e il restante 5% devoluto all'INPS per la gestione del servizio.

La modalità di pagamento appena sopra esposta di fatto aiuta il datore di lavoro (committente) che non dovrà ottemperare ad alcun altro obbligo all'infuori dell'acquisto dei buoni, potendo evitare così facilmente vertenze di qualsiasi genere e avendo nel contempo la certezza che pur non avendo stipulato alcun contratto, di fatto sta agendo in piena legalità, avendo anche, forse senza volerlo, contribuito con le sue scelte anche lui alla lotta al sommerso.

11. Conclusioni

Verosimilmente l'utilizzo di forme contrattuali legali o l'instaurazione *secundum legem* di rapporti di lavoro, ovvero la diffusione ad ampio spettro della cultura contro il sommerso, sarebbero azioni da preferire alle manovre repressive poste in essere dagli ispettori del lavoro attraverso l'attuazione del piano proposto recentemente dal ministro Sacconi "Piano straordinario di contrasto al lavoro sommerso nell'edilizia e nell'agricoltura".

Tale piano - anche predisposto alla luce dei contenuti del "Piano straordinario nei confronti della criminalità organizzata" dei Ministeri della Giustizia e dell'Interno, si prefigge con l'ausilio degli enti bilaterali impegnati con le associazioni di settore, nella diffusione del più corretto uso degli istituti giuridici a disposizione delle imprese per l'emersione del lavoro nero - di procedere a controlli serrati in circa 20.000 aziende per combattere il lavoro nero in Calabria, Puglia, Campania, Sicilia a mezzo di 550 ispettori del lavoro (500 reclutati nelle regioni sede di controlli e gli altri 50 da altre regioni).

Di fatto il lavoro nero è la spina nel fianco di tutte le regioni del meridione e naturalmente anche del territorio Pugliese che vanta un'economia basata in parte sugli utili derivanti dalla valorizzazione delle sue bellezze paesaggistiche e dal potenziamento del settore turistico, e dall'altra parte sugli introiti derivanti dalla commercializzazione e trasformazione dei prodotti agricoli e ortofrutticoli, essendo

solo in minima parte connessa allo sviluppo - purtroppo non troppo celere - del settore secondario.

Sarebbe pertanto opportuno provare a creare ponti di dialogo e confronto tra la *governance* e imprese, soprattutto quelle più piccole (che nel sud costituiscono la maggioranza), che non si sono messe in regola neppure con i contratti di riallineamento e con quelli di reinserimento né, tantomeno, sembrano essere state sfiorate dalle prescrizioni della legge della Regione Puglia n. 28/06 e dalla più recente legge regionale n. 32/09.

Le disposizioni sinora varate purtroppo hanno sortito l'effetto sperato soltanto per alcune grandi aziende lasciando fuori quelle di più ridotte dimensioni che però nella terra Pugliese sono la maggior parte.

La Puglia conta poche imprese con un numero di lavoratori dipendenti superiori alle cento unità, per cui diventa arduo immaginare che le tantissime aziende esistenti sul territorio, qualora abbiano fatto ricorso a lavoratori non inquadrati ai fini previdenziali ed assistenziali, possano essere interessate dalle sollecitazioni delle varie normative statali e regionali, magari più preoccupate a conferire alle società virtuose certificazioni utili ai fini della partecipazione a gare d'appalto e quant'altro cui di fatto le piccole imprese sono davvero poco interessate.

Il piccolo imprenditore pugliese e meridionale (titolare di piccole aziende ove vi lavorano 3 o 4 dipendenti magari nel ramo del tessile, delle confezioni, dell'industria del legno o società marittime che impiegano pochi pescatori a bordo di motopescherecci ecc...) è persona onesta, laboriosa e seria, costretta a volte ad agire facendo ricorso a sistemi illegali per far fronte alle necessità economiche e per abbassare i costi della manodopera al solo scopo di rendere, o peggio ancora di continuare ad essere titolare di aziende ancora competitive sul mercato.

Sarebbe pertanto opportuno, "ascoltare" i problemi degli imprenditori, fare in modo che le istituzioni collaborino con i piccoli imprenditori onde inculcare in loro una cultura differente improntata al

rispetto delle leggi e della legalità e della tutela dei diritti dei lavoratori, consentendogli di espletare la propria attività in maniera tale da gestire i costi e fornire prodotti e servizi sempre competitivi sul mercato, perché solo venendosi incontro reciprocamente si potranno porre le basi per un'efficace lotta al sommerso.

Seppur apprezzabili, risultano insufficienti gli interventi legislativi della Regione Puglia perché non effettivamente aderenti alle concrete esigenze delle piccole imprese pugliesi che continuano a rimanere in crisi, nonostante la Puglia sia risultata la prima Regione Italiana per aver riqualificato ed integrato il reddito dei lavoratori riuscendo a far emergere oltre cinquantamila lavoratori a nero.

Insomma, è assolutamente necessario combattere il lavoro sommerso, ma qui da noi c'è innanzitutto bisogno di chi si adoperi per creare le occasioni di lavoro che decisamente scarseggiano.

IMMIGRAZIONE

Ricchezza umana, risorsa economica o problema di ordine pubblico? I centri di identificazione ed espulsione e la logica dell'accoglienza

di Maria Mangiatordi

SOMMARIO: 1. La normativa sui CIE (Centri di Identificazione e di Espulsione). 2. I migranti: forza lavoro in settori decisivi dell'economia italiana. 3. Alcune considerazioni: logica di mercato e logica dell'inclusione e dell'integrazione a confronto.

1. La normativa sui CIE (Centri di Identificazione e di Espulsione)

In Italia esistono diverse tipologie di centri per stranieri: **CPSA** (Centri di Primo Soccorso e Accoglienza); **CDA** (Centri Di Accoglienza); **CARA** (Centri di Accoglienza per Richiedenti Asilo)e, infine, **CIE** (Centri di Identificazione ed Espulsione).

I suddetti centri sono disciplinati da normative differenti; sono pianificati dalla Direzione Centrale dei servizi civili per l'immigrazione e l'asilo e sono gestiti a cura delle Prefetture-Utg tramite convenzioni con enti, associazioni o cooperative aggiudicatarie di appalti del servizio. Le prestazioni e i servizi assicurati dalle convenzioni sono relativi all'assistenza alla persona (comprensiva di assistenza sanitaria, assistenza psico-sociale e mediazione linguistico culturale); ristorazione; servizio di pulizia ed igiene ambientale, nonché manutenzione della struttura e degli impianti.

Entrando nel merito delle differenti tipologie, con riferimento ai **Centri di Primo Soccorso e Accoglienza (CPSA)**, si precisa che essi sono stati istituiti con decreto interministeriale del 16 febbraio 2006.

Trattasi delle strutture all'interno delle quali sono accolti i migranti intercettati e soccorsi in mare prima di procedere al trasferimento presso i Centri di Accoglienza ovvero presso i Centri di Identificazione e Espulsione o ancora presso i Centri di Accoglienza per Richiedenti Asilo.

La normativa che li disciplina, tuttavia, è abbastanza lacunosa con riferimento ad alcuni aspetti; si pensi al fatto che il decreto non norma le condizioni e le modalità specifiche di trattenimento.

Di solito la permanenza dei migranti nei CPSA è breve: si tratta, generalmente, di un lasso temporale di 48 ore¹.

I **Centri di Accoglienza (CDA)** sono disciplinati dalla legge n. 563/1995. All'interno di siffatte strutture² vengono trasferiti i migranti appena arrivati, indipendentemente dal loro status giuridico, al fine di garantire il primo soccorso ed emanare un provvedimento che ne legittimi la presenza sul territorio o ne disponga l'allontanamento.

Anche in questa ipotesi la legge non prevede espressamente il lasso temporale

¹ Il lasso temporale di 48 ore è quello necessario a consentire le attività di soccorso. Un esempio molto noto di CPSA – soprattutto per fatti di cronaca- e quello di Lampedusa.

² I CDA attualmente attivi sono i seguenti: Agrigento, Lampedusa – 804 posti (Centro di primo soccorso e accoglienza); Bari Palese, CDA/CARA area aeroportuale – 994 posti ; Brindisi, Restinco– 128 posti ; Cagliari, Elmas – 220 posti (Centro di primo soccorso e accoglienza); Caltanissetta, Contrada Pian del Lago – 360 posti ; Crotone, località Sant'Anna – 978 posti ; Foggia, Borgo Mezzanone – 716 posti. Dati tratti dal sito del Ministero dell'interno.

massimo di permanenza, ma si limita a precisare che le operazioni connesse al soccorso e alla prima accoglienza debbano svolgersi nel “tempo strettamente necessario” all’adozione dei provvedimenti.

Ancora, la normativa risulta del tutto lacunosa con riferimento ai diritti dei migranti presenti nel centro.

Basti pensare al fatto che nella quasi totalità delle strutture gli stranieri non sono autorizzati ad uscire durante le ore diurne. Questa situazione potrebbe essere configurata, a tutti gli effetti, come una ipotesi di limitazione della libertà personale, in assenza della necessaria convalida del giudice.

I **Centri di Accoglienza per Richiedenti Asilo (CARA)** sono disciplinati dal D.P.R. 303/2004 e dal D.lgs. n. 25 del 28.01.2008. Trattasi di strutture³ presso le quali viene inviato lo straniero richiedente asilo in varie ipotesi, e cioè nel caso in cui sia privo di documenti di riconoscimento ovvero in cui si sia sottratto al controllo di frontiera allo scopo di consentire l’identificazione e l’applicazione della procedura di riconoscimento dello status di rifugiato.

Inizialmente la normativa parlava di Centri d’Identificazione (CDI), istituiti al fine di ospitare i richiedenti asilo, ai sensi della legge n. 189/2002⁴ e resi operativi solo nel 2004 con il regolamento attuativo. La permanenza presso i CARA oscilla fra i 20 e 35 giorni.

³ I CARA attualmente operativi sono: Caltanissetta, Contrada Pian del Lago – 96 posti ; Crotone, località Sant’Anna – 256 posti; Foggia, Borgo Mezzanone – 198 posti; Gorizia, Gradisca d’Isonzo – 138 posti; Trapani, Salina Grande - 310 posti ; Trapani Mazara del Vallo - 100 posti; Trapani Valderice - 200 posti; Trapani Marsala - 114 posti; Trapani Castelvetro - 121 posti. Con decreto del ministro dell’Interno vengono utilizzati per le finalità dei Centri di accoglienza per richiedenti asilo anche i CDA di Bari e Siracusa. Dati tratti dal sito del Ministero dell’interno.

⁴ Trattasi della legge più nota come “Legge Bossi-Fini”.

I **Centri di identificazione ed Espulsione⁵ (CIE)** sono stati istituiti con D.L. n. 92 del 23 maggio 2008. Trattasi degli ex “Centri di permanenza temporanea ed assistenza” (CPTA), strutture destinate al trattenimento, convalidato dal giudice di pace, degli stranieri extracomunitari irregolari e destinati all’espulsione.

Tali centri sono stati inizialmente previsti dall’art. 14 del testo unico sull’immigrazione n. 268/98⁶, come modificato dall’art. 12 della L. n. 189/2002, con la ratio di evitare la dispersione degli immigrati irregolari sul territorio e di consentire la materiale esecuzione da parte delle Forze dell’ordine dei provvedimenti di espulsione emessi nei confronti degli irregolari.

Al Cie si accede nelle ipotesi in cui il questore abbia emanato il provvedimento di trattenimento, e cioè quando non sia possibile eseguire immediatamente l’espulsione con accompagnamento alla frontiera o il respingimento per la necessità di soccorrere lo straniero, per la necessità di accertamenti sull’identità o la nazionalità, ovvero per la necessità di acquisire documenti per il viaggio, o ancora per la mancanza di vettore o di altro mezzo idoneo, nonché in attesa della convalida dell’accompagnamento se è impossibile il trattenimento in questura.

Un’ulteriore ipotesi di trattenimento nei Cie è rappresentata dai casi in cui il migrante abbia fatto richiesta di asilo dopo essere stato oggetto di un provvedimento di espulsione, eccezion fatta per i casi di

⁵ I CIE attualmente operativi sono 13: Bari-Palese, area aeroportuale – 196 posti; Bologna, Caserma Chiarini - 95 posti; Caltanissetta, Contrada Pian del Lago – 96 posti; Catanzaro, Lamezia Terme – 75 posti; Gorizia, Gradisca d’Isonzo – 248 posti; Milano, Via Corelli – 132 posti; Modena, Località Sant’Anna – 60 posti; Roma, Ponte Galeria – 364 posti; Torino, Corso Brunelleschi – 204 posti; Trapani, Serraino Vulpitta – 43 posti; Brindisi, Restinco – 83 posti; Lampedusa – 200 posti; Crotone, S. Anna – 124 posti. La capienza indicata può essere soggetta a variazioni in relazione ad eventuali lavori di manutenzione. Dati tratti dal sito del Ministero dell’interno.

⁶ Trattasi della cd. “Legge Turco-Napolitano”.

ingresso clandestino o di trattenimento nel territorio nazionale senza aver fatto richiesta del permesso di soggiorno.

Il legislatore del 2009 ha introdotto una novità significativa circa la durata del trattenimento nei centri di identificazione ed espulsione. Infatti, prima dell'introduzione della L. n. 94/2009 la durata veniva fissata in 30 giorni prorogabile, da parte del giudice, di altri 30 giorni, in presenza di gravi difficoltà relative all'accertamento dell'identità e della nazionalità dello straniero, o all'acquisizione di documenti per il viaggio.

A seguito dell'introduzione della legge n. 94/2009, sono state previste due ulteriori proroghe, di 60 giorni ciascuna, in presenza di due condizioni, tra loro alternative, e cioè la mancata cooperazione al rimpatrio del cittadino straniero o il ritardo nell'ottenimento della necessaria documentazione dai Paesi terzi.

Si precisa che la seconda proroga di 60 giorni può essere richiesta qualora non sia possibile procedere all'espulsione, e cioè quando, nonostante ogni ragionevole sforzo, persistono le condizioni ora indicate (mancata cooperazione al rimpatrio del cittadino del Paese terzo; ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai Paesi terzi).

Le proroghe devono essere autorizzate dal giudice su richiesta del questore, il quale può eseguire l'espulsione o il respingimento anche prima dello spirare del nuovo termine di trattenimento.

Pertanto, alla luce delle modifiche apportate dalla normativa, la permanenza complessiva massima all'interno dei Cie passa da 60 giorni a 180 giorni.

Da un punto di vista procedurale la normativa prevede che il questore trasmetta copia degli atti relativi al trattenimento entro 48 ore al giudice di pace territorialmente competente, per la convalida; la competenza è del tribunale, ai sensi della legge n. 271/2004, se risulta pendente un giudizio in materia di diritto all'unità familiare o per la tutela dello sviluppo psicofisico del minore.

2. I migranti: forza lavoro in settori decisivi dell'economia italiana

La presenza di migranti risulta ormai fondamentale in diversi settori dell'economia. Infatti, oggi diversi lavori in Italia sono svolti in maniera predominante, e talvolta esclusiva, dai migranti (si pensi al settore agricolo e alle diverse raccolte stagionali che si basano in maniera significativa sull'apporto di mano d'opera straniera; ma anche all'assistenza domiciliare nei confronti degli anziani che vede le badanti essere quasi tutte di nazionalità straniera).

In agricoltura, il lavoro dei migranti ha ormai raggiunto cifre significative, soprattutto con riferimento ai lavori stagionali.

Infatti, i migranti si spostano da regione a regione nei vari periodi dell'anno in vista delle diverse raccolte stagionali: uva, pomodori, olive, mele, carciofi, arance e così via.

Quanto al settore dei servizi alla persona, il numero di donne di migranti impiegate è talmente elevato da aver indotto il legislatore a proporre la regolarizzazione delle badanti migranti lo scorso settembre.

Non si può tacere circa le precarie condizioni lavorative in cui siffatti lavoratori versano. Trattasi, infatti, per lo più di lavoratori a nero, privi delle tutele di legge sia con riferimento al trattamento retributivo sia con riferimento alle conquiste fatte nel corso dei secoli (si pensi allo Statuto dei lavoratori).

Non migliori sono le condizioni umane in cui versano: molti migranti dormono negli stessi campi in cui lavorano, spesso trovando riparo solo nei ruderi di campagna.

Nè di minore rilevanza è l'apporto dato dalle badanti, che permettono a molte famiglie italiane di non doversi interessare direttamente della cura degli anziani e, allo stesso tempo, di avere la certezza che i propri cari godano di assistenza.

Anche in questo settore, pertanto, non è azzardato sostenere che l'apporto dei

migranti muove un settore importante della nostra economia.

Da non sottovalutare è il fenomeno delle rimesse⁷. Infatti, parte delle retribuzioni percepite dai lavoratori viene inviata dagli stessi nei Paesi di origine, con evidenti ripercussioni positive sull'economia di questi Paesi.

Pertanto, l'apporto di mano d'opera straniera è decisivo per l'economia, né si può ritenere attendibile il luogo comune secondo cui i migranti tolgono lavoro agli italiani.

A tal proposito, secondo lo studio effettuato dagli economisti della Banca d'Italia⁸, la crescente presenza straniera non è stata sinonimo di minori opportunità occupazionali per gli italiani.

Al contrario, ha favorito il lavoro delle persone con istruzione più elevata e delle donne. Infatti, l'afflusso di immigrati dall'estero nell'ultimo decennio da un lato ha contrastato il progressivo invecchiamento della popolazione italiana; dall'altro, ha consentito soprattutto alle donne italiane di inserirsi più facilmente nel mercato del lavoro, grazie ai maggiori servizi per l'infanzia e per l'assistenza agli anziani affidati alle badanti che hanno consentito, in tal modo, alla donna di essere meno pressata dai vincoli familiari.

Ecco, dunque, che i migranti, regolari e non, rappresentano una risorsa economica significativa, nonché mano d'opera preziosa, di cui alcuni settori della nostra economia non possono fare a meno.

3. Alcune considerazioni: logica di mercato e logica dell'inclusione e dell'integrazione a confronto

⁷ Per maggiori approfondimenti si veda il testo "Le rimesse in Italia- Analisi e mappatura dei flussi monetari in uscita dall'Italia", a cura di Sintesi Centro Studi- Monografia Novembre 2008; o ancora, "Le rimesse in Italia nel 2008. Analisi e mappatura dei flussi monetari in uscita dall'Italia", a cura di Fondazione Leone Moressa, Agosto 2009.

⁸ Per maggiori approfondimenti, si veda IlSole24ore, "Bankitalia: Gli immigrati non tolgono lavoro agli italiani", 18.08.2009, su ilsole24ore.com.

Numerose sono le novità e le modifiche introdotte dalla legge n. 94/2009⁹ recante "disposizioni in materia di sicurezza pubblica" in materia di contrasto all'immigrazione clandestina, soprattutto con riferimento ad alcuni istituti. Si pensi all'aggravante di clandestinità (art. 1, co. 1); all'espulsione dello straniero a titolo di misura di sicurezza tramite l'inserimento degli artt. 183 bis e 183 ter, c.p.p. (art. 1, commi 2, 3 e 4); al contributo per la cittadinanza a carico del migrante (art.1, c. 12); alle norme in materia di alloggi per stranieri (art. 1, co. 14); al reato di clandestinità introdotto per la prima volta (art. 1, co. 16); al prolungamento dei termini di trattenimento nei CEI (art. 1, co. 22, lett. L e co. 23); alla ridefinizione del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina tramite una più analitica specificazione della condotta (art. 1, commi 26 e 27), nonché al rimpatrio assistito del minore cittadino dell'U.E. (art. 1, co. 29).

Mi sembra opportuno richiamare l'attenzione sul dato che la stessa libera circolazione delle persone all'interno della CE persegue l'obiettivo di "*facilitarne ai cittadini comunitari l'esercizio di attività lavorative di qualsiasi natura nell'intero territorio comunitario*"¹⁰.

Il Trattato, pertanto, vede la persona oggetto di interesse non in quanto tale, ma in quanto soggetto che esercita un'attività economicamente rilevante.

Questo è un dato significativo che ci permette di evidenziare come tante volte lo stesso legislatore veda all'uomo non in quanto tale, ma in quanto parte attiva del sistema economico.

Nel caso di cittadini extracomunitari la disciplina italiana¹¹ di riferimento è ancora più eloquente.

⁹ Trattasi di una legge che si compone di tre articoli. Il primo è diviso in 32 commi e 4 tabelle e contiene misure di contrasto all'immigrazione clandestina; il secondo introduce novità in tema di lotta alla criminalità organizzata e il terzo, infine, in materia di sicurezza pubblica.

¹⁰ Tr. CE, art. 39.

¹¹ D. lgs. n. 268/1998. Trattasi del cd. "T.U. sull'immigrazione".

La circolazione di persone extracomunitarie è ammessa per vari motivi, e cioè turismo, studio, lavoro, cura, familiari, culto ed è fissato anno per anno in un numero massimo (trattasi delle quote fissate nel cd. decreto flussi).

Una prima valutazione riguarda l'ipocrisia di fondo che anima il sistema.

Da un lato si rafforzano le misure tese a contrastare la presenza di irregolari nel nostro Paese in nome della sicurezza e dell'ordine pubblico, anche a costo di rispedire i migranti nelle terre da cui provengono, nelle quali spesso si violano in maniera sistematica i diritti umani più elementari e si pratica la tortura.

Dall'altro, lo stesso sistema - che si premura di fare leggi severe nella direzione surriportata - tollera la presenza di un elevatissimo numero di irregolari, giacché gli stessi sono funzionali a mandare avanti settori economici - nei quali spesso gli italiani non vogliono essere più impiegati - e che diversamente rischierebbero la paralisi.

L'introduzione del reato di clandestinità ex art. 1, co. 16, l. n. 94/2009¹², l'allungamento dei termini di intrattenimento dello straniero presso i Cie da 60 a 180 giorni ai sensi dell'art. 1, co. 22 lett. L e co. 23, L. n. 94/2009¹³, nonché le disposizioni in materia di alloggi per

¹² La disposizione stabilisce che chi fa ingresso o si introduce in Italia in violazione del T.U. immigrazione è punito con un'ammenda da 5000 a 10000 euro oppure con l'espulsione per un periodo non inferiore a 5 anni. Viene punito anche chi favorisce tale illecito, nonché viene istituito presso il Ministero dell'Interno un Fondo rimpatri finalizzato a finanziare le spese per il rimpatrio degli stranieri verso i Paesi di origine o di provenienza.

¹³ Il trattenimento presso i CIE, pur non configurandosi come misura detentiva finalizzata all'espiazione di una pena, incide sulla libertà personale, tutelata dall'art. 13 della Costituzione italiana, in quanto diritto fondamentale della persona, riconosciuto anche allo straniero "comunque presente nel territorio dello Stato", sia esso regolarmente o irregolarmente presente. Per tale ragione, la limitazione della libertà personale deve essere convalidata dall'autorità giudiziaria sulla falsariga di quanto previsto per il fermo e per l'arresto.

stranieri di cui all'art. 1, co. 14¹⁴ sono tutte disposizioni che non fanno altro che ignorare la situazione attuale con cui bisogna fare i conti: italiani e migranti sono chiamati convivere. Lo dicono gli stessi dati statistici relativi alla presenza di bambini stranieri nella scuola dell'obbligo.

Non si può pensare che la logica della paura del diverso, dell'odio, della ghettizzazione e dell'espulsione possa essere la risposta ai problemi della convivenza e dell'economia.

Lo stesso Presidente della Repubblica ha avuto modo di sottolineare che *"senza immigrati il sistema Italia si bloccherebbe"*¹⁵.

Il Presidente della Camera Fini, in occasione della presentazione del rapporto del CNEL sull'integrazione degli immigrati in Italia, il 20.02.2009 asseriva che nella nostra società *"non c'è alternativa all'integrazione (...). Non arrivare ad una piena integrazione sarebbe una sconfitta per tutti, per gli italiani non meno che per gli immigrati. (...) dobbiamo superare la logica dell'emergenza e definire un progetto complessivo di società più aperta e più inclusiva"*¹⁶.

Alimentare la logica della paura e fare leggi che vanno sempre più in una direzione punitiva ed espulsiva non può essere una scelta lungimirante.

In un editoriale¹⁷ dello scorso anno dal titolo significativo (*"Un'analisi sballata produce scelte di paura"*) si mette in evidenza che *"il compito delle Istituzioni nazionali è avvicinare l'Europa ad una prospettiva umana più universale, inserendo le attuali condizioni sociali multiethniche dentro un quadro giuridico interculturale che in prospettiva*

¹⁴ La disposizione prevede che è punito con la reclusione da 6 mesi a 3 anni chiunque, a titolo oneroso, per trarre ingiusto profitto, dà alloggio o cede in locazione un immobile a uno straniero senza permesso di soggiorno al momento della stipula o del rinnovo del contratto di locazione.

¹⁵ Messaggio inviato in occasione della presentazione a Roma del Dossier Statistico Immigrazione Caritas-Migrantes 2008.

¹⁶ Cfr. www.lastampa.it.

¹⁷ Cfr. Avvenire, 14.05.2009.

garantisca a tutte le persone, oltre la sicurezza e la legalità, eguale dignità di vita e speranza. (...) Spesso, a livello di opinione pubblica si percepisce una sorta di equiparazione tra la presenza di migranti e l'aumento progressivo della criminalità".

Fare questo significa, di fatto, favorire la logica della discriminazione verso lo straniero.

Nell'Enciclica Caritas in veritate, Benedetto XVI scrive che *"tutti siamo testimoni del carico di sofferenza, di disagio e di aspirazioni che accompagna i flussi migratori. Il fenomeno, com'è noto, è di gestione complessa; resta tuttavia accertato che i lavoratori stranieri, nonostante le difficoltà connesse con la loro integrazione, recano un contributo significativo allo sviluppo economico del Paese ospite con il loro lavoro, oltre a quello del Paese di origine grazie alle rimesse finanziarie. Ovviamente, tali lavoratori non possono essere considerati come una merce o mera forza lavoro. Non devono, quindi, essere trattati come qualsiasi altro fattore di produzione. Ogni migrante è una persona umana che, in quanto tale, possiede diritti fondamentali inalienabili che vanno rispettati da tutti e in ogni situazione"*.

Ancora, Valerio Onida¹⁸ osserva che *"le frequenti modifiche legislative degli ultimi anni sono state tutte volte, come quelle del pacchetto sicurezza, a indurire il trattamento riservato agli stranieri, in un'ottica che vede nell'immigrato quasi solo un pericolo per la sicurezza pubblica"*.

La stessa scelta di regolarizzare le badanti lo scorso settembre 2009 più che essere dettata da spirito di giustizia sociale è il frutto di una ponderazione attenta dei costi che lo Stato dovrebbe sopportare per garantire l'assistenza agli anziani¹⁹ e delle conseguenze inevitabili con cui le famiglie avrebbero dovuto fare i conti, nel caso in

cui fossero state private di un supporto ormai necessario.

Tutto ciò dovrebbe far riflettere seriamente il legislatore sulla direzione da prendere e sulle risposte giuridiche da dare per un autentico mantenimento dell'ordine sociale e di una convivenza pacifica di tutti gli esseri umani, siano essi italiani o migranti, regolari o irregolari, senza mai dimenticare che prima di qualsivoglia status giuridico, economico e sociale bisogna fare i conti con la dignità di cui ogni uomo è portatore.

¹⁸ Cfr. Il Sole 24ore, 20.07.2009.

¹⁹ Cfr. Corriere della Sera, 17.05.2009, articolo di Gian Antonio Stella in cui esamina il caso di Vicenza.

DIRITTO DEL LAVORO COMUNITARIO E COMPARATO

TRATTATO DI LISBONA NUOVE FONTI NORMATIVE E TUTELE NEL DIRITTO DEL LAVORO

di Ezio Bonanni

SOMMARIO: 1. Le premesse dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. 2. La Cedu come Costituzione Europea dei Diritti dell'Uomo. 3. Il ruolo della Corte Costituzionale. 4. Nuovi profili di tutela con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. 5. Il giudizio di costituzionalità e le norme comunitarie. 6. Il nuovo sistema costituzionale europeo. 7. Il banco di prova del Giudice Comunitario interno: i benefici contributivi dei lavoratori esposti ad amianto, nei siti oggetto di atto di indirizzo. 8. Conclusioni.

1. Le premesse dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona

Le norme di diritto comunitario costituiscono il vertice della gerarchia delle fonti¹ e debbono essere applicate dal Giudice nazionale, quali leggi interne dell'ordinamento.

L'art. 35 della Costituzione dispone che la Repubblica *“promuove e favorisce gli accordi e le organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro”*².

¹ Questa supremazia discende dalla espressa limitazione di sovranità che per alcune materie i singoli stati membri hanno accettato con la ratifica del Trattato istitutivo della Comunità stessa. La legittimazione discende dalla norma di cui dagli artt. 11 e 117 della Costituzione, secondo cui il nostro Paese consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia con le nazioni e promuove le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo.

² a) la dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo proclamata dall'assemblea generale dell'ONU nel

Se nel Trattato del 1957, le norme di diritto comunitario erano finalizzate a regolare essenzialmente i rapporti economici e monetari e le norme di diritto del lavoro avevano quale obiettivo quello di assicurare la libera disponibilità di manodopera, la Corte di Giustizia cominciava a fare emergere la nuova dimensione del diritto comunitario del lavoro, attenta ai diritti sociali e conforme ai principi di eguaglianza e di non discriminazione, con una interpretazione evolutiva delle norme di cui agli artt. 12, 34 e 141 Trattato Ce³.

dicembre 1948, ratificata dall'Italia con la legge 27.10.1977, n. 881 e con essa i *Patti relativi ai diritti economici, sociali e culturali ed ai diritti civili e politici*. Si riconosce ad ogni individuo il diritto al lavoro, senza alcuna discriminazione; con esso il salario equo ed eguale a quello degli altri lavoratori per un lavoro eguale; sicurezza sul lavoro; limitazione dell'orario di lavoro; libertà sindacale e sciopero. b) La convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo delle libertà fondamentali, ratificate dall'Italia con legge 04.08.1955, n. 848.

³ Il principio di eguaglianza trova nel Trattato riconoscimento espresso e generale nella forma di un divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità (art. 12), con applicazioni specifiche relativamente alla libertà di circolazione delle merci e dei servizi alla libertà di stabilimento. Il principio si rinviene anche nella disciplina concernente le organizzazioni comuni di mercato, l'art. 34 prevedendo l'esclusione di *“qualsiasi discriminazione fra produttori e consumatori nella Comunità”*; e all'art. 141, in cui viene sancito in termini generali il principio della *“pari retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro”*.

È appena il caso di precisare che il principio generale di non discriminazione in base alla nazionalità di cui all'art. 12, disposizione provvista di effetto diretto, è di applicazione solo in assenza di altre disposizioni

che in modo specifico vietino trattamenti discriminatori ed esclusivamente nei limiti dell'ambito di applicazione del Trattato.

Il limite risulta chiaro: nel Trattato istitutivo il principio di eguaglianza trova espresso riconoscimento solo al fine di rendere operative le libertà previste, dunque in funzione degli obiettivi di integrazione e non come principio e/o diritto fondamentale. Questa impostazione seguita dagli autori del Trattato è stata ben presto superata dalla giurisprudenza, subendo anche una correzione di non poco rilievo.

Il principio di non discriminazione costituisce ormai una costante della giurisprudenza della Corte, che ha, per tale via, ampliato la protezione dei singoli.

Nel merito, il divieto di discriminazioni sancito dal Trattato è stato da sempre interpretato dalla Corte nel senso tradizionale, che è fatto divieto di trattare in modo diverso situazioni simili ovvero di non trattare in modo identico situazioni diverse. Una disparità del trattamento è, inoltre, comunque arbitraria nell'ipotesi in cui il diverso o eguale trattamento oggetto della controversia non sia giustificabile in base a criteri oggettivi. Per contro, non si è in presenza di una discriminazione proibita ogniqualvolta il diverso trattamento è giustificato in modo oggettivo: in tale ipotesi è irrilevante che esista o no una disparità di trattamento. In definitiva, ciò che emerge con sufficiente chiarezza dalla giurisprudenza è il riconoscimento pieno del principio di eguaglianza in quanto tale, anche in fattispecie rispetto alle quali non è espressamente previsto alcun divieto di discriminazione.

Non sono illegittime solo le violazioni palesi del principio di eguaglianza, ma anche le discriminazioni dissimulate ed indirette. È così che da tempo la Corte ha posto in rilievo che il divieto di discriminazione in base alla nazionalità investe anche quelle discriminazioni fondate su parametri diversi della nazionalità, ma che di fatto conducono al medesimo risultato, vale a dire negare cittadini comunitario i benefici accordati ai nazionali.; è questo il caso di un trattamento diverso fondato sulla residenza, quando non sia giustificato da elementi oggettivi.

Un corollario fondamentale del principio di eguaglianza e del divieto di discriminazione è quello di parità retributiva, sancito dall'art. 141 del trattato, che ricomprende anche le prestazioni contributive (nella specie, i benefici contributivi per esposizione all'amianto).

Dobbiamo richiamare in questa sede la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia che censura le normative nazionali, che, pur fondate su criteri apparentemente neutri, finiscono per sfavorire comunque le donne, ad esempio retribuendo in modo diverso il loro part-time, allorché sono

prevalentemente le donne ad optare per questa formula.

Il principio di parità della retribuzione è stato oggetto di applicazioni molto ampie e significative, fino ad identificarsi, anche per effetto di numerose normative intervenute nella materia, con un generale principio di eguaglianza nei rapporti di lavoro.

È se è vero che in origine all'art. 141 era stato attribuito uno scopo duplice, quello economico di evitare distorsioni di concorrenza e quello sociale di miglioramento e di parificazione delle condizioni di lavoro, è vero anche che alla luce della giurisprudenza successiva la finalità economica risulta secondaria rispetto a quella sociale, proprio in quanto la norma è stata considerata l'espressione di un diritto fondamentale della persona.

In definitiva, la Corte ha inteso garantire un'uguaglianza sostanziale e non meramente formale. La giurisprudenza in materia di parità uomo-donna nella vicenda del rapporto di lavoro complessivamente intesa né è la testimonianza più significativa. Si pensi, oltre alle pronunce sulla parità retributiva, a quella sull'illegittimità del divieto generale di lavoro notturno delle donne; sull'esclusione generale dagli impieghi militari; sulla protezione ampia ed affettiva accordata alle lavoratrici durante la maternità; sulle quote, fino alla pronuncia sul transessuale; e ciò sempre muovendo dalla premessa eliminazione di ogni discriminazione fondata sul sesso è parte dei principi generali di cui la stessa Corte è tenuta a garantire l'osservanza.

Vero è che l'attenzione della giurisprudenza al principio di eguaglianza ed alla sua applicazione, ormai scollegata dalla espressa previsione normativa e in definitiva come diritto fondamentale della persona, è parte di una considerazione più ampia e generale della materia dei diritti e delle libertà fondamentali da parte della Corte di Giustizia. È bene noto che i Trattati istitutivi delle Comunità nulla prevedevano quanto al rispetto dei diritti fondamentali; e se è vero, come innanzi ricordato, che talune libertà individuali risultano garantite dal Trattato CE, come la libertà di circolazione (art. 39 e 49) ovvero il diritto a non essere discriminati in base alla nazionalità (art. 12) ed in base al sesso (art. 141), è pur vero che si tratta di libertà strumentali agli scopi del Trattato CE, dunque riconosciute nei limiti in cui erano necessarie per la realizzazione del mercato comune.

L'originaria giurisprudenza della Corte, che lo limitava al rispetto del diritto comunitario, veniva successivamente superato, con il riconoscimento dei diritti fondamentali, quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri e dalla Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU), fanno parte dei principi giuridici generali di cui essa garantisce l'osservanza.

Il Trattato di Maastricht fa emergere definitivamente il ruolo delle politiche sociali quale collante della nuova *Unione Europea*, che supera la dimensione solamente economico monetaria, che se pure lo fosse, non potrebbe, comunque, prescindere dal necessario e doveroso rispetto per la vita umana ed i suoi inalienabili diritti; e da tutta un'altra serie di tutele, dall'ambiente al territorio, etc., che devono dunque trovare nella fonte comunitaria il necessario ancoraggio, anche nei confronti dei pubblici poteri, come garanzia di una effettiva coesione, anche etico-morale, e sociale e culturale.

Il 13.12.2007, i 27 Capi di Stato e di Governo degli Stati che compongono l'Unione Europea hanno sottoscritto a Lisbona il Trattato di riforma, che riproduce, sostanzialmente, il testo della Costituzione Europea e se ne discosta solamente per alcuni aspetti marginali, al solo fine di ottenere il consenso unanime.

Il Trattato, pubblicato su G.U.C.E. del 17.12.2007, n. C306/13, attribuisce la personalità giuridica all'Unione Europea, e modifica la denominazione del *Trattato che istituisce la Comunità Europea* (TCE) con quella di *Trattato sul Funzionamento dell'Unione* (TFU) e definisce e rafforza i valori democratici dell'Unione.

I diritti sociali trovano un nuovo meraviglioso strumento di tutela nella disposizione normativa di cui all'art. 6 del nuovo Trattato: con il primo comma si fanno proprie del diritto comunitario, e si rendono vincolanti, le tutele della Carta dei Diritti Fondamentali (in seguito Carta di Nizza), che viene equiparata ai Trattati ed ha il loro stesso valore giuridico; con il secondo comma, l'Unione aderisce alla Convenzione e con essa assorbe e rende

Significativo esempio è la Sentenza Rutili, in cui la Corte si riferiva espressamente agli articoli 8, 9, 10 e 11 della Convenzione e all'art. 2 del Protocollo 4 della stessa Convenzione, affermando su tale base che le restrizioni apportate in materia di polizia relativa agli stranieri per esigenze di ordine pubblico e di sicurezza pubblica "non possono andare oltre ciò che è necessario per il soddisfacimento di tali esigenze in una società democratica".

pienamente vincolanti per gli Stati ed esigibili dai cittadini i diritti in essa contemplati, e quelli "risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri", che "fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

Ogni persona che consideri gli atti delle istituzioni contrari ai diritti fondamentali potrà adire la Corte di Giustizia della Comunità con le procedure previste dal Trattato Istitutivo (art. 46 TCE), con le conseguenti eventuali sanzioni del Consiglio Europeo nei confronti dello Stato membro.

La Repubblica Italiana ha ratificato il Trattato con il voto unanime del Parlamento, con la legge n. 130 del 02.08.08, e senza alcuna richiesta di chiarimenti, e senza verifica di compatibilità con la nostra Carta Costituzionale (ben diversamente rispetto ad altri Stati, come la Germania).

Il Trattato anche se ratificato con legge ordinaria si colloca al vertice nella gerarchia delle Fonti del Diritto, e si armonizza perfettamente con l'originario richiamo dell'art. 11 della Costituzione, e con il successivo art. 117⁴, comma 1, Cost..

La sovranità nazionale, per stessa disposizione costituzionale, trova una limitazione in favore della supremazia del Diritto Comunitario e del Diritto Internazionale (anche se con diverse sfumature, specialmente ora che il diritto della CEDU non è più soltanto pattizio, ma è esso stesso Diritto Comunitario in forza della disposizione di cui all'art. 6, comma 2, del Trattato di Lisbona).

Si supera definitivamente l'ambito soltanto monetario ed economico del diritto comunitario che con il Trattato di Lisbona si pone al vertice della gerarchia delle fonti del diritto, e disegna un nuovo ambito del diritto del lavoro, ed attribuisce, anche con lo strumento giurisdizionale, costituito dalla Corte di Giustizia, e dalle sue Sentenze, nuovi strumenti di tutela, anche nei confronti dei

⁴ Articolo così sostituito dall'art. 2, legge Costituzionale 18.01.2001, n. 3, in Gazzetta Ufficiale 24.10.2001, n. 248.

pubblici poteri, contro ogni fonte di discriminazione e di ingerenza indebita del potere pubblico, sul presupposto dell'interesse comune, e del rispetto dei diritti di tutti.

La Nuova Europa non poteva rinnegare il suo fondamentale patrimonio di principi e di valori, che si nutrono di una millenaria cultura giuridica, e che sono ancorati alla tradizione cristiana, se pur con le doverose sfumature.

Non è senza conseguenze, infatti, rendere vincolanti e pienamente operativi, ed assolutamente esigibili, i diritti della Cedu e dei protocolli allegati, come i principi fondamentali degli ordinamenti continentali, fino alla Carta di Nizza ed alla Carta Sociale Europea, sicché nonostante l'assenza di qualsiasi significativo dibattito in dottrina⁵, l'entrata in vigore del Trattato, il 1° dicembre 2009, segna un vero e proprio spartiacque, una vera e propria rivoluzione copernicana che modifica con la gerarchia delle fonti l'intero quadro degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali della persona umana, primi tra tutti quelli sociali, che costituiscono l'essenza di un diritto comunitario del lavoro che supera l'ambito solo economico/patrimoniale.

2. La Cedu come Costituzione Europea dei Diritti dell'Uomo

La convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 04.11.1950, nell'ambito del Consiglio d'Europa ed il protocollo addizionale firmato a Parigi nel 1952, sono entrati in vigore il 03.09.1953, e sono stati ratificati dall'Italia con la legge 04.08.1955, n. 848⁶.

⁵ B. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in *Il lavoro subordinato*, S. Sciarra e B. Caruso (a cura di), 2009, Torino, 707 ss..

⁶ *La convenzione è stata modificata* : - dal Protocollo n. 11 - firmato a Strasburgo l'11 maggio 1994 - recante ristrutturazione al meccanismo di controllo stabilito dalla Convenzione. Il nostro Paese ha ratificato il protocollo con l. 28 agosto 1997, n. 296 ;

La Convenzione garantisce il diritto al lavoro e condanna quello forzato ed obbligatorio (art. 4) e conferisce il "*diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire ad essi per la difesa dei propri interessi*" (art. 11), che presuppone il rispetto del diritto alla vita ed alla salute, che non è intesa soltanto come assenza di malattia, ma soprattutto la migliore condizione possibile, nella vita familiare e sociale, che trovano nelle norme degli artt. 2 e 8 della Convenzione, nella giurisprudenza evolutiva della Corte di Strasburgo il loro essenziale baluardo di tutela.

L'uomo ed i suoi diritti fondamentali non possono prescindere, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo dal diritto alla salubrità dell'ambiente, di cui quello lavorativo è una componente essenziale, ed impone agli Stati membri un comportamento attivo per preservare la salute dei cittadini dal rischio legato all'uso di materiali tossici ed inquinanti, di cancerogeni e mutageni⁷, cui è finalizzato l'aspetto economico patrimoniale (oggetto di tutela con l'art. 1, prot. 1, Cedu), e contro ogni discriminazione e disuguaglianza, non giustificati né giustificabili, con esigenze di pubblica utilità.

Ora questi diritti di cui un tempo si dibatteva, essendo controverso il livello gerarchico della fonte, per effetto del Trattato di Lisbona sono immediatamente e direttamente vincolanti, costituendone il vertice più alto e trovando nella Corte di Giustizia la definitiva consacrazione.

Anche alcuni Giudici nazionali, sul presupposto delle norme di cui agli artt. 11

- dall'Accordo europeo concernente le persone che partecipano alle procedure davanti alle Corte europea dei diritti dell'uomo, firmato a Strasburgo il 5 marzo 1996. Il nostro Paese ha ratificato l'Accordo con l. 2 ottobre 1997, n. 348 ; - dal Protocollo n. 14 - firmato a Strasburgo il 13 maggio 2004 - emendante il sistema di controllo della Convenzione di Strasburgo, il quale è stato ratificato nel nostro ordinamento dalla l. 15 dicembre 2005, n. 280.

⁷ Corte Europea per i diritti dell'uomo, Tatar/Romania, ricorso n. 67021/01 sentenza del 27 gennaio 2009.

e 117 della Costituzione, e dei principi propri del diritto comunitario, cui avevano assimilato i relativi principi di diritto, avevano perciò stesso disapplicato norme interne che fossero in contrasto con quelle della Cedu.

Già il Tribunale di Genova⁸ aveva disapplicato la disciplina dell'art. 9, comma 21, secondo capoverso del Decreto Legge 510/96⁹ per contrasto con l'art. 6 Cedu.

Il Giudice nazionale rinveniva nel divieto di conversione del contratto di lavoro a termine di un dipendente dell'Ente Poste Italiane, cui il termine apposto era illegittimo, per violazione della legge n. 230/62, una ingiustificata limitazione della giurisdizione (oltre che una evidente discriminazione dei dipendenti di questo Ente, come quelli del trasporto aereo, rispetto a tutti gli altri lavoratori), in contrasto con i principi di equità, terzietà ed indipendenza del Giudice, anche nella formulazione della regola del giudizio, in contrasto con i principi fondamentali e con l'art. 6 della Cedu.

Ora si comprende meglio come l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, e soprattutto dell'art. 6, comma 2, dispone l'obbligo di disapplicare le norme interne che fossero in contrasto con la Convenzione, rinnegando orientamenti incerti ed altalenanti.

3. Il ruolo della Corte Costituzionale

La Corte di Cassazione, già con la Sentenza delle Sezioni Unite Civili n. 28507 del 23.12.2005, mentre il dibattito dottrinale¹⁰ era ancora animato, aveva

⁸ Sentenza 04.06.2001, estensore Gelonesi, in Foro Italiano, 2001, 2653 e ss..

⁹ Convertito con modificazioni dalla legge n. 608/96.

¹⁰ R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *All'incrocio tra costituzione e Cedu. Il rango delle norme della convenzione e l'efficacia interna delle Sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007; C. DE FILIPPI, D. BOSI, R. HARVEY, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Napoli, 2006.

affermato il valore vincolante delle norme della CEDU e la possibilità per il Giudice nazionale di disapplicare le norme di diritto interno che fossero in contrasto con quelle della Convenzione.

La Corte Costituzionale, invece, con le Sentenze n. 348 e 349 del 2007, ha negato al Giudice nazionale la possibilità di disapplicare direttamente le norme interne, che erano assoggettate al solo eventuale controllo di legittimità secondo la disposizione dell'art. 10 della Costituzione e potevano essere espunte dall'Ordinamento solo con una sua declaratoria.

Questa decisione segna un concreto ed effettivo arretramento negli strumenti di tutela e nel rispetto dei diritti della persona umana, anche dalle ingerenze del potere pubblico e trova il suo compimento in negativo già con la Sentenza della Corte Costituzionale n. 419/00. Con questa Sentenza la Corte aveva dichiarato *eccezionalmente legittima* la norma, se pure in contrasto con i diritti costituzionali della persona umana, sul presupposto di una valutazione comparatistica che li subordinasse (e li sacrificasse) alle esigenze di bilancio, contemplate nell'art. 81 della Costituzione.

La Corte sul presupposto del possibile impatto della sua decisione di incostituzionalità sul bilancio dell'ente pubblico economico, Poste Italiane, aveva dunque deciso per il rigetto della denuncia di incostituzionalità di una norma comunque illegittima, perché contraria ai fondamentali principi contemplati negli artt. 3, 24, 97, 98 e 111 della Costituzione, e negli artt. 6 Cedu, ed in altre norme di diritto internazionale.

Questa decisione mette in crisi il ruolo della Corte Costituzionale come garante e motore per l'affermazione dei diritti della persona umana come contemplati dalla Carta Costituzionale.

Tanto più che nel nostro Ordinamento Costituzionale, dopo la solenne proclamazione del diritto di azione e difesa, con l'art. 24, si è giunti al rafforzamento della tutela dei diritti con la regola del giusto processo come limite alla

Giurisdizione, con la nuova formulazione dell'art. 111 della Costituzione, introdotto con la legge costituzionale n. 2 del 23.11.1999.

I canoni ermeneutici, quella interpretazione secondo costituzione, e lo stesso adeguamento del sistema per effetto della diretta cogenza delle norme fondamentali, subivano uno svilimento, segnando un arretramento anche sul piano interpretativo della efficacia delle norme costituzionali di tutela della persona umana.

Se con una allegoria possiamo rappresentare i diritti della persona umana come consacrati nella nostra Costituzione come dei baluardi posti a difesa laddove ci possa essere il rischio di una lesione, queste decisioni che sviano il teatro della battaglia, permettono di rappresentarli come il bastione nel deserto dei Tartari, dove il nemico appariva solo sullo sfondo, se non nell'immaginazione dei difensori, in perenne attesa.

I valori della nostra Costituzione diventano meno concreti, e ritornano ad essere delle mere astratte formulazioni, con innegabile negazione dei nostri principi fondamentali sui quali è stata edificata la Repubblica.

Il richiamo alla norma di cui all'art. 81 della Costituzione supera con il diritto di difesa e del giusto processo, e con essi anche le norme di cui all'art. 6 Cedu, che tutelano il singolo rispetto all'ingerenza del pubblico potere, con la garanzia di terzietà e di dipendenza del Giudice, non influenzabile nella formulazione del suo giudizio.

Nella postulazione giurisprudenziale qui non condivisa si sorvola sul fatto che la valutazione dell'impatto economico che seguirebbe il ripristino dei diritti costituzionali è quantificata dallo stesso abusante, che lo anima per sviare dalla responsabilità.

Si va affermando la pratica della norma legislativa interpretativa, che è chiamata ad influire sui processi in corso, per determinarne (o ribaltarne) l'esito, limitando i diritti della persona umana, già

violati, e portando all'impunità per i responsabili¹¹.

Queste norme legislative cosiddette interpretative, e le stesse decisioni della Corte Costituzionale¹² che abbiamo richiamato, sono destinate, inevitabilmente, a svalutare il ruolo nomofilattico e regolatore della Corte di Cassazione, poiché intervengono incidentalmente in una fase del giudizio in cui la Suprema Corte non ha ancora esercitato quel ruolo di Giudice di legittimità o al più non aveva consolidato un suo indirizzo, costante e sufficientemente univoco.

Il caso più macroscopico è quello del contenzioso previdenziale¹³ e seriale¹⁴ di

¹¹ La Corte Costituzionale Italiana ha un problematico rapporto tra diritti sociali ed equilibrio finanziario, per tutti M. D'ONGRIA, *La giustizia costituzionale in materia di previdenza sociale: diritti sociali ed equilibrio finanziario*, in *Giorn. Rel. Ind.*, 2000, 81 e ss..

¹² M. MISCIONE, *I poteri della Corte Costituzionale*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, IPSOA, 2008, 1195.

¹³ Caso emblematico quello dei benefici contributivi per i lavoratori esposti ad amianto in siti oggetto di atto di indirizzo, che in forza dell'art. 1, comma 20, legge 247/07, avevano diritto a vedere prolungato il periodo di riconoscimento fino al 02.10.03, con il coefficiente dell'1,5 utile per anticipare la maturazione del diritto a pensione, con l'unica esclusione, dettata dal comma 21, per coloro che fossero già in pensione alla data del 24.12.07, data di entrata in vigore della legge.

Il Ministro del Lavoro, declinando le norme attuative (in forza del comma 22), con D.M. 12.03.08, all'art. 1 b), circoscriveva l'ambito di operatività della legge ai soli siti per i quali l'atto di indirizzo riconosceva l'esposizione fino al 1992 e successivamente l'Inail (atto del 19.05.2008, n. 60002) circoscriveva ancora di più, e limitava a soli 15 dei 500 siti oggetto di atto di indirizzo. Successivamente detto atto regolamentare ministeriale veniva impugnato al TAR del Lazio, che accoglieva il ricorso, dichiarando la illegittimità delle norme regolamentari restrittive. La difesa erariale proponeva il ricorso al Consiglio di Stato e nelle more interveniva lo Stato legislatore, per dettare con l'art. 6, comma 9 bis, legge 25/2010 una norma interpretativa, eguale all'art. 1, lettera b) del D.M. 12.03.08, dichiarata illegittima dal TAR del Lazio. Il giudizio è ancora pendente innanzi al Consiglio di Stato ed è inutile dire che nella giustificazione del proponente (Senatore Battaglia PDL) sono riprodotte le argomentazioni difensive

lavoro, nel quale sono più pressanti le cosiddette esigenze di bilancio, tuttavia determinate non certo dalle parti, quanto piuttosto da una precedente violazione dei criteri di efficace ed efficiente amministrazione, che avrebbe dovuto essere ispirata dalla ricerca virtuosa della compatibilità di bilancio.

L'enorme debito pubblico italiano giustifica allora quelle decisioni che segnano una irresponsabilità dello Stato nell'attività amministrativa ed imprenditoriale, per non comprometterne ulteriormente il bilancio.

Leggi interpretative, o Giurisprudenza di rigetto della Corte Costituzionale, sempre con efficacia retroattiva, anche quando la Corte di Cassazione si è già pronunciata, per annullare dei diritti che la legge aveva conferito, e che erano stati violati.

Questa giurisprudenza e la modalità di utilizzo della potestà legislativa, che mira inequivocabilmente a far venire meno ed a giustificare gli abusi dello Stato, sono giustificate dal presupposto, del tutto infondato, che ci sarebbe da chi ha la titolarità di un diritto e che ne ha chiesto la tutela nei confronti dello Stato che lo ha violato, un abuso, che sarebbe in grado di intaccare la finanza pubblica, e per di più con conteggi sempre affidati all'ente abusante, ed assolutamente privi di un qualsiasi ed oggettivo riscontro.

4. Nuovi profili di tutela con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona

dell'Avvocatura dello Stato (e si riporta anche un accordo sindacale con il Ministro del lavoro teso a limitare a pochi siti il beneficio contributivo) ed è richiamato il possibile impatto (€ 120.000.000) sul bilancio pubblico. Inutile dire che chi ha fatto i conti è l'Inail, che prima aveva circoscritto ai lavoratori di 15 siti una legge dello Stato che in quanto tale dovrebbe conferire diritti a tutti i cittadini.

¹⁴ IPSOA, *Il lavoro nella giurisprudenza: Nuovamente alla consulta il passaggio del personale ATA degli Enti locali allo Stato*, 2008, 11, 1132, nonché: *La tutela comunitaria e internazionale salverà il processo del lavoro italiano?*, 2009, 2, 148.

Questi fatti sommariamente appena descritti, ed in prospettiva, altre fattispecie da cui di seguito trarremo alcuni spunti e valutazioni, dimostrano la necessità sempre più stringente di superare il ristretto ambito della giurisdizione nazionale, e di ricorrere ad una tutela, per i diritti sociali, che sia anche a copertura comunitaria ed internazionale, essendo insufficiente la tutela interna, per l'affievolimento della interpretazione costituzionale dei diritti e lo svilimento dei parametri adeguatori ed interpretativi secondo Costituzione, della Corte di Cassazione.

Il quadro è ora del tutto modificato per effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che all'art. 6 richiama e rende vincolanti altre fonti normative, dotate ora di piena efficacia precettiva.

E' il caso della Carta dei diritti fondamentali, sottoscritta a Nizza il 07.12.00, in occasione del Consiglio europeo dei Presidenti del Parlamento Europeo, del Consiglio e della Commissione CE, la quale fino ad ora era priva di qualsiasi valore giuridico vincolante, e di qualsiasi rimedio giurisdizionale in caso di violazione, non essendo stata inserita nel Trattato Ce, e costituiva soltanto ed unicamente un parametro ermeneutico per l'interpretazione del diritto comunitario.

Anche la Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo era una fonte esterna all'Unione Europea ed è ora recepita formalmente, come fonte del diritto comunitario.

Nella evoluzione graduale del diritto comunitario, che aveva iniziato a recepire le norme della Cedu, attraverso l'interpretazione del diritto comunitario, da parte della Corte di Giustizia che tenesse conto dei diritti fondamentali della convenzione, e dei diritti fondamentali in essa garantiti, sul presupposto dei principi generali¹⁵ risultanti dalle tradizioni

¹⁵ Si veda la sentenza Stauer del 12 novembre 1969 (C-29/69) in cui la Corte di Giustizia affermò che i diritti fondamentali fanno parte dei principi generali del diritto comunitario che la Corte assicura, nonché le sentenze Internationale Handelsgesellschaft del 17

costituzionali comuni, il Trattato di Lisbona e la sua entrata in vigore rappresentano una vera e propria novità, soprattutto per i diritti sociali.

Con il Trattato di Lisbona e l'entrata "effettiva" della Carta di Nizza, ed il recepimento della Cedu, cambia anche il quadro della tutela nel diritto del lavoro.

Con l'entrata in vigore della Carta di Nizza con modalità prescrittive di supremazia assume efficacia vincolante la norma processuale di cui all'art. 28, che costituisce lo strumento di tutela collettiva per tutti i lavoratori (la c.d. "*labour class action*").

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e la Carta Comunitaria e dei diritti fondamentali dei lavoratori è stata sottoscritta a Strasburgo il 09.12.1989 e la Carta Sociale Europea è stata approvata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 03.05.1996, e ratificata con legge 09.02.99 n. 30.

In più occasioni la giurisprudenza interna ha applicato direttamente le norme della Carta di Nizza e della Cedu, fino a quando è intervenuta la Corte Costituzionale con le già richiamate Sentenza 348 e 349 del 2007, che segnano l'affievolimento anche del principio del diritto di difesa e di far valere qualsiasi diritto, nel giusto processo.

Con queste Sentenze la Corte Costituzionale pur affermando l'introduzione del filtro intermedio costituito dall'art. 6 Cedu, non ha

dicembre 1970 (C-11/70); Nold del 24 settembre 1975 (C-4/73); Rutili del 28 ottobre 1975 (C-36/75); Hauer del 13 dicembre 1979 (C-44/79); Baustahlgewerbe del 17 dicembre 1998 (C-185/95), ove la Corte di Giustizia ha seguito il metodo della Corte CEDU nell'interpretare l'art.6 della Convenzione ed applicarlo ad una procedura del Tribunale di Prima Istanza). Ancora Corte di Giustizia, Sentenza 27.06.06, causa C-504/03 Parlamento Europeo / Consiglio; Sentenza 13.03.07, causa Unibet C-432/05. Il ruolo della Carta di Nizza nelle tecniche di argomentazione e di attività interpretativa nella giurisprudenza soprattutto della Corte di Giustizia Le Corti e la Carta di Nizza, *Fundamental rights*, a cura di B. Caruso, M. Milittello, F. Amici, V. Papa, E. Saccà, Dossier n. 12, 2009, su www.europa.eu.

consentito il consolidamento del principio di diretta applicazione di queste norme nel diritto interno, e di affidarne la tutela dei diritti alle sedi giudiziarie sovranazionali.

Ora con il Trattato di Lisbona, efficace anche nell'ordinamento interno, il quadro è destinato ad essere completamente modificato, in quanto a queste forme di tutela si aggiunge quella della disapplicazione da parte del Giudice interno di quelle norme di diritto nazionale che siano in contrasto con il diritto comunitario e dunque nello specifico anche in contrasto con quelle della Cedu e della Carta di Nizza e della Carta Sociale Europea.

Alla tradizionale tutela sovranazionale della Corte di Strasburgo, si aggiunge quella indiretta costituita dalla possibilità di domandare l'intervento, sul piano interpretativo, della Corte di Giustizia, nel caso la norma interna rientri nei campi di applicazione della disciplina comunitaria (nella quale sono ricompresi i diritti contemplati nella stessa Carta di Nizza e/o nella Carta Sociale Europea e nella Cedu), o la possibilità di chiederne identica tutela in via amministrativa con la verifica della loro efficace ed effettiva trasposizione ed effettiva ed efficace applicazione nell'ordinamento interno, ed in caso contrario con la possibilità di chiedere l'inizio della procedura di infrazione.

Tuttavia questo richiamo alla tutela multilivello costituisce una abdicazione dell'ordinamento nazionale nella garanzia dei diritti della persona, che smentisce una millenaria nostra tradizione di cui sono depositari i vari operatori, dagli avvocati fino ai magistrati, per non trascurare i professori universitari, e che a suo tempo ha ispirato e continua ad ispirare tutti gli altri ordinamenti moderni.

Le ragioni di questo sacrificio che costituisce un arretramento anche morale e culturale, oltre che etico e sociale, e lede con i diritti fondamentali anche la democrazia, sono costituite dalla necessità di aggirare responsabilità contabili ed amministrative.

Ne è la conferma la Sentenza della Corte Costituzionale n. 311 del

16/26.11.2009, che restringe ancora di più l'ambito di tutela dei diritti soprannazionali dell'ordinamento interno: chiamata a risolvere per la seconda volta la vicenda del trasferimento del personale ATA dagli enti locali allo Stato, dichiarava conforme a costituzione le norme di sospetta legittimità che erano state individuate dalla Corte di Cassazione, con l'ordinanza 22260/08.

Queste norme negavano il diritto al riconoscimento dell'anzianità di servizio al personale amministrativo dell'amministrazione scolastica, trasferito dagli enti locali allo Stato.

Ma questa vicenda processuale non si è esaurita con questa decisione, in quanto paradigmaticamente entrava in gioco la pregiudiziale comunitaria, sollevata dal Tribunale di Torino, sul presupposto del necessario e doveroso rispetto dell'art. 6 della Cedu, ed il diritto ad un equo processo, ora principio generale di diritto comunitario, senza tra l'altro richiamare la direttiva 77/CE/187 Cee, modificata dalla direttiva 98/CE/50.

Il Tribunale di Milano aveva dunque chiesto alla Corte di Giustizia qualche giorno prima della ratifica del Trattato di Lisbona una applicazione orizzontale dei principi generali di diritto comunitario quali quelli del giusto processo, senza alcun richiamo al capo di applicazione del diritto comunitario.

La Corte di Giustizia, in soli 20 giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza di rinvio sulla Gazzetta Ufficiale, con ordinanza del 03.10.08, si dichiarava incompetente.

Se da un lato la decisione può considerarsi in linea con la sua giurisprudenza¹⁶, non può non essere rilevata la celerità della pronuncia, adottata in assenza dell'*iter* procedurale ordinario, che sarebbe stato opportuno, in quanto con osservazioni scritte e trattazione orale, si sarebbe realizzato quel dialogo tra le Corti, che avrebbe permesso di far emergere l'ambito proprio

del diritto comunitario, essendo la normativa interna in attuazione della direttiva 91/533/CE, ed il conseguente obbligo di informativa circa le condizioni applicabili al contratto di lavoro.

Quando la Corte Costituzionale con la Sentenza n. 311/09 dichiara infondata la questione sollevata con l'ordinanza n. 22260/08, segue immediatamente un ulteriore rinvio pregiudiziale del Tribunale di Venezia, che precedeva di pochi giorni l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Ma quello che più meraviglia nella Sentenza della Corte Costituzionale è la interpretazione dell'art. 6 Cedu come norma ancora pattizia e non come principio fondamentale del diritto comunitario, ignorando completamente che di lì a pochi giorni, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (art. 6, comma 2) il quadro sarebbe radicalmente mutato.

Ciò non può non avere notevoli implicazioni nello scrutinio degli strumenti di tutela giurisdizionale dei diritti della persona umana.

Un caso emblematico, sul quale poi ritorneremo, è quello dei lavoratori esposti ad amianto nei siti oggetto di atto di indirizzo, nei quali è intervenuta una modifica legislativa, per modificare retroattivamente la legge che conferiva dei diritti pensionistici, espropriandone i lavoratori, che ne avevano maturato il diritto, e per di più ottenuto dal Giudice amministrativo l'annullamento del Decreto Ministeriale restrittivo, e destinato ad influire nel giudizio di secondo grado.

Queste modalità di azione sono ora in contrasto con il Trattato di Lisbona il quale recepisce l'art. 6 Cedu e l'art. 47 della Carta di Nizza, ormai vincolanti, che non permettono tale esercizio del potere legislativo finalizzato a rendere legittimo per legge il comportamento illecito dell'ente pubblico o dell'ente previdenziale che nega diritti quesiti, pur dopo Sentenze che li riconoscono.

Si afferma in sostanza un nuovo strumento di tutela costituito, come meglio in seguito vedremo, dalla disapplicazione del diritto interno in contrasto con quello comunitario e quello

¹⁶ Sentenza 29 maggio 1997, causa C-299/95, Kremzow; ordinanza 6 ottobre 2005, causa C-328/04, Vajnai.

internazionale recepito, e dalla valorizzazione del Giudice interno come primo giudice comunitario, che precede la nomofilachia comunitaria affidata alla Corte di Giustizia, e che si somma a quella interna della Corte di Cassazione e dal giudizio di legittimità della Corte Costituzionale (in tale nuovo contesto entra a pieno titolo il profilo introdotto dall'art. 6, commi 1 e 2, del Trattato di Lisbona).

Il Giudice interno riacquisirebbe quel ruolo fondamentale di tutela dei diritti negati, dopo l'affievolimento del ruolo della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione, e senza la necessità di dover ricorrere alle Corti internazionali.

Lo *ius peregrinum* ha dunque inaugurato una nuova stagione di tutela interna dei diritti fondamentali della persona umana, disboscando quella congerie di interventi legislativi statali, che spesso si sono sovrapposti senza un disegno organico ed ingenerando incertezze interpretative, finalizzate unicamente a sostenere le posizioni della difesa erariale, ed a far assolvere lo Stato come potere amministrativo rispetto alle responsabilità cui era chiamato a rispondere.

Queste decisioni della Corte Costituzionale e l'arresto ingiustificato ed incomprensibile nel processo di integrazione europea sono destinati a venir meno per l'effetto delle pronunce delle Corti internazionali, e soprattutto per la nuova presa di coscienza del Giudice interno, a pieno titolo Giudice Comunitario interno, e come tale garante anche sul piano etico giuridico dei diritti costituzionali (ora fatti propri dal diritto comunitario, ai sensi dell'art. 6, comma 2, del Trattato di Lisbona: ci riferiamo a quei diritti propri delle tradizioni costituzionali continentali espressamente richiamati nel testo normativo).

Il Giudice Comunitario interno deve disapplicare quelle norme interne che sono in contrasto con i diritti della persona umana riconosciuti e contemplati dal diritto comunitario, nel senso della sua

accezione più ampia, come disegnata dall'art. 6 del Trattato di Lisbona.

Merita di non essere condiviso l'orientamento proprio della Corte di legittimità¹⁷, che non tien conto della dichiarazione di iniquità di un processo da parte della Corte Europea.

Viene meno così il parametro intermedio della Cedu, e le sue stesse norme sono ora di diritto comunitario anche perché richiamate e trasfuse, quali principi fondamentali del diritto, anche nella Carta di Nizza.

Inoltre, la Giurisprudenza anche costituzionale esalta il ruolo della Corte di Giustizia, quale Giudice di *nomofilachia esclusiva* anche rispetto alla Corte Costituzionale (anche in ragione dell'assorbimento dei principi costituzionali fondamentali comuni a tutti gli Ordinamenti Continentali nel diritto comunitario), che sospende il suo giudizio di legittimità e lo devolve alla medesima, nel caso in cui il suo oggetto imponga "*l'attivazione della cosiddetta pregiudiziale comunitaria*¹⁸".

Dalla Corte Costituzionale Italiana, infatti, con l'Ordinanza 103 del 2008, si è scritto "*detto Giudice, al fine dell'interpretazione delle pertinenti norme comunitarie, necessaria per l'accertamento della conformità delle norme interne con l'Ordinamento comunitario, si avvale, all'occorrenza, del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia CE di cui all'articolo 234 del Trattato CE*¹⁹" e conseguentemente "*detta Corte ritiene opportuno sollevare questioni*

¹⁷ Cass. pen, Sez. I, 1° dicembre 2006 – 25 gennaio 2007, n. 2800, in Foro Italiano, 2007, II, 278.

¹⁸ Giurisprudenza Costituzionale del 2008, Roma, 28 gennaio 2009, 6-7, su www.cortecostituzionale.it.

¹⁹ Prolusione del Presidente Giovanni Maria Flick - La Giustizia costituzionale oggi: gli approdi e le prospettive, nel quale il richiamo alla Corte di Giustizia è giustificato dal "*fine di evitare il pericolo di contrasti ermeneutici tra la giurisdizione comunitaria e quella costituzionale nazionale, che non giovano alla certezza ed all'uniforme applicazione del diritto comunitario*", nel pieno rispetto dei "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario" a norma dell'art. 117, comma 1, della Costituzione.

pregiudiziali davanti alla Corte di Giustizia CE ai sensi dell'articolo 234 del Trattato CE esclusivamente con riguardo alle violazioni degli articoli 49 e 87 del Trattato CE".

E' il formale completamento di quel quadro nuovo, anche in termini di tutela processuale, costituito dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

5. Il giudizio di costituzionalità e le norme comunitarie

Vigeva in materia il teorema Tesaurò²⁰, il quale, in tema di questione di legittimità costituzionale di una norma di diritto interno, in sospetto contrasto con la norma comunitaria, ne limita l'ambito *"all'ipotesi del contrasto tra norma interna e norma comunitaria non produttiva di effetti diretti, vuoi perché priva delle caratteristiche di precisione, chiarezza e carattere incondizionato alle quali quegli effetti sono subordinati, vuoi perché destinata a regolare rapporti orizzontali"*.

*"Qualora la norma comunitaria in questione non sia dotata di efficacia diretta, trattandosi comunque di una situazione normativa non conforme agli obblighi comunitari e dunque riconducibile nell'alveo della disposizione costituzionale prima citata, l'antinomia deve essere comunque risolta e non può che trovare compimento secondo le regole generali del nostro ordinamento, vale a dire con il necessario intervento della Corte costituzionale"*²¹.

La Corte Costituzionale, come filtro interpretativo ed applicativo nel complicato rapporto tra disciplina comunitaria, norme costituzionali e regole interne, diviene Giudice della causa e dei

diritti ed interessi dedotti nel singolo giudizio e perciò stesso rientra sia nella nomofilachia comunitaria (per cui c'è competenza esclusiva della Corte di Giustizia), sia nella nomofilachia interna, affidato alla Corte di Cassazione.

Questa posizione è ora definitivamente tramontata, per effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che invece riaffida la nomofilachia comunitaria alla Corte di Giustizia e rivaluta il ruolo del Giudice di merito e del Giudice di legittimità anche come primo garante dei diritti dei cittadini, con la possibilità di disapplicare direttamente, o chiedere il supporto interpretativo alla Corte di Giustizia.

Infatti, il nuovo testo dell'art. 117 della Costituzione deforma in parte il ruolo della Corte Costituzionale, poiché il legislatore interno deve rispettare in modo pregnante e diretto gli obblighi comunitari internazionali.

La fattispecie che rende plasticamente dimostrati questi diversi ruoli è quella del contratto a tempo determinato, sia nel privato, sia nel pubblico impiego.

La Corte Costituzionale è intervenuta con la Sentenza 214 del 2009: se da una parte è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 bis del D.Lvo 06.11.2001, n. 368, introdotto dall'art. 21, comma 1 bis, del decreto legge 25.06.2008, n. 112, convertito con modificazione dalla legge 06.08.08, n. 133, dall'altra aveva dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 ed 11 del D.Lvo 368/01 e dell'art. 2, comma 1 bis del D.Lvo 368/01.

Le norme di cui all'art. 1, commi 1 ed 11 e dell'art. 2, comma 1 bis, del D.Lvo 368/01 traggono la loro legittimazione costituzionale da presunte esigenze di equilibrio di bilancio, ma sacrificano i diritti delle persone, violati ancora una volta dallo Stato, anche con l'esercizio del potere legislativo.

Il Tribunale di Siena, estensore Cammarosano, con il suo provvedimento del 23.11.09, richiama la giurisprudenza della Corte di Giustizia, ed applica

²⁰ G. TESAURÒ, *Diritto comunitario*, V^a edizione, Padova, 2008, 207 e ss., ma già in *Diritto comunitario* Giudici Nazionali, in *Convivenza nelle libertà: scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 1999, 1342.

²¹ R. MASTROIANNI, *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte costituzionale*, in *Dir. U.E.*, 2007, 3, 589.

direttamente la direttiva 1999/70/CE²², e perciò stesso disapplica le norme di diritto interno, perché in contrasto con quelle di diritto comunitario, pur essendo state dichiarate costituzionalmente legittime dalla Corte Costituzionale (con la Sentenza n. 214/09).

Questa decisione del Giudice senese è destinata ad assumere un ruolo fondamentale nel dibattito in dottrina, e ad influire sulla giurisprudenza, poiché con essa non si crea ma si applica il diritto vivente, attraverso norme cogenti nel nostro ordinamento.

Il rimedio *extra ordinem* evidenzia la inadeguatezza in alcuni casi della Corte Costituzionale e gli strumenti ordinari di regolazione dei conflitti tra norme di diverso grado.

Recentemente altri Giudici di merito, sempre più consapevoli di essere per il loro ruolo, anche dei Giudici Comunitari interni, hanno sollevato altre due ordinanze di pregiudizialità comunitaria, ex art. 234 del Trattato.

²² “La lettura dei principi comunitari come limitata alla prevenzione dell’abuso nella successione contrattuale ricorda l’immagine di un ricercatore al microscopio, sembrando invece miglior strumento il telescopio per la individuazione di principi fondanti di non discriminazione, ed è ulteriormente viziata nella scelta dello strumento di osservazione la lettura del caso concreto. Nel quale l’abuso nella successione è ricercato, al fine di tentare di escluder aprioristicamente la possibilità stessa del risultato, nel singolo caso, laddove invece è il macrofenomeno economico, la grandiosa girandola della utilizzazione del lavoro precario, nella non modesta percentuale del 15% in un ambito imprenditoriale di decine e decine di migliaia di dipendenti, a svelare anche nella utilizzazione del singolo, isolato rapporto di lavoro a termine dell’indiretto abuso. L’abuso nella successione dei contratti a termine bene può essere rivelato non solo dal punto di vista del singolo lavoratore, ma da quello della globale utilizzazione del lavoro precario in ambito aziendale. Nel medesimo stabile posto di lavoro, nella medesima ordinaria mansione, per dodici mesi su dodici all’anno, tanto è abusivo utilizzare in successione temporizzata un medesimo lavoratore, quanto farvi ruotare lavoratori diversi con singoli contatti. In entrambi i casi abbiamo un sostanziale fenomeno di successione dei rapporti”.

Il Tribunale di Trani²³, ha sollevato con ordinanza del 23/25.11.2009 la seconda questione di pregiudizialità comunitaria sull’art. 1 bis, D.Lvo 368/01.

Il Giudice remittente chiede alla Corte di Giustizia di accertare il già rilevato contrasto della norma interna con la direttiva 1999/70/CE, e sul presupposto dell’abuso della posizione dominante, chiede la definizione con giudizio accelerato, ex art. 104-bis del regolamento di procedura.

La Corte, nel caso di accoglimento dell’istanza, potrebbe definire in tempi brevissimi anche i poteri del Giudice interno.

Anche il Tribunale di Rossano con ordinanza del 14.12.09²¹, ha sollevato la terza questione di pregiudizialità comunitaria sull’art. 36, comma 5, del D.Lvo 165/01.

Il Giudice remittente motiva il suo provvedimento richiamando l’inadeguatezza dell’intero sistema di tutele antiabusive, e le diverse discipline del precariato pubblico, tutte in contrasto con le norme del diritto comunitario, sul presupposto che anche la Corte Costituzionale aveva negato la declaratoria di illegittimità delle norme preclusive della conversione del contratto a termine, sul presupposto del divieto di cui all’art. 97, comma 3, della Costituzione, rispettivamente con le Sentenze n. 89/2003, e 215 e 293 del 2009.

La Corte di Giustizia è chiamata dunque a dirimere anche la frammentarietà dell’intera normativa del contratto a tempo determinato, che è in contrasto con i principi di certezza del diritto, nella misura in cui affievolisce la difesa della parte più debole.

La norma di cui all’art. 36 del D.Lvo 165/01, che era stata dettata per trasporre nell’ordinamento interno il principio di diritto comunitario di stabilità del rapporto lavorativo, si era trasformata, anche alla

²³ Estensore La Notte Chirone, causa Vino/Poste Italiane C-20/2010.

²¹ Estensore Coppola, causa Affatato/ASL Cosenza, C-3/2010.

luce del complesso generale di tutte le norme del diritto interno, in elusione del dettato comunitario e costituzionale.

Infatti, se astrattamente questa norma poteva sembrar tale, in concreto l'assenza di idoneo ristoro dei pregiudizi anche non patrimoniali, conseguenti agli abusi sofferti dai lavoratori, e di sanzione per i responsabili, in concreto appariva come giustificativa della precarizzazione sostanziale dei rapporti di lavoro, in palese ma non sanzionata violazione del diritto comunitario, nella accezione più ampia voluta dal Trattato di Lisbona.

Il Giudice nazionale, con le ordinanze innanzi citate, supera il vaglio di legittimità costituzionale nazionale, in ambito di applicazione della normativa comunitaria, e sancisce la sua inidoneità alla funzione di garante dei diritti fondamentali della persona umana, nonostante fossero consacrati in modo solenne nella nostra Carta fondamentale, e subordinati a presunte esigenze di bilancio con l'esaltazione dei principi normativi di cui all'art. 81 della Costituzione.

Il diritto è chiamato alla sprovincializzazione ed al superamento dei limiti imposti da una (errata) assolutizzazione della norma di cui all'art. 81 della Costituzione, che non può costituire la foglia di fico capace di celare la violazione dei diritti della persona umana.

Il diritto non può prescindere ed anzi deve essere ancorato ai principi fondamentali ed ineludibili di rispetto della persona umana, e che preesistono e sono ad essa innati, e deve aprirsi a tutte le esperienze, e raccordarsi per risolvere il conflitto tra norme di diverso rango, nell'attenzione finalistica ai diritti inalienabili della persona umana.

Con le ordinanze di pregiudizialità comunitaria il Giudice nazionale è esso stesso Giudice comunitario e vede nella Corte di Giustizia l'organo supremo dell'esercizio giurisdizionale, nel ruolo di nomofilachia comunitaria, finalizzata alla tutela dell'interesse generale, cui non giova certamente la contraddittorietà normativa indotta dal sovrapporsi nel

tempo di norme anche di rango diverso e che sono destinate anche ad influenzare i modelli interpretativi.

Il caso delle norme sui contratti di lavoro a tempo determinato ed indeterminato è uno solo dei tanti, ma è qui richiamato perché coinvolge centinaia di migliaia di persone, famiglie e l'intera collettività nazionale.

La tutela *multilevel* ed i diritti cosiddetti sociali passano ad una tutela interna rafforzata dalla garanzia della Corte di Giustizia, che assicura l'omogenea applicazione dei principi e delle regole generali della Carta Costituzionale Europea.

Gli ultimi sviluppi della giurisprudenza di merito rafforzano il prestigio della nostra cultura giuridica e della nostra Nazione, in quanto la rilettura e talvolta il superamento della giurisprudenza della Corte Costituzionale, dimostrano come siano in grado di censurare anche lo Stato amministratore e lo Stato imprenditore, perseguendo la tutela dei diritti della persona attraverso il ruolo della Corte di Giustizia e del Giudice delle Comunità degli Stati.

Ne è prova l'operato del Tribunale di Venezia che con ordinanza di pregiudizialità comunitaria del 4 Gennaio 2010, ha chiesto alla Corte di Giustizia la verifica di compatibilità comunitaria dell'art. 1 comma 218 della legge 266/2005, in tema di regolamentazione giuridica ed economica del passaggio del personale Ata dagli enti locali allo Stato, già a suo tempo dichiarata legittima dalle Sentenze nr. 234/2007 e nr. 311/2009 e dalla stessa ordinanza nr. 212/2008, della Corte Costituzionale²².

Il Giudice lagunare nella sua ordinanza di pregiudizialità comunitaria del 4 Gennaio 2010 richiama la normativa europea in tema di trasferimento di azienda, e i "*principi generali del vigente diritto comunitario della certezza del*

²² La questione fu sollevata dal Tribunale di Venezia (estensore Bortolaso) con ordinanza del 4 Aprile 2006, nella quale la norma legislativa appariva in contrasto con gli art. 3, 101, 102 e 104 della Costituzione.

diritto, della tutela del legittimo affidamento, della uguaglianza delle armi processuali, della effettiva tutela giurisdizionale, ad un tribunale indipendente e, più in generale, ad un equo processo, garantito dall'art. 6 nr. 2 del Trattato sull'Unione Europea (così come modificati dall'art. 1.8 del Trattato di Lisbona ed al quale fa rinvio l'art. 46 del Trattato sull'Unione) - in combinato disposto con l'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4/11/1950, e con gli art. 46, 47 e 52 nr. 3 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 Dicembre 2000, come recepiti dal Trattato di Lisbona".

6. Il nuovo sistema costituzionale europeo

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona disegna un nuovo sistema costituzionale europeo nel quale la Corte di Giustizia viene elevata a supremo Organo della nomofilachia ed è in grado di armonizzare le norme di diverso rango dei diversi Paesi della comunità, anche se non è una Corte Costituzionale Europea²³, né il Giudice di ultima istanza²⁴, per il contenzioso nazionale.

La Corte di Giustizia contribuisce a creare un diritto interno e comunitario orientato e bilanciato sulla Carta dei diritti, ora vincolante, come confermato dalla Sentenza della Grande Sezione, della Corte di Giustizia, emessa in data 19

²³ V. B. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in *Il lavoro subordinato*, a cura di S. Sciarra e B. Caruso, Torino, 2009, 740 ss.

²⁴ In relazione al contrasto interpretativo tra la Corte Costituzionale italiana, per effetto dei vincoli di bilancio di cui all'art. 81 della Costituzione, che ne guidano le risoluzioni ermeneutiche, con la Corte di Cassazione, che vede limitati i suoi poteri nel dettare gli indirizzi nomofilattici, anche attraverso una demolizione, per effetto di norme interpretative con efficacia retroattiva, che ne segnano il declino della posizione di garante istituzionale e costituzionale.

Gennaio 2010, a definizione della causa C-555/07, *Kücükdeveci c/ Swedex GmbH & co.kg*, con la quale vengono accolte le conclusioni formulate in data 7 luglio 2009 dell'Avvocato generale francese Yves Bot del quale riportiamo nell'esatto tenore letterale le precise richieste, che sovvertono gli effetti della Sentenza "Mangold", e sanciscono il cambio di orientamento della Corte di Giustizia in tema di applicazione *in orizzontale* e tra privati del diritto comunitario in tema di eguaglianza e non discriminazione.

Con la Sentenza del 19 gennaio 2010, la Corte di Giustizia ha accolto le sue conclusioni, ed ha stabilito che, è il Giudice interno che deve disapplicare la normativa nazionale, anche nelle controversie tra singoli²⁵, in caso di norme discriminatorie.

La Corte di Giustizia fissa il principio di diritto della disapplicazione da parte del Giudice interno di qualsiasi normativa nazionale in contrasto con quella di diritto comunitario: *"Risulta da queste considerazioni che il Giudice nazionale, investito da una controversia tra privati, non è tenuto, ma ha la facoltà di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale sull'interpretazione del principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente dalla direttiva 2000/78, prima di disapplicare una disposizione nazionale che ritenga contraria a tale principio. Il carattere facoltativo di tale dizione è indipendente dalle modalità che si impongono al Giudice nazionale, nel*

²⁵ L'oggetto della causa era costituito dalla doglianza di un lavoratore nei confronti del datore ai fini del riconoscimento del periodo dell'attività lavorativa subordinata maturato prima del compimento del 25° anno di età, ai fini del calcolo dei termini di preavviso di licenziamento.

L'art. 622 del codice civile tedesco lo vietava, e la Corte di Giustizia lo ha dichiarato in contrasto con l'art. 6 nr. 1 della direttiva 2000/CE/78, che impone divieti di discriminazione per religione o convinzione personale, handicap, età e tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli stati membri il diritto della parità di trattamento.

diritto interno, per poter disapplicare una disposizione nazionale che ritenga contraria alla Costituzione. In considerazione di tutto quel che precede, la seconda questione va risolta dichiarando che è compito del Giudice nazionale, investito di una controversia tra privati, garantire il rispetto del principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente dalla direttiva 2000/78, disapplicando, se necessario, qualsiasi disposizione contraria della normativa nazionale, indipendentemente dall'esercizio della facoltà di cui dispone, nei casi previsti dall'art. 267, secondo comma, TUE, di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale sull'interpretazione di tale principio".

E' lo strumento della disapplicazione o non applicazione del diritto interno, con il quale la Corte di Giustizia demolisce espressamente il giudizio di costituzionalità interno di norma nazionale in contrasto con il diritto comunitario che mette in crisi il ruolo delle Corti Costituzionali nel nuovo sistema delle fonti²⁶.

Già prima che entrasse in vigore il Trattato di Lisbona la Corte di Giustizia aveva formulato le sue decisioni ed affermato la regola del giudizio sulla applicazione diretta ed orizzontale anche nelle controversie tra privati del diritto comunitario e del principio di eguaglianza e di non discriminazione: con la Sentenza sezione I, 7/9/2996, in causa C-81/05 relativa alla direttiva sociale 80/CE/87, afferente l'insolvenza del datore di lavoro, la Corte di Giustizia aveva imposto al Giudice nazionale di disapplicare *"qualsiasi disposizione nazionale discriminatoria, senza dover chiedere o attendere la rimozione da parte del legislatore, e deve applicare ai componenti del gruppo sfavorito lo stesso regime che viene riservato agli altri lavoratori ... tale obbligo incombe ad esso indipendentemente dall'esistenza, nel*

²⁶ A. PERRINO, *Sul ruolo della Corte di Giustizia come Corte dei Principi*, in I principi di diritto comunitario e le piroette del legislatore italiano.

*diritto interno, di disposizioni che gli attribuiscono la competenza al riguardo"*²⁷.

Ora in questo nuovo quadro di gerarchia delle fonti, e di rivalutazione del ruolo del Giudice di merito, quale Giudice comunitario, non è senza effetto aver recepito come principi vincolanti quello di uguaglianza (art. 20) e di non discriminazione (art. 21) come dettati dalla Carta di Nizza, che come abbiamo visto la Corte di Giustizia aveva già unificato in un unico principio di diritto comunitario, e dovrebbe determinare una maggiore consapevolezza nel Giudice nazionale di essere prima di tutto Giudice Nazionale interno, chiamato a disapplicare automaticamente quelle norme che fossero in contrasto con il diritto comunitario.

La fattispecie che paradigmaticamente riassume e permette di illustrare le conseguenze che avranno sul diritto interno le nuove norme del Trattato di Lisbona, ora in vigore, è sempre quella dei contratti a termine e dei diritti sociali in materia di lavoro, nella quale non mancano i contrasti²⁸.

Infatti come prima è già emerso, in questa materia il legislatore italiano con il decreto legislativo nr. 368/2001 ha eluso le tutele già esistenti, senza inserirne delle altre preventive, ed è intervenuto in maniera peggiorativa (con effetto opposto a quello voluto dalla direttiva di cui ha tradito lo spirito).

Successivamente la Corte di Cassazione con la Sentenza 12985/2008 ha evitato che si precarizzassero per legge tutti i rapporti

²⁷ Corte di Giustizia, sezione 7°, ordinanza 16/1/2008 nelle cause riunite « Molinari e a. » da C-128/2007 a C-131/2007. La Corte utilizza lo strumento dell'ordinanza ex art. 104, nr. 3 primo comma, e regolamento, ritenendo il principio interpretativo ormai consolidato nella giurisprudenza comunitaria, anche in termini di potere di disapplicazione del Giudice interno rispetto ad una normativa nazionale contrastante con il principio di parità di trattamento in termini di applicazione del diritto comunitario, nella specie tra uomini e donne.

²⁸ Qualche mese prima la stessa grande sezione, nella sentenza *Magold* attinente una finta controversia tra privati l'orientamento si era rivelato diverso.

di lavoro a termine ed ha interpretato le nuove norme in modo conforme al quadro comunitario, con le stesse tecniche e le stesse regole della legge 230/62, che ha tra l'altro ritenuto applicabile per i rapporti insorti precedentemente alla nuova normativa.

Le ordinanze di pregiudizialità comunitaria dei Tribunali di Trani, Rossano, Venezia, provano come il Giudice interno ha ben compreso il margine dei suoi poteri, ed il loro rafforzamento per effetto di giurisprudenza della Corte di Giustizia, con il principio comunitario di uguaglianza e non discriminazione, che consente la diretta disapplicazione o non applicazione delle norme interne in contrasto con il diritto comunitario, senza alcuna distinzione tra *primario* e *derivato*, e spostando all'interno dell'ordinamento la relativa verifica di legittimità comunitaria e senza necessità di ulteriori interventi interpretativi esterni al giudizio (Corte Costituzionale, Cedu, Corte di Giustizia, quando si è già espressa) e risolvere così il conflitto tra regole sovranazionali e nazionali.

7. Il banco di prova del Giudice Comunitario interno: i benefici contributivi dei lavoratori esposti ad amianto, nei siti oggetto di atto di indirizzo

Le prestazioni pensionistiche costituiscono una parte della retribuzione, che rende applicabile direttamente l'art. 141 del Trattato CE, e dunque dell'obbligo all'uguaglianza ed il divieto di qualsiasi discriminazione.

Il legislatore comunitario è altresì intervenuto in questa materia con la Direttiva 19.12.1978 n. 79/7/CE che espressamente riteneva le prestazioni pensionistiche come retributive, ed ha vietato qualsiasi diversità di trattamento che non trovasse giustificazioni in obiettivi diversi presupposti della fattispecie.

La Corte di Giustizia con decisione del 29.11.2001, nella causa C-366/99, e successivamente con decisione del

13.12.2001, nella causa C-206/2000, ed in ultimo con decisione del 13.11.2008, nella causa C-46/2007, ribadisce anche in materia di accesso e di determinazione degli importi della prestazione pensionistica il principio di uguaglianza e di non discriminazione.

Qualsiasi diversa regolamentazione in tema di requisiti di accesso o di determinazione degli importi della prestazione pensionistica privi di giustificazione su presupposti e condizioni diverse sono ripudiate come contrarie al diritto comunitario, quello proprio della direttiva, ma soprattutto quello dei trattati.

Il Legislatore Comunitario recepisce una nozione *onnicomprensiva* di retribuzione, che comprende anche le prestazioni pensionistiche.

Con la Sentenza del 13.11.2008, la Corte di Giustizia, nel definire la causa C-46/2007, ha condannato la Repubblica Italiana per violazione dell'art. 141 TCE, in quanto le norme del Pubblico Impiego stabilivano una diversa età pensionabile di uomini e donne, rispettivamente di sessantacinque e sessanta anni, e soprattutto perché la pensione INPDAP, tenendo conto della media delle retribuzioni percepite negli ultimi anni e dei contributi corrispondentemente versati, deve essere qualificata come retribuzione.

L'eguaglianza nelle prestazioni pensionistiche per identiche situazioni, presuppone identità delle medesime, e nelle modalità di accesso, sul presupposto che le medesime sono a pieno titolo delle prestazioni retributive: la stessa Corte di Giustizia era già intervenuta con la Sentenza del 29.11.2001 che, nel definire la causa C-366/99, sanciva il principio di uguaglianza e di non discriminazione, in applicazione della direttiva 19.12.1978, n. 79/7/CEE e dell'articolo 141 TCE: veniva formalmente sancito l'obbligo del rispetto del principio di uguaglianza e di non discriminazione in ordine al diritto alla maturazione ed alla entità della prestazione pensionistica, per effetto di maggiorazioni dell'anzianità contributiva.

Nello stabilire l'entità delle retribuzioni (nozione di cui all'art. 141 TCE), l'eguaglianza sostanziale impone di corrispondere indennità dirette a compensare svantaggi professionali per i dipendenti pubblici femminili.

Il caso che costituisce il banco di prova di questa nuova consapevolezza del ruolo che deve svolgere il Giudice comunitario interno, ora consapevole del suo (nuovo) ruolo è quello dei benefici contributivi per esposizione qualificata a polveri di amianto per i lavoratori dei siti oggetto di atto di indirizzo ministeriale.

La materia è regolata per effetto della Direttiva 477/83/CEE²⁹, cui ne sono seguite delle altre, fino alla numero 148³⁰ del 30.11.2009.

La Repubblica Italiana era già largamente inadempiente, in quanto dopo aver riconosciuto l'asbestosi come malattia professionale con la legge 455 del 12 aprile 1943³¹, ed affermato solennemente il diritto alla salute come interesse anche della collettività oltre a diritto inalienabile della persona umana (art. 32 Costituzione) ed avere subordinato l'iniziativa economica pubblica e privata al rispetto dei principi di utilità sociale, e comunque in modo da non recare pregiudizio alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana (art. 41, Il comma, Costituzione), non aveva assunto alcuna misura di protezione per i lavoratori esposti (nonostante l'obbligo prevenzionistico di carattere generale e contrattuale a carico del datore di lavoro - art. 2087 c.c. - che si sommava a quello dello Stato).

Le forti ragioni economiche e la pressione di un certo ceto industriale avevano impedito il tempestivo e puntuale recepimento della direttiva, che aveva portato alla procedura di infrazione 240/89, che fu definita dalla Corte di Giustizia il 13.12.1990 con una condanna a carico della Repubblica Italiana.

La decisione della Corte di Giustizia costrinse il Legislatore interno a recepire la direttiva, ed a stabilire limiti di soglia (decreto legislativo 277/91), fino ad interdire l'estrazione, la lavorazione e la commercializzazione del pericoloso minerale, con la legge 257/92, che dettava anche dei risarcimenti contributivi con l'articolo 13, rispettivamente al comma 7, per i lavoratori malati, ed al comma 8 per i lavoratori esposti per oltre dieci anni.

L'indennizzo retributivo permetteva di maturare anticipatamente la prestazione pensionistica per un periodo pari al 50% di quello di esposizione ultradecennale.

La natura giuridica della prestazione pensionistica deve essere considerata un risarcimento per l'inadempimento degli obblighi costituzionali e comunitari da parte dello Stato nei confronti dei lavoratori, essendo noto al Legislatore Italiano quanto meno dal 1943 il rischio morbigeno per l'esposizione all'amianto e per l'inefficacia degli strumenti di tutela, con il rischio sempre latente di poter contrarre a distanza di quaranta anni patologie alcune delle quali incurabili e tali da determinare la morte nel volgere di pochi mesi.

La fattispecie subiva già una divaricazione già di dubbia legittimità costituzionale e comunitaria con l'art. 18 comma 8 legge 179/2002, che portava i lavoratori esposti all'amianto nei siti oggetto di atto di indirizzo a vedere riconosciuti automaticamente il beneficio, mentre ben più difficoltosa si rivelava la possibilità di ottenere il riconoscimento del diritto per tutti gli altri lavoratori, ugualmente esposti (che dovevano pure dimostrare l'esposizione qualificata pari a 100 fibre litro, secondo la disposizione normativa di cui agli artt. 24 e 31 del decreto legislativo 277/91 che da obbligo

²⁹ Avente ad oggetto: "sulla protezione dei lavoratori contro i rischi connessi con l'esposizione all'amianto durante il lavoro" (II direttiva particolare ai sensi dell'art. 8 della direttiva 80/1107/CEE).

³⁰ Direttiva 2009/148/CE del Parlamento e del Consiglio del 30.11.2009 «sulla protezione dei lavoratori contro i rischi connessi con un'esposizione all'amianto durante il lavoro».

³¹ Legge 455 del 12/4/1943, con la quale veniva finalmente stabilita la "Estensione dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali alla silicosi ed all'asbestosi".

per il datore di lavoro era stato trasformato in onere probatorio per il lavoratore)³².

Successivamente, il Legislatore interveniva ancora (con l'articolo 47 legge 326/2003³³) per restringere la natura e l'entità dell'indennizzo, limitato ad una rivalutazione economica, con il coefficiente ridotto della metà (1,25%) e con il termine di decadenza, che sarebbe stato dettato da un successivo D.M. (che sarà poi emanato il 27.10.2004).

Il legislatore è intervenuto ancora in questa materia, con l'art. 1, commi 20 21 e 22 della legge 247/2007, ed ha esteso per tutti i lavoratori dei siti oggetto di atto di indirizzo questo riconoscimento di benefici contributivi, utili ad anticipare il pensionamento ed ha esteso il periodo di riconoscimento, **prolungato fino all'inizio delle bonifiche e/o al 2.10.2003, utile nuovamente per anticipare il pensionamento, e ne ha dunque escluso solamente quei lavoratori che fossero già in pensione alla data di approvazione della nuova legge.**

Con DM Ministro del Lavoro e Ministro delle Finanze del 12.3.2008, veniva alla luce il regolamento ministeriale che doveva essere finalizzato a dettare le norme di attuazione della nuova legge.

Oltre i limiti della delega, ed in palese violazione della legge, il Ministro del Lavoro restringeva l'ambito di operatività, con l'art. 1 lettera B il quale circoscriveva il nuovo diritto **"limitatamente ai reparti od aree produttive per i quali i medesimi atti riconoscano l'esposizione protratta fino al 1992"**, e successivamente l'Inail centrale con l'atto del 19.05.2008 nr. 60002 interveniva ancora per limitare l'ambito di applicabilità della nuova legge a soli 15 degli oltre 500 siti oggetto di atto di indirizzo ministeriale.

I singoli lavoratori ed alcune associazioni impugnavano le disposizioni

³² Corte di Cassazione, sezione lavoro, sentenza 4913 del 2001 e *ex multis*.

³³ Con il successivo Decreto Ministeriale il termine di decadenza è stato fissato il 15.06.2005, con le sole eccezioni contemplate dall'art. 47, comma 6-bis, Legge 326/03 ed art. 3, comma 132, Legge 350/03.

regolamentari innanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio il cui ricorso, iscritto al nr. 08005/2008, veniva accolto con la sentenza 5750/2009 che dichiarava l'illegittimità delle restrizioni (peraltro in contrasto con l'art. 141 TCE, con gli artt. 20 e 21 della Carta di Nizza, e con le norme della Direttiva 477/83/CEE, ora 148/2009/CE).

La Sentenza del Tar del Lazio non ha trovato applicazione ed è stata impugnata dalla Presidenza del Consiglio e dai Ministri e dallo stesso Inail innanzi il Consiglio di Stato.

Mentre è in corso il relativo giudizio di secondo grado, anche in questo caso, lo Stato Potere Legislativo corre in soccorso dello Stato Potere Esecutivo ora soccombente, per dettare le nuove regole (allo Stato) per l'esercizio della giurisdizione, con una nuova norma, c.d. interpretativa, che tale non è, poiché espropriata, con effetto retroattivo dei diritti già entrati nel patrimonio dei lavoratori, ed è destinata ad influire sul giudizio di secondo grado, e soprattutto a perpetuare un'inammissibile discriminazione, non solo contraria all'art. 3 e agli artt. 32 e 38 della Costituzione, per ciò stesso contrarie alle norme di diritto comunitario che sopra abbiamo richiamato.

Con Legge 26.02.2010 n. 26, dal titolo **"Conversione in Legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n.194, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative"** sul supplemento ordinario n° 39 alla Gazzetta Ufficiale n. 48 del 27 Febbraio 2010, nel cui art. 6 comma 9 bis, testualmente:

9-bis. "E' consentita, fino al 30 giugno 2010, la presentazione del curriculum professionale di cui all'articolo 2, comma 4, lettera c), del decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale 12 marzo 2008, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 110 del 12 maggio 2008. A tali fini, l'articolo 1, comma 20, della legge 24 dicembre 2007, n. 247, si interpreta nel senso che gli atti di indirizzo ministeriale ivi richiamati si intendono quelli attestanti l'esposizione all'amianto protratta fino al 1992, limitatamente alle mansioni e ai

reparti ed aree produttive specificamente indicati negli atti medesimi”.

L'intervento legislativo è dunque in palese evidente contrasto anche con l'art. 6 Cedu (oltre che esserlo con la norma di quell'art. 141 TCE e gli articoli 20 e 21 della Carta di Nizza), ora a pieno titolo diritto comunitario, per effetto dell'art. 6, comma 2, Trattato di Lisbona, e soprattutto come integrato con gli artt. 47 e 48 della Carta di Nizza, anch'essa ora vincolante, ai sensi dell'art. 6, comma 1, Trattato di Lisbona.

E' proprio il nuovo sistema delle fonti di diritto comunitario a ripudiare questa soluzione che si traduce nella lesione ingiusta ed ingiustificata di diritti retributivi, già acquisiti, con discriminazione per la maggior parte dei lavoratori, in favore di pochi privilegiati.

Infatti la stessa disposizione legislativa reca una proroga del termine per il deposito dei curricula fino al 30.6.2010, ma sempre per i soliti pochi lavoratori dei siti oggetto di atto di indirizzo del Ministro, per i quali egli stesso ha riconosciuto e certificato l'esposizione fino al 1992, mentre per tutti gli altri lavoratori, anche quelli dei siti oggetto di altri atti di indirizzo, per i quali il Ministro aveva certificato sì la contaminazione da amianto, ma per un periodo antecedente (come se questi siti fossero stati subito bonificati, già prima che fosse approvata la Legge n°257/92 che tuttavia è entrata in vigore nel 1993, e non conteneva alcun obbligo di bonifica³⁴).

L'altro profilo ancora più discriminatorio per tutti gli altri lavoratori, ivi compresi quelli dei siti oggetto di atto di indirizzo, per i quali il riconoscimento c'è stato ma per un periodo antecedente al 1992, è quello costituito dalla decadenza di cui all'art. 47, Legge n.326/03 e DM Ministro del Lavoro 27.10.2004 (peraltro già con delle eccezioni, dettate in favore di coloro che avessero già inoltrato la

domanda, o acquisito il diritto a pensione, pur con benefici contributivi o il diritto tout court per effetto delle disposizioni legislative di cui all'art. 47 comma 6 bis legge 326/2003 e art. 3 comma 132 legge 350/2003).

Per pochi lavoratori, quelli per i quali il Ministro ha riconosciuto e certificato l'esposizione fino al 1992, non c'è decadenza, anzi, c'è una proroga, fino al 30.06.2010.

Una distinzione questa che non ha ragione di essere, in quanto non c'è alcun presupposto di fatto e di diritto, per distinguere fattispecie del tutto eguali, che tra l'altro si perfezionano con l'esposizione ultradecennale, e non certo in forza del periodo certificato dal Ministro del Lavoro, tanto più che, come abbiamo già rilevato, la Legge 257/92 non imponeva la bonifica dell'amianto e ne interdiceva la sola manipolazione a partire dal 1993, rendendo del tutto inverosimile che le esposizioni in quei siti così contaminati fossero cessate prima del 1992.

Il Legislatore italiano ha esercitato i suoi poteri in contrasto con le norme di diritto comunitario e soprattutto con i principi di uguaglianza e di non discriminazione.

Allora, questa fattispecie, costituisce il banco di prova per il nuovo Giudice comunitario interno chiamato in applicazione del diritto comunitario, e dei principi fondamentali di uguaglianza e di non discriminazione, a disapplicare la nuova legge (quella di cui all'art. 6, comma 9-bis, n°25 del 26.02.2010) così come vuole e dispone il principio di diritto solennemente affermato dalla Corte di Giustizia, con la Sentenza della Grande Camera del 19.1.2010, che sopra abbiamo richiamato.

Un ulteriore banco di prova è costituito da altri contenziosi seriali contro lo Stato, quale quello della determinazione della retribuzione pensionabile dei lavoratori agricoli a tempo determinato di cui all'art. 3, legge 457/72.

C'è stata infatti l'approvazione di una nuova norma con l'art. 2, comma 5, legge n.191/09 (Finanziaria 2010), il cui intento

³⁴ Queste posizioni sono tra l'altro smentite dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che con la sentenza del 12.12.1990 condannava la Repubblica Italiana per l'assenza di qualsivoglia misura di tutela dei lavoratori esposti all'amianto.

era quello di “risolvere i dubbi interpretativi sorti sulla questione, confermando le modalità applicative finora seguite in materia dall’INPS³⁵”, che invece cela ben diversi motivi quello di rimediare ad un nuovo orientamento della Suprema Corte di Cassazione, che aveva modificato quello precedente, ormai consolidato³⁶, che teneva conto per la quantificazione della prestazione della retribuzione media annuale.

Infatti, la Corte di Cassazione Sezione lavoro, con le Sentenze n. 2531, 2596 e 4355 del 2009 aveva modificato il suo precedente orientamento, sul parametro di calcolo di cui all’apposito D.M. previsto dal D.P.R. n. 488/68, art. 28, con riferimento all’anno precedente, la liquidazione della pensione.

Con ordinanza del 09.12.2009, n° 25742, la Sezione Lavoro della Suprema Corte di Cassazione nel prendere atto del contrasto di giurisprudenza ha rimesso la questione alle Sezioni Unite, ed è in questo contesto che si colloca l’entrata in vigore dell’art. 2, comma 5, Legge Finanziaria n. 191/09.

Una norma interpretativa³⁷ con effetto retroattivo guarda caso approvata proprio per risolvere il contrasto di giurisprudenza in favore dell’interpretazione dell’ente pubblico, in senso restrittivo e sfavorevole ai lavoratori pensionati, chiamata a paralizzare i poteri nomofilattici della Suprema Corte di Cassazione.

³⁵ Relazione illustrativa, in atti parlamentari del Senato della Repubblica, n. 1790, n. 6.

³⁶ Cassazione, Sezione lavoro, n. 3212 e n. 2377 del 2007.

³⁷ «Intesa ad evitare che, a causa di recenti sentenze della Corte di Cassazione, si determini maggiore spesa pensionistica di rilevante entità (valutata dall’INPS sulla base dei dati amministrativi in circa 3 mld. di euro nel primo anno, tenendo conto della spesa per arretrati e interessi legali, e circa 270 ml. negli esercizi successivi), non considerata nei tendenziali a normativa vigente» (Relazione tecnica, in atti parlamentari del Senato della Repubblica, n. 1790, 108).

8. Conclusioni

Oggi che è entrato in vigore il Trattato di Lisbona, si può prescindere da quelli che saranno gli orientamenti della Corte di Cassazione e le decisioni della Corte Costituzionale, a condizione che il Giudice di merito assuma la consapevolezza di essere il primo Giudice comunitario, che può sollevare questioni di pregiudizialità comunitaria, per contrasto con l’art. 141 del Trattato CE, o con altre norme di diritto comunitario, e dell’art. 6 CEDU e/o 47 Carta di Nizza, e del principio di eguaglianza e non discriminazione, affidando alla Corte di Giustizia la rilevazione del contrasto della norma interna con il diritto comunitario, ed obbligando il Giudice nazionale ad adeguarsi ed a decidere in senso conforme all’interpretazione comunitaria; ma soprattutto potrà disapplicare la norma interna ed applicare direttamente le norme di diritto comunitario.

In questo caso il Giudice interno riacquisterebbe quell’autorevolezza che ha visto svilire per l’effetto del venir meno della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione e l’affievolimento della Corte Costituzionale rispetto alla funzione sua propria di estremo garante della efficacia e della effettività dei precetti della Costituzione, in tema di diritti fondamentali della persona umana, di cui quelli sociali costituiscono un aspetto non secondario.

Ma soprattutto per tutelare e realizzare il riconoscimento e la tutela dei diritti della persona umana così come consacrati nella nostra Carta Costituzionale e che sono trasfusi nella stessa Carta di Nizza, per arrestare quel declino ineludibile del Diritto costituito dagli interventi dello Stato legislatore che oltre ad essere inadempiente per omessa o tardiva o parziale attuazione degli obblighi comunitari, interviene ora, in favore dello Stato amministrazione, quando i processi sono ancora in corso, per dettare le regole allo Stato nell’esercizio della giurisdizione, per annullare quel bilanciamento dei poteri e quella garanzia del giusto ed equo

processo, con un Giudice ed un giudizio imparziale, che è alla base della nostra democrazia e della nostra millenaria civiltà.

Il diritto comunitario ci offre dunque tutta una gamma di opzioni, anche processuali nella tutela dei diritti, tra i quali in materia di lavoro anche la possibilità di tutela collettiva (labour class action) di cui all'art. 28 della Carta di Nizza, ma soprattutto è la nostra cultura millenaria, e le nostre radici etico-giuridiche³⁸, culturali e morali, che ci permetteranno l'auspicato riscatto contro l'imbarbarimento dello scontro cui rischia di avviarsi la nostra società.

³⁸ Papa Benedetto XVI, in uno dei temi qui trattati e cioè quello della precarizzazione del rapporto di lavoro ha affermato che è una *“delle emergenze etiche e sociali”* *“in grado di minare la stabilità delle società e di compromettere seriamente il suo futuro.”* La *“precarietà del lavoro”*, denuncia ancora il Pontefice, non permette ai giovani di costruire una famiglia, con la conseguenza che *“lo sviluppo autentico e completo della società risulta seriamente compromesso”*. La Chiesa Cattolica, dunque, ribadisce il diritto al *“lavoro stabile, sicuro e dignitoso”*. Anche il Tribunale di Latina, su questi temi, accogliendo il ricorso di un lavoratore precario nel pubblico impiego, superava la disposizione costituzionale di cui all'art. 97, comma 3, richiamando le norme fondamentali, dall'art. 2, fino agli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione, e riteneva di dover ordinare la reintegra del dipendente, già in corso di causa, ritenendo che ci fosse con il *fumus boni iuris* anche il *periculum in mora*, per il pregiudizio che il licenziamento avrebbe arrecato alla persona ed alla famiglia (cfr. Tribunale di Latina, ricorso XXX contro Comune di San Felice Circeo, provvedimento del 19.07.2000, relatore Dott.ssa Brancaccio, Presidente Dott. Raponi, che recepiva le argomentazioni difensive dello scrivente, con successiva sentenza n. 1954/03, che confermava il provvedimento d'urgenza).

RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE

Giurisprudenza di legittimità

DEMANSIONAMENTO E MOBBING

Riconoscibilità di un consistente risarcimento al lavoratore demansionato

di Loredana Lella

Corte di Cassazione (civile) Sezioni Unite
Sentenza 22 febbraio 2010 n. 4063
(Primo Pres. Vittoria - Rel. Morcavallo)

La prova del danno da demansionamento può essere fornita in giudizio con qualsiasi mezzo, in particolare anche con presunzioni per cui dalla complessiva valutazione di precisi elementi dedotti (caratteristiche, durata, gravità, frustrazione professionale) si possa, attraverso un prudente apprezzamento, coerentemente risalire al fatto ignoto, ossia all'esistenza del danno, facendo ricorso, ai sensi dell'art. 115 c.p.c., a quelle nozioni generali derivanti dall'esperienza, delle quali ci si serve nel ragionamento presuntivo e nella valutazione delle prove.

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con ricorso al Tribunale di Siena, in funzione di giudice del lavoro, A.U., già dipendente del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale dal (...) e inquadrato nella sesta qualifica funzionale in qualità di assistente amministrativo, esponeva che: a seguito di ordine di servizio del direttore dell'Ufficio del Lavoro di (...) in data (...) aveva assunto le funzioni vicarie, con poteri di coordinamento e di firma, della direttrice responsabile della sezione circoscrizionale di (...) e, per il protrarsi dell'assenza della titolare, aveva retto l'ufficio dal (...), venendo anche nominato "reggente ad interim" con ordine di servizio del (...); gli era stata affidata, inoltre, la responsabilità di

collaborare con il consegnatario dell'Ufficio Provinciale nella custodia e manutenzione del patrimonio mobiliare degli uffici; era stato successivamente inquadrato nella categoria (...) del c.c.n.l. dei dipendenti del comparto Ministeri ed era stato trasferito, alla predetta data del (...), all'Ufficio Provinciale, dove, però, era stato costretto ad una quasi totale inattività e al disimpegno di compiti mortificanti (addeito alle informazioni generali sulle competenze della Direzione Provinciale, addeito al protocollo della corrispondenza), tanto da essere colpito da vari disturbi di natura psico-somatica che lo avevano indotto, infine, al pensionamento. Domandava, perciò, la condanna del Ministero al pagamento delle differenze retributive per lo svolgimento delle mansioni superiori e il risarcimento del danno professionale, biologico ed esistenziale "da mobbing" in conseguenza del successivo demansionamento.

2. Costitutosi il Ministero, che eccepiva il difetto di giurisdizione per i fatti anteriori alla data del (...) e contestava nel merito la pretesa attorea, il Tribunale, con sentenza del 13 dicembre 2002, accoglieva la domanda e condannava l'Amministrazione al pagamento di Euro 2.265,18 per differenze retributive correlate alle mansioni superiori ed Euro 17.000 per danni conseguenti al demansionamento.

3. Tale decisione veniva parzialmente riformata dalla Corte d'Appello di Firenze, che, con sentenza del 1 luglio 2005, depositata il 2 settembre 2005, dichiarava il difetto di giurisdizione del giudice ordinario in relazione alla domanda di differenze retributive riguardanti il periodo anteriore al (...) e condannava il Ministero alle sole differenze relative al periodo successivo, nonchè al risarcimento del danno patrimoniale, liquidato in Euro 1.000,00, e del danno non patrimoniale, liquidato in Euro 3.000,00, in relazione al demansionamento.

3.1. In particolare, i giudici d'appello rilevavano che: a) la giurisdizione per le differenze retributive maturate prima della indicata data del (...) spettava al giudice amministrativo, alla stregua della disposizione di cui al D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 69, comma 7, così come interpretato dalla giurisprudenza di legittimità; b) lo svolgimento delle superiori mansioni - come era risultato dagli atti acquisiti in giudizio - si era verificato per tutto il periodo dedotto dal dipendente ed era cessato solo con la sua assegnazione alla sede dell'Ufficio Provinciale di Siena, a seguito del trasferimento agli enti locali delle funzioni relative ai servizi dell'impiego e della opzione esercitata dall'A. per la permanenza nei ruoli ministeriali; c) l'espletamento delle mansioni superiori non poteva configurarsi come esercizio di funzioni vicarie, in assenza della titolare, poichè l'assegnazione delle funzioni di responsabile della sezione circoscrizionale si era protratta per quasi due anni e mezzo senza che, peraltro, venisse attivata alcuna procedura per la copertura del posto; d) per tale periodo spettavano all'attore le differenze fra il trattamento economico percepito e quello spettante per la (...) qualifica funzionale, alla quale erano da ascrivere le mansioni espletate, in considerazione di un principio generale di diritto del lavoro che doveva trovare applicazione nel pubblico impiego anche a prescindere dalle varie disposizioni normative succedutesi al riguardo (sino alla definitiva disciplina dettata dal D.Lgs. n. 387 del 1998, art. 15, che, modificando il D.Lgs. n. 29 del 1993, art. 56, come a sua volta modificato dal D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 25, aveva sancito anche per i pubblici impiegati - in ipotesi di svolgimento delle relative mansioni - il diritto al trattamento previsto per la qualifica superiore); e) il demansionamento professionale dedotto dal dipendente era effettivamente risultato dagli specifici riferimenti testimoniali acquisiti in giudizio, peraltro non contestati dal Ministero, che avevano evidenziato una obiettiva "sottoutilizzazione" del medesimo, a prescindere da "non provati intenti in qualche modo persecutori o discriminatori"; f) doveva perciò riconoscersi, al riguardo, la responsabilità dell'Amministrazione ai sensi dell'art. 2087 c.c., secondo la qualificazione della domanda correttamente operata ex officio dal Tribunale sebbene la responsabilità contrattuale fosse stata espressamente prospettata dall'attore solo nelle

note conclusive; g) quanto alla determinazione dei danni, quello professionale e quello esistenziale, connesso agli "aspetti di vissuta e credibile mortificazione", dovevano essere ridotti alle rispettive misure, equitativamente stabilite, di Euro 1.000,00, e di Euro 3.000,00, tenuto conto che il demansionamento era connesso alla difficile collocabilità dell'A. nel nuovo modello organizzativo susseguente al trasferimento agli enti locali delle principali funzioni delle sezioni periferiche e che in ragione della nuova realtà lavorativa erano difficilmente configurabili particolari chances di progressione professionale, mentre il danno biologico non era stato specificamente allegato, nè tempestivamente documentato.

4. Avverso questa sentenza l'A. propone ricorso per cassazione deducendo quattro motivi di impugnazione, illustrati con memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c.. Il Ministero resiste con controricorso e propone ricorso incidentale affidato, anch'esso, a quattro motivi.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. In via preliminare, i due ricorsi devono essere riuniti, ai sensi dell'art. 335 c.p.c., in quanto proposti avverso la stessa sentenza.

2. Il ricorso principale si articola in quattro motivi.

2.1. Con il primo motivo, denunciandosi violazione e falsa applicazione degli artt. 112, 132, 156 e 437 c.p.c., si deduce la nullità della sentenza impugnata per insanabile contrasto fra motivazione e dispositivo; si rileva, in particolare, che il dispositivo, riferendosi a titoli e importi del tutto estranei all'oggetto della controversia, contiene statuizioni inconferenti rispetto alla motivazione.

2.2. Con il secondo motivo, denunciandosi violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 47, comma 17, e del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 69, comma 7, nonchè vizio di motivazione, si deduce la erroneità della declaratoria di difetto di giurisdizione del giudice ordinario per le differenze retributive relative allo svolgimento di mansioni superiori nel periodo anteriore al (...). Si sostiene che l'assegnazione a tali mansioni costituiva una situazione di fatto permanente, sicchè ai fini della individuazione del giudice doveva farsi riferimento all'epoca di cessazione di tale

situazione, che si era protratta oltre la predetta data.

2.3. Con il terzo motivo, denunciando violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 25, del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 52, e degli artt. 2087, 1218, 1223, 1225, 1228 e 2697 c.c., nonchè vizio di motivazione, il ricorrente deduce la erronea determinazione dei criteri di liquidazione del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale conseguenti al demansionamento. In particolare, lamenta che la sentenza impugnata abbia giustificato la notevole riduzione degli importi riconosciuti dal Tribunale per danno alla professionalità e per danno esistenziale in base alle oggettive difficoltà di collocamento del dipendente a seguito della sua assegnazione alla sede provinciale, non considerando che la permanenza nei ruoli ministeriali non poteva comunque comprimere il suo diritto a svolgere mansioni compatibili con il livello di inquadramento e con la pregressa esperienza professionale e che, d'altra parte, un adeguato ricollocamento - dopo una prima fase di difficoltà - era stato attuato, come accertato dalla stessa sentenza, per altri dipendenti precedentemente addetti alle attività trasferite agli enti locali; inoltre, la "vissuta e credibile mortificazione", accertata dalla stessa sentenza, avrebbe dovuto comportare la configurazione di un danno da mobbing, anche a prescindere dal demansionamento e dalla sussistenza di uno specifico intento persecutorio da parte dell'amministrazione; infine, rileva come l'esclusione del danno biologico sia del tutto immotivata, alla stregua delle precise risultanze documentali e testimoniali già puntualmente considerate dal giudice di primo grado.

2.4. Con il quarto motivo, denunciando violazione e falsa applicazione dell'art. 92 c.p.c., e vizio di motivazione, il ricorrente si duole della parziale compensazione delle spese di lite, a suo dire non giustificata alla stregua dell'esito del giudizio.

3. Con il ricorso incidentale il Ministero deduce, a sua volta, quattro motivi di impugnazione.

3.1. Con il primo motivo, denunciandosi, in relazione all'accoglimento della pretesa risarcitoria, violazione e falsa applicazione degli artt. 112, 414 e 420 c.p.c., si lamenta che la Corte di merito abbia ritenuto ammissibile la domanda di accertamento della responsabilità contrattuale del Ministero, ex art. 2087 c.c., non proposta con

l'atto introduttivo e formulata solo con le note conclusionali.

3.2. Con il secondo motivo, denunciandosi violazione e falsa applicazione degli artt. 1226, 2103 e 2087 c.c., e degli artt. 115, 116, 414 e 420 c.p.c., nonchè vizio di motivazione, si rileva la inadeguatezza e la contraddittorietà delle valutazioni operate nella sentenza impugnata quanto alla affermazione del demansionamento e si deduce che il riconoscimento del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale non sia supportato, in realtà, da un'ideale dimostrazione attorea circa la effettiva sussistenza di pregiudizi professionali ed esistenziali.

3.3. Con il terzo motivo, denunciandosi violazione e falsa applicazione dell'art. 36 Cost., e del D.M. Lavoro 20 gennaio 1998, si sostiene che l'assegnazione delle superiori mansioni era conseguita all'attribuzione della reggenza dell'ufficio circoscrizionale, consentita dal predetto decreto sine die, e, pertanto, non poteva dare luogo ad alcun adeguamento retributivo.

3.4. Con il quarto motivo, denunciandosi violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 387 del 1998, art. 15, si deduce che, in ogni caso, il diritto alle differenze retributive non poteva essere riconosciuto per il periodo anteriore all'entrata in vigore del predetto decreto, che ha introdotto, con disposizione innovativa, la regola della retribuitività dell'esercizio di mansioni superiori.

4. Il primo motivo del ricorso principale non è fondato. Nel rito del lavoro, la difformità tra il dispositivo letto in udienza e quello trascritto in calce alla motivazione della sentenza non è causa di nullità di quest'ultima, giacchè, nel contrasto tra i due dispositivi, prevale quello portato a conoscenza delle parti mediante lettura in udienza, potendosi ravvisare nullità solo nel caso di insanabile contrasto tra il dispositivo letto in udienza e la motivazione della sentenza, là dove, qualora la motivazione sia coerente con il dispositivo letto in udienza, quello difforme trascritto in calce alla sentenza è emendabile con la procedura di correzione degli errori materiali (cfr. Cass. n. 11688 del 2008; n. 1369 del 2004). La nullità non ricorre, perciò, nel caso di specie, poichè il dispositivo letto in udienza - come risulta dal relativo verbale, il cui esame è consentito in questa sede in ragione del vizio denunciato - corrisponde, nelle sue statuizioni, alle ragioni della decisione.

5. Anche il secondo motivo dello stesso ricorso è infondato. In tema di lavoro pubblico cosiddetto privatizzato, ai sensi della norma transitoria contenuta nel D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 69, comma 7, nel caso in cui il lavoratore - attore, sul presupposto dell'avverarsi di determinati fatti, riferisca le proprie pretese retributive, in ragione dello svolgimento di mansioni corrispondenti ad una superiore qualifica, ad un periodo in parte anteriore ed in parte successivo al (...), la competenza giurisdizionale non può che essere distribuita tra giudice amministrativo e giudice ordinario, in relazione ai due periodi in cui sono distintamente maturati i diritti retributivi del dipendente, mentre la regola del frazionamento trova temperamento nella diversa ipotesi di domanda fondata sulla deduzione di un illecito permanente del datore di lavoro (ad esempio, dequalificazione, comportamenti denunciati come mobbing), nella quale si deve fare riferimento al momento di realizzazione del fatto dannoso e, quindi, al momento della cessazione della permanenza (cfr. Cass., sez. un., n. 7768 del 2009; n. 24625 del 2007, ord.; n. 13537 del 2006, ord.).

6. Prima del terzo motivo del ricorso principale, relativo alla determinazione dei danni da demansionamento, occorre esaminare i primi due motivi del ricorso incidentale del Ministero, riguardanti, rispettivamente, l'ammissibilità della relativa domanda ex art. 2087 c.c., e la sussistenza del demansionamento, nonché la prova dei danni.

6.1. Entrambi tali motivi sono infondati.

6.1.2. Come queste Sezioni unite hanno più volte precisato, ove il pubblico dipendente proponga, nei confronti dell'amministrazione datrice di lavoro, domanda di risarcimento danni per lesione dell'integrità psico-fisica, non rileva, ai fini dell'accertamento della natura giuridica dell'azione di responsabilità proposta, la qualificazione formale data dal danneggiato in termini di responsabilità contrattuale o extracontrattuale, ovvero mediante il richiamo di norme di legge (art. 2043 c.c. e ss., art. 2087 c.c.), indizi di per sé non decisivi, essendo necessario considerare i tratti propri dell'elemento materiale dell'illecito posto a base della pretesa risarcitoria, onde stabilire se sia stata denunciata una condotta dell'amministrazione la cui idoneità lesiva possa esplicarsi, indifferentemente, nei confronti della

generalità dei cittadini e nei confronti dei propri dipendenti, costituendo, in tal caso, il rapporto di lavoro mera occasione dell'evento dannoso; oppure se la condotta lesiva dell'amministrazione presenti caratteri tali da escluderne qualsiasi incidenza nella sfera giuridica di soggetti ad essa non legati da rapporto d'impiego e le sia imputata la violazione di specifici obblighi di protezione dei lavoratori (art. 2087 c.c.), nel qual caso la responsabilità ha natura contrattuale conseguendo l'ingiustizia del danno alle violazioni di taluna delle situazioni giuridiche in cui il rapporto di lavoro si articola e sostanziandosi la condotta lesiva nelle specifiche modalità di gestione del rapporto di lavoro (cfr., ex pluribus, Cass., sez. un., n. 18623 del 2008). Nella specie, dunque, è irrilevante che la responsabilità ex contractu non sia stata esplicitata nell'atto introduttivo del giudizio, spettando comunque al giudice la qualificazione della domanda.

6.1.3. L'esistenza del demansionamento è stata accertata dai giudici di merito in base ad una ricostruzione puntuale dei compiti affidati ai dipendente dopo la sua assegnazione alla sede della direzione provinciale sino alla cessazione del rapporto per pensionamento, con la descrizione dettagliata delle mansioni svolte nei diversi periodi e di quelle corrispondenti alla sua qualifica; alla stregua di tale accertamento, la complessiva valutazione di "sostanziale privazione di mansioni" non è per niente incoerente con il riconoscimento che per un limitato periodo - da ottobre (...) - l'A. abbia svolto "un'attività consona alla (sua) professionalità", riguardante la trasformazione dei rapporti di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, poichè - come la stessa sentenza ha precisato - si trattò di un'attività "di natura temporanea" e "anche limitata quantitativamente" in quanto svolta "per circa due ore al giorno per due volte alla settimana", mentre per i successivi due anni "è rimasto sostanzialmente privo di specifiche mansioni da svolgere" e, infine, dal (...) è stato addetto alle informazioni al pubblico e alla protocollazione della corrispondenza, "attività del tutto marginale ed assolutamente non riconducibile al suo livello di inquadramento".

6.1.4. Una volta accertato il demansionamento professionale del lavoratore, il giudice del merito ha correttamente desunto l'esistenza del

relativo danno in base ad una valutazione presuntiva, riferendosi alle circostanze concrete della operata de qualificazione; e ciò è conforme al principio enunciato da questa Corte secondo cui il danno conseguente al demansionamento va dimostrato in giudizio con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento, assumendo peraltro precipuo rilievo la prova per presunzioni, per cui dalla complessiva valutazione di precisi elementi dedotti (caratteristiche, durata, gravità, frustrazione professionale) si possa, attraverso un prudente apprezzamento, coerentemente risalire al fatto ignoto, ossia all'esistenza del danno, facendo ricorso, ai sensi dell'art. 115 c.p.c., a quelle nozioni generali derivanti dall'esperienza, delle quali ci si serve nel ragionamento presuntivo e nella valutazione delle prove (cfr. Cass., sez. un. n. 6572 del 2006; Cass. n. 29832 del 2008; n. 28274 del 2008).

6.1.5. Con riguardo, in particolare, al danno non patrimoniale, esso è stato coerentemente individuato dai giudici di merito, occorrendo rilevare che nella disciplina del rapporto di lavoro, ove numerose disposizioni assicurano una tutela rafforzata alla persona del lavoratore con il riconoscimento di diritti oggetto di tutela costituzionale, il danno non patrimoniale è configurabile ogni qual volta la condotta illecita del datore di lavoro abbia violato, in modo grave, tali diritti: questi, non essendo regolati ex ante da norme di legge, per essere suscettibili di tutela risarcitoria dovranno essere individuati, caso per caso, dal giudice del merito, il quale, senza duplicare il risarcimento (con l'attribuzione di nomi diversi a pregiudizi identici), dovrà discriminare i meri pregiudizi - concretizzatisi in disagi o lesioni di interessi privi di qualsiasi consistenza e gravità, come tali non risarcibili - dai danni che vanno risarciti (cfr. Cass. n. 10864 del 2009). Nella specie, il danno risarcibile è esattamente identificato negli "aspetti di vissuta e credibile mortificazione derivanti all'A. dalla situazione lavorativa in cui si trovò ad operare", secondo una valutazione che si fonda sull'accertamento del nesso causale tra la condotta illecita datoriale e lo stato di mortificazione del lavoratore e che si sottrae, perciò, alle censure sollevate dal Ministero.

7. Le censure contenute nel terzo motivo del ricorso principale, relative alla liquidazione del danno, si rivelano fondate nei limiti delle seguenti considerazioni.

7.1. L'esclusione del danno biologico si fonda, per la sentenza qui impugnata, sulla "mancanza di elementi processuali significativi, che giustificano un approfondimento medico - legale del caso, come ritenuto - in maniera condivisibile - dal primo giudice". Ma l'affermazione è palesemente incoerente con quanto riferito nella parte narrativa, secondo cui il Tribunale "ha enucleato un profilo...di danno biologico - sostanziatosi nelle documentate manifestazioni psicosomatiche e nella sindrome ansiosa correlate alla vicenda lavorativa del ricorrente"; e tale incoerenza si risolve, altresì, in una carenza del giudizio di fatto, poichè la erronea presupposizione (di un accertamento negativo nel precedente grado di giudizio) ha determinato l'omesso esame delle decisive risultanze, puntualmente riportate dal ricorrente in questa sede, su cui, invece, si era fondato il riconoscimento operato dal primo giudice.

7.2. La riduzione del danno professionale alla misura "poco più che simbolica" di Euro 1.000,00, e di quello esistenziale alla misura di Euro 3.000 si fonda su valutazioni inadeguate, riferite essenzialmente alla peculiarità della situazione lavorativa dell'A. a seguito della sua scelta di non transitare nei ruoli degli enti locali. Invero, le rilevate difficoltà organizzative e di collocamento del dipendente sono state definite, nella stessa sentenza, come circostanze limitate temporalmente, in quanto riguardanti una prima fase di transizione, e comunque inadeguate a giustificare il demansionamento, tenuto conto che l'A. "è stato per circa due anni l'unico dipendente della Direzione prov.le del Lavoro di (...) che...è rimasto sostanzialmente privo di specifiche mansioni da svolgere (per gli altri colleghi, nel contesto delle vicende riorganizzative dell'ufficio, i disagi conseguenti alla necessità di una ricollocazione lavorativa si sono limitati ad un periodo iniziale)". D'altra parte, la condotta datoriale non poteva che essere valutata nel suo complesso, considerando, in particolare, la persistenza del comportamento lesivo (sia pure in mancanza di intenti di discriminazione o di persecuzione idonei a qualificarlo come mobbing), la lunga durata di reiterate situazioni di disagio professionale e personale, consistite, fra l'altro, nel dover operare "in un locale piccolo e fatiscente, privo di computer", l'inerzia dell'amministrazione rispetto alle accertate richieste del dipendente ("di essere utilizzato nell'Area provvedimenti o

nell'Area extracomunitari" al fine di poter lavorare in un settore operativo-amministrativo") intese a non compromettere il patrimonio di esperienza e qualificazione professionale, che costituiva un suo primario diritto a prescindere dalla esistenza di specifiche aspettative di progressione di carriera.

7.3. Nei limiti indicati, pertanto, le censure del ricorrente principale meritano accoglimento.

8. Devono infine esaminarsi il terzo e il quarto motivo del ricorso incidentale, riguardanti le differenze retributive per lo svolgimento di mansioni superiori.

8.1. Il terzo motivo non è fondato.

Come questa Corte ha più volte precisato, le disposizioni relative al comparto Ministeri che consentono la reggenza del pubblico ufficio sprovvisto temporaneamente del dirigente titolare devono essere interpretate, ai fini del rispetto del canone di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. e dei principi generali di tutela del lavoro (artt. 35 e 36 Cost.; art. 2103 c.c., e D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 52), nel senso che l'ipotesi della reggenza costituisce una specificazione dei compiti di sostituzione del titolare assente o impedito, contrassegnata dalla straordinarietà e temporaneità, con la conseguenza che a tale posizione può farsi luogo, senza che si producano gli effetti collegati allo svolgimento di mansioni superiori, solo allorché sia stato aperto il procedimento di copertura del posto vacante e nei limiti di tempo ordinariamente previsti per tale copertura, cosicché, al di fuori di tale ipotesi, la reggenza dell'ufficio concreta svolgimento di mansioni superiori, come correttamente ritenuto nella sentenza qui impugnata essendosi accertata l'insussistenza delle predette condizioni di temporaneità (cfr. Cass. n. 2534 del 2009; n. 22932 del 2008; n. 9130 del 2007).

8.2. Infondato è anche il quarto motivo.

Nel pubblico impiego "privatizzato" il divieto di corresponsione della retribuzione corrispondente alle mansioni superiori, stabilito dal D.Lgs. n. 29 del 1993, art. 56, comma 6, come modificato dal D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 25, è stato soppresso dal D.Lgs. n. 387 del 1998, art. 15, con efficacia retroattiva, atteso che la modifica del comma 6, ultimo periodo, del predetto articolo, disposta dalla nuova norma, è una disposizione di carattere transitorio, non essendo formulata in termini atemporalmente, come avviene per le norme ordinarie, ma con riferimento alla data ultima di

applicazione della norma stessa e, quindi, in modo idoneo ad incidere sulla regolamentazione applicabile all'intero periodo transitorio. La portata retroattiva di detta disposizione risulta, peraltro, conforme alla giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha ritenuto l'applicabilità anche nel pubblico impiego dell'art. 36 Cost., nella parte in cui attribuisce al lavoratore il diritto ad una retribuzione proporzionale alla quantità e qualità del lavoro prestato, nonché alla conseguente intenzione del legislatore di rimuovere con la disposizione correttiva una norma in contrasto con i principi costituzionali (cfr. Corte cost. n. 236 del 1992; n. 296 del 1990; Cass., sez. un., n. 25837 del 2007; Cass. n. 9130 del 2007).

9. In conclusione, va accolto il terzo motivo del ricorso principale, nei termini sopra precisati, con assorbimento del quarto motivo riguardante la compensazione parziale delle spese dei giudizi di merito, mentre vanno respinti i restanti motivi del medesimo ricorso nonché il ricorso incidentale.

10. La sentenza impugnata va pertanto cassata, in relazione al motivo accolto, e la causa va rinviata alla Corte d'Appello di Bologna, cui è rimessa altresì la pronuncia sulle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte, a sezioni unite, riuniti i ricorsi, accoglie il terzo motivo del ricorso principale nei sensi di cui in motivazione, dichiara assorbito il quarto motivo del medesimo ricorso e rigetta i restanti motivi, nonché il ricorso incidentale; cassa la sentenza impugnata, in relazione al motivo accolto, e rinvia alla Corte d'Appello di Bologna anche per le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, il 9 febbraio 2010.

Depositato in Cancelleria il 22 febbraio 2010.

(*Omissis*)

* * * * *

NOTA

Con la sentenza n. 4063 del 22 febbraio 2010, le Sezioni Unite sono state chiamate a pronunciarsi su una domanda di risarcimento del danno "da mobbing" in conseguenza del demansionamento.

Al riguardo è opportuno preliminarmente precisare che il termine mobbing deriva dal termine inglese *to mob* che vuol dire assalire, aggredire e in generale descrive un'attività persecutoria finalizzata a generare nel destinatario, una "mortificazione professionale".

In realtà le logiche privatistiche recentemente introdotte nell'ambito del lavoro pubblico, se da un lato migliorano l'efficienza organizzativa, dall'altro possono costituire una *spinta* verso la proliferazione di pratiche di mobbing.

La fattispecie concreta da cui prende avvio la pronuncia oggetto di esame è quella relativa a un dipendente pubblico che ha svolto per un certo periodo funzioni vicarie di direzione e coordinamento di uffici direttivi. Successivamente, a seguito di una riorganizzazione degli uffici territoriali, è stato costretto a un periodo di inattività e allo svolgimento di mansioni inferiori, fino al pensionamento. Pertanto, veniva chiesta la condanna del datore di lavoro pubblico al pagamento delle differenze retributive per lo svolgimento di mansioni superiori e il risarcimento del danno da mobbing in conseguenza del successivo demansionamento.

Preliminarmente la Suprema Corte ha affrontato la questione relativa alla giurisdizione, applicando la norma transitoria contenuta nell'art. 69, comma 7 del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche" rilevando che, qualora la lesione del diritto del lavoratore abbia origine da un comportamento illecito permanente del datore di lavoro (ad esempio dequalificazione o comportamenti denunciati come mobbing) va dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario con riferimento al momento della realizzazione del fatto dannoso e quindi, al momento della cessazione della permanenza.

Invero, il più significativo dei tasselli necessari per una piena assimilazione del lavoro pubblico a quello privato è proprio la devoluzione al giudice ordinario di tutte le controversie relative al rapporto di lavoro, prevista dall'art. 63 del D.Lgs. n.

165/2001. Le Sezioni Unite, in linea con l'orientamento giurisprudenziale consolidato, hanno precisato che la qualificazione giuridica della responsabilità spetta al giudice indipendentemente dalla qualificazione prospettata dal danneggiato in termini di responsabilità contrattuale o extracontrattuale.

In particolare ciò che rileva ai fini di una corretta individuazione della responsabilità è la valutazione *dell'elemento materia dell'illecito* posto a fondamento della pretesa risarcitoria. Pertanto, se la condotta dell'amministrazione ha una portata lesiva che coinvolge il dipendente, come qualsiasi altro cittadino, allora si configura un'ipotesi di responsabilità *aquiliana*. Se viceversa, il comportamento della P.A. è riconducibile a una violazione di specifici obblighi di protezione dei lavoratori ex art. 2087 c.c., è corretto parlare di responsabilità contrattuale.

Nel caso di specie, la Suprema Corte ha sottolineato che il datore di lavoro pubblico non ha ottemperato all'onere, previsto dall'art. 2087, di provvedere alla tutela fisica e morale di un proprio dipendente costringendolo a un pensionamento anticipato.

Orbene quando il demansionamento lede l'integrità psicofisica relativa alla salute del lavoratore, lo stesso sfocia nel mobbing. In particolare il demansionamento professionale si configura non solo quando un lavoratore viene adibito a mansioni inferiori ma anche, come nel caso di specie, quando è sottoposto a un periodo di inattività e al disimpegno di compiti mortificanti assolutamente non riconducibili al suo livello di inquadramento (demansionamento omissivo). In ordine alla prova del danno subito, la sentenza si ricollega alle precedenti pronunce della Corte di Cassazione n. 6572 del 24/03/2006 e n. 29832 del 19/12/2008.

Più precisamente, le Sezioni Unite hanno enunciato il principio secondo cui, *il danno conseguente al demansionamento va dimostrato in giudizio con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento, assumendo*

peraltro rilievo la prova per presunzioni, per cui dalla complessiva valutazione di precisi elementi dedotti (caratteristiche, durata, gravità, frustrazione professionale) si possa, attraverso un prudente apprezzamento, coerentemente risalire al fatto ignoto, ossia all'esistenza del danno, facendo ricorso, ai sensi dell'art. 111 c.p.c., a quelle nozioni generali derivanti dall'esperienza, delle quali ci si serve nel ragionamento presuntivo e nella valutazione delle prove.

Un ulteriore aspetto particolarmente interessante della sentenza oggetto di analisi, riguarda la valutazione del danno non patrimoniale da demansionamento. A tal riguardo la Suprema Corte, richiamando la pronuncia n. 10864 del 12/05/2009, ha sancito che il danno non patrimoniale si configura *ogni qual volta la condotta illecita del datore di lavoro violi in modo grave i diritti della persona del lavoratore*. Questi ultimi, non essendo regolati *ex ante* da norme di legge, per essere suscettibili di tutela risarcitoria dovranno essere individuati caso per caso dal giudice del merito, il quale dovrà discriminare i meri pregiudizi - concretizzatisi in disagi o lesioni di interessi privi di qualsiasi consistenza e gravità, come tali non risarcibili - dai danni che vanno risarciti mediante una valutazione supportata da una motivazione congrua, coerente sul piano logico e rispettosa dei principi giuridici applicabili alla materia.

In particolare nella specie, il danno risarcibile è esattamente identificato negli *aspetti di vissuta e credibile mortificazione derivanti al lavoratore dalla situazione lavorativa in cui si trovò a operare*.

E' stato infatti accertato il nesso causale tra la condotta illecita del datore e lo stato di mortificazione del lavoratore.

Infine, in merito alla liquidazione del danno non patrimoniale è emerso che essa non può essere simbolica ma deve essere adeguata all'entità del pregiudizio effettivo subito dal lavoratore.

A tale scopo, si rende necessaria una valutazione della condotta del datore di lavoro nel suo complesso considerando la

persistenza del comportamento lesivo, il protrarsi nel tempo di situazioni di disagio professionale e personale, consistite tra l'altro nel dover operare in un locale piccolo e fatiscente e privo di computer, nonché nell'inerzia dell'amministrazione rispetto alle richieste del dipendente tese a non compromettere il suo patrimonio di esperienza e qualificazione professionale.

Alla luce della sentenza sin qui esaminata e dell'orientamento giurisprudenziale maggioritario, va indubbiamente riconosciuto che la complessiva rilevanza del fenomeno del *mobbing*, nel lavoro pubblico non può essere sottovalutata.

Se in passato la rigidità strutturale e organizzativa delle amministrazioni comportava la conseguenza che il lavoratore venisse preposto all'esercizio di mansioni difficilmente modificabili almeno nei loro aspetti qualitativi, l'attuale sistema "privatizzato" ha provocato l'attenuarsi di questa garanzia per perseguire obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

Si ritiene dunque indispensabile una risposta legislativa adeguata che tenda a prevenire e reprimere la possibile insorgenza nel settore pubblico di atteggiamenti *mobbistici*, onde porre freno al massiccio ricorso alla tutela giurisdizionale.

Infine, sarebbe opportuno predisporre organi di controllo interno a ogni amministrazione al fine di monitorare la situazione dei dipendenti e le condotte *mobbizzanti* configurabili nel pubblico impiego, in modo da garantire una corretta gestione di risorse umane.

Giurisprudenza di merito

MALATTIA PROFESSIONALE E NESSO CAUSALE

Insorgenza della neoplasia per uso del telefono cellulare

di Tiziana Valeriana De Virgilio

Corte di Appello di Brescia - Sez. lavoro
Sentenza 10 dicembre 2009 n. 614
 (Pres. Tropeano, Cons. Rel. Nuovo)

In caso di malattia professionale non tabellata, come anche in quello di malattia ad eziologia multifattoriale, la prova della causa di lavoro, che grava sul lavoratore, deve essere valutata in termini di ragionevole certezza, nel senso che, esclusa la rilevanza della mera possibilità dell'origine professionale, questa può essere invece ravvisata in presenza di un rilevante grado di probabilità. Vi è un ruolo quantomeno concausale delle radiofrequenze prodotte dall'uso dei telefoni cellulari nella genesi della neoplasia, che ha condotto ad una probabilità qualificata della causazione dell'infortunio.

(Omissis)

FATTO E DIRITTO

Con ricorso al Tribunale di Brescia, giudice del lavoro, depositato il (...) il ricorrente conveniva l'INAIL per sentirlo condannare a corrispondergli le prestazioni di legge in riferimento ad una grave e complessa patologia celebrale che aveva origine professionale. Esponeva, in fatto, di aver svolto attività di dirigente d'azienda dal 1981 e, da ultimo, presso la S.p.A. (...) dal 2.09.1991 al 26.09.2003; che in tale mansione aveva utilizzato il telefono cellulare e il cordless per una media di 5 – 6 ore al giorno e per un periodo di 12 anni; che, essendo destrimane, teneva l'apparecchio all'orecchio sinistro in quanto con la mano destra rispondeva al telefono fisso collocato sulla scrivania o prendeva note o appunti; che detta attività gli aveva provocato una grave

patologia per la quale il 17.11.03 aveva chiesto all'INAIL le corrispondenti prestazioni di legge, che l'Istituto aveva rifiutato la richiesta, negando il nesso causale fra l'attività lavorativa e le affezioni denunciate. Pertanto insisteva nella domanda, deducendo prova per testi sulle modalità lavorative ed allegando un'approfondita relazione medico-legale del neochirurgo dott. G.G..

L'INAIL si opponeva al ricorso, sempre sotto il profilo del nesso causale, e deduceva controprova orale, producendo varia documentazione.

Esperita l'istruttoria testimoniale, che accertava in fatto l'uso intenso di cellulare e cordless, ed assunta consulenza tecnica d'ufficio, il primo giudice respingeva la domanda per carenza del nesso causale, aderendo alle considerazioni svolte dal CTU, aspramente criticato dal ricorrente.

Appellava il (...), depositando ulteriore e ponderato elaborato del consulente di parte, riportandosi alle considerazioni critiche ivi svolte e chiedendo che, previo rinnovo della consulenza, l'INAIL fosse condannato alle prestazioni di legge.

Si costituiva l'INAIL per la conferma, ricordando l'esistenza di studi scientifici attendibili in ordine alla nocività delle onde elettromagnetiche.

Questa Corte rinnovava la consulenza e, a fronte delle osservazioni volte dall'INAIL, concedeva termine all'appellante per depositare le sue controdeduzioni: all'esito, all'udienza odierna, le parti discutevano e la Corte decideva con sentenza del cui dispositivo veniva data immediata lettura.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La CTU disposta in questo grado di giudizio, molto documentata ed accuratamente motivata,

individua il nesso causale, quanto meno concausale, tra l'utilizzo dei telefoni e la patologia.

Innanzitutto, occorre osservare che l'allegato utilizzo di cellulare e radiotelefono per molte ore lavorative (5-6 ore/die) e l'uso principalmente dell'orecchio sinistro, che consentiva il libero impiego della man o destra per note scritte, hanno trovato piena conferma testimoniale e non sono più oggetto di contestazione da parte dell'INAIL.

Da questo dato, che qualifica il livello di esposizione, doveva dunque partire il consulente per la sua indagine sul nesso causale.

Dall'anamnesi clinica risulta che nel giugno 2002 è comparsa ipoanestesia (perdita parziale della sensibilità) dell'emiviso di sinistra: eseguita la Risonanza Magnetica Nucleare veniva formulata diagnosi di "neurinoma del Ganglio di Gasser" che è un tumore benigno che colpisce i nervi cranici, in particolare il nervo acustico, mentre più rara è la localizzazione al V nervo cranico (Trigemino), come nel caso di specie. Secondo la spiegazione fornita dal consulente, deriva dalle cellule (cellule di Schwann) della guaina di rivestimento di cui anche la denominazione di Schwannoma. La localizzazione anatomica di questo tumore dà ragione della severità delle manifestazioni cliniche correlate.

Subiva quindi un intervento neurochirurgico l'8 novembre 2002 (Ospedale S. Anna di Lucerna) con resezione branca mandibolare del nervo in quanto non dissociabile, asportazione del ganglio di Gasser, ma permaneva residuo tumorale dimostrato a RMN post operatoria.

Gli esiti post intervento possono essere così riuniti: 1) ulcera corneale sin. (da iposecrezione lacrimale e disturbo neurologico). Attuò vari trattamenti per risolverla. E' in atto un trattamento cronico con autosiero. Graduale deficit del visus (3-4 diottrie); 2) Sindrome algio-distrofica dell'emiviso di sinistra con dolore cronico severo. Attuati vari e ripetuti trattamenti con farmaci attivi sul dolore neuropatico con scarso o nullo beneficio. Dall'agosto 1.08.2005 assunzione orale di morfina (Oxicontin 20mg x 3/die) in associazione con pregabalin (Lyrica 75mg x 3, trattamento del dolore neuropatico periferico e centrale per adulti). Valutazione dolore di 5-6 copn scala numerica verbale (scala di valutazione del dolore cronico). Valori da 1-nessun

dolore- a 10-il peggiore dolore immaginabile-. Il dolore si considera controllato per un indice - 4; 3) Persistenti parestesie sempre dell'emiviso; 4) Disturbi della meccanica masticatoria da mal occlusione secondaria ad atrofia dei muscoli temporale massetere di sinistra (attua fisiocinesiterapia per mantenere il trofismo); 5) Incostante diplopia (visione doppia, in senso orizzontale o verticale, di uno stesso oggetto), 6) Epilessia parziale complessa e genesi temporale da encefalomalacia (rammollimento celebrale legato al trauma chirurgico con perdita di funzione possibile origine di foci epilettogeni); Deficit cognitivo (disturbo della fissazione mnesica d attenzione); 8) Disturbo dell'adattamento (Nel Diagnostic and Statistical Manual of mental disorders [DSM-N] i disturbi dell'adattamento sono definiti copme "sintomi emozionali o comportamentali clinicamente significativi" che si sviluppano "in risposta a uno o più fattori stressanti psicosociali identificabili"); 9) Sinrdome del lobo temporale (sindrome complessa da danno del lobo temporale con vari disturbi-olfattivi, gustativi, dell'equilibrio, visivi, disturbi uditivi e psichiatrici).

Tutte queste situazioni cliniche sono ampiamente documentate negli atti. Ogni patologia è suffragata da consulenze cliniche specialistiche, anche ripetute e da opportune indagini strumentali ed ematochimiche.

Nel 2003 diagnosi di neoformazione surrenalica di destra 5x3cm con normofunzione. Intervento 30.06.2004 Istituto Europeo di Oncologia con diagnosi istologica di feocromocitoma (tumore raro con possibile secrezione di catecolamine [sostanze ormoni e neurotrasmettitori - prodotte dalla porzione interna del surrene e da alcuni neuroni]. Il tumore in presenza di secrezioni di catecolamine si caratterizza per una sindrome clinica peculiare).

Nel caso di specie, non fu dimostrata secrezione di catecolamine.

E' seguito da uno psichiatra dal 2003 ed è in terapia con paroxetina; due ricoveri c/o Servizio Psichiatrico di Diagnosi e Cura l'ultimo nel marzo 2008.

Attuale terapia comprende Morfina orale, Pregabalin, Paroxetina (farmaco antidepressivo appartenente alla classe degli SSRI-inibitori selettivi della ricaptazione della serotonina), Dolore attuale riferito 5-6 con scala numerica verbale.

Si presenta come soggetto magro in mediocri condizioni generali. Normale sanguinificazione. Sensorio normale orientamento spazio temporale. Tono dell'umore depresso. Crisi di pianto in corso della valutazione clinica. Paresi del VII nervo cranico con ipostenia del muscolo orbicolare. Anestesia dolorifica abolita sensibilità tattile. Asimmetria degli emivisi. Dolorabilità alla pressione su articolazione temporo-mandibolare sin.. Lieve tendenza all'intrarotazione mano in estensione.

La prima valutazione del consulente è che gli esiti della neoplastica sono assolutamente severi e del tutto documentati e che la qualità di vita del sig. (...) è sicuramente gravemente compromessa da tali esiti.

Quanto alla questione centrale (non essendovi contestazione sulle conseguenze subite dall'appellante) relativa al nesso causale tra l'uso dei telefoni e insorgere della patologia, il consulente osserva innanzitutto che, nel periodo in cui ha lavorato alla (...) S.p.A. per i primi 3 anni utilizzava telefono cellulare – cordless (deposte 5-6 h al dì), dal 1993-4 al cordless fu associato l'uso del telefono cellulare fino al settembre 2003.

Orbene, i telefoni mobili (cordless) e i telefoni cellulari funzionano attraverso le onde elettromagnetiche. Secondo il CTU "In letteratura gli studi sui tumori cerebrali per quanto riguarda il neurinoma considerano il tumore con localizzazione al nervo acustico che è il più frequente. Trattandosi del medesimo istotipo è del tutto logico assimilare i dati del neurinoma del trigemino".

Nella CTU, con una tabella molto chiara a cui ci si riporta, sono riassunti alcuni studi dal 2005 al 2009. "In tre di essi (Hardell group) si evidenzia un aumento significativo del rischio relativo di neurinoma. (Rischio relativo: misura di associazione fra l'esposizione ad un particolare fattore di rischio e l'insorgenza di una definita malattia, calcolata come il rapporto tra i tassi di incidenza negli esposti [numeratore] e nei non esposti [denominatore]. Esempio: un rischio relativo di 3 sta a significare che il tasso di incidenza negli esposti è 3 volte maggiore dei non esposti. Nella tabella il rischio relativo è derivato dall'odd ratio).

Un recente lavoro, sempre del gruppo di Hardell [Omissis], che si basa sulla revisione degli studi già pubblicati dallo stesso gruppo, considera altri elementi quali: età dell'esposizione, ipsilateralità

e tempo di esposizione. Per quanto riguarda il neurinoma (dell'acustico) i risultati indicano un Odd ratio per l'uso del cordless di 1,5 e per il telefono cellulare di 1,7. Considerando l'uso > di 10 anni, gli Odd ratio sono rispettivamente di 1,3 e di 1,9.

L'Odds ratio è il rapporto tra la frequenza con la quale un evento si verifica in un gruppo di pazienti e la frequenza con la quale lo stesso evento si verifica in un gruppo di pazienti di controllo. Se il valore dell'odds ratio è superiore a 1 significa che la probabilità che si verifichi l'evento considerato (per esempio una malattia) in un gruppo (per esempio tra gli esposti) è superiore rispetto a quella di un altro gruppo (per esempio tra i non esposti). Significato opposto ha un valore inferiore a 1 (riduzione del rischio legato all'esposizione). Se il valore è pari a 1 significa che non vi è differenza tra i gruppi. In caso di eventi rari l'odds ratio ha un valore molto vicino a quello del rischio elettivo. L'odds ratio è una misura particolarmente utile negli studi caso-controllo come stima del rischio relativo, che in questo tipo di studi può essere misurato direttamente.

Un recente review della The International Commission on Non-Ionizing radiation Protection [Omissis] evidenzia i limiti degli studi epidemiologici fin'ora attuati. I principali "bias" riguardano la modalità di arruolamento, spesso l'assenza di un gruppo di controllo con ricorso a registri di popolazione, l'impossibilità di standardizzare l'entità e la durata complessiva di esposizione. Gli autori concludono che, allo stato attuale, non vi è una convincente evidenza del ruolo delle radiofrequenze nella genesi dei tumori, ma aggiungono che gli studi non ne hanno escluso l'associazione [Omissis].

A questo punto è utile dedicare spazio ad un'altra review del tutto autorevole di Kundi nel 2009 [Omissis].

L'autore conferma i dubbi che gli studi epidemiologici inducono per quanto riguarda il tempo di esposizione e conclude per rischio individuale basso, ma presente. L'esposizione può incidere sulla storia naturale della neoplasia in vari modi: interagendo nella fase iniziale di induzione, intervenendo sul tempo di sviluppo dei tumori a lenta crescita, come i neurinomi, accelerandola ed evitando la possibile naturale involuzione.

L'analisi della letteratura non porta a un giudizio esaustivo, ma con tutti i limiti insiti nella

tipologia degli studi, un rischio aggiuntivo per i tumori cerebrali ed in particolare per il neurinoma, è documentato dopo esposizione per anni (>10) a radiofrequenze emesse da telefoni portatili o cellulari.

Il dato anamnestico di esposizione supera il limite dei 10 anni.

Il tempo di esposizione è elemento valutativo molto rilevante. Nello studio del 2006 l'esposizione per più di 10 anni comportava un rischio relativo calcolato di 2,9 sicuramente significativo (pur considerando i limiti metodologici già illustrati). Si tratta quindi di una situazione "individuale" che gli esperti riconducono al "modello probabilistico-induttivo" ed alla "causalità debole" [Omissis], che ha comunque valenza in sede previdenziale.

Un ruolo quindi, almeno concausale, delle radiofrequenze nella genesi della neoplasia che ha patito il sig. (...) è "probabile" (probabilità qualificata) [Omissis].

L'esito della malattia ha condotto ad una menomazione stimata nella misura, incontestata, del 80%.

L'INAIL ha criticato l'elaborato sostenendo in primo luogo che la prima asserzione del CTU sarebbe errata: utilizzare gli studi relativi al neurinoma dell'acustico per analizzare un caso di neurinoma del trigemino non sarebbe possibile in quanto si tratterebbe di tumore a diversa localizzazione in quanto relativa a diverso distretto anatomico.

La censura non merita accoglimento: infatti, come correttamente spiegato dal consulente, i due neurinomi appartengono al medesimo distretto corporeo in quanto entrambi i nervi interessati si trovano nell'angolo ponto-celebrale, che è una porzione ben definita e ristretta dello spazio endocranico certamente compresa nel campo magnetico che si genera dall'utilizzo dei telefoni cellulari e cordless.

Una seconda censura riguarda gli studi utilizzati dal CTU per rispondere positivamente al quesito: si tratterebbe infatti di studi su un basso numero di casi mentre lo studio del 2000 dell'OMS ha escluso effetti negativi sulla salute. Anche questa censura però non coglie nel segno. Lo studio dell'OMS, risalente appunto al 2000 e basato su dati, ovviamente, ancora più risalenti, non tiene conto dell'uso più recente, ben più massiccio e diffuso, di tali apparecchi e del fatto che si tratta di tumori a lenta insorgenza: pertanto gli studi del 2009, basati su dati più

recenti, sono di per sé più attendibili. Inoltre, come ha osservato nelle controdeduzioni il ct di parte del (...) non si tratta di studi su un basso numero di casi ma, al contrario, del tutto esaustivo in quanto tratta di 678 casi che sono il numero totale che si verifica in un anno in Italia (trattandosi di tumore non frequente). Inoltre, a differenza dello studio dell'IARC, co-finanziato dalle ditte produttrici di telefoni cellulari, gli studi citati dal dott. D.S. sono indipendenti.

Naturalmente, secondo il costante insegnamento della Suprema Corte, nel caso di malattia professionale non gabellata, come anche in quello di malattia ad eziologia multifattoriale, la prova della causa di lavoro, che grava sul lavoratore, deve essere valutata in termini di ragionevole certezza, nel senso che, esclusa la rilevanza della mera possibilità dell'origine professionale, questa può essere invece ravvisata in presenza di un rilevante grado di probabilità. A tale riguardo, il giudice deve non solo consentire all'assicurato di esperire i mezzi di prova ammissibili e ritualmente dedotti, ma deve altresì valutare le conclusioni probabilistiche del consulente tecnico in tema di nesso causale, considerando che la natura professionale della malattia può essere desunta con elevato grado di probabilità dalla tipologia delle lavorazioni svolte, dalla natura dei macchinari presenti nell'ambiente di lavoro, dalla durata della prestazione lavorativa e dall'assenza di altri fattori extralavorativi, alternativi o concorrenti, che possano costituire causa della malattia.

Nel caso di specie, il CTU ha spiegato i valori i odd ratio che lo portano a sostenere la probabilità qualificata del ruolo, quanto meno, concausale, dell'uso dei telefoni nella causazione dell'infortunio ma, per rendere più evidente la reale portata di quanto affermato, appare utile dar conto dell'esempio che il ct di parte ha fatto nelle contro-osservazioni depositate il (...). Partendo dai dati indicati dal CTU, il dott. G. afferma essere utile confrontare il dato di rischio individuale ottenuto dal consulente (2,9) con quello ricavato per il fattore di rischio, universalmente riconosciuto, dell'esposizione alle radiazioni ionizzanti. Afferma il dott. G.: "Orbene, nei soggetti esposti a 1Gy di RI, come i sopravvissuti alle esposizioni atomiche giapponesi si Hiroshima e Nagasaki, è stato accertato un rischio relativo di tipo oncologico di 1,39 per tutti i tumori con un minimo di 1,22 per i tumori dell'utero e cervice

ed un massimo di 4,92 per la leucemia, il che significa che il rischio oncogeno medio delle RI è inferiore a quello che si ha per l'esposizione alle radio frequenze in riferimento ai neurinomi endocranici" [Omissis].

Appare, quindi, evidentemente integrato il requisito di elevata probabilità che integra il nesso causale richiesto dalla normativa.

Ne consegue che l'INAIL deve essere condannato a corrispondere a (...) la rendita per malattia professionale prevista per l'invalidità all'80%, con arretrati ed interessi di legge.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano per il primo grado in (...) ed per il presente grado in (...) con distrazione in favore del procuratore antistatario. Le spese di CTU restano definitivamente a carico dell'INAIL.

P.Q.M.

In riforma della sentenza n. 471/08 del Tribunale di Brescia condanna l'INAIL a corrispondere all'appellante la rendita per malattia professionale prevista per l'invalidità all'80%, con arretrati ed interessi di legge; condanna l'INAIL alla rifusione delle spese di ambo i gradi liquidate per il I grado in (...) e per il presente grado in (...).

Brescia, 10.12.2009

[Omissis]

NOTA

La sentenza in esame affronta ancora una volta il tema delle malattie professionali, alla luce delle recenti innovazioni in tema di individuazione del nesso teleologico, tra evento patologico occorso al lavoratore ed esposizione a fattori di rischio sui luoghi di lavoro.

La Corte d'Appello di Brescia, con sentenza n. 614/09, è nuovamente intervenuta sul tema delle cosiddette tecnopatie, ovvero tutte quelle patologie che siano derivanti dall'esposizione a fattori di rischio, connessi allo svolgimento della propria attività lavorativa tramite apparecchiature quali, personal computer, reti wireless e telefoni cellulari.

Tema centrale della pronuncia è la determinazione della sussistenza del necessario nesso di causalità, tra malattia occorsa al lavoratore ed attività svolta, al fine del riconoscimento della qualifica di malattia professionale della stessa e seguente attribuzione dell'indennità previdenziale *ex lege* assicurata.

In specie, il ricorrente aveva utilizzato per un periodo di 12 anni, con una media tra le 5-6 ore giornaliere, il telefono cellulare ed il cordless, tenendolo prevalentemente all'orecchio sinistro: ciò, come risulta dall'atto introduttivo del processo di I grado, aveva condotto all'insorgenza *in primis* di ipoanestesia (perdita parziale della sensibilità) ed in seguito alla diagnosi conclamata di "neurinoma del Ganglio di Gasser".

Tale tipologia di tumore benigno colpisce il nervo acustico e produce una massa che deve necessariamente essere rimossa e, quale effetto collaterale, può produrre l'insorgenza di ulcere corneali, sindrome algo-distrofica, dolori cronici di varia intensità, nonché deficit cognitivi e disturbo dell'adattamento.

A seguito della manifestazione dei disturbi suddetti, il ricorrente richiedeva il riconoscimento del nesso causale tra attività lavorativa ed affezioni denunciate e l'erogazione delle prestazioni di legge corrispondenti.

In conseguenza del rigetto del ricorso operato dal Giudice del lavoro del Tribunale di Brescia, veniva ripresentato ricorso in appello.

La tematica delle malattie professionali, nell'ambito del *casus decusus*, diviene particolarmente ricca di spunti di riflessione, laddove si consideri l'aumento delle denunce delle patologie professionali attestate tra il 2004 ed il 2008 dall'INAIL, nonché lo specifico incremento delle tecnopatie, le quali per propria natura non risultano per la maggior parte tabellate.

Il recente intervento per la tebellarizzazione delle malattie professionali, operato con l'introduzione del DM 9/4/2008, ha ampliato notevolmente il novero delle stesse ed ha confermato l'orientamento, già espresso

da dottrina e giurisprudenza, con il quale si estendono i confini del riconoscimento della derivazione lavorativa di patologie sin'ora non tassativizzate.

Questione centrale in tal senso riguarda la determinazione della sussistenza del rapporto di causalità tra esposizione alle onde elettromagnetiche emesse da telefoni cellulari ed apparecchiature wireless ed insorgenza di patologie quali il neurinoma del nervo acustico.

La considerazione della questione va affrontata correlando i nuovi dati in campo scientifico, riguardanti l'incidenza delle onde elettromagnetiche sulla salute, ed i parametri normativi e di prassi di riferimento, che consentono di sancire l'esistenza del nesso teleologico richiesto dal legislatore.

Muovendo dal dato scientifico, recenti studi, effettuati tra il 2005 ed il 2009, affermano che in caso di esposizione a campi elettromagnetici derivanti dalle apparecchiature quali telefoni cellulari, vi sarebbe un incremento del rischio relativo neurinoma. Il rischio relativo rappresenta il rapporto tra l'esposizione ad un particolare fattore di rischio e l'insorgenza di una definita malattia, calcolata come il rapporto tra i tassi d'incidenza negli esposti e nei non esposti. Inoltre, un recente lavoro del gruppo Hardell (*Mobile phones, cordless and the risk for brain tumors*, International Journal of Oncology 2009), dimostra come il cosiddetto **Odds ratio**, ovvero il rapporto di frequenza con cui si verifica in un gruppo di pazienti di controllo la patologia, rispetto a pazienti non sotto controllo, in caso di esposizione prolungata ad onde elettromagnetiche sia superiore ad 1. Tale dato conferma che la probabilità che l'evento danno si verifichi in un gruppo di soggetti esposti è superiore a quella di un gruppo non esposto all'agente ritenuto patogeno.

Non mancano però in letteratura gli esempi di studi che sconfessino la determinante incidenza delle onde elettromagnetiche sulle neoplasie. A tal proposito, nel 2009 è stato pubblicato "*The controversy about a possible relationship between mobile phone use and cancer*" di

Michael Kundi, il quale conferma la possibile connessione tra esposizione e insorgenza di neoplasia, ma in qualità di concausa accelerativa del processo patologico e non di esclusiva responsabile di esso.

In ultimo vi è da sottolineare che nell'ambito della consulenza tecnica effettuata nel processo, emerge che il grado di rischio relativo di tipo oncologico per i neurinomi endocranici, riscontrato nei soggetti esposti alle radiofrequenze degli apparecchi cellulari è di misura superiore a quello dei soggetti esposti alle esplosioni atomiche di Hiroshima e Nagasaki. Tale dato integra il requisito dell'alta probabilità causale richiesto dalla normativa e supporta il riconoscimento dell'origine professionale della patologia denunciata dal ricorrente.

Tracciato il quadro scientifico di riferimento, è possibile inquadrare la fattispecie nell'ambito delle previsioni legislative in materia previdenziale per il riconoscimento della prestazione prevista per il lavoratore.

Come è noto, il nostro legislatore attribuisce un ruolo centrale alla determinazione del nesso di causalità in tale materia: infatti, la determinazione della sussistenza del rapporto teleologico incontra notevoli differenziazioni derivanti dalla presenza della malattia denunciata tra quelle "tabellate" o meno.

Nel caso di specie, non essendo questo ricompreso tra le ipotesi tassativizzate e, quindi, sottoposto al "regime misto", sarà possibile in riconoscimento del trattamento previdenziale, laddove il lavoratore dimostri con ragionevole certezza l'origine professionale della malattia.

Il lavoratore quindi, non potrà servirsi della presunzione legale di origine sancita per le malattie tabellate, ma dovrà provarne la connessione con l'attività svolta.

La questione assume risvolti decisamente complessi, laddove si consideri che il lavoratore in tali circostanze versi in una sorta di *probatio diabolica*, in virtù dei parametri non sempre univoci ai sensi dei

quali debba determinarsi tale nesso di causalità.

Com'è noto, vi sono diverse concezioni di nesso causale elaborate da dottrina e giurisprudenza, le quali risentono anche delle differenziazioni tra il diritto penale e civile.

Orbene è possibile affermare, sulla scorta dell'orientamento oggi prevalente in dottrina e giurisprudenza, che nell'ambito della materia previdenziale possa considerarsi provata la relazione di causalità tra l'evento dannoso, ossia la malattia professionale e le mansioni lavorative laddove con un *“grado rilevante di probabilità”*. A tal fine, la sentenza in esame considera rilevanti non solo i risultati derivanti dalle CTU ammesse, ma anche dalla *“tipologia delle lavorazioni svolte, dalla natura dei macchinari presenti nell'ambiente di lavoro, dalla durata della prestazione lavorativa e dall'assenza di altri fattori extralavorativi, alternativi o concorrenti, che possano costituire causa della malattia”*.

Nel caso di specie, i giudici del gravame hanno ritenuto - che il ruolo quantomeno concausale dell'uso dei telefoni cellulari nella causazione dell'infortunio costituisca una probabilità qualificata, ed in quanto tale - sussistere il rapporto teleologico necessario al fine del riconoscimento del trattamento assistenziale *ex lege* assicurato per le malattie di origine professionale.

Dunque la pronuncia della Corte d'Appello di Brescia si allinea con il recente orientamento che in tema di malattie professionali, ha abbandonato i limiti costrittivi del formalismo causale, legato unicamente al dato probabilistico, in luogo di un approccio maggiormente attento al caso concreto.

Emerge quindi una propensione ad adottare una concezione del rapporto causale quale connessione stabilita sullo l'egida del dato scientifico-probabilistico, ma allo stesso tempo applicando un correttivo adeguatore sulla scorta del caso concreto considerato.

Alla luce di quanto detto è ben comprensibile la pronuncia dei Giudici di Brescia, i quali considerano meritevole di accoglimento la pretesa assistenziale avanzata dal ricorrente, il quale benché a titolo concausale è stato interessato dall'azione menomatrice dei campi elettromagnetici creati dall'uso dei telefoni cellulari.

ESPOSIZIONE PROLUNGATA ALL'AMIANTO

Accertamento del diritto alla rivalutazione dei contributi previdenziali

di *Ezio Bonanni*

Corte d'Appello di Firenze - Sez. lavoro
Sentenza 10 luglio 2009 n. 1014
 (Pres. Est. Giorgio)

Va dichiarata inammissibile la domanda diretta ad ottenere il riconoscimento dei benefici contributivi per esposizione all'amianto ex art. 13, comma 8, l. n. 257/92 in applicazione del principio di diritto in tema di decadenza dall'azione giudiziaria per il conseguimento di prestazioni previdenziali (ex art. 47 d.p.r. n. 639/1970 modificato dall'art. 4 del d.l. n. 384/1992, convertito con modificazioni nella l. n. 438/1192) stabilito dalla Corte di Cassazione a sezioni unite, per i ratei pensionistici.

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

L'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale impugna la sentenza n. 619/07, emessa il giorno 2 ottobre 2007 dal giudice del lavoro del Tribunale di Grosseto, con la quale è stata accolta la domanda di F.T. diretta al riconoscimento dei benefici di cui all'art. 13, comma 8, della legge n. 257/92 in relazione al periodo 1.3.1977/31.12.1992 ed alla conseguente condanna dell'INPS a rivalutare i corrispondenti contributi per il coefficiente 1,5. L'Istituto appellante deduce: a) la carenza di prova e di accertamento dell'effettiva esposizione ultradecennale oltre i limiti previsti dagli artt. 24 e 31 del d.lgs. n. 277/91; d) la decadenza ex art. 47 del d.p.r. n. 639/70 e succ. modifiche. Infatti, la domanda amministrativa all'INPS era stata presentata dal T. nel novembre 1996, mentre il deposito del ricorso giudiziario era avvenuto solo il 22 febbraio

2005, cioè ben oltre il termine triennale di decadenza previsto dalla richiamata disposizione.

Dall'inammissibilità/improponibilità del ricorso; e) la decadenza ex art. 47 del d.l. n. 269/03, conv. in legge 326/03, e art. 3 l. n. 350/03 e D.M. 16179/04. Da ultimo l'Istituto appellante si duole del capo della sentenza di primo grado, con cui è stato condannato al pagamento delle spese di lite.

Il T., ritualmente costituitosi, contesta la fondatezza dell'impugnazione avversaria, di cui chiede il rigetto. Rileva la tardività dell'appello, per infruttuoso decorso del termine breve. Diffusamente replica all'eccezione di decadenza sollevata dall'INPS con l'atto di appello, sostenendo la inapplicabilità alla fattispecie del termine decadenziale di cui all'art. 47 del d.p.r. n. 639/70. Il T. deduce, altresì, in maniera articolata in ordine: a) alla inapplicabilità alla fattispecie del nuovo regime introdotto dal d.l. n. 269/03 in tema di benefici connessi all'esposizione all'amianto; b) alla congruità dell'accertamento di un'esposizione qualificata ultradecennale all'amianto dell'appellato da parte del c.t.u. di primo grado.

La causa, all'udienza di discussione del 10 luglio 2009, dopo la relazione del giudice incaricato e l'audizione dei difensori delle parti, è stata decisa come da separato dispositivo letto in aula.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'appello è fondato e deve trovare accoglimento.

Infondata è l'eccezione di tardività dell'appello sollevata dalla difesa del T. sul presupposto che la sentenza impugnata risulta notificata a controparte in data 16.10.2007, mediante notifica presso l'ufficio legale provinciale dell'Istituto, domicilio eletto al momento della

costituzione in giudizio, mentre l'appello è stato depositato presso la cancelleria di questa Corte il 7 ottobre 2008, così che sarebbe ampiamente superato il termine breve di trenta giorni di cui all'art. 325 c.p.c..

Non ritiene il Collegio che la notifica avvenuta il 16.10.2007 all'INPS in persona del legale rappresentante in Grosseto Via Trento n. 44 presso l'ufficio legale mediante consegna ad una persona addetta sia idonea a far decorrere il termine breve per l'appello.

Al riguardo, si osserva che l'INPS in primo grado si era costituito a ministero dell'avv.to M.F., eleggendo domicilio in Grosseto Via (...). La Suprema Corte ha affermato il principio che la notifica della sentenza in forma esecutiva, indirizzata alla controparte personalmente, è idonea a far decorrere il termine breve d'impugnazione nei confronti sia del destinatario che del notificante, pur se di fatto la notifica sia avvenuta al difensore, domiciliato presso la parte, mancando qualsiasi indicazione atta a far ritenere che la parte notificante perseguisse l'obiettivo, ulteriore all'impulso della procedura esecutiva, di portare la sentenza a conoscenza della controparte per il tramite del suo rappresentante processuale, professionalmente qualificato a vagliare l'opportunità dell'impugnazione (Cass. Sez. Lav. n. 15389/07; in senso conforme, Cass. n. 1675/05; n. 5274/00; n. 1069/00).

Esattamente in termini, può essere richiamato il precedente costituito da Cass. SS. UU. 5 agosto 1994 n. 7269, secondo il quale, *“ai fini della decorrenza del termine breve di impugnazione, la notifica della sentenza alla parte costituitasi mediante procuratore deve essere effettuata - a norma del combinato disposto degli artt. 170, 285, 326 c.p.c. e 58 disp. att. c.p.c. stesso codice - a tale procuratore e nel domicilio del medesimo, per cui, ove l'INPS si sia costituito in giudizio eleggendo domicilio presso l'ufficio legale della propria sede provinciale - coree nel caso in esame, n.d.r. -, la notifica della sentenza eseguita, presso tale ufficio, nei riguardi dell'istituto, anziché del procuratore nominato, è idonea a far decorrere il termine breve suddetto”*. Conformi, Cass. Sez. Lav. n. 3694/87 n. 4871/86.

Ne consegue che il T. avrebbe dovuto notificare la sentenza di primo grado, ai fini della decorrenza del termine breve di impugnazione, al procuratore costituito in primo grado, avv.

M.F., presso il domicilio eletto di Grosseto Via (...). Ne consegue il rigetto dell'eccezione pregiudiziale di parte appellata.

L'eccezione di decadenza reiterata in questa sede dall'INPS, per il suo carattere pregiudiziale, deve essere esaminata per prima.

Essa si risolve nell'accertare se debba trovare applicazione alla fattispecie la normativa di cui all'art. 4 del D.L. n. 384/1992, che ha sostituito l'originario comma 2 dell'art. 47 del D.P.R. 30.4.1970 n. 639, prevedendo che *“per le controversie in materia di trattamenti pensionistici l'azione giudiziaria può essere proposta, a pena di decadenza, entro termine di tre anni dalla data di comunicazione della decisione del ricorso pronunciata dai competenti organi dell'istituto o dalla data di scadenza del termine stabilito per la pronuncia della predetta decisione, ovvero dalla data di scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo, computati a decorrere dalla data di presentazione della richiesta di prestazione”*.

Al riguardo, va preliminarmente osservato che la decadenza sostanziale in materia di prestazioni previdenziali, di cui all'art. 47 cit., è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo, in quanto diretta a tutelare l'interesse pubblico alla definitività e certezza delle determinazioni relative ad erogazione di spese gravanti sulla finanza degli enti pubblici gestori delle assicurazioni sociali obbligatorie; la stessa è, quindi, sottratta alla disponibilità delle parti ed è quindi opponibile anche tardivamente, salvo il limite del giudicato. In tal senso v. Cass. Sez. Lav. 17 marzo 2008 n. 7148; Cass. Sez. Lav. 15.12.2005 n. 27674; Cass. Sez. Lav. 21.9.2000 n. 12508.

Ne consegue che la stessa, per quanto ritualmente sollevata solo in sede di appello dall'INPS (in primo grado, nella memoria “omnibus” dell'Istituto è davvero arduo individuare, in termini di specificità, i contorni giuridici dell'eccezione in esame) è pienamente scrutinabile dalla Corte.

La norma ora richiamata prevede, come visto, tre distinte ipotesi di decorrenza del termine triennale di decadenza in relazione alle diverse situazioni prospettabili: nella prima *il termine decorre dalla decisione amministrativa*, nella seconda *dalla scadenza del termine per la suddetta decisione*, se la stessa non è stata assunta, nella terza *dalla scadenza dei termini*

previsti per l'esaurimento del procedimento amministrativo, computati dalla data di richiesta della prestazione, nel caso in cui il ricorso amministrativo non venga proposto.

Queste tre ipotesi alternative di decorrenza del termine di decadenza scaturiscono dalla *previsione testuale* della disposizione: compito dell'interprete è quello di coordinarle tra loro in termini di *ragionevolezza e sistematicità*.

Va preliminarmente evidenziato che il periodo di *durata massima del procedimento amministrativo non può eccedere i 300 giorni* - sul punto, v. Corte Cost. sentenza n. 128/1996; Cass. Sez. Lav. n. 152/1999 -: ai 120 giorni necessari per la formazione del "silenzio-rigetto" di cui all'art. 7 della Legge n. 533/1973 - nell'ipotesi di mancanza di un provvedimento esplicito -, vanno aggiunti i 90 giorni per la proposizione del ricorso amministrativo in unico grado (art. 46 comma 5 L. n. 88/1989) e gli ulteriori 90 giorni dalla data di presentazione del ricorso per adire l'autorità giudiziaria (art. 46 comma 6 Legge cit.).

Ne consegue che, *al più tardi, il termine triennale di decadenza ex art. 47 del D.P.R. n. 639/1970 - come modificato dal D.L. n. 384/1992 - comincia a decorrere dal 301° giorno successivo alla data di presentazione all'istituto previdenziale della domanda di prestazione*. Coerentemente, si deve ritenere che le prime due ipotesi di decorrenza del termine triennale di cui al novellato art. 47 possono venire in esame solo allorché il termine calcolato in base ad esse si collochi entro i 180 giorni dalla formazione del silenzio-rigetto sulla domanda di prestazione dell'assicurato o - se antecedente a tale momento - dalla data di comunicazione della decisione.

Una diversa determinazione finirebbe con il dilatare in maniera indefinita la fase amministrativa del contenzioso, *togliendo ogni certezza sulla sua effettiva durata, snaturando, nel contempo, la natura decadenziale del termine* di cui all'art. 4 del D.L. 384/1992 - e prima ancora del D.L. n. 103/1991 -, la cui *ratio* verrebbe sicuramente disattesa, con la inevitabile "elasticità" nell'individuazione del "dies a quo".

In questa ottica non c'è dubbio che la *tardiva adozione di un provvedimento espresso di rifiuto della prestazione*, dopo la formazione *ex lege* del "silenzio-rigetto" (la legge configura, infatti, per esigenze di speditezza e di

predeterminazione di durata della fase amministrativa, il silenzio protratto *come modalità di manifestazione della decisione negativa*), non potrebbe valere a far decorrere il termine triennale dal provvedimento esplicito, in tal modo "rimettendo in termini" l'interessato. Il successivo provvedimento espresso finisce con il configurarsi come confermativo di quello precedente implicito.

Non ignora il Collegio l'esistenza sulla questione di pronunce di segno contrario (sentenze n. 8001/06; n. 21595/04), pur tuttavia ritiene di dover aderire al diverso orientamento secondo cui "in tema di controversie concernenti prestazioni erogate dall'INPS, il termine di decadenza cosiddetta sostanziale previsto per la proposizione dell'azione giudiziaria dall'art. 47 del d.p.r. 30 aprile 1970 n. 639, come sostituito dall'art. 4 del d.l. 19 settembre 1992, n. 384, convertito con modificazioni nella legge 14 novembre 1992, n. 438, decorre, nelle ipotesi di mancata proposizione del ricorso amministrativo, dalla data di scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo, computati a decorrere dalla data di presentazione della domanda amministrativa. Pertanto, in caso di mancata pronuncia dell'INPS sulla richiesta di prestazione (...) il termine stesso si computa a partire dal decorso di complessivi trecento giorni dalla presentazione della domanda (centoventi giorni per la pronuncia sulla domanda, ex art. 7 della legge 11 agosto 1973 n. 533, oltre a novanta giorni per la proposizione del ricorso amministrativo, ed ulteriori novanta giorni per la decisione del ricorso, a norma dell'art. 46, commi quinto e sesto, della legge 9 marzo 1989 n. 88)" (Cass. Sez. Lav. nn. 6018 e 6231/05; da ultimo, Cass. Sez. Lav. n. 13276/07).

Non vi è dubbio, ora, che l'azione volta al conseguimento dei benefici di cui alla legge cit. n. 257/92 sia soggetta al termine decadenziale di cui all'art. 47 cit.: tali benefici, per il risolversi in una maggiore valutazione dei periodi contributivi rilevanti ai fini del conseguimento della prestazione pensionistica, hanno la natura di "prestazioni previdenziali", conseguendone l'azionabilità nel termine di decadenza sostanziale. La questione della rivalutazione del periodo di esposizione all'amianto, in altri termini, anche quando non venga contestualmente azionata la domanda di

accesso al trattamento pensionistico - di anzianità o di vecchiaia -, è sempre pregiudiziale, propedeutica, strumentale alla diversa e successiva domanda di pensione o di ricostituzione della posizione pensionistica. Non vi è dubbio, poi, che l'azione giudiziaria debba essere preceduta dalla domanda amministrativa rivolta all'INPS, unico soggetto legittimato a resistere in giudizio e parte indispensabile del rapporto previdenziale (sul punto, v. Cass. Sez. Lav. n. 997/03; nn. 2677-8937-17000/02; Cass. SS. UU. nn. 483-529/00). La previa domanda all'INAIL, quale istituto deputato al rilascio della certificazione tecnica della sussistenza delle condizioni richieste ai fini del riconoscimento del beneficio, nel regime anteriore all'entrata in vigore dell'art. 47 del d.l. n. 269/03 ed al successivo D.M. 27.10.04 - che hanno previsto espressamente la necessità, a pena di decadenza del diritto sostanziale al beneficio - non era in alcun modo resa necessaria.

Le ragioni della scelta interpretativa sopra operata risiedono, a parere del Collegio, nella stessa *ratio* del sistema e, in particolare, nella finalità che la legge ha assegnato al termine decadenziale già decennale ed oggi triennale in seguito alla riforma del 1992. Lo scopo perseguito, infatti, è quello di accelerare i tempi di definizione delle istanze a fini di certezza ed in tal senso l'aver disposto per la decorrenza del termine ex art. 47 cit. la "*scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento dell'iter amministrativo*" indica con certezza che, nella irrilevanza della sorte del procedimento medesimo, comunque alla sua scadenza (300 giorni) comincia a decorrere il termine per azionare il diritto in sede giudiziaria (v., in particolare, Cass. Sez. Lav. n. 6018/05, cit., secondo cui anche in ipotesi di ricorso amministrativo tardivo non è consentito lo spostamento in avanti del termine di decadenza; conforme Cass. Sez. Lav. n. 13276/07).

Quanto, poi, al disposto del comma 5 dell'art. 47 cit., che obbliga l'ente previdenziale che rigetta il ricorso ad indicare i termini di opposizione e di decadenza dall'azione, si tratta di norma destinata ad operare nell'ipotesi fisiologica nella quale l'Istituto adotti un suo provvedimento di rigetto; essa, tuttavia, non impedisce il decorso del termine di decadenza quando, come nella fattispecie in esame, comunque sia decorso il termine di 300 giorni che indica lo spazio

cronologico massimo di complessiva durata della fase amministrativa, dal maturarsi del quale l'assicurato deve attivarsi - entro tre anni - per la proposizione dell'azione giudiziaria.

Una autorevole conferma della correttezza della linea interpretativa seguita dal Collegio la si rinviene in: una recente sentenza della Suprema Corte (Cass. Sez. Lav. n. 12685/08), la quale ha condiviso una precedente pronuncia di questa Corte territoriale, nella quale era stata affermata l'applicabilità al beneficio della rivalutazione contributiva per esposizione all'amianto della decadenza triennale di cui alla richiamate disposizioni normative.

Né è utilmente invocabile nella fattispecie il principio affermato dalla recentissima pronuncia delle SS.UU. della Cassazione - sentenza n. 12720/09 -, così come sostenuto dalla difesa del C., secondo cui "*la decadenza di cui all'art. 47 del d.p.r. n. 39 del 1970 - come interpretato dall'art. 6 del d.l. 29 marzo 1991 n. 103, convertito nella legge 1 giugno 1991 n. 166 - non può trovare applicazione in tutti quei casi in cui la domanda giudiziale sia rivolta ad ottenere non già il riconoscimento del diritto alla prestazione in sé considerata, ma solo l'adeguamento di detta prestazione già riconosciuta in un importo inferiore a quello dovuto, come avviene nei casi in cui l'Istituto previdenziale sia incorso in errori di calcolo o in errate interpretazioni della normativa legale o ne abbia disconosciuto una componente, nei quali la pretesa non soggiace ad altro limite che non sia quello della ordinaria prescrizione decennale*". Nella fattispecie scrutinata dalle SS.UU. il ricorrente si doleva che nella liquidazione del trattamento pensionistico non si fosse tenuto conto degli anni e delle settimane relative al periodo di c.d. prepensionamento, utili per poter conseguire l'aliquota percentuale necessaria per il conseguimento ed il calcolo della pensione di anzianità.

La *ratio* sottesa al principio affermato consiste nella evidente irrazionalità della previsione di una *doppia decadenza sostanziale*, in aperta violazione dell'indirizzo giurisprudenziale dell'unitarietà del termine di decadenza: come avverrebbe, ad esempio, nel caso di rivalutazione dell'indennità di disoccupazione o in tutti i casi di ricalcolo di un trattamento, pensionistico e non. In altri termini, la decadenza ex art. 47 cit. non trova applicazione in tutti quei casi in cui si sia in presenza di una

componente di una prestazione già riconosciuta (ad esempio, per gli scatti perequativi periodici della pensione, v. Cass. Sez. Lav. n. 209/00).

Ebbene, nel caso in esame l'appellato T. nel novembre 1996, *all'età di anni quarantaquattro e, quindi, senza essere in alcun modo titolare di trattamento pensionistico* - circostanza del resto, neppure allegata - chiese all'INPS il riconoscimento del diritto alla rivalutazione contributiva - secondo il moltiplicatore 1,5 all'epoca vigente - del periodo ultradecennale in cui aveva lavorato esposto all'amianto. Il T. chiese, cioè, *il riconoscimento di una prestazione*, tale essendo il beneficio della rivalutazione dei contributi - anche se destinata a riverberare i suoi positivi effetti in epoca successiva, all'atto del pensionamento -, per la quale non vi è ragione per non ritenere applicabile il termine di decadenza di cui si discute.

Sulla base di tali premesse, osserva il Collegio come a fronte di una domanda amministrativa presentata all'INPS in data 23 novembre 1996, il deposito del ricorso giudiziario reca la data del 22 febbraio 2005. Ne consegue che a quella data era ampiamente maturato il termine di decadenza triennale di cui all'art. 47 cit., che nel caso di specie decorreva dal 301° giorno successivo alla presentazione della domanda amministrativa.

L'appello dell'INPS va, pertanto, accolto e, in riforma della impugnata sentenza, va affermata l'inammissibilità del ricorso giudiziario presentato dal T..

Nella soluzione sopra accolte restano assorbite le altre questioni agitate nel dibattito processuale tra le parti.

Evidenti ragioni di equità, rappresentate dalla soluzione amara per l'appellato del presente giudizio, - ex art. 92 c.p.c. - suggeriscono la compensazione integrale delle spese processuali del doppio grado di giudizio.

P. Q. M.

In accoglimento dell'appello ed in conseguente riforma della sentenza impugnata, dichiara inammissibile la domanda proposta in primo grado da F.T.. Compensa per intero tra le parti le spese processuali del grado.

Firenze 10 luglio 2009

(Omissis)

* * * * *

NOTA

La Corte di Appello di Firenze ritiene la rivalutazione contributiva, pari al 50% del periodo di esposizione qualificata - con il coefficiente 1,5 - utile per maturare anticipatamente il diritto a pensione, ex art. 13, comma 8, legge 257/92, *prestazione previdenziale*¹ e la assoggetta alla decadenza di cui all'art. 47, del D.P.R. 639/70.

Questa posizione della Corte territoriale non è condivisibile e si pone in contrasto con la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, la quale ha precisato che il *bene della vita* oggetto della norma e della conseguente tutela giudiziaria della *"rivalutazione contributiva non rappresenta una prestazione previdenziale autonoma, ma determina contenuti del diritto alla pensione; che, nel regime precedente, non era prevista una domanda amministrativa per fare accertare il diritto alla rivalutazione dei contributi previdenziali, per effetto dell'esposizione all'amianto; che il legislatore ha espresso l'intento, ricostruito secondo una interpretazione orientata dal principio costituzionale di ragionevolezza, di escludere l'applicazione della nuova disciplina anche per coloro che comunque avessero già avviato una procedura amministrativa ... come del resto tale facoltà è riconosciuta*

¹ I diritti previdenziali rientrano tra i diritti sociali e godono dello Statuto giuridico proprio dei diritti fondamentali e sono cioè personali, irrinunciabili, inalienabili, indisponibili, intrasmissibili ed inviolabili. Il principio di indisponibilità ne conferma la loro natura e valenza pubblicistica e la intangibilità della loro prestazione. Ne è presupposto fondamentale l'efficacia, tale come gli altri diritti di libertà costituzionale, sia nei confronti dello Stato che nei confronti dei privati (art. 38 della Costituzione; Corte Costituzionale 26.07.1979, n. 88; Corte Costituzionale 14.07.1986, n. 184; Corte Costituzionale 18.12.1987, n. 559). Le modalità attuative del diritto non possono determinarne lo svuotamento e devono essere conformi al presupposto di efficacia.

anche ai soggetti per i quali opera la salvezza della precedente normativa, atteso che tale salvezza è stata disposta esclusivamente in loro favore” (Cass. 21862/04).

La stessa Corte Costituzionale con la Sentenza del 20.11.08, n. 376 *“secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione in precedenza richiamata, infatti, nel regime antecedente l’entrata in vigore delle disposizioni censurate non era prevista la necessità di alcuna domanda amministrativa per fare accertare il diritto alla rivalutazione dei contributi previdenziali per effetto dell’esposizione all’amianto”*.

Nel caso di specie il ricorrente ha domandato la rivalutazione della posizione contributiva e l’accredito della maggiorazione ex art. 13, comma 8, legge 257/92, nel 1996.

Le Sezioni Unite si sono già pronunciate escludendo che nel caso di specie possa essere applicata la norma di cui all’art. 47 D.P.R. 639/70 e dichiarata la decadenza (cfr. Cass. civ. SS.UU. 29 maggio 2009, n. 12720 e nel caso di specie non è pertinente il richiamo, che in ogni caso conferma come il termine decadenziale non si applica alle domande per la riliquidazione di prestazioni già riconosciute).

Non solo, ma nel caso di specie non era necessaria una specifica ed autonoma domanda ed anche quando successivamente la originaria formulazione della norma è stata modificata con l’art. 47 legge 326/03 e con il D.M. 27.10.04 (art. 3), il legislatore ha disciplinato specificamente ed in via speciale il procedimento amministrativo, articolato con una fase istruttoria, affidata all’INAIL, e con l’Ente Previdenziale gestore della posizione chiamato alla rivalutazione solo al momento della definizione dell’altra fase, nel termine di un anno (art. 3, n. 8, del D.M. 27.10.04) la cui decorrenza inizia *“dalla conclusione dell’accertamento tecnico”*, che *“è subordinato alla presentazione, da parte del lavoratore interessato, del curriculum lavorativo”* (art. 3, n. 3, D.M. 27.10.04).

La stessa norma di cui all’art. 47, comma 5, legge 326/03 impone con l’art. 3, n. 2, il termine del 15.06.2005 salve le eccezioni contemplate nell’art. 47, comma 6 bis, legge 326/03 ed art. 3, comma 132, legge 350/03.

La decisione della Corte territoriale non è condivisibile e si sottopone al vaglio della Corte regolatrice, per violazione e falsa applicazione delle norme di cui all’art. 13, comma 8, legge 257/92 e dello stesso art. 47 del D.P.R. 639/70, soprattutto per il contrasto con la giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale relativa alla fattispecie oggetto del giudizio (*rivalutazione dei contributi previdenziali per effetto dell’esposizione ad amianto cfr. Corte Costituzionale 376/08*).

Come risulta dal tenore letterale della sentenza l’avente diritto aveva inoltrato la domanda di rivalutazione della posizione contributiva già dal 1996, quando, cioè, era ancora vigente la originaria formulazione della norma di cui all’art. 13, comma 8, legge 257/92, che non disponeva l’onere di una specifica domanda, quanto piuttosto l’obbligo di un esatto conteggio dei periodi contributivi, con l’accredito della maggiorazione contributiva per esposizione ad amianto, quale parziale indennizzo² del maggior

² La Corte di Cassazione con sentenza n. 4913/01, richiamando il dibattito parlamentare ha precisato che il legislatore *“segui una soluzione che, tenendo conto della capacità di produrre danni in relazione al tempo di esposizione, consente una maggiorazione dell’anzianità contributiva per tutti i dipendenti che siano stati esposti all’amianto per più di dieci anni”*, ne compensasse le minori aspettative di vita con un pensionamento anticipato in *“attuazione dei principi di solidarietà di cui è espressione l’art. 38 Cost. – in funzione compensativa dell’obiettivo pericolosità dell’attività lavorativa spiegata; così Corte Cost., n. 127/2002: “plurimi elementi esegetici, i quali portano a ritenere che essa sia volta a tutelare, in linea generale, tutti i lavoratori esposti all’amianto, in presenza, beninteso, dei presupposti passati dalla disposizione stessa, secondo quanto evidenziato dalla già ricordata Sentenza di questa Corte n. 5 del 2000. Presupposti richiesti proprio perché la legge n. 271 del 1993 ha voluto tener conto della capacità dell’amianto di produrre danni sull’organismo in*

pregiudizio, per l'inadempimento dello Stato Italiano agli obblighi di cui all'art. 32 della Costituzione e che discendessero dalla normativa comunitaria (per altro tardivamente recepita, come sta a dimostrare la Sentenza di condanna della Corte di Giustizia 13.12.90, procedura 240/89, per mancato tempestivo recepimento della direttiva 477/83/CEE).

E' sufficiente richiamare la Corte Costituzionale (e la sentenza n. 127 del 2002) sulla natura giuridica e sull'oggetto della norma di cui all'art. 13, comma 8, legge 257/92, *"si da attribuire il beneficio della maggiorazione dell'anzianità contributiva in funzione compensativa dell'obiettiva pericolosità dell'attività lavorativa svolta"*, per rendere chiaro come nel caso di specie non possa trovare applicazione il complesso normativo scrutinato dall'art. 47 D.P.R. 639/70 e non può essere dichiarata la decadenza, nei termini indicati dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza 29 maggio 2009, n. 12720, riferita a fattispecie del tutto differenti (ratei di pensione, etc.).

La Sentenza della Corte di Appello di Firenze è illegittima per violazione e falsa applicazione della norma di cui all'art. 13, comma 8, legge 257/92 e dello stesso art. 38 della Costituzione (che richiama i principi solidaristici di cui all'art. 2 ed è una proiezione di cui all'art. 32 della Costituzione) e dell'art. 47 del D.P.R. 639/70 e di tutte le altre norme che regolano la materia.

Il richiamo nella Sentenza qui in commento al principio di diritto dettato dalla Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite con la Sentenza 12720 del 29.05.09 è assolutamente peregrino, perché diverse sono le fattispecie, diversi i presupposti, diversi i procedimenti, che per l'indennizzo contributivo *"in funzione compensativa dell'obiettiva pericolosità dell'attività lavorativa svolta"* (Corte Costituzionale, n. 127/02) detta la non

relazione al tempo di esposizione, si da attribuire il beneficio della maggiorazione dell'anzianità contributiva in funzione compensativa dell'obiettiva pericolosità dell'attività lavorativa svolta".

necessità di una specifica domanda ed anche quando successivamente la legge è stata modificata (facendo salve le posizioni, come quella in commento, di chi avesse già in corso il procedimento - cfr. art. 47, comma 6 bis, legge 326/03 ed art. 3, comma 132, legge 350/03), la disciplina speciale contemplata dalla nuova normativa era del tutto specifica e differente, ed assolutamente incompatibile con la norma di cui all'art. 47 del D.P.R. 639/70, e con le altre norme richiamate dalle Sezioni Unite (per altra fattispecie).

Infatti, come già abbiamo precisato *"nel regime precedente_ (come per il caso che ci occupa), non era prevista una domanda amministrativa per fare accertare il diritto alla rivalutazione dei contributi previdenziali, per effetto dell'esposizione all'amianto"* (cfr. Cass. 21862/04), e non poteva esserne dichiarata la decadenza, per altro con l'inammissibilità della domanda giudiziale.

Questa decisione, qui contestata, presuppone, secondo l'insegnamento della stessa Corte regolatrice, anche nella Sentenza delle Sezioni Unite 29 maggio 2009, n. 12178, la necessaria preventiva proposizione, anche tardiva, del ricorso amministrativo ex art. 443 c.p.c., ai fini della procedibilità della domanda giudiziale e la successiva decadenza dai ratei, ma non dal diritto a pensione.

Ma per i benefici contributivi per esposizione all'amianto, compensativi del maggior danno sofferto, per inadempimento degli obblighi costituzionali e comunitari dello Stato Italiano, non c'è necessità, come detto di una specifica domanda, e dunque neanche del ricorso amministrativo ex art. 443 c.p.c. ai fini della proposizione del ricorso giudiziale.

Tanto è vero che, in questa materia si sono susseguite, nell'arco di pochi giorni, due Sentenze della Suprema Corte di Cassazione, il 25.05.09, con la Sentenza 12718, e il 29.05.2009, con la Sentenza 12720, dall'esame complessivo delle quali non si può prescindere.

Nella Sentenza delle Sezioni Unite 29

maggio 2009, n. 12720, la tesi qui propugnata ha trovato autorevolissima conferma *“la decadenza di cui al D.P.R. n. 39 del 1970, art. 47, - come interpretato dal D.L. 29 marzo 1991, n. 103 art. 6, convertito nella L. 1 giugno 1991, n. 166 - non può trovare applicazione in tutti quei casi in cui la domanda giudiziale sia rivolta ad ottenere non già il riconoscimento del diritto alla prestazione previdenziale in sé considerata, ma solo l'adeguamento di detta prestazione già riconosciuta in un importo inferiore a quello dovuto, come avviene nei casi in cui l'Istituto previdenziale sia incorso in errori di calcolo o in errate interpretazioni della normativa legale o ne abbia disconosciuto una componente, nei quali casi la pretesa non soggiace ad altro limite che non sia quello della ordinaria prescrizione decennale”* (Cass. civ. SS.UU., 29 maggio 2009, n. 12720).

Il Tribunale di Trieste, Sezione lavoro, Giudice Dott.ssa Rigon, con sentenza del 31.03.2010, nel definire il procedimento n. 156/09 R.G., accoglieva le argomentazioni difensive di chi scrive e riteneva non applicabile la disciplina della decadenza, con l'ulteriore precisazione che: *“la decadenza dell'azione risponde essenzialmente all'esigenza di pervenire ad un sollecito accertamento dei presupposti di fatto e di diritto su cui si fonda la domanda: esigenza che non ricorre quando il diritto sia incontrovertito in tutti i suoi presupposti e la lite verta esclusivamente sull'esatto adempimento, come nella fattispecie in esame”*.

“Pertanto, - (prosegue il Tribunale di Trieste) - l'INPS va condannato al pagamento a favore del ricorrente dei maggiori ratei maturati dalla data del pensionamento (gennaio 1997), oltre agli interessi legali dal 121° giorno successivo alla domanda amministrativa di riliquidazione della pensione del 06.12.2004 al saldo”.

Con la precisazione che *“la maggiorazione contributiva prevista dall'art. 13, comma 8, legge n. 257/92 incide sulla misura della contribuzione e quindi della prestazione pensionistica,*

*come riconosce lo stesso INPS, se ne ricava che la domanda del ricorrente è diretta ad ottenere il pagamento della prestazione nella misura dovuta e quindi è soggetta solo all'ordinario termine di prescrizione decennale”*³.

Anche il Tribunale di Roma si pone nella stessa medesima ottica e presuppone questa stessa argomentazione, poiché ha accolto una nostra istanza⁴, successiva alla

³ I diritti previdenziali rientrano tra quelli fondamentali, come ne è eminente conferma il principio della imprescrittibilità del diritto a pensione, espressamente prevista per il settore del pubblico impiego (art. 5 del D.P.R. 1092/73) e per gli altri settori (art. 38 Costituzione; art. 69 legge 153/69; artt. 2115 e 2934 c.c.). Questa regola si fonda sul fatto che il diritto a pensione o alla rendita concorre a soddisfare un interesse che trascende quello del diretto interessato; rappresenta una situazione giuridica che permane nel tempo, costantemente si riproduce, e si pone, dunque, come uno status, collegato con la persona del titolare, espressive della personalità, non soggette a prescrizioni (Cass. 2 giugno 1997 n. 2249). Si prescrivono invece i ratei di pensioni e rendite, se maturati e non liquidati in 10 anni, per i ratei già liquidati e non riscossi, in 5 anni (art. 129, R.D.L. n. 1827 del 1935). Per le differenze, come il caso che ci occupa, il termine prescrizione è di 10 anni, come autorevolmente confermato dal Tribunale di Trieste.

⁴ Tribunale civile di Roma, Sez. lavoro Proc. n. 37586/08, Giudice Dott.ssa Pangia Istanza di revoca della ordinanza di sospensione e fissazione nuova udienza Per (...), con l'avv. Ezio Bonanni Ricorrente contro Inps, con l'avv. (...) Convenuto On.le Sig. Giudice, con ordinanza del 30.6.09, la S.V. accoglieva le richieste di Inps e sospendeva il procedimento, con relativi termini di 60 giorni per il ricorso amministrativo e successiva riassunzione del giudizio. Nel caso che ci occupa, abbiamo domandato il riconoscimento del diritto alla rivalutazione contributiva pari allo 0,50%, per il periodo di esposizione qualificata ad amianto, come dedotto nel ricorso, che si intende qui riscritto. Come già evidenziato, nel caso di specie, deduciamo l'applicabilità della normativa antecedente le modifiche introdotte con la legge 326/03, giusto l'art.

47 comma 6 bis della stessa legge e dell'art. 3 comma 132, legge 350/03.

In sostanza, riteniamo che avendo il ricorrente domandato il riconoscimento del diritto ovvero maturato il diritto a pensione **anche con i contributi amianto, già alla data del 02.10.2003, si fa salva la disciplina previgente.**

Non è applicabile l'art. 47 della legge 326/03, nella parte in cui limita il beneficio allo 0,25 e la norma applicabile ridiventa quella originaria.

Sul punto giova richiamare la sentenza n. 21862 del 18.11.04 della Sezione Lavoro della Cassazione, in cui è precisato che *“la rivalutazione contributiva non rappresenta una prestazione previdenziale autonoma, ma determina contenuti del diritto alla pensione; che, nel regime precedente, non era prevista una domanda amministrativa per fare accertare il diritto alla rivalutazione dei contributi previdenziali, per effetto dell'esposizione all'amianto; che il legislatore ha espresso l'intento, ricostruito secondo una interpretazione orientata dal principio costituzionale di ragionevolezza, di escludere l'applicazione della nuova disciplina anche per coloro che comunque avessero già avviato una procedura amministrativa ... come del resto tale facoltà è riconosciuta anche ai soggetti per i quali opera la salvezza della precedente normativa, atteso che tale salvezza è stata disposta esclusivamente in loro favore”*.

La stessa Corte Costituzionale con la sentenza n. 376/08 precisa che *“nel regime antecedente l'entrata in vigore delle disposizioni censurate non era prevista la necessità di alcuna domanda amministrativa”*.

Si precisa in modo espresso che quella richiesta non è una prestazione previdenziale autonoma quanto piuttosto un nuovo sistema di calcolo contributivo.

Nel caso di specie, giova ripeterci, abbiamo domandato il riconoscimento della prestazione ex art. 13 comma 8 legge 257/92 e ex art. 47 comma 6 bis legge 326/03 e art. 3 comma 132 legge 350/03, nel calcolo dei contributi e non una prestazione previdenziale.

Si applica la antecedente e più favorevole normativa:

- per coloro che avessero già depositato la domanda di ricalcolo dei contributi;
- per coloro che erano già in pensione;
- per coloro che avevano maturato alla data del 02.10.2003 il diritto a pensione, conteggiando la maggiorazione contributiva dovuta alla esposizione all'amianto (cfr. tra le altre Corte Costituzionale 376/08);
- ai lavoratori dei siti oggetto di atto di indirizzo, per espressa disposizione normativa, di cui all'art. 1, commi 20, 21 e 22, Legge 247/07 e D.M. 12.03.08, come modificato da Sentenza TAR del Lazio

interruzione di un giudizio, e disponeva la revoca di una sua precedente ordinanza.

Per altro profilo - in riferimento all'oggetto e alla natura della prestazione ex art. 13, comma 8, legge 257/92 - la rivalutazione contributiva pari al 50% del periodo di esposizione qualificata ai fini del prolungamento con il coefficiente 1,5 utile a maturare preventivamente il diritto a pensione, come contemplato dall'art.

05750/09, per i quali l'unico obbligo ed onere rimane quello della domanda all'INAIL entro il 15.06.05.

Non solo, ma è la stessa Inps con lettera del 20.04.2005, del Direttore, Dott. (...) a precisare che *“a chiusura della presente, si specifica che il Comitato provinciale Inps non è competente per la materia soprastante”*.

Questo documento si allega in copia alla presente istanza.

Già verbalmente, il modesto difensore che scrive, aveva replicato ad Inps l'assenza di *lex specialis* cui fa esplicito riferimento l'art. 443 c.p.c. (sul punto conforme 12593/99; Cass. 11398/97; Cass. 3000/92; Cass. 4592/82 e Trib. Ravenna, sentenza del 03.05.2000 ed ex multis).

Esemplare la massima della pretura di Padova, che precisa: *“non sono né inammissibili né improcedibili in base all'art. 443 c.p.c. le domande giudiziali proposte prima dell'esaurimento delle procedure amministrative conseguenti agli accertamenti Inail sull'esposizione ultradecennale all'amianto per conseguire i benefici previsti dalla L. 257 del 27.03.1992, in quanto queste procedure sono previste in circolari e non in legge e comunque in quanto nella specie la relativa eccezione è stata proposta tardivamente, oltre la prima udienza”*.

Per quanto sopra, il sottoscritto avv. Ezio Bonanni, nella qualità come in atti, eleva sommessamente

Istanza

alla Sv III.ma ed Ecc.ma affinché, anche alla luce del documento di Inps depositato in allegato alla presente, voglia disporre la revoca dell'ordinanza di sospensione e fissare l'udienza di comparizione delle parti.

Allega copia della Sentenza Cass. Sez. lav., 21862 del 18.11.2004;

Sentenza Corte costituzionale n. 376/08;

Massima Pretura di Padova 09.06.1997.

Lettera Inps.

Roma, 08.07.09

Il Giudice, lette le articolazioni e argomentazioni sopra esposte dal difensore del ricorrente, viste le allegate note Inps ove si legge che il comitato provinciale Inps non è competente in materia, fissa l'udienza del (...).

Roma 08.07.2009.

13, comma 8, legge 257/92, ha natura compensativa ed indennitaria, e detta modalità di conteggio dei contributi, e non ha quale oggetto ratei di pensione, come erroneamente ritenuto dalla Corte Territoriale e ciò ne impedisce la declaratoria di decadenza⁵.

⁵ Il termine di decadenza in questione è da intendersi, con riferimento alle prestazioni pensionistiche, riferito esclusivamente al diritto dell'assicurato alla percezione dei ratei di prestazione e non al diritto alla pensione, da intendersi imprescrittibile; in tal senso, Corte Cost., 3 giugno 1992, n. 246, in Giur. Cost. 1992, 1887. In precedenza, sotto la vigenza del vecchio testo dell'art. 47 d.p.r. 30 aprile 1970, n. 639, si era espressa nel senso della imprescrittibilità del diritto a pensione Cass. civ. SS.UU., 21 giugno 1990, n. 6245, in Foro It., 1991, 160, per la quale detta imprescrittibilità deve essere rinvenuta (ferma la rilevanza dell'art. 38 Cost.), in ragione del coordinamento tra l'art. 2934, co. 2 c.c., che esclude la soggezione a prescrizione dei diritti indisponibili, gli art. 128, co. 1. r.d.l. n. 1827/1935, 2, 69, L. n. 153/1969, che escludono o limitano la cedibilità, sequestrabilità e pignorabilità dei trattamenti pensionistici, nonché dell'art. 2115, co. 3 c.c., secondo cui "E' nullo qualsiasi patto diretto ad eludere gli obblighi relativi alla previdenza o alla assistenza". Nello stesso senso, v. altresì art. 6 L. 1 giugno 1991, n. 166, di interpretazione autentica dell'art. 47 cit., per cui "I termini previsti dall'art. 47, co. 2 e 3, del d.p.r. 30 aprile 1970, n. 639, sono posti a pena di decadenza per l'esercizio del diritto alla prestazione previdenziale. La decadenza determina l'estinzione del diritto ai ratei pregressi delle prestazioni previdenziali e l'inammissibilità della relativa domanda giudiziale. In caso di mancata proposizioni di ricorso amministrativo, i termini decorrono dall'insorgenza del diritto ai singoli ratei". In dottrina, per i necessari approfondimenti, si rinvia a P. HERR, *La prescrizione dei ratei di pensione*, in Prev. Soc., 1984, 1806 e ss; M. MISCIONE, *La prescrizione della pensione (a proposito della sentenza n. 314 del 1985 della Corte Costituzionale sul cumulo di integrazione al minimo)*, in Riv. Giur. Lav., 1987, II, 3. Sul piano processuale, la decadenza è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo, in quanto diretta a tutelare l'interesse pubblico alla definitività ed alla certezza delle determinazioni relative ad erogazioni di spese gravanti sulla finanza degli enti pubblici gestori delle assicurazioni sociali obbligatorie. Tale principio va coordinato con quello della rituale e tempestiva allegazione dei fatti che determinano l'improponibilità della domanda, onde la relativa decadenza non può essere sollevata per la prima volta

Inoltre, come abbia già sopra evidenziato, il ricorrente chiede un diverso conteggio dei suoi contributi, utile per ottenere la preventiva maturazione del diritto a pensione e ciò rende non applicabile la disciplina della decadenza, dettata per i ratei e non per il caso scrutinato per effetto dell'esercizio della domanda in sede giurisdizionale.

Se invece si tenesse conto dell'effetto mediato, prolungando il periodo contributivo, per effetto della maggiorazione e tenendo conto quindi di più anni di contribuzione, evidentemente l'importo dei ratei potrebbe essere maggiore, rispetto ad un conteggio contributivo senza il meccanismo della rivalutazione con il coefficiente 1,5 (applicabile ai contributi e non all'entità dei ratei, che notoriamente possono aumentare, ma di un importo inferiore, e di molto inferiore, al 50%).

Solo sotto il profilo fenomenologico, ed assolutamente mediato, al più mediato, la rivalutazione della contribuzione porta ad una maggiorazione dei ratei, soltanto eventuale, e ciò esclude dunque che l'oggetto possa essere ricompreso nella disposizione normativa di cui all'art. 47 del D.P.R. 639/70 e soprattutto dell'art. 46, legge 09.03.89 n. 88 (di cui si dirà in seguito).

Non si può assumere il presupposto che l'oggetto della vita in contendere sia costituito dai medesimi, quanto al più di una quota-parte.

Anche qualora si ritenesse che il ricorrente avesse domandato il riconoscimento di un quota dei ratei,

nel giudizio di cassazione, qualora implichi indagini di fatto sulle concrete scansioni temporali del procedimento amministrativo contenzioso, non indicate nel ricorso con la necessaria precisazione di date e non documentate nel precedente corso del processo (Cass. 15 dicembre 2005, n. 27674). In dottrina, c.f.r. PACCHIANA PARRAVICINI, *Il termine di decadenza per la proposizione dell'azione diretta a far valere il diritto a prestazioni previdenziali: la matematica può diventare un'opinione*, in Dir. sic. soc., 2005, 675; GUENCI, *Ancora su decisione tardiva dell'Inps e termini di decadenza dell'azione*, in Riv. Crit. Dir. Lav., 2002, 479.

comunque la disciplina della decadenza sarebbe inapplicabile.

Ne è conferma, ultima e decisiva, ai fini della inapplicabilità del regime della decadenza, nel caso che ci occupa, il richiamo contenuto nella stessa Sentenza delle Sezioni Unite (25.05.2009, n. 12720), il cui principio di diritto è disatteso dalla Corte di Appello di Firenze, e sul quale la Corte regolatrice in questa controversia (e per altre analoghe) sarà chiamata ad intervenire, per ristabilire il già affermato principio di diritto: *“in tutti quei casi in cui si sia in presenza di una componente di una prestazione già riconosciuta (Cass. 11.01.2000, n. 209, che dalla natura di componenti essenziali della pensione degli scatti perequativi periodici ne ha fatto conseguire l’inapplicabilità del termine di decadenza del D.P.R. n. 639/70, ex art. 47 allorché la domanda giudiziale sia volt ad ottenere detti scatti, sicché la relativa domanda soggiace unicamente al termine dell’ordinaria prescrizione decennale)”*.

Ne è conferma indiretta la stessa regolamentazione (ed inapplicabilità della norma di cui all’art. 47 D.P.R. 639/70) degli interessi legali sui ratei di pensione tardivamente liquidati, i quali sono soggetti unicamente alla prescrizione, e che non vedono l’applicazione della decadenza (cfr. Cass. civ., SS.UU. 10995/2002).

La Corte territoriale dichiara la inammissibilità della domanda ritenendo applicabili le norme di cui all’art. 47 D.P.R. 639/70 e quelle di cui all’art. 7, legge 11.08.73 n. 533 e l’art. 46, comma 5 e 6 della legge 09.03.89, n. 88, per altro richiamate dalla Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite (Sent. 29.05.09, n. 12720), la quale così ricostruisce (per altra fattispecie) il complesso che regola la decadenza: il d.p.r. 30 aprile 1970, n. 693, art. 47 - nel testo *ratione temporis* applicabile - statuisce: *“Per le controversie in materia di trattamenti pensionistici l’azione giudiziaria può essere proposta, a pena di decadenza, entro il termine di tre anni dalla data di comunicazione del ricorso pronunciata dai componenti organi dell’Istituto o della*

data di scadenza del termine stabilito per la pronuncia della predetta decisione, ovvero dalla data di scadenza dei termini prescritti per l’esaurimento del procedimento amministrativo, computati a decorrere dalla data di prescrizione della richiesta di prestazione” (co. 2).

“Per le controversie in materia di prestazioni della gestione di cui alla l. 9 marzo 1989, n. 88, art. 24 l’azione giudiziaria può essere proposta, a pena di decadenza, entro il termine di un anno dalla data di cui al precedente comma” (co. 3).

“L’Istituto nazionale della Previdenza sociale è tenuto ad indicare ai richiedenti le prestazioni p ai loro aventi causa, nel comunicare il provvedimento adottato sulla domanda di prestazione, i gravami che possono essere proposti, a quali organi debbono essere presentati ed entro quali termini. E’ tenuto, altresì, a precisare i presupposti ed i termini per l’esperimento della prestazione giudiziaria” (co. 5).

Il D.L. 29 marzo 1991, n. 103 (testo del D.L. coordinato con la legge di contro versione 1 giugno 1991, n. 166 recante *“Disposizioni urgenti in materia previdenziale”*) all’art. 6 (*“Regime delle prescrizioni delle prestazioni previdenziali”*) dispone a sua volta: *“I termini previsti dal d.p.r. 30 aprile 1970, n. 639, art. 47, co. 2 e 3, sono posti a pena di decadenza per l’esercizio del diritto alla prestazione previdenziale. La decadenza determina l’estinzione del diritto ai ratei pregressi delle prestazioni previdenziali e l’inammissibilità della relativa domanda previdenziale. In caso di mancata proposizione di ricorso amministrativo, i termini decorrono dall’insorgenze del diritto ai singoli ratei”* (co. 1).

“Le disposizioni di cui al co. 1 hanno efficacia retroattiva ma non si applicano ai processi che sono in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto” (co. 2).

Prosegue la Corte Suprema di Cassazione a Sezioni Unite: *“6.1. Dalla lettura della suddetta normativa -*

all'interno della quale il disposto del cit. d.l. n. 103/1991, art. 6 si pone rispetto al disposto del d.p.r. n. 639/1970, art. 47 come norma di interpretazione autentica non suscettibile come tale di mutarne l'impianto contenutistico (cfr. al riguardo sentenza Corte cost. n. 246/1992) - e dalla ratio ad essa sottesa emergono tre diversi dies a quibus:

- ove sia stato emanato un provvedimento dell'Inps, a seguito di un precedente ricorso amministrativo, la notifica del provvedimento determina il giorno dal quale decorre, a seconda del tipo di prestazione richiesta, il triennio o l'anno in cui al suddetto art. 47;

- se il ricorso è stato presentato ma l'Inps non ha provveduto al termine decorre dalla data del ricorso amministrativo maggiorato del tempo teorico (90 giorni l. n. 88/1989, ex art. 46, co. 6), previsto per la decisione;

- ove neanche il ricorso amministrativo sia stato proposto (o perché non c'è stato alcun provvedimento dell'Inps, in risposta alla domanda dell'assicurato; o perché, pur in presenza dell'atto reiettivo dell'Inps, l'assicurato non ha a sua volta presentato un valido ricorso) il dies a quo è presentato dalla data di presentazione della richiesta di prestazione, cui viene addizionato il termine prescritto per l'esaurimento dell'intero procedimento amministrativo pari a giorni trecento (120 giorni per il silenzio rifiuto l. 11 agosto 1973, n. 533, ex art. 7; 90 giorni, termine concesso all'assicurato per ricorrere al Comitato provinciale l. 9 marzo 1989, ex art. 46, co. 5; 90 giorni per il silenzio rigetto l. 9 marzo 1989, n. 88 cit., ex art. 46, co. 6). Termine questo di trecento giorni non suscettibile, per quanto verrà detto, di essere in alcun modo prolungato”.

La Corte di Appello di Firenze con la Sentenza qui sottoposta ad esame dichiara “inammissibile la domanda proposta in primo grado” richiamando la Corte regolatrice a Sezioni Unite ed il principio di diritto formulato con la Sentenza 29.05.09 n. 12720, della quale riproduce parte della motivazione.

Tuttavia, come già evidentemente precisato, e come risulta dalla stessa Sentenza della Corte di Appello di Firenze, oggetto del contendere non erano e non sono ratei di pensione, bensì l'accredito della maggiorazione contributiva, ed un diverso conteggio dei relativi periodi, utili per maturare il diritto a pensione.

L'Inps aveva delegato l'accertamento alla Contarp attraverso l'Inail, che non aveva ancora ultimato gli accertamenti tecnici, e reso dunque e comunque non applicabile la norma di cui all'art. 7, legge 533/73, che innesca la procedura ed i termini di cui all'art. 47, D.P.R. 639/70 (anche nella non augurata ipotesi che fosse ritenuto applicabile alla fattispecie, cosa che si contesta per i motivi che abbiamo rilevato)

Infatti, anche tenendo conto della successiva evoluzione normativa, l'Inps o qualsiasi altro Ente erogatore non ha competenza per accertamenti tecnici, e deve ratificare quelli dell'Inail se e quanto quest'ultima, come richiesto dall'Ente (nella precedente formulazione della norma) o dall'avente diritto (per effetto delle modifiche di cui all'art. 47, legge 326/03 e D.M. 27.10.04), senza poter entrare nel merito (e salvo che l'ente accertatore porti a termine l'accertamento, per il quale ha un anno di tempo che inizia a decorrere dalla fine degli accertamenti, ed è subordinato al deposito del curriculum).

Nel tentativo di armonizzare il groviglio di norme che si sono succedute e che si succedono ancora per regolare la materia, non si comunque prescindere dal principio di specificità e di successione delle leggi nel tempo.

Le norme già richiamate dettano una normativa specifica e speciale per l'accertamento dell'esposizione e per l'accredito dei contributi, che nulla hanno a che vedere con il pagamento dei ratei di pensione, ed altre prestazioni, e che invece dettano la sequenza ed i presupposti, stabilendo una **decadenza specifica, quella del 15.06.2005** (salvi alcuni casi, già specificati e confermati anche dalla stessa Corte Costituzionale

con la Sentenza 366 del 20.11.08)

Questa disposizione legislativa detta norme specifiche circa il procedimento amministrativo e sulla decadenza dai benefici contributivi, e con migliore specificazione del termine, al 15 giugno 2005, con il d.m. (Ministero del Lavoro) 27.10.04, l'art. 3 n. 2⁶ e con il n. 3, circa l'obbligo di presentazione del curriculum cui è subordinato l'avvio del procedimento di accertamento dell'INAIL e con i termini di cui al successivo n. 8.

La disciplina che detta l'art. 3 ai fini del procedimento amministrativo ed i termini di decadenza, individuano ed esauriscono le cosiddette sanzioni alla inattività delle parti, ai fini di ottenere l'indennizzo contributivo.

Se il termine ai sensi dell'art. 3, n. 8, del citato decreto ministeriale è quello di un anno dal termine degli accertamenti tecnici, l'avvio è subordinato al deposito del curriculum, ed ottenuto l'agognato certificato di esposizione il medesimo deve essere esibito all'Ente previdenziale per avere l'accredito sulla contribuzione, ed in caso negativo, o nel caso che l'Inail semplicemente non si pronuncia si aprono le porte dell'azione giudiziaria (per ottenere detto accredito contributivo, che non corrisponde a ratei pensionistici, o quant'altro è oggetto di decadenza nella norma erroneamente applicata nella fattispecie in esame).

Non si può innescare dunque quel meccanismo di silenzio rifiuto di cui all'art. 7⁷ della legge 11 agosto 1973 n.

⁶ D.M. 27/10/2004, art. 3 n. 2: "La domanda di certificazione dell'esposizione all'amianto, predisposto secondo lo schema di cui allegato 1, deve essere presentata alla sede INAIL entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, a pena di decadenza del diritto ai benefici pensionistici di cui all'art. 2 comma 1. Per data di presentazione della domanda si intende la data di arrivo alla sede INAIL o la data del timbro postale di avvio nel caso di raccomandata".

⁷ Legge dell'11 agosto 1973, n. 533, art. 7 Formazione del silenzio - rifiuto sulla richiesta agli Istituti previdenziali ed assistenziali "in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie, la richiesta all'Istituto assicuratore si intende respinta, a tutti gli effetti di legge, quando siano trascorsi 120 giorni

533, né possono essere applicate le norme richiamate dalla Corte Territoriale nella Sentenza censurata.

Come confermano i fatti non è raro anzi è inusuale che le domande inoltrate all'Inail prima del 15.06.2005 siano ad oggi definite, e sono ancora la maggior parte in istruttoria (come avvalorato con l'art. 6, comma 9 bis, legge 25/2010 che ha concesso una proroga fino al 30.06.2010 per il deposito dei curriculum lavorativi anche per le domande depositate prima del 15.06.05e che non avrebbe senso se si applicasse il regime della decadenza, come voluto dalla Corte di Appello di Firenze, per il semplice fatto che ci sarebbe decadenza per tutti ed il Legislatore avrebbe legiferato invano).

Ciò contrasterebbe anche con il principio di successione delle leggi nel tempo, e con una interpretazione sistematica, logica e teleologica di tutte le norme che regolano la materia, e soprattutto con il principio costituzionale di ragionevolezza e non ultimo con l'obbligo di interpretazione *secundum constitutionem*, come più volte richiamato dalla stessa Corte Costituzionale.

In alcuni contesti, come per esempio quello dei lavoratori marittimi, che hanno più armatori sulle cui navi hanno prestato servizio in esposizione ad amianto, o come ancora quando il datore di lavoro è fallito e non può rilasciare il curriculum, intervengono sub procedimenti, come quelli di verifica e di rilascio del curriculum con l'intervento della Direzione Provinciale del Lavoro chiamata ad ulteriori accertamenti ed *apposite indagini* (così come dispone lo stesso art. 3, n. 5, del d.m. 27.10.04)

Lo stesso procedimento amministrativo di accertamento non si avvia presso l'INAIL nel caso in cui non risulti esibito il curriculum lavorativo (art. 3 n. 3 d.m. 27/10/2004⁸) come sopra abbiamo già

dalla data della presentazione, senza che l'Istituto si sia pronunciato".

⁸ D.M. 27/10/2004, art. 3, n. 3: "l'avvio del procedimento di accertamento dell'INAIL è subordinato alla presentazione, da parte del lavoratore interessato, del curriculum lavorativo,

accennato (e se il datore di lavoro è fallito c'è necessità dell'altro sub procedimento).

Ma soprattutto è il richiamo al regime specifico che è dettato dal Legislatore con l'art. 47 comma 5 della legge 326/2003 e dal d.m. 27/10/2004 art.3 comma 2, a rendere incompatibile e non applicabile il regime della decadenza di cui all'art. 47 del d.p.r. 639/70 e se lo fosse questo suonerebbe come ingiusta ed irrazionale discriminazione per i lavoratori dell'amianto, che avrebbero due mannaie sanzionatorie per i loro diritti, e l'impossibilità di farli valere nei termini, per essere detto procedimento articolato in modo complesso, con la necessità di accertamenti tecnici e sub procedimenti, come sopra abbiamo descritto e renderebbe inapplicabile, non effettivo, un diritto, che come visto ha il suo ancoraggio nella Costituzione.

La decadenza, che specificamente attiene e regola la materia dei benefici contributivi per esposizione all'amianto, in conclusione, non è quella dettata dall'art. 47 del D.P.R. 639/70, quanto piuttosto e ben diversamente quella di cui all'art. 47, comma 5, legge 326/03, con le deroghe di cui al comma 6 bis (dello stesso art. 47), e di cui all'art. 3, comma 132, legge 350/03, ed in ultimo con una proroga ex art. 6, comma 9 bis, legge 25/2010.

Non vi è chi non veda dunque come la specialità della materia (*lex specialis derogat generalis*), ed il particolare regime delle decadenze contemplato dal Legislatore, escludano l'applicabilità della norma indicata dalla Sentenza in contestazione.

Lo stesso principio di successione delle leggi (art. 15 preleggi) nel tempo esclude che possa applicarsi l'art. 47 del D.P.R. del 30.04.1970 n. 639, come modificato dall'art. 4 D.L. n. 384/92, convertito con legge 438/92. quando in questa materia il Legislatore è intervenuto specificamente, con l'art. 47 della legge 326/03 e

predisposto secondo lo schema di cui all'allegato 2, rilasciato dal datore di lavoro, dal quale risulti l'adibizione, in modo diretto ed abituale, ad una delle attività lavorative di cui al medesimo art. 2 comma 2, comportanti l'esposizione all'amianto".

successivamente ancora (come sopra abbiamo precisato), anche per il semplice fatto che in materia di procedimento amministrativo per il riconoscimento dei benefici contributivi, relativo a coloro che hanno inoltrato le domande prima del 15.06.05 ma anche per tutti gli altri, il Legislatore ha concesso una proroga con l'art. 6, comma 9 bis, legge 25/2010, che sarebbe inattuabile, o quantomeno inutile, se poi ci sarebbe stata già la decadenza di cui all'art. 47, del d.p.r. 369/70, magari per il prolungarsi del procedimento di accertamento innanzi all'Inail o innanzi alle Direzioni Provinciali del Lavoro.

Un ulteriore decisivo e conclusivo rilievo è portato dalla stessa giurisprudenza di Codesta Ecc.ma Corte: *"La ragione della norma è fissare (come lo stesso Istituto esattamente sostiene) un sistema rigoroso e completo della regolamentazione del procedimento amministrativo e della successiva azione giudiziaria. Ed il rigore della regolamentazione inizia con il rigore richiesto nel comportamento dell'Istituto. In questa ragione ed in questo rigore si inquadra, quale necessario completamento, la disposizione del co. 5. con la fissazione di termini precisi ed inderogabili, si esige che il privato, attraverso individuale comunicazione, sia posto nelle condizioni di conoscere gli strumenti ed i presupposti nonché i termini per far valere il proprio interesse. Ragione specifica di questa disposizione è consentire questa conoscenza"* (Cass., 15 dicembre 2005, n. 27672).

Nel caso di specie, mai l'INPS ha istruito o fatto istruire la domanda del ricorrente, né la Contarp ha portato a termine il suo accertamento, ovvero non ha rigettato, né per altro accolto la domanda nei termini, che sono quelli di cui all'art. 3, lettera 8) del D.M. 27.10.04, che testualmente *"la certificazione della sussistenza e della durata dell'esposizione all'amianto deve essere rilasciata dall'INAIL entro un anno dalla conclusione dell'accertamento tecnico"*, che nel caso di specie non è stato mai iniziato, e comunque mai concluso.

Un ultimissimo e conclusivo rilievo, che parte dalla base del ragionamento della Ecc.ma Corte, a Sezioni unite, di cui alla Sentenza 29 maggio 2009, n. 12720, che sopra abbiamo richiamato, e che la stessa Corte di Appello di Firenze ha pedissequamente riportato, ai fini dell'applicabilità del regime della decadenza, e che presuppone la definizione della fattispecie sulla base del silenzio rigetto ex art. 7 legge 533/73, nella specie non applicabile, in quanto non vi può essere rigetto, senza preventiva istruttoria dell'INAIL, e qualora quest'ultima rilasci anche a distanza di molti anni (come si è verificato più volte) il certificato di esposizione, l'Ente presso cui l'avente diritto è assicurato deve ricostituire la posizione contributiva ed accreditare i contributi dell'amianto.

Perché di contributi si tratta e se poi questi contributi portano a domandare il diritto a pensione ed a domandare i ratei, questo non significa che debba essere dichiarata la decadenza dall'accredito contributivo, come sopra abbiamo precisato e come riteniamo debba essere, anche nel rispetto del principio di ragionevolezza nella interpretazione e nell'applicazione della legge, secondo la Costituzione e nel rispetto dei principi del diritto internazionale e comunitario.

Come non di meno inapplicabile e sicuramente non rilevante debbono ritenersi le altre norme richiamate nella Sentenza della Corte d'Appello di Firenze, che applica non correttamente il principio di diritto elaborato dalle Sezioni Unite, per altre fattispecie, così come tassativamente indicate nell'art. 46⁹ legge

⁹ Legge del 9 marzo, n. 88, articolo 46 - Contenzioso in materia di prestazioni: "Il comitato provinciale decide in via definitiva i ricorsi avverso i provvedimenti dell'Istituto concernenti:

a) le prestazioni dell'assicurazione obbligatoria per invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti e le prestazioni del Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto;

b) le prestazioni delle gestioni dei lavoratori autonomi, ivi comprese quelle relative ai trattamenti familiari di loro competenza;

9 marzo 1989, n. 88, che specifica l'ambito e l'oggetto cui applicare il complesso meccanismo ancorato sulla norma di cui all'art. 47, d.p.r. 639/70, e che non contempla maggiorazioni contributive, di natura risarcitoria e compensativa, come sono in definitiva quelle attribuite con l'art. 13, comma 8, legge 257/92.

L'unica decadenza che la legge contempla, con una platea di eccezioni, come dettate dall'art. 47, comma 6 bis, legge 326/03 e dall'art. 3, comma 132, legge 350/03, e come in ultimo è intervenuto il legislatore con l'art. 6, comma 9 bis, legge 25/2010, è quella di cui all'art. 47, comma 5, legge 326/03, e non ce ne potrebbero essere altre, perché una doppia decadenza suonerebbe come irrazionale, ingiustificata, pesantemente discriminatoria oltre che in contrasto con le norme della Costituzione come richiamate nelle Sentenze della Consulta, dalla n. 5 del 2000 fino alla n. 127 del 2002, fino all'ultima 376 del 2008 e con le stesse norme di diritto internazionale [dalla direttiva 477/83/CEE, fino alle norme di cui all'art. 6 del Trattato di Lisbona, che dovrebbero portare al vaglio di legittimità costituzionale ed alla pregiudiziale comunitaria (art. 234 TCE), se non alla immediata disapplicazione della norma interna, in questo caso l'art. 47 del d.p.r. 639/70, perché in contrasto anche con i principi di non discriminazione (art. 12, 34 e 141 TCE, che ricomprende nella retribuzione anche le prestazioni contributive), così come nella sentenza

c) le prestazioni della gestione speciale di previdenza a favore dei dipendenti da imprese esercenti miniere, cave e torbiere con lavorazione, ancorché parziale, in sotterraneo;

d) le prestazioni dell'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria;

e) la pensione sociale;

f) le prestazioni economiche di malattia, ivi comprese quelle dell'assicurazione obbligatoria contro la tubercolosi, e per la maternità;

g) i trattamenti familiari;

h) l'assegno per congedo matrimoniale;

i) il trattamento di richiamo alle armi degli impiegati ed operai privati."

della Corte di Giustizia, Grande Sezione, del 19.01.2010, causa 555/07].

La Sentenza della Corte territoriale sarà posta al vaglio della Corte regolatrice, con le argomentazioni sopra enunciate, e che ripudiano un sistema di doppia decadenza, assolutamente irrazionale e sicuramente discriminatorio e che renderebbe impossibile l'efficace tutela del diritto risarcitorio, come compensazione contributiva, per l'inadempimento dello Stato agli obblighi costituzionali e comunitari, e come risarcimento per la tardiva trasposizione ed applicazione delle norme di cui alla direttiva 477/83/CEE (così come stabilito dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza n. 9147/09), e che avvierebbe la necessità di una verifica di costituzionalità della norma applicata ed una pregiudiziale comunitaria, se non la diretta disapplicazione, ed in mancanza sicuramente il risarcimento dei danni¹⁰.

¹⁰ Non vi è chi non veda un ulteriore profilo, che avrebbe potuto valorizzare la stessa Cassazione a Sezioni Unite (fatto invece proprio dalla Cassazione con la Sentenza del 15.05.2007, n. 11090), circa l'errore scusabile riconosciuto all'assicurato tratto in inganno in quel caso a causa delle errate informazioni rese dall'ente previdenziale circa il termine per l'impugnativa, e che qui rileva, poiché la domanda del ricorrente è stata inoltrata nel 1996 e mai istruita, né tantomeno rigettata.

L'evoluzione normativa che si è avuta con riguardo al "silenzio" nella pubblica amministrazione merita di sicuro un rapido excursus normativo.

In primo luogo vi è da osservare che ex art 47, comma 5, d.p.r. n. 639/1970 l'Istituto nazionale della previdenza sociale deve adottare, *nel comunicare il provvedimento adottato sulla domanda di prestazione*, comunque un provvedimento espresso in relazione alla domanda di prestazione.

A distanza di pochi anni, però, è intervenuta la L. 533/73 in cui, in particolare all'art. 7, veniva riconosciuta la generale possibilità in capo agli enti previdenziali di rigettare le domande inoltrate anche mediante il silenzio prolungato per 120 giorni dalla data di presentazione della domanda.

Pertanto la situazione opposta a quella prospettata nel d.p.r. del 70.

Il quadro normativo è ulteriormente cambiato con l'approvazione della legge 241/90.

Il legislatore, in particolare con l'articolo 2 della legge n. 241 del 7 agosto 1990, ha previsto che

l'Amministrazione non possa mai rimanere inerte non solo dinanzi ai procedimenti a iniziativa del cittadino, ma anche a quelli cui essa stessa dà avvio, quando cioè il procedimento comincia d'iniziativa d'ufficio. L'art. 2 della L. 241/90 è in questo senso una diretta attuazione del principio costituzionale di correttezza e buon andamento dell'azione amministrativa della P.A., statuito dall'art. 97 della Costituzione.

Pertanto l'art. 2 legge 241/90, nel testo risultante dalla modifiche apportate dalla L. 80/05 statuisce che *"ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la pubblica amministrazione ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso"* ed al successivo art. 3 precisa che *"in ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere"*.

Tanto è vero che l'art. 20 della stessa legge attribuisce la natura di diniego al silenzio della P.A. solamente ai casi previsti tassativamente dalla legge, per il resto, generalizzando la regola del silenzio-assenso.

Quello che emerge dalla situazione normativa sopra descritta è la contraddizione tra provvedimento tacito di rigetto e obbligo di motivazione degli atti amministrativi.

Da tale quadro di riferimento, va però necessariamente tenuta distinta l'informativa sui possibili mezzi di impugnazione e l'obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo, in quanto esiste una differenza ontologica tra l'essere edotti sui tempi e modi di impugnazione di un provvedimento ed essere edotti sulle motivazioni per le quali la propria domanda è stata rigettata.

E' vero che applicando in toto il principio del silenzio significativo non si potrebbe pretendere l'adozione di informativa nel caso di provvedimenti taciti perché si arriverebbe alla situazione per cui sarebbe consentito all'amministrazione di rigettare tacitamente una richiesta, ma le verrebbe comunque imposto di adottare un provvedimento espresso di informazione.

Varie pronunce dei tribunali amministrativi, pur distinguendo tra motivazione vera e propria dell'atto ed informativa, collocano quest'ultima tra *"le misure di tipo organizzativo volte ad imporre all'amministrazione di dotarsi di una struttura efficiente e trasparente"*, con ciò escludendo che l'assenza di questa rappresenti una causa di invalidità dell'atto, trattandosi invece di una mera irregolarità che consente di invocare la scusabilità dell'errore e la conseguente rimessione in termini del ricorrente.

COMPENSO PER LAVORO STRAORDINARIO

Onere probatorio del prestatore per le rivendicazioni patrimoniali

di Gaetano Brindicci

Tribunale di Bari - Sez. lavoro
Sentenza 27 aprile 2010 n. 6295
 (Giudice dott. Mastrorilli)

Va rigettata la domanda del lavoratore tesa ad ottenere la corresponsione dei vari emolumenti retributivi in riferimento al lavoro straordinario - che deve essere provato in modo rigoroso, senza alcuna possibilità per il giudice di pervenire a quantificazioni equitative - al lavoro festivo e nelle festività soppresse - peraltro genericamente prospettato - ed alle ferie non godute - in relazione alle quali manca, tuttavia, in sede di ricorso, qualsivoglia allegazione in fatto ed in diritto - non potendo altresì l'istante rivendicare la sussistenza di una giusta causa, in relazione alle di lui dimissioni e, quindi il diritto alla correlativa indennità sostitutiva del preavviso a fronte delle suesposte lacune probatorie.

(Omissis)

FATTO E DIRITTO

In via preliminare va disattesa l'eccezione preliminare di nullità del ricorso.

Ed infatti il ricorso, sebbene conciso, enuclea con sufficiente precisione sia il petitum che la causa petendi, tanto è vero che parte convenuta ha avuto modo, sin dalla comparsa di costituzione, di affrontare in modo diffuso ed analitico le varie tematiche in discussione.

La domanda, nel merito, è infondata e va rigettata.

Innanzitutto va rilevato che le parti, nei rispettivi scritti difensivi (ed in sede istruttoria), si sono dilungate sulle mansioni effettivamente disimpegnate dall'istante; ma, a ben vedere, la Cooperativa lo ha pacificamente inquadrato

come impiegato di concetto di 2° livello ed il B., nel conteggio allegato al ricorso, ha sempre fatto riferimento a tale inquadramento, tanto è vero che le conclusioni del ridetto conteggio sono intese a reclamare una serie di spettanze (di cui *infra*) che non ricomprendono, tuttavia, alcunchè a titolo di differenze retributive per lo svolgimento di mansioni superiori.

Operata questa premessa, va poi osservato che parte convenuta ha tempestivamente eccepito la prescrizione estintiva quinquennale dei crediti maturati prima del 1996, così deducendo, implicitamente, la sussistenza del c.d. regime di stabilità reale (presupposto indefettibile, com'è noto, perchè la descrizione decorra in costanza di rapporto), non contestato dal lavoratore se non nelle note conclusive e, quindi, tardivamente (sulla tardività delle contestazioni sviluppate per la prima volta in sede di note conclusive, v. Cass. n. 1562/2003); di talchè il termine prescrizione è regolarmente decorso in costanza di rapporto, con l'ulteriore conseguenza che possono dunque essere valorizzati solo i crediti eventualmente maturati dal 21.3.1996 in poi, considerando che il primo valido atto interruttivo stragiudiziale risale pacificamente al 22.3.2001 (v. documentazione prodotta dalla lavoratrice).

Sul punto si rammenta altresì che la *ratio* della prescrizione quinquennale prevista dall'art. 2948 cod. civ., è quella di liberare il debitore dalle prestazioni scadute e non richieste tempestivamente dal creditore, quando esse, in relazione ad un'unica *causa debendi*, abbiano carattere periodico. Tipiche obbligazioni periodiche derivanti da un'unica causa solutoria, costituita dal rapporto di lavoro, sono quelle relative alla retribuzione e ad altri emolumenti accessori (da pagarsi ad anno o in termini più brevi), con la conseguenza che la prescrizione quinquennale ai sensi del n. 4 del citato articolo, la quale decorre dalla data prevista per il pagamento della retribuzione, opera anche per i

diritti al compenso per lavoro straordinario e all'indennità di trasferta per le prestazioni rese nel periodo a cui la retribuzione si riferisce (v. Cass. n. 862/1988).

Passando al merito delle varie pretese, va poi rilevato, quanto alla rivendicata indennità per maneggio denaro, che l'istante, in modo sintomatico, non ha citato alcuna specifica norma di contratto collettivo al riguardo, nè lo stesso conteggio menziona alcuna previsione contrattuale. Inoltre, gli stralci del CCNL di categoria prodotti dal B. non fanno alcun riferimento all'emolumento in parola, che peraltro, è *un istituto di derivazione esclusivamente contrattuale* (v. tra le altre Cass. n. 7353/2004 e Cass. n. 6168/2000) per cui in mancanza di una specifica disposizione contrattuale *ad hoc*, è preclusa a questo giudice la possibilità di valutare il fondamento in fatto, e soprattutto in diritto, della correlativa pretesa.

In merito poi al lavoro straordinario, rammentato che il lavoro straordinario deve essere provato in modo rigoroso (v. tra le altre Cass. n. 9231 del 1995), senza dunque la possibilità, per il giudice, di pervenire a quantificazioni eque, va rilevato che l'istante non ha provato, in modo adeguato, l'effettiva quantità dell'attività lavorativa, eccedente il normale orario lavorativo, asseritamente svolta.

In particolare, il teste A., altamente attendibile (in quanto aveva una conoscenza diretta dei fatti di causa, quale ex segretario della cooperativa convenuta al momento della deposizione del 24-2-2005, avendovi lavorato dall'1.4.1977 al 30.6.2004) ha confermato, quanto al periodo post 1992, che qui interessa, gli orari allegati dalla convenuta (dal lunedì al venerdì dalle 9 alle 13 e dalle 16 alle 20, con una turnazione flessibile dei vari dipendenti per coprire la mezza giornata del sabato, della quale comunque l'istante non parla al punto 3 C del ricorso), che escludono qualsivoglia straordinario.

Per il resto, il ricorrente ha addotto numerosi testi, le cui dichiarazioni non sembrano idonee a scalfire quelle di cui sopra. Ed invero, i teste T., Ma. e Ma. nulla di preciso sono stati in grado di riferire sul quanto mai articolato orario di lavoro dedotto al punto 3 lettere A, B e C del ricorso; il teste D. (ex dipendente della Cooperativa) appare poi scarsamente attendibile allorquando, con riferimento all'orario dedotto al punto 3C, ha allegato che vedeva lavorare il B. già alle 16 del pomeriggio, laddove quest'ultimo, in sede di

ricorso, ha allegato invece che il pomeriggio iniziava a lavorare alle 16.30, e non ha mai prospettato di aver lavorato, a volte, senza pausa per il pranzo, come pure è stato dichiarato dal predetto teste.

Il teste V.B. (cugino del ricorrente) ha poi giustificato le sue sin troppo approfondite conoscenze in punto di orario in modo poco convincente (“tanto so, perchè *sono figlio un socio della cooperativa* e mi recavo in cooperativa per le ordinazioni di olio, la domanda d'integrazione verso la CEE, per il ritiro dell'olio e degli importi in acconto, per cui avevo a che fare con il B.; conosco i fatti di causa anche perchè uscivo nella stessa comitiva del sig. B. ...”); situazione del tutto analoga per il teste Bo., e similare per il teste S., *agente di commercio* nonché *amico d'infanzia del ricorrente*, che da un lato è riuscito a precisare, solo genericamente, il periodo lavorativo dell'istante (ha operato per la cooperativa “*dal 1981 al 1999*”), dall'altro è riuscito a confermare con precisione il quanto mai articolato orario dell'istante, sulla scorta, sembra di capire, di alcuni sporadici incontri serali “all'uscita” e di taluni acquisti di olio.

Assolutamente frammentarie e inconsistenti appaiono poi le cognizioni del teste M. (“*ho lavorato con il B. da più di vent'anni fa come operaio stagionale presso la cooperativa per circa tre mesi l'anno, per quattro - cinque anni*”), che peraltro non sembrano attingere il periodo lavorativo non coperto da prescrizione.

A maggior ragione poi, per le medesime ragioni, manca una prova attendibile e rigorosa circa il lavoro festivo e nelle festività soppresse, peraltro genericamente prospettato; mentre, in ordine alle ferie non godute (reclamate in conteggio, in relazione alle quali manca, tuttavia, in sede di ricorso qualsivoglia allegazione in fatto ed in diritto) si rammenta che “il lavoratore che agisca in giudizio per chiedere la corresponsione della indennità sostitutiva delle ferie non godute l'onere di provare” (nella specie non assolto) “l'avvenuta prestazione di attività lavorativa nei giorni ad esse destinati, atteso che l'espletamento di attività lavorativa in eccedenza rispetto alla normale durata del periodo di effettivo lavoro annuale si pone come fatto costitutivo dell'indennità suddetta mentre incombe al datore di lavoro l'onere di fornire la prova del relativo pagamento (Cass. n.

26985/2009).

Va da sè che, a fronte delle suesposte lacune probatorie - che elidono in radice la spettanza dei vari emolumenti reclamati - l'istante neppure può fondatamente rivendicare la sussistenza di una giusta causa, in relazione alle di lui dimissioni, e, quindi, il diritto alla correlativa indennità sostitutiva del preavviso.

Ragioni di equità, considerata la particolarità della vicenda, consigliano la compensazione integrale delle spese.

P.Q.M.

Il Giudice del Lavoro, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da B., così provvede:

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

Bari, 27.4.2010

(*Omissis*)

* * * * *

NOTA

SOMMARIO: 1. Inversione dell'onere della prova e problema interpretativo. 2. La prova del ricorrente nelle domande diverse dalla rivendicazione di differenze retributive. 3. In particolare: la prova del ricorrente nella domanda di risarcimento danni da illecito ex art. 2087 c.c.. 4. Estensione del preliminare e "residuo" onere della prova in capo al prestatore di lavoro. 5. Conclusioni.

1. Inversione dell'onere della prova e problema interpretativo

Con la pronuncia rassegnata, ed in particolare con la massima emarginata, il Dott. Mastroilli, una delle voci più autorevoli della Magistratura del Lavoro, contribuisce, a giudizio dello scrivente, a "scardinare" (o quanto meno offre spunti di riflessione riguardo) uno dei più "compassati" e sedimentali principi della giurisprudenza giuslavoristica, ossia la (si ritiene, malintesa) indiscriminata ed indistinta inversione dell'onere probatorio in qualsiasi iniziativa processuale davanti al Giudice del Lavoro, in favore del

lavoratore ricorrente ed a carico della parte datoriale.

Tale presidio ermeneutico, nei suoi contorni da ritenere corretti, prende le mosse (o meglio ne è particolare espressione) da un principio connaturato allo stesso diritto del lavoro, quale quello del "*favor prestatoris*", direttamente riveniente dall'altrettanto radicata considerazione del prestatore come "contraente debole" del sinallagma lavorativo (immaginate, questa, per quanto da approfondire in altra sede, in realtà già ampiamente "superata" dalla legislazione garantista degli anni sessanta e settanta, e, ritiene chi scrive, addirittura ripristinata dall'introduzione delle forme flessibili di impiego introdotte negli ultimi decenni).

Dal punto di vista più strettamente sostanziale, e riguardo i più specifici aspetti patrimoniali, la radice logico-strutturale del principio dell'inversione dell'onere della prova nel processo del lavoro può altresì individuarsi nell'altrettanto consolidato - e seminale - principio di presunzione di onerosità della prestazione lavorativa, dotato addirittura di garanzia costituzionale (art. 36) e meglio elaborato dalla giurisprudenza¹ attorno ai criteri di "(...) *normalità, di apparenza e di buona fede*", sui quali, per l'appunto, si instaura un regime di presunzione.

In tal guisa, in capo al lavoratore matura un vero e proprio *titolo*, inteso come diritto soggettivo perfetto, alla retribuzione, che, al pari di una qualsiasi azione ingiuntiva ex artt. 633 c.p.c. e segg., determina una posizione processuale "privilegiata" che può essere vinta solo da idonea prova contraria.

Molto spesso all'operatore del diritto del lavoro accade di prendere contezza di una distorta applicazione di tale principio, che lo pone di fronte a iniziative processuali prive di qualsiasi supporto probatorio diverso dalla mera asserzione, e a stento argomentate. Ciò, perché per l'appunto si è ormai insinuato il

¹ *Ex multis*, Cass. civ., Sez. lav., n. 1833/2009; Cass. civ., Sez. lav., 7 agosto 2008 n. 18813.

convincimento che debba essere esclusivamente la parte datoriale a dimostrare l'insussistenza delle ragioni (anche di credito) del lavoratore e non quest'ultimo, la bontà della propria iniziativa.

In realtà, a ben disaminare l'anche recente espressione giurisprudenziale di riferimento, così non dovrebbe essere, o quanto meno non in tali termini così esaustivi.

In particolare, la S.C. ritiene che *“Una volta accertata la sussistenza del rapporto di lavoro, per la ripartizione dell'onere della prova sancita dall'art. 2697 c.c., incombe al datore di lavoro dimostrare i fatti estintivi o modificativi delle obbligazioni a suo carico derivanti dal medesimo rapporto (...)”*².

In altri termini, è sì vero che nel processo del lavoro è la parte datoriale a dover provare l'insussistenza delle ragioni del prestatore, ma affinché tale inversione dell'onere probatorio si inneschi è quanto meno necessario che il lavoratore provi la sussistenza degli elementi costitutivi del rapporto, o meglio del particolare titolo di credito vantato all'interno del rapporto medesimo.

Naturalmente, tale “preliminare” onere può atteggiarsi in maniera differente a seconda della peculiare tipologia di ragione rivendicativa.

Ed è proprio nello sviluppo di tale tematica che risiede - si ritiene - la chiave di decrittazione della problematica attinente i “limiti” del (fraiteso) onere probatorio invertito nel processo del lavoro.

A giudizio dello scrivente, ovi il prestatore rivendichi differenze e spettanze patrimoniali afferenti agli elementi essenziali, cd. “normali” della retribuzione, è più che lecito ritenere che sia sufficiente, per il medesimo, dimostrare il momento genetico del rapporto lavorativo con il proprio asserito dante causa.

Da un lato la summenzionata presunzione di onerosità della prestazione,

dall'altro le ampie previsioni contrattuali collettive o individuali attinenti alla preliminare determinazione del compenso relativamente alle mansioni affidate, determinano un substrato fattuale e giuridico (per l'appunto presuntivo) che la parte datoriale può vincere solo con idonea prova contraria, per esempio relativa all'effettività della prestazione.

Anche in questo caso, ulteriori regimi presuntivi possono rendere più o meno “diabolica” la “*probatio*” per il datore, profilandosi un ventaglio casistico che va da prestazioni lavorative - ad esempio *endoaziendali* - “cristallizzate” dall'utilizzo di *badge* in entrata e in uscita, che determinando in via pressochè inattuabile l'orario di lavoro svolto lasciano davvero esili margini a qualsiasi prova contraria da parte datoriale, ad altre, quali il lavoro domestico o quello “fuori sede”, ad esempio nell'autotrasporto, per le quali l'effettività dalla concreta prestazione mantiene contorni significativamente più aleatori, al punto da “controbilanciare” l'onere datoriale di prova contraria con un più ampio onere preliminare per il prestatore di prova degli elementi costitutivi del proprio diritto.

2. La prova del ricorrente nelle domande diverse dalla rivendicazione di differenze retributive

Ancora diverso - e di mutevole ampiezza relativamente al tema dell'inversione dell'onere probatorio - è il caso in cui dedotto in giudizio sia un diritto relativo ad elementi patologici del rapporto, come ad esempio in caso di licenziamento o l'insorgenza di un danno sofferto dal lavoratore meritevole di risarcimento.

In via generale supporta l'opinione prevalente di un - ancora - totale onere probatorio, simmetricamente “ribaltato” a carico della parte datoriale convenuta, un'ampia “prassi interpretativa” che vuole il datore di lavoro impegnato a dimostrare esso, per primo, l'impossibilità di

² Cass. civ., Sez. lav., 6 ottobre 2009 n. 21311.

ricollocare un lavoratore licenziato per giustificato motivo soggettivo, il colpevole inadempimento del prestatore in caso di recesso per giustificato motivo soggettivo, l'ossequio ai criteri di scelta in caso di licenziamento collettivo, la giusta causa di licenziamento, la sussistenza di dimissioni non indotte da un proprio colpevole inadempimento d'obblighi datoriali, l'aver posto in essere tutte le misure di sicurezza di cui all'art. 2087 cod. civ. atte a prevenire ed evitare lesioni della sfera personale e non patrimoniale del lavoratore.

Ebbene, se ciò si traducesse in un indiscriminato, costante e totale "esonero" di qualsiasi onere probatorio per il prestatore ricorrente, al punto da poter consentire a quest'ultimo la proposizione di iniziative giudiziali meramente assertive, resterebbero inspiegabilmente "derogati", per il processo del lavoro, non solo i principi basilari di onere della prova a carico di chi muova l'iniziativa giudiziale, *ex art. 2697 cod. civ.* ("Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento"), ma anche specifici dettami della sezione lavoristica del codice di rito, che addirittura "impongono", all'art. 414, a pena di nullità, al (lavoratore) ricorrente, di illustrare compiutamente gli elementi della domanda e il relativo corredo probatorio a fronte di rigide decadenze.

Infatti, a ben disaminare la giurisprudenza di riferimento, anche relativamente alle iniziative giudiziali legate a eventi patologici del rapporto, è comunque richiesto un apporto probatorio del ricorrente, variamente atteggiato in termini di "collaborazione", "specificazione" o, prevalentemente, "prova contraria", non più preliminare ma contestuale al principale onere probatorio incombente sulla parte datoriale.

In particolare se, riguardo il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in via generale è statuito che *"In caso di licenziamento per soppressione del posto di lavoro, ai fini della configurabilità del giustificato motivo oggettivo, grava sul datore di lavoro*

l'onere della prova relativa all'impossibilità di impiego del dipendente licenziato nell'ambito dell'organizzazione aziendale, con la precisazione che siffatto onere, concernendo un fatto negativo, deve essere assolto mediante la dimostrazione di correlativi fatti positivi, come il fatto che i residui posti di lavoro relativi a mansioni equivalenti fossero, al tempo del recesso, stabilmente occupati, o il fatto che dopo il licenziamento e per un congruo lasso di tempo non sia stata effettuata alcuna assunzione nella stessa qualifica" (Cass. civ., Sez. lav., 13 luglio 2009, n. 16323), è altresì stabilito dalla S.C. che *"Lo stato di fine lavori in un determinato cantiere edile non esclude l'onere del datore di lavoro di fornire la prova di non poter utilizzare il lavoratore in altri cantieri ancora in attività, posto che la chiusura di un unico cantiere non vale a configurare "ex se" l'esistenza di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento, da valutare con riferimento alla complessità dell'impresa. La prova suindicata non deve essere intesa in modo rigido, dovendosi esigere dal lavoratore che impugni il licenziamento una collaborazione nell'accertamento di un possibile "repechage", mediante l'allegazione dell'esistenza di altri posti di lavoro nei quali egli poteva essere utilmente ricollocato (...)"* (Cass. civ., Sez. lav., 22 ottobre 2009, n. 22417).

Circa il licenziamento per giustificato motivo soggettivo, *"Nel licenziamento per scarso rendimento del lavoratore, rientrante nel tipo del licenziamento per giustificato motivo soggettivo, il datore di lavoro - cui spetta l'onere della prova - non può limitarsi a provare solo il mancato raggiungimento del risultato atteso o l'oggettiva sua esigibilità, ma deve anche provare che la causa di esso derivi da colpevole negligente inadempimento degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore nell'espletamento della sua normale prestazione. Nella valutazione delle relative risultanze probatorie dovrà tenersi conto - alla stregua di un bilanciamento dei principi costituzionali sanciti dagli art. 4 e 41 cost. - del grado*

di diligenza normalmente richiesto per la prestazione lavorativa e di quello effettivamente usato dal lavoratore, (...)” (Cass. civ. Sez. lav., 17 settembre 2009, n. 20050).

Riguardo il licenziamento collettivo, *“In tema di licenziamento collettivo, mentre grava sul datore di lavoro l’onere di allegazione dei criteri di scelta e la prova della loro piena applicazione nei confronti dei lavoratori licenziati, con indicazione, in relazione a ciascuno di questi ultimi, dello stato familiare, dell’anzianità e delle mansioni, incombe al lavoratore dimostrare l’illegittimità della scelta, con indicazione dei lavoratori in relazione ai quali la stessa sarebbe stata falsamente o illegittimamente realizzata (...)*” (Cass. civ. Sez. lav., 23 dicembre 2009, n. 27165).

In ipotesi di recesso per giusta causa, *“In tema di licenziamento per giusta causa, è onere del datore di lavoro dimostrare il fatto ascritto al dipendente, provandolo sia nella sua materialità, sia con riferimento all’elemento psicologico del lavoratore, mentre spetta a quest’ultimo la prova di una esimente”* (Cass. civ. Sez. lav., 23 febbraio 2009, n. 4368).

Quindi, riguardo l’impugnazione dell’evento risolutivo, il prevalente onere della prova principale a carico della - pur convenuta - parte datoriale non vede un “simmetrico” completo esonero della parte ricorrente, essendo comunque imposto a quest’ultima di provare tratti minimi, necessari e sufficienti delle proprie ragioni, in guisa di specificazione o prova contraria.

3. In particolare: la prova del ricorrente nella domanda di risarcimento danni da illecito ex art. 2087 c.c..

Il tema, meritevole di più ampia specifica trattazione, del risarcimento danni da illecito ex art. 2087 cod. civ. riconduce la disamina al più centrale tema in questa sede trattato dell’onere della

prova relativamente alle rivendicazioni di carattere patrimoniale del prestatore.

Insegna in particolare la S.C. che *“La responsabilità conseguente alla violazione dell’art. 2087 c.c. ha natura contrattuale, sicché, il lavoratore che agisca per il riconoscimento del danno da infortunio, o l’Istituto assicuratore che agisca in via di regresso, deve allegare e provare la esistenza dell’obbligazione lavorativa e del danno, nonché il nesso causale di questo con la prestazione, mentre il datore di lavoro deve provare che il danno è dipeso da causa a lui non imputabile, e cioè di aver adempiuto al suo obbligo di sicurezza, apprestando tutte le misure per evitare il danno, e che gli esiti dannosi sono stati determinati da un evento imprevisto ed imprevedibile”* (Cass. civ. Sez. lav., 23 aprile 2008, n. 10529); *“L’art. 2087 c.c. non configura un’ipotesi di responsabilità oggettiva, in quanto la responsabilità del datore di lavoro va collegata alla violazione degli obblighi di comportamento imposti da norme di legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o tecniche del momento. Ne consegue che incombe sul lavoratore che lamenti di avere subito, a causa dell’attività lavorativa svolta, un danno alla salute, l’onere di provare l’esistenza di tale danno, come pure la nocività dell’ambiente di lavoro, nonché il nesso tra l’uno e l’altro, e solo se il lavoratore abbia fornito la prova di tali circostanze sussiste per il datore di lavoro l’onere di provare di avere adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del danno e che la malattia del dipendente non è ricollegabile alla inosservanza di tali obblighi”* (Cass. civ., Sez. lav., 03 novembre 2008, n. 26378); *“Il carattere contrattuale dell’illecito e l’operatività della presunzione di colpa stabilita dall’art. 1218 c.c. non escludono che la responsabilità dell’imprenditore ex art. 2087 c.c. in tanto possa essere affermata in quanto sussista una lesione del bene tutelato che derivi causalmente dalla violazione di determinati obblighi di comportamento, imposti dalla legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o*

tecniche; ne consegue che la verifica del sinistro non è di per sé sufficiente per far scattare a carico dell'imprenditore l'onere probatorio di aver adottato ogni sorta di misura idonea ad evitare l'evento, atteso che la prova liberatoria a suo carico presuppone sempre la dimostrazione, da parte dell'attore, che vi è stata omissione nel predisporre le misure di sicurezza (suggerite dalla particolarità del lavoro, dall'esperienza e dalla tecnica) necessarie ad evitare il danno e non può essere estesa ad ogni ipotetica misura di prevenzione, a pena di fare scadere una responsabilità per colpa in una responsabilità oggettiva" (Tribunale Bari, Sez. lav., 06 novembre 2007).

Il parallelo con quanto innanzi rilevato in tema di rivendicazioni patrimoniali del lavoratore è evidente.

Anche nel caso da ultimo rassegnato, il principale onere della prova a carico del datore convenuto si instaura non prima che, in via preliminare, il lavoratore abbia delineato (e dimostrato) la sussistenza degli elementi costitutivi minimi del proprio diritto.

Laddove nell'ipotesi del risarcimento a seguito di comportamento datoriale in violazione degli obblighi ex art. 2087 cod. civ. ciò si traduce nella indefettibile previa prova - in capo al dipendente - di aver subito un danno effettivo, nel caso della domanda di differenze (latamente) retributive al lavoratore è preliminarmente (e variamente) imposto di dimostrare l'effettiva sussistenza del rapporto e, più o meno dettagliatamente, l'effettività della prestazione.

Ciò che accomuna le due ipotesi consente altresì di cogliere l'evidente - ovvio - elemento che ne contraddistingue la particolare configurazione di regime probatorio presuntivo in favore del prestatore: l'origine o natura contrattuale del diritto fatto valere in giudizio.

Tuttavia, la necessità di prova di tale indefettibile elemento genetico esclude che l'inversione a carico della parte datoriale si possa leggere come assoluto esonero dell'onere probatorio per il lavoratore ricorrente.

4. Estensione del preliminare e "residuo" onere della prova in capo al prestatore di lavoro.

Atteso tale approdo interpretativo, resta da stabilire quanto e come si possa in qualche modo "codificare" una chiave che consenta, una volta per tutte, di determinare in termini sufficientemente definitivi l'estensione di detto preliminare e "residuo" onere della prova in capo al prestatore di lavoro, a dispetto dell'ampiezza di ipotesi dovuta alla molteplicità di casistica.

Problematica, questa, di non scarsa importanza, perché legata alla corrispondente intensità d'azione esigibile, in sede probatoria, alla parte datoriale, e quindi, data la stessa pregiudizialità di quest'ultima, agli stessi fini risolutivi delle controversie.

Ebbene, proprio a tale scopo interviene in senso illuminante l'abile estensione del Giudice Mastorilli emarginata in premessa, con particolare riferimento a spettanze rivendicate dal lavoratore ad un titolo "particolare", quale il compenso per il lavoro straordinario assertivamente svolto.

Nella fattispecie, il ricorrente aveva dimostrato, a mezzo di ben otto deposizioni testimoniali favorevoli a fronte di una sola contraria di parte datoriale, di essersi intrattenuto in azienda oltre l'orario contrattuale per l'esecuzione delle proprie prestazioni.

Tuttavia, ogni testimonianza risultava riferirsi soltanto a singoli, ancorché precisamente descritti negli elementi "di contorno", episodi e soprattutto nessuno dei testi consentiva di stabilire quante singole ore di straordinario il ricorrente avesse svolto.

Se valesse e fosse valsa, la totale inversione di onere probatorio a carico del datore di lavoro, quest'ultimo, nella fattispecie, mai avrebbe potuto evitare una sentenza di condanna, a meno che non avesse dimostrato ineccepibilmente che il ricorrente non aveva mai svolto alcuna ora

eccedente l'orario normale di lavoro contrattualmente stabilito.

Ciò tanto più a fronte di una così ponderosa prova testimoniale offerta dal lavoratore sull'*an debeat*, che ben avrebbe dovuto e potuto rappresentare, negli auspici attorei, quella "prova preliminare degli elementi costitutivi minimi" di cui si è innanzi argomentato.

Eppure, nella fattispecie il Giudicante ha rigettato la domanda di compensi per lavoro straordinario, riprendendo l'ampia Giurisprudenza di Legittimità secondo cui l'onere della prova per il lavoratore che rivendichi compenso per lavoro straordinario assertivamente svolto è rigidamente esteso a termini anche specificamente e dettagliatamente quantitativi.

In particolare, *"Il lavoratore che agisca per ottenere il compenso per il lavoro straordinario ha l'onere di dimostrare di aver lavorato oltre l'orario normale di lavoro e, ove egli riconosca di aver ricevuto una retribuzione ma ne deduca l'insufficienza, è altresì tenuto a provare il numero di ore effettivamente svolto, senza che eventuali - ma non decisive - ammissioni del datore di lavoro siano idonee a determinare una inversione dell'onere della prova (...)"* (Cass. civ. Sez. lav., 16 febbraio 2009, n. 3714).

Ancora, *"È onere del lavoratore, che pretenda un compenso per lavoro straordinario, provare la relativa prestazione e, quando egli ammetta bensì di esserne stato remunerato ma assuma l'insufficienza della remunerazione, anche di provare la quantità di lavoro effettivamente svolto, senza che eventuali ma non decisive ammissioni del datore di lavoro possano portare a un'inversione dell'onere della prova; in mancanza della prova dello svolgimento della prestazione, non può procedersi a liquidazione equitativa"* (Cass. civ. Sez. lav., 09 febbraio 2009, n. 3194).

Ebbene, il Dott. Mastrorilli - a giudizio dello scrivente - introduce l'elemento che giustifica tale più rigido onere probatorio a carico del ricorrente lavoratore e, al contempo fornisce la chiave interpretativa

al generale problema dell'estensione del (residuo) onere della prova incombente sul prestatore che agisca per differenze retributive: l'impossibilità, comunque, per il Giudice alla cui conoscenza venga sottoposta una rivendicazione patrimoniale attinente al rapporto di lavoro, di pervenire ad una decisione equitativa.

Quindi la prova degli elementi costitutivi minimi del diritto che il prestatore deve fornire non può che essere volta a consentire di delineare i contorni non solo sostanziali del diritto medesimo, ma anche formali, o quantitativi.

A fronte di tale preliminare substrato, può essere quindi richiesto, in via principale, al datore di lavoro, di provare la specifica infondatezza (nel merito) delle ragioni attoree.

In difetto del medesimo substrato preliminare a carico del lavoratore, la domanda introduttiva dovrà essere rigettata a prescindere dal comportamento processuale della parte datoriale convenuta.

Appreso tale fondamentale grimaldello ermeneutico, è facile comprendere come se a fronte di *petita* relativi a elementi normali della retribuzione, le previsioni contrattuali tabellari o predeterminate in ordine alla retribuzione stessa consentono di "estendere" il regime presuntivo in favore del lavoratore anche ai summenzionati contorni quantitativi, e per il ricorrente può essere sufficiente dimostrare il (solo) momento genetico del rapporto.

Ma laddove si "evada" da prestazioni la cui durata e il cui controvalore economico è contrattualmente prestabilito, quali appunto il lavoro straordinario o altre indennità di carattere accessorio, il prestatore che agisca per il riconoscimento delle relative spettanze dovrà, prima che alla parte datoriale sia richiesto di provare l'insussistenza nel merito delle ragioni del ricorso, fornire dimostrazione rigida delle evidenze fenomeniche del proprio asserito diritto.

E ciò, sempre al (comune) fine di consentire al Giudicante una valutazione

che eviti un non consentito ricorso all'equità.

5. Conclusioni

Ed allora, per quanto innanzi, si ritiene potersi concludere che, in via generale, l'inversione dell'onere della prova a carico della parte datoriale convenuta non sia assoluta, al punto da giustificare un totale esonero per la parte ricorrente prestatrice di lavoro, ma debba essere temperata da un simmetrico apporto di quest'ultima.

Se portata in giudizio sia la violazione di obblighi extracontrattuali del datore di lavoro, tale apporto può configurarsi in ottica di "specificazione", "collaborazione" o più frequentemente di prova contraria da parte prestatrice ricorrente.

Ove invece siano dedotte in controversia violazioni datoriali di obblighi contrattuali, prima che al datore possa essere chiesto di provare l'insussistenza specifica nel merito delle ragioni vantate dal ricorrente, è comunque richiesto a quest'ultimo di fornire un contorno non solo sostanziale, ma anche quantitativo e formale della fonte, ossia degli elementi costitutivi, del proprio diritto.

Autori

- in ordine alfabetico -

ACAMPORA Maria Grazia - Avvocato, Tutor alla prima Cattedra di Diritto del Lavoro, Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Bari.

AMORUSO Valentina - Laureanda in Giurisprudenza.

BALDUCCI Aldo - Titolare di Diritto del Lavoro, Facoltà di Giurisprudenza - Università degli Studi di Lecce.

BELSITO Antonio - Avvocato giuslavorista, cassazionista e docente presso la Scuola di Specializzazione per le professioni legali e presso il Master sul Mobbing, Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Bari.

BELSITO A. Valerio – Laureando in giurisprudenza.

BINETTI Clarenza - Praticante avvocato.

BONANNI Ezio – Avvocato penalista.

BONGERMINO Vitalba - Praticante avvocato.

BRINDICCI Gaetano – Avvocato giuslavorista.

BRUNO Roberta - Avvocato, Cultore di Diritto del Lavoro (prima Cattedra Prof. Veneto), Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Bari.

CARDANOBILO Fabio - Avvocato, Cultore di Diritto del Lavoro (prima Cattedra Prof. Veneto) Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Bari.

CARONE Arturo - Dottorando in Diritto del Lavoro all'Università degli Studi di Siena.

CASTELLANO Umberto Antonio – Praticante avvocato.

CERVELLERA Daniela - Avvocato penalista, responsabile di redazione delle rivista scientifica www.dirittodeilavori.it e delle riviste *la bilancia* e *il lavorista*.

CORTESE Marilena - Avvocato penalista.

COSTANTINO Nicola – Rettore del Politecnico di Bari.

D'ALELIO Silvia Ardua - Coordinatore Amministrativo del Ministero del Lavoro D.P.L. di Bari, Responsabile dell'U.O. "Relazioni Sindacali e Conflitti di Lavoro" della D.P.L. di Bari e componente della Commissione di Certificazione dei Contratti di Lavoro.

DE LILLO Pierluigi - Praticante avvocato.

DE VIRGILIO Tiziana Valeriana - Praticante avvocato.

DI BIASE Incoronata Marika - Avvocato.

DI CORATO Mario – Già Funzionario Inps.

GERMANO Tommaso - Professore Associato, Titolare di Previdenza Sociale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari.

GISMONDI Francesco - Avvocato giuslavorista, Cultore di Diritto del Lavoro (prima Cattedra Prof. Veneto) Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Bari.

LA NOTTE CHIRONE Maria Antonietta - Giudice del Lavoro presso il Tribunale di Trani.

LAURINO Luca – Cultore della materia di Previdenza Sociale, Facoltà di Giurisprudenza - Università degli Studi di Bari.

LELLA Loredana – Laureanda in Giurisprudenza.

MANGIATORDI Maria - Avvocato.

MARALFA Giuseppe - Sostituto Procuratore presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Trani.

NACUCCHI Miriana – Praticante avvocato.

PAPAGNI Felicia - Avvocato.

ROMANO Raffaella - Avvocato.

SBORGIA Emanuela - Avvocato.

TIRABOSCHI Michele - Professore ordinario di Diritto del Lavoro presso la Facoltà di Economia - Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia. Direttore del Centro Studi "Marco Biagi".

TUCCI Giuseppe – Professore ordinario di Diritto Privato, Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Bari.

VENETO Gaetano – Professore ordinario, Titolare della prima Cattedra di Diritto del Lavoro e Direttore del Master sul Mobbing presso la Facoltà di Giurisprudenza - Università degli Studi di Bari. Direttore del Centro Studi Diritto dei Lavori.

