

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  
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 2011 by Cacucci Editore

[info@csddl.it](mailto:info@csddl.it)

[www.csddl.it](http://www.csddl.it)

www.diritto<sub>dei</sub>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, 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 Sborgia, 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:

Art. 39 della Costituzione IV comma: dalle macerie del sistema corporativo verso un diverso contratto erga omnes ( <i>Gaetano Veneto</i> )	9
--	---

---

## DOSSIER:

### DISCRIMINAZIONE E TUTELE

Al giudice (del lavoro) non far sapere ... ( <i>Tommaso Germano</i> )	19
--	----

Asilo politico e permesso di soggiorno per motivi umanitari: quale garanzia del diritto di difesa per i migranti? ( <i>Maria Mangiatordi</i> )	23
--	----

### PREVIDENZA E WELFARE

Aspetti normativi e deroghe alla disciplina generale sul lavoro minorile ( <i>Tommaso Germano</i> )	31
--	----

La crisi del Welfare funzionale e sovralfunzionale ( <i>Anna Paola Lacatena</i> )	35
--	----

---

### MERCATO DEL LAVORO

Il Regolamento "Roma I": le norme a tutela dei lavoratori ( <i>Laura Marrone</i> )	41
---	----

La riforma del mercato del lavoro: dallo Statuto dei Lavoratori alla legge "Biagi" ( <i>Raffaele Mancuso</i> )	47
--	----

---

### CONTRATTI DI LAVORO

Impugnazione dei contratti a tempo determinato tra "Collegato lavoro" e "Milleproroghe" ( <i>Giovanna delli Falconi e Pietro Zamparese</i> )	55
--	----

---

Il privilegio generale sulle provvigioni derivante da rapporto di agenzia e sulle indennità: applicabilità in favore delle società ( <i>Francesco Verdebello</i> )	59
---	----

---

#### INDENNITA' DI FINE RAPPORTO

Indennità di cessazione del rapporto di agenzia: applicabile la normativa comunitaria o l'Accordo economico collettivo? ( <i>Francesco Verdebello</i> )	67
--	----

---

#### SICUREZZA NEI LUOGHI DI LAVORO

La valutazione dei rischi da stress lavoro correlato ( <i>Antonio Belsito e Clarenza Binetti</i> )	75
---	----

Legiferare sul mobbing ( <i>di Sergio Di Bitetto</i> )	83
---	----

---

#### PENALE DEL LAVORO

Le radici dell'art. 2087 c.c. e degli artt. 32 e 41, comma 2, della Costituzione e la sostanziale disapplicazione in tema di amianto ( <i>Ezio Bonanni</i> )	89
---	----

---

### RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE

#### QUESTIONI DI LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE

Riconosciuto costituzionalmente legittimo l'art. 32, commi 5, 6 e 7 del "Collegato lavoro" ( <i>Tiziana Valeriana de Virgilio</i> )	97
--	----

Legittimità del procedimento di stabilizzazione successivamente dichiarato incostituzionale ( <i>Daniela Cervellera</i> )	113
--	-----

---

# EDITORIALE





## ART. 39 DELLA COSTITUZIONE IV COMMA: DALLE MACERIE DEL SISTEMA CORPORATIVO VERSO UN DIVERSO CONTRATTO ERGA OMNES

La mancata attuazione dell'art. 39 della Costituzione nei comma di carattere programmatico - cioè quelli successivi al I che sancisce precettivamente la libertà assoluta di organizzazione sindacale come forma specifica, autonoma e tipica di un più ampio principio di libertà di associazione così come sancito dall'art. 18 della stessa Carta costituzionale - ha proposto sin dai primi anni Cinquanta dello secolo scorso un dibattito che ha trovato la sua massima e più limpida espressione di sintesi in un famoso saggio di Federico Mancini, maestro della scuola gius-lavoristica bolognese, nei primi anni Settanta. In quel saggio Mancini parlava di un palese retaggio, nello spirito e nella mente dei legislatori costituenti, di principi propri del sistema contrattuale collettivo corporativo nel quale, per il fatto che i soggetti contrattuali fossero i sindacati del tempo, persone giuridiche pubbliche a contrattare e a disciplinare i rapporti di lavoro, con singoli contratti collettivi, settore per settore, validi per legge, possedendo valore, forma e contenuto normativo cogenti, da collocare nella gerarchia delle fonti così come sancita dalle preleggi del Codice Civile del tempo. Dopo la Carta del Lavoro, nella seconda metà degli anni Venti, nel pieno sviluppo di un sistema prodotto dal fascismo, appunto l'ordinamento corporativo, i sindacati producevano all'interno delle corporazioni un sistema di fonti, le norme corporative valide, come tutte le fonti legali, *erga omnes*, cioè per tutti gli appartenenti, lavoratori e datori di lavoro, alla categoria interessata al contratto (metalmecanica, tessile, servizi,

etc.etc.) così come per legge prefigurata e rientrante nel sistema delle corporazioni.

Abrogato l'ordinamento corporativo con Decreto Luogotenenziale 23 novembre 1944 n. 393, è rimasto tuttavia trasitoriamente in piedi un articolo, il 43 che, al fine di evitare un pauroso vuoto normativo, lasciava in piedi le clausole dei contratti collettivi corporativi in attesa di una loro sostituzione con clausole di altrettanto valore generale, così come nascenti dal futuro e tutto da costruire nuovo sistema intersindacale.

Il Costituente del 1948 ha prefigurato un nuovo sistema attraverso il meccanismo della contrattazione collettiva stipulata da soggetti di diritto privato, i sindacati, che attraverso un'ipotetica legislazione *ad hoc*, avrebbero dovuto (o dovrebbero, ove mai si pensasse ancora all'attuazione del dettato costituzionale), stipulare contratti collettivi che - pur essendo prodotto privatistico di soggetti privati, i sindacati appunto con personalità giuridica di diritto privato, tuttavia con il meccanismo della stipulazione attraverso rappresentanze unitarie costituite in proporzione al numero dei loro iscritti, categoria per categoria - avrebbero potuto avere, o potrebbero avere la stessa validità *erga omnes* per loro prevista nel periodo corporativo. Facile il sistema nel periodo corporativo poiché dal vertice del sistema stesso, quello delle corporazioni, si predeterminava la categoria che trovava per i lavoratori appartenenti alla stessa una rappresentanza unica ed esclusiva, il sindacato unico fascista, da un lato quello dei datori di lavoro dall'altro quello dei lavoratori. Ben più difficile la soluzione in un sistema di assoluta libertà di organizzazione (pluralistica) sindacale, e questo spiega, in massima parte, l'impossibilità di piena attuazione dell'art. 39 della Costituzione, e viceversa la determinazione dell'ambito di applicazione del contratto collettivo in un regime che cerca

di sintetizzare interessi generali e interessi viceversa liberamente individuati dai soggetti che stipulano contratti, sempre liberamente individuando e limitando sia l'ambito di appartenenza dei lavoratori alla categoria sia contenuti e forme degli stessi contratti.

Mettendo in relazione i principi costituzionali di piena libertà di organizzazione ed attività, anche contrattuale, dei sindacati con i principi civilistici in ordine alla validità dei contratti solo per i soggetti che vi abbiano aderito o che abbiano accettato comunque di far riferimento alla disciplina propria della libertà di associazione e di contrattazione che esclude ogni intervento da parte di un soggetto eteronomo come lo Stato, il problema è stato risolto dalla giurisprudenza che, utilizzando due punti di riferimento fondamentali ha permesso di dare attuazione, sia pur indirettamente, al principio della generalizzazione del contratto collettivo come fonte normativa per la regolazione dei contratti individuali, o dei rapporti di lavoro in mancanza di contratto, che abbiano visto coinvolti datori di lavoro e lavoratori. Conservando l'art. 2099 cod. civ., espungendone il riferimento ai contratti collettivi corporativi vista la caducazione dell'intero sistema così come prima si è accennato con riferimento al Decreto Legge Luogotenenziale che abrogava il sistema corporativo, si è lasciato il potere al Giudice ordinario di far riferimento alle fonti elencate nelle preleggi e cioè agli usi locali e all'equità, così come richiamati espressamente proprio dall'art. 2099 cod.civ. come strumento per il magistrato per determinare i contenuti di un contratto in mancanza di previsione contrattuale. Al fine di evitare che tali poteri del Giudice non trovassero alcun limite o alcun parametro valido, in mancanza appunto di norme come quelle corporative precedenti, il sistema si è integrato attraverso l'applicazione di un precetto essenziale della normativa

costituzionale, quello contenuto nell'art 36 in ordine alla c.d. giusta retribuzione, con il riferimento alla norma civilistica. Accettando la precettività del dettato costituzionale, il Giudice, proprio per avere dei riferimenti generali e di comune applicazione e per evitare contrasti ed abusi nell'esercizio dei suoi poteri, è stato così vincolato ed insieme sostenuto, con l'utilizzo dell'art. 2099 cod. civ., dalla giurisprudenza di legittimità e da quella costituzionale. Così il cerchio si chiude: applicando il principio della giusta retribuzione e l'obbligo di far riferimento a parametri di uso o di equità, si sono potuti applicare i contratti collettivi di diritto comune attraverso un sistema di riferimento indiretto comunque utile a regolare il costo del lavoro per le aziende e dando garanzie ai lavoratori di pari retribuzione a parità di qualità e quantità di lavoro prestato e a tutela di esigenze di vita libera e dignitosa per i lavoratori stessi. Con questa attività giurisprudenziale si è contribuito notevolmente ad evitare condizioni di sottosalario possibili in un mercato del lavoro particolarmente teso per l'enorme sproporzione tra possibilità di ottenere occasioni di lavoro ed effettiva offerta dello stesso, stante l'alto tasso di disoccupazione come tradizionalmente il nostro Paese ha avuto e continua ad avere anche in questi ultimi tempi, smentendo dati falsi ed ottimistici diffusi anche da recenti Governi attraverso i loro Ministri del Lavoro.

Resta il problema tuttavia degli agenti contrattuali e dell'applicazione, e questa volta di fatto, del principio della rappresentanza proporzionata al numero degli iscritti per dare legittimazione a contrattare ed efficacia, sia pure indiretta, per tutti di un contratto collettivo non stipulato e/o sottoscritto da tutte le organizzazioni sindacali che in regime di libertà sindacale e contrattuale non sono certamente più uniche come nel periodo corporativo. A partire dalla fine

degli anni Novanta dello scorso secolo, notevoli, su questo tema, sono state e restano ancor oggi, addirittura acuendosi, le le difficoltà e i contrasti: valga su tutti l'esempio del caso Fiat per una contrattazione che ad oggi trova, sul piano aziendale e per i livelli dell'intero sistema contrattuale, una difficile *reductio ad unum*, mentre si affermano nuovi modelli come quello del "contratto di prossimità", non certo prefigurabili né riconducibili alla lettera ed allo spirito del Costituente dell'immediato secondo dopoguerra, impegnato nella durissima quanto grandiosa ricostruzione dell'intera architettura del sistema in tutti i suoi aspetti, economici, sociali ed istituzionali.

*Gaetano Veneto*



# DOSSIER





# Discriminazione e tutele



## AL GIUDICE (DEL LAVORO) NON FARE SAPERE ...

di Tommaso Germano

Alcuni anni fa, nel corso di un estemporaneo incontro all'Università di Foggia, ebbi occasione di illustrare ad un Magistrato, componente della Sezione lavoro della Corte d'Appello di Bari, che una sentenza - da poco - depositata dal Collegio della Corte, del quale egli faceva parte, non mi trovava consenziente e, in poche parole, gli illustrai i motivi del dissenso.

Non mi disse che lo avessi convinto. Mi fece - però - cortesemente osservare che, specie in occasione di disposizioni innovative in materia di lavoro (tanto alluvionali e di continua innovazione) la responsabilità di alcuni "scivoloni" fosse da addebitare alla "dottrina" (nella quale ebbe la bontà di collocarmi) che non poneva a disposizione della "giurisprudenza" tempestive soluzioni interpretative con le quali confrontarsi.

E' quanto - puntualmente - mi pare si sia verificato in un recente provvedimento del Tribunale di Bari (Sez. lavoro) avente ad oggetto una manifesta azione di discriminazione ai danni di una lavoratrice, dipendente di una società che gestisce uno stand all'interno di un supermercato.

La situazione più generale si presenta meritevole di riflessioni se si pone attenzione alle notizie di cronaca, che iniziano ad apparire su alcuni quotidiani nazionali che, in base a notizie approssimative, più di 50 mila lavoratrici in tutt'Italia, convinte di essere fornite di un contratto di lavoro a tempo indeterminato, hanno "scoperto" di essere - in realtà - assunte con contratto di lavoro in associazione (in partecipazione ex art. 2549 e ss. c.c.) nell'atto in cui, dalla busta paga mensile, hanno rilevato che la loro "partecipazione agli utili" stava conoscendo delle "flessioni".

La fattispecie enunciata sarà meritevole di valutazioni più approfondite in altra sede anche in relazione ai risvolti di "discriminazione indiretta" in diretto rapporto con lo "svantaggio" particolare nel quale possono venire a trovarsi le lavoratrici rispetto a "persona dell'altro sesso".

Orbene, nella ordinanza, che ci si accinge a prendere in esame, il Giudicante, dopo aver preso - ampiamente - in esame gli aspetti in punto di fatto e ad aver riportato la normativa, invocata dalla ricorrente, giunge alla conclusione che "... nel caso in esame, non si verte in nessuna delle ipotesi previste dal citato art. 38 d.lgs. 198/2006..." e che "... assolutamente inconfidente (è) il ricorso a tale strumento legislativo...".

Si avrà opportunità - in prosieguo - di illustrare quanto l'interpretazione sia - pedissequamente - scolastica.

L'aspetto di maggiore gravità è costituito, però, dal fatto che, nel corpo del proprio provvedimento, il Magistrato (a conclusione della ricostruzione in diritto) afferma testualmente: "Trattasi di un procedimento accordato dal legislatore ad ipotesi specificatamente previste e tipizzate e non estensibile a situazioni fattuali diverse da quelle"(!).

Banale potrebbe apparire la considerazione che, ove l'assetto fosse quello "fotografato" dal Giudice, nella quotidiana gestione del personale, sarebbe ben agevole occultare le reali volontà discriminatorie attraverso atti e manifestazioni di volontà diversi dalle "... ipotesi specificatamente previste e tipizzate ...", considerata la non "estensibilità" "... a situazioni fattuali diverse da quelle"(!).

Muovendo, però, dalla considerazione che in alcuni settori produttivi (come quello della "grande distribuzione") il personale

operante è - quasi esclusivamente - di sesso femminile (e che ben difficilmente sarebbe possibile individuare "... ragioni legate al genere o, come dir si voglia, al sesso" in un assetto interpretativo che non sia "evolutivo") già in un Seminario di Studi, organizzato dal Comitato Pari Opportunità, operante presso la Corte di Appello di Bari (14/10/2009) con una Relazione, intitolata "L'evoluzione del concetto di discriminazione nel diritto italiano" ho avuto modo di far rilevare che non potevo dichiararmi d'accordo con il legislatore italiano nell'atto in cui aveva "interpretato" in maniera restrittiva il contenuto dell'art. 19 della Direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006 riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego.

Nella suddetta norma, infatti, si prevede: "Gli Stati membri ... adottano i provvedimenti necessari affinché spetti alla parte convenuta provare l'insussistenza della violazione del principio della parità di trattamento ove chi si ritiene lesa dalla mancata osservanza nei propri confronti di tale principio abbia prodotto dinanzi ad un organo giurisdizionale ... elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta".

Ho fatto rilevare - in quella circostanza - che l'aver preceduto di pochi giorni la Direttiva europea (in attuazione della delega, ricevuta dalla L. 28/11/2005 n. 246 (art.6) aveva indotto il legislatore italiano ad utilizzare espressioni limitative del principio di inversione dell'onere della prova, presente nella Direttiva europea.

Il legislatore italiano, infatti, impone che i fatti enunciati dal ricorrente debbano essere "...idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso ...".

E' di palese evidenza, infatti, che esiste uno stridente contrasto tra una "presunzione" e i "termini precisi e concordanti"!

Non è superfluo ricordare che, anche nella L. 67/2006 del marzo precedente (contenente "Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazione") - all'art. 3, comma 2- il legislatore aveva imposto "...termini gravi, precisi e concordanti ...(!).

Su indicazione della ricorrente, il Giudice non manca di osservare che nel D.lgs 25/1/2010 n. 5 (all'art. 1 dd), contenente "Modifiche al decreto legislativo 11 aprile 2006 n. 198" si è operata una "estensione della tutela".

Si disinteressava il Magistrato di quali contenuti giuridici abbia la suddetta "estensione", avendo letto "con attenzione" la normativa ed essendo pervenuta alla conclusione che è di tipo "speciale" "...e non estensibile a situazioni fattuali diverse..." da quelle che - analiticamente - va a riportare.

Fuor di dubbio l'"attenzione" nella lettura della normativa da parte del Giudice, non si può escludere che altrettanta "attenzione" venga posta da chi auspichi una interpretazione evolutiva della normativa in tema di discriminazione.

Una ricostruzione più ampia dei campi nei quali le Direttive dell'U.E. (pur utilizzando l'unica espressione "discriminazione") ha richiesto ai Paesi membri di legiferare, fuoriesce dall'economia del presente scritto.

Non può, però, non destare qualche perplessità che, pur ammettendo che il legislatore "ha anche esteso la tutela", il Giudice non si sia posto il dubbio di quale ambito avesse l'"estensione".

Sarebbe troppo banale ritenere che l'estensione abbia il portato di dilatare solo a "qualunque altra persona" la "tutela giurisdizionale" (speciale?), prevista dal Codice delle pari opportunità tra uomo e donna.

Appare più opportuno ritenere, forse, che altre (e più rilevanti) siano le novità, introdotte dalla più recente disposizione, dettata - per un verso - dalla parziale trasposizione (come si è detto) delle volontà della Direttiva europea nella legge italiana (L.198/2006); dall'altro, dalla

valutazione di esigenze più attuali di prestatori di lavoro.

Si rifletta - *incidenter tantum* - che, pur nel più recente dibattito in tema di licenziamenti (cfr. art.8 l.148/2011) le discriminazioni hanno conosciuto una tutela differenziata rispetto ad ogni altra ipotesi di licenziamento (ivi compreso quello per *“maternità”* che altro non è che una anticostituzionale discriminazione).

L’*“estensione”* della tutela - quindi - non può che prendere le mosse dalla stessa, intitolazione della norma (*“vittimizzazione”*), che sta ad indicare non già un *“patto od atto diretto ...”* (cristallizzatosi - cioè - nei suoi elementi di discriminatorietà), ma un iter, fatto di eventi *“precisi e concordanti”* i quali siano - univocamente - indirizzati a porre un soggetto giuridico nella condizione di sentirsi al centro delle attenzioni persecutorie nell’ambito dell’attività lavorativa (quale che sia la natura della prestazione resa).

Per tale collocazione interpretativa, la norma potrebbe ben essere utilizzata al fine di prevenire situazioni di potenziale turbativa psicologica nei luoghi di lavoro.

Di rilievo ancora più ampio è la dizione della disposizione in esame nell’atto in cui prevede *“ ... ogni comportamento pregiudizievole...”*.

La enunciazione stessa porta a considerare le *“... ipotesi specificamente previste e tipizzate ...”*, individuata dal Magistrato e alla sua estensibilità a *“situazioni fattuali diverse da quelle”*.

Si trascuri - nella circostanza - che di rilievo considerevole è la parte finale della norma laddove estende a *“... qualunque altra persona, quale reazione ad una qualsiasi attività diretta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento tra uomini e donne”*.

Si avrà opportunità in altra occasione di sottolineare quanto omnicomprensiva sia la dizione - attualmente - vigente e quanto non possa, neanche per un momento, pensarsi ad ipotesi tassative e tipizzate .

Allo stato attuale, basti la considerazione che la stessa elencazione degli eventi di vita lavorativa,

analiticamente riportati dal Magistrato, avrebbero dovuto indurla a ritenere che una volontà discriminatoria stava ponendo in essere la Società, datrice di lavoro.

Operata una severa (e drastica) cancellazione di tutti gli altri fatti *“precisi e concordanti”* (ivi compreso, il rientro anticipato dell’astensione per maternità) *“traspare palese”* agli occhi del Giudice che le doglianze della ricorrente *“...attengono alle modalità con cui la ditta (rectius la Società) ha inteso organizzare la sua prestazione lavorativa in termini di turni di lavoro nonché al progressivo affievolimento di quei compiti di responsabilità che come “responsabile” aziendale le erano stati in passato affidati. Nulla comunque che abbia a che fare con discriminazioni legate al sesso femminile”* (!).

C’è da dolersi che l’Assessorato della Regione Puglia e la Consigliera regionale di Pari Opportunità non abbiano fatto pervenire al Giudice il risultato dell’indagine condotta su oltre 222 aziende con più di cento dipendenti dalla quale risulta la sistematica discriminazione in danno delle donne (specie in tema di carriera e di professionalità).

In conclusione, la vicenda - qui - sinteticamente rappresentata, mi riporta alle conclusioni rassegnate nel Seminario, cui ho fatto cenno innanzi.

In realtà, non possono che nutrirsi che pessimistiche considerazioni nell’atto in cui, a fronte di un legislatore che - di rado - produce una legislazione *“progressista”*, i Giudici, alla ricerca di *“termini gravi, precisi e concordanti”* continuano a trascurare che la procedura antidiscriminatoria è procedura d’urgenza; trascurano i decreti (o le ordinanze) pur previste dalla legge, mostrano scarso gradimento tutte le volte in cui si chiede loro di abbandonare le attuali *“scansioni”* temporali per eliminare manifesti segni di discriminatorietà, magari disponendo di accesso immediato dell’Ufficio sui posti di lavoro al fine di escutere testi in loco (norma desueta dal codice di procedura civile).



## ASILO POLITICO E PERMESSO DI SOGGIORNO PER MOTIVI UMANITARI Quale garanzia del diritto di difesa per i migranti?

di Maria Mangiatordi

SOMMARIO: 1. La normativa di riferimento e l'iter per presentare domanda di asilo politico in Italia. 2. Lo status di rifugiato politico. 3. Criticità del diritto di difesa in caso di esito negativo della richiesta di asilo: il problema del gratuito patrocinio.

### **1. La normativa di riferimento e l'iter per presentare domanda di asilo politico in Italia**

La normativa italiana che disciplina la richiesta di asilo politico ha risentito molto dell'influenza della normativa comunitaria.

Il D.lgs. n. 286/1998 rappresenta una tappa fondamentale del sistema italiano, spesso modificato a seguito degli interventi comunitari, quali a titolo meramente esemplificativo la direttiva 2003/9/CE del 27 gennaio 2003; la direttiva 2005/85/CE e ancora il Regolamento CE 343/2003.

Il D.lgs. n. 159/2008 titolato "Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, recante attuazione della direttiva 2005/85/CE relativa alle norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato", recepisce i criteri sanciti nella direttiva 2005/85/CE.

La direttiva 2005/85/CE ribadisce che *"Una politica comune nel settore dell'asilo, che preveda un regime europeo comune in materia di asilo, costituisce uno degli elementi fondamentali dell'obiettivo dell'Unione europea relativo all'istituzione progressiva di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia aperto a quanti, spinti*

*dalle circostanze, cercano legittimamente protezione nella Comunità"*.

Infatti *"il Consiglio Europeo, nella riunione straordinaria di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, ha convenuto di lavorare all'istituzione di un regime europeo comune in materia di asilo basato sull'applicazione, in ogni sua componente, della convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati del 28 luglio 1951, modificata dal protocollo di New York del 31 gennaio 1967 (di seguito «convenzione di Ginevra»), affermando in questo modo il principio di «non refoulement» (non respingimento) e garantendo che nessuno sia nuovamente esposto alla persecuzione"*.

A Tampere si è affermato che *"il regime europeo comune in materia di asilo debba stabilire, a breve termine, norme comuni per procedure di asilo eque ed efficaci negli Stati membri e che, nel lungo periodo, le norme comunitarie debbano indirizzarsi verso una procedura comune in materia di asilo nella Comunità europea"*.

La direttiva, pertanto, stabilisce norme minime sulle procedure applicabili negli Stati membri per il riconoscimento o la revoca dello status di rifugiato.

La direttiva 2005/85/CE mira a costruire un quadro minimo nella Comunità sulle procedure per il riconoscimento e la revoca dello status di rifugiato, al fine di armonizzare le norme vigenti in materia nei diversi Stati, nel rispetto dei diritti fondamentali e dei principi riconosciuti in particolare nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Agli Stati membri, invece, viene riconosciuta l'autonomia nella organizzazione della procedura, fermo restando il principio in base al quale *"è nell'interesse, sia degli Stati membri sia dei richiedenti asilo, decidere quanto*

*prima possibile in merito alle domande di asilo”.*

*“L’organizzazione dell’esame delle domande di asilo dovrebbe essere lasciata alla discrezione degli Stati membri, di modo che possano scegliere, in base alle esigenze nazionali, di esaminare in via prioritaria talune domande, o accelerarne l’esame”, in conformità con le norme previste dalla direttiva 2005/85/CE. Uno dei criteri fondamentali per stabilire la fondatezza della domanda di asilo è “la sicurezza del richiedente nel paese di origine. Se un paese terzo può essere considerato paese di origine sicuro, gli Stati membri dovrebbero poterlo designare paese sicuro e presumerne la sicurezza per uno specifico richiedente, a meno che quest’ultimo non adduca controindicazioni fondate”.*

*Inoltre, la Direttiva prevede che “le decisioni relative a una domanda di asilo e alla revoca dello status di rifugiato siano soggette ad un rimedio effettivo dinanzi a un giudice a norma dell’articolo 234 del Trattato. L’effettività del rimedio, anche per quanto concerne l’esame degli elementi pertinenti, dipende dal sistema amministrativo e giudiziario di ciascuno Stato membro considerato nel suo complesso”.*

Pertanto l’ asilo politico può essere richiesto da persone che nel proprio Paese di origine siano state oggetto di persecuzioni dirette e personali per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza a determinati gruppi sociali o per le tue opinioni politiche o, ancora, nel caso in cui il richiedente abbia fondato e provato motivo di ritenere che in caso di rimpatrio verrebbe perseguitato.

La Convenzione di Ginevra prevede che il richiedente per presentare domanda di asilo debba essere in possesso di diversi requisiti, fra i quali il non aver già presentato domanda di asilo in altri Stati; il non provenire da uno Stato, diverso da quello di appartenenza, che abbia aderito alla Convenzione di Ginevra e nel quale, pur avendo soggiornato per un significativo periodo di tempo, non sia stato richiesto il riconoscimento dello status di rifugiato;

inoltre il richiedente non deve aver subito in Italia condanne per delitti contro la personalità o la sicurezza dello Stato, contro l’incolumità pubblica, ovvero reati di riduzione in schiavitù, furto, rapina, devastazione e saccheggio, o comunque connessi alla vendita e al traffico illegale di armi o di sostanze stupefacenti, o, infine, di associazione mafiosa o di appartenenza a organizzazioni terroristiche, né deve aver commesso reati di crimini di guerra ovvero contro la pace o contro l’umanità.

La domanda<sup>1</sup> può essere presentata sia all’Ufficio di Polizia di Frontiera al momento dell’ingresso in Italia sia all’Ufficio Immigrazione della Questura competente per territorio, nell’ipotesi in cui sul posto non sia presente un Ufficio di Polizia di Frontiera.

Successivamente, la domanda<sup>2</sup>, corredata della documentazione necessaria, viene inoltrata dalla Questura alla competente Commissione Territoriale<sup>3</sup> per il riconoscimento della protezione internazionale che decide l’esito della domanda stessa.

Nell’ipotesi in cui il richiedente sia giunto in Italia senza alcun documento che attesti la sua nazionalità e le generalità, o nel caso in cui la richiesta di riconoscimento si basa su elementi che necessitano di verifica, il richiedente viene dapprima ospitato in un Centro di

<sup>1</sup> *“Nella domanda il richiedente deve spiegare le motivazioni per le quali chiede lo status di rifugiato e fornire ogni altra informazione o documentazione in suo possesso a sostegno dei motivi della richiesta; inoltre deve allegare copia di valido documento di identificazione personale (passaporto, carta d’identità, ecc.) se posseduto, ovvero fornire le generalità all’autorità di polizia, indicando l’eventuale domicilio ove far pervenire le comunicazioni di interesse”.*

<sup>2</sup> *“In caso di verifica da parte dell’Autorità di Polizia della regolarità della documentazione presentata, viene rilasciato, dalla Questura della Provincia in cui è stata presentata la domanda, un permesso di soggiorno della validità di tre mesi, rinnovabile sino alla decisione della Commissione Territoriale competente”.*

<sup>3</sup> In Italia ci sono 10 Commissioni territoriali: Gorizia, Milano, Torino, Roma, Caserta, Bari, Foggia, Siracusa, Crotone e Trapani.



accoglienza per richiedenti asilo (CARA) per un periodo massimo di 20 giorni.

Se entro tale termine la richiesta non è stata ancora oggetto di decisione da parte della Commissione Territoriale, il richiedente può chiedere di lasciare il CARA<sup>4</sup>, ottenere un permesso di soggiorno valido per 3 mesi -rinnovabile fino alla definizione del procedimento- e chiedere alla Prefettura competente, tramite l'Ufficio di Polizia presso cui è stata presentata domanda di asilo politico, di essere ospitato presso apposite strutture comunali o governative di accoglienza che siano in grado di garantire l'ospitalità sino alla notifica dell'esito della Commissione.

La Commissione convoca il richiedente per l'audizione<sup>5</sup>, momento molto importante giacché consente al richiedente di ricostruire la propria storia, supportandola anche con prove, documenti, foto da consegnare e allegare.

La Commissione Territoriale, entro 3 giorni successivi alla data dell'audizione, emette la decisione, che può essere positiva o negativa.

Entrando nello specifico, la Commissione può riconoscere lo status di rifugiato oppure può riconoscere lo status di protezione sussidiaria quando, pur non ravvisando i requisiti richiesti per lo status di rifugiato, sussistano fondati motivi per ritenere che il ritorno nel Paese di origine possa costituire un pericolo per la vita o l'incolumità del richiedente; o ancora può rigettare la domanda, ma, pur non

ravvisando i requisiti richiesti per lo status di rifugiato o lo status di protezione sussidiaria, può valutare autonomamente che possano sussistere gravi motivi a carattere umanitario e chiedere al Questore di rilasciare un permesso di soggiorno per motivi di protezione umanitaria. Questo tipo di permesso di soggiorno ha la durata di un anno, rinnovabile, e permette al richiedente di lavorare.

Da ultimo la Commissione può rigettare la domanda; in quest'ultima ipotesi la Questura invita il richiedente a lasciare il territorio nazionale.

In caso di esito negativo, il richiedente entro 15 giorni dalla notificazione della decisione negativa, ricorso dinanzi al tribunale che ha sede nel capoluogo di distretto di Corte d'Appello in cui ha sede il centro.

In questi casi il ricorso non sospende il provvedimento impugnato; tuttavia, è possibile chiedere con il deposito del ricorso la sospensione del provvedimento impugnato, istanza questa che se viene accolta permette al richiedente di ottenere - nelle more della definizione del ricorso- un permesso di soggiorno per richiesta di asilo.

Invece, il richiedente può presentare ricorso all'Autorità giudiziaria competente per territorio<sup>6</sup> entro trenta giorni dalla notificazione della decisione negativa: in questa ipotesi la presentazione del ricorso sospende l'efficacia della decisione impugnata.

## 2. Lo status di rifugiato politico

Il rifugiato politico è "qualsiasi cittadino di un paese terzo o apolide rispondente ai criteri stabiliti dall'articolo 1 della convenzione di Ginevra, quali specificati nella direttiva 2004/83/CE", mentre con l'espressione "Status di rifugiato politico" si intende l'insieme dei diritti e dei doveri che scaturiscono dal riconoscimento di un

<sup>4</sup> "La domanda di ospitalità presso un CARA può essere presentata anche nell'ipotesi in cui il richiedente abbia presentato la domanda dopo essere stato fermato per avere eluso o tentato di eludere il controllo di frontiera o subito dopo, ovvero nell'ipotesi in cui abbia presentato la domanda dopo essere stato fermato in condizioni di soggiorno irregolare".

<sup>5</sup> "La data della convocazione presso la Commissione viene comunicata al domicilio che il richiedente ha comunicato alla Questura al momento della presentazione della domanda. Se il richiedente non comunica eventuali cambi di domicilio e la notifica della data non va a buon fine, la Commissione può decidere limitandosi all'esame della documentazione disponibile in atti senza dover necessariamente procedere all'audizione del richiedente".

<sup>6</sup> In questo caso sarà competente la Corte d'Appello nel territorio in cui ha sede la Commissione che ha deciso.

cittadino di un paese terzo o di un apolide quale rifugiato da parte di uno Stato membro.

In Italia, il richiedente si vede riconosciuto lo status di “rifugiato politico” nel caso in cui la in prima battuta la Commissione territoriale o successivamente il Giudice del ricorso riconoscano l’asilo politico. La validità del permesso di soggiorno in qualità di rifugiato politico è quinquennale<sup>7</sup>.

Dal momento del riconoscimento dello status di “rifugiato”, il soggetto ottiene un tesserino attestante l’avvenuto riconoscimento dello status insieme ad un documento personale per eventuali spostamenti all’estero e di fare rientro in Italia (con validità temporale pari a quella del permesso di soggiorno).

In caso di spostamenti all’estero, il rifugiato può allontanarsi senza visto per un periodo di tempo non superiore a tre mesi. Qualora, invece, il rifugiato abbia necessità di stabilirsi all’estero per periodi più lunghi (si pensi a spostamenti dovuti a motivi di lavoro), egli deve chiedere il visto alla rappresentanza diplomatica del Paese di destinazione, e quindi avviare nel nuovo Stato la cd. “*procedura per il trasferimento di responsabilità*”.

Dal momento in cui il richiedente acquista lo status di “rifugiato”, diventa titolare di una serie di diritti<sup>8</sup>; inoltre, diventa titolare di tutti i diritti e doveri dei cittadini italiani, con esclusione di quelli che presuppongono la cittadinanza italiana (si pensi al diritto di voto).

Il rifugiato può partecipare ai concorsi pubblici con le stesse modalità e limitazione previste per cittadini dell’Unione europea e, nel caso in cui al fine di esercitare in Italia un diritto sia necessario che il richiedente abbia documenti o certificati ad hoc del tuo Paese di origine, le autorità italiane devono

<sup>7</sup> Il permesso di soggiorno ha durata quinquennale nel caso in cui sia stato riconosciuto lo status di rifugiato politico, mentre ha durata biennale se è stato riconosciuto lo status di protezione sussidiaria.

<sup>8</sup> A titolo meramente esemplificativo il rifugiato può ottenere documenti di identità nel Comune in cui ha stabilito la residenza.

adoperarsi per il recupero degli stessi o, nel caso in cui ciò non sia possibile, devono provvedere a sostituirli con propri atti equipollenti.

Resta fermo il divieto assoluto di rientrare nel Paese di appartenenza, pena la cessazione del riconoscimento, in quanto manifestazione di volontà di tornare ad avvalersi della protezione del proprio Paese d’origine. Stessa interpretazione viene data dallo Stato Italiano ad una eventuale richiesta di passaporto presso le rappresentanze diplomatiche in Italia del Paese di origine del rifugiato.

### ***3.Criticità del diritto di difesa del richiedente asilo in caso di esito negativo della Commissione Territoriale: il problema del gratuito patrocinio***

Il diritto di difesa del richiedente asilo costituisce un momento fondamentale ai fini della permanenza del richiedente nel Paese che esamina la pratica di richiesta di asilo e, nonostante sia garantito sia a livello comunitario sia a livello nazionale, nella sua applicazione si trova a dover fare i conti con diverse limitazioni e ostacoli.

Partendo dal livello comunitario, non si può non ricordare l’art. 15 della direttiva 2005/85/CE.

Infatti, l’art. 15 disciplina il “**Diritto all’assistenza e alla rappresentanza legali**” e stabilisce che “*1. Gli Stati membri accordano ai richiedenti asilo la possibilità di consultare, a loro spese, in maniera effettiva un avvocato o altro consulente legale, autorizzato o riconosciuto a norma della legislazione nazionale, sugli aspetti relativi alla domanda di asilo. 2. Nell’eventualità di una decisione negativa dell’autorità accertante, gli Stati membri dispongono che, su richiesta, siano concesse assistenza e/o rappresentanza legali gratuite nel rispetto delle disposizioni del paragrafo 3. 3. Gli Stati membri possono prevedere nella legislazione nazionale di accordare assistenza e/o rappresentanza legali gratuite: a) soltanto nei procedimenti dinanzi a un giudice a norma del capo V e non per i ricorsi o riesami*

ulteriori previsti dalla legislazione nazionale, compreso il riesame della causa in seguito ad un ricorso o riesame ulteriori; e/o b) soltanto a chi non disponga delle risorse necessarie; e/o c) soltanto rispetto agli avvocati o altri consulenti legali che sono specificamente designati dalla legislazione nazionale ad assistere e/o rappresentare i richiedenti asilo; e/o d) soltanto se il ricorso o il riesame hanno buone probabilità di successo. Gli Stati membri provvedono affinché l'assistenza e la rappresentanza legali di cui alla lettera d) non siano oggetto di restrizioni arbitrarie. 4. Le norme a disciplina delle modalità di presentazione e di trattamento di richieste di assistenza e/o rappresentanze legali possono essere previste dagli Stati membri. 5. Gli Stati membri possono altresì: a) imporre limiti monetari e/o temporali alla prestazione di assistenza e/o rappresentanza legali gratuite, purché essi non costituiscano restrizioni arbitrarie all'accesso all'assistenza e/o rappresentanza legali; b) prevedere, per quanto riguarda gli onorari e le altre spese, che il trattamento concesso ai richiedenti non sia più favorevole di quello di norma concesso ai propri cittadini per questioni che rientrano nell'assistenza legale. 6. Gli Stati membri possono esigere un rimborso integrale o parziale delle spese sostenute, allorché vi sia stato un considerevole miglioramento delle condizioni finanziarie del richiedente o se la decisione di accordare tali prestazioni è stata presa in base a informazioni false fornite dal richiedente".

A livello nazionale, non si può non considerare la Costituzione che tutela espressamente il diritto alla difesa.

Infatti l'articolo 24 della Carta Costituzionale garantisce a tutti il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi (art. 24, co. 1), definisce la difesa quale "diritto inviolabile" in ogni stato e grado del giudizio (art. 24, co. 2) e si spinge sino al punto di proclamare che sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione (art. 24, co. 3).

Trattasi di uno degli articoli cardine che i Padri Costituenti hanno voluto inserire nella parte prima della Costituzione, dedicata alla definizione dei diritti e doveri dei cittadini.

Nello specifico, quando il comma terzo dell'art. 24 parla di "mezzi per agire e difendersi" sicuramente contiene un implicito riferimento all'istituto del gratuito patrocinio. Tanto emerge da un'attenta lettura dell'estratto dei lavori della Commissione.

Infatti, il comma terzo è frutto di una proposta degli onorevoli La Rocca, Persico e Nobile. In una prima ipotesi di lavoro, La Rocca aveva proposto un testo che in realtà mirava a creare una sorta di "avvocatura dei poveri". Infatti, il testo da lui sottoposto così testualmente recitava: "Lo Stato assicura, con una sua avvocatura, la difesa ai non abbienti, in ogni grado di giurisdizione".

Tuttavia, in seno ai lavori della commissione, Persico ritenne inopportuna la legittimazione di una sorta di "avvocatura dei poveri", mentre l'onorevole Rossi precisò che "L'avvocatura dei poveri è stata ed è risultato che la legge sul gratuito patrocinio rappresenta rispetto ad essa un vero progresso. L'istituto del gratuito patrocinio funziona con garanzie infinitamente superiori".

Pertanto, ritenuta quanto meno inopportuna l'avvocatura dei poveri, l'assemblea Costituente optò per un opportuno perfezionamento della legge sul gratuito patrocinio per garantire il diritto di difesa anche ai meno abbienti<sup>9</sup>.

Sin qui la norma costituzionale e la ratio posta a base della stessa durante i lavori dell'Assemblea costituente.

Tuttavia, come spesso accade, la realtà differisce molto dalle norme. E' notorio che ormai da alcuni mesi l'Italia si sta confrontando con la problematica dell'accoglienza di migliaia di persone in

<sup>9</sup> Per maggiori approfondimenti cfr. *La Costituzione della Repubblica italiana*, (a cura) di Falzone, Palermo, Cosentino, Mondadori Editore, 1976, Milano, pagg. 90 e segg..

fuga dalla Libia e non solo. Si parla a tal proposito di emergenza Nord-Africa.

In molti casi le diverse Commissioni territoriali stanno dando esito negativo sia con riferimento alla richiesta di asilo politico sia di permesso per motivi umanitari.

In siffatte ipotesi in tutte le sedi ai richiedenti si ricorda che è loro diritto fare ricorso avverso la decisione adottata dalla competente Commissione territoriale, ricorrendo all'istituto del gratuito patrocinio.

Tuttavia, anche a causa del numero elevato di dinieghi, spesso ai richiedenti viene negata la concessione di gratuito patrocinio, con la conseguente impossibilità di fatto di garantire il diritto di difesa ai richiedenti.

Il dato di fatto è ancora più preoccupante se viene letto alla luce della complessa normativa che regola l'accoglienza dei richiedenti sino al momento della notifica della decisione della Commissione, nonché delle enormi risorse economiche che si impiegano per garantirla.

Sorge a questo punto un dubbio legittimo: perché investire tante risorse economiche ed umane per poi negare la concessione di gratuito patrocinio e perché rendere così lunghi i tempi di attesa dell'intero iter che va dalla fase della convocazione in commissione, all'audizione, alla decisione e, da ultimo, alla notifica della decisione.

Appare evidente che chi scappa dal proprio Paese, affrontando un viaggio ad altissimo rischio di sopravvivenza, o peggio ancora chi è costretto a lasciare la terra in cui si è stabilito per il sopraggiungere di una guerra che mai ha voluto, si trova a vivere l'approdo in Italia e le procedure burocratiche in una condizione di estrema vulnerabilità.

Di questa vulnerabilità non si può non tenere conto nella valutazione complessiva del sistema di accoglienza previsto e dell'iter burocratico e amministrativo che il Legislatore italiano e comunitario hanno codificato in diverse norme.

Si corre il rischio che siano investite notevoli risorse economiche e umane per mantenere in vita un sistema che comunque non riesce a garantire l'effettività del diritto di difesa a soggetti che, peraltro, versano in condizioni di estrema vulnerabilità.

La Giurisprudenza ha solennemente affermato in più sedi che *"tutti i provvedimenti che negano il permesso di soggiorno per protezione internazionale (da quella diretta al conseguimento della protezione maggiore fino a quella residuale di cui al richiamato art. 5, comma 6, del D.lgs. n. 286/1998) rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, in quanto la posizione giuridica azionata dall'interessato ha consistenza di diritto soggettivo"* (ex multis, C.d.S., sent. n. 5125 del 14.09.2011).

Tuttavia a nulla valgono le solenni statuizioni della Magistratura se poi di fatto al richiedente (che fra l'altro sino al momento della notifica della decisione della Commissione territoriale non può neanche attivarsi per cercare lavoro e stipulare un regolare contratto) da un lato viene richiesto il pagamento delle spese processuali, dall'altro si nega il gratuito patrocinio e, quindi, di fatto si nega la possibilità di difendere un proprio diritto soggettivo.

Un'Europa e un'Italia che spesso si definiscono con fierezza terre multietniche, democratiche e accoglienti non possono non fare i conti con i limiti pratici che il sistema attuale di protezione internazionale presenta e che rischiano di vanificare il concetto stesso di "accoglienza", "diritto" e "democrazia", in un momento storico in cui i richiedenti continuano ad approdare sulle nostre coste in maniera disumana, molte volte ormai privi di vita.

# Previdenza e Welfare



## ASPETTI NORMATIVI E DEROGHE ALLA DISCIPLINA SUL LAVORO MINORILE

di Tommaso Germano\*

Preliminarmente, vale la pena di osservare che il quadro legislativo, posto a tutela del lavoro dei minori, accompagna - nel tempo - il mutamento della nozione stessa di minore con riguardo all'ingresso nel mercato del lavoro: una nozione che muta in ragione dei cambiamenti delle tutele che il legislatore ha ritenuto di introdurre nell'ordinamento giuridico, facendolo, poi, lievitare nel corso del tempo.

Se le più antiche forme di tutela si svolgevano a salvaguardare e preservare lo sviluppo e lo stato di salute psicofisico dei minorenni, in epoca successiva, la tutela fisica si accompagna alla tutela formativa di tipo culturale e di carattere professionale.

In effetti, lo sfruttamento del minore muove i suoi odiosi e labili confini dal "lavoro illegale" alla "schiavitù" e troppo spesso le Autorità di Polizia giudiziaria intervengono su fenomeni di "abuso", contrassegnati da fenomeni di situazioni penalmente illecite che stanno nel lavoro minorile: si pensi - per un momento - alle norme del codice penale invocabili (art. 643 (circonvenzione) 14; art. 609 (corruzione) - violenza sessuale - 609 bis; art. 671 (accattonaggio) 14; art. 732 (omesso avviamento al lavoro) ed anche art. 571 - 572).

Per altro, non tutte le forme di lavoro sono di per sé dannose o vietate al minore, non lo sono nella società e non lo sono neanche per il legislatore (cfr. art. 74 D.lgs 276/2003).

I bambini, che aiutano in casa, assistendo i genitori nelle piccole faccende

domestiche o in piccole commissioni nel negozio sotto casa, non sono lavoratori minorenni: si tratta di esperienze di crescita sociale che anche il giuslavorista percepisce come utili, se attentamente monitorate e non ostative ai percorsi di scolarità e di formazione obbligatori per lo sviluppo della personalità del bambino e dell'adolescente.

Secondo Pierluigi Rausei, utile è il distinguo che il sistema anglosassone fa tra child work e child labour.

In tale dimensione, il legislatore nell'art. 3 della L. 977/1967, (come sostituito dall'art. 5 D.lgs. 345/1999) prevede che l'età minima per l'ammissione al lavoro dei minori non è più legata alla sola età anagrafica, perché si fa esplicito riferimento alla effettiva conclusione del "periodo di istruzione obbligatoria".

L'art. 1 della L. 296/2006 si occupa di entrambi i profili, insistendo per la tutela formativa e, in conseguenza diretta, innalzando l'età anagrafica (che è ora a sedici anni) per l'ingresso lecito al mercato del lavoro (cfr. il Decreto del Ministro della Pubblica istruzione 22 agosto 2007 n. 139).

*"L'istruzione impartita per almeno dieci anni è obbligatoria e finalizzata a consentire il conseguimento di un titolo di studio di scuola secondaria superiore o di una qualifica professionale, almeno triennale entro il 18° anno di età" e "l'età per l'accesso al lavoro è elevata da 15 a 16 anni".*

Non si può trascurare che il lavoro dei minori è stato oggetto di speciale richiamo del Ministero del lavoro nel documento di programmazione della attività di vigilanza per l'anno 2010 (nota n. 2465 dell'8 febbraio 2010) dove viene evidenziata.

\* Dalla Relazione tenuta nel corso del Convegno sul tema, tenutosi a Bari in data 16 giugno 2011 presso la Sala biblioteca della Scuola Forense del Palazzo di Giustizia.

*“L’opportunità di continuare l’azione ispettiva e il monitoraggio del fenomeno concernente l’impiego di lavoratori minori anche in attuazione del Protocollo di Intesa, siglato il 12 ottobre 2009 tra la Direzione generale per l’attività ispettiva ed il Telefono Azzurro attraverso il Servizio 114 - Emergenza infanzia: nota all’Ufficio territorialmente competente di sfruttamento del lavoro di minori”*

Venendo, ora, al tema delle riflessioni odierne (e non mancando di tenere in costante prospettiva l’intitolazione della totalità del ciclo di incontri *“Minori e Spettacolo: lo stato dell’arte”*) mi sia consentito di palesare più di una perplessità su una trasmissione televisiva (*“Ti lascio una canzone”*) che, pur ha incontrato ampio gradimento da parte degli spettatori e della critica.

In realtà, l’abilità di conduttrice di Antonella Clerici e la *“gestione accurata”* da parte dei *“tecnici”* televisivi non riescono a nascondere la cura meticolosa dei momenti di *“preparazione”* che precedono la messa in onda del singolo spettacolo (registrato o in diretta che esso sia)

Il susseguirsi di ogni singolo momento è - a mio avviso - fonte di stress per il minore, chiamato a tenere, costantemente, sotto controllo l’ *“animosità”* che è propria della sua età.

Sia concesso trascurare - per il momento - i gravissimi effetti collaterali di una *“esperienza”* di tal genere.

Ai graditissimi ospiti - quest’oggi - presenti non è - forse - ignoto che questo relatore ha *“coltivato”* per tutta la vita amore per una disciplina sportiva dilettantistica (Sono uso ripetere - scherzosamente - che l’atletica leggera è l’unica *“cosa”* di sesso femminile che mia moglie mi ha consentito di *“amare”*!).

Orbene, nei vari anni di dirigenza sportiva (e nel lungo iter necessario a giungere al ruolo di Consigliere nazionale della Federazione italiana di atletica leggera) ho potuto *“studiare”* il cambiamento dei giovani, della società nel suo insieme; in particolare, dei genitori!

Solo alcune delle considerazioni effettuate, sarebbero meritevoli di un differente incontro.

Basti - qui - fare telegrafico cenno al fatto che, a mio avviso, la volontà di *“protagonismo”* dei genitori conducono - ogni giorno di più - ad abbassare la soglia di un’età che, in altra epoca, veniva suggerita ottimale per dare attuazione al *“Nel gioco seri, al pari di un lavoro”* (come recitava il poeta!).

La cosa non è senza significato se dalle piscine del nuoto ai campi di atletica leggere si rinvengono - in numero sempre maggiore - genitori, muniti di cronometro (magari, elettronico di *“ultima”* generazione), pronti ad aprire un *“dibattito”* con il *“malcapitato”* tecnico di turno nell’atto in cui la figlia (o il figlio) non ha ottenuto - in prova (!) - lo stesso tempo cronometrico, ottenuto dalla Pellegrini (in una gara) ... allo loro età!

Documentatissimi ad ogni livello, non si chiedono se - magari - la Pellegrini, all’epoca, non avesse ... quel tipo di genitori!

E’ ben evidente che le considerazioni, avanzate - pocanzi - possono estendersi a qualsivoglia prestazione di un minore, quale che sia il livello di *“spettacolo”*.

Venendo - ora - più direttamente agli *“Aspetti normativi”* e alle *“deroghe”*, oggetto della mia relazione, mi pare corretto anticipare le conclusioni alle quali - sinteticamente - andremo a giungere.

La legislazione esistente (e nel tempo, introdotta a favore dei minori) mostra l’evidente limite di essere stata introdotta (nelle varie epoche) a fronte di esigenze diverse della società.

Per essere più chiaro, sono convinto che la più antica legislazione (L.977/67) ha avuto l’obiettivo di combattere fenomeni evidenti di evasione della scolarità e della formazione professionale (disponendo, anche, sanzioni penali a carico dei genitori).

La L.345/1999, ritenuti superati i problemi, già detti, ha concentrato le proprie attenzioni sullo svolgimento di un’attività lavorativa in linea con le pressanti esortazioni alla *“tutela della*



*salute*” che provenivano dalle Direttive Europee: si spiega, così, la tassatività di previsioni, indirizzate all’orario di lavoro, al lavoro notturno, al trasporto e sollevamento pesi, ai riposi (intermedio e settimanale), alle ferie annuali.

Su tutto, la visita medica preventiva e periodica e le “*autorizzazioni*” dell’Ispettorato del lavoro.

Mutato, però, lo scenario della società, del mercato del lavoro e della “*globalizzazione*” non appaia retorico il chiedersi se la legislazione vigente abbia attualità.

Sarebbe facile enunciare che attuali siano più le “*deroghe*” che l’attuazione della legislazione vigente.

Quotidianamente, si assiste alla richiesta di specializzazione e di formazione continua, a fronte di giovani (anche in età oramai avanzata) che, non accetti dal mercato del lavoro, vanno ad ingrossare le schiere dei né né (che non studiano e non lavorano) fino a diventare “*indignatos*”.

Tutto ciò, comporta un fondamentale ripensamento sugli interventi legislativi che devono “*favorire*” un processo di specializzazione (in qualunque campo), muovendo - appunto - dall’età minorile.

Non vanno trascurate, in proposito, due componenti sociali che - dico subito - sarebbero meritevoli di autonomi seminari di studio.

La prima è costituita da numero - sempre crescente - di minori, figli di immigrati, che - ancora alla ricerca di “*cittadinanza*” non si può - cinicamente - concludere che siano destinati alla stessa “*schiavitù*” dei genitori, che sono fra noi con il solo compito di svolgere lavoro che gli ...italiani non intendono più affrontare!

La seconda è che la progressiva “*spettacolarizzazione*”, di cui ampiamente si è detto innanzi, non può che condurre a forme di “*stress lavoro correlato*” in epoca anagrafica molta anteriore rispetto alla stessa introduzione nel mercato del lavoro!

Sarebbe ingenuo ed arrogante se questo relatore venisse ad annunciare di avere una soluzione pronta...per ogni male!

Non posso esimermi - però -, in conclusione, dal prospettare che, alla data

odierna, si è fatto scarso uso di due strumenti, già posti a disposizione dei potenziali utenti.

In primo luogo, il contratto di apprendistato appare - ancor troppo - “*vincolato*” da lacci e laccioli di altra epoca storica (pur a fronte delle proposte di riforma).

In secondo luogo, lo strumento della “*certificazione*” appare ignoto nella realtà meridionale, mentre in regioni del Nord sta ricevendo una (limitata) attuazione.

Una concreta proliferazione dei due strumenti suddetti potrà agevolare - a mio avviso - l’uscita dal mondo delle “*deroghe*” ed un ingresso legale dei minori nel mondo dello “*spettacolo*” della vita.

## LA CRISI DEL WELFARE

## FUNZIONALE E SOVRAFUNZIONALE

di Anna Paola Lacatena

La crisi del Welfare a partire dagli anni Novanta ha aperto una nuova questione o, forse, bisognerebbe dire la vera questione del Welfare.

decennio precedente si era parlato della transazione dal modello consolidato, ossia in grado di fornire prestazioni di sicurezza connesse al mercato del lavoro e alla cittadinanza, a quello emergente che assegnava priorità alla competizione economica e alla flessibilità del lavoro.

Oggi, in aggiunta, si assiste alla preoccupante divaricazione fra la crescita economica e il benessere sociale. Il primo misurato attraverso il Prodotto Interno Lordo (PIL), il secondo definito da un insieme di fattori che vanno dalla qualità ambientale alla sanità, alla sicurezza personale, all'istruzione.

Nel contesto della globalizzazione, dove non necessariamente PIL e benessere sociale vanno di pari passo, ai consueti scenari di insicurezza se ne aggiungono di nuovi.

Le povertà urbane, la precarietà del lavoro, i flussi migratori, l'instabilità economica e finanziaria, la crisi morale ed etica delle istituzioni non possono, infatti non minacciare l'incolumità e l'integrità psichica e fisica degli individui.

La scomparsa dei punti fermi di riferimento, istituzionali e culturali in genere, presentano un corrispettivo altrettanto segnante sulla capacità di padroneggiare cognitivamente il reale. La conflittualità che finisce per innescarsi tra "mondo interno" e "mondo esterno" sembra segnare la fine delle sicurezze consolidate in termini di sistemi di valori, conoscenze e relazioni (Beck, 2000).

La pervasività, pressoché completa, dei processi di comunicazione, inoltre, sembra favorire "la corrosione del carattere" che, in assenza di situazioni di equilibrio sociale,

corroborata l'idea dell'azzardo come componente fondante della vita individuale, sempre più, individualistica (Sennet, 1999).

La società della paura e dell'incertezza tende, dunque, ad orientare il singolo verso la propria ed esclusiva sfera di vita, eliminando la possibilità stessa di un'apertura all'esterno, in termini di partecipazione alla vita sociale e di spirito civico. L'Altro rientra nella sfera dell'individuo ad intermittenza e, in genere, per fini utilitaristici.

C'è la possibilità di mettersi al riparo da rischi e pericoli ma tutto ciò si traduce in auto-esclusione dalla vita che, per sua stessa natura, è pericolo e rischio. Questi ultimi aspetti, poi, nell'isolamento *familiistico* possono ridursi, proteggendo dall'*homo homini lupus* ma nel reale, al di là della percezione personale, accentuano i fattori intimoriti nell'impossibilità di agire nei confronti di ciò che è disorientante cognitivamente e simbolicamente.

Il liberismo, o pseudo tale, della modernità attuale a cui in questi ultimi anni siamo stati esposti ha sdoganato l'idea della bontà dell'azione che elimina ceppi e impedimenti etico-normativi, servendo all'uomo non la sua reale autonomia ma l'individualismo slegato dalla comunità.

L'attualità del Welfare, dunque, non può non tenere conto di questa scissione tra la sfera pubblica e quella privata residuale dove la distanza non è salvaguardia della *privacy* ma incapacità di fusione.

E' l'io non disposto ad incontrare l'Altro per la costruzione di un salvifico *Noi*.

E' *Noi* che non è qualcosa di più della somma delle parti ma sempre qualcosa in meno.

Dunque, qualsiasi revisione del Welfare non può pensare di prescindere

dall'individuo, dal suo contesto culturale e dalla *"solitudine del cittadino globale"* (Bauman, 2000).

Autonomia e sicurezza, individualismo e protezione nella diaspora tra individuo e comunità diviene una costante domanda di diritti garantiti e prestazioni per sé stessi e per i propri cari senza alcun tipo di reciprocità e obbligazione.

I diritti garantiti e il sentirsi (desiderarsi) imprenditori di sé, liberi da legacci etico-morali, consumano un ossimoro immobilizzante per il Welfare che, per sua stessa natura, dovrebbe essere negazione del particolarismo individuale.

*"Se l'individuo è il peggior nemico del cittadino, e se l'individualizzazione crea problemi alla politica basata sulla cittadinanza, è perché gli interessi e le preoccupazioni degli individui in quanto individui riempiono lo spazio pubblico, pretendendo di esserne i soli legittimi occupanti, e spingono fuori dal discorso pubblico tutto il resto"* (Bauman, 2000).

Calcolare il consenso, vincolandolo all'urgenza della sicurezza e all'idea che l'individuo nulla è tenuto a restituire alla comunità è affermare che il Welfare è beneficenza pubblica, destinata ad esaurire la sua stessa essenza.

Nell'aspettativa senza obbligo di solidarietà, il diritto diviene pretesa deprivata di una reale valorizzazione dei diritti medesimi che si fanno diritti individuali dove l'etica è regola fondata sulla materia soggettiva e eccessivamente malleabile della morale.

Il diritto non può essere ridotto a libertà d'azione, rafforzata dalla coercizione giuridica e giudiziaria.

Non è gioco tra le parti che si autoregola di volta in volta in ragione delle proprie aspettative, continuamente riviste e rinegoziate, avendo come riferimento l'esclusivo interesse personale.

Si fa necessario allora il recupero di uno *ius* capace di rispondere a principi generali di giustizia nel pieno rispetto del pluralismo e di quei *"valori che non hanno prezzo"* (Zagrebelsky, 1997).

La validità etica di sistema sociale di Welfare, ossia la possibilità di essere giusta,

dovrebbe rifarsi a principi radicati nella coscienza sociale degli individui e non nella coscienza individuale.

In ogni caso non è sufficiente il richiamo al sistema giuridico relativo a diritti e attesa di prestazioni se allo stesso non si accompagna la condivisione di principi fondanti.

Non è riscrivendo il Welfare che lo stesso prenderà a funzionare meglio (a volte semplicemente a funzionare), non è rinegoziando i rapporti tra ruoli professionali, non è nemmeno attraverso l'istituzione di forme di orientamento e controllo sullo stesso. Motto dell'attuale ideologia dominante sembra essere l'autonomia delle persone, il narcisismo, l'egocentrismo, l'inconsapevolezza di limiti e bisogni reali.

Contraddicendo il senso comune, si fa necessario un ritorno all'autenticità, al legame, alla persona realmente libera, ossia capace di molti legami e molti obblighi verso gli altri, verso la città e verso il luogo in cui vive. Una persona che non si augura e pretende, di essere il centro dell'universo ma che consapevolmente prova a vivere la propria ed altrui molteplicità in interdipendenza.

E' innegabile il malessere dell'uomo della seconda modernità che si delinea proprio dal perdere una centralità destinata a non essere mai veramente tale, mai veramente completa.

La necessità di ridimensionare la propria pretesa rispetto ad un benessere delegato alla tecnica, all'organizzazione, al tecnicismo esasperato, apre ad una sempre nuova e sempre più intollerabile sofferenza.

La comunità sembra mostrarsi quale elemento di disturbo allorché cerca di imporre la propria essenza.

E' sempre al singolare che va declinato il diritto, pena l'alterazione dell'ordine formale e lo sprofondare in un malessere di cui è sempre e solo l'Altro a vedersene attribuita la responsabilità.

Il benessere individuale è, invece, molto più connesso al benessere collettivo di quanto ci sia stato fatto credere di recente. Basti riprendere anche solo il vertice della piramide dei bisogni dell'uomo

di Maslow, ossia “autorealizzazione”, per rendersi conto che lo sviluppo armonico in grado di fungere da base alla *well-being* (maturità) passa attraverso la realizzazione di progetti di vita che in nessuna maniera possono escludere gli altri.

In estrema sintesi la crisi del Welfare moderno, dunque, non è da imputare esclusivamente alla necessità di una sua riorganizzazione se non nella misura in cui, la stessa preveda una corretta lettura del contesto.

Per quest'ultimo, però, non si può far finta di intendere tutto tranne che la cultura dominante.

Funzionale (di utilità) e sovralfunzionale (di significato), infatti, conferiscono al Welfare un doppio registro, impossibile da eludere.

Eppure, sembra proprio che ci si è mossi solo attraverso il binario della sua funzionalità, finendo per indebolirlo, con una reiterazione continua del medesimo errore.

Ostinatamente l'uomo-politico ha cercato la soluzione prescindendo da quegli aspetti che rendono il Sistema un Sistema Sociale. Come a dire l'uomo deve fare ... poco importante quanto l'uomo è.

In questo caso prima di qualsiasi presa d'atto relativa a profanazioni e conseguenze, è bene tener conto della crisi dell'uomo moderno, della sua solitudine, dell'incapacità di vivere i legami e le relazioni fuori dal solo interesse personale.

Operatori e beneficiari del Welfare non sono esenti da quanto veicolato dalla cultura dominante.

L'assimetria già presente fisiologicamente finirebbe per segnare un solco sempre più incolmabile e sempre più foriero di problematicità.

Quanto la spesa sociale possa incidere sulla tassazione, quanto l'invadenza dell'intervento pubblico (formale e burocratico) possa limitare la rete informale e solidaristica, quanto l'eccesso di protezione possa deprimere la responsabilità personale, quanto i veri bisognosi possano restare esclusi dalla

prestazione proporzionalmente alla esclusione dai canali comunicativi non è sufficiente a leggere lo smantellamento del Welfare sul piano contenutistico.

Il vero tradimento perpetuato è quello che vede l'uomo negare ai suoi simili uguali diritti per favorire se stesso e pochi affini.

Il recupero dell'etica pubblica (l'uomo verso l'uomo) e della morale (l'uomo autentico) è la strada imprescindibile per il risanamento dei principi fondanti del Welfare .

Non è quest'ultimo a trovarsi in uno stato di profonda crisi ma la sua stessa origine: l'uomo e la sua capacità di andare oltre la propria visione e il proprio interesse particolaristico.

Non è facile invertire la rotta almeno quanto improrogabile sembra essere la necessità di farlo. Per gli Altri e, dunque, negando la mortifera aspirazione da monade, per se stessi.

#### Bibliografia

Bauman , Z., *La solitudine del cittadino globale*, Feltrinelli, Milano, 2000.

Bauman, Z., *Individualmente insieme*, in “La società degli individui”, n. 9, 2000, pag.8.

Beck, U., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma, 2000.

Sennett, R., *L'uomo flessibile. Le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale*, Feltrinelli, Milano, 1999

Zagrebelsky, G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1997, pag.130.



# **Mercato del lavoro**





## Il Regolamento “Roma I”: le norme a tutela dei lavoratori

di Laura Morrone

SOMMARIO: 1. Dalla Convenzione di Roma del 1980 al Regolamento (CE) n. 593/2008. 2. I contratti individuali di lavoro. 3. Le norme di applicazione necessaria ed il limite dell'ordine pubblico. 4. Considerazioni conclusive.

### 1. Dalla Convenzione di Roma del 1980 al Regolamento (CE) n. 593/2008

È entrato in vigore il Regolamento (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)<sup>10</sup>, che si applica ai contratti stipulati dopo il 17 dicembre 2009 e che converte la Convenzione di Roma in forma di strumento comunitario.

Il Regolamento “Roma I” sostituisce, nei rapporti fra gli Stati membri<sup>11</sup>, la Convenzione di Roma del 1980<sup>12</sup>, che già

<sup>10</sup> Pubblicato in GUCE L n. 177 del 4 luglio 2008.

<sup>11</sup> Ad eccezione della Danimarca.

<sup>12</sup> In GUCE L n.266 del 9 ottobre 1980, ratificata con legge di autorizzazione 18 dic. 1984 n. 975, in *GU suppl. ord.* al n. 25 del 30 gen. 1985. Per una selezione bibliografica cfr. A. BONOMI, *Il nuovo diritto internazionale privato dei contratti: La Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 è entrata in vigore*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1992, p. 104 ss.; T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*<sup>2</sup>, Cedam, Padova, 1996, p. 582 ss.; U. VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*<sup>2</sup>, Cacucci, Bari, 2000, p. 245 ss.; *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. II. Limiti di applicazione: Lectio notariorum*, (a cura di T. BALLARINO), Giuffrè, Milano, 1994; *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*<sup>2</sup> (a cura di G. SACERDOTI, M. FRIGO), Giuffrè, Milano, 1994; *Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*.

armonizzava le norme relative al diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali nei rapporti “transfrontalieri”.

L'atto comunitario trova la sua base giuridica negli art. 61 e 65 del Trattato CE<sup>13</sup>. Si applica alle obbligazioni contrattuali di carattere civile e commerciale e pone le regole necessarie a individuare la legge applicabile nelle ipotesi “che comportino un conflitto di leggi”.

Lo scopo del legislatore comunitario è quello di raggiungere l'uniformità dei criteri di individuazione della legge applicabile ai contratti internazionali, inclusi i contratti di lavoro e quelli conclusi dai consumatori.

### 2. I contratti individuali di lavoro

La tutela del lavoratore solo parzialmente si realizza grazie alle previsioni dell'art. 8.

La disciplina ivi contenuta va coordinata con quella prevista da altre disposizioni del Regolamento che possono venire in considerazione allo scopo di supplire le carenze riscontrate nell' articolo in questione.

La normativa comunitaria si caratterizza, infatti, sia per l'espressa previsione del limite dell'ordine pubblico, sia per il richiamo delle norme di applicazione necessaria. Entrambe i limiti concorrono a formare la disciplina che in concreto deve applicarsi ai contratti di lavoro ed ai contratti conclusi dai contraenti deboli in genere.

*Commentario*, (a cura di C. M. BIANCA, A. GIARDINA), in *NLCC*, 1995, p. 901.

<sup>13</sup> Adesso art. 67 ed 81 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea.

Sarà necessario procedere, dunque, ad un esame specifico per ognuna di queste fattispecie cominciando con l'esame delle norme di applicazione necessaria attualmente disciplinate nell'art. 9 del Regolamento.

Riguardo queste ultime vanno fatte alcune precisazioni.

Ad occuparsi di questa categoria di norme nella Convenzione di Roma è l'art. 7, che utilizza il termine di "disposizioni imperative" per designare quelle che sono, invece, norme di applicazione necessaria. Inoltre, non le qualifica in maniera autonoma e genera dunque incertezza. Infine, prevede la possibilità di dare applicazione a norme di applicazione necessaria di un paese terzo rispetto a quello del foro in modo molto ampio producendo risultati poco prevedibili. Per queste ragioni l'art. 7 è stato oggetto di numerose critiche e l'art. 9 del Regolamento ne ha modificato sensibilmente il contenuto.

In primis, ha provveduto a sostituire il termine "disposizioni imperative" con quello più corretto "norme di applicazione necessaria". Ha, poi, qualificato in modo autonomo queste norme<sup>14</sup> e le ha individuate nelle disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia della sua organizzazione politica, sociale o economica. Inoltre, l'art. 9 dichiara espressamente che, ad eccezione delle norme di applicazione necessaria del foro ed a quelle della *lex causae*, può essere data efficacia solo alle norme di applicazione necessaria del paese di esecuzione degli obblighi contrattuali e solo nella misura in cui tali obblighi rendano illecito l'adempimento del contratto.

Si tratta, dunque, di innovazioni da valutare positivamente<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Con una definizione fornita dalla CGCE, caso *Arblade*, cfr. Corte di Giustizia, 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e C-376/96, in *Raccolta* 1999, I-8453.

<sup>15</sup> L. GAROFALO, *Volontà delle parti e norme imperative* cit., in *RDIPP*, 1996, p. 488; B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I* cit., Giuffrè, Milano, 2008, p. 121 ss.; G. BIAGIONI, *Articolo 9 – Norme di applicazione necessaria*, in *Commentario*

### 3. Le norme di applicazione necessaria ed il limite dell'ordine pubblico

Come si coordina la disciplina prevista dall'art. 9 con quella dell'articolo 8?

L'art. 9 del Regolamento, eliminando ogni ambiguità linguistica, rende evidente che le norme di applicazione necessaria si pongono su un piano diverso rispetto alle "disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente", di cui agli art. 3 par. 3 e 8 par. 1.

Queste disposizioni richiamano le c.d. "norme imperative semplici" che, nell'ambito del singolo ordinamento statale, sono inderogabili dall'autonomia privata<sup>16</sup>.

Le norme di applicazione necessaria costituiscono invece un limite all'applicazione del diritto straniero richiamato dalle norme di conflitto uniformi.

Rispetto ad esso, infatti, prevale il diritto materiale interno, il quale esige di essere applicato uniformemente sul territorio nazionale.

Non tutte le norme imperative c.d. semplici sono "applicabili quale che sia la legge regolatrice del contratto", come accade invece per le norme di applicazione necessaria, ma è sicuramente vero che tutte le norme di applicazione necessaria sono inderogabili da parte dei privati. Ne segue che queste ultime consistono in un sottoinsieme della più ampia categoria delle norme imperative o inderogabili. Il problema, dunque, è un altro ed attiene al rilievo che occorre loro conferire nel caso in cui presentino i requisiti di cui agli art. 3 e 8 del Regolamento, risultando al tempo stesso anche di applicazione necessaria. Il dibattito è stato pacificamente risolto considerando che tutte le norme imperative in questione, semplici o di applicazione necessaria che siano, operano secondo uno stesso principio. Sono, cioè, rivolte al fine

cit. (a cura di F. SALERNO, P. FRANZINA), in *NLCC* ¾, 2009, p. 788 ss.

<sup>16</sup> T. TREVES, *Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, in *RDIPP*, 1983, p. 25 ss.

pratico del “non pregiudizio” dei valori dalle stesse tutelati.

Quindi, le norme imperative richiamate dall’art. 8 assolvono una funzione di tipo protettivo, mirano a garantire la protezione della parte debole e ad assicurare che il lavoratore non risulti privato della tutela minima garantita dalle norme in questione.

Questa funzione può essere tranquillamente svolta dalle norme imperative semplici, ma nulla vieta che ci siano anche norme imperative di applicazione necessaria in materia e di cui gli Stati pretendano in rispetto. Semplicemente, queste ultime sono richiamate da un diverso articolo, l’art. 9.

Ad ogni buon conto, attraverso il combinato disposto degli art. 8 e 9 è possibile sopperire a buona parte delle deficienze segnalate nei paragrafi precedenti.

In materia di contratti di lavoro, infatti, le norme di applicazione necessaria garantiscono la presenza di un nocciolo duro di norme invocabili a favore del lavoratore indipendentemente dalla legge scelta per regolare il contratto di modo che si fughi il dubbio che il datore di lavoro possa influenzare la scelta del lavoratore imponendo l’applicazione di una legge a lui più favorevole.

Per completare il nostro discorso è, adesso, necessario verificare come si coordinano le disposizioni in materia di ordine pubblico con quelle poste a tutela del contraente debole.

L’art. 21 del Regolamento, esattamente come l’art. 16 della Convenzione di Roma, stabilisce che l’applicazione di una disposizione della *lex contractus* può essere esclusa quando sia manifestamente incompatibile con l’ordine pubblico del foro. Il limite dell’ordine pubblico impedisce il ricorso al diritto straniero, reso competente da una norma di conflitto, quando il risultato effettivo dell’applicazione del diritto medesimo risulti incompatibile con i valori fondamentali del foro<sup>17</sup>.

<sup>17</sup>G. BADIALI, *Ordine pubblico e diritto straniero*, Giuffrè, Milano, 1963; G. BARILE, *Lezioni di diritto*

Nel disciplinare tale limite, l’art. 21 del Regolamento sembra voler salvaguardare l’insieme dei valori fondamentali ed irrinunciabili di ciascun ordinamento statale, tuttavia, già la Relazione Giuliano-Lagarde, di accompagnamento alla Convenzione di Roma, sottolineava che la menzionata espressione “*include l’ordine pubblico comunitario divenuto parte integrante dell’ordine pubblico degli stati membri*”.

A maggior ragione, questa precisazione vale per il Regolamento del 2008. In che modo, però, l’ordine pubblico - del foro o comunitario - può influenzare la disciplina in materia di contratti di lavoro?

Di certo lo strumento tradizionale dell’ordine pubblico, considerato il suo meccanismo di azione “a posteriori”, è il mezzo più valido a cui affidare l’istanza protezionistica del contraente debole, affinché risponda ad esigenze concrete. Tuttavia, esso sembra rivestire un ruolo solo marginale.

Ai sensi dell’art. 21, infatti, “soltanto” nel caso in cui l’applicazione della *lex contractus* risulti “manifestamente” incompatibile con l’ordine pubblico del foro sarà possibile invocare tale limite e fondare su di esso la mancata applicazione della legge normalmente competente.

Inoltre, per invocare tale limite, bisognerà preventivamente accertare se i principi in materia di *favor laboris* possano annoverarsi fra quelli di ordine pubblico del foro.

Esaminando la legislazione italiana in materia di lavoro sembra chiaramente che l’ordinamento si ispiri al principio della maggior protezione possibile del lavoratore, come ha messo in luce anche la dottrina lavoristica<sup>18</sup>.

*internazionale privato*, Cedam, Padova, 1980, p. 131 ss.; P. BENVENUTI, *Comunità statale, comunità internazionale ed ordine pubblico internazionale*, Giuffrè, Milano, 1977.

<sup>18</sup>C. ASSANTI, *Autonomia negoziale e prestazione di lavoro. Principi generali*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 127; V. SIMI, *Il favore dell’ordinamento giuridico per i lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 8 ss.; A. CESSARI, *Il “favor” verso il prestatore di lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 7 ss.; G.

In questo senso depongono l'insieme dei principi dettati dalla Costituzione in materia di tutela del lavoro<sup>19</sup> ed anche numerose altre disposizioni legislative, non ultimo lo statuto dei diritti dei lavoratori<sup>20</sup>.

Inoltre, la maggior parte delle norme poste a tutela del lavoratore non hanno un carattere di assoluta inderogabilità, ma sono tese a garantire condizioni minime inderogabili ed auspicano l'applicazione di condizioni che risultino più protettive degli interessi del lavoratore<sup>21</sup>.

Il criterio della derogabilità *in melius* tende a concretare non una tutela minima paritaria, ma la massima fra più tutele precostituite tramite la prevalenza della disposizione più favorevole al prestatore di lavoro<sup>22</sup>.

Se questo è un principio che informa l'intera legislazione lavoristica ed il rilievo dato alla tutela del lavoro è addirittura di rango costituzionale, allora può pacificamente affermarsi che si tratta di uno dei principi fondamentali del nostro ordinamento e ne deriva che non possono trovare applicazione in Italia quelle leggi straniere che contengono una disciplina del rapporto di lavoro meno favorevole al lavoratore di quella italiana.

A tale applicazione osterebbe, appunto, il limite dell'ordine pubblico<sup>23</sup>.

BALZARINI, *La tutela del contraente più debole nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1965, p. 5 ss.

<sup>19</sup>C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *D.L.*, 1954, I, p. 149 ss.; C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 28.

<sup>20</sup>L. 20 mag. 1970, n. 300, *Statuto dei lavoratori*, in *GU* 27 mag. 1970, n. 131.

<sup>21</sup>F. POCAR, *La legge applicabile ai rapporti di lavoro secondo il diritto italiano*, in *RDIPP*, 1972, p. 744 ss., cfr. art. 2077 e 2113 c. c.

<sup>22</sup>A. CESSARI, *Il "favor"* cit., p. 31; R. CLERICI, *Rapporti di lavoro, ordine pubblico e Convenzione di Roma del 1980*, in *RDIPP*, 2003, p. 809 ss.

<sup>23</sup>F. POCAR, I. VIARENGO, *Diritto comunitario del lavoro*<sup>2</sup>, Cedam, Padova, 2001, p. 136 ss. In giurisprudenza cfr. Corte di Cassazione sent. 22 febbraio 1992 n. 2193, *D.A.E. Costruzioni S.p.A. c. Vitale*, in *RDIPP*, 1994, p. 150 ss.; sent. 30 novembre 1994 n. 10238, *Alitalia c. Fife*, in *RDIPP*, 1996, p. 353 ss. Per una posizione contraria cfr. sent. n. 2795 del 3 agosto 1968, *Sorrentino c. Banco di Napoli*, in

Per effetto dell'art. 21 del Regolamento, nei riguardi del lavoro svolto all'estero e nei casi in cui, seppur prestato in Italia, ad esso si applichi una legge straniera, per scelta delle parti o ai sensi dell'art. 8, il diritto straniero designato non potrà trovare applicazione qualora risulti meno protettivo del diritto italiano.

#### 4. Considerazioni conclusive

Queste conclusioni sono avallate anche dall'esame delle c.d. "clausole di non regresso", inserite nelle più recenti direttive in materia di politica sociale.

Esse prevedono, seppur con varie formulazioni, che l'attuazione delle direttive in questione non possa giustificare un regresso del livello generale di tutela dei lavoratori, garantito dalla legislazione interna previgente<sup>24</sup>.

L'unico neo risiede nel fatto che l'individuazione e l'applicazione dei principi di ordine pubblico risultano operazioni particolarmente delicate.

Ai giudici si richiede una valutazione logico giuridica che coinvolge diverse variabili.

Si tratta di un problema di conoscenza approfondita del diritto, cui appartengono le norme oggetto della comparazione; conoscenza che implica la comprensione della *ratio* dei singoli istituti.

Si tratta, poi, di fissare i parametri in base ai quali la comparazione deve essere condotta, con tutte le difficoltà che possono sorgere qualora non sussistano istituti omogenei per essere comparati all'interno dei due ordinamenti.

Appare evidente, pertanto, che, a seconda di come venga interpretata ciascuna di queste variabili, può pervenirsi in sede applicativa ad un risultato diverso.

*RDIPP*, 1969, p. 777 ss., con commento di R. CLERICI, *Lavoro bancario svolto in Argentina e volontà delle parti*, p. 972.

<sup>24</sup>L. GAROFALO, *Le clausole di "non regresso" nelle direttive comunitarie in materia di politica sociale*, in *RGLPS*, 2004, p. 39 ss.; ID., *I conflitti di leggi in materia di sciopero*, in *RDIPP*, 1982, p. 744 ss..

Fortunatamente, la comunitarizzazione della Convenzione di Roma consentirà alla Corte di Giustizia di prendere posizione in maniera incisiva anche in questa materia. Un suo opportuno intervento potrebbe risolvere numerosi problemi pratici connessi all'attuazione degli articoli in esame.



# La riforma del mercato del lavoro: dallo Statuto dei lavoratori alla legge “Biagi”

di Raffaele Mancuso

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Il diritto del lavoro dagli anni '70 ad oggi. 3. Il c.d. “Pacchetto Treu”. 4. La riforma “Biagi”. 5. Il contratto di lavoro part-time e le clausole flessibili ed elastiche. 6. Mercato del lavoro e formazione.

## 1. Introduzione

La legge di modifica della normativa del Mercato del Lavoro in Italia è una tematica d'ampio respiro che adesso vede coinvolti anche e soprattutto le Istituzioni Comunitarie in rapporto simbiotico con quelle nazionali.

Da diversi anni oramai è interesse delle istituzioni competenti presso la Comunità Europea oltre che delle rispettive italiane, la modifica di un vecchio sistema farraginoso e rigido delle normative sul mercato del lavoro ancorate a vecchi ideologismi.

A tal proposito nel 2003 il nuovo esecutivo italiano, tra varie polemiche più o meno costruttive, introdusse nuovi strumenti atti a consentire di rafforzare una strategia di riforma per dare al mercato del lavoro italiano nuove opportunità.

La riforma, che ha preso il nome dal compianto prof. Marco Biagi, è stata considerata da diversi soggetti del mondo politico oltre che accademico la legge che ha introdotto la precarizzazione e la mercificazione del lavoratore.

Questo breve elaborato si propone di vagliare, seppur in modo non esaustivo, le politiche per l'impiego succedesi negli anni in cui maturò il D.lgs. n. 276/2003, nonché di esporre le novità introdotte con la legge

che porta il nome del compianto prof. Marco Biagi.

## 2. Il diritto del lavoro dagli anni '70 ad oggi

Dalla legge istitutiva dello Statuto dei lavoratori, negli anni settanta, molti sono stati gli interventi legislativi che hanno modificato il panorama normativo in oggetto, come la L. n. 533/1973, di riforma del processo del lavoro, la L. n. 203/1977 sulla parità tra i sessi, fino ad arrivare alla legge n. 30 del 2003 di riforma del mercato del lavoro che, unitamente al D.lgs. n. 276/2003, ha trasformato, in aderenza alle indicazioni comunitarie, il mercato del lavoro del nostro paese.

L'art. 1 della L. 30/2003 e il D.lgs. 276/2003 si proponeva l'obiettivo di portare il mercato italiano a tassi d'occupazione in crescita, anche se tale norma ancora stenta a decollare forse a causa di troppi timori nei confronti di questa riforma tacciata di “mercificazione della forza lavoro”.

Il problema che la Comunità Europea e l'Italia cercavano di risolvere attraverso l'emanazione di normative come la Strategia Europea per l'Occupazione, il Piano Nazionale per l'Occupazione (Nap 2003), il Processo di Lisbona del 2000, i Libri Bianchi di Delor (1993), era fondamentalmente quello creato in decenni di politica rigida in materia di occupazione tesa più a garantire il posto di lavoro che a fare in modo che la richiesta di forza lavoro crescesse in maniera esponenziale.

Paragone sicuramente visibile agli occhi di tutti è il confronto tra i tassi di

disoccupazione europei, con un sistema irrigidito (come per esempio l'art.18 della legge 300/1970) e quelli del sistema Americano ove questa rigidità non esiste.

In Italia vi fu un breve periodo di tempo in cui si parlò di una modifica dell'art. 18, seppur in via sperimentale, che tuttavia la volontà di alcuni non ha permesso seppur, a mio avviso, avrebbe costituito la leva del cambiamento per il nostro mercato del lavoro.

Un primo passo, in tal senso, è stato compiuto con il D.L. n. 138/2011 convertito in L. n. 148/2011 il cui art. 8 è già stato definito un sovvertimento dell'ordine delle fonti del diritto, attentato ai diritti dei lavoratori, nonostante la stessa lettera di Trichet e Draghi al Primo Ministro Italiano, di questa estate, era chiara nel chiedere tali cambiamenti come necessari.

L'art. 8 del D.L. n. 138/2011 titolato "*Sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità*" - che ha riconosciuto un maggior potere alla contrattazione collettiva aziendale o territoriale - statuisce che i contratti collettivi di lavoro, aziendali o territoriali, sottoscritti da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ovvero dalle rappresentanze sindacali operanti in azienda possono realizzare specifiche intese finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario.

Non si sta parlando, quindi, dell'abolizione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori *sic et simpliciter*, quanto piuttosto di un equo bilanciamento di interessi tra imprese e lavoratori.

Infatti chi scrive ritiene che l'imprenditore italiano sia troppo imbrigliato da vari paletti che non gli consentono di esprimersi al meglio e di far crescere l'impresa italiana, ritenendosi da parte di molti che l'imprenditore, se liberato dai suddetti, cercherebbe di massimizzare i profitti sfruttando i lavoratori.

Occorre invece riconoscere all'imprenditore la possibilità di mettere i propri capitali al servizio della comunità in

modo non solo da ottenere il massimo profitto, ma di migliorare le condizioni di vita della comunità, parafrasando quanto ha riportato David Rockefeller in una sua biografia.

Pertanto non basta semplicemente ritenere che sia solo l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori l'unico disincentivo ad attrarre capitali ed imprese estere, ma occorre guardare alla globalità dei differvizi che paralizzano il mercato del lavoro: infrastrutture in adeguate, burocrazia ancora eccessivamente lenta, giustizia civile inefficiente, etc..

Per onestà intellettuale si sottolinea che: nell'*Employment Outlook* del 1999 gli esperti dell'OCSE hanno ammesso che vi è un'impossibilità empirica nello stabilire rigide relazioni causali tra le norme sul licenziamento ed i livelli di occupazione.

Nell'*Economic Outlook* del 2002 si dichiara che le norme di tutela contro i licenziamenti non sembrano essere un ostacolo allo sviluppo tecnologico, ma potrebbero addirittura favorirlo

Ecco il quadro da cui nasce in Italia il D.lgs. 276/2003 teso a riconoscere più flessibilità ad un mercato del lavoro troppo arretrato e rigido, come ancora oggi ritenuto dalla Commissione Europea.

L'articolato normativo suddetto introduceva nuove tipologie contrattuali capaci di far crescere, a lungo termine in maniera più visibile, il nostro mercato del lavoro.

Il Libro Bianco, inoltre, suggeriva agli Stati membri di adottare iniziative che favorissero la riorganizzazione degli orari di lavoro, senza però tentare di imporre la riduzione per via legislativa.

Gli strumenti per raggiungere tali obiettivi dovevano essere:

1. *la negoziazione di un equilibrio migliore in tema di tutela sociale fra lavoratori permanenti e lavoratori a tempo determinato, in modo che sia le imprese che i lavoratori potessero scegliere il modello di lavoro preferito;*

2. *l'incoraggiamento della riduzione della settimana lavorativa (utilizzando maggiormente gli impianti se necessario e tutelando la competitività);*



3. *l'elaborazione di misure atte a favorire le persone iscritte alle liste di collocamento laddove vi fossero nuove opportunità di impiego;*

4. *la riduzione delle ore di lavoro su base annua e la possibilità di periodo di interruzione dal lavoro e di congedi di formazione.*

Premesso quanto sopra è chiaro a molti che serviva un lavoro di sinergia tra politiche sulla formazione e quelle sulle tematiche del lavoro, come era stato sottolineato dalla Commissione Europea quale *condicio sine qua non* per una migliore crescita dei tassi d'occupazione.

Una strada che poteva portare alla soluzione di un così annoso problema era l'adozione del modello "Hire and Fire" degli Stati Uniti che fissava meno vincoli al licenziamento. Tale modello tuttavia, non poteva trovare applicazione in Europa dato che la Carta dei diritti fondamentali definita a Nizza proclamava il principio per cui il licenziamento doveva essere giustificato.

Il modello in atto in Italia per ragioni politiche e culturali era ed è quello del dialogo sociale, modello concepito dalla tradizione Europea come evidente modello garantista della parte più debole del sinallagma lavorativo.

Fermo restando che per principio di democrazia il dialogo tra le parti sociali dovrebbe e deve essere cosa naturale, lo stesso non sempre si è dimostrato efficace in Italia a causa dell'irrigidimento di certuni che, con la lente dell'ideologismo, sono rimasti fermi sulle loro posizioni senza ascoltare le proposte dell'interlocutore.

Tra 1995-2001 il mercato del lavoro italiano ha subito una svolta, sicuramente travagliata, delle politiche sull'occupazione delle donne e dei giovani producendo un miglioramento dell'occupazione di queste categorie (vd. le disposizioni previste in occasione del Consiglio Europeo di Lisbona del 2000).

### 3. Il c.d. "Pacchetto Treu"

Il lavoro detto "interinale" venne introdotto dalla L. 196/1997 figlia di un nuovo modo di vedere le cose e sintomo di un malessere che in Europa andava emergendo.

Infatti, come già esposto, molti erano i vincoli e le rigidità del sistema Europeo dell'occupazione, dagli anni del dopoguerra fino ad arrivare al *boom* degli anni settanta e la prosperità ha consentito di non preoccuparsi troppo di tali rigidità, anche se è da sottolineare che diversi studi anno specificato che l'Italia nel periodo d'oro presentava dei parametri di crescita dell'occupazione sicuramente minori del dovuto.

Inoltre fino al 2000, ma forse ancora oggi, seppur in misura minore, era consueto in Italia lavorare in nero.

Questo periodo di benessere e di spesa pubblica incontrollata ha permesso al nostro paese di interessarsi poco delle politiche dell'occupazione. Infatti non si deve dimenticare che l'Italia ha potuto in quegli anni permettersi di continuare ad avere un apparato industriale poco consona ad un paese di tale grandezza anche grazie alla debolezza della lira che garantiva maggiori esportazioni grazie anche alla mano pubblica che finanziava tutto (si ricorda che la Fiat. E non solo, è stata per decenni finanziata dallo Stato).

Tale modo di gestire la spesa pubblica ha creato arretratezza nel nostro Paese, poco interessato ancora oggi ad investire sulla ricerca, errore che invece altri paesi anche Europei non hanno fatto e che adesso continuo ad avere buoni tassi d'esportazioni dovuti alla loro specializzazione in vari settori (vedi la Germania).

Come recita l'art. 1 della L. 196/1997 il lavoro interinale è: *"il contratto di fornitura di lavoro temporaneo mediante il quale un'impresa di fornitura di lavoro temporaneo, iscritta all'albo previsto dall'articolo 2, comma 1, pone uno o più lavoratori, da essa assunti con il contratto previsto dall'articolo 3, a disposizione di un'impresa che ne utilizzi la prestazione lavorativa, per il soddisfacimento di esigenze di carattere temporaneo"*.

Quindi un'impresa fornitrice attraverso un contratto di fornitura di lavoro temporaneo assume il lavoratore inviandolo alle dipendenze di un'impresa utilizzatrice per adempiere alle mansioni a cui verrà assegnato temporaneamente.

Detto questo è mia cura sottolineare come questa legge abbia permesso di diminuire il tasso di disoccupazione di lunga durata ed inoltre ha creato una nuova singolare caratteristica per la quale il lavoratore si troverà ad avere due "datori di lavoro" solidalmente responsabili per l'adempimento del sinallagma del rapporto lavorativo.

#### **4. La riforma "Biagi"**

La legge di riforma del mercato del lavoro (legge che verrà sicuramente rivalutata nel lungo periodo da coloro che ancor oggi la tacciano come legge fatta dai datori di lavoro per se stessi e che precarizza la posizione dei lavoratori, mercificandoli), nasce nell'ambito della "Strategia Europea dell'Occupazione" definita a Lisbona e mira al raggiungimento di un mercato del lavoro meno rigido quindi più flessibile capace di assorbire le sacche di disoccupati di lunga durata.

Questa legge, a parere di chi scrive, non ha precarizzato il lavoro, ma ha evitato la disoccupazione ed il lavoro "in nero" riconoscendo tutte le garanzie contrattuali seppur a tempo determinato.

L'esperienza professionale acquisita con i contratti flessibili consente infatti al lavoratore, di presentarsi al nuovo datore di lavoro con un bagaglio di esperienze lavorative prima non possedute.

Altro nodo che, a mio avviso, dovrà essere sciolto sono gli ammortizzatori sociali, quasi assenti in Italia, che devono iniziare ad essere un incentivo affinché il lavoratore si riqualifichi e quindi si ricollochi nel mercato del lavoro. Infatti, ancora oggi certi ammortizzatori, come la cassa integrazione, non incentivano il lavoratore ad attivarsi nella ricerca di un nuovo posto di lavoro, nonostante vi siano norme che permettono sgravi fiscali e

contributivi ai datori di lavoro che assumano un soggetto in cassa integrazione oppure in mobilità.

Capita spesso infatti che vengano rifiutate le offerte lavorative proposte dai Centri per l'impiego in quanto da parte di lavoratori in mobilità ritengono più conveniente prendere l'indennità ed essere liberi di occuparsi di altro, anche lavorando in nero piuttosto che accettare l'offerta.

Gli ammortizzatori, così come i fondi per la solidarietà sociale, dovrebbero obbligare i beneficiari a frequentare corsi di qualificazione e riqualificazione professionale seri e adatti ad insegnare un mestiere in modo da non essere solo fine a stessi.

In tema di ammortizzatori sociali moltissimo si deve fare ma i vincoli di bilancio di uno Stato in crisi e la mancanza di politici lungimiranti non permette tale auspicabile cambiamento.

#### **5. Il contratto di lavoro part-time e le caluse flessibili ed elastiche**

Dopo il travagliato lavoro di un gruppo di esperti impegnati in una tale riforma, che si svolse sotto due governi di colore politico opposto, finalmente si arriva anche in Italia ad una normativa (L. 30/2003 e D.lgs. 276/2003) che riconosce al sistema del mercato del lavoro la flessibilità e l'elasticità necessaria all'imprenditore per essere messo sempre nelle migliori condizioni per lavorare e far lavorare i propri dipendenti.

Le precedenti normative di regolamentazione in tema di lavoro part-time ed a termine furono così riprese e migliorate in modo da renderle maggiormente utilizzabili.

Parlando di lavoro part-time è doveroso innanzitutto sottolineare che tale tipologia contrattuale nasce per dare a determinate categorie di soggetti la possibilità di ricevere un introito economico a seguito di un'attività lavorativa ridotta (es. casalinghe o studenti). Il lavoro part-time viene quindi regolamentato secondo tre tipologie contrattuali:

- **orizzontale:** se la riduzione d'orario è effettuata all'interno dell'orario giornaliero;
- **verticale:** se la riduzione d'orario è effettuata nell'ambito di periodi concordati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno; .
- **misto:** secondo una combinazione delle due tipologie sopra descritte.

Il contratto di part-time è un contratto individuale, stipulato in forma scritta *ad probationem*, nel quale deve essere contenuta sia indicazione della durata che l'orario di lavoro.

Il datore di lavoro che non adempie alla forma scritta, infatti, è soggetto, a seguito di ricorso del lavoratore al giudice competente, a vedersi trasformato il contratto par-time in contratto di lavoro a tempo pieno.

Anche il contratto di lavoro part-time può essere stipulato a tempo determinato.

Il decreto legislativo 276/2003 riconosce al datore di lavoro di variare l'orario di lavoro del contratto a tempo parziale orizzontale (clausole flessibili) e di quello verticale o misto (clausole elastiche)..

Tali clausole devono essere formalizzate per iscritto anche contestualmente alla stipula del contratto e, se richiesto dal lavoratore, in presenza di un rappresentante sindacale aziendale, da lui scelto.

Per la stipulazione delle suddette clausole è necessario il consenso del lavoratore che può rifiutare il patto modificativo senza che ciò costituisca giustificato motivo di licenziamento.

E' implicito che come necessaria conseguenza della diminuzione dell'orario di lavoro scaturisce la proporzionale diminuzione dei relativi benefici (ferie, retribuzione ecc.).

### 6. Mercato del lavoro e formazione

Il D.lgs. 276/2003 è intrinsecamente legato alla riforma della scuola, per rendere il mercato più attivo e concorrenziale e assicurare un più naturale

collocamento dei giovani nel mondo del lavoro.

L'apprendistato ed i tirocini si fanno promotori diventano strumento di accesso dei giovani al lavoro, diventando propedeutici al lavoro in senso stretto.

L'apprendistato in tutte le sue declinazioni si rende garante di un cammino formativo introdotto dalla Riforma Moratti e che continua ancor oggi con la Riforma Gelmini.

Lo stage riconosce allo studente l'opportunità di essere introdotto in realtà aziendali attraverso la sinergia tra la scuola e l'azienda che adeguano l'offerta formativa alle reali esigenze del mercato.

All'interno delle Università si sono così creati gli stage-office capaci di essere un punto di incontro tra offerta formativa e ricerca lavorativa.

### BIBLIOGRAFIA

- Allamprese A., *Riduzione e flessibilità del tempo di lavoro: quadro normativo e poteri individuali*, Milanofiori, Ipsoa, 2003.
- Antonelli G., Nosvelli M., *Monitoraggio e valutazione delle politiche del lavoro per una nuova economia*, Bologna, Il Mulino, 2002.
- Assanti C., *Scritti di diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2003.
- Baroni M. (a cura di), *Piani locali per l'occupazione: guida all'applicazione della strategia europea per l'occupazione in ambito locale*, Gorle, CEL, 2001.
- Battisti A. M., *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel D. lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Torino, Giappichelli, 2002.
- Baici E., *La disoccupazione: modelli, diagnosi e strategie per il mercato del lavoro in Italia*, Roma, Carocci, 2001.
- Biagi M., *La disciplina giuridica del lavoro a tempo parziale*, Castelmaggiore, Sinnea International, 1999
- Biagi M., *L'esperienza dei lavori socialmente utili in Italia*, Castelmaggiore, Sinnea International, 1999
- Biagi M., *I fondi pensioni in Italia*, Castelmaggiore, Sinnea international, 2000.

Biagi M., *Istituzioni di diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2003.

Biagi M., *Il lavoro interinale nella contrattazione collettiva*, Castelmaggiore, Sinnea International, 1999.

Biagi M., *Lavoro notturno: normativa comunitaria e disciplina nazionale*, Castelmaggiore, Sinnea International, 2000.

Biagi M., *Libro bianco sul lavoro. Il documento del ministero del Welfare elaborato da Marco Biagi e presentato nell'ottobre 2001*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2002

Biagi M., *Norme per il diritto al lavoro dei disabili*, Castelmaggiore, Sinnea international, 1999

Biagi M., *I piani d'inserimento professionale*, Castelmaggiore, Sinnea international, 1999.

Biagi M., *Politiche formative e politiche del lavoro nell'esperienza comparata: spunti di riflessione per un dibattito*, 1999.

Biagi M., *Le politiche per l'occupazione in Italia tra crisi della contrattazione collettiva nazionale e spinte federalistiche: il caso di Milano*, Castelmaggiore, Sinnea International, 2000.

Biagi M., *Un punto di svolta nella riforma del mercato del lavoro*, "Impresa & Stato", 14 (2001), n. 57, pp.33-36.

Biagi M., *Quality of work and employee involvement in Europe*, Kluwer law international, 2002.

Biagi M., *I referendum sociali: un'occasione per riformare il mercato del lavoro italiano*, Castelmaggiore, Sinnea international, 2000.

Biagi M., *La riforma amministrativa e i servizi per l'impiego*, Castelmaggiore, Sinnea International, 2000.

Biagi M., *La riforma del collocamento in Italia: fine del monopolio pubblico, conferimento alle regioni e agli enti locali di funzioni e compiti in materia di mercato del lavoro e legalizzazione delle agenzie private di intermediazione*, Castelmaggiore, Sinnea International, 1999.



# Contratti di lavoro



## Impugnazione dei contratti a tempo determinato tra “Collegato lavoro” e “Milleproroghe”

di Giovanna delli Falconi e Pietro Zamparese

A pochi mesi dall'entrata in vigore della legge 26.02.2011, n. 10, con cui è stato convertito - con modificazioni - il decreto legge 29.12.2010, n. 225, si comincia ad annoverare la prima pronuncia giurisprudenziale sulla spinosa questione del termine di decadenza per l'impugnazione dei contratti a tempo determinato scaduti in epoca antecedente al 24 novembre 2010 e non impugnati entro il 24 gennaio 2011.

È il Tribunale di Milano ad offrire, per primo, una sentenza che affronta in modo tanto dettagliato quanto minuzioso la questione.

Con l'articolo 32, comma 4, lett. b) della legge 4.11.2010, n. 183 (cosiddetto “Collegato lavoro”), il legislatore aveva introdotto il termine di decadenza di sessanta giorni per impugnare i contratti a tempo determinato scaduti in epoca antecedente l'entrata in vigore del provvedimento legislativo (appunto, come si è detto sopra, il 24 novembre 2010).

Sul punto, poi, vi è stato un ulteriore intervento ad opera della legge 10/2011, innanzi citata, con cui si è disposto quanto segue: *“All'art. 32 della legge 4 novembre 2010, n. 183, dopo il comma 1 è aggiunto il seguente: 1 bis. In sede di prima applicazione, le disposizioni di cui all'art. 6, primo comma della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, relative al termine di sessanta giorni per l'impugnazione del licenziamento, acquistano efficacia a decorrere dal 31 dicembre 2011”*.

Orbene, basandosi su un'interpretazione meramente letterale del testo della norma - che fa riferimento al solo primo comma dell'art. 6 della legge

604/1966 - sembrerebbe che, per tutti i contratti a tempo determinato scaduti in epoca antecedente il 24 novembre 2010, sia maturata una decadenza, non essendo tali tipologie contrattuali richiamate espressamente nell'art. 6, comma 1, della legge 604/1966.

Senonché tale interpretazione presta il fianco a numerose critiche e contraddizioni che non sono di certo sfuggite all'attento Magistrato estensore della sentenza che qui si commenta.

Trattasi della sentenza pronunciata in data 4 agosto 2011 dal Tribunale di Milano - sezione lavoro - in persona della dott.ssa Chiara Colosimo.

Con argomentazioni precise e con linguaggio semplice e lineare, il Magistrato estensore affronta la questione sottolineando le contraddizioni in cui incorrerebbe chi ritenesse non applicabile la proroga anche ai contratti a tempo determinato scaduti in epoca anteriore al 24 novembre 2010 e non impugnati entro il 24 gennaio 2011.

Infatti, sottolinea il Giudice del Lavoro che, ove la proroga fosse ritenuta applicabile solo alla fattispecie del licenziamento, la novella legislativa non avrebbe alcun senso, atteso che, una norma di tal fatta, già esisteva nell'ordinamento giuridico italiano (*id est* l'art. 6, comma 1, della legge 15 luglio 1966, n. 604).

Da ciò l'arguto Giudice desume che l'espressione *“in sede di prima applicazione”* vada riferita a tutti i casi per i quali - per la prima volta - dal legislatore è stata imposta una decadenza.

A ciò si aggiunga che, modificato l'art. 6 della legge 604/1966, vengono automaticamente modificate nello stesso

senso, tutte le disposizioni che lo richiamano e, quindi, anche l'art. 32, comma 4, della legge 183/2010.

In altre parole, sostiene il Giudice, siccome l'articolo 32, comma 4, del collegato lavoro richiama l'articolo 6 della legge 604/1966 *tout court*, avendo il legislatore modificato solo quest'ultimo articolo, automaticamente la modifica apportata a quest'ultima disposizione (cioè la proroga della decadenza) si applica anche all'art. 32.

L'interpretazione fornita dal Magistrato estensore merita di essere condivisa sia per evitare di incorrere in evidenti contraddizioni che non si addicono all'intero sistema giuridico, sia perché conforme ai principi di interpretazione della legge.

Tuttavia, sul punto in questione si sono registrate alcune interpretazioni di senso diametralmente opposto secondo cui la proroga non sarebbe applicabile anche ai contratti a tempo determinato.

La ragione di ciò andrebbe ricercata - secondo questo diverso orientamento - in una presunta *ratio legis* rinvenibile dall'ordine del giorno della Camera n. 9/4086/12 presentato dall'Onorevole Giuliano Cazzola il 25 febbraio 2011, nella seduta n. 440, con il seguente testo: *“la Camera, premesso che: l'articolo 32 della legge 4 novembre 2010, n. 183, introduce disposizioni in materia di contratti di lavoro; la ratio delle disposizioni dell'articolo 32 è quella di garantire la certezza del diritto e la speditezza dei processi mediante l'introduzione di termini di decadenza riferiti anche a fattispecie in precedenza non assoggettate a tali termini; l'effetto del comma 1-bis del citato articolo 32, introdotto dal Senato con il comma 54 dell'articolo 2 del decreto-legge in esame, è quello di differire, al 31 dicembre 2011, l'efficacia delle disposizioni limitatamente alla fattispecie di cui all'articolo 6, primo comma, della legge 15 luglio 1966, n. 604; a ragione del differimento rimangono temporaneamente in vigore le norme in materia di impugnazione non richiamate da tale ultima disposizione citata;*

*l'interpretazione sistematica del comma 1-bis non comporta, altresì, il differimento dell'applicazione dei termini decadenziali anche alle fattispecie previste ai successivi commi 3 e 4, impegna il Governo a emanare disposizioni in tal senso, al fine di evitare ogni possibile incertezza interpretativa, attraverso l'esplicitazione della permanenza dell'obbligo di impugnare, entro i termini di decadenza previsti, le fattispecie di cui all'articolo 32, commi 3 e 4, della legge 4 novembre 2010, n. 183”<sup>1</sup>.*

Sul punto va detto che la *ratio legis* non va individuata nella volontà di questo o di quel soggetto, di questo o di quel ramo del Parlamento, quanto, piuttosto, dai principi di razionalità, non contraddittorietà e logicità dell'intero sistema normativo.

Una volta creata la norma, infatti, essa si stacca dall'organo che l'ha prodotta e viene a far parte dell'intero ordinamento giuridico con cui non può stridere.

Alla luce di ciò, l'unica interpretazione giuridicamente corretta da dare alla proroga di cui qui si discute, è di renderla applicabile anche ai contratti a tempo determinato.

In difetto, si cadrebbe in evidenti contraddizioni e nonsensi della disposizione.

Come innanzi detto, infatti, verrebbe in luce una evidente inutilità della novella, ove si consideri la preesistenza di un'altra diversa e precedente disposizione avente lo stesso contenuto.

Per evitare, quindi, tale palese contraddizione del sistema giuridico, l'unica interpretazione logicamente e teleologicamente corretta, è di intendere la disposizione applicabile a tutte le fattispecie previste dall'articolo 32.

La *ratio* della legge, quindi, non può essere ricercata nell'ordine del giorno di cui si è detto.

Piuttosto, dando uno sguardo agli atti parlamentari che hanno portato all'introduzione della proroga di cui all'art.

<sup>1</sup> Primo firmatario: Cazzola; Co-Firmatari: Vincenzo Antonio Fontana, Antonino Foti, Scandroglio, Mottola, Giammanco, Pelino, Versace, Barani.



32, comma 1 bis, della legge 183/2010, si deve dare atto che l'intento dei sottoscrittori dell'emendamento da cui trae origine la disposizione *de quo* (1.0.76 e 1.0.77) era proprio di sospendere l'efficacia della decadenza sino al 31.12.2011 per *tutte* le fattispecie previste e disciplinate dall'art. 32.

A ciò si aggiunga che, con riferimento all'ordine del giorno innanzi riportato, non avrebbe senso neanche parlare di *interpretazione autentica* della legge perché, come è noto, di interpretazione autentica può parlarsi solo in presenza di una legge interpretativa, e non di un atto che non può definirsi tecnicamente "legge" ed a cui, peraltro, ad oggi, non è stato dato seguito dal Governo con qualsivoglia atto.

Peraltro, ove si interpretasse la disposizione in senso restrittivo (applicabile cioè solo ai licenziamenti e non anche ai contratti a tempo determinato), si incorrerebbe nella lapalissiana violazione dell'art. 3 della Costituzione e dei principi comunitari in materia di lavoro.

Infatti non sfugge la manifesta disparità di trattamento che esisterebbe tra lavoratori a tempo indeterminato (che vedrebbero prorogato il termine di impugnazione dei licenziamenti) rispetto ai lavoratori a tempo determinato (per i quali, invece, sarebbe già maturata una decadenza), in evidente violazione dell'art. 3, Cost..

Inoltre, vi sarebbe anche una chiara violazione del diritto comunitario che, in materia di lavoro, tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato, sancisce l'ormai noto *principio di "non discriminazione"* specificatamente richiamato dalla clausola 1 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio dell'Unione Europea del 28 giugno 1999.

In virtù di tale principio, la clausola 4, del predetto accordo, al punto 1, chiarisce: *"Per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto*

*di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive"*.

Alla luce di ciò, quindi, ogni norma interna che contravvenga a tale principio non può che essere tacciata di contrarietà anche ai principi comunitari.

A ciò va aggiunto che, ove anche il giudice nazionale aderisse all'orientamento restrittivo, sussisterebbe l'obbligo da parte del medesimo di disapplicare la norma in quanto in contrasto con il diritto comunitario, con conseguente applicazione della proroga a tutte le fattispecie contemplate nell'art. 32 della legge 183/2010.

Tale obbligo è stato riconosciuto dalla stessa Corte di Giustizia delle Comunità Europee nella sentenza del 19 gennaio 2010, nel procedimento C-555/07, Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG, nella quale si legge: *"Tuttavia, l'obbligo per gli Stati membri, derivante da una direttiva, di raggiungere il risultato previsto da quest'ultima, e il loro dovere di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi dei detti Stati, ivi compresi, nell'ambito della loro competenza, quelli giurisdizionali (vd., in particolare, in questo senso, sentenze 10 aprile 1984, causa 14/83, von Colson e Kamann, Racc. pag. 1891, punto 26; 13 novembre 1990, causa C-106/89, Marleasing, Racc. pag. I-4135, punto 8; Faccini Dori, cit., punto 26; 18 dicembre 1997, causa C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, Racc. pag. I-7411, punto 40; Pfeiffer e a., cit., punto 110, nonché 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-380/07, Angelidaki e a., non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 106).[...] Ne consegue che, nell'applicare il diritto interno, il giudice nazionale chiamato ad interpretare tale diritto deve procedere per quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo di tale direttiva, onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art 288, terzo comma, TFUE (v., in tal senso, sentenze citate von Colson e Kamann, punto 26; Marleasing, punto 8; Faccini Dori,*

punto 26, nonché Pfeiffer e a., punto 113). L'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale è inerente al sistema del Trattato, in quanto permette al giudice nazionale di assicurare, nel contesto delle sue competenze, la piena efficacia del diritto dell'Unione quando risolve la controversia ad esso sottoposta (v., in questo senso, sentenza Pfeiffer e a., cit., punto 114). [...] Infatti, in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione, (...) una normativa nazionale contraria, rientrando nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, deve essere disapplicata (vd., in questo senso, sentenza Mangold, cit., punto 77).

Quindi, o disapplicando la disposizione o interpretandola in senso conforme a Costituzione e ai principi interpretativi dell'ordinamento giuridico italiano, la proroga di cui all'art. 32, comma 1 bis, della legge 183/2010 va riferita a tutti i contratti a tempo determinato scaduti prima del 24.11.2010 e non impugnati tempestivamente entro il 24.01.2011.

A ragionar diversamente si incorrerebbe in contraddizioni evidenti e in discriminazioni non accettabili tra lavoratori a tempo determinato e non.

## Il privilegio generale sulle provvigioni derivanti da rapporto di agenzia e sulle indennità

di Francesco Verdebello

Una questione che da sempre si è posta all'attenzione di dottrina e giurisprudenza e che solo in apparenza appare risolta è quella relativa all'ambito soggettivo di applicazione del privilegio generale sulle provvigioni e sulle indennità dovute all'agente all'atto di cessazione del rapporto di agenzia.

Ai sensi dell'art. 2751 bis, n. 3), c.c., hanno privilegio generale sui mobili i crediti riguardanti le provvigioni derivanti dal rapporto di agenzia dovute per l'ultimo anno di prestazione e le indennità dovute per la cessazione del rapporto medesimo.

A dispetto del tenore letterale della disposizione *prima facie* inequivoco, all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 426/1975, con la quale è stata introdotta nel Libro VI, Capo II, Sezione II del codice civile la norma in questione, in dottrina si è posto da subito il problema dell'applicabilità del privilegio generale anche agli agenti che espletino la loro prestazione d'opera professionale non come semplici persone fisiche ma avvalendosi della veste societaria.

Da subito si sono creati due orientamenti contrapposti, l'uno favorevole alla suddetta estensione e l'altro decisamente contrario, entrambi corroborati da una pluralità di argomentazioni giuridiche.

In via preliminare, si precisa sin d'ora che l'orientamento prevalente in dottrina e giurisprudenza è quello contrario, peraltro autorevolmente avallato da una datata ma ancora attuale pronuncia della Consulta, la n. 1 del 2000.

Le argomentazioni che depongono a favore del diniego della natura privilegiata del credito provvigionale ed indennitario

degli agenti di commercio in veste societaria sono molteplici.

In primo luogo, si sostiene che una simile equiparazione con le persone fisiche violerebbe il principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2, Cost., secondo cui: *"È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese"*.

In base a tale principio, situazioni diseguali devono essere trattate in maniera diversa proprio per garantire l'uguaglianza di fatto tra soggetti in posizione di squilibrio.

Applicando tali coordinate al caso di cui ci si occupa, apparirebbe iniquo ed ingiusto riconoscere il privilegio a persone giuridiche quali le società, caratterizzate da un regime di autonomia patrimoniale rispetto ai singoli soci, i quali evidentemente non destinano il patrimonio della società a bisogni individuali e della propria famiglia.

In secondo luogo, l'estensione del privilegio generale alle società collide con la *ratio* stessa dell'art. 2751 bis c.c. che, come si evince dai lavori preparatori, sarebbe quella di conferire carattere di privilegio a tutti i crediti derivanti da prestazioni lavorative, autonome o subordinate, aventi lo scopo di procurare al lavoratore i mezzi di sostentamento per sé e per la propria famiglia.

Risulta evidente, dunque, secondo i fautori di questo orientamento, che nelle società non ci sarebbe questa necessità,

atteso che il loro fine ultimo sarebbe quello di realizzare un utile.

In terzo luogo, anche un'interpretazione sistematica della norma in commento deporrebbe in senso contrario al carattere privilegiato del credito degli agenti - società. Infatti, l'art. 2751 bis, al n. 5) ed al n. 5 bis) qualifica come privilegiati sia "i crediti ... delle società od enti cooperativi di produzione e di lavoro, per i corrispettivi della vendita dei prodotti" che "i crediti delle società cooperative agricole e dei loro consorzi per i corrispettivi della vendita dei prodotti".

Se ne desume, quindi, che ove il legislatore ha voluto estendere il privilegio generale a soggetti diversi da persone fisiche lo ha precisato espressamente, con la conseguenza che laddove non vi sia un simile innesto normativo, l'omessa indicazione va letta nel senso di esclusione dall'alveo del privilegio generale degli agenti di commercio - società.

Un ulteriore argomento contrario all'interpretazione estensiva della norma in oggetto del credito privilegiato alle società è dato dal carattere eccezionale dell'art. 2751 bis n. 3). Nello specifico, poiché le norme in materia di privilegi, generali e speciali, conferiscono ai soggetti legittimati il diritto di essere preferiti ai creditori chirografari, esse costituiscono un'eccezione al principio generale della *par condicio creditorum*.

Ne discende, pertanto, che le norme eccezionali non possono essere né interpretate estensivamente e né tanto meno applicate analogicamente, stante il divieto di cui all'art. 14 disp. prel. c.c., secondo cui le norme che "fanno eccezione a regole generali...non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerate".

Un ultimo argomento riposa sul carattere strettamente personale della prestazione di lavoro dell'agente che comporta, di riflesso, il riconoscimento del privilegio solo a quei soggetti dove l'elemento personale sia prevalente su quello del capitale.

Tali argomentazioni sono state confutate in via del tutto speculare dai sostenitori dell'orientamento favorevole

all'estensione del privilegio generale ai crediti degli agenti operanti sotto forme di società.

Secondo questa tesi, negare il credito privilegiato agli agenti - società contrasterebbe con il principio di uguaglianza in senso formale, di cui all'art. 3, comma 1, cost., secondo cui "Tutti i cittadini hanno pari dignità e sono uguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di lingua, di religione, di razza, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali".

Negare il privilegio alle società si tradurrebbe, pertanto, nel discriminare situazioni del tutto uguali, atteso che le norme che disciplinano il contratto di agenzia, di cui agli art. 1742 e ss. c.c. non richiamano alcun tipo di distinzione tra l'agente persona fisica e l'agente persona giuridica, segno evidente che per il legislatore è assolutamente indifferente la qualifica soggettiva ai fini della nascita di un rapporto di agenzia.

In secondo luogo, anche da un'esegesi letterale dell'art. 2751 bis n. 3), si desume chiaramente che il privilegio generale è conferito in base alla natura del rapporto e non alla qualifica del soggetto, sicché è solo il rapporto di agenzia e niente altro che determina il privilegio.

In terzo luogo, anche il dato sistematico depone a favore dell'equiparazione, ai fini del privilegio, degli agenti persone fisiche agli agenti persone giuridiche. Ed invero, quando il legislatore ha inteso, ai commi 5) e 5 bis) della medesima disposizione attribuire carattere privilegiato a crediti di determinati tipi di società, lo ha fatto proprio in ragione degli elementi peculiari che connotano l'attività artigianale e quella agricola, dove solo quelle società in cui l'apporto personale sia prevalente su quello del capitale hanno diritto al privilegio generale. Tuttavia, una simile *ratio* non sussiste con riferimento ai rapporti di cui all'art. 2751 bis, n. 3), c.c., nei quali il lavoratore può essere indifferentemente una persona fisica o una persona giuridica.

Inoltre, anche da un'operazione ermeneutica di tipo storico si evince

chiaramente che la legge n. 426/75, introducendo l'art. 2751 bis, non ha modificato il previgente art. 2777 c.c., il cui tenore letterale è rimasto inalterato ma si è limitato ad innalzare il limite temporale delle provvigioni coperte da privilegio generale da sei mesi ad un anno. Ne consegue, dunque, che ove mai il legislatore del 1975 avesse realmente voluto escludere dal privilegio generale gli agenti - società, lo avrebbe dovuto espressamente specificare.

Dopo aver sottolineato le argomentazioni che depongono a favore dell'una e dell'altra tesi, appare adesso opportuno introdurre valutazioni nuove ed ulteriori rispetto a quelle già sviluppate dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

A parere di chi scrive, più convincente è l'orientamento minoritario che qualifica come privilegiato anche il credito degli agenti società.

E ciò non solo per le argomentazioni espresse in dottrina e giurisprudenza.

Preliminarmente, è d'uopo sottolineare che l'assunto secondo cui nelle società i prestatori d'opera non trarrebbero direttamente dalla loro attività i mezzi per soddisfare i bisogni personali e della propria famiglia non è condivisibile per le società di persone. Ed invero, per questo tipo di società, poiché il più delle volte vi è una prevalenza della collaborazione personale e continuativa rispetto al capitale, sarebbe del tutto ingiustificato escludere il privilegio generale di cui all'art. 2751 bis c.c. persino se si volesse accogliere l'orientamento restrittivo.

Non convincente, inoltre, appare l'argomentazione per cui il carattere eccezionale della norma in commento precluderebbe una sua applicazione analogica al caso di agenti - società.

Infatti, per ricomprendere le società nell'alveo del ridetto privilegio generale sarebbe sufficiente un'interpretazione letterale dell'art. 2751 bis, n. 3) c.c. che menziona semplicemente un rapporto di agenzia; è chiaro, quindi, che tale rapporto di agenzia si instaura tanto con l'agente persona fisica, quanto con l'agente persona giuridica.

Per ragioni di completezza, occorre anche precisare che l'art. 14 disp. prel. c.c. si limita a dettare il solo divieto dell'analogia per le norme eccezionali ma non anche il divieto di interpretazione estensiva delle stesse. Infatti, non necessariamente una norma eccezionale deve essere interpretata restrittivamente se una simile operazione ermeneutica si ponga in distonia con la *ratio* dell'eccezione stessa.

Una conferma di ciò rinviene dalla disciplina della prescrizione e, nello specifico, dall'art. 2948, n. 4), c.c., che prevede un regime di prescrizione breve quinquennale per *"tutto ciò che deve pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi"*, in deroga alla regole generali della prescrizione decennale; per giurisprudenza consolidata, è pacifico che la norma in commento si applica non solo alle prestazioni periodiche accessorie ad un debito principale ma anche alle prestazioni con scadenza periodica e dovute per l'effetto di un'unica *causa debendi*.

Ne consegue, quindi, che anche un'operazione ermeneutica estensiva dell'art. 2751 bis c.c. appare del tutto coerente con la *ratio* del privilegio generale.

Tale assunto, trova conferma, peraltro, anche alla luce di un'esegesi sistematica, atteso che l'art. 2745 c.c., rubricato **"Fondamento del privilegio"** recita testualmente che *"il privilegio è accordato dalla legge in considerazione della causa del credito"*.

In secondo luogo, la preferenza per l'orientamento favorevole all'estensione del privilegio generale anche alle società - agenti è corroborata da valutazioni rinvenienti sia dal diritto costituzionale che dal diritto comunitario.

Quanto ai principi contenuti nella Carta Fondamentale, appare doveroso precisare che quando si fa riferimento alla tutela del lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni, occorre tenere nella dovuta considerazione non solo le esigenze del lavoratore, parte debole del rapporto ma anche quelle del mercato, che non sono in rapporto di subordinazione alle prime ma che, in

quanto di pari rango, devono essere poste sullo stesso piano.

Pertanto, accanto ai principi di uguaglianza formale e sostanziale, richiamati dall'una e dell'altra dottrina per sostenere l'esclusione o l'inclusione delle società nel privilegio generale di cui all'art. 2751 bis c.c., occorre prendere a riferimento anche gli art. 41 e 42 Cost., norme poste a tutela del principio della libera iniziativa economica.

Del resto, la dottrina costituzionale è ormai costante nel ritenere che le norme contenute nella Carta Costituzionali non devono essere considerate delle monadi ma vanno interpretate avendo come obiettivo il contemperamento di altri valori costituzionali ad esse contrapposti ma paritetici sia sul piano del riconoscimento che su quello della tutela.

Ne discende, quindi, che tenendo conto anche di tali principi, sarebbe un fattore di ingiustificata discriminazione escludere gli agenti - società dal ridetto privilegio, attesa la libertà, da parte dell'agente, di scegliere le modalità attraverso cui espletare la propria attività professionale per conto del preponente.

Inoltre, apparirebbe del tutto illogico oltre che paradossale, negare all'agente che, in maniera diligente, si è dotato di una struttura di regola molto più efficiente ed organizzata, quale è la società, il privilegio generale in questione.

Infatti, non va dimenticato che alcune delle caratteristiche peculiari dei rapporti di parasubordinazione, come quello di agenzia, sono l'autonomia dal preponente e l'assenza di un rapporto gerarchico con quest'ultimo, ferma restando l'esigenza di coordinamento del lavoro dell'agente con quello del preponente; in tale concezione di autonomia, rientra sicuramente la scelta della forma societaria quale strumento di esercizio, da parte dell'agente, della propria prestazione professionale.

Quanto ai principi desumibili dalla normativa comunitaria, l'art. 1 della Direttiva 86/653/CEE che ha introdotto nel nostro ordinamento gran parte dell'attuale disciplina codicistica sul rapporto di agenzia, definisce agente commerciale “la

*persona che, in qualità di intermediario indipendente, è incaricata in maniera permanente di trattare per un'altra persona, qui di seguito chiamata preponente, la vendita o l'acquisto di merci, ovvero di trattare e di concludere dette operazioni in nome e per conto del preponente”.*

Dal disposto letterale della norma, si evince chiaramente che la Direttiva utilizza l'espressione persona per qualificare l'agente commerciale, senza precisare di che tipo di persona debba trattarsi, se fisica o giuridica. Inoltre, la Direttiva in oggetto è stata emanata da un organo quale il Consiglio, facente parte della CEE, ovvero della Comunità economica europea.

Appare doverosa siffatta precisazione proprio perché in un simile contesto assume grande rilievo il risultato economico che deriva dalla collaborazione tra preponente e agente, la cui obbligazione, a differenza del lavoratore subordinato, è di risultato e non di mezzi.

Ciò posto, è evidente che l'agente, per meglio garantire questo risultato, deve essere libero di dotarsi della struttura organizzativa, aziendale ed economica che appare più funzionale a promuovere la conclusione di contratti per conto del preponente.

Pertanto, in quest'ottica, risulta un fattore di ingiustificata discriminazione negare all'agente che si è dotato di una struttura societaria per meglio espletare la propria attività, il privilegio generale di cui all'art. 2751 bis c.c..

Inoltre, in virtù del principio di primazia del diritto dell'Unione europea sugli ordinamenti nazionali, qualsiasi operatore del diritto deve sempre prendere, quale parametro di costituzionalità delle leggi nazionali, non solo i principi contenuti nella Carta Fondamentale ma anche quelli contemplati dalle fonti del diritto dell'Unione europea, in particolar modo dai vari Trattati istitutivi delle Comunità europee.

Ed invero, in materia di diritto del lavoro, non si può non tener conto degli articoli 101 e 102 del TFUE (ex art. 81 e 82 TCE), che hanno la finalità di garantire

l'osservanza delle regole comunitarie della concorrenza nell'interesse dei consumatori e delle imprese.

Infatti, come già prima sottolineato, con l'espressione "tutela del lavoro", accanto alle esigenze di protezione del lavoratore, parte debole del rapporto, occorre tenere nella dovuta considerazione anche l'interesse pubblico della tutela del libero mercato; le due istanze, il più delle volte contrapposte, devono essere equamente temperate proprio per garantire una tutela effettiva e non formale del lavoro in tutte le sue applicazioni.

Da ultimo, a suffragare la tesi dell'estensione del privilegio alle società vi sono considerazioni di carattere pratico. Talvolta, il diniego del privilegio agli agenti - società di capitali può avere ripercussioni, sia pur in un regime di autonomia patrimoniale, sul patrimonio delle persone fisiche che ne fanno parte. Si pensi, infatti, alle società di capitali dove gli utili prodotti vengano destinati a retribuire i dipendenti della stessa società oppure a remunerare gli stessi soci.

In tali casi, è chiaro che negare il privilegio sulle provvigioni e sull'indennità all'agente - società di capitali, specie nell'ambito di una procedura concorsuale, avrebbe inevitabilmente delle ripercussioni anche sui soggetti facenti parte della società che rischierebbero di non vedersi riconosciuto un compenso per l'attività svolta e che soprattutto rischierebbero il licenziamento per incapacità della società di far fronte ad una situazione di dissesto economico - finanziario.

Ciò è ulteriormente confermato dal fatto che il più delle volte, i creditori chirografari di un preponente nei confronti del quale è in atto una procedura concorsuale, assai difficilmente si vedranno integralmente soddisfatti nella loro pretesa creditoria, dovendosi piuttosto "accontentare" di ciò che residua dalla vendita dei beni del preponente.

Alla luce di tutte queste considerazioni, a parere di chi scrive, sarebbe necessario riaprire il dibattito sull'applicabilità del privilegio generale di cui all'art. 2751 bis, n. 3), c.c. alle società e smuovere la

giurisprudenza, specie di legittimità, dal pressoché unanime indirizzo restrittivo contrario all'estensione del privilegio agli agenti - società.

Infatti, l'obiettivo di questo scritto è stato quello di dimostrare che non è la qualifica del soggetto agente di commercio ma la natura del rapporto a fondare il ridotto privilegio generale.





# Indennità di fine rapporto



## Indennità di cessazione del rapporto di agenzia: applicabile la normativa comunitaria o l'Accordo economico collettivo?

di Francesco Verdebello

Nell'ordinamento giuridico italiano le fonti del diritto che disciplinano le indennità di scioglimento del contratto di agenzia, meglio note come indennità di fine rapporto sono gli Accordi economici collettivi e l'articolo 1751 del codice civile. Si tratta di due sistemi che, in una prima fase erano caratterizzati da una disciplina uniforme; infatti, l'art. 1751 c.c., nella sua formulazione originaria, stabiliva che l'indennità di fine rapporto, proporzionale alle provvigioni liquidate all'agente, doveva essere determinata *“nella misura stabilita dagli accordi economici collettivi”*.

Tale clausola di rinvio, tuttavia, non teneva nel debito conto due aspetti fondamentali che si sarebbero potuti tradurre in un vuoto di tutela per l'agente: il primo è quello della mancata indicazione, da parte della normativa codicistica, di un *standard* minimo di tutela dell'agente.

Più precisamente, l'art. 1751 c.c., concepita come norma in bianco, rimandava interamente per il suo contenuto precettivo alla contrattazione collettiva senza porre garanzie minime di tutela a vantaggio degli agenti.

Tale “fiducia” incondizionata riposta dalla disciplina codicistica nella contrattazione collettiva avrebbe potuto condurre a risultati aberranti quali, ad esempio, conferire veste legale ad un Accordo economico collettivo che stabilisse che all'agente, all'atto di cessazione del rapporto, non spettava alcuna indennità.

Il secondo aspetto di criticità derivante da tale clausola di rinvio era che, di fatto, si autorizzava un meccanismo per cui il potere normativo veniva rimesso alla contrattazione collettiva e non al Parlamento; operazione quest'ultima ai limiti del rispetto, quanto meno sul piano sostanziale, del principio

costituzionalmente garantito della separazione dei poteri.

Sulla scorta di tali obiezioni, con l'art. 4 del D.lgs. n. 303/1991, lo Stato italiano ha dato attuazione alla Direttiva del 18 dicembre 1986, n. 86/653/CEE del Consiglio, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti, innovando la disciplina codicistica di cui all'art. 1751 c.c. rubricato *“Indennità in caso di cessazione del rapporto”*.

Nello specifico, l'art. 17, n. 2, della Direttiva su indicata dispone che:

*“a) L'agente commerciale ha diritto ad un'indennità se e nella misura in cui: abbia procurato nuovi clienti al preponente o abbia sensibilmente sviluppato gli affari con i clienti esistenti e il preponente abbia ancora sostanziali vantaggi derivanti dagli affari derivanti con tali clienti; il pagamento di tale indennità sia equo, tenuto conto di tutte le circostanze del caso, in particolare delle provvigioni che l'agente commerciale perde e che risultano dagli affari con tali clienti ...;*

*b) L'importo dell'indennità non può superare una cifra equivalente ad un'indennità annua calcolata sulla base della media annuale delle retribuzioni riscosse dall'agente commerciale negli ultimi cinque anni e, se il contratto risale a meno di cinque anni, sulla media del periodo in questione”*.

Tale norma va letta in combinato disposto con l'art. 19 della medesima Direttiva n. 86/653/CEE, il quale stabilisce che: *“Le parti non possono derogare, prima della scadenza del contratto, agli art. 17 e 18 a detrimento dell'agente commerciale”*.

Già da una sommaria lettura del dato normativo, si evince che la *ratio*

dell'indennità di fine rapporto, nelle intenzioni del Consiglio, è quella di premiare l'agente che abbia procurato nuovi clienti al preponente o che comunque abbia incrementato i suoi affari, secondo una logica puramente meritocratica. In questo senso, la figura dell'agente, da sempre individuato come *tertium genus* tra lavoratore autonomo e prestatore di lavoro subordinato, viene ridisegnata valorizzando più l'aspetto dell'autonomia a discapito di quello della subordinazione, avvicinandolo, dunque, al lavoratore autonomo e/o all'imprenditore.

All'indomani dell'ricepimento da parte del legislatore italiano della presente Direttiva con la riscrittura dell'art. 1751 c.c., le associazioni di categoria degli agenti di commercio mossero numerose critiche alla normativa in oggetto, poiché considerata poco garantista per l'agente in quanto subordinerebbe il diritto dell'agente all'indennità esclusivamente a risultati obiettivi, senza tener conto né di fattori soggettivi quali l'impegno profuso, la diligenza nell'espletamento della propria opera e la durata del rapporto, né tanto meno della finalità protettiva che l'indennità di fine rapporto deve comunque garantire, attraverso un ristoro serio, equo, congruo ed adeguato in favore dell'agente, per compensarlo delle perdite subite in ragione della cessazione del rapporto, a prescindere dai risultati economici conseguiti.

Sulla scorta di tali obiezioni, in data 27 novembre 1992, le principali associazioni di categoria degli agenti e delle preponenti, in sostituzione all'A.E.C. del 1988, conclusero un nuovo Accordo Economico Collettivo per gli Agenti e Rappresentanti di commercio, che recepisce proprio le esigenze di tutela dell'agente appena descritte.

In particolare, il presente A.E.C. Ha stabilito che: *"I. In riferimento a quanto previsto dall'art.1751 c.c. come modificato dall'art. 4 D.Lgs 10.9.1991 n.303, ed in particolar modo al principio dell'equità, in tutti i casi di cessazione del rapporto, verrà corrisposta all'agente o rappresentante un'indennità, la misura della quale sarà pari all'1% sull'ammontare globale delle*

*provvidioni maturate e liquidate durante il corso del rapporto.*

*La suddetta aliquota base sarà integrata nelle seguenti misure:*

*A. Agenti e rappresentanti con obbligo di esclusiva per una sola ditta: 3% sulle provvidioni fino a £ 24 milioni annui; 1% sulla quota provvidioni tra £ 24.000.001 e £ 36 milioni annui.*

*B. Agenti e rappresentanti senza obbligo di esclusiva per una sola ditta: 3% sulle provvidioni fino a £ 12.000.000 annui; 1% sulla quota di provvidioni tra £ 12.000.001 e £ 18 milioni annui.*

*Da tali indennità deve detrarsi quanto l'agente o rappresentante abbia diritto di ottenere per effetto di atti di previdenza volontariamente compiuti dal proponente. Sono computabili agli effetti dell'indennità di risoluzione del rapporto anche le somme corrisposte espressamente e specificatamente a titolo di rimborso o concorso spese. Le somme di cui sopra verranno annualmente accantonate all'Enasarco, secondo quanto previsto dall'art. 13 e dall'allegato 2 dell'A.E.C. 9 giugno 1988. Le parti si danno reciprocamente atto che con quanto sopra hanno inteso soddisfare il criterio di equità, di cui al già citato art. 1751 c.c. II. Sempre in attuazione dell'art. 1751 c.c., in aggiunta alla somma di cui al precedente punto I della presente normativa verrà corrisposto un ulteriore importo così calcolato: - 3% sulle provvidioni maturate nei primi 3 anni di durata del rapporto di agenzia; - 3,50% sulle provvidioni maturate dal 4° al 6° anno compiuto; - 4% sulle provvidioni maturate negli anni successivi".*

Le disposizioni dell'A.E.C. 1992 avvicinano chiaramente l'agente molto più al prestatore di lavoro che non all'imprenditore, poiché subordinano l'erogazione dell'indennità a parametri certi quali la durata del rapporto di lavoro e ad operazioni matematiche basate su un calcolo percentuale suddiviso per scaglioni.

Appare evidente, quindi, un potenziale conflitto normativo tra la disciplina codicistica applicativa della Direttiva n. 86/653/CEE e l'A.E.C. 1992. Nella realtà, il conflitto delle antinomie in oggetto sarebbe

stato *prima facie* scongiurato proprio dalla stessa Direttiva comunitaria nella parte in cui, all'art. 19, dispone che: “*Le parti non possono derogare, prima della scadenza del contratto, agli articoli 17 e 18 a detrimento dell'agente commerciale*”.

In mancanza di una simile disposizione, l'ormai pacifico ed indiscusso principio di primazia del diritto comunitario sul diritto nazionale (Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza Costa - Enel, 15 luglio 1964, causa 6/64) avrebbe dovuto condurre all'applicazione della disciplina codicistica a discapito di quella prevista dalla contrattazione collettiva.

Invero, la presenza di tale norma, recepita dall'art. 1751, comma 6, c.c., depone a favore dell'applicazione della disciplina dell'A.E.C. 1992 ogniqualvolta l'indennità di fine rapporto prevista dall'A.E.C. risulti più favorevole di quella codicistica.

Tuttavia, il conflitto normativo è stato, a parere di chi scrive, risolto solo nella forma ma non nella sostanza; in primo luogo, non è dato capire sino a che punto sia possibile derogare alla disciplina comunitaria e cioè se sia ammessa una deroga solo ai criteri di calcolo dell'indennità previsti dalla normativa comunitaria oppure anche al parametro meritocratico di determinazione dell'indennità stessa a favore di criterio diverso dal risultato conseguito dall'agente. Secondo la dottrina nazionale prevalente, la deroga andrebbe letta nel senso di valorizzare criteri diversi che escludano anche quello meritocratico, sia perché il dato letterale dell'art. 19 si presta ad una lettura estensiva in quanto pone solo il limite negativo della “*non sfavorevolezza*” all'agente per l'applicazione della normativa comunitaria e sia perché il principio del *favor laboratoris* impone all'operatore di diritto di privilegiare, tra più interpretazioni possibili, quella più favorevole al lavoratore.

Secondo l'orientamento di matrice comunitaria, la deroga di cui all'art. 19 della Direttiva n. 86/653/CEE non può estendersi sino ad escludere del tutto i criteri meritocratici nella determinazione e

quantificazione dell'indennità di fine rapporto e ciò sia perché in questo modo verrebbe svilita totalmente la *ratio* stessa della normativa in questione che è quella di premiare l'agente che abbia svolto diligentemente la propria opera ampliando e migliorando gli affari del preponente e sia perché, in conseguenza di ciò, verrebbe aggirato del tutto il principio di primazia del diritto comunitario sul diritto nazionale, ormai pacificamente riconosciuto non solo a livello giurisprudenziale ma anche a livello costituzionale grazie alla riforma dell'art. 117 cost., a seguito della legge costituzionale n. 3/2001.

A parere di chi scrive, appare condivisibile quest'ultimo orientamento non solo per le argomentazioni appena espresse ma anche perché il *favor laboratoris*, pure essendo un principio generale dell'ordinamento italiano non assume a rango di principio costituzionale dinanzi al quale la normativa comunitaria non prevarrebbe.

In tal caso, la natura non costituzionale del principio *de quo* esclude l'invocabilità della c.d. teoria dei controlimiti, secondo la quale le fonti di diritto comunitario prevalgono sulle norme nazionali, comportandone in caso di contrasto la disapplicazione, eccezion fatta per i diritti inviolabili ed i principi costituzionalmente garantiti, che pongono un limite al primato del diritto comunitario sul diritto nazionale. A ciò si aggiunga l'ulteriore considerazione per cui è la stessa normativa comunitaria che affianca al criterio meritocratico un parametro equitativo nella determinazione dell'indennità di fine rapporto per l'agente, laddove è previsto che “*il pagamento di tale indennità sia equo, tenuto conto di tutte le circostanze del caso, in particolare delle provvigioni che l'agente commerciale perde e che risultano dagli affari con tali clienti ...*”.

Ad ogni buon conto, anche ove non si condividessero tali argomentazioni, appare indiscutibile e pacifico che l'art. 19 della Direttiva n. 86/653/CEE è una norma derogatoria rispetto alla regola generale sancita dall'art. 17 della stessa Direttiva e come tale deve essere interpretata

restrittivamente per non svuotare di contenuto una norma che fissa un principio generale.

Ne consegue, quindi, che nessuna preclusione ad altri criteri è stata mai prevista dalla normativa comunitaria ma tale apertura non può e non deve essere letta nel senso della totale obliterazione del criterio meritocratico, dal quale non si può mai prescindere nella determinazione del *quantum* dovuto all'agente a titolo di indennità.

Alla luce di tali considerazioni, secondo lo scrivente, l'Accordo Economico Collettivo per gli Agenti e Rappresentanti di commercio del 1992, ponendosi in chiara violazione della normativa codicistica di cui all'art. 1751 c.c., sarebbe dovuto essere disapplicato per contrasto alla normativa comunitaria.

Nella realtà, non è da considerarsi un caso che, a distanza di dieci anni, le principali organizzazioni sindacali ed imprenditoriali addivennero alla stipulazione di un nuovo Accordo Economico collettivo, nel quale fu espressamente prevista un'indennità meritocratica, in aggiunta a quella suppletiva di clientela e di risoluzione del rapporto, più in linea con la Direttiva comunitaria n. 86/653/CEE.

Una seconda questione è quella relativa alla valutazione della inderogabilità a svantaggio dell'agente prevista dall'art. 1751, comma 6, c.c., in attuazione della normativa comunitaria. Più precisamente, ci si è chiesti se la valutazione della disciplina più favorevole all'agente debba effettuarsi secondo un giudizio prognostico da condursi *ex ante* ed in astratto oppure *ex post* ed in concreto.

Preliminarmente, corre l'obbligo di precisare che il problema ermeneutico nasce perché l'art. 1751, comma 6, c.c., nel recepire la normativa comunitaria, ha omesso l'inciso "*prima della scadenza del contratto*", limitandosi a prescrivere che le disposizioni di cui allo stesso articolo sono inderogabili a svantaggio dell'agente.

Secondo una prima tesi, la valutazione della disciplina più favorevole ai fini dell'applicabilità o meno della deroga alla

normativa codicistica di cui all'art. 1751, comma 6, c.c., consiste in un giudizio *ex ante* ed in astratto e cioè prima della cessazione del rapporto e a prescindere dai risultati concreti.

Le ragioni a sostegno di tale assunto sono molteplici: in primo luogo, depone a favore di tale interpretazione l'inciso di cui all'art. 19 "*prima della scadenza del contratto*", in base al quale la valutazione non può che porsi in una fase prodromica alla cessazione del rapporto.

In secondo luogo, tale soluzione apparirebbe in piena sintonia con il principio di certezza del diritto, sicché l'agente avrebbe ben chiara da subito quale sia la disciplina a lui più favorevole in materia di cessazione del rapporto in modo da evitare di rimettere la questione a giudizi soggettivi ed arbitrari dell'organo giudicante.

In terzo luogo, da un punto di vista logico giuridico un confronto tra fattispecie normative, per loro natura generali ed astratte, non può che condursi con gli stessi parametri di generalità ed astrattezza e non sulla base delle risultanze del caso concreto.

Secondo la contrapposta tesi della valutazione *ex post* ed in concreto, il giudizio sulla disciplina applicabile più favorevole deve avvenire al momento della cessazione del rapporto.

Infatti, tale soluzione, ancorché contraria alla lettera dell'art. 19 della Direttiva n. 86/653/CEE è del tutto coerente con la *ratio* della Direttiva stessa di valorizzare il criterio dell'equità quale parametro di valutazione della disciplina applicabile all'agente.

E' chiaro, quindi, che l'equità, essendo comunemente nota come la giustizia del caso singolo, non può non tener conto delle peculiarità del caso concreto.

In secondo luogo, la natura meritocratica della indennità in questione induce a ritenere che occorre valutare i risultati finali dell'attività dell'agente per determinare l'applicazione dell'indennità più favorevole ed una simile valutazione è possibile effettuarla solo al momento della cessazione del rapporto.

In terzo luogo, se il legislatore italiano non ha inteso trasporre pedissequamente l'inciso "prima della scadenza del contratto" contenuto nell' Direttiva in oggetto, ha esercitato un potere discrezionale del tutto legittimo, che non costituisce, quindi, alcuna violazione del diritto comunitario, atteso che le Direttive pongono in capo agli Stati membri semplici obblighi di risultato e non di mezzi.

Sul punto è intervenuta una storica sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, datata 23 marzo 2006 (causa C-465/04), che ha aderito al primo degli orientamenti indicati, sostenendo che la valutazione della disciplina più vantaggiosa per l'agente relativa all'indennità di fine rapporto va condotta *ex ante* ed in astratto.

In tal senso, la Corte di Lussemburgo ha introdotto, quale ulteriore argomentazione a sostegno di quest'ultimo orientamento, il legittimo affidamento delle parti, che verrebbe meno laddove si riscontrasse a posteriori la illegittimità di clausole che *ab origine* risultassero del tutto lecite ed in virtù delle quali le parti stesse sarebbero divenute alla stipulazione del contratto di agenzia. Tuttavia, la stessa Corte di Giustizia sembra cadere in contraddizione nella parte in cui afferma che il calcolo della indennità è da compiersi in maniera sintetica e non analitica, sostenendo che la suddetta valutazione, basandosi su criteri di equità, non può che valorizzare criteri più elastici, che tengano conto di fattori soggettivi oltre ad aspetti meramente oggettivi legati al risultato economico conseguito dall'agente.

La soluzione prospettata dalla Corte di Giustizia non convince del tutto proprio per questa ragione. Infatti, non è dato capire come possa pretendersi che una valutazione basata sul criterio dell'equità, debba condursi *ex ante* ed in astratto, secondo parametri predefiniti che prescindano dal concreto svolgersi del rapporto. Appare, pertanto, una contraddizione in termini pretendere che il giudizio equitativo, per definizione proteso a valorizzare il caso concreto, debba atteggiarsi in termini di astrattezza e non debba tener conto delle modalità di sviluppo del rapporto.

Se così fosse, infatti, il criterio di equità previsto dall'art. 17 della Direttiva 86/653/CEE sarebbe da considerarsi *tamquam non esset* e ciò porterebbe ad applicare sempre e comunque la disciplina degli Accordi Economici Collettivi, in quanto caratterizzata da margini di maggiore certezza ed oggettività rispetto all'alea di un giudizio equitativo nell'ambito del quale le esigenze dell'agente verrebbero inevitabilmente temperate con quelle del preponente.

Ed invero, non è un caso che alcune pronunce della Corte di Cassazione successive alla sentenza della Corte di Giustizia hanno disatteso, sul punto, tale orientamento, sostenendo che la valutazione della disciplina più favorevole all'agente in materia di indennità di cessazione del rapporto va condotta alla stregua di un giudizio *ex post* ed in concreto, da effettuarsi non al momento della stipulazione del contratto ma alla cessazione del rapporto e tenendo conto di tutte le risultanze del caso di specie (Cass. Civ., Sez. Lavoro, 24 luglio 2007 n. 16347;).

Secondo dottrina e giurisprudenza costanti, se si procede ad una valutazione comparativa *ex ante* ed in astratto della disciplina codicistica e di quella dell'A.E.C. deve concludersi nel senso della nullità delle clausole dell'A.E.C. che sanciscano un trattamento economico di fine rapporto all'agente peggiore rispetto a quello risultante dalla normativa codicistica; di contro, se alla luce di una valutazione comparativa delle suddette norme condotta *ex post* ed in concreto, le clausole dell'A.E.C. risultino in contrasto con il più favorevole trattamento previsto dalle norme codicistiche, si dovrà concludere per l'inefficacia sopravvenuta delle suddette clausole, con conseguente loro disapplicazione e non anche per la loro nullità, atteso che tale grave forma di invalidità è un vizio genetico e non sopravvenuto dell'atto.

A parere di chi scrive, non condivisibile è la soluzione prospettata a seconda della diversità dei criteri di valutazione, atteso che in entrambi i casi, trattasi di un contrasto tra norma nazionale e norma

comunitaria, che viene risolto sempre con lo strumento della disapplicazione dall'atto interno contrastante.

Per quanto si ritenga più corretta la tesi della valutazione *ex post* ed in concreto della disciplina più favorevole all'agente, non si possono sottacere alcune considerazioni di mera prassi giuridico-processuale che si ripercuotono sull'effettività della tutela dei diritti dell'agente. In tal senso, bisogna riconoscere che la valutazione *ex ante* ed in astratto della normativa più favorevole garantisce all'agente la possibilità di predeterminare con certezza il *quantum* spettante a titolo di indennità di cessazione del rapporto. Ciò si traduce in vantaggi di non poco momento soprattutto nei procedimenti monitori, dove un'indennità predeterminata secondo parametri oggettivi consente l'azionabilità del relativo diritto, ogniqualvolta il credito sia certo, liquido ed esigibile.

Quanto al requisito della certezza, appare evidente che la disciplina delineata dagli Accordi Economici Collettivi, basandosi su parametri oggettivi, consente di predeterminare da subito l'ammontare del credito indennitario vantato dall'agente; al contrario, la stessa certezza non è dato riscontare con riferimento all'indennità equitativa di cui all'art. 1751 c.c., la cui determinazione e quantificazione è rimessa ad una valutazione discrezionale del Giudice che, se potrebbe risultare più vantaggiosa per l'agente in un giudizio a cognizione piena, sicuramente non soddisfa esigenze di tutela immediata ed urgente come quelle a cui è preordinato il procedimento monitorio.

La bontà di un simile assunto è corroborata sia dalla giurisprudenza di merito che da quella di legittimità, secondo le quali "*in tema di crediti di lavoro, il ricorso per decreto ingiuntivo deve ritenersi ammissibile anche nel caso in cui l'entità del credito non sia determinata nell'importo, ma sia ricavabile mediante un semplice calcolo aritmetico*" (Cass., 1 settembre 1990, n. 9084; Trib. Firenze, 14 maggio 2007). Tuttavia, pur riconoscendo che in questi casi particolari un criterio di

valutazione basato su parametri certi e predeterminati possa risultare più vantaggioso rispetto a quello equitativo basato su valutazione postuma e da effettuarsi in concreto, appare in linea generale preferibile quest'ultimo criterio perché più in linea con lo spirito e con la *ratio* della Direttiva n. 86/653/CEE.

Appare evidente, pertanto, che se si vorranno accogliere le argomentazioni in questa sede sostenute, a sommosso parere di chi scrive ci si trova di fronte ad una situazione anomala, aberrante e paradossale, in cui la Corte di Giustizia promuove un'interpretazione delle leggi nazionali in senso difforme dalla *ratio* della Direttiva in oggetto e la Corte di Cassazione, di contro, disattendendo i discutibili moniti lanciati dai Giudici di Lussemburgo, interpreta l'art. 1751, comma 6 c.c., in modo conforme al dettato normativo comunitario.

Proprio per questa ragione, occorre precisare che il discostarsi da quanto statuito dalla Corte di Giustizia non costituisce, per ciò solo, violazione del principio di interpretazione conforme del diritto interno al diritto comunitario, atteso che in questo caso si è voluto dimostrare come non sempre l'interpretazione fornita dalla Corte di Lussemburgo su una determinata questione pregiudiziale è quella più coerente con lo spirito e con la *ratio* del diritto dell'Unione europea ed in tali casi, dunque, i Giudici nazionali hanno il dovere di discostarsi da quanto statuito dalla Corte di Giustizia se ciò serve a garantire la corretta applicazione della normativa europea.

Si spera, pertanto, che i Giudici nazionali rimettano la questione della disciplina più favorevole applicabile agli agenti in materia di indennità di fine rapporto nuovamente al vaglio della Corte di Lussemburgo, auspicandosi un *revirement* rispetto alla sentenza del 23 marzo 2006.



# Sicurezza nei luoghi di lavoro



## La valutazione dei rischi da stress lavoro correlato

di Antonio Belsito e Clarenza Binetti

Il T.U. per la tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro (D.lgs. 81/2008), mediante la previsione di cui all'art. 28, co. 1, impone al datore di lavoro di valutare i rischi da **stress lavoro correlato**<sup>1</sup>, obbligo prorogato dal comma 12 dell'art. 8 del D.L. n. 78/2010 convertito in L. n. 122/2010, al 31/12/2010, data entro la quale la Commissione consultiva<sup>2</sup> permanente per la salute e sicurezza sul lavoro ha fornito le indicazioni previste in materia di stress.

Ma cosa si intende per stress?

Lo stress è *“la reazione avversa alle pressioni eccessive o ad altro tipo di richieste”*<sup>3</sup> ovvero è quel *“fenomeno che ha luogo quando una persona incontra eventi o caratteristiche di eventi, percepite come significative per il proprio benessere ed eccedenti le proprie capacità di farvi fronte”* (Cooper e Payne, 1980) .

Lo stato caratterizzato da livelli di ansia ed eccitazione o inadeguatezza verso le situazioni determina reazioni

comportamentali di natura emotiva oggi identificata come stress è conosciuto con il lemma “distress” denotante *“il progressivo logorio fino alla rottura delle difese psico-fisiche”* solitamente contrapposto all'eustress (dal greco eu cioè buono) che rappresenta la *“forma buona”* di stress, ovvero un *“insieme di stimoli anche di diversa natura che allenano la capacità di adattamento psico-fisica individuale”*.

Così come emerge da recenti studi lo stress colpisce chiunque: uomini, donne, giovani, anziani senza distinzione di sesso, ruolo, età, mansioni, datori come anche lavoratori di imprese grandi e piccole indifferentemente, prescindendo dalle dimensioni aziendali, dalla tipologia di attività esercitata, dal tipo di contratto o rapporto di lavoro<sup>4</sup> e spesso si genera nell'ambiente di lavoro andando a minare gli equilibri della vita di relazione e influenzando in maniera preponderante sull'assetto organizzativo, i rapporti aziendali e la vita lavorativa in genere.

Lo stress legato al lavoro meglio conosciuto come stress-lavoro correlato è un fenomeno complesso che determina uno stato di malessere fisico, psicologico, conseguenza della inadeguatezza dell'individuo a fronteggiare le richieste, le aspettative riposte in lui o le pressioni legate al rendimento della sua prestazione lavorativa.

La parola stress probabilmente deriva dalla lingua latina *strictus* che significa stretto, legato, indicando per l'appunto qualcosa di fastidioso o indesiderato, concetto rievocativo proprio dell'idea di ansia o di malessere generalizzato.

La diffusione del termine deve probabilmente ascriversi al fisiologo

<sup>1</sup> D. CERVELLERA, *Responsabilità, vigilanza e sanzioni*, in *Sicurezza nei luoghi di lavoro* di G. Veneto, Ed. Cacucci, Bari, 2008: *“In particolare l'art. 26 del D.lgs. n. 81/2008, relativo agli obblighi connessi al contratto d'opera (oltre che ai contratti di appalto e di somministrazione impone al datore di lavoro di fornire al prestatore d'opera dettagliate informazioni sui rischi specifici esistenti nell'ambiente in cui si deve operare e sulle misure di prevenzione e di emergenza adottate in relazione all'attività svolta nonché di elaborare un documento di valutazione dei rischi (da allegare al contratto d'opera che contenga le misure adottate per eliminare o ridurre al minimo, ove possibile, i rischi di interferenze”*.

<sup>2</sup> Cfr. M. TIRABOSCHI, M. GIOVANNONE, *Valutazione stress lavoro-correlato : indicazioni dalla Commissione consultiva*, in *Guida al Lavoro*, Ed. Il Sole 24 Ore, 26 novembre 2010.

<sup>3</sup> *Managing stress at work: Discussion document*. United Kingdom health and Safety Commission, London 1999.

<sup>4</sup> *Accordo Europeo sullo stress sul lavoro 8/10/2004* recepito con accordo interconfederale il 9/06/2008.

americano Walter Cannon che nel 1935 lo adottò in associazione al concetto di “omeostasi” sebbene nel 1936 Hans Selye lo utilizzò dotandolo di un’accezione positiva ad indicare la naturale “risposta” di taluni organismi sottoposti a somministrazioni di sostanze pericolose. I suoi studi tendevano invero a ricercare una correlazione tra stress e malattia o meglio a dimostrare come lo stress influisse sulle difese immunitarie indebolendole al punto tale da rendere il soggetto più vulnerabile ai virus.

Non è possibile identificare con certezza quali siano i fattori causativi di stress atteso che non solo non esistono elementi che in senso assoluto cagionano stress quanto predominante è la personalità del soggetto, le sue pregresse esperienze, lo stato psicofisico e la struttura genetica di ciascuno.

Paradossalmente tutto ciò che fa parte del nostro vissuto e che quotidianamente ci circonda può causare stress, ma non nella stessa misura per tutti i soggetti: gli stessi eventi stressanti possono essere **acuti o cronici** a seconda della aggressività o intensità, della presenza più o meno prolungata nel tempo, della loro interazione con altri fattori.

Lo stress consta infatti di due fasi: l’una **acuta** detta di **allarme** e l’altra **cronica** ovvero **adattativa**.

Mentre per stress **acuto** si intenderà la risposta che l’organismo fornisce nell’arco di 24 ore agli stressor, per stress **cronico** si intende la risposta ad una situazione che coinvolge l’individuo per periodi protratti di tempo ed esposizioni di settimane o mesi.

La reazione del soggetto di fronte allo stress è differente, sebbene solitamente si cerchi di reagire in maniera tale da non soccombere di fronte ai cambiamenti, ovvero ponendo in essere delle strategie in gergo denominate “**coping**” (dall’inglese cavarsela) che aiutino a reagire ed affrontare positivamente le situazioni di stress modificative dell’ambiente.

Il coping consiste infatti nell’insieme delle azioni o dei pensieri propri di un soggetto stressato che non vuole subire gli effetti negativi dello stress sulla sua persona e non solo si chiede come possa

fare per reagire quanto ripete a sé stesso che ha sotto controllo la situazione e ne può uscire indenne, senza conseguenze.

La forma di coping dipende dalle caratteristiche dei differenti soggetti e dalle diverse esperienze personali.

La sindrome da stress negativo, così come ricorda un lavoro dell’ISPESL, “*lo stress in ambiente di lavoro - linee guida per i datori di lavoro e i responsabili del servizio di prevenzione e protezione*” risulta essere caratterizzata da differenti fasi: la prima di **allarme** ovvero di reazione agli stressors (fattori generativi di stress) la seconda denominata di **resistenza** in cui le difese allertate nella prima risultano essere in equilibrio precario e la terza in cui, se gli stressors perdurano, si sviluppa **l’esaurimento funzionale**.

Molte e diverse possono essere le risposte dell’organismo che vanno da reazioni psicologiche a fenomeni di somatizzazione potendosi le reazioni individuali sintetizzare in 3 tipologie:

1) **disordini comportamentali ed emozionali** (che danno luogo a: tabagismo, abuso di sostanze alcoliche, sovraccitazione, senso di tristezza, rabbia improvvisa, particolare irritabilità, depressione, scarsa concentrazione, facilità a dimenticare, calo di autostima, aumento del senso di impotenza ecc.);

2) **disordini psicofisiologici**; (disturbi del sonno, dispnea, ipertensione arteriosa, aumento della glicemia, tensione muscolare generalizzata, iperidrosi ovvero aumento della sudorazione, ecc.);

3) **disordini biologici** (diminuzione delle difese immunitarie, aumentata suscettibilità alle malattie infettive, virali, batteriche, all’insorgenza di tumori ecc.).

I più comuni fattori di stress sono da riscontrarsi negli orari di lavoro troppo lunghi o divisi in turni, carichi di lavoro eccessivi, incertezza, frammentarietà, mancanza di attenzioni, ecc..<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> ISPESL, *Lo stress in ambiente di lavoro – linee guida per i datori di lavoro e i responsabili del servizio di prevenzione e protezione*. Oggi le funzioni dell’ISPESL a seguito dell’entrata in vigore della legge n. 122 del 30/07/2010 per la realizzazione del

Lo stress lavorativo, al pari del mobbing, influisce in modo incisivo sulla produttività aziendale, divenendo una delle principali cause di infortuni sul lavoro.

Non pochi sono i casi in cui le azioni mobbizzanti generative di stress determinano aggravamenti della spesa sanitaria, peggioramenti dell'equilibrio organizzativo, con consequenziali problemi di immagine per l'azienda.

Va inoltre considerato che lo stress costituisce la risposta più immediata ai comportamenti vessatori posti in essere negli ambienti di lavoro nonché al fenomeno mobbing.

L'insieme delle vessazioni protratte (che vanno a connaturare il mobbing) costituiscono infatti, uno stressor importante e generativo di **stress negativo cronico**.

E' la durata e la ripetitività degli attacchi alla persona, l'intensità degli stessi, la protrazione nel tempo che determinano un indebolimento inevitabile e sempre crescente delle difese psichiche del lavoratore che potranno comportare, a lungo andare, la cronicizzazione dello stress negativo portando il soggetto ad essere vittima di disturbi psicosomatici, disturbi cosiddetti post-traumatici da stress, depressione, disturbi dell'adattamento ecc., determinando alterazioni sia fisiche che psichiche.

E' conclamato infatti che lo stress genera diverse fattispecie di danno, motivo per il quale diventa essenziale, così come in materia di mobbing, la prova del nesso causale nonché la differenziazione tra la sofferenza transitoria (danno non patrimoniale e morale) e lo stato di malattia (danno biologico anche di natura psichica)<sup>6</sup>.

---

“Polo salute e sicurezza” tutte le funzioni dell'ISPESL e IPSEMA sono state assunte dall'INAIL.

<sup>6</sup> D. DI NUNZIO e M. BOTTAZZI, *I rischi psicologici nei luoghi di lavoro: aspetti sociali e medico-legali*. in *Stress lavoro-correlato. Quaderni di medicina legale del lavoro*, n. 12-2011 INCA: “Per una valutazione medico-legale occorre il concorso di tre elementi essenziali: la situazione stressogena protratta, il pregiudizio dell'integrità psico-fisica del lavoratore ed il nesso etiologico che lega la causa

Dagli studi effettuati risulterebbe infatti, che i soggetti sottoposti a violenze psicologiche sarebbero più propensi a sviluppare disturbi d'ansia e dell'umore, del sonno e dell'apparato digerente, cefalee e problemi muscoloscheletrici, perdita dell'autostima e del desiderio sessuale, depressione, ecc..

Lo stress così come specificato, può divenire fattore causativo di patologie più o meno gravi che si differenziano a seconda dell'organo o dell'apparato coinvolto.

A titolo meramente esemplificativo vengono di seguito elencate per ciascun organo o apparato le patologie correlate. Nello specifico lo stress può attaccare: la pelle (scatenando psoriasi o dermatosi), il cervello (si pensi agli attacchi di panico, ansia, depressione, emicrania, insonnia, perdita di memoria), l'apparato respiratorio (generando asma, mancanza di fiato, senso di oppressione), collo e spalle (causando dolori cervicali, mal di schiena), cuore (portando a tachicardia, palpitazioni fino ad arrivare ai casi di infarto al miocardio), arti (con tremore, sudorazione, dolori vari), sistema immunitario (determinando maggiore vulnerabilità alle malattie), occhi (cagionando annebbiamento della vista), apparato digerente (manifestando bruciori di stomaco, ulcera)<sup>7</sup>.

E' nella consapevolezza che la prevenzione o riduzione dello stress evita le

---

*all'evento. Per quanto concerne il nesso di causalità è sempre necessario dimostrare un legame diretto tra evento illecito verificatosi in ambito lavorativo e danno patito dal lavoratore. Secondo quanto sancito dalle sentenze della Cassazione che hanno riconosciuto la possibilità di cumulare responsabilità contrattuale (ex art. 2087 c.c.) e extra-contrattuale (ex art. 2043), è comunque sempre indispensabile comprovare il danno alla integrità della persona correlandolo alla condotta anti-giuridica avvalendosi degli usuali criteri medico-legali di riferimento etiologico: criterio cronologico, topografico, di adeguatezza lesiva, di continuità sintomatologia, di esclusione di altre cause, ovvero sei criteri di sussunzione sono leggi scientifiche (criterio di certezza o di probabilità statistica), tenuto conto della pluralità di cause e della incertezza della eziopatogenesi che tipizzano il danno psichico e molte delle patologie correlate allo stress”.*

<sup>7</sup> ISPESL, op. cit.

diseconomie, aiuta a vivere in un luogo di lavoro sereno, in un ambiente più funzionale, più produttivo, che è stato elaborato quel percorso sistematico - risultato di un'attenta ricerca condotta su di 75 aziende occupate in differenti settori di produzione e più di 6.300 lavoratori, sistema mutuato dall'HSE e validato in Italia per quel che concerne l'"indicator tool" (questionario strumento indicatore) - con il quale si è inteso permettere al datore di lavoro e ai soggetti della prevenzione la valutazione e gestione del rischio stress lavoro correlato secondo "i livelli minimi di attuazione dell'obbligo" con criteri semplici ma rigorosi portando avanti un percorso valutativo e gestionale che coinvolge in maniera coordinata e integrata lavoratori e soggetti della prevenzione<sup>8</sup>.

Lo stress lavoro correlato, considerato per l'appunto uno dei maggiori problemi legato al lavoro sia a livello europeo che nazionale ha acquistato particolare importanza dapprima con l'accordo Europeo dell' 8/10/2004<sup>9</sup> e poi con l'accordo interconfederale di recepimento del 9/06/2008 sottoscritto dal sindacato europeo e dalle organizzazioni dei datori di lavoro perché venissero realizzate linee comuni europee per la prevenzione del rischio stress nonché affinché si giungesse ad un grado di comprensione e consapevolezza di tale rischio ed inserito dalle parti sociali europee nel programma di lavoro del dialogo sociale 2003-2005.

L'art. 3 del predetto accordo del 2004 definisce lo stress come "una condizione, accompagnata da sofferenze o disfunzioni fisiche, psichiche, psicologiche o sociali, che scaturisce dalla sensazione individuale di non essere in grado di rispondere alle richieste o di non essere all'altezza delle aspettative. L'individuo può ben adattarsi

<sup>8</sup> INAIL, *Valutazione e gestione del rischio da stress lavoro correlato. Manuale ad uso delle aziende in attuazione del D. Lgs. 81/2008 e s.m.i.*, 2011.

<sup>9</sup> L'accordo interconfederale del 9/06/2008 è stato sottoscritto da Confindustria, Confapi, Confartigianato, Casartigiani, Claii, Cna, Confesercenti, Confcooperative, Legacooperative, Agci, Confservizi, Confagricoltura e Coldiretti e le organizzazioni sindacali Cgil, Cisl e Uil.

*ad affrontare un'esposizione alla pressione a breve termine, cosa che può anche essere considerata positiva, ma ha una maggiore difficoltà a sostenere un'esposizione prolungata a una intensa pressione. Inoltre i singoli individui possono reagire diversamente ad una stessa situazione data oppure possono reagire diversamente a situazioni similari in momenti diversi della propria vita. Lo stress non è una malattia, ma un'esposizione prolungata ad esso può ridurre l'efficienza nel lavoro e può causare malattie. Lo stress derivante da motivi esterni all'ambiente di lavoro può portare a cambiamenti nel comportamento e ad una riduzione dell'efficienza nel lavoro. Tutte le manifestazioni da stress nel lavoro non possono essere ritenute correlate al lavoro stesso. Lo stress da lavoro può essere causato da fattori diversi, come ad esempio il contenuto del lavoro, la sua organizzazione, l'ambiente, la scarsa comunicazione, ecc..<sup>10</sup>.*

<sup>10</sup> Art. 4 "(...) un alto grado di assenteismo e di ricambio del personale, frequenti conflitti interpersonali o lamenti dei lavoratori sono alcuni dei segnali che possono indicare un problema di stress da lavoro. L'identificazione dell'esistenza di un problema di stress da lavoro può richiedere l'analisi di elementi quali l'organizzazione del lavoro e dei suoi processi (accordi sul tempo di lavoro, grado di autonomia, incontro tra capacità dei lavoratori e requisiti del lavoro, carico di lavoro, eccetera), le condizioni lavorative ed ambientali (esposizione a comportamenti offensivi, rumore, calore, sostanze pericolose, eccetera), la comunicazione (incertezza sulle aspettative del lavoro, prospettive occupazionali, cambiamenti futuri, eccetera) e fattori soggettivi (pressioni emotive e sociali, sensazione di inadeguatezza, percezione di mancanza di sostegno, eccetera).

Art. 6 La prevenzione, l'eliminazione o riduzione dei problemi derivanti dallo stress da lavoro può comprendere diverse misure. Queste possono essere collettive, individuali o entrambe. Possono essere introdotte nella forma di misure specifiche mirate all'individuazione dei fattori di stress oppure come parte di una concreta politica sullo stress che preveda sia misure preventive che di risposta.

Qualora la presenza di esperti all'interno dei luoghi di lavoro dovesse risultare insufficiente, possono essere designate consulenze esterne, nel rispetto della

Tra gli effetti derivanti dallo stress lavoro si annoverano la disattenzione nelle attività lavorative che sottopongono i lavoratori a maggiore rischio infortuni, l'assenteismo solitamente conseguenza di un ambiente ostile, l'eccessiva litigiosità, accadendo spesso che il malessere psicofisico derivante da stress si ripercuota proprio nel rapporto con i colleghi di lavoro talvolta determinando la continua richiesta di ferie fino o di permessi o addirittura la richiesta di trasferimenti di sede o alle dimissioni nei casi più gravi.

La previsione e la gestione del rischio stress lavoro correlato diventa essenziale tanto che il legislatore del T.U. sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro e quello del correttivo 106/2009 - inserendo il comma 1 bis nell'art. 28 e la lettera m-quater al comma 3 dell'art. 6 - ne fa specificatamente menzione includendolo nella valutazione dei rischi, imponendone al datore di lavoro la sua valutazione nell'apposito documento.

Trattasi invero di obbligo non delegabile proprio del datore di lavoro che Per la elaborazione del DVR<sup>11</sup> (documento di valutazione dei rischi) dovrà

*legislazione europea e nazionale, degli accordi e delle pratiche collettive(...)*”.

<sup>11</sup> Il datore di lavoro è tenuto a redigere il documento di valutazione dei rischi che stante l'integrazione apportata all'art. 28 dal D.lgs. 106/2009, può anche essere tenuto su supporto informatico secondo le regole stabilite per la tenuta della documentazione contenute nell'art. 53 T.U. e deve avere data certa o accertata dalla sottoscrizione del datore di lavoro (potendo, eventualmente solo ai fini della prova della data certa, essere altresì utile la sottoscrizione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza o del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza territoriale e del medico competente, ove nominato). Il documento di valutazione dei rischi - che nei casi di nuova attività dovrà essere redatto sempre dal datore di lavoro, al massimo entro 90 giorni dall'inizio dell'attività stessa - deve necessariamente contenere per la sua validità: una relazione sulla valutazione di tutti i rischi per la sicurezza e la salute con espressa specificazione e indicazione dei criteri utilizzati per la valutazione; l'indicazione delle misure di prevenzione e di protezione e relativi dispositivi di protezione individuali adottati; il programma contenente le misure da adoperare nel tempo perché ritenute

agire in collaborazione con il medico competente (che potrà provvedervi anche mediante la valutazione dei risultati dei questionari forniti ai dipendenti) e il responsabile del servizio di prevenzione e protezione (anche se esterno all'azienda), previa consultazione del RLS (rappresentante dei lavoratori per la sicurezza)<sup>12</sup>.

Il legislatore ha collegato le modalità di redazione di tale documento ai requisiti

opportune a garantire il miglioramento dei livelli di sicurezza; l'individuazione sia delle procedure per l'attuazione delle misure che dei ruoli dell'organizzazione aziendale a cui dovranno essere assegnati solo soggetti dotati di competenze e poteri utili per quella specifica finalità; le indicazioni dei nominativi del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza o di quello territoriale e del medico competente che ha partecipato alla valutazione del rischio nonché l'elencazione delle mansioni che richiedono riconosciuta capacità professionale, specifica esperienza, adeguata formazione e addestramento poiché più di altre espongono a particolari rischi i lavoratori.

Le modalità di redazione dell'apposito documento sono previste dall'art. 29 che specifica che l'onere di redazione sorge obbligatoriamente in capo al datore di lavoro in collaborazione con il responsabile del servizio di prevenzione e protezione e il medico competente (nei casi di cui all'articolo 41) previa consultazione del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza.

La valutazione dei rischi e il documento relativo con eventuale aggiornamento delle misure di prevenzione dovranno essere rielaborati in presenza di modifiche del processo produttivo o dell'organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e della sicurezza dei lavoratori, o in relazione al grado di evoluzione della tecnica, della prevenzione e della protezione o a seguito di infortuni significativi o quando i risultati della sorveglianza sanitaria ne evidenzino la necessità. Il DVR va custodito presso l'unità produttiva alla quale si riferisce la valutazione dei rischi. Cfr.: A. BELSITO, *Innovazioni e semplificazioni, in Sicurezza nei luoghi di Lavoro*, di G. Veneto, Ed. Cacucci - Bari, 2008.

<sup>12</sup> Stante la disposizione di cui all'art. 55 T.U. mentre per la mancata valutazione in collaborazione con il medico e il responsabile del servizio prevenzione e protezione il datore rischierà la pena dell'arresto da tre a sei mesi o dell'ammenda da 2.500 a 6.400 euro, per la mancata consultazione del RLS soggiacerà ad una sanzione economica che va da 2.000 a 4.000 euro.

dimensionali di ciascuna azienda, stabilendo notevoli *semplificazioni* per quelle imprese che occupano fino a 10 lavoratori (purchè non svolgenti attività rientranti in quelle previste dall'art. 31, co. 6, lettere a, b, c, d, g) alle quali non solo è permesso l'adempimento di tale obbligo mediante l'utilizzo di procedure standard definite con apposito decreto ministeriale (entro il 31 dicembre 2010), ma è altresì concessa la possibilità, sino ai diciotto mesi successivi all'emanazione del decreto e comunque non oltre il 30 giugno 2012 di **autocertificare**<sup>13</sup> la valutazione dei rischi<sup>14</sup>.

Diversamente i datori che occupano un numero di lavoratori inferiore a cinquanta (pertanto verosimilmente pari ad un numero compreso tra 10 e 50 lavoratori) potranno utilizzare la procedura standardizzata anche se nelle more dell'elaborazione di tale procedura saranno tenuti all'osservanza delle disposizioni ordinarie (di cui ai comma 1, 2, 3, 4, art. 29).

Il legislatore del 2009 con la modifica di cui all'art. 28, co. 1-bis e 6, co. 3-quater demanda alla Commissione consultiva il compito di individuare le linee essenziali per la valutazione dello stress. Tali direttive vengono rese note con una circolare del 18/11/2010 che, redatta nel rispetto dei criteri di semplicità, brevità e comprensibilità, così come richiesti dalla

<sup>13</sup> L'autocertificazione non esonera il datore dall'obbligo di predisporre il documento di valutazione dei rischi sebbene in modo meno analitico. La predetta autocertificazione presuppone non solo una preventiva e attenta individuazione dei fattori di rischio quanto anche il conseguente esame degli stessi.

<sup>14</sup> Tale procedura non si applicherebbe nel caso di attività di cui all'art. 31 co. 6 lett. a, b, c, d, g. ovvero nei casi di: aziende industriali in cui siano presenti sostanze pericolose in specifiche quantità (ovvero nelle aziende di cui all'art. 2 del d.lgs. 334/1999); centrali termoelettriche; impianti nucleari o stabilimenti di rifiuti radioattivi o installazioni di deposito o di smaltimento di rifiuti radioattivi<sup>25</sup>; aziende per la fabbricazione ed il deposito di esplosivi, polveri e munizioni; strutture di ricovero e cura pubbliche e private con oltre 50 lavoratori. A tutt'oggi (30 aprile 2011) non pare che tali attività abbiano prodotto alcun significativo risultato.

nota diffusa dal Ministero del lavoro, illustra un percorso metodologico che rappresenta il livello minimo di attuazione dell'obbligo di **valutazione del rischio da stress lavoro-correlato** per tutti i datori di lavoro pubblici e privati.

Nella predetta nota del Ministero del lavoro e delle politiche sociali si sottolinea come la valutazione dello stress lavoro correlato non può prescindere dalle indicazioni fornite dalla Commissione Consultiva per la salute e sicurezza sul lavoro che in una riunione del 17/11/2010 anche anticipando il termine del 31/12/2010 ha provveduto ad approvare le tanto attese indicazioni con le quali ha illustrato le metodologie necessarie per un corretto adempimento dell'obbligo della valutazione dello stress lavoro correlato per tutti gli operatori (lavoratori, compresi dirigenti e preposti) applicabile ad ogni organizzazione di lavoro nonché a tutti i gruppi omogenei di lavoratori (per esempio per mansioni o partizioni organizzative) esposti a rischi dello stesso tipo secondo una individuazione che ogni datore di lavoro può autonomamente effettuare in ragione della effettiva organizzazione aziendale (ad esempio, i turnisti, i dipendenti di un determinato settore oppure chi svolge la medesima mansione, ecc.).

L'individuazione preventiva e preliminare del **percorso metodologico** consente una corretta identificazione dei fattori di rischio da stress lavoro-correlato, in modo che da tale identificazione discenda la pianificazione e realizzazione di misure di eliminazione o, quando essa non sia possibile, riduzione al minimo di tale fattore di rischio.

Passando all'analisi delle linee guida di valutazione contenute nella circolare del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali n. 23692 del 18/11/2010<sup>15</sup> - recante: **"approvazione delle indicazioni necessarie alla valutazione del rischio da stress lavoro-correlato di cui all'articolo 28,**

<sup>15</sup> Tale circolare raccoglie quanto stabilito in sede di riunione della Commissione Consultiva permanente sulla salute e sicurezza sul lavoro che si è avvalsa per l'occasione di un proprio comitato a composizione tripartita.



*comma 1-bis, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, e s.m.i.” - si può affermare che per il corretto adempimento dell’obbligo sarebbe opportuno suddividere la valutazione del rischio stress in due fasi: la prima necessaria in cui si procederà ad una valutazione preliminare e la seconda eventuale cui occorrerà far riferimento qualora dalla precedente valutazione siano emersi elementi di rischio da stress lavoro-correlato e le misure adottate dal datore si siano rivelate inefficaci. Nella prima fase - nella quale sarà possibile usare liste di controllo applicabili anche dai soggetti aziendali della prevenzione - vanno individuati i fattori di rischio per poter avviare una efficace lotta alla riduzione o eliminazione degli stessi, va pertanto rilevata la presenza di indicatori oggettivi e verificabili appartenenti a 3 famiglie: 1) **Eventi sentinella quali ad esempio: indici infortunistici; assenze per malattia; turnover; procedimenti, sanzioni e segnalazioni del medico competente; specifiche e frequenti lamenti formalizzate da parte dei lavoratori**<sup>16</sup>.*

*2) **Fattori di contenuto del lavoro quali ad esempio: ambiente di lavoro e attrezzature; carichi e ritmi di lavoro; orario di lavoro e turni; corrispondenza tra le competenze dei lavoratori e i requisiti professionali richiesti.***

*3) **Fattori di contesto del lavoro quali ad esempio: ruolo nell’ambito dell’organizzazione, autonomia decisionale e controllo; conflitti interpersonali al lavoro; evoluzione e sviluppo di carriera; comunicazione (es. incertezza in ordine alle prestazioni richieste)**<sup>17</sup>.*

Qualora dalla valutazione preliminare anche effettuata per quanto concerne le ultime due famiglie con l’ausilio di gruppi campione di lavoratori nelle imprese più

grandi o con l’intervento dei RLS (rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza) o RLST (rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza territoriali), non siano emersi elementi di rischio tali da richiedere azioni correttive allora il datore di lavoro sarà tenuto solo ad esplicitarlo nel DVR (documento di valutazione dei rischi) e a prevedere un piano di monitoraggio.

Nel caso in cui vi siano elementi di rischio stress-lavoro tali da richiedere azioni correttive si procederà alla pianificazione delle stesse e all’adozione di interventi verosimilmente di natura organizzativa, tecnica, procedurale, comunicativa, formativa.

Se si rivelassero inefficaci per la riduzione ed eliminazione del rischio, il datore di lavoro dovrà intraprendere la fase di valutazione successiva ossia passare alla fase di **valutazione approfondita** attraverso la quale si intende valutare la percezione soggettiva dei lavoratori anche suddivisi in gruppi omogenei attraverso l’ausilio di strumenti quali questionari, focus group, interviste semi-strutturate sulle famiglie di fattori/indicatori previsti già nella fase preliminare.

Modalità ovviamente più semplici sono previste per quelle imprese che hanno un numero di lavoratori inferiori a 5 dove anziché la classica fase della valutazione approfondita il datore di lavoro potrà coinvolgere direttamente i lavoratori ascoltandoli ad esempio in riunione per poter conoscere e scegliere le migliori proposte e soluzioni da adottare valutando eventualmente direttamente sul campo la loro efficacia. Probabilmente le linee direttive esplicitate dalla Commissione si riveleranno non esaustive e sarà opportuno attendere ulteriori integrazioni. A tal fine la Commissione si è preventivamente impegnata ad approntare una relazione biennale contenente altresì i risultati del monitoraggio dell’applicazione delle metodologie illustrate.

Si attendono ad oggi i primi risultati in merito con le eventuali correzioni.

<sup>16</sup> I predetti eventi sono da valutarsi sulla base di parametri omogenei individuati internamente alla azienda (es. andamento nel tempo degli indici infortunistici rilevati in azienda).

<sup>17</sup> Per quanto riguarda la redazione dei fattori di contesto e contenuto occorrerà sentire anche i RLS e RLST mentre nelle aziende di maggiori dimensioni si potranno ascoltare anche gruppi campione di lavoratori.



## Legiferare sul mobbing

di Sergio Di Bitetto

Come si può rimanere indifferenti di fronte a casi di mobbing sempre più frequenti? Come si può lasciare alla sola Suprema Corte l'onere e l'onore di rispondere alla disperazione dei lavoratori?

Il nostro Paese non può continuare ad adottare un atteggiamento attendista rispetto ad un "problema sociale" che chiede a gran voce di essere disciplinato.

Una legge è necessaria per porre fine alla superficialità nei confronti di un fenomeno naturale e sociale sempre più vivo e diffuso in misura maggiore negli ambienti di lavoro, con l'obiettivo di favorire la sicurezza e la tutela degli stessi, in combinato disposto ai dettami della Costituzione e della normativa nazionale ed europea.

Appare necessario prevedere una normativa specifica per il mobbing così come avvenuto negli altri Paesi dell'Unione Europea dove tale fenomeno è stato, *illo tempore*, oggetto di codificazione.

La Svezia è stato il primo paese ad aver adottato una legge specifica.

Più precisamente, l'Ente nazionale per la Salute e la Sicurezza svedese ha emanato, in data 21 settembre 1993, una specifica ordinanza<sup>1</sup> entrata in vigore il 31 marzo 1994, recante misure contro ogni forma di "persecuzione psicologica" negli ambienti di lavoro.

La condotta del *mobber* è stata qualificata in "... ricorrenti azioni riprovevoli o chiaramente ostili intraprese nei confronti di singoli lavoratori, in modo offensivo, tali da determinare il loro allontanamento dalla collettività che opera nei luoghi di lavoro".

<sup>1</sup> Ordinanza AFS 1993/17 del 21 settembre 1993, emanata dall'Ente nazionale per la salute e la sicurezza svedese in conformità alla sezione 18 dell'Ordinanza sull'ambiente di lavoro (1977).

La Francia, in virtù della legge n. 2002/1973, è dopo la Svezia il secondo paese comunitario ad essersi dotato di uno strumento legislativo specifico per la lotta contro il *mobbing*, "*l'harcèlement moral*".

La Norvegia, invece, ha introdotto per la tutela dei lavoratori nei confronti del *mobbing* una specifica previsione sulla tutela dell'ambiente di lavoro ad opera dell'art. 12 della legge del 24 giugno 1994, n. 41, che così recita: "... I lavoratori non devono essere esposti a molestie o ad altri comportamenti sconvenienti ..."<sup>26</sup>.

La legge norvegese contiene un riferimento più generico ai comportamenti mobbizzanti, tanto che nella categoria delle molestie sono ricondotte anche le molestie sessuali a differenza di quanto avviene in altri Stati, ad es. Francia<sup>27</sup> e Germania,<sup>28</sup> che inglobano le molestie sessuali nelle discriminazioni in ragione del sesso.

<sup>26</sup> L'art. 12 della legge 24 giugno 1994, n. 41 così come modificata dalla legge 4 febbraio 1997, n. 4 *Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø*, così stabilisce: "*Organizzazione del lavoro – 1. Requisiti generali - La tecnologia, l'organizzazione del lavoro, gli orari di lavoro e di sistemi retributivi devono essere predisposti in modo da non esporre i lavoratori a gravosi sforzi fisici o psichici, o da limitare la loro possibilità di prestare attenzione e di osservare le norme di sicurezza. Vanno messi a disposizione dei lavoratori gli ausili necessari per prevenire gli sforzi fisici. I lavoratori non devono essere esposti a molestie o ad altri comportamenti sconvenienti. Le condizioni di lavoro vanno predisposte in modo da fornire ai lavoratori un'opportunità ragionevole per sviluppare la propria professionalità attraverso il lavoro*".

<sup>27</sup> Legge francese 2 novembre 1992, n.92 -1179 relativa all'abuso in materia sessuale sul luogo di lavoro e che modifica il codice del lavoro e il codice di procedura penale.

<sup>28</sup> *Berliner Landesantidiskriminierungsgesetz*, legge regionale del *Land Berlin* del 31 dicembre 1990.

L'ordinamento spagnolo, a sua volta, ha approvato una normativa frutto di un lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale; per *acoso moral (mobbing)* si intende "ogni condotta abusiva o di violenza psicologica che si realizza in forma sistematica nei confronti di una persona nell'ambito lavorativo, che si manifesta in particolare attraverso reiterati comportamenti, parole o atti lesivi della dignità e integrità psichica del lavoratore mettendo in pericolo o degradando le sue condizioni di lavoro".

Nel diritto austriaco il termine *mobbing* rientra nel piano d'azione per la tutela della dignità nel luogo di lavoro approvato il 16 maggio 1998, ovvero "tra i comportamenti che ledono la dignità delle donne e degli uomini nel luogo di lavoro vanno annoverati in particolare le espressioni denigratorie, il mobbing e la molestia sessuale. Le collaboratrici devono essere edotte sulle possibilità giuridiche di tutela delle molestie sessuali".

Diversamente dall'ordinamento austriaco, quello tedesco non prevede una specifica normativa a difesa delle vittime di *mobbing*, continuando a "tutelare" il lavoratore mobbizzato indirettamente attraverso normative di carattere generale poste a garanzia della salute e sicurezza dei lavoratori<sup>29</sup>.

Anche in Svizzera non è stata ancora emanata alcuna legge specifica sul *mobbing*, indirettamente garantito attraverso l'applicazione di normative a carattere generale poste a tutela della sua integrità psico-fisica<sup>30</sup>.

In Belgio il *mobbing* o "*harcèlement moral*", così come definito in tutti i paesi

<sup>29</sup> Si fa riferimento ad alcune norme contenute nella Costituzione Federale e nel Codice Civile tedesco (*Bürgerliches Gesetzbuch*), nonché ad altri testi quali il "*Betriebsverfassungsgesetz*" (BetrVG) del 23 dicembre 1988, il "*Hessisches Personalvertretungsgesetz*" (HPVG) ed il "*Bundes Personalvertretungsgesetz*" (BpersVG).

<sup>30</sup> Si tratta della legge federale sul lavoro, del codice delle obbligazioni, della legge federale sull'uguaglianza tra donne e uomini nonché di alcune disposizioni del codice penale.

francofoni, è frutto solo dell'elaborazione giurisprudenziale.

Nel Regno Unito, più che di *mobbing* si parla di "*bullying at work*" dal verbo inglese "*to bully*" utilizzato nel senso di "fare il prepotente" ma anche come "tiranneggiare qualcuno".

Il "*bully*" rappresenta la persona prepotente, crudele e perversa, incarnando così il "*mobber*". In tal senso, punto di riferimento normativo risulta la legge per la tutela della dignità del lavoratore nei luoghi di lavoro, "*The Dignity at Work Bill*", che stabilisce all'art. 1 che "ogni lavoratore ha diritto al rispetto della propria dignità sul lavoro". Il datore di lavoro viene considerato responsabile di violazione di tale diritto "ogni qual volta il lavoratore venga esposto, durante il rapporto di lavoro, a molestia da parte dello stesso datore di lavoro o al *bullying* o ad ogni altro atto, omissione o condotta che causi allarme o timore nel lavoratore".

In Italia, allo stato attuale, i giudici chiamati a valutare i casi sottoposti, qualora rilevino la configurabilità del mobbing, sono costretti a far ricorso a norme non specifiche dell'ordinamento, per dimostrare la fondatezza della richiesta del lavoratore.

La società e i problemi ad essa connessi, lavoro *in primis*, richiedono necessariamente l'elaborazione di una disciplina sul mobbing, al fine fungere da deterrente rispetto a maltrattamenti psicologici e vessazioni nell'ambito dell'attività professionale di ogni individuo.

Si tratta di un fenomeno che richiede l'ausilio non solo di giuristi, esperti delle dinamiche giuslavoriste, ma anche di medici specializzati sui quali grava l'onere di dimostrare il nesso eziologico tra la condotta mobbizzante subita dal lavoratore e la conseguente patologia accusata dallo stesso.

L'accertamento del nesso di causalità tra la condotta mobbizzante e le lesioni subite dal soggetto è causa di disparità nei giudizi per il riconoscimento della responsabilità

Da ciò deriva la necessità di stabilire delle regole precise che assicurino un

giudizio certo sulla base di una normativa giuridica che disciplini tale fenomeno.

Inoltre anche la giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, ha rilevato ripetuti casi di mobbing, riconoscendo la pericolosità, le dinamiche e le problematiche collegate al suddetto fenomeno.

Pertanto, non può essere ulteriormente posticipata l'entrata in vigore di una normativa al riguardo che tuteli il lavoratore nei confronti dell'ambiente lavorativo, dal datore di lavoro al dirigente, dal collega al sottoposto; bisogna esplicitamente ed espressamente, nel *corpus iuris*, contrastare e sanzionare costanti e reiterati comportamenti ostili finalizzati a discriminare e perseguire psicologicamente il lavoratore così da provocargli una mortificazione morale e una lesione dell'integrità psicofisica, con conseguente emarginazione volontaria dall'ambiente lavorativo.

I danni subiti dal lavoratore possono riguardare sia la sfera patrimoniale (professionalità) che la sfera non patrimoniale (danno morale, esistenziale, biologico).

Anche il contesto familiare può sicuramente subire, più o meno indirettamente, le umiliazioni sofferte dal congiunto nell'ambiente lavorativo poiché il lavoratore mobbizzato trasferisce la propria insoddisfazione e sofferenza anche nelle relazioni familiari; ciò incide sulla serenità dei rapporti del mobbizzato con i propri parenti, i quali si ritrovano a subire le conseguenze della condotta mobbizzante posta in essere ai danni del proprio familiare.

Nel rispetto dei principi costituzionali e dell'Unione Europea, non può sottovalutarsi l'importanza dello status del lavoratore e dei diritti di sua spettanza, tra tutti salute, dignità e professionalità.

Al riguardo non bisogna dimenticare che, ai sensi dell'art. 2087 c.c., l'imprenditore, nell'esercizio della sua attività, deve adottare una serie di misure finalizzate alla tutela dell'integrità fisica e della personalità morale dei propri lavoratori.

Sarebbe necessario prevedere un'attività di prevenzione, controllo e supporto nella valutazione del mobbing, al fine di responsabilizzare maggiormente i datori di lavoro rispetto alle proprie scelte spesso configgenti con il rispetto dello status di lavoratore.

Perché la prevenzione?

Essa rappresenta uno strumento fondamentale se si vuole migliorare la vita lavorativa, il benessere della collettività ed evitare l'emarginazione sociale, obiettivi per i quali i datori di lavoro devono agire tempestivamente prima che l'ambiente di lavoro sia "inghiottito" dal mobbing, inteso quale "malattia dell'ambiente lavorativo".

La prevenzione deve riguardare l'ambiente di lavoro nel suo complesso, attraverso un esame *ex ante* di ogni fase o dettaglio, poiché già dal momento della selezione e reclutamento del personale, bisogna analizzare gli aspetti caratteriali dei candidati rispetto al ruolo che intendono ricoprire.

La necessaria prevenzione potrebbe rappresentare quel *quid pluris* nello studio del mobbing, sempre più protagonista in negativo della nostra società e delle sue varie sfaccettature.

In conclusione, è auspicabile un intervento celere e proficuo da parte degli addetti ai lavori poiché il contesto storico, sociale, culturale e lavorativo, non permette un ulteriore ritardo nell'affrontare e disciplinare una delle principali insidie per l'integrità psico-fisica di ogni individuo.



# Penale del lavoro





## Le radici dell'art. 2087 c.c. e degli artt. 32 e 41, comma 2 della Costituzione e la sostanziale disapplicazione in tema di amianto

di Ezio Bonanni

La Giurisprudenza italiana ha affermato principi di civiltà giuridica ed ha anticipato la successiva codificazione in tema di tutela dell'integrità psicofisica del lavoratore e di salubrità dell'ambiente lavorativo, consacrati nell'art. 2087 c.c., e delle stesse norme di cui all'art. 32 e 41, comma 2, della Costituzione, tale da determinare un vero e proprio salto di qualità, capace di smentire quel detto comune secondo il quale la natura e gli ordinamenti giuridici *non faciunt saltus*.

Già con la sentenza n. 2107 del 28 aprile 1936, pubblicata il 17 giugno 1936, la Corte di Cassazione del Regno d'Italia sancisce il principio di diritto secondo il quale *"è ... certo ed incontestabile che l'integrità personale dell'uomo e la sua salute (sommi beni che trascendono dalla sfera dell'individuo per assurgere ad importanza sociale, come necessaria premessa della conservazione e del miglioramento della specie) sono protette non soltanto dal contratto, ma altresì da numerose leggi di pulizia sanitaria e perfino dal Codice Penale"*.

Successivamente, la Corte di Cassazione, con sentenza del 17 gennaio 1941 (Soc. off. elettroferro Tallero c. Massara), ha precisato come: *"in ordine alle malattie professionali non garantite da assicurazione obbligatoria il datore di lavoro non può esimersi da responsabilità se l'evento dannoso si sia prodotto per sua colpa"* e subito dopo, con la sentenza n. 682 del 20 gennaio 1941, pubblicata il 10 marzo 1941, nella quale: *"La Corte confermò la natura contrattuale della responsabilità del datore di lavoro, quando egli non faccia tutto quello che la scienza e la tecnica prescrivono per evitare al lavoratore danni nei limiti del possibile"*, secondo le *"disposizioni del regolamento*

*per l'igiene del lavoro, approvato con r.d. 14.04.1927, n. 530" [...] "Le forme assicurative predisposte per garantire gli operai contro talune malattie professionali tassativamente elencate, non dispensano i datori di lavoro dall'obbligo contrattuale di usare la dovuta diligenza nella propria azienda, per evitare danni ai lavoratori (anche se compresi nella previdenza assicurativa), adottando tutti i mezzi protettivi prescritti o suggeriti dalla tecnica e dalla scienza.*

*Il dovere di prevenzione, che l'art. 17 r.d. 14 aprile 1927, n. 530, sull'igiene del lavoro, impone per il lavoro che si svolga in 'locali chiusi' va osservato in tutti quei casi in cui il luogo di lavoro, pur non essendo completamente chiuso, non sia tale da permettere comodamente e senza pericolo la uscita dei vapori e di qualsiasi materia nociva"* (Cass. 10 marzo 1941, Soc. acciaierie elettr. c. Panceri).

La responsabilità risiede nel fatto che il datore di lavoro non avesse dotato i *"locali non perfettamente chiusi"* di *"aspiratori"* e di *"maschere per i lavoratori"* malgrado l'*"allarme dato dagli scienziati"* sulla pericolosità delle polveri.

Con la coeva sentenza emessa sempre all'udienza del 20 gennaio 1941 e pubblicata il successivo 10 marzo, con il n. 686, la Corte di Cassazione, nell'affermare gli stessi principi di diritto contemplati nella precedente decisione, nel riferirsi alla silicosi precisa che non è sufficiente ad escludere la responsabilità del datore di lavoro il fatto che *"gli operai non avevano mai denunciato disturbi: la Corte disse che neppure questo valeva a scagionare la società datrice di lavoro perché lo obbligo deriva direttamente dalla legge e perché la silicosi insidia insensibilmente l'organismo del lavoratore fino alle manifestazioni*

*gravi che causano l'incapacità al lavoro sicché il lavoratore non è in grado di accorgersene in precedenza*" e richiama l'art. 2 del r.d. 530 del 1927, il quale *"prescrive al datore di lavoro di avvertire preventivamente il lavoratore del pericolo, di indicargli i mezzi di prevenzione adatti"* e l'art. 17 che *"prescrive l'aspirazione della polvere immediatamente vicino al luogo ove viene prodotta"*.

I principi giurisprudenziali affermati dalla Suprema Corte di Cassazione sono stati recepiti dal legislatore con l'art. 2087 c.c. (r.d. 16.03.1942, n. 262), che impone all'imprenditore di *"adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro"*.

Fu proprio il mancato riconoscimento assicurativo delle tecnopatie da polveri, con le numerose controversie, con richieste di indennizzo formulate dai lavoratori in ambito civile, a dare impulso alle richieste, e alle innovazioni tecniche, oltre che alle modifiche legislative del 1943.

Il 25.01.1943 venne presentato al Presidente della Camera dei Fasci e delle Corporazioni il disegno di legge n. 2262 ad iniziativa del Ministro delle Corporazioni, avente ad oggetto *"estensione dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali alla silicosi ed asbestosi"*, con indennizzo per i lavoratori malati, senza necessità di alimentare il contenzioso, e con l'ulteriore *"scopo 1. proteggere ... in sede di prevenzione tecnica con ogni più opportuna misura di sicurezza, i lavoratori, tracciando e imponendo agli imprenditori un piano razionale e completo di prevenzione; 2. tutelare la salute dei lavoratori entrando con decisione nel settore delle malattie polmonari"*.

Il progetto venne definitivamente approvato con la L. 455 del 12.04.1943: le controversie venivano risolte attraverso l'indennizzo dei lavoratori malati di asbestosi e di silicosi, con contestuale estinzione dei giudizi in corso. La nuova Costituzione repubblicana promulgata il

01.01.1948, *"tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo, interesse della collettività"*.

Un caso paradigmatico, in termini di non efficace tutela della salute e della integrità psicofisica nel nostro paese, è quello della esposizione a polveri e fibre di amianto negli ambienti lavorativi e di vita, che è continuata fino ai tempi più recenti e in qualche caso continua ancora, ove si consideri come le norme di cui al capo III, dal titolo *Protezione dai rischi connessi all'esposizione all'amianto*, dall'art. 246 e ss. del D.lgs. 81/08 contemplino ancora la possibilità di esposizione (purché fino alle 100 ff/l ancorchè con cautele e protezioni, non sempre efficaci) nonostante fosse acquisizione risalente già agli inizi del '900 che *"fra le industrie pericolose ... vi sono quelle che indicarono col nome di polverose, e tra queste in prima linea le industrie nel cui lavoro si sollevano polveri minerali, ... sono più pericolose quelle provenienti da sostanze silicee, in quantochè per la costituzione delle particelle che la compongono vengono a ledere le vie delli apparati respiratorii, quando non giungono fino al polmone, predisponendole allo sviluppo della tubercolosi, facilitandone la diffusione aumentandone la gravità"* (sentenza del Tribunale di Torino, del 31.10.1906<sup>1</sup>,

<sup>1</sup> «*l'attrice [...] muove all'avvocato Pich e al suo giornale*" l'accusa di *"aver affermato contro verità che l'industria dell'amianto è per la salute degli operai pericolosa più delle altre che hanno opifici di Nole Canvaese; che la stessa fa annualmente un numero incredibile di vittime; che nelle tavole necrologiche di quel Comune appare con triste frequenza segnato il decesso di operai ed operaie dell'amianto per tisi, per bronchiti e per gastro-enterite [...]*.

*Purtroppo disse il vero il Progresso del Canavese circa alla mortalità delli operai [...]; ed è pur vero nella sostanza [...] quanto scrisse in riguardo alla pericolosità della lavorazione dell'amianto; conseguentemente fu giusta ed onesta [...] l'osservazione che quelli operai sono degli di qualche riguardo più degli operai delle altre industrie; intendendo di quelle di Nole.*

*E con ciò non esorbitò lo scrittore dal suo diritto e non venne meno all'ufficio suo difendendo la causa*

delli operai e denunciando come nocivo quel genere di lavoro [...].

Forsechè discutere della nocività o meno per l'operaio della lavorazione dell'amianto, o di altra materia, esorbita dal diritto di libera critica che la nostra legge statutaria riconosce alla pubblica stampa? Mai no [...].

Non vi fu ingiuria [...] perchè quando accennava alla pericolosità della lavorazione dell'amianto e alla grave mortalità che colpisce e colpiva in Nole gli operai che vi sono addetti in confronto di quella che si verifica, fatte le debite proporzioni, nelli operai addetti ad altri generi di industrie, diceva disgraziatamente il vero [...].

Le produzioni fatte in causa e che vennero nella prima parte della presente sentenza riassunte, lo provano abbondantemente e d'altra parte è particolare, questo della pericolosità delle lavorazioni in ambienti torbidi per polveri sospese nell'aria che vi si respira, di cognizione comune a tutte le persone anche soltanto mediocrementemente colte.

Il Tribunale non può entrare in un campo scientifico che non è il suo, ma può ben dire ciò che è, e deve essere scienza di tutti.

Può dire cioè che la cognizione della esistenza di malattie professionali è cognizione antica; e che a cominciare dal 1700, quando il Ramazzini professore a Modena scriveva il suo *De Morbis artificum diatriba*, per venire al Sanarelli, al Revelli, all'Albrecht al Giglioli che scrissero in questi ultimi anni sulle malattie del lavoro, a giungere fino all'anno corrente in cui di esse si discusse a Milano nel Congresso Internazionale per le malattie del lavoro, tutti coloro che come medici o come sociologi dell'igiene dei lavoratori si occuparono, riconobbero che ogni lavoro ogni professione porta con sè morbi speciali, o quanto meno modifica l'organismo profondamente [...].

Riconobbero i più altresì che fra le industrie pericolose o quanto meno fra quelle che agiscono direttamente o indirettamente sulla mortalità o sulla mobilità umana vi sono quelle che indicarono col nome di polverose, e tra queste in prima linea le industrie nel cui lavoro si sollevano polveri minerali, siano esse ad azione meccanica siano ad azione chimica.

Scrissero ancora che fra le polveri ad azione meccanica sono più pericolose quelle provenienti da sostanze silicee, in quantoché per la costituzione delle particelle che le compongono vengono a ledere le vie delli apparati respiratorii, quando non giungono fino al polmone, predisponendole allo sviluppo della tubercolosi, facilitandone la diffusione, aumentandone la gravità.

Tutto questo sapendo, lo scrittore del *Progresso del Canavese* poteva bene, senza colpa d'imprudenza o di leggerezza, scrivere che l'industria dell'amianto è

confermata dalla sentenza della Corte di Appello di Torino n. 334/1907: "Posciachè la circostanza che la lavorazione di qualsiasi materia che sprigioni delle polveri [...] aspirate dall'operaio, sia dannosa alla salute, potendo produrre con facilità dei malanni, è cognizione pratica a tutti comune, come è cognizione facilmente apprezzabile da ogni persona dotata di elementare cultura, che l'aspirazione del pulviscolo di materie minerali silicee come quelle dell'amianto [...] può essere maggiormente nociva, in quanto le microscopiche molecole volatizzate siano

pericolosa; dell'amianto che nessuno vorrà negare sia un minerale composto fra l'altro di silice in proporzione superiore al 50% (secondo Bergman 63,9%) [...].

Anche qui bisogna riconoscere che [...] lo scrittore ha detto il vero, sette morti per tisi e uno per bronco-polmonite sui soli operai dell'amianto, contro 17 degli operai di tutte le altre industrie, che formano quasi il quintuplo dei primi, è pur un qualche cosa che il giornalista poteva dire impressionante [...].

E l'avvocato Pich fu esatto anche quando scrisse che la mortalità in genere è maggiore fra li operai dell'amianto che fra quelli delle altre industrie; i certificati prodotti lo provano in modo veramente irrefutabile"».

La società attrice impugnò la Sentenza assolutoria innanzi la Corte d'Appello di Torino (Corte d'Appello di Torino, sez. I civile, 1907 giugno 4, cron. n. 578, rep.n.325, sent. n.334, registro n. 116/1907 - Archivio di Stato di Torino, sez. riunite - )<sup>31</sup>, la quale ha confermato la Sentenza di primo grado, e ci fu concordia nell'escludere ogni censura nei confronti dei convenuti dei quali ne affermavano la legittimità dell'operato, ritenendo che le loro affermazioni fossero conformi alle acquisizioni scientifiche emerse grazie agli studi di Ramazzini, Sanarelli, Revelli, Albrecht, Giglioli, Bergmann e Graziadei, rivalutati, nella loro attualità, che neppure la perizia del ct di parte attrice redatta dal prof. Luigi Pagliani smentiva completamente.

L'associazione tra asbestosi e cancro polmonare viene evidenziata per la prima volta negli anni '30 da Gloyne<sup>31</sup>, in due soggetti ammalati di asbestosi. Nel 1938 questa segnalazione viene riportata su una rivista italiana<sup>31</sup>, dove viene specificato che un caso si riferiva ad una donna con pregressa esposizione ad amianto, deceduta a 35 anni per neoplasia polmonare in asbestosi, mentre l'altro si riferiva ad una donna deceduta a 71 anni, che 15 anni prima aveva lavorato per meno di due anni in una fabbrica di manufatti di amianto.

*aghiformi od almeno filiformi ma di certa durezza e così pungenti e meglio proclivi a produrre delle lesioni ed alterazioni sulle delicatissime membrane mucose dell'apparato respiratorio”).*

Anzi, paradossalmente, nonostante fin dal 1943 la silicosi e l'asbestosi fossero state contemplate nell'elenco delle malattie professionali, è proprio dalla fine degli anni '40 che l'amianto, fino ad allora utilizzato in modo limitato e circoscritto, divenne di uso comune, fino a 3.000 applicazioni, anche negli ambienti di vita, oltre che nei luoghi di lavoro, con un consumo esponenziale, fino alla fine degli anni '80, e senza alcun limite di soglia per i lavoratori esposti.

Quando l'Unione Europea con la Direttiva 477/83/CEE, ha dettato norme *“sulla protezione dei lavoratori contro i rischi connessi con l'esposizione all'amianto durante il lavoro”*, la Repubblica Italiana non ne ha recepito le norme entro il 01.01.1987, e l'esposizione senza alcun limite è continuata, con protezione e prevenzione del tutto insufficiente (se non inesistente) tanto che l'Unione Europea ha sottoposto il nostro paese alla procedura di infrazione n. 240 del 1989, fino alla decisione di condanna emessa dalla Corte di Giustizia in data 13.12.1990.

Fu così che rispetto agli obblighi sanciti a carico del datore di lavoro, in via generale dalla norma di cui all'art. 2087 c.c. e specifica dalla legislazione del 1927 riprodotta nel DPR 547 del 1955 e nel DPR 303 del 1956, ne furono aggiunti altri (artt. 24 e 31 del D.lgs. 277/91 con i conseguenti limiti di soglia), fino all'approvazione della legge n. 257/92, con la quale si fece divieto di estrazione, lavorazione ed esportazione dell'amianto (anche se non se ne impose la bonifica dei siti).

Il Tribunale di Torino, Sezione lavoro, Giudice Dott. Vincenzo Ciochetti, con la sentenza n. 3308 del 1998, nel ricostruire la vicenda dell'amianto e della sistematica violazione di ogni norma di sicurezza, citando il Sommo Poeta, *“Le leggi son, ma chi pon mano ad esse? Nullo ...”* (Dante, Purgatorio, XVI, 96-98), rilevava come ci

fosse una sostanziale disapplicazione di ogni regola cautelare e la prevalenza del profitto sulla vita e sulla dignità della persona, tale da annullarne ogni altro diritto.

Il triste bilancio del numero di malattie professionali, non solo asbesto correlate, che si sommano alle conseguenze degli infortuni sul lavoro, ci impone un impegno complessivo per un *“rinnovato segnale (affinché) la storia della nostra legislazione - anticipando i tempi dello sviluppo e dei nuovi equilibri del sistema delle relazioni industriali - ... capace di essere di lezione e di riferimento per gli altri paesi ... (possa) contribuire a quel salto di qualità che tragga l'Italia fuori dalle ultime penose posizioni nella classifica dei paesi industriali nel campo della sicurezza”* (Gaetano Veneto).

# **RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE**



# Questioni di legittimità Costituzionale





## RICONOSCIUTO COSTITUZIONALMENTE LEGITTIMO L'ART. 32, COMMI 5, 6 E 7, DEL "COLLEGATO LAVORO"

di Tiziana Valeria de Virgilio

Corte Costituzionale  
Sentenza 9 novembre 2011 n. 303  
(Pres. Dott. Quaranta, Est. Dott. Mazzella)

*Non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale delle norme di cui all'art. 32, commi 5, 6 e 7, della legge 4 novembre 2010, n. 183 - "Collegato lavoro" - (sollevate in riferimento agli artt. 3, 4, 11, 24, 101, 102, 111 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 6, primo comma, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo) nella parte in cui prevedono che, nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il risarcimento del lavoratore illegittimamente estromesso alla scadenza del termine debba essere ragguagliato ad una indennità onnicomprensiva da liquidare tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, alla stregua dei criteri dettati dall'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604 (art. 32, comma 5); che il limite massimo dell'indennità sia ridotto alla metà in presenza di contratti collettivi di qualsiasi livello, purché stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie (art. 32, comma 6); che tali disposizioni trovino applicazione per tutti i giudizi, ivi compresi quelli pendenti alla data di entrata in vigore della predetta legge (art. 32, comma 7). Infatti la censurata normativa: 1) assicura la stabilizzazione del rapporto, 2) forfetizza il danno - con valenza sanzionatoria - solo per il periodo compreso tra la scadenza del termine e l'accertamento giudiziale della sua nullità, 3) favorisce l'intervento della contrattazione collettiva nella regolazione dell'assorbimento del personale precario, 4)*

*non lede né le attribuzioni del potere giudiziario, intervenendo elusivamente sul piano delle fonti, né, 5) le garanzie imposte dalla Cedu per evitare un'intrusione del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia, volta ad influire sulla decisione di una singola controversia o su un gruppo di esse, sia per il carattere generale della disciplina e sia in quanto ricorrono i "motivi di interesse generale" che legittimano il margine di apprezzamento dello stato membro.*

(Omissis)

### MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - Con separate ordinanze, la Corte di cassazione ed il Tribunale di Trani hanno sollevato, in riferimento agli artt. 3, 4, 11, 24, 101, 102, 111 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 6, primo comma, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 32, commi 5, 6 e 7, della legge 4 novembre 2010, n. 183 (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).
2. - La sostanziale identità delle questioni proposte rende opportuna la riunione dei giudizi al fine della loro decisione con un'unica sentenza.
3. - I giudici rimettenti dubitano della legittimità costituzionale delle disposizioni censurate, nella parte in cui stabiliscono: che, nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il risarcimento del lavoratore illegittimamente estromesso alla scadenza del termine dev'essere

ragguagliato ad una indennità onnicomprensiva da liquidare tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, alla stregua dei criteri dettati dall'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604 (Nome sui licenziamenti individuali) (art. 32, comma 5); che il limite massimo dell'indennità è ridotto alla metà in presenza di contratti collettivi di qualsiasi livello, purché stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie (art. 32, comma 6); che tali disposizioni trovano applicazione per tutti i giudizi, ivi compresi quelli pendenti alla data di entrata in vigore della predetta legge (art. 32, comma 7).

La nuova normativa è sospettata d'illegittimità, perché ritenuta irragionevolmente riduttiva del risarcimento del danno integrale già conseguibile dal lavoratore sotto il regime previgente, sino a monetizzare, secondo il Tribunale di Trani, persino il diritto indisponibile alla regolarizzazione contributiva. In tal modo, sarebbero lesi gli artt. 3, 4, 24, 101, 102 e 111 Cost., poiché la liquidazione del danno, eventualmente sproporzionata per difetto rispetto all'ammontare realmente sofferto dal lavoratore, indurrebbe il datore di lavoro a persistere nell'inadempimento tentando di prolungare il giudizio o addirittura sottraendosi all'esecuzione della sentenza di condanna, non suscettibile di realizzazione in forma specifica. Con ciò la normativa in questione vanificherebbe il diritto del cittadino al lavoro e minerebbe l'effettività della tutela giurisdizionale, in tesi frustrata dalla conseguente irrilevanza del tempo occorrente all'accertamento giudiziale dell'illegittimità del termine, altresì con effetti discriminatori nei confronti di una serie di lavoratori versanti in situazioni comparabili, sino a compromettere le funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario.

3.1. - La società ricorrente nel giudizio principale ed il Presidente del Consiglio dei ministri eccepiscono l'inammissibilità delle questioni sollevate dalla Corte di cassazione per difetto di rilevanza.

A loro avviso, le questioni di legittimità sarebbero state poste dalla Corte rimettente in

via puramente ipotetica, in relazione a norme destinate a trovare applicazione solo nell'ambito del giudizio rescissorio avanti alla competente Corte d'appello e senza alcun elemento di raccordo con le peculiarità del caso di specie.

L'eccezione non è fondata, perché la Corte di cassazione ha ragionevolmente ritenuto che la norma debba applicarsi a tutti i giudizi, anche se pendenti in grado di legittimità come quello sottoposto al suo esame.

Posta tale premessa, il giudice a quo ha motivatamente formulato una prognosi di cassazione della sentenza impugnata, perché il danno liquidato al lavoratore dalla sentenza di appello eccederebbe quello massimo conseguibile in base ai nuovi criteri ora imposti dalla legge. In effetti, per consentire al giudice di merito - esercitati i poteri istruttori di cui all'art. 32, comma 7, della legge n. 183 del 2010 - l'esatta commisurazione dell'indennità tra il minimo ed il massimo previsti dai commi 5 e 6 del medesimo articolo, è preliminare il vaglio di legittimità costituzionale della norma.

Il difetto di rilevanza, dunque, non sussiste.

3.2. - Anche in ordine alle questioni sollevate dal Tribunale di Trani, la società innanzi ad esso convenuta eccepisce la loro inammissibilità, perché, dalla motivazione dell'ordinanza di rimessione, non risulterebbe affatto se il lavoratore ricorrente illegittimamente assunto a termine, in carenza della nuova disciplina dettata dall'art. 32, commi 5, 6 e 7, della legge n. 183 del 2010, avrebbe effettivamente e concretamente potuto percepire, a titolo di risarcimento del danno, una somma maggiore di quella che potrebbe essergli riconosciuta in base ai criteri previsti dalle norme censurate.

Neppure tale eccezione è fondata.

Il Tribunale di Trani, premesso di aver già dichiarato con sentenza parziale la conversione del rapporto di lavoro a tempo determinato in lavoro a tempo indeterminato, ha chiaramente spiegato di dovere applicare, quindi, ai fini della liquidazione del risarcimento del danno conseguentemente subito dal ricorrente, le nuove disposizioni di cui sospetta la non conformità alla Costituzione.

Ciò è sufficiente a dimostrare la rilevanza delle questioni proposte dal giudice a quo, fatta eccezione per il profilo attinente alla ricostruzione della posizione contributiva del lavoratore, che rimane estraneo alla fattispecie dedotta nel giudizio principale perché, dal tenore

dell'ordinanza di rimessione, non consta univocamente una specifica domanda sul punto.

3.2.1. - La predetta parte privata eccepisce, inoltre, l'inammissibilità delle questioni proposte dal Tribunale di Trani in relazione al denunciato contrasto dei commi 5, 6 e 7 dell'art. 32 della legge n. 183 del 2010 con l'art. 3, primo comma, Cost.

A suo avviso, infatti, il rimettente pugliese avrebbe contraddittoriamente prospettato, da un lato, la discriminazione dei lavoratori i quali ottengano la "conversione" del contratto nei giudizi di appello o di cassazione, basata sull'applicabilità della normativa censurata ai giudizi in corso anche nei gradi successivi al primo, dall'altro, la discriminazione a scapito dei lavoratori "vittoriosi" in primo grado, fondata sull'applicabilità della novella ai soli giudizi pendenti in tribunale.

Anche tale eccezione dev'essere disattesa.

Il Tribunale di Trani muove dall'assunto che, rispetto ai giudizi pendenti, i commi 5 e 6 dell'art. 32 della legge n. 183 del 2010 trovino applicazione esclusivamente in primo grado. Con il corollario di far derivare l'asserita disparità di trattamento, in danno dei lavoratori ricorrenti in tribunale, segnatamente dalla disposizione di cui al successivo comma 7, che prevede l'efficacia retroattiva della nuova disciplina.

Pertanto, non v'è alcuna contraddizione di principio con le ulteriori sperequazioni ipotizzate dallo stesso giudice a quo in base al grado del giudizio all'esito del quale la domanda del lavoratore possa essere eventualmente accolta. E ciò, in quanto siffatte sperequazioni sono in tesi riferibili, invece, alle fattispecie regolate, per il futuro, dalla normativa "a regime" di cui ai commi 5 e 6 del succitato art. 32.

3.3. - Nel merito, le questioni non sono fondate.

3.3.1. - Il dubbio posto dai giudici rimettenti s'incentra sulla violazione dell'art. 3, secondo comma, Cost., sotto il profilo dell'irragionevolezza del trattamento indennitario forfezzato, introdotto dalla riforma in oggetto, rispetto al più sostanzioso risarcimento che sarebbe stato assicurato dal "diritto vivente" ricavato dalla normativa generale di diritto comune.

La disciplina dettata dall'art. 32, commi 5, 6 e 7, della legge n. 183 del 2010 prende spunto dalle obiettive incertezze verificatesi nell'esperienza

applicativa dei criteri di commisurazione del danno secondo la legislazione previgente, con l'esito di risarcimenti ingiustificatamente differenziati in misura eccessiva. Tra le variabili più evidenti registratesi nella prassi, tutte pienamente consentite dal regime pregresso, basta citare l'identificazione del dies a quo del diritto al risarcimento del danno, a volte desunto da elementi formali od espliciti, ma più spesso ricavato da comportamenti concludenti, e la determinazione dell'aliunde perceptum da porre in detrazione dal pregiudizio concretamente risarcibile, talora esteso al percipiendum, ossia al guadagno che sarebbe lecito attendersi dal lavoratore diligentemente attivatosi nella ricerca di un nuovo posto di lavoro, con diversificate forme di utilizzazione, al riguardo, del ragionamento presuntivo. È in tale contesto, quindi, che deve inserirsi la novella in esame, diretta ad introdurre un criterio di liquidazione del danno di più agevole, certa ed omogenea applicazione.

Così ricostruita la ratio legis, la normativa di riforma sfugge alle proposte censure di non ragionevolezza.

In termini generali, la norma scrutinata non si limita a forfezzare il risarcimento del danno dovuto al lavoratore illegittimamente assunto a termine, ma, innanzitutto, assicura a quest'ultimo l'instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Difatti, l'indennità prevista dall'art. 32, commi 5 e 6, della legge n. 183 del 2010 va chiaramente ad integrare la garanzia della conversione del contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro a tempo indeterminato. E la stabilizzazione del rapporto è la protezione più intensa che possa essere riconosciuta ad un lavoratore precario.

Non a caso, dall'esame dei lavori preparatori si desume che la disposizione di cui all'art. 32, comma 5, dell'anzidetta legge dev'essere correttamente letta come riferita alla conversione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato e che, conseguentemente, la previsione della condanna al risarcimento del danno in favore del lavoratore dev'essere intesa «come aggiuntiva e non sostitutiva della suddetta conversione» (ordine del giorno G/1167-B/7/1-11 accolto al Senato della Repubblica innanzi alle commissioni I e XI riunite nella seduta del 2 marzo 2010).

D'altro canto, ancorché nell'ipotesi di licenziamento ingiustificatamente intimato in regime di tutela obbligatoria, il rimedio indennitario apprestato dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966, anche in mancanza della riassunzione, ha più volte passato indenne il vaglio di questa Corte (sentenze n. 46 del 2000, n. 44 del 1996 e n. 194 del 1970).

Quanto poi alla denunciata insufficienza del trattamento forfetario previsto dalle disposizioni censurate, la Corte di cassazione rimettente ritiene che l'indennità onnicomprensiva prevista dall'art. 32, commi 5 e 6, della legge citata, non ipotizzabile come aggiuntiva al risarcimento dovuto secondo le regole di diritto comune, assorba l'intero pregiudizio subito dal lavoratore a causa dell'illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro, dal giorno dell'interruzione del rapporto fino al momento dell'effettiva riammissione in servizio. Donde l'effetto a suo avviso perverso di indurre il datore a persistere nell'inadempimento, anche sottraendosi all'esecuzione della condanna, non suscettibile di esecuzione in forma specifica, con indefinita dilatazione del danno ed abnorme sproporzione dell'indennità rispetto ad esso.

Un'interpretazione costituzionalmente orientata della novella, però, induce a ritenere che il danno forfettizzato dall'indennità in esame copre soltanto il periodo cosiddetto "intermedio", quello, cioè, che corre dalla scadenza del termine fino alla sentenza che accerta la nullità di esso e dichiara la conversione del rapporto.

A partire dalla sentenza con cui il giudice, rilevato il vizio della pattuizione del termine, converte il contratto di lavoro che prevedeva una scadenza in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, è da ritenere che il datore di lavoro sia indefettibilmente obbligato a riammettere in servizio il lavoratore e a corrispondergli, in ogni caso, le retribuzioni dovute, anche in ipotesi di mancata riammissione effettiva.

Diversamente opinando, la tutela fondamentale della conversione del rapporto in lavoro a tempo indeterminato sarebbe completamente svuotata. Se, infatti, il datore di lavoro, anche dopo l'accertamento giudiziale del rapporto a tempo indeterminato, potesse limitarsi al versamento di una somma compresa tra 2,5 e 12 mensilità di retribuzione, non subirebbe alcun deterrente idoneo ad indurlo a riprendere il prestatore a lavorare con sé. E lo stesso riconoscimento della

durata indeterminata del rapporto da parte del giudice sarebbe posto nel nulla.

Così intesa la norma censurata, cade l'ipotesi di paventata sproporzione dell'indennità di cui all'art. 32, commi 5 e 6, della legge citata, rispetto alla denunciata esigenza di ristoro di un danno destinato a crescere con il decorso del tempo, sino ad attingere valori non esattamente prevedibili.

E ciò, in primo luogo, perché il legislatore ha pure introdotto sub art. 32, commi 1 e 3, della legge n. 183 del 2010 un termine di complessivi trecentotrenta giorni per l'esercizio, a pena di decadenza, dell'azione di accertamento della nullità della clausola appositiva del termine al contratto di lavoro, fissandone la decorrenza dalla data di scadenza del medesimo. Con l'effetto di approssimare l'indennità in discorso al danno potenzialmente sofferto a decorrere dalla messa in mora del datore di lavoro sino alla sentenza, avuto, altresì, riguardo ai principi informatori del processo del lavoro intesi ad accelerarne la definizione.

In secondo luogo, perché il nuovo regime risarcitorio non ammette la detrazione dell'aliunde perceptum. Sicché, l'indennità onnicomprensiva assume una chiara valenza sanzionatoria. Essa è dovuta in ogni caso, al limite anche in mancanza di danno, per avere il lavoratore prontamente reperito un'altra occupazione. Con la conseguenza che la disciplina in esame, confrontata con quella previgente, risulta, sotto tale profilo, certamente più favorevole al lavoratore.

Peraltro, questa Corte ha affermato a più riprese che «la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale» (sentenza n. 148 del 1999), purché sia garantita l'adeguatezza del risarcimento (sentenze n. 199 del 2005 e n. 420 del 1991).

Tale condizione nella specie ricorre, tanto più ove si consideri che, nella specie, non v'è stata medio tempore alcuna prestazione lavorativa.

In definitiva, la normativa impugnata risulta, nell'insieme, adeguata a realizzare un equilibrato componimento dei contrapposti interessi. Al lavoratore garantisce la conversione del contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, unitamente ad un'indennità che gli è dovuta sempre e comunque, senza necessità né dell'offerta della

prestazione, né di oneri probatori di sorta. Al datore di lavoro, per altro verso, assicura la predeterminazione del risarcimento del danno dovuto per il periodo che intercorre dalla data d'interruzione del rapporto fino a quella dell'accertamento giudiziale del diritto del lavoratore al riconoscimento della durata indeterminata di esso. Ma non oltre, pena la vanificazione della statuizione giudiziale impositiva di un rapporto di lavoro sine die.

3.3.2. - Con specifico riferimento alla riduzione della metà del limite superiore dell'indennità ai sensi dell'art. 32, comma 6, la ragionevolezza della previsione trae alimento dal favor del legislatore per i percorsi di assorbimento del personale precario disciplinati dall'autonomia collettiva.

3.3.3. - Non è condivisibile neppure il rilievo della indebita omologazione, da parte del modello indennitario delineato dalla normativa in esame, di situazioni diverse. Come, ad esempio, la situazione del lavoratore il quale ottenga una sentenza favorevole in tempi brevi, possibilmente in primo grado, rispetto a quella di chi risulti vittorioso solo a notevole distanza di tempo (magari nei gradi successivi di giudizio). Ovvero del datore di lavoro il quale spontaneamente riammetta in servizio il prestatore nelle more del processo, pagandogli, intanto, il corrispettivo, rispetto ad altro datore che abbia invece "resistito" ad oltranza, evitando di riprendere con sé il lavoratore.

È evidente che si tratta di inconvenienti solo eventuali e di mero fatto, che non dipendono da una sperequazione voluta dalla legge, ma da situazioni occasionali e talora patologiche (come l'eccessiva durata dei processi in alcuni uffici giudiziari). Siffatti inconvenienti - secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte - non rilevano ai fini del giudizio di legittimità costituzionale (sentenze n. 298 del 2009, n. 86 del 2008, n. 282 del 2007 e n. 354 del 2006; ordinanze n. 102 del 2011, n. 109 del 2010 e n. 125 del 2008). Sicché, non è certo dalle disposizioni legislative censurate che possono farsi discendere, in via diretta ed immediata, le discriminazioni ipotizzate.

Peraltro, presunte disparità di trattamento ricollegabili al momento del riconoscimento in giudizio del diritto del lavoratore illegittimamente assunto a termine devono essere escluse anche per la ragione che il processo è neutro rispetto alla tutela offerta,

mentre l'ordinamento predispone particolari rimedi, come quello cautelare, intesi ad evitare che il protrarsi del giudizio vada a scapito delle ragioni del lavoratore (sentenza n. 144 del 1998), nonché gli specifici meccanismi riparatori contro la durata irragionevole delle controversie di cui alla legge 24 marzo 2001, n. 89 (Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'art. 375 del codice di procedura civile).

Inoltre, la garanzia economica in questione non è né rigida, né uniforme. Piuttosto, la normativa in esame, anche attraverso il ricorso ai criteri indicati dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966, consente di calibrare l'importo dell'indennità da liquidare in relazione alle peculiarità delle singole vicende, come la durata del contratto a tempo determinato (evocata dal criterio dell'anzianità lavorativa), la gravità della violazione e la tempestività della reazione del lavoratore (sussumibili sotto l'indicatore del comportamento delle parti), lo sfruttamento di occasioni di lavoro (e di guadagno) altrimenti inattuabili in caso di prosecuzione del rapporto (riconducibile al parametro delle condizioni delle parti), nonché le stesse dimensioni dell'impresa (immediatamente misurabili attraverso il numero dei dipendenti).

Quanto alle ulteriori disparità di trattamento segnalate dal Tribunale di Trani, esse risentono dell'obiettiva eterogeneità delle situazioni. Ed infatti, il contratto di lavoro subordinato con una clausola viziata (quella, appunto, appositiva del termine) non può essere assimilato ad altre figure illecite come quella, obiettivamente più grave, dell'utilizzazione fraudolenta della collaborazione continuativa e coordinata. Difforme è, altresì, la situazione cui dà luogo la cessione illegittima del rapporto di lavoro, laddove, nelle more del giudizio volto ad accertarla, il rapporto corre con il cessionario e la garanzia retributiva rimane assicurata. Altro ancora, infine, è la somministrazione irregolare di manodopera, quando un imprenditore fornisce personale ad un altro al di fuori delle ipotesi consentite dalla legge.

Da ultimo, il Tribunale rimettente denuncia una discriminazione in danno dei lavoratori litiganti in primo grado rispetto a quelli con una causa già pendente in appello o in cassazione, perché - stando alla lettera del comma 7 dell'art. 32 della legge citata - le disposizioni di cui ai commi

precedenti sarebbero, a suo avviso, applicabili solamente ai giudizi pendenti in tribunale.

La questione è priva di fondamento, altresì, sotto tale profilo, perché - come persuasivamente argomentato nell'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione - non v'è alcuna ragione di differenziare il regime risarcitorio di situazioni lavorative sostanziali tutte egualmente sub iudice.

Talché, la novella dev'essere ritenuta applicabile a tutti i giudizi in corso, tanto nel merito, quanto in sede di legittimità.

3.3.4. - Gli artt. 4, 24 e 111 Cost., menzionati dalla Corte di cassazione a latere dell'art. 3, secondo comma, Cost., sembrano evocati più a corredo del vizio denunciato in via principale che a fondamento di autonome censure.

È, infatti, dall'asserita irragionevolezza delle disposizioni legislative censurate che, secondo la prospettazione del collegio rimettente, discenderebbero sia la vanificazione del diritto del cittadino al lavoro, in tesi resa manifesta anche dalla non aderenza di esse alla giurisprudenza comunitaria, sia il pregiudizio all'effettività della tutela giurisdizionale.

Le questioni di legittimità della normativa in esame, comunque, sono parimenti non fondate in relazione a tutti i suddetti parametri costituzionali.

Quanto all'art. 4 Cost., perché questa Corte ha reiteratamente affermato che «resta affidata alla discrezionalità del legislatore la scelta dei tempi e dei modi di attuazione della garanzia del diritto al lavoro» (tra le altre, sentenza n. 419 del 2000). E in questo caso, oltre tutto, la garanzia in questione è stata realizzata mediante la sancita "conversione" del contratto di lavoro.

Non sussiste alcuna lesione del diritto al lavoro neppure sul versante della presunta contravvenzione all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 ed allegato alla direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE (direttiva del Consiglio relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato), come interpretato dalla giurisprudenza comunitaria.

Premesso che nell'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione tali fonti sovranazionali sono invocate esclusivamente a supporto della denunciata violazione dell'art. 4 Cost., l'esigenza di misure di contrasto dell'abusivo ricorso al termine nei contratti di lavoro, non solo proporzionate, ma anche sufficientemente

effettive e dissuasive - quale si ricava dalla succitata normativa europea nella ricostruzione operata dalla Corte di giustizia dell'Unione - risulta nella specie soddisfatta dalla sanzione più incisiva che l'ordinamento possa predisporre a tutela del posto di lavoro. Vale a dire dalla trasformazione del rapporto lavorativo da tempo determinato a tempo indeterminato, corroborata da un'indennità di ammontare certo.

Quanto al parametro tratto dall'art. 24 Cost., con cui nella impostazione della Corte rimettente fa corpo l'art. 111, secondo comma, Cost., nell'ipotesi in oggetto viene in rilievo la disciplina sostanziale delle conseguenze dell'illegittima apposizione di un termine al contratto di lavoro in tema di risarcimento del danno sofferto del lavoratore. Invece, secondo la giurisprudenza consolidata di questa Corte, il presidio costituzionale sopra richiamato attiene al diritto alla tutela giurisdizionale (sentenza n. 419 del 2000) ovvero «attribuisce diritti processuali che presuppongono la posizione sostanziale alla cui soddisfazione essi sono finalizzati, con la conseguenza che la disciplina sostanziale non attiene alla garanzia del parametro suddetto» (sentenza n. 401 del 2008).

3.3.5. - Neppure le questioni di legittimità dell'art. 32, commi 5, 6, e 7, della legge n. 183 del 2010 poste dal Tribunale di Trani in relazione agli artt. 24, 101 e 102 Cost. sono fondate.

Circa la violazione dell'art. 24 Cost. specificamente denunciata dal giudice rimettente, essa non sussiste. In realtà, come già si è osservato, la normativa di riforma - nel dettare una disciplina con effetti retroattivi - ha certamente inciso soltanto sul profilo sostanziale delle regole del risarcimento del danno prodotto dall'illegittima apposizione di una scadenza al contratto di lavoro, preservando, del resto, il nucleo della tutela richiesta dal ricorrente con le proposte domande di caducazione del termine e di ristoro del pregiudizio economico sofferto a cagione dell'interruzione del rapporto.

Quanto poi alla denunciata lesione dell'integrità delle attribuzioni costituzionali dell'autorità giudiziaria, questa Corte ha precisato, in più occasioni, che la sfera riservata al potere giurisdizionale non è violata quando il legislatore ordinario non tocca la potestà di giudicare, ma opera sul piano generale ed astratto delle fonti, costruendo il modello normativo cui la decisione del giudice deve

riferirsi (sentenze n. 170 del 2008 e n. 432 del 1997; ordinanza n. 263 del 2002). Conseguentemente, con le disposizioni censurate, il legislatore non ha vulnerato le attribuzioni del potere giudiziario, perché, forfezzando il risarcimento spettante al lavoratore invalidamente assunto a termine, si è mosso legittimamente sul piano delle fonti, senza ingerirsi nella specifica risoluzione delle concrete fattispecie in contenzioso.

4. - La Corte di cassazione ed il Tribunale di Trani sollevano, inoltre, questioni di legittimità dell'art. 32, commi da 5 a 7, della legge n. 183 del 2010 in relazione all'art. 117, primo comma, Cost., con l'interposizione dell'art. 6, primo comma, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 5 agosto 1955, n. 848.

Ad avviso dei giudici a quibus, in contrasto con il parametro costituzionale integrato dall'art. 6 CEDU (cui il rimettente pugliese affianca quelli tratti dagli artt. 11 e 111 Cost.), le disposizioni censurate segnerebbero un'ingiustificata intromissione del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia, tale da influire sulla decisione di singole controversie o su un gruppo di esse. Con ciò, i lavoratori già precariamente assunti sarebbero privati di una parte dei diritti già riconosciuti in loro favore dalla normativa previgente, in difetto di "ragioni imperative di interesse generale" che possano eccezionalmente autorizzare, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, un intervento del legislatore volto ad incidere sui processi in corso.

4.1. - Con riferimento alle questioni poste in proposito dalla Corte di cassazione, la società ricorrente nel giudizio principale e il Presidente del Consiglio dei ministri eccepiscono la loro inammissibilità, perché la Corte rimettente non avrebbe censurato specificamente il comma 7 dell'art. 32 della legge n. 183 del 2010 - ossia la disposizione che sancisce la riferibilità della novella a tutti i giudizi anche pendenti e, dunque, l'efficacia retroattiva della norma -, ma i soli commi 5 e 6. Ciò risulterebbe sia dal dispositivo dell'ordinanza, sia dall'illustrazione delle questioni offerta nella parte motiva del provvedimento. Con la conseguenza che le censure mosse ad una presunta intromissione del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia sarebbero prive di oggetto.

L'eccezione non è fondata.

È vero, infatti, che il giudice a quo si sofferma lungamente sul comma 7 del citato art. 32 per accreditarne l'applicabilità - secondo un'interpretazione a suo dire costituzionalmente orientata - a tutti i giudizi, compreso il proprio. Ma è altrettanto certo che, in tal modo, anche detto comma finisce per essere ineluttabilmente attratto nell'oggetto delle censure.

4.2. - Nel merito, neppure tali questioni sono fondate.

Sui rapporti tra l'art. 117, primo comma, Cost. e le norme della CEDU, nella ricostruzione ermeneutica della Corte europea dei diritti dell'uomo, questa Corte ha più volte ribadito i principi fissati con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007, che devono intendersi in questa sede richiamati.

Alla stregua di tali principi, qualora il contrasto tra la disciplina censurata e le norme della CEDU non possa essere risolto in via interpretativa, questa Corte deve accertare se le disposizioni interne in questione siano compatibili con quelle della CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo ed assunte quali fonti integratrici dell'indicato parametro costituzionale e, nel contempo, verificare se le norme convenzionali interposte, sempre nell'interpretazione fornita dalla medesima Corte europea, non si pongano in conflitto con altre norme conferenti dell'ordinamento costituzionale italiano.

Ma se questa Corte non può prescindere dall'interpretazione della Corte di Strasburgo di una disposizione della CEDU, essa può, nondimeno, interpretarla a sua volta, beninteso nel rispetto sostanziale della giurisprudenza europea formatasi al riguardo, ma «con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi (sentenza n. 311 del 2009)» (sentenza n. 236 del 2011).

Questa Corte, insomma, intende qui ribadire che essa ha il potere di «verificare se la norma della CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione» (sentenza n. 311 del 2009), «ipotesi nella quale dovrà essere esclusa la idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro considerato» (sentenza n. 113 del 2011). Ovvero di «valutare come ed in qual misura il prodotto

dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza» (sentenza n. 317 del 2009).

Orbene, con specifico riguardo all'art. 6 CEDU, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ripetutamente riconosciuto che «se, in linea di principio, nulla vieta al potere legislativo di regolamentare in materia civile, con nuove disposizioni dalla portata retroattiva, diritti risultanti da leggi in vigore, il principio della preminenza del diritto e il concetto di processo equo sanciti dall'art. 6 ostano, salvo che per imperative ragioni di interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia al fine di influenzare l'esito giudiziario di una controversia (sentenze Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis, § 49, serie A n. 301-B; Zielinski e Pradal & Gonzalez ed altri, § 57). [...] inoltre [...] l'esigenza della parità delle armi implica l'obbligo di offrire a ciascuna parte una ragionevole possibilità di presentare la propria causa senza trovarsi in una situazione di netto svantaggio rispetto alla controparte (si vedano in particolare le sentenze *Dombo Beheer B.V. c. Paesi Bassi* del 27 ottobre 1993, § 33, serie A n. 274, e *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis*, succitata, § 46)» (*Agrati c. Italia*, 7 giugno 2011, § 8; v., altresì, *Maggio e altri c. Italia*, 31 maggio 2011, § 43, nonché, per una ricognizione dei casi sino ad allora trattati, sentenza di questa Corte n. 311 del 2009).

L'esame della giurisprudenza della Corte di Strasburgo evidenzia che il veto al legislatore d'interferire nell'amministrazione della giustizia è inteso ad evitare ogni influenza sulla soluzione giudiziaria di una controversia (o di un gruppo di controversie) di cui sia parte lo Stato, salvo che per imperative ragioni d'interesse generale. In effetti, pressoché in tutti i casi sopra richiamati, la violazione dei diritti sanciti dall'art. 6, paragrafo 1, CEDU è stata ravvisata nel fatto che lo Stato fosse intervenuto in modo decisivo al fine di garantirsi l'esito favorevole di processi nei quali era parte.

Alla luce dei principi enunciati dalla giurisprudenza europea, il contrasto denunciato dalla Corte di cassazione e dal Tribunale di Trani non sussiste.

Ricorrono, infatti, tutte le condizioni in presenza delle quali la Corte di Strasburgo ritiene compatibili con l'art. 6 CEDU nuove disposizioni dalla portata retroattiva volte a regolare, in materia civile, diritti già risultanti da leggi in vigore.

In primo luogo, la innovativa disciplina in questione è di carattere generale. Sicché, essa non favorisce selettivamente lo Stato o altro ente pubblico (o in mano pubblica), perché le controversie su cui essa è destinata ad incidere non hanno specificamente ad oggetto i rapporti di lavoro precario alle dipendenze di soggetti pubblici, ma tutti i rapporti di lavoro subordinato a termine. Anzi, a ben vedere, lo Stato-datore di lavoro pubblico a termine, cui la regola della conversione del contratto a termine non si applica ai sensi dell'art. 36, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), non figura neppure tra i destinatari delle disposizioni censurate.

Inoltre sussistono in ogni caso, con riferimento alla giurisprudenza della CEDU, motivi per giustificare un intervento del legislatore con efficacia retroattiva.

Questa Corte ritiene a tal proposito di dover ribadire che la salvezza dei "motivi imperativi d'interesse generale", in questa sede rilevanti, lascia ai singoli Stati contraenti il compito e l'onere di identificarli. Ciò, in quanto essi si trovano nella posizione migliore per enucleare gli interessi che stanno alla base dell'esercizio del potere legislativo. Si conferma, così, l'avviso che «le decisioni in questo campo implicano [...] una valutazione sistematica di profili costituzionali, politici, economici, amministrativi e sociali che la Convenzione europea lascia alla competenza degli Stati contraenti, come è stato riconosciuto, ad esempio, con la formula del margine di apprezzamento, nel caso di elaborazione di politiche in materia fiscale, salva la ragionevolezza delle soluzioni normative adottate (come nella sentenza *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c.*



Regno Unito, del 23 ottobre 1997)» (sentenza n. 311 del 2009).

Orbene, alla luce dei rilievi in precedenza svolti, le ragioni di utilità generale possono essere nella specie ricondotte all'avvertita esigenza di una tutela economica dei lavoratori a tempo determinato più adeguata al bisogno di certezza dei rapporti giuridici tra tutte le parti coinvolte nei processi produttivi, anche al fine di superare le inevitabili divergenze applicative cui aveva dato luogo il sistema previgente.

Il legislatore nazionale vi ha dato risposta con una scelta di forfezzazione indennitaria del risarcimento del danno spettante al lavoratore illegittimamente assunto a tempo determinato, in sé proporzionata, nonché complementare e funzionale al riaffermato primato della garanzia del posto di lavoro.

Non è, dunque, sostenibile che la retroattività degli effetti dell'art. 32, commi 5 e 6, della legge n. 183 del 2010 - come disposta dal successivo comma 7 - abbia prodotto un'ingerenza illecita del legislatore nell'amministrazione della giustizia, onde alterare la soluzione di una o più controversie a beneficio di una parte.

Invero, la normativa de qua, escluso ogni vantaggio mirato per lo Stato od altro soggetto pubblico, impone non irragionevolmente anche per il passato, con il limite invalicabile della cosa giudicata, un meccanismo semplificato di liquidazione del danno.

Del resto, l'applicabilità della nuova disciplina a tutti i giudizi pendenti è coerente con quanto affermato da questa Corte nella sentenza n. 214 del 2009, con cui essa ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 (Attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES), introdotto dall'art. 21, comma 1-bis, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133. La norma succitata - che, in caso di violazione della normativa sui contratti a termine, prevedeva un'indennità economica, ma, significativamente, non anche la conversione del contratto a termine - è stata espunta dall'ordinamento proprio perché differenziava

irragionevolmente il trattamento «di un gruppo di fattispecie selezionate in base alla circostanza, del tutto accidentale, della pendenza di una lite giudiziaria tra le parti del rapporto di lavoro», ad una data, quella di entrata in vigore della novella (22 agosto 2008), come se non bastasse «anch'essa sganciata da qualsiasi ragione giustificatrice».

Donde l'esigenza - stavolta pienamente realizzata seguendo un criterio più equilibrato di omogeneità di disciplina - di parificare situazioni di fatto identiche, a prescindere dalla data d'introduzione del giudizio.

4.2.1. - Parimenti non sussiste la violazione, meramente asserita, dell'art. 111 Cost., poiché, come già si è osservato, il legislatore non ha inteso privilegiare una parte, tanto meno pubblica, interessata alla soluzione di una specifica categoria di controversie, ma si è limitato a razionalizzare con un intervento di carattere generale - ponderatamente esteso ai rapporti ancora sub iudice - il regime risarcitorio del danno conseguente alla violazione della normativa vincolistica in materia di contratti di lavoro a termine.

4.2.2. - Residua la supposta lesione dell'art. 11 Cost., adombrata dal Tribunale di Trani con il richiamo all'adesione dell'Unione europea alla CEDU e all'inclusione dei diritti fondamentali di fonte convenzionale nel diritto dell'Unione con il rango di principi generali.

A tale riguardo, in primo luogo, non ha pregio l'argomento tratto dalla prevista adesione dell'Unione europea alla CEDU, per l'assorbente ragione che l'adesione non è ancora avvenuta, rendendo allo stato improduttiva di effetti la statuizione del paragrafo 2 del nuovo art. 6 del Trattato sull'Unione europea, come modificato dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, ratificato e reso esecutivo con legge 2 agosto 2008, n. 130 (sentenza n. 80 del 2011).

Inoltre, questa Corte ha già avuto modo di chiarire che, in linea di principio, dalla qualificazione dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come principi generali del diritto comunitario non può farsi discendere la riferibilità alla CEDU del parametro di cui all'art. 11 Cost., né, correlativamente, la spettanza al giudice comune del potere-dovere di non applicare le norme interne contrastanti con la predetta Convenzione (sentenza n. 349 del 2007).

La validità di tale assunto è stata confermata anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nelle materie regolate dalla sola normativa nazionale, fermo restando tuttora che «i principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie cui il diritto comunitario (oggi, il diritto dell'Unione) è applicabile, [...]» (sentenza n. 80 del 2011). Ed è questa l'ipotesi che ricorre in questa sede, poiché il giudizio a quo ha ad oggetto una fattispecie, come quella del lavoro a tempo determinato, contemplata dal diritto comunitario (oggi dell'Unione).

Tuttavia, le susesposte ragioni della conformità delle disposizioni in esame all'art. 6 CEDU consentono di escludere, allo stesso modo, la violazione del diritto fondamentale da esso garantito, ancorché integrato nel diritto dell'Unione come principio generale.

Conseguentemente, anche sotto tale profilo, la censura in esame è priva di fondamento.

P.Q.M.

#### LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi, dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 32, commi 5, 6 e 7, della legge 4 novembre 2010, n. 183 (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), sollevate, con riferimento agli artt. 3, 4, 11, 24, 101, 102, 111 e 117, primo comma, della Costituzione, dalla Corte di cassazione e dal Tribunale di Trani con le ordinanze indicate in epigrafe.

(*Omissis*)

\* \* \* \* \*

#### NOTA

La Corte Costituzionale con sentenza n. 303 emessa il 9 novembre 2011 interviene sulle questioni di legittimità costituzionale riferite all'art. 32, commi 5,

6 e 7 della L. n. 4 novembre 2010 n. 183, il cd. Collegato lavoro, poste rispettivamente dalla Corte di Cassazione con ordinanza del 28 gennaio 2011 e dal Tribunale di Trani con ordinanza del 20 dicembre 2010, in relazione agli artt. 3, 4, 11, 24, 101, 102, 111 e 117, 1° comma Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6, primo comma della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

Al fine di poter meglio comprendere la portata della presente sentenza, è utile tracciare il quadro di riferimento su cui essa innesta. Infatti, l'art. 32, commi 5, 6 e 7 del Collegato lavoro è intervenuto in riforma della precedente disciplina relativa alla determinazione del risarcimento riconosciuto in favore del lavoratore, in caso d'illegittima apposizione del termine al proprio contratto di lavoro, statuendola nella misura compresa tra le 2,5 e 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto percepita. Inoltre, si precisa che, ai sensi del comma 6 della norma in esame, in caso di contratti collettivi che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato di lavoratori occupati a termine nell'ambito di specifiche graduatorie, l'indennità predetta può ridursi della metà. Infine, quale disposizione di chiusura della norma, al comma 7 della stessa si precisa il proprio ambito di applicazione, esteso a tutte le controversie pendenti al momento dell'entrata in vigore della Collegato lavoro, fatto salvo il limite del giudicato.

Punto focale delle pronunce di remissione alla Corte Costituzionale appare in primis la determinazione della legittimità della norma, laddove sancisce ai commi 5 e 6 la forfetizzazione onnicomprensiva del risarcimento da corrispondere al lavoratore in caso apposizione illegittima del termine al contratto di lavoro, compreso tra le 2,5 e le 12 mensilità. Difatti, le censure espresse dai giudici di Trani e della Suprema Corte vertono sulla compressione ingiustificata del diritto del lavoratore a percepire un'indennità parametrata all'effettivo danno subito ed al tempo compreso tra la cessazione del rapporto lavorativo e

l'effettiva declaratoria dell'illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro. Inoltre si osserva che in mancanza di tale forma di tutela predisposta per legge, si legittimerebbero condotte dilatorie dei datori di lavoro, mirate a procrastinare la definizione dei giudizi in materia, in virtù della tassativizzazione aprioristica dell'entità del risarcimento, prescindendo dunque dalla durata della controversia giudiziale.

Pertanto i giudici *a quo* ritengono che si darebbe luogo ad un'illegittima forfezzazione dell'indennità corrisposta al lavoratore e si renderebbe del tutto ininfluenza il termine *ad quem* nel quale trovi accertamento l'illegittimità del termine apposto, nonché secondo il giudice del Tribunale di Trani vi potrebbe anche essere spazio per ipotizzare una lesione del diritto alla regolarizzazione contributiva. Di conseguenza, non solo si violerebbero i precetti di uguaglianza ed il diritto/dovere al lavoro di cui agli artt. 3 e 4 Cost. nonché, come rilevato l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato del 18 marzo 1999 ed allegato alla direttiva 28 giugno 1999, n.4 1999/70/CE, si lederebbe il diritto di difesa del lavoratore ex art. 24 Cost..

La problematica illustrata si è posta anche in relazione alla compatibilità tra la normativa del Collegato lavoro e quella comunitaria, in specie in riferimento all'art. 6 della CEDU, in ragione dell'obbligo di cui all'art. 117 Cost. di armonizzazione della legislazione degli Stati membri e del divieto di interferenze del potere legislativo statale nel sistema di amministrazione della giustizia, fatta eccezione per i casi connessi a particolari esigenze di natura imperativa d'interesse generale e socio-economica.

La Corte nel tracciare i profili di presunta incompatibilità costituzionale dell'art. 32 del Collegato lavoro muove innanzitutto dalla *ratio legis* a presidio della novella. Difatti, la motivazione principale che ha condotto il Legislatore alla riforma della disciplina delle controversie di lavoro e, nel caso di specie del lavoro a termine, è stata la necessità di

determinare in modo preciso ed obiettivo i parametri cui ancorare il riconoscimento dell'indennità spettante al lavoratore, non solo nella propria misura ma soprattutto escludendo quelli che in passato sono stati indici d'influenza della stessa, quali i criteri di *aliunde perceptum* ed *aliunde percipiendum*, rispettivamente corrispondenti alla retribuzione che il lavoratore ha percepito da altra attività lavorativa nelle more della cessazione del contratto a termine e ciò che avrebbe potuto percepire attivandosi per cercare lavoro.

La ricostruzione della fattispecie della Corte prosegue segnalando la precarietà e la pericolosità dell'impiego di tali criteri al fine di limitare il risarcimento riconosciuto al lavoratore, la cui indagine spesso risulta eccessivamente artificiosa.

A tale precisazione segue dunque la pronuncia di piena legittimità dell'art. 32 della L. n. 183/2010 che, sulla scorta di un'interpretazione costituzionalmente orientata, sancisce che l'indennità risarcitoria tassativizzata spettante al lavoratore, non sostituisce ma si aggiunge al diritto del lavoratore a percepire le mancate retribuzioni maturate fino alla riammissione in servizio, qualora si accerti l'illegittimità della condotta datoriale, persino nel caso in cui non vi sia in concreto la ricostituzione del rapporto di lavoro. Di conseguenza, non vi sarebbe alcun contrasto tra la disciplina prevista dalla norma suddetta ed i principi di tutela del lavoratore previsti dal diritto comune, poiché diversamente opinando si svuoterebbe la stessa essenza della norma che prevede la ricostituzione del rapporto lavorativo, se ciò non avesse alcun tipo di riverbero sul danno ingiustamente patito dal lavoratore nelle more della pronuncia. Inoltre, si precisa che il nuovo regime risarcitorio non ammette la detrazione da quest'ultimo del cd. *aliunde perceptum* dunque anche qualora il lavoratore percepisca un reddito da lavoro in *medio tempore* rispetto alla declaratoria d'illegittimità del termine contrattuale avrà diritto alla corresponsione dell'indennità prevista per legge.

Invero, quanto asserito dalla Corte non si discosta da quanto già affermato dallo stesso Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione nel senso che la nuova disciplina sia applicabile da un lato ai casi di conversione del contratto a termine in tempo indeterminato e dall'altro lato prevede a carico del datore una indennità onnicomprensiva e conferma la cumulatività tra il risarcimento di cui all'art. 32 e le retribuzioni maturate dal lavoratore, in caso di riconoscimento d'illegittima apposizione del termine al contratto. In ragione di ciò, non si ravvede quindi nemmeno la violazione dell'art. 4 Cost., proprio perché si afferma la discrezionalità del Legislatore nella scelta degli strumenti di tutela del lavoratore, nonché la permanenza della stessa assicurando la garanzia della stabilizzazione del rapporto di lavoro, in caso di pronuncia accertativa dell'illegittimità del termine contrattuale.

Quanto poi alla presunta violazione delle disposizioni di cui agli artt. 24, 101, 102 e 111 Cost. la Corte rileva che l'intervento di riforma operato con la L. n. 183/2010 ha inciso nell'ambito dei parametri cui ancorare la determinazione del risarcimento del danno occorso al lavoratore e non i profili processuali attraverso i quali debba esplicarsi l'attività del giudice. Di conseguenza, non può ritenersi né censurabile la retroattività della novella, né tantomeno il presunto conflitto con le prerogative dell'organo giudicante, incidendo solo sul *quantum* del risarcimento e non sull'*an*.

Ulteriore precisazione viene espressa anche in merito alla questione riguardante la riduzione alla metà del risarcimento in caso di contratti o accordi collettivi nazionali, territoriali o aziendali, stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie. Infatti, la norma attiene all'ipotesi in cui, verosimilmente per far fronte a un contenzioso seriale di

notevole dimensione, le parti sociali abbiano predisposto una graduatoria nominativa dei lavoratori già occupati a termine, per i quali sia prevista nel tempo l'assunzione a tempo indeterminato o a termine, e, nondimeno, il lavoratore abbia agito in giudizio per far valere la nullità, senza attendere la maturazione del proprio diritto secondo la convenzione. La Corte non accoglie la censura d'illegittimità del comma 6 dell'art. 32, poiché ricorda a tal proposito che da costante orientamento legislativo emerge la preferenza accordata a strumenti collettivi di ricollocamento ed assorbimento del personale.

Giungendo al presunta disparità di trattamento che sussisterebbe tra coloro i quali fossero interessati da una celere definizione della controversia di lavoro instaurata o meno, i giudici della Consulta spiegano che la ratio che deve presiedere all'emanazione di una norma processuale, ovvero la sua applicabilità diffusa e generale, non deve essere inficiata da contingenze circoscritte che contraddistinguono talune realtà e "*che non dipendono da una sperequazione voluta dalla legge, ma da situazioni occasionali e talora patologiche*". Pertanto, la presunta discriminazione operata dalla novella sarebbe unicamente attribuibile a storture applicative dei singoli uffici giudiziari e non ad un intento normativo specifico, né tantomeno censurabile, tenendo conto anche che la determinazione della misura del risarcimento è parametrata anche ai sensi dell'art. 8 della L. n. 604/1966, come la durata del contratto a tempo determinato, la gravità della violazione e la tempestività della reazione del lavoratore, lo sfruttamento di occasioni di lavoro altrimenti inattuabili in caso di prosecuzione del rapporto, nonché le stesse dimensioni dell'impresa.

Le ordinanze di rimessione della Cassazione e del Tribunale di Trani sollevavano la presunta incompatibilità tra l'art. 32, comma 7 del Collegato lavoro e la disposizione di cui all'art. 117 Cost. in combinato disposto con l'art. 6, comma 1,

della CEDU, laddove esplicita che gli interventi degli Stati membri nell'amministrazione della giustizia possono avvenire solo per "*ragioni imperative di interesse generale*" e per motivazioni connesse alla realtà socio-economica.

La Consulta affronta la questione ribaltando il punto di vista posto dai giudici *a quo* e partendo dalla prassi giurisprudenziale europea, afferma che è prerogativa della stessa Corte Costituzionale valutare una norma comunitaria rispetto ad una interna "*con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi (sentenza n. 311 del 2009)*" (sentenza n. 236 del 2011).

Pertanto, laddove si proceda ad una valutazione dell'intervento della L. n. 183/2010 in relazione all'art 6 della CEDU che integra il comma 1, dell'art. 117 Cost. sarà necessario effettuare un'interpretazione armonizzatrice, qualora sia possibile, delle disposizioni comunitarie ed interne, fermo restando che nulla vieta al Legislatore nazionale di poter intervenire su questioni di diritto civile che ritenga importanti anche se ciò confliggesse parzialmente con disposizioni comunitarie. Dunque, l'interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale predilige una lettura dell'intervento legislativo maggiormente volto a garantire la certezza dei rapporti giuridici piuttosto che il rigido rispetto dei canoni stringenti comunitari, e quindi ad estendere l'applicazione della novella a tutte le controversie pendenti al momento della sua entrata in vigore, indipendentemente dal grado di giudizio su cui s'intervenga. Di conseguenza, prosegue la Corte, nulla osta all'applicazione retroattiva dell'art. 32 della L. n. 183/2010, in quanto si ribadisce che gli stessi principi ordinatori della Comunità Europea consentono agli Stati membri, nell'ambito delle valutazioni attinenti alle ragioni di opportunità politica, economica e giuridica ed in armonia con i precetti costituzionali nazionali, d'intervenire

finanche con efficacia retroattiva sulle questioni di diritto processuale.

Alla luce di ciò, l'intervento del legislatore italiano è quindi orientato alla predisposizione di garanzie e tutele certe per i lavoratori a tempo determinato, individuando un sistema di forfezzazione dell'indennità risarcitoria da corrispondere in suo favore in caso di riconoscimento dell'illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro, che si afferma nella sua complementarietà e non alternatività, rispetto alla tutela fondamentale del posto di lavoro.

A sostegno di ciò, la Consulta ribadisce quanto affermato nella pronuncia della stessa Corte n. 214 del 2009, con la quale si dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art 4-bis del D.lgs. n. 368/2001, il quale disponeva in via alternativa la corresponsione al lavoratore dell'indennità risarcitoria rispetto alla reintegrazione nel posto di lavoro, proprio in ragione della necessità di attribuire un pari trattamento per tutti i lavoratori.

La pronuncia della Corte Costituzionale interviene con intento "conciliativo" in relazione alla molteplice perplessità sollevate sia dal giudice del Tribunale di Trani quanto da quelli della Suprema Corte di Cassazione circa il tenore della disposizione introdotta con l'art. 32 della L. n. 183/2010, il cd. Collegato lavoro. Infatti, l'obiettivo suddetto traspare dall'opportuna precisazione che il risarcimento in misura forfezzata riconosciuto al lavoratore sia da intendersi unicamente riferibile al periodo "intermedio", che decorre dalla scadenza del termine fino alla sentenza che ne accerta la nullità e dichiara la conversione del rapporto, mentre per il periodo successivo il datore di lavoro è obbligato a riammettere in servizio il lavoratore ed in ogni caso a corrispondere le retribuzioni dovute anche in ipotesi di mancata riammissione effettiva, laddove il predetto abbia offerto la propria prestazione. L'interpretazione "*costituzionalmente e comunitariamente orientata*" adottata dalla Corte appare in linea di massima condivisibile, se non altro in ragione di una

determinazione dei profili risarcitori che mira a contemperare le esigenze contrapposte datoriali e dei lavoratori. Tale affermazione trova conferma nella circostanza che la valutazione dell'indennità da corrispondere al lavoratore, specie nel caso di fattispecie di lavoro flessibili come nel caso in analisi, possa essere nella pratica processuale sviata da quello che dovrebbe essere l'obiettivo primario, ovvero una giusta ed equa valutazione del danno patito, laddove venga riscontrato ed adeguatamente accertato.

Pertanto, l'orientamento della Corte, che mira ad una mediazione tra le posizioni contrapposte in materia, sembra cogliere l'aspetto più importante in relazione ai rapporti di lavoro, specie in un periodo in cui il confine tra flessibilità e precarietà è sempre più labile, ovvero che la più grande ed imprescindibile tutela per il lavoratore è la garanzia del posto di lavoro.

Ciò è sintomatico della volontà della Consulta di superare le critiche rivolte, forse non del tutto immeritatamente, alla legge in analisi di operare una forfetizzazione del danno in favore di un datore di lavoro che possa calcolare aprioristicamente "il costo" di un impiego fraudolento dei contratti a termine.

Tuttavia, non ci si può esimere dal constatare che probabilmente la stessa Corte non giudica con la dovuta contezza le reali situazioni dei tribunali italiani, quando definisce fenomeni "*occasionalità e talvolta patologici*" i comportamenti dilatori che potrebbero essere adottati dalle compagini datoriali, una volta determinata in via forfettaria l'indennità risarcitoria da corrispondere in caso di accertamento dell'illegittimità del termine contrattuale.

Infine, la Corte Costituzionale ha considerato legittima la norma anche per la parte in cui è disposta la sua efficacia retroattiva, con il limite invalicabile della cosa giudicata, poiché introduce introdotto un meccanismo semplificato di liquidazione del danno, parificando situazioni di fatto identiche, indipendentemente dalla data di introduzione del giudizio, nonché dal grado

dello stesso, per l'effetto razionalizzando il regime risarcitorio del danno conseguente alla violazione della normativa in materia di contratti di lavoro a termine.

Sul punto è appena il caso di esprimere alcune perplessità sulla determinazione raggiunta dalla Corte, non tanto in ragione dei vincoli di carattere comunitario di cui all'art. 6 della CEDU, che vengono superati dalla facoltà concessa alla Consulta di contemperare le disposizioni comunitarie con il limite invalicabile delle norme di rango costituzionale interne, ma piuttosto in virtù di un principio, quest'ultimo da sempre presente nel nostro ordinamento di cui al combinato disposto dell'art. 25 Cost. e 11 delle Preleggi, per il quale "*La legge dispone per l'avvenire*" e dunque una deviazione da tale asserto, sebbene in dipendenza da esigenze contingenti di mercato ed economia, non sembra condivisibile in Stato democratico ed il cui fondamento è il lavoro.

# Giurisprudenza di merito





## LEGITTIMITA' DEL PROCEDIMENTO DI STABILIZZAZIONE SUCCESSIVAMENTE DICHIATATO INCOSTITUZIONALE

di Daniela Cervellera

**Tribunale di Trani - Sez. lavoro  
Sentenza 7 novembre 2011  
(Giudice dr.ssa Maria Antonietta Lanotte  
Chirone)**

*E' illegittimo il provvedimento risolutivo del rapporto di lavoro notificato dalla A.S.L. al professionista assunto con contratto a tempo indeterminato in qualità di dirigente avvocato - ad esito di una procedura di stabilizzazione del personale precario (in esecuzione dell'art. 3, comma 40, L.R. Puglia) per avere lo stesso prestato servizio in forza di un pluralità di contratti a tempo determinato (e di successive proroghe) - in quanto, nonostante l'intervenuta illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 40 della L.R. Puglia n. 40/2007 (dichiarata con sentenza n. 42 del 7/02/2011) e l'entrata in vigore dell'art. 16, comma 8, del D.L. n. 98/2011 che dichiara nulli di diritto i provvedimenti in materia di personale adottati dalla P.A. posti in essere in base a disposizioni dichiarate costituzionalmente illegittime, l'efficacia retroattiva delle sentenze dichiarative di illegittimità costituzionale, si arresta di fronte al giudicato o al decorso dei termini di prescrizione o decadenza (rapporti esauriti) stabiliti per l'esercizio di determinati diritti, né sussiste un interesse legislativo retroattivo.*

*(Omissis)*

### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato in data 23/9/2011 la parte istante ha esposto:

a) che in data 4/9/2009 all'esito di una procedura di stabilizzazione del personale precario, avviata dall'ASL BT, in esecuzione dell'art. 3, comma 40 della L.R. pugliese n. 40 del 31/12/2007, aveva sottoscritto con la medesima ASL, con contratto di lavoro a tempo indeterminato, in

forza del quale era stata assunta in qualità di Dirigente Avvocato; b) che prima di tale assunzione, aveva prestato servizio nella medesima veste, alle dipendenze della medesima ASL, già nel settembre 2004, in forza di una pluralità di contratti a tempo determinato (e di successive proroghe), tutti, a suo dire, palesemente illegittimi; c) che la Consulta con sentenza n. 42 del 7/2/2011 (pubblicata sulla G.U. del 16/2/2011 e sul BURP n. 29 del 24/2/2011) aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale del citato art. 3, comma 40 della L.R. n. 40/2007; d) che in data 6/7/2011 era entrato in vigore l'art. 16, comma 8 del D.L. n. 98 di pari data che aveva disposto che "i provvedimenti in materia di personale adottati dalle pubbliche amministrazioni ..., ed in particolare le assunzioni a tempo indeterminato, incluse quelle derivanti dalla stabilizzazione o trasformazione di rapporti a tempo determinato ..., posti in essere in base a disposizioni delle quali venga successivamente dichiarata l'illegittimità costituzionale sono nulle di diritto e viene ripristinata la situazione preesistente a far data dalla pubblicazione della relativa sentenza della Corte Costituzionale ..."; e) che l'ASL BT, con provvedimento n. 1127 del 20/7/2011 comunicato con nota datata 18/8/2011 sul presupposto che detta norma avesse efficacia retroattiva, aveva dichiarato la nullità dell'intero processo di stabilizzazione che aveva portato alla sua assunzione e del contratto a tempo indeterminato che aveva sottoscritto in data 4/9/2009 all'esito di una procedura concorsuale; f) che l'atto di recesso in quanto illegittimo, andava annullato e l'ASL convenuta condannata a reintegrarla nel suo posto di lavoro, a risarcirle il danno e a versare i contributi omessi; g) che, ove anche quel recesso fosse stato ritenuto legittimo, aveva comunque diritto, ai sensi dell'art. 5, comma 4-bis, del D.lgs. n. 368/2001 a vedersi convertito il rapporto a termine in un

rapporto di lavoro a tempo indeterminato, avendo prestato servizio per oltre 36 mesi.

Costituitasi in giudizio l'ASL BT ha eccepito il difetto di giurisdizione del giudice adito e, nel merito, ha concluso per il rigetto del ricorso, in quanto infondato.

All'udienza odierna, la causa, ritenuta matura per la decisione, è stata discussa e decisa con sentenza contestuale.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorso è fondato e va pertanto accolto.

I. Preliminarmente, va disattesa l'eccezione di difetto di giurisdizione dell'AGO, formulato dall'ASL convenuta, in quanto, nel caso di specie, oggetto del contendere è legittima o meno di un atto di gestione del rapporto di lavoro, successivo alla sottoscrizione del contratto a tempo indeterminato.

II. Passando al merito, come risulta dagli atti di causa ed è, comunque, incontrovertito tra le parti, l'ASL BT si è determinata a risolvere il rapporto di lavoro a tempo indeterminato con la parte ricorrente, per due ordini di motivi concorrenti: innanzitutto, perché la Corte Costituzionale, con sentenza n. 42 del 7 febbraio 2011, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 40, della legge della Regione Puglia n. 40/2007<sup>1</sup>

<sup>1</sup> In forza della quale "Nel corso del triennio 2008-2010 le aziende sanitarie e gli IRCCS pubblici procedono alla stabilizzazione del personale del ruolo della dirigenza medico veterinaria, sanitaria, professionale, tecnica e amministrativa assunto con incarico a tempo determinato e in servizio alla data di entrata in vigore della presente legge. Entro il 31 gennaio 2008 le aziende sanitarie e gli IRCCS pubblici provvedono alla definizione di un piano di stabilizzazione del personale, di cui al presente comma, nell'ambito dei posti vacanti nella dotazione organica ovvero nell'ambito di una revisione della consistenza della stessa sulla base di una più generale programmazione del fabbisogno nonché nel limite delle risorse economiche che all'atto dell'adozione del piano risultino già impegnate a copertura dei costi del rapporto di lavoro precario e del limite finanziario imposto dal comma 565 della l. 296/2006. Al processo di stabilizzazione il personale, di cui al presente comma, accede, previo superamento di apposita pubblica selezione di natura concorsuale, bandita dall'azienda sanitaria dall'IRCCS pubblico dove presta servizio, con le procedure e i criteri previsti dal decreto del Presidente della Repubblica 10 dicembre 1997, n.

e cioè della norma che ha dato il via alla stabilizzazione del personale precario presso l'azienda convenuta e, in secondo luogo, perché il 6/7/2011 è entrato in vigore l'art. 16, co. 8, del D.L. n. 98/2011<sup>2</sup>. Ebbene, proprio partendo

**483**, qualora in possesso di almeno uno dei seguenti requisiti: essere in servizio alla data di entrata in vigore della presente legge a tempo determinato da almeno tre anni, anche non continuativi; essere in servizio alla data di entrata in vigore della presente legge e che consegua il requisito di cui alla precedente lettera a) in virtù di contratto stipulato anteriormente al 1° dicembre 2007; che sia stato in servizio a tempo determinato per almeno tre anni, anche non continuativi, nel quinquennio anteriore alla data di entrata in vigore della presente legge. Gli IRCCS pubblici possono stabilizzare il personale dirigenziale precario impiegato in attività di ricerca con le stesse procedure indicate nel presente comma, applicando quanto previsto dal comma 520 della l. 296/2006. E' escluso da detto processo di stabilizzazione il personale assunto con qualifiche e profili non attinenti all'attività di ricerca e utilizzato in funzioni amministrative e di supporto non finalizzate all'attività di ricerca. Dal processo di stabilizzazione di cui al presente comma sono esclusi i dipendenti assunti a tempo determinato per la sostituzione di personale assente, con diritto alla conservazione del rapporto di lavoro, i dipendenti in aspettativa presso altre aziende sanitarie o IRCCS pubblici, il personale assunto a tempo determinato per l'attuazione di progetti oggetto di finanziamenti finalizzati e il personale con funzioni apicali. Dal 1° gennaio 2008 le aziende sanitarie e gli IRCCS pubblici per i profili professionali, oggetto di stabilizzazione, non possono procedere a indire ovvero a proseguire procedure concorsuali ovvero utilizzare le graduatorie di concorsi già espletati per la copertura dei posti vacanti destinati all'attuazione del processo di stabilizzazione. Nelle more della conclusione dell'intero processo di stabilizzazione le aziende sanitarie e gli IRCCS pubblici limiteranno il ricorso alle assunzioni a tempo determinato a eccezione di quelle effettuate per l'attuazione di progetti oggetto di finanziamenti finalizzati ovvero per quelle relative alla sostituzione di personale in aspettativa a vario titolo. Fino all'attuazione del processo di stabilizzazione di cui al presente comma sono prorogati contratti a tempo determinato in essere alla data di entrata in vigore della presente legge".

<sup>2</sup> In forza della quale "i provvedimenti in materia di personale adottati dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ed in particolare le assunzioni a tempo indeterminato, incluse quelle derivanti dalla

dall'esame di quest'ultima disposizione di legge – al cui contenuto precettivo l'ASL BT ha ritenuto di essere assoggettata – è opinione di questo giudice che, alla stessa, non possa e non debba essere assegnata l'efficacia retroattiva attribuitale dalla convenuta, posto che – ha ragione la difesa attorea a sostenerlo – per com'è formulata, non interpreta alcuna norma precedente (e quindi, non ha natura d'interpretazione autentica), né dispone espressamente per il passato, così rimanendo assoggettata all'art. 11 delle Disposizioni della legge in generale (sulla <efficacia della legge nel tempo>), in forza del quale, com'è noto “*la legge non dispone che per l'avvenire*” e, quindi, “*non ha effetto retroattivo*”.

Quando, infatti il legislatore ha voluto “forzare” questo principio – che pur non avendo (salvo quanto disposto dall'art. 25, co. 2, Cost.<sup>3</sup>) copertura costituzionale, è ritenuto, per diritto vivente, principio di “*civiltà giuridica*”<sup>4</sup> lo ha detto *expressis verbis*: e, nella specie, non solo non ha richiamato alcuna norma previgente (per certificarne autenticamente il significato), ma

---

*stabilizzazione o trasformazione di rapporti a tempo determinato, ... posti in essere in base a disposizioni delle quali venga successivamente dichiarata l'illegittimità costituzionale sono nulle di diritto e viene ripristinata la situazione preesistente a far data dalla pubblicazione della relativa sentenza della Corte Costituzionale. Ferma l'eventuale applicazione dell'articolo 2126 del codice civile in relazione alle prestazioni eseguite, il dirigente competente procede obbligatoriamente e senza indugio a comunicare agli interessati gli effetti della predetta sentenza sul relativo rapporto di lavoro e sul correlato trattamento economico e al ritiro degli atti nulli”.*

<sup>3</sup> Secondo il quale “nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”.

<sup>4</sup> Il Giudice delle leggi, con riferimento ai limiti delle leggi “retroattive” ha “individuato oltre alla materia penale, altri limiti che attengono alla salvaguardia di norme costituzionali (v., *ex plurimis* le ... sentenze n. 311 del 1995 e n. 397 del 1994), tra i quali i **principi generali di ragionevolezza e di uguaglianza**, quello della **tutela dell'affidamento legittimamente posto sulla certezza dell'ordinamento giuridico** e quello del **rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario** (ciò che vieta di intervenire per annullare gli effetti del giudicato o di incidere intenzionalmente su concrete fattispecie *sub iudice*)” (Corte Cost. 22.11.2000 n. 525).

non ha neppure statuito che la novella dovesse (fosse stata dettata per) disciplinare anche fattispecie pregresse.

Ed è solo per questo (e cioè per il difetto di rilevanza che ne consegue) che questo giudice – pur ritenendo non manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 16, co. 8, cit. sollevata dalla difesa di parte ricorrente<sup>5</sup> – si astiene dal sollevare la relativa questione, preferendo dare, della stessa, un'interpretazione costituzionalmente orientata.

Né – per affermare l'efficacia retroattiva della disposizione di cui all'art. 16, co. 8, del D.L. n. 98/2011 – può essere sufficiente il fatto che detta norma sia stata inclusa tra le quelle “*urgenti per la stabilizzazione finanziaria*” visto che:

a) non c'è alcuna legge che sottragga queste ultime ai principi generali in tema di efficacia della legge nel tempo e che attribuisca loro un'efficacia retroattiva, anche quando non siano dirette ad interpretare autenticamente una qualche previgente disposizione, né contengano, *expressis verbis*, la previsione di un'efficacia temporale diversa;

b) al di là della sua rubrica (“*contenimento delle spese in materia di pubblico impiego*”), almeno il comma 8 dell'art. 16 del D.L. n. 98/2011 non contiene alcuna misura che possa, in qualche modo, considerarsi diretta a contenere le spese delle pubbliche amministrazioni;

c) nel D.L. n. 98/2011 ogni qualvolta ha voluto “*deviare*” dai principi generali in tema di

---

<sup>5</sup> Per la quale la norma “*viola clamorosamente l'art. 3 Cost.*, nella misura in cui, per un verso <limita> gli effetti della novella ai soli <provvedimenti (resi) in materia di personale adottati dalle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 ed, in particolare (al)le assunzioni a tempo indeterminato, incluse quelle derivanti dalla stabilizzazione o trasformazione di rapporti a tempo determinato, ... posto in essere in base a disposizioni delle quali venga successivamente dichiarata l'illegittimità costituzionale>, lasciando invariata la disciplina previgente per ogni altro tipo di rapporto e, per altro verso, non tiene conto della necessità di salvaguardare, come opportunamente ricordato dalle Sezioni Unite della Cassazione, <i rapporti e ... le situazioni esaurite> in funzione delle più <elementari esigenze di stabilità e certezza dei rapporti e delle situazioni giuridiche, sostanziali e processuali>”.

efficacia nel tempo della legge è stato lo stesso legislatore a dirlo;

d) comunque, la C.E.D.U. ha ripetutamente escluso (v. da ultimo la sentenza del 7/6/2011, resa nella causa AGRATI e altri c/Italia) che tra le “ragioni imperative di interesse generale”, legittimanti un intervento legislativo retroattivo, possano farsi rientrare quelle miranti “a preservare solo l’interesse economico dello Stato” ed ha aggiunto che non possa non tenersi conto del “legittimo affidamento” della parte privata.

III. Una volta esclusa l’applicabilità, al caso di specie, della disposizione or ora richiamata ed affermato che, di questa, la convenuta non ha fatto buon governo, il problema che si pone è quello di stabilire quale incidenza – secondo i principi previgenti in materia – possa e debba avere la sentenza del Giudice delle leggi, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 3, co. 40, della legge della Regione Puglia n. 40/2007.

In linea generale, le norme di riferimento sono l’art. 136 Cost. e l’art. 30 della L. 11.3.1953, n. 87.

Per la prima di queste disposizioni, “quando la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”.

La seconda disposizione si limita a confermare che “le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”.

Ebbene, senza necessità di richiamare tutti i precedenti giurisprudenziali in materia, è sufficiente rinviare a quanto, sul punto, hanno statuito, nella recente sentenza n. 19495/2008, le Sezioni Unite della Cassazione, per le quali, se è vero che “le pronunce di incostituzionalità ..., impediscono al giudice di tenere conto della norma dichiarata illegittima ai fini della decisione ...”, è del pari vero, però, che “l’efficacia retroattiva delle sentenze dichiarative di illegittimità costituzionale ..., si arresta di fronte al giudicato o al decorso dei termini di prescrizione o decadenza stabiliti per l’esercizio di determinati diritti” e che “i principi ora indicati non si pongono in contrasto con alcuna norma costituzionale. Non con il canone di ragionevolezza, di cui all’art. 3 Cost., perché il limite dell’efficacia dichiarativa e

retroattiva delle sentenze della corte costituzionale, consistente nella salvaguardia dei rapporti e delle situazioni esaurite, appare razionale e conforme ad elementari esigenze di stabilità e certezza dei rapporti e delle situazioni giuridiche, sostanziali e processuali. Né si può ipotizzare un contrasto con l’art. 24 Cost. perché da un lato, il diritto di difesa dell’attore deve coordinarsi con il contrapposto diritto di difesa del convenuto e, dall’altro, tale diritto si esercita nei limiti in cui la legge abbia previamente attribuito tutela agli interessi sostanziali o processuali della parte ...”.

Solo per completezza, va aggiunto che tale arresto del giudice di legittimità è perfettamente coerente con quanto ripetutamente affermato dallo stesso Giudice delle leggi, per il quale “l’efficacie delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale, secondo consolidata giurisprudenza anche di questa Corte (sentenza n. 3 del 1996; ordinanze n. 398 del 1989 e n. 365 del 1987), trova un limite nei cosiddetti <rapporti esauriti> tra i quali dovrebbero intendersi ricompresi anche quelli costituiti sulla base di provvedimenti divenuti inoppugnabili per decorso del termine di decadenza”.

Per effetto di questi autorevoli e decisivi arresti, chiarificatori dei principi da valere in materia, è da escludersi categoricamente qualsiasi incidenza della sentenza n. 42/2011 della Corte costituzionale alla vicenda di cui ci si sta qui occupando, posto che – com’è pacifico agli atti di causa – non solo nessun atto della procedura di stabilizzazione (che ha portato all’assunzione dell’istante da parte dell’ASL BT) è mai stato impugnato da chicchessia nel termine decadenziale di sessanta giorni (e già questo sarebbe stato di per sé sufficiente ai nostri fini), ma anche e, soprattutto, la parte ricorrente ha sottoscritto il contratto di lavoro a tempo indeterminato (atto avente natura assolutamente privatistica) molti mesi prima della pronuncia di quella sentenza, così consolidando definitivamente il suo rapporto.

Diverso, ovviamente, sarebbe stato – ma non è questo il nostro caso – se la pronuncia caducatoria del Giudice delle leggi fosse intervenuta ancor prima che parte ricorrente avesse sottoscritto il contratto a tempo indeterminato (e sempre che qualcuno avesse impugnato, dinanzi al giudice amministrativo, uno qualsiasi degli atti relativi al processo di

stabilizzazione che aveva portato alla sua assunzione nel termine decadenziale previsto dalla legge).

Alla luce di quanto innanzi, deve escludersi la legittimità del provvedimento risolutivo del rapporto a tempo indeterminato, notificato dall'ASL BT all'istante con lettera del 18/8/2011 e, previo annullamento dello stesso (e disapplicazione dei provvedimenti regionali che lo sostengono), parte ricorrente va reintegrata immediatamente nel suo posto di lavoro.

In applicazione dell'art. 18 della L. 300/1970, l'ASL BT va, altresì, condannata – visto che tra la comunicazione di recesso e la pronuncia di questa sentenza sono decorsi meno di cinque mesi – risarcimento del danno nella misura minima delle “cinque mensilità di retribuzione globale di fatto” e, laddove, per una qualsiasi ragione, non fossero stati versati, “al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali dal momento del licenziamento al momento dell'effettiva reintegrazione”.

IV. Con la domanda introduttiva del giudizio parte ricorrente non si è limitata ad impugnare l'atto di recesso datoriale, ma ha altresì contestato la legittimità del termine apposto ai contratti di lavoro, che ha sottoscritto prima della sua stabilizzazione, richiedendo, per l'ipotesi non fosse stata accolta la sua domanda reintegratoria, la conversione del rapporto ai sensi dell'art. 5 comma 4 bis del D.lgs. 368/2001 (per aver prestato servizio come precaria per oltre 36 mesi) e, comunque, il risarcimento del danno.

L'accoglimento della domanda reintegratoria dispensa questo giudice dall'onere di pronunciarsi sull'istanza di conversione.

V. Ogni altra questione sollevata in ricorso dall'istante deve ritenersi assorbita.

VI. Alla soccombenza conseguono le spese di lite liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Giudice del Tribunale di Trani, sezione lavoro, definitivamente decidendo così provvede:

a) dichiara l'illegittimità del provvedimento risolutivo del rapporto a tempo indeterminato, notificato alla parte ricorrente con lettera datata 18/8/2011 e, previo annullamento dello stesso (e disapplicazione dei provvedimenti regionali che lo sostengono), condanna l'ASL BT, in persona di chi legalmente la rappresenta, a reintegrarla

immediatamente nel suo posto di lavoro, a risarcirle il danno nella misura di “cinque mensilità di retribuzione globale di fatto” oltre accessori di legge e “al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali dal momento del licenziamento al momento dell'effettiva reintegrazione”;

b) condanna l'ASL BT, in persona di chi legalmente la rappresenta, al pagamento delle spese e competenze della lite (...).

Trani, 7/11/2011

(Omissis)

\* \* \* \* \*

#### NOTA

La sentenza in commento ha come oggetto la legittimità dell'atto di recesso posto in essere dall'azienda ospedaliera ai danni del ricorrente assunto dalla stessa, con contratto di lavoro a tempo indeterminato in qualità di Dirigente Avvocato, ad esito di una procedura di stabilizzazione del personale precario avviata dalla pubblica amministrazione in esecuzione dell'art. 3, comma 40, della L.R. Puglia n. 40 del 31/12/2007.

Tale atto era stato adottato dall'azienda ospedaliera in esecuzione della sentenza della Corte Costituzionale n. 42 del 07/02/2011 che aveva dichiarato incostituzionale l'art. 3, comma 40, della L.R. Puglia n. 40 del 31/12/2007 - ed in ossequio al dettato di cui all'art. 16, comma 8, del decreto legge n. 98/2011 che disponeva la nullità dei provvedimenti in materia di personale adottati dalle pubbliche amministrazioni, con particolare riguardo alle assunzioni a tempo indeterminato derivanti da stabilizzazione o trasformazione di contratti a tempo determinato e posti in essere in base a disposizioni dichiarate incostituzionali. Cosicché, interpretando retroattivamente la suddetta norma, l'azienda ospedaliera aveva dichiarato la nullità dell'intero processo di stabilizzazione, pregiudicando l'assunzione a tempo indeterminato del ricorrente all'esito delle procedura concorsuale.

La determinazione dell'azienda ospedaliera di risolvere il contratto di lavoro a tempo indeterminato è stata tuttavia ritenuta illegittima da parte del Magistrato del lavoro che ha fondato la sua decisione di accoglimento della domanda volta alla reintegrazione del ricorrente nel suo posto di lavoro sulla base di un duplice presupposto.

In primo luogo, non ritiene il giudicante che il disposto di cui all'art. 16, comma 8, del decreto legge n. 98/2011 abbia efficacia retroattiva, essendo la suddetta norma assoggettata alla regola generale sull'efficacia della legge nel tempo, ex art. 11 delle Disposizioni della legge in generale e quindi, può disporre solo per l'avvenire. Inoltre tale norma non ha né natura di interpretazione autentica, in quanto non richiama alcuna norma precedente, né contiene disposizioni atte a disciplinare anche fattispecie pregresse.

Ritiene inoltre il Giudice del lavoro che tale interpretazione costituzionalmente orientata non possa essere derogata dalla natura dell'articolato normativo che detta le *"misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria"* in quanto non solo il D.L. n. 98/2011 non si sottrae ai principi generali in tema di efficacia della legge nel tempo ma anche perché, seppur il suddetto decreto è finalizzato a contenere le spese in materia di pubblico impiego, nell'art. 16, comma 8, non si rinviene alcuna misura idonea al raggiungimento di tale scopo.

Inoltre non può non rilevare il principio del legittimo affidamento della parte privata che non può essere superato da interventi legislativi retroattivi giustificati da *"ragioni imperative di interesse generale"* finalizzate a preservare il solo interesse economico dello Stato, come statuito ripetutamente dalla CEDU.

In secondo luogo il giudice di merito ha ritenuto che la sentenza della Corte Costituzionale n. 42 del 7/2/2011 che dichiarava l'illegittimità dell'art. 3, comma 40, della L.R. Puglia n. 40/2007,

non potesse avere incidenza al caso di specie. Infatti, seppur il disposto Costituzionale di cui all'art. 136 e quello normativo di cui all'art. 30 L. n. 87/1953 affermi l'inapplicabilità delle norme o degli atti aventi forza di legge dichiarati costituzionalmente illegittimi dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione, in materia si è profusamente pronunciata la giurisprudenza di legittimità escludendo l'efficacia retroattiva delle pronunce di legittimità nei casi di decorso dei termini di prescrizione o decadenza stabiliti per l'esercizio di determinati diritti o di fronte al giudicato (cfr. per tutte Cass. civ. SS.UU. n. 19495/2008).

Tale assunto non si pone tantomeno in contrasto con quanto statuito stessa Corte Costituzionale secondo cui l'efficacia delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale trova un limite nei cosiddetti "rapporti esauriti" nei quali sono ricompresi anche quelli costituiti sulla base dei provvedimenti divenuti inoppugnabili per decorso del termine di decadenza.

Se quindi alcun atto della procedura di stabilizzazione è mai stato impugnato dinanzi al giudice amministrativo nel termine decadenziale di 60 giorni ed i rapporti tra le parti sono stati definiti molto tempo prima della pronuncia di illegittimità costituzionale, quest'ultima non può incidere in alcun modo sul contratto di lavoro a tempo indeterminato sottoscritto dalle parti.

Dedotto quanto sopra, il Giudice del lavoro del Tribunale di Trani ha ritenuto illegittimo il provvedimento risolutivo del rapporto di lavoro a tempo indeterminato adottato dall'azienda ospedaliera nei confronti del ricorrente per il quale è stata disposta la reintegra nel posto di lavoro e riconosciuto il diritto ad ottenere il risarcimento del danno, ex art. 18 L. n. 300/1970.

## Autori

- in ordine alfabetico -

**ACAMPORA Maria Grazia** – Avvocato.

**AMORUSO Valentina** - Laureanda in Giurisprudenza.

**BALDUCCI Aldo** - Titolare di Diritto del Lavoro, Facoltà di Giurisprudenza - Università degli Studi di Lecce.

**BELLARDI Lauralba** - Titolare di Previdenza sociale, Facoltà di Giurisprudenza - Università degli Studi di Bari.

**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 Valerio A.** – Praticante avvocato.

**BINETTI Clarenza** - Avvocato.

**BONANNI Ezio** – Avvocato penalista.

**BONGERMINO Vitalba** - Avvocato.

**BRINDICCI Gaetano** – Avvocato giuslavorista.

**BRUNO Roberta** - Avvocato, Cultore della materia di Diritto del Lavoro (prima Cattedra Prof. Veneto), Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Bari.

**CARDANOBILO Fabio** - Avvocato, Cultore della materia 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](http://www.dirittodeilavori.it) e delle riviste *la bilancia* e *il lavorista*.

**CORTESE Marilena** - Avvocato penalista.

**COSTANTINO Nicola** – Rettore del Politecnico di Bari.

**D'ABRAMO Mariangela** – Avvocato.

**D'ALESIO Silvia Ardua** - Coordinatore Amministrativo del Ministero del Lavoro D.P.L. di Bari, Responsabile dell'U.O. "Relazioni Sindacali e Conflitti di Lavoro" della D.P.L. di Bari e componente della Commissione di Certificazione dei Contratti di Lavoro.

**DE CARO Delia Maria** – Praticante avvocato.

**DELLI FALCONI Giovanna** – Avvocato.

**DE LILLO Pierluigi** - Praticante avvocato.

**DE SIMONE Antonio** – Avvocato giuslavorista.

**DE VIRGILIO Tiziana Valeriana** - Praticante avvocato.

**DE VITO Fabio** – Praticante avvocato.

**DI BIASE Incoronata Marika** - Avvocato.

**DI BITETTO Sergio** – Praticante avvocato.

**DI CORATO Mario** – Già Funzionario Inps.

**FITA ORTEGA Fernando** – Professore ordinario di diritto del lavoro, Facoltà di Giurisprudenza - Università di Valencia.

**GASPARRO Nicola** – Avvocato giuslavorista.

**GERMANO Tommaso** - Professore Associato, Titolare di Previdenza Sociale, Facoltà di Giurisprudenza - 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.

**LACATENA Anna Paola** – Sociologa presso il Dipartimento Dipendenze Patologiche ASL/TA e Docente di Sociologia Generale presso l'Università degli Studi di Bari – Polo di Taranto.

**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** – Praticante avvocato.

**MANCUSO Raffaele** – Dottorando di ricerca Università “Cà Foscari” di Venezia.

**MANGIATORDI Maria** - Avvocato.

**MARALFA Giuseppe** - Sostituto Procuratore presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Trani.

**MARRONE Laura** – Assegnista di ricerca all’Università degli Studi di Bari.

**MATTESI Elena** – Dottore commercialista e revisore contabile.

**MISCIONE Michele** – Professore ordinario di Diritto del Lavoro presso la Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Trieste.

**NACUCCHI Miriana** – Praticante avvocato.

**NORES TORRES Luis Enrique** – Professore ordinario di diritto del lavoro, Facoltà di Giurisprudenza - Università di Valencia.

**ORTEGA Fernando Fita** - Professore ordinario di diritto del lavoro, Facoltà di Giurisprudenza - Università di Valencia.

**PAPAGNI Felicia** - Avvocato.

**ROMANO Raffaella** - Avvocato.

**SBORGIA Maria 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.

**VERDEBELLO Francesco** – Avvocato.

**ZAMPARESE Pietro** – Praticante avvocato.





