

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 2010 by Cacucci Editore

www.diritto_{dei}lavori.it

Rivista Scientifica Telematica
Periodico di informazione giuridica

ISSN 1974-4269

DIRETTORE RESPONSABILE:

Gaetano Veneto

VICEDIRETTORE:

Tommaso Germano

COORDINATORE SCIENTIFICO:

Antonio Belsito

COMITATO SCIENTIFICO:

Gaetano Veneto, Michele Tiraboschi, Giuseppe Tucci, 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:

IL "COLLEGATO LAVORO" E L'AFFAIRE FIAT: Un nuovo diritto del lavoro? Sì, no, forse ... vedremo e speriamo (<i>Gaetano Veneto</i>)	9
---	---

DOSSIER:

CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Il contratto collettivo e le rappresentanze sindacali (<i>Michele Miscione</i>)	29
Contrattazione collettiva e rappresentanza dei datori di lavoro (<i>Lauralba Bellardi</i>)	39

COLLEGATO LAVORO

L'apprendistato nel Collegato lavoro: quale risposta alle nuove istanze sociali? (<i>Maria Mangiatordi</i>)	43
Interventi nel pubblico impiego ed in materia di congedi, aspettativa e permessi (<i>Daniela Cervellera</i>)	51
Le novità del Collegato lavoro sulla certificazione dei contratti (<i>Silvia Ardua D'Alesio</i>)	57

DIRITTO DEL LAVORO SPORTIVO

La tassazione degli atleti (<i>Elena Mattesi</i>)	65
--	----

PROCEDIMENTI DISCIPLINARI

I procedimenti disciplinari in sanità (<i>Nicola Gasparro</i>)	77
---	----

CONTRATTI DI LAVORO

Il contratto di lavoro a tempo parziale nel pubblico impiego (<i>Mario Di Corato</i>)	89
Indagine fonometrica dei progetti inframurari delle cooperative (<i>Paolo De Vito</i>)	93

SICUREZZA NEI LUOGHI DI LAVORO*Inserto speciale*

Risarcimento dei danni per illegittima condotta degli enti previdenziali
in tema di mancato o tardivo accredito dei benefici previdenziale
per esposizione ad amianto 103
(*Ezio Bonanni*)

Stress da lavoro correlato in sanità 139
(*Nicola Gasparro*)

Sicurezza sul lavoro e tutela della salute nell'ordinamento tedesco 149
(*Delia Maria De Caro*)

PENALE DEL LAVORO

Le attività di prevenzione del fenomeno del mobbing negli ambienti di lavoro 155
(*Antonio Belsito*)

Le estreme conseguenze del mobbing 159
(*Sergio Di Bitetto*)

FORMAZIONE CONTINUA

Formazione della persona, lavoro ed etica professionale 165
(*Sergio Di Bitetto*)

RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE**QUESTIONI DI LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE**

Incostituzionale l'art. 32, comma 5 e 6 del Collegato lavoro:
Due sentenze a confronto 173
(*Tiziana Valeria de Virgilio*)

GIURISPRUDENZA DI MERITO

Conversione dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego 189
(*Giovanna delli Falconi*)

EDITORIALE

IL "COLLEGATO LAVORO" (L. 183/2010) E L'AFFAIRE FIAT Un nuovo diritto del lavoro? Sì, no, forse ... vedremo e speriamo

Stiamo assistendo, da qualche mese, ed in particolare in questo freddo gennaio appena concluso, ad una "calda stagione" di trasformazioni nel diritto del lavoro del nostro Paese che, a parer di alcuni protagonisti, dal Governo a molti operatori del diritto, dovrebbero essere, come usa dirsi un po' troppo comunemente, epocali. Qualcuno ha addirittura scritto che, *"da Pomigliano a Mirafiori la cronaca si fa storid"*. Addirittura! Figurarsi poi con la legge 183/2010 (di cui ci occuperemo subito): potremo forse affermare: la storia siamo noi? ...

Tutti i rapporti di lavoro, individuali e collettivi, con le connesse relazioni sindacali, semplicisticamente e spesso a vanvera chiamate "relazioni industriali" - con buona pace di John Dunlop che nel suo volume *"Industrial relations systems"* ci ha offerto, alla fine degli Anni Cinquanta del secolo scorso, dagli Stati Uniti, la Bibbia di un sistema ben diverso e ben più ampio di quello confusamente oggi sottoposto a pressione nel nostro Paese - appaiono scossi da un fremito di "voglia di cambiamento", mal celatamente letto e tradotto, anche dagli studiosi, per una conclamata esigenza di "storico" adeguamento ad un sistema-Paese che cerca di ottenere consensi, magari anche un po' forzati, alle sue incerte ed ondivaghe politiche di inserimento in un mondo che corre più veloce di esso.

E va bene che di globalizzazione ci si nutre o, forse meglio, si rischia di ... restar affamati.

Ma, per capirci meglio, per raccontarla tutta "lippis et tonsoribus", forse è meglio cercar di fare un po' d'ordine, anche se è difficile scegliere da dove partire.

Per deformazione professionale, per antica collocazione nel campo dei giuslavoristi o, molto più semplicemente, degli operatori del diritto del lavoro alle prese con le vicende quotidiane, forse è bene prendere le mosse da alcune sommarie considerazioni su questioni che possono sembrare spicciole ma che invece si propongono come essenziali per le valutazioni e le scelte di ognuno, ed insieme di tutti, nell'attuale grave momento del mondo del lavoro, nel contesto più ampio e drammatico del nostro intero sistema economico, sociale e, soprattutto, istituzionale del Paese.

Poco più di due mesi addietro, mentre si chiudeva un primo tormentato decennio nei rapporti di lavoro di questo nuovo millennio, veniva finalmente promulgata, dopo una lunghissima, contrastata, sofferta e contraddittoria gestazione per ben due volte garbatamente bacchettata dal Quirinale, la legge 183 del 4 novembre 2010, entrata in vigore il 24 novembre successivo, altrimenti nota come "Collegato lavoro". In questa specie di coacervo di nuove norme si è spaziato da interventi specifici, quali le profonde modifiche del lavoro a termine, alla revisione della disciplina dei lavori usuranti, per incidere addirittura sui massimi sistemi del lavoro pubblico e privato, passando per la previdenza e, *en passant*, intervenendo sull'ordinamento universitario, con un "simpatico" passaggio (freudiano?) sulla strada del ... doping.

Le novelle del legislatore, spesso ampie, quanto talvolta un po' generiche e tutte da verificare, ma comunque importanti, di modifica degli Enti previdenziali, con le nuove forme di rappresentanza negli Organismi decisionali degli stessi, si intrecciano, ancora affrontando

grandi, storici temi e problemi del diritto del lavoro, dai suoi albori all'inizio del secolo scorso (probiviri arbitrato, giudice togato, sentenza) a tutt'oggi, con le nuove ipotesi di soluzione stragiudiziale delle controversie, consacrando il fallimento del tentativo obbligatorio di conciliazione di carattere amministrativo, introdotto dalla L. 533/1973.

In realtà quest'ultima Novella forse ben avrebbe potuto essere utilizzata meglio e diversamente, con gli attuali artt. 410 e seguenti, rivitalizzando e dando un ruolo fondamentale agli organismi decentrati del Ministero del lavoro, con compiti veramente alternativi di amministrazione della giustizia rispetto alla attività dei giudici togati, lenta e certamente più costosa per tutta l'economia del Paese.

Nella nuova legge, oltre a prevedere nuove forme alternative di soluzione delle controversie, si abbreviano i termini per instaurare giudizi, riducendo, insieme e molto (o troppo?), sul piano sostanziale e processuale, la possibilità di eccepire (e godere di) nullità di contratti di lavoro stipulati *contra legem*. Tutto questo avviene mentre attorno ruotano, turbati e stupiti (oggi è di moda: basiti), impreparati, i magistrati, gli avvocati, i sindacati dei lavoratori e dei datori, le piccole imprese e, soprattutto, gli stessi lavoratori, "utilizzatori finali" (toh! già lette queste parole) di ogni nuova legge.

Un giudizio negativo allora sul Collegato lavoro? Sì, forse no, anzi ... no. In realtà il bisogno, giustamente sentito da tutti, di interventi per smuovere le acque stagnanti dei rapporti tra due tipologie di protetti, i lavoratori occupati e le aziende molto spesso finanziate ad ufo (vd. le comode CIG senza controlli), per modernizzare i rapporti di lavoro e la tutela giudiziale degli stessi, ha finito con l'offrire il destro al legislatore per partorire un ampio intervento, forse però, per la stessa

gravità della situazione, sovrabbondante e troppo invasivo, fino a porre, già da ora, problemi di dubbia costituzionalità. Non sono poche le ordinanze di rinvio trasmesse alla Corte Costituzionale, particolarmente in tema di tutela giudiziale dei diritti delle parti.

Eppure il Governo sembrava impegnato, lodevolmente, almeno a parole, a dialogare con giuristi e politici in un grande, comune, meritorio sforzo di sfrondare una foresta buia, estremamente difficile da attraversare, di migliaia di leggi e leggine che continuano a gravare, socialmente ed economicamente, su tutto il sistema sociale nel campo della disciplina a tutela dei rapporti di lavoro. Qualcuno, con originalità creativa, aveva perfino proposto di regolare tutti i rapporti di lavoro con una disciplina legislativa (legge speciale o inserzione nel codice civile) di trentasei (uno più, uno meno) articoli!

Questa novella, nella sua ampiezza, ad una prima valutazione, e salvo auspicabili smentite, certamente non giova a sviluppare quelle snelle e corrette relazioni industriali, fundamentalmente e quasi interamente basate sulla contrattazione collettiva, che Dunlop ci proponeva (anche attraverso la lettura offerta magistralmente in Italia da Gino Giugni) per rapporti tra tutti i datori di lavoro e tutti i lavoratori, subordinati e non, attraverso il filtro, col controllo o con la tutela, la più leggera possibile, dello Stato. Era ed è questo il virtuoso triangolo (datori - lavoratori - Stato) che costituisce - e deve costituire - il sistema o i sistemi di relazioni industriali, negli Stati Uniti o nei Paesi anglosassoni come in tutti i Paesi a democrazia più o meno evoluta, come il nostro, almeno dopo lo Statuto dei Lavoratori e fino a qualche tempo addietro. Ora, come allora: Keynes, Dunlop e il sistema di *industrial democracy* restano i pilastri di sistemi economici, sociali ed istituzionali che con

altri possono e devono convivere, competere e dialogare, senza subirne il fascino produttivistico-disumanizzante, esportando valori e non importando disvalori. Si pensi, in proposito, alla competizione con i Paesi orientali ed alla profonda differenza proprio delle normative giuslavoristiche, specie in tema di sicurezza, dal lavoro dei minori e delle donne, o ancora degli elementari diritti di libertà dei lavoratori, pur se subordinati, come nel caso più significativo dello sciopero, fondamentale espressione della dialettica democratica dei conflitti di lavoro.

Se così non fosse dovremmo pensare a portare indietro le lancette dell'orologio della nostra storia, in un inseguimento (a ritroso) di economie, quali quelle dell'Estremo Oriente, con certa previsione di fallimento, come la Storia, quella vera e grande, senza possibilità di diverse interpretazioni, ci ha insegnato e continua a mostrarci.

Eppure il "Collegato lavoro" resta un'importante - quanto un po' confusa e forse un po' presuntuosa nelle sue finalità - grande innovazione legislativa. Vediamo di ricavarne una lettura in qualche misura utile a collaborare concretamente a superare l'attuale drammatico momento dei rapporti di lavoro nel nostro Paese.

In concreto e con immediatezza, si tratta di ricavare una spinta a svecchiare e rinnovare la disciplina dei rapporti individuali, cambiando vecchi istituti, insieme mal gestiti, come il lavoro a tempo determinato o, ancor più, cambiare radicalmente l'applicazione, tra l'allegria ed l'incoscienza, del sistema degli ammortizzatori sociali, finora rimasto sostanzialmente immobile, malgrado dieci anni fa Biagi (con Sacconi) già ne segnalasse l'urgente esigenza di radicale riforma, in linea con parallele esperienze dei Paesi della Comunità.

Così la L. 183/2010 soprattutto deve costituire il Rubicone da passare nell'impegno necessario di applicare immediatamente, e solo, alcune fondamentali norme, con una sentita generale interpretazione, rinviando ad un momento successivo tutti gli interventi, attraverso la decretazione applicativa, largamente prevista, necessaria per apportare modifiche che potremo adeguatamente gestire in un momento in cui la crisi economica, e, per essa, soprattutto quella del mercato del lavoro, comincerà veramente ad essere superata.

Se il "Collegato lavoro", superati molti dubbi e preoccupazioni, induce ad auspicare scelte ponderate e letture disincantate per cambiare e modernizzare i rapporti di lavoro, quel che in questi mesi più sorprende - e usiamo questo verbo come eufemismo - è l'uso, anzi il vistoso abuso di preconcetti, pregiudizi e opportunistiche operazioni interpretative operate da sociologi, economisti e giuristi, tutti novelle mosche cocchiere, vuoi della maggioranza che dell'opposizione, dell'affaire FIAT, da Termini Imerese a Mirafiori, passando attraverso Pomigliano, con qualche ... puntata a Detroit.

Referendum, interpretazioni dei loro risultati, accordi aziendali formalmente autonomi ma in realtà partecipi di un solo progetto, come è stato espressamente confermato dal protagonista di questa vicenda, l'Amministratore Delegato della FIAT Marchionne, vengono proposti da ogni parte, con letture, le più disparate, che finiscono col riportarci addirittura alle grandi, antiche ma oggi tornate in gran voga, discussioni dei grandi Maestri (da Mortati a Giannini, da Esposito a Chiarelli a Santoro Passatelli) sui fondamentali principi della Costituzione repubblicana, dedicati al diritto al lavoro, a quello di sciopero, dalla libertà di contrattazione alle forme di rappresentanza (più o meno

generale) degli interessi collettivi, il tutto sistematizzato e doverosamente sistematizzabile nel più generale quadro di una democrazia keynesianamente intrisa di libertà economica privata socialmente guidata, rispettata ma orientata dai valori generali pubblici.

Ancora un passo indietro: se con la L. n. 183 (il "Collegato lavoro") si sono introdotte nuove regole per i rapporti di lavoro all'interno dell'ordinamento statale, con la discussione sulla "spallata" di quella che è stata per quasi un secolo la più importante espressione del capitalismo industriale italiano, la FIAT, è l'intero sistema di rapporti sindacali - insieme alla profonda istanza di mutamento delle regole della contrattazione collettiva - che viene messo in discussione.

Si tratta di un tentativo, forse necessario, comunque senz'altro opportuno, di rinnovare un sistema contrattuale che in verità era stato troppo comodamente gestito da sindacati (anche imprenditoriali) che, ormai da molti anni, a livello di contrattazione collettiva di categoria, hanno finito col rappresentare interessi soltanto - o, almeno, soprattutto - degli occupati, dimenticando il mondo circostante, malgrado qualche sforzo da parte delle Confederazioni, talvolta divergendo dalle organizzazioni di categoria (ed è proprio oggi il caso dell'auto). Ma lo sforzo delle Confederazioni non veniva per nulla assecondato dal mondo dei partiti e dell'intero sistema politico-istituzionale, incapace di guardare ed interloquire nell'intero assetto economico, politico e sociale.

Già con la legge 183 dello scorso novembre si è potuto subito constatare un non felice collegamento, anzi una forzata sovrapposizione ad una legge Finanziaria, già di per sé incerta, che il Governo andava licenziando in parallelo. Affrontando i problemi del lavoro, si sono

regolati aspetti che - sistematizzati da un legislazione che deve fare i conti con una parallela superiore legislazione (e giurisprudenza) comunitaria, creando delicati problemi di legittimità costituzionale (più volte segnalati dalla Presidenza della Repubblica con conseguenti modifiche ed adattamenti), come già si è giustamente scritto - cercano di razionalizzare, e ridurre, l'incidenza economica globale del lavoro, rendendo, ad esempio, meno frequente l'intervento della magistratura togata, accelerando e snellendo la regolazione dei contrapposti interessi, così da rendere il fattore lavoro una componente dinamica della riforma.

In parallelo con l'opera di profondo restyling legislativo della legge 183, *et pour cause*, col tormentone FIAT si è messo in discussione l'intero assetto costituzionale, questa volta sì, delle relazioni industriali nell'accezione più corretta ed ampia, si è cioè tentato, e si sta tentando - a torto o a ragione, lo dirà la Storia (certo non la cronaca, perché questa si è mostrata molto misera, quando non faziosa, in un casuale (?) intreccio con altre "cronache" molto meno nobili nel tempo che viviamo) dei prossimi mesi - di mettere mano ad un nuovo equilibrio nelle relazioni collettive di lavoro ed, indirettamente e più ampiamente, di imboccare una nuova strada negli equilibri tra capitale e lavoro, alla ricerca, ancora tutta da decrittare, di nuova più avanzata (ma sarà poi tale?) *industrial democracy*.

Riprendendo quanto in parte anticipato in un articolo da me pubblicato sul quotidiano della mia terra, passiamo allora così al "caso FIAT".

Sulle colonne di un quotidiano nazionale, si sono potute leggere "dichiarazioni autentiche" del protagonista della "spallata" (il finanziere

italo-svizzero-canadese Marchionne) che ci hanno, almeno in parte, chiarito le idee. Invero, la stampa quotidiana più vicina alle più sensibili istanze confindustriali ha ritenuto di valutare come l'accordo di Torino, successivamente ratificato da una piuttosto striminzita, quanto significativa nella sua composizione, maggioranza dei lavoratori, non sarebbe *"una vittoria della FIAT o un successo personale di Marchionne o ancora il debutto del giovane Elkan come troppi dicono, applaudendo o fischiando"*. Ancora per il "quotidiano giallo" di Confindustria l'accordo di Torino, referendariamente approvato, sarebbe *"la presa d'atto parte della più grande fabbrica italiana, della capitale industriale del Paese e della classe operaia più antica che, o si producono auto secondo lo standard mondiale di produzione di auto o la produzione di auto si perde. Il resto son chiacchiere ..."* (Il Sole - 24 ore di domenica 15 gennaio).

Ebbene partiamo proprio da queste parole: ... o si producono auto secondo lo standard mondiale di produzione di auto E partiamo dal mio microcosmo prima di arrivare alla ... globalizzazione.

Nella mia famiglia articolata tra marito, moglie, figli, figlie e congiunti stretti, su 8 auto una sola è una FIAT. E' una vecchia, gloriosa e splendidamente conservata Cinquecento del 1971. Le altre 7 sono due tedesche, due francesi e tre giapponesi con un'età media tra i 5 e i 7 anni, tutte regolarmente funzionanti. Perché tanta esterofilia? Se lo sono mai chiesto tutti i sapientoni, i sociologi, gli economisti, gli aziendalisti e soprattutto i politici ed i sindacalisti che hanno turbato i sonni (ma davvero poi tanto?) di tutti noi in queste ultime settimane, perchè la FIAT in tutti questi ultimi anni ha perso tante quote di mercato, addirittura soprattutto nel nostro Paese, negli ultimi anni? E che c'entra questo con le pause, i turni e l'assenteismo (quest'ultimo, più

che giustamente, da condannare) degli operai (attenti! gli operai, non gli impiegati, e ci torneremo tra poco), con tutto il gran parlare sul bisogno (e c'è bisogno) di nuove relazioni industriali? Il finanziere - manager protagonista e mentore delle nuove relazioni sindacali in Italia ci racconta che, dopo sei anni trascorsi a sopportare impotentemente anchilosate ed anchilosanti relazioni sindacali e contratti nazionali invecchiati ed inutili, con perdite di centinaia di milioni di euro l'anno per l'Azienda, insieme ad altrettante centinaia di milioni di euro di denaro pubblico sprecato in opinabili e comode concessioni di Cassa Integrazione (ordinaria, straordinaria e in deroga, come si dice), in una insonne notte dell'aprile scorso ha così pensato e ... deciso: *"mi sono detto basta ... Io metto sul piano 20 miliardi, accetto la sfida, ma voglio che quei soldi servano, dunque voglio garantire la Fiat e chi ci lavora. Cambiamo le regole per garantire l'investimento attraverso il lavoro. E' l'unica strada. Non solo: a dire il vero è l'ultima strada"*. Un po' come l'apologo (o favoletta) di Einstein: il viaggio in treno, gli alberi e ... la relatività. Una fulminazione dopo sei anni di spaventosi danni economici, sociali ed aziendali (...).

FIAT si trova di fronte ad un grave problema che supera, travolge la tematica delle relazioni industriali, vecchie o nuove: si tratta di un crollo di vendite (e di un ritardo nella progettazione di nuovi modelli) che la vede, a dicembre 2010, in una percentuale a due cifre, il 17% a fronte di meno del 5% di tutti gli altri marchi europei.

La fabbrica simbolo del nostro Paese ha intrecciato le sue sorti prima, durante e dopo il fascismo, alle sorti dell'intera economia industriale. La storia ci insegna. Non è un caso che alla fine degli anni '50 e nei primi anni '60 ci sia stata l'esplosione internazionale delle auto

Fiat, la Seicento e la Cinquecento per tutte, mentre l'Italia si affacciava nell'arengo dei Paesi industriali più avanzati e il capitalismo italiano, privato e pubblico, cominciava a mostrare i muscoli nella concorrenza mondiale (si pensi alla chimica, all'acciaio, al petrolchimico).

Non è un caso ancora che, mentre la crisi prima strisciante con l'epigonia del craxismo, con i primi Governi Berlusconi e con le incertezze di un Centro sinistra che si suicidava nella XIII Legislatura tra il 1996 e il 2001, la Fiat non riusciva a produrre se non modelli più o meno "riciclati", fino ad arrivare all'attuale crisi di mercato, parallela alla crisi più generale del nostro Paese. Così affrontiamo finalmente il problema: la qualità del prodotto e la sua appetibilità.

Modificare oggi l'incidenza, invero minima, del costo del lavoro sull'intero costo della produzione Fiat vuol dire credere che l'1% (anzi, anche meno) di riduzione dei costi del lavoro possa da sola rilanciare in Italia il gigante malato non tanto di assenteismo operaio, quanto di innovazione di prodotti e di sistemi organizzativi nonché di credibile immagine dei prodotti stessi (...).

Per la cronaca, il referendum è stato deciso da un voto compatto di quasi tutti i dirigenti e gli impiegati, che si sono espressi per un nuovo modello di relazioni industriali e a favore dell'aggravamento di istituti contrattuali del tutto estranei al loro rapporto (appunto, i turni, il lavoro notturno, e l'organizzazione del lavoro sulle linee).

Come dire: la spallata, un tempo effettuata da una marcia di quarantamila, per modificare sostanzialmente, oltre trent'anni fa, le relazioni industriali sempre partendo da Torino e dalla Fiat, si è oggi ridotta ad un voto (silenzioso) talvolta un pò triste ma compatto, di ... quattrocento. E qui torniamo al tema più generale, alla rappresentanza

di interessi, al significato del referendum e alla libertà (e vincolatività contrattuale).

Così, partendo dall'art. 39 della Costituzione con l'antichissima diatriba sulla sua puntuale e completa attuazione, o con interventi di supporto o "sostegno" o invece lasciando in piedi soltanto la parte concernente la piena ed assoluta "libertà sindacale", si mette anche in discussione un altro cardine della nostra Carta fondamentale dei diritti, l'art. 40. Si pone, sia pur indirettamente, mano al diritto di sciopero, prevedendo una pesante possibilità di autolimitazione (per dirla in modo soft, autoregolamentazione collettiva, con effetti tuttavia diretti e vincolanti per i singoli), attraverso regole che, pur restando liberamente concordate, operano una ricaduta attraverso un contorto sistema di rappresentanza degli interessi, sui diritti soggettivi pieni dei lavoratori, così da proporre una nuova lettura - invero un po' surrettizia - dell'"esercizio" del diritto di sciopero di cui alla lettera della norma costituzionale.

Ma il discorso è più ampio e concerne la discussione sulla "rappresentanza", dimenticando però, o comunque in grande misura riducendo ai margini del dibattito, il più grande, e non solo all'interno del nostro Paese, dibattito sulla "rappresentatività".

Qui il tema si intreccia, chiaramente, col sistema esterno, quello sociale e politico del nostro Paese e degli altri Paesi a democrazia capitalistica evoluta, tutti più o meno oggi in profonda crisi d'identità. Non a caso Ulrich Beck, di recente, ma già da prima tutta la cultura sociologica francese, insieme al vecchio santone polacco Zygmund Baumann, avevano espresso i loro dubbi, anche in recenti interventi, sulla stampa quotidiana e sulla più accorsata stampa periodica europea,

sulla capacità effettiva della democrazia moderna di trovare forme di rappresentanza effettivamente, con voluta tautologia, "rappresentative".

E allora cos'è il dibattito sul referendum, sui suoi risultati, sui voti differenziati (tute blu e "tute grigie") a Pomigliano D'Arco e a Mirafiori, se non l'interfaccia di un dibattito politico più generale sulla rappresentanza di interessi, e sui riflessi sulla credibilità e stabilità delle istituzioni, che addirittura, scavalcando primarie e minireferendum locali tutti più o meno senza regole formali, senza modalità di controllo, sono soltanto il precipitato storico di una politica che viene ormai sempre più pilotata da sondaggi? Così si rischia addirittura di premiare e/o legittimare rappresentanti (di Governo, centrale o locale) plebiscitariamente, almeno per una certa lettura, portati a rappresentare l'intero Paese, svuotando e delegittimando progressivamente antiche forme di rappresentanza che, in questo mare agitato, si spostano dallo Zenith al Nadir, da destra alla sinistra, sempre più sbalotate verso gli scogli dell'indifferenza e della non credibilità, modificando l'equilibrio geofisico delle istituzioni, sempre più scollegate dagli effettivi interessi della collettività? In una parola: i problemi che si pongono in questo momento nel nostro Paese, ma non solo in esso, anche se soprattutto qui da noi, nella loro ampiezza e gravità, escludono la possibilità di regolare rapporti collettivi, nel nostro caso di lavoro, esclusivamente attraverso modelli contrattuali privatistici che vedano la disponibilità dei diritti effettivamente controllata e tutelata dall'assetto esterno, dal terzo protagonista, lo Stato, con leggi che, rispettando l'autonomia collettiva, garantiscano però la tutela dei diritti fondamentali sanciti dalle Carte generali a base di quella che almeno

finchè vi sarà democrazia che, da Tocqueville ad oggi, passa ancora attraverso la rappresentanza parlamentare ed il corretto equilibrio tra maggioranza ed opposizione, negando cittadinanza a "uomini della Provvidenza", magari eletti con populistici plebisciti.

L'esigenza che si pone in questo momento è di riflettere, senza scelte aprioristiche e volutamente forzate, sulle nuove regole di convivenza e rappresentanza effettiva di interessi "valicati" dal consenso in un Paese che ha bisogno di progetti di sviluppo e rilancio, visto che a breve e medio termine lo sviluppo del Pil, invero minimo e nettamente più basso degli altri Paesi industriali, e fa presagire ancora nubi nere all'orizzonte e certamente non una ripresa produttiva ed occupazionale immediata.

E' questa la scommessa che il dibattito su rappresentanza e rappresentatività, su contrattazione nazionale o autonomia contrattuale con nuovi modelli a cerchi eccentrici più che concentrici, ci porta in questo 2011, con una già possibile previsione di un 2012 che, se non si cambia strada, certamente non porterà il sole, non certo quello dell'avvenire ma nemmeno quello di relazioni industriali di un capitalismo maturo che non corra all'incontrario nella storia.

Altro che passaggio dalla Cronaca alla Storia! Quando il *praetor curat de minimis la res publica* si privatizza e ... Roma brucia e, con essa, tutto il Paese perde (come oggi sta appunto avvenendo) ruolo e credibilità internazionale, con buona pace di giuristi, politici, e ... santoni di ogni sorta.

Una postilla, e non di poco conto.

Per qualche anno giuristi, economisti e politici di tutte le parti si erano esercitati in grandi schermaglie in ordine alla "necessità" di abrogare un articolo dello Statuto dei Lavoratori, il 18 in tema di

licenziamento e possibilità di reintegrazione (sarebbe bello riusare questo termine, più corretto ed elegante rispetto all'altro, il "reintegro" di suono più infelice o ... medico) come presunta panacea per rilanciare addirittura l'intera economia del Paese.

Oggi, chiusa da tempo la schermaglia sull'art. 18, si giunge ai massimi sistemi: riformiamo la Costituzione, al bando i commi 2 e 3 dell'art. 41! Viva "l'iniziativa economica privata ... libera"! Al bando ogni keynesismo, non deve prevedersi alcun limite costituzionale a questa libertà in nome della "utilità sociale" o a tutela della "sicurezza, libertà, dignità umana".

E' questo che serve per il rilancio dell'economia? Eliminando i principi programmatici dell'art. 41 si rilancia l'occupazione, riprendendo spazi alle economie cinesi, indiane, brasiliane etc.? E' questa la strada del nuovo diritto del lavoro? Altro che *praetor e cura de minimis*! Stiamo passando da Keynes a Von Mises, anzi rischiamo di correre verso un liberismo sfrenato, se mai è esistito un sistema liberista totalmente al di là delle regole di un mercato che fa i conti con lo Stato. Non possiamo certo tornare all'economia dell'immediato Secondo Dopoguerra, prima dei lavori della Costituente, cancellando articoli come l'1, il 4 e tutto il Titolo III, non solo l'art. 41, di cui forse sono sconosciuti a questi "interessati" contenuto, lettera e valore, con buona pace dei Padri della nostra democrazia repubblicana, i Costituenti eredi e vettori della riconquistata libertà.

Gaetano Veneto

DOSSIER

Contrattazione collettiva

IL CONTRATTO COLLETTIVO E LE RAPPRESENTANZE SINDACALI

di Michele Miscione*

SOMMARIO: 1. Premessa e sintesi. 2. Contratto collettivo «di categoria» o non. 3. Rappresentanza in funzione della contrattazione? 4. L'esempio irripetibile del pubblico impiego. 5. I problemi irrisolvibili dell'accettazione implicita. 6. Perché nuova «categoria» o unico livello. 7. Le imprese medio-piccole vogliono risparmiare disdettando i contratti aziendali. 8. Le clausole d'«ultrattività» ma senza diritti perpetui. 9. Escludere dai contratti per negare le R.s.a.? 10. Ipotesi di sindacato storico «senza contratto».

1. Premessa e sintesi

Proverò un percorso logico, rispondendo in progressione alla domanda «a chi o a che servono» le tensioni nei rapporti fra sindacati. Un «*cui prodest*» di turbolenze o meglio divisioni o tentativi di divisione.

Finora, l'esame era stato quasi esclusivamente sul contratto collettivo, dando per presupposte le legittimazioni amplissime derivanti dai principi di libertà sindacale; l'attenzione s'è però spostata sui sindacati stipulanti, dopo che s'è ventilata l'ipotesi di esclusione totale per chi rifiuta la contrattazione.

Si prospettano questioni e soluzioni reciproche: se la contrattazione influisce sulle rappresentanze o, viceversa, le rappresentanze influiscono sulla contrattazione. La fine però è sempre uguale, con il principio costituzionale di libertà sindacale, per cui non si possono

porre limiti anche se non si danno certezze, che è il bello del diritto sindacale.

2. Contratto collettivo «di categoria» o non

Meglio lasciar perdere i tentativi di criminalizzare, che è roba vecchia. Vediamo i veri problemi del contratto collettivo e delle rappresentanze, partendo prima dal contratto collettivo.

Per capire i limiti negativi posti dall'art. 39 Cost., con il principio di libertà e la deroga per l'«*erga omnes*», bisogna distinguere il contratto collettivo nazionale di categoria (C.c.n.l.) da quello aziendale o integrativo: infatti, mentre la libertà affermata nel comma 1 riguarda tutto e tutti, i limiti negativi posti dal comma 2 e seguenti dell'art. 39 Cost. riguardano, almeno formalmente, solo i contratti collettivi «di categoria».

Il C.c.n.l. è presupposto dall'art. 39 comma 4 Cost., nel riferimento ai «*contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce*»; anche se viene usata solo la parola «categoria», è implicito ma certo un riferimento anche al «nazionale», nella disposizione su «tutti gli appartenenti».

Un riferimento più preciso è nell'art. 360 n. 3 c.p.c. (come sostituito dall'art. 2 D.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40), che ammette la possibilità di impugnare con ricorso per cassazione le sentenze pronunciate in grado d'appello o in unico grado «*per violazione o falsa applicazione (...) dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro*». Sono necessari quindi non uno ma due requisiti: per essere «nazionale», il contratto

* Relazione al Seminario giuridico su: «*Rappresentanze dei lavoratori e contrattazione collettiva oggi*» tenutosi l'11 febbraio 2011 presso l'Aula Aldo Moro dell'Università di Bari.

collettivo dev'essere «di categoria» ed esteso al territorio nazionale. È necessaria non solo l'applicabilità ma anche l'applicazione, a rischio altrimenti di far passare per contratti «nazionali di categoria» anche quelli «pirata» o in verità microscopici. Comunque basta l'applicazione generalizzata per «gran parte», purché sia compresa la più importante. Coinvolgendo normalmente più imprese, il C.c.n.l. è concluso mediante rappresentanze.

Del contratto collettivo aziendale, oltre frammenti di legge, si possono dare almeno due nozioni astratte: il contratto autosufficiente e quello strettamente «integrativo» di altro normalmente di grado superiore, senza il quale non potrebbe esistere (come l'aziendale solo specificativo di un'indennità definita a livello nazionale). In entrambi i casi, il contratto collettivo aziendale non comporta problemi da parte datoriale, perché firmato direttamente dal datore di lavoro senza rappresentanze; comporta invece problemi dalla parte dei lavoratori, per la possibilità che firmi solo uno o alcuni o comunque non tutti i sindacati presenti in azienda, con aperto dissenso degli altri. In mancanza di dissenso, invece, si può dare per acquisito il consenso implicito dei non firmatari.

Resta comunque la possibilità per i lavoratori non iscritti e per gli iscritti ai sindacati non-firmatari di accettare esplicitamente o implicitamente il o i contratti stipulati da altri; al contrario, gli iscritti non possono rifiutare il contratto del proprio sindacato, che hanno accettato iscrivendosi, salvo dimissioni prima della firma e quindi, in certo senso, con ratifica implicita derivante dalle mancate dimissioni.

Credo però che il contratto «di categoria», cui fa riferimento l'art. 39 Cost., sia non tanto - o non solo - quello riguardante tutti gli appartenenti alla categoria e quindi «nazionale», ma soprattutto quello che prevede l'intera disciplina dei rapporti di lavoro. Il contratto «di categoria» è quello potenzialmente completo ed «autosufficiente», con l'intera

disciplina sia economica che normativa (per restare alla vecchia terminologia che risale alla L. 741/1959) senza vere carenze; il contratto aziendale o comunque di 2° livello è «parziale», solo con frammenti di disciplina, dipendenti o no da un contratto precedente.

L'art. 39, comma 2 e seguenti, Cost. prevede un procedimento per l'estensione «*erga omnes*» dei contratti collettivi che non lascino carenze, quasi presupponendo un contenuto obbligatorio del contratto collettivo di categoria. Tuttavia anche il contratto nazionale può essere solo integrativo (com'è comune nel pubblico impiego), unendosi al o ai precedenti.

Ovviamente, anche il contratto aziendale o comunque di livello inferiore al nazionale (per gruppi d'impresa o per un territorio delimitato come la regione o provincia, o altro ancora) può essere «completo», con tutta la disciplina dei rapporti e senza necessità d'integrazione; viceversa, un contratto «di categoria» non può essere parziale o, meglio, se è parziale non è più «di categoria», anche se esteso a tutto il territorio nazionale.

3. Rappresentanza in funzione della contrattazione?

Certamente, l'art. 39 Cost. prevede un sistema di rappresentanze per le «categorie» intere (le «rappresentanze unitarie») in funzione della contrattazione collettiva; l'onere della registrazione e successivo procedimento («riserva di procedimento») vale solo ai fini della contrattazione e non certamente per ogn'altra attività, che resta assoggettata al generale principio di libertà sindacale (art. 39, comma 1, Cost.), salvo ovviamente il generalissimo requisito di genuinità (che sarà poi legiferato dallo Statuto dei lavoratori con il suo art. 17). Insomma, per restare alle attività tipiche, nel progetto - che è sistema costituzionale - uno sciopero può o potrà essere proclamato anche da un sindacato non registrato.

È ovvio, ma serve a precisare, che la disciplina delle rappresentanze (le

«rappresentanze unitarie») è prevista dall'art. 39 Cost. solo ai fini della contrattazione *erga omnes* e non è applicabile per la contrattazione collettiva ad efficacia limitata («di diritto comune»). Non so se questo possa significare, in negativo, divieto di disciplinare le rappresentanze - in deroga al principio di libertà - per fini diversi rispetto all'*erga omnes*.

Lo Statuto dei lavoratori prevede una disciplina essenziale delle rappresentanze nei luoghi di lavoro (art. 19), ma solo per la selezione dei sindacati legittimati, lasciando per il resto tutto libero («per contenitore» e non «per contenuto»). Certamente, le rappresentanze dello Statuto sono previste non per la contrattazione collettiva, ma per altri diritti; anzi, si può dire che nello Statuto prevalgano le vecchie diffidenze dei sindacati nazionali a legittimare per la contrattazione i sindacati decentrati. L'esperienza della contrattazione aziendale sarà contestuale o immediatamente successiva, ma senza alcuna riserva in favore delle rappresentanze istituzionalizzate dalla legge. Solo molto dopo, dal 1975 con la legge n. 164 sulla Cassa integrazione, sarà riconosciuta alle RSA la legittimazione piena ed anzi esclusiva per gli «accordi» di procedimentalizzazione (in seguito anche per il trasferimento d'azienda ed i licenziamenti collettivi).

Per la contrattazione «di categoria» ci sono dunque i vincoli e limiti previsti dall'art. 39, comma 2 e seguenti, Cost., inesistenti invece per la contrattazione aziendale o comunque di 2° livello. È normale e forse ovvio, considerando che ai tempi della Costituzione la contrattazione di 2° livello non esisteva e non era neppure immaginabile. Il contratto collettivo aziendale ma «completo» esisteva eccome, anzi fu quello storico (come il primo «Itala-Fiom», di cui nel 1996 celebri il centenario in «Lav. giur.»), ma né la Costituzione e neppure lo Statuto dei lavoratori prevedevano le rappresentanze in funzione della contrattazione aziendale, anche se ai tempi dello Statuto di

contrattazione aziendale ce n'era già stata molta.

I vincoli e limiti previsti dall'art. 39, comma 2 e seguenti, Cost. non possono valere, nel silenzio, nei confronti della contrattazione non «di categoria». Nulla impedisce dunque, almeno formalmente, una legge che disciplini le rappresentanze sindacali per individuare gli agenti contrattuali legittimati: ma è evidente che, se si dicesse che solo alcuni sindacati e non altri possono firmare contratti collettivi, si violerebbe in modo inesorabile e clamoroso il principio di libertà sindacale di cui all'art. 39, comma 1, Cost.

Il problema allora è un altro: se sia possibile una legge che disciplini le rappresentanze per rendere *erga omnes* i contratti aziendali e cioè vincolanti anche per i lavoratori non iscritti ed iscritti a sindacati non firmatari.

A me sembra che un'ipotesi del genere sarebbe ugualmente lesiva del principio di libertà sindacale e quindi incostituzionale. Si potrà ribattere che in questo modo i limiti e vincoli, previsti dall'art. 39, comma 2 e seguenti, della Costituzione solo per la contrattazione «di categoria», finirebbero per imporsi anche alla contrattazione di tipo diverso, su cui la Costituzione tace. Non vedo però la possibilità di deroga mediante legge ordinaria al principio costituzionale di libertà sindacale, che si realizzerebbe imponendo i contratti collettivi aziendali anche a chi non li vuole. Ci vorrebbe una legge costituzionale, in deroga appunto all'art. 39, comma 1, della Costituzione, inconcepibile di fatto.

4. L'esempio irripetibile del pubblico impiego

Si dirà, ed in qualche modo è stato detto, che un'esperienza del genere s'è già realizzata senza obiezioni nel pubblico impiego con il D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (Titolo III su «Contrattazione collettiva e rappresentatività sindacale»): si è abbozzata l'idea di ripetere una forma di «rappresentatività» come quella ex art. 43, comma 1, D.lgs. 165/2001, per selezionare

i sindacati legittimari in via esclusiva alla contrattazione, considerando la media tra il dato associativo e quello elettorale (deleghe per contributi sindacali e percentuale dei voti ottenuti nelle elezioni delle rappresentanze). In tal modo i contratti collettivi aziendali stipulati dai sindacati legittimati potrebbero diventare vincolanti nei confronti di tutti, anche non iscritti o iscritti a sindacato non firmatario. Soprattutto, dovrebbe diventare vincolante nei confronti dei sindacati pur legittimati ma messi in minoranza e cioè della Cgil.

In effetti, le rappresentanze legificate dal D.lgs. 165/2001 servono solo a selezionare i sindacati legittimati, non ad imporre i contratti collettivi anche a chi rifiuta di firmare (com'è appena successo), riproponendo gli stessi problemi del lavoro privato. Nel lavoro pubblico però il contratto collettivo è obbligatorio, specifico ed "unico", con divieto di non applicare alcun contratto o di applicarne più d'uno, in quanto è prevista la garanzia di parità di trattamento contrattuale e comunque di trattamenti non inferiori a quelli previsti dai contratti collettivi (art. 45, comma 3, D.lgs. 165/2001).

Il problema nel pubblico impiego è non dell'applicazione anche ai lavoratori non iscritti o dissidenti, in qualche modo obbligata per il principio di parità di trattamento, ma di stabilire chi sia legittimato a firmare il contratto collettivo unico. Le forme di «rappresentatività» previste dal D.lgs. 165/2001, basandosi solamente su "minimi" associativi ed elettorali (più del 5% nella media), escludono un principio maggioritario o altro criterio per cui la volontà di alcuni sindacati prevalga su quella di altri (com'è invece nell'art. 39 Cost. con le «rappresentanze unitarie»): l'unica conseguenza possibile, per quanto assolutistica, è che il rifiuto di firmare di uno o più sindacati legittimati, senza consenso implicito, blocca di fatto la contrattazione collettiva, con un potere di "veto" assoluto (come succede nel privato per gli "accordi gestionali" plurimi e contraddittori). Altrimenti, si lascerebbe alla parte pubblica il potere di scegliere i

propri interlocutori, applicando *erga omnes* il contratto collettivo non firmato da uno o più sindacati, anche se firmato dalla maggioranza (non si saprebbe nemmeno su cosa valutare la maggioranza, per sindacati o per numero di iscritti/votanti).

Comunque, se anche si potesse trovare nel pubblico impiego una soluzione per risolvere il conflitto fra sindacati legittimati, è certo che questa soluzione deriva dalla necessità per legge che "il" contratto collettivo ci sia e sia specifico ed unico, mentre nel lavoro privato nulla impedisce, in base al principio di libertà sindacale (art. 39 Cost.), la mancanza o non applicazione di alcun contratto o la coesistenza di due o più contratti collettivi con lo stesso campo d'applicazione. Le specificità del lavoro pubblico rendono irripetibile l'esempio per il lavoro privato, confermando l'impossibilità d'una sola teoria del contratto collettivo.

5. I problemi irrisolvibili dell'accettazione implicita

Un modo solo logico per risolvere i conflitti fra sindacati è quello fondato sul "consenso implicito" dei sindacati o dei lavoratori. Si tratta di principi che, anche se non formalizzati in norma scritta, in astratto sono certi, ma in concreto sono incertissimi (come dirò subito).

I casi sono tanto numerosi, da permettere solo qualche esempio (prima se n'è già visto qualcuno). Innanzitutto c'è quello del sindacato che, se tollera che il contratto collettivo non-firmato sia applicato anche ai propri iscritti, vuol dire che l'accetta. Altra deduzione: per la volontà negativa è necessario che sia rifiutato l'intero contratto collettivo non firmato, non una parte sola (magari migliorativa); è irrilevante anche una "riserva" con cui si dica che accettando una parte non s'accetta tutto.

Potrebbe sembrare più delicato il caso in cui il sindacato non-firmatario tolleri che i propri iscritti vadano a votare in un *referendum*, negando però qualsiasi valore al suo esito. Qui le alternative sono le più

varie, considerando anche i significati controversi d'una "riserva". Forse è assorbente il valore attribuito al *referendum*, se confermativo in senso proprio (quale condizione sospensiva o risolutiva del contratto collettivo) o solamente consultivo. Ad esempio, è decisivo che nello statuto della Fiom è indicato espressamente che il *referendum* ha valore solo consultivo e non può impegnare il sindacato né in positivo né in negativo (in entrambi i casi il sindacato resta libero se firmare o no).

C'è poi l'accettazione implicita da parte dei singoli, anche se non iscritti o iscritti al sindacato che non ha firmato. Si dice che l'accettazione anche d'una clausola sola comporterebbe accettazione del contratto intero, nel fondato presupposto che un contratto "aperto", come quello collettivo, può essere accettato nella sua totalità e non solo in parte, che altrimenti ci sarebbe non accettazione ma modifica, che a sua volta dovrebbe essere accettata dalla controparte.

L'affermazione *sembra* ma non è tanto ovvia, considerando invece che non sempre e forse raramente si riesce a capire il contenuto dell'intero contratto solo da una o più clausole. Insomma, il consenso può essere implicito, ma dev'essere *consapevole*. Si cade così in grande incertezze. È facile affermare - anche troppo - che il contenuto intero si presume conosciuto, se il contratto collettivo è stato oggetto di discussioni, assemblee, articoli di giornale o altro ancora. È più probabile e ragionevole, invece, che il contenuto intero non sia conosciuto e l'accettazione implicita solo di alcune clausole non significhi accettazione dell'intero contratto.

6. Perché nuova «categoria» o unico livello

Forse con il consenso implicito o per spontaneismo o meccanismi logici arcani, i contratti collettivi s'impongono ai singoli. L'interesse prevalente e forse unico è quanto si guadagna, il resto è

“sovrastuttura” quasi inutile, quindi accettata. Una nuova sindacalità o il risveglio della vecchia “classe” alla fine cedono di fronte all'essenzialità del guadagno. Se non si toccano i soldi, il contratto collettivo può essere cambiato e si può modificare sistema contrattuale passando ad un unico livello.

Dato che l'individuazione delle «categorie» (campi d'applicazione del contratto collettivo) è lasciata alla libertà sindacale ex art. 39 Cost., secondo la giurisprudenza anche costituzionale creata in occasione della L. 741/1959¹, certamente ci si può dividere o riunire come si vuole, in modo insindacabile.

Sempre in base al principio di libertà sindacale, è possibile uscire *nei modi dovuti* da un contratto “di categoria” per non applicare più nulla o per applicare una contrattazione specifica, aziendale o “di gruppo” o altro ancora. Resta la possibilità che i Giudici affermino l'applicabilità comunque dei trattamenti del C.c.n.l., in quanto contenente i «minimi costituzionali» ex art. 36 Cost.: tutto ovvio, ma altrettanto ovvio che i Giudici non sono vincolati e prendono a riferimento il C.c.n.l. in via solo indicativa, con possibilità d'individuare minimi non solo inferiori, ma anche superiori. Nulla impedisce, poi, che per i «minimi costituzionali» i Giudici prendano a riferimento un C.c.n.l. scaduto oppure, in un futuro per niente ipotetico, un contratto di 2° livello già concluso per zone ed attività uniformi o simili.

La nozione di «categoria», desumibile in qualche modo dall'art. 39 Cost. e dall'art. 360 n. 3 c.p.c., presuppone un'estensione «nazionale» e, direi soprattutto, una disciplina completa dei rapporti di lavoro. Non possono esserci limitazioni d'alcun

¹ Cfr. per tutte Corte Cost., 22 dicembre 1965, n. 88 (in *Pluris on line*), per cui l'estensione *erga omnes* di contratto collettivo oltre il campo d'applicazione definito nel contratto stesso “*viola la libertà d'organizzazione ed inquadramento che l'ordinamento costituzionale non consente sia limitata o annullata dall'intervento autoritativo della legge, ma considera parte essenziale della libertà di associazione sindacale*”.

genere, ripeto, per il principio di libertà sindacale ex art. 39 Cost..

Pertanto, non si può impedire - per entrare nella cronaca - di separare l'«industria metalmeccanica» con nuova o nuove «categorie» (come l'«auto» in Usa). Non si può nemmeno impedire di passare dal sistema attuale (configurato dall'Accordo interconfederale del 1993 e dagli accordi del 2009), con contrattazione di base di 1° livello integrata da contrattazione specifica di 2° livello, ad un nuovo sistema di contrattazione con un livello unico, nazionale o d'altro livello, anche aziendale.

D'altra parte - per restare nella cronaca - un ipotetico contratto collettivo del solo Gruppo Fiat avrebbe le caratteristiche non di contratto aziendale, ma di vero e proprio contratto nazionale: sia per l'estensione territoriale, sia e soprattutto per la completezza di disciplina (almeno come si può immaginare). In un modo o nell'altro, però, non si sfugge al sindacato dei giudici sul rispetto dei «minimi costituzionali» ex art. 36 Cost. (comunque configurabile, ripeto, sia sul nazionale che sull'aziendale).

Va infine considerato che l'attuale «industria metalmeccanica», essendo categoria molto ampia e non-uniforme, prevede minimi *molto bassi* per compatibilità con le imprese marginali, che debbono essere messe in grado di applicare quei minimi senza fallire. Insomma, nell'attuale «industria metalmeccanica» c'è la grande Fiat, ma ci sono anche le piccole officine che non hanno i soldi della Fiat: per questo, il C.c.n.l. è necessariamente basso, per permettere alle piccole officine di esistere, mentre per le imprese più importanti come la Fiat c'è la contrattazione integrativa.

Pertanto, un'uscita dalla categoria per costituirne una nuova più ristretta («auto» o solamente «Fiat») porterebbe alla disapplicazione dell'attuale C.c.n.l. dell'«industria metalmeccanica», ma presumibilmente senza rilevanti variazioni economiche (salvo sorprese a oggi imprevedibili, perché anzi si dice che, con

il nuovo sistema, la Fiat vorrebbe far guadagnare di più i lavoratori).

Bisogna allora chiedersi a che servirebbero tutte le modifiche prospettate ed in particolare l'uscita dal C.c.n.l. «industria metalmeccanica» o l'uscita dalla stessa Confindustria. Certamente non alle imprese per risparmiare, perché - salvo irragionevoli autolesionismi - non si potrebbe andare al di sotto degli attuali minimi complessivi. Almeno per le grandi imprese.

7. Le imprese medio-piccole vogliono risparmiare disdettando i contratti aziendali

Sembra però che molte imprese medio-piccole abbiano colto la palla al balzo - invito speculare rispetto a Pomigliano e Mirafiori - per «disdettare» i contratti collettivi aziendali e restare al solo C.c.n.l. Naturalmente, tutto sarebbe a causa della crisi, anche se in verità di motivazione non c'è bisogno. In tal modo si realizzerebbero per le imprese notevoli diminuzioni di costi, ma per i lavoratori altrettante diminuzioni di paga. Né per questi ultimi sarebbe possibile l'applicazione dell'art. 36 Cost., in quanto, almeno al momento, i giudici fanno riferimento per la determinazione dei minimi costituzionali solo ai contratti collettivi nazionali, senza l'aggiunta di quelli aziendali.

È noto che la generale disdettabilità dei contratti di durata, e prima fra questi del contratto collettivo, è affermata da tempo. L'occasione storica fu la disdetta dei contratti sui fondi aziendali integrativi delle pensioni, diventati nel tempo onerosissimi per il progressivo innalzamento dell'età della pensione (senza o con «finestre»). È emerso così il principio della generale disdettabilità, con «congruo» preavviso.

Ora, dicendo che c'è la crisi, le piccole-medie imprese «disdettano» i contratti collettivi aziendali. Naturalmente, debbono dare il preavviso «congruo», che, nel probabile silenzio, è quello del contratto collettivo nazionale o ad esso simile. Si

crea un contenzioso forte ed amaro, considerando che i lavoratori si vedono diminuire drasticamente la paga dopo anni e talvolta decenni. Non si sa, o almeno non so io, se convenga anche economicamente creare un conflitto del genere: si può dire però che il problema è sindacale, per i probabili e forse inevitabili scioperi ed altre forme di lotta che nascono, spesso in modo spontaneo.

C'è anche il sottile problema di diritto del valore della clausola "di rinvio", implicita o anche esplicita, da parte dei contratti d'assunzione o comunque individuali. L'interpretazione è sempre difficile, come è pure difficile individuare il valore di un eventuale impegno futuro, se determinabile oppure no. Tendo comunque a ritenere, in un modo o nell'altro, che una diminuzione secca sarebbe illegittima, ma un giudizio generale è impossibile per la varietà dei casi concreti.

Se questo è l'effetto o lo *choc* di Pomigliano e Mirafiori, sarebbe stato meglio che non ci fosse stato.

Sia detto comunque, per inciso, che il principio della generale disdettabilità non può far venir meno l'eventuale disciplina specifica prevista nei contratti, tanto meno cambiando semplicemente la parola «disdetta» con «recesso». I principi generali valgono soltanto in caso di mancanza di disciplina specifica.

8. Le clausole d'«ultrattività» ma senza diritti perpetui

Spesso, ma non sempre, la disciplina della disdetta prevede la clausola d'«ultrattività», con cui si dice che il contratto collettivo vecchio, ormai scaduto, rimarrà in vigore fino alla firma del nuovo. Si sa che questa clausola ha efficacia soltanto se espressa, senza possibilità d'interpretazione analogica dell'art. 2074 c.c., valido solo per il diritto corporativo.

La clausola d'«ultrattività» viene spesso valutata come diritto di opporsi senza limiti di tempo, nel senso che se il datore di lavoro non vuole un nuovo contratto si

continuerebbe ad applicare "sempre" quello vecchio. L'affermazione è sbagliata, perché in questo caso si tornerebbe alla teoria della perpetuità di un contratto, che non esiste ed è semplicemente contraria all'ordine pubblico.

In concreto, la clausola d'«ultrattività» può lasciare in vita il vecchio contratto disdetto solo per il tempo ragionevole di trattative, con possibilità di un qualche vero esito. Si rischia evidentemente un gioco delle parti di dubbia o dubbissima legittimità, con tentazioni facili. Ma, giustamente, la perpetuità non esiste perché tutto nasce e tutto muore.

9. Escludere dai contratti per negare le R.s.a.?

Se le rappresentanze non servono per la contrattazione, forse si può ipotizzare il contrario, che la contrattazione serve per le rappresentanze, come obiettivamente appare dall'attuale art. 19 St. lav. (dopo il *referendum* abrogativo del 1995). Si potrebbe ipotizzare che i fatti di Pomigliano e Mirafiori, attraverso le dimissioni da Confindustria, sarebbero stati indirizzati a non far firmare la Fiom-Cgil, per togliere loro le rappresentanza. Da qui anche il rimedio della "firma tecnica", suggerito per superare i problemi: non capisco però il significato di una "firma tecnica", perché o si firma o no, non ha valore una firma per adesione formale e dissenso sostanziale ("tecnica", almeno per quant'ho capito). Sembra il vecchio caso di scuola di chi scrive una cosa e ne pensa un'altra.

L'ipotesi è un po' ridicola, perché è incredibile che la Fiom sia stata "indotta" a non firmare. Forse, più semplicemente, c'è stato uno scontro di poteri. Da una parte la Fiat, portavoce di tutti gli imprenditori (almeno quelli grandi), voleva riaffermare la sua autorità, che però è indiscutibile. Dall'altra parte, la Fiom ha rifiutato il «ricatto» del "prendere o lasciare", che è sempre duro ed irritante, ma nella contrattazione è normale. Com'è normale - ma ugualmente duro - che, dopo le prime

firme, gli altri sono condizionati: non è però configurabile un diritto alla contestualità dei “tavoli separati”, per evitare che ci sia un prima ed un dopo, non foss’altro perché non si può pretendere e non sarebbe logica una divisione di chi tratta per l’impresa.

La Fiom ha rifiutato anche perché non voleva condividere nemmeno sulla carta quelle che ritiene illegittimità palesi, come per la malattia e gli scioperi. La posizione è più morale che giuridica, perché quelle clausole, se veramente fossero nulle (come credo), si dovrebbero considerare come mai messe per sostituzione di diritto. Certo, non è la prima volta che si firma ugualmente, tanto le clausole nulle non valgono niente: ma, dopo che la questione è esplosa, politicamente sarebbe stato duro accettare il realismo di non impuntarsi sulle clausole nulle che non valgono.

10. Ipotesi di sindacato storico “senza contratto”

I «perché» sono molti, forse impalpabili, ma resta l’ipotesi che la Fiom rimanga “senza contratto collettivo”. Potrebbe portare all’esclusione dalle rappresentanze sindacali aziendali che, in base all’art. 19 St. lav. parzialmente modificato dal *referendum* abrogativo dell’11 giugno 1995²), possono essere costituite non più dai sindacati «maggiormente rappresentativi», ma solo dalle «associazioni sindacali che siano firmatarie di contratti collettivi di lavoro applicati nell’unità produttiva». Con il «recesso» dal C.c.n.l. 2008 e dai contratti aziendali e le dimissioni dalla Confindustria, passando in nuova «categoria», s’azzererebbe tutto, in modo che la grande e storica Fiom (il primo

² Corte Cost., 12 gennaio 1995, n. 1, G. Calderisi, L. Strik Lievers ed E. Vito, in *Mass. giur. lav.*, 1995, I. Il referendum è stato indetto su due quesiti nel settore privato ed uno nel pubblico, con votazioni l’11 giugno 1995; è stato respinto il quesito “massimalista” ma accolto quello “minimalista”, con abrogazione della lett. a) e parzialmente della lett. b) dell’art. 19 comma 1 St. lav. ed abrogazione dell’art. 47 D.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (e successive modificazioni).

sindacato in Italia) rimanga fuori delle fabbriche, perché “senza contratto”.

È inverosimile, ma tutto può succedere. Bisognerebbe cominciare a capire perché nel 1995 i Radicali chiesero il *referendum* ed anche i sindacati l’andarono a votare. Forse si pensava che opporsi sarebbe sembrato corporativo ed in fondo nulla sarebbe cambiato, perché tanto i grandi sindacati erano firmatari dei C.c.n.l.: fu evidentemente un errore, allora imprevedibile, ma quel che non valeva nel 1995 vale nel 2011, a testo invariato. Non si sa perché i Radicali chiesero quello e l’altro *referendum*, ugualmente accolto, sui contributi sindacali³ e, prima e dopo, chiesero quelli non ammessi su Cassa integrazione⁴, contratto a termine⁵, *part time*⁶, diritti sindacali⁷. Inutile discuterne, si dirà, ma credo invece che sarebbe molto utile.

Subito dopo il referendum e la parziale abrogazione del 1995, però, prevalse una nozione sostanzialista del requisito della «firma» del contratto collettivo ex art. 19 St. lav., quando la Corte Costituzionale⁸ precisò che, richiedendosi solo la «firma» di un contratto collettivo, non si poteva lasciare al datore di lavoro un potere di “accreditare” i sindacati legittimati a

³ Corte Cost., 12 gennaio 1995, n. 13, G. Calderisi, L. Strik Lievers ed E. Vito, in *Riv. giur. lav.*, 1995, II, 49. Fu dichiarato ammissibile il *referendum* per l’abrogazione delle norme sui contributi sindacali nelle aziende nelle quali il rapporto di lavoro non è regolato da contratti collettivi. Il *referendum* (11 giugno 1995) ha avuto esito positivo, con abrogazione dei commi 2 e 3 dell’art. 26 St. lav., nonché l’art. 594 D.lgs. 16 aprile 1994, n. 297.

⁴ Corte Cost., 12 gennaio 1995, n. 6, L. Strik Lievers, M. Teodori e P. Vigevano, in *Mass. giur. lav.*, 1995, 7.

⁵ Corte Cost., 7 febbraio 2000, n. 41, D. Capezzone, M. Giustino e M. De Lucia, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2000, 310.

⁶ Corte Cost., 7 febbraio 2000, n. 45, D. Capezzone, M. Giustino e M. De Lucia, in *Dir. lav.*, 2000, II, 171.

⁷ Corte Cost., 6 febbraio 2003, n. 45, P. Cagna Ninchi, P.L. Panici, G. Botti e P. Alò, in *Giur. it.*, 2003, 2227.

⁸ Corte Cost., 12 luglio 1996, n. 244, Flmu Milano c. Soc. Fiat auto, in *Lav. giur.*, 1996, 1020; Id., 18 ottobre 1996, n. 345, Soc. Sulta ed altri c. Soc. Seap ed altri, in *Orient. giur. lav.*, 1997, 40.

costituire Rsa. Utilizzando un argomento già elaborato in precedenza, la Corte precisò che sono «firmatari» non i sindacati che formalmente mettono una firma sotto un contratto, ma quelli che hanno partecipato effettivamente alla contrattazione con proposte, trattativa, lotte; inoltre ha precisato che anche il contratto collettivo va inteso in modo non formale ma sostanziale, richiedendosi per essere tale un vero contenuto normativo ed economico.

Ma allora, se veramente quel che conta è la sostanza e non la forma, credo che la Fiom vada considerata ugualmente «firmataria» anche se formalmente non ha sottoscritto un contratto collettivo ritenuto illegittimo. Altrimenti l'art. 19 St. lav. sarebbe incostituzionale, se interpretato alla lettera, perché potrebbe comportare l'esclusione del sindacato più forte e storico.

Torna e prevale la vendetta della storia (la dea nemesi).

Quelli che volevano cambiare tutto con Pomigliano e Mirafiori, forse non volevano cambiare niente o meglio vorrebbero cambiare solo i rapporti di forza. Vorrebbero realizzare quella divisione sindacale, tentata dal 2001⁹. Le rappresentanze di legge non sono condizione per la contrattazione e la contrattazione non è condizione per le rappresentanze di legge.

La libertà sindacale ex art. 39 Cost. proibisce limiti e condizioni, lasciando che veramente il contratto collettivo sia applicato solo da chi lo vuole applicare. Sarà non certo, ma è bello.

⁹ Corte Cost., 12 luglio 1996, n. 244, Flmu Milano c. Soc. Fiat auto, in *Lav. giur.*, 1996, 1020; Id., 18 ottobre 1996, n. 345, Soc. Sulta ed altri c. Soc. Seap ed altri, in *Orient. giur. lav.*, 1997, 40.

CONTRATTAZIONE COLLETTIVA E RAPPRESENTANZA DEI DATORI DI LAVORO

di Lauralba Bellardi*

<<La vicenda Fiat fa emergere quale potrebbe essere l'evoluzione della struttura della contrattazione collettiva e della rappresentanza dei datori di lavoro.

Per quanto riguarda la struttura della contrattazione, l'introduzione delle clausole di uscita consente di poter derogare a diversi aspetti dell'accordo nazionale.

L'accordo del 2009 di Confindustria ha integrato l'accordo quadro prevedendo che la contrattazione potesse essere esercitata solo a livello territoriale e solo su parametri oggettivi individuati dal Ccnl di categoria.

In ogni caso i contratti territoriali in deroga dovevano essere approvati dai soggetti che scritturano quello nazionali, quantomeno nelle "condizioni più rilevanti" che già la Commissione Giugni aveva individuato. Queste ultime, da un lato, salvaguardavano la possibilità di deroghe, necessarie all'adeguamento dei contratti alle esigenze concrete e, dall'altro, rafforzavano il raccordo tra contratti collettivi di diverso livello, mantenendo il ruolo d'indirizzo e coordinamento dell'intera struttura contrattuale del Ccnl.

Questo doveva servire a rendere flessibile ed, allo stesso tempo, coeso il rapporto tra i contratti di diverso livello.

Il contratto dei metalmeccanici del 2009 non ha disciplinato le clausole d'uscita, come non lo ha fatto nessun altro contratto, eccezion fatta per i chimici.

Ciò perché si doveva favorire il rinnovo dei contratti di categoria in modo unitario, anche grazie alla mancata formalizzazione delle clausole di uscita.

In questa situazione si è stipulato il primo accordo Fiat di Pomigliano. Tuttavia quest'ultimo ha disatteso le previsioni dell'accordo Confindustria ed ha ignorato l'assenza della disciplina delle clausole di uscita dei contratti di categoria.

Per tale ragione l'accordo stesso equivaleva a disconoscere le scelte dell'associazione di rappresentanza delle imprese nell'accordo interconfederale.

Infatti uno dei punti più importanti dell'accordo interconfederale si basava sulla possibilità di agire in deroga solo a livello territoriale, mentre quello di Pomigliano interveniva a livello di stabilimento.

Pertanto l'accordo di Pomigliano rappresenta una rottura rispetto al sistema di rappresentanza, in quanto seppur la clausola sulle deroghe sia inserita nel contratto nazionale, la stessa non viene né raccolta né usata dalla Fiat, perché inefficace.

In questa fase di globalizzazione - che offre opportunità di concorrenza sui salari ed, in assenza di interventi sulla contrattazione da parte dello Stato - ci si chiede quale sarà l'evoluzione della contrattazione collettiva e delle relazioni industriali.

Infatti se non è più solo rilevante l'ambito nazionale, è presumibile che tutto l'assetto degli ambiti industriali ne subirà il contraccolpo.

Di certo finché ci sarà la crisi in atto le imprese favoriranno l'applicazione delle clausole in deroga, ma anche in caso di

* Relazione al Seminario giuridico su: "Rappresentanze dei lavoratori e contrattazione collettiva oggi" tenutosi l'11 febbraio 2011 presso l'Aula Aldo Moro dell'Università di Bari.

ripresa è presumibile che le stesse continuino a sopravvivere.

In ogni caso appare destinata a prevalere la tendenza che i contratti di secondo livello acquisiscano più rilevanza rispetto a quelli nazionali.

Ciò non porterà ad una scomparsa dei contratti nazionali, perché la struttura produttiva del nostro Paese è composta di molte piccole imprese, che non reggono il sistema di contrattazione aziendale, come invece negli Stati Uniti.

In secondo luogo il contratto nazionale è ancora uno strumento insostituibile per dare stabilità e diminuire i costi nel nostro sistema, ovvero affrontare i problemi di ristrutturazione aziendale.

Infine nemmeno la Cisl e la Uil sarebbero disposte a cedere sul ruolo del Ccnl.

Quindi benché sia difficile prevedere il futuro delle relazioni industriali, sarebbe necessario sviluppare i metodi negoziali del sindacato stesso.

Inoltre le vicende Fiat costituiscono una sfida nei confronti di Confindustria.

Questa prospettiva potrebbe essere rafforzata da vicende quali la formazione di "Rete Imprese Italia", la nuova organizzazione costituita dalle 3 grandi organizzazioni dell'artigianato, Confartigianato, CNA e Casartigiani e dalle due organizzazioni del commercio Confesercenti e Confcommercio.

Quest'ultima fa venire meno i criteri organizzativi dell'impresa, ovvero quella autonoma tipica delle imprese artigiane e l'orientamento politico da sempre presente nelle organizzazioni sindacali e rafforza il criterio numerico, essendo per la maggior parte piccole imprese.

In questo modo si riescono a raggiungere due obiettivi: offrire più servizi e mantenere la rappresentanza.

Proprio in quest'ottica sarà importante valutare il ruolo che svolgerà questa nuova organizzazione, rispetto a quello che ha svolto fin'ora Confindustria.>>.

Collegato lavoro

L'APPRENDISTATO NEL COLLEGATO LAVORO

Quale risposta alle nuove istanze sociali?

di Maria Mangiatordi*

SOMMARIO: 1. Definizione e disciplina dell'apprendistato nella legislazione italiana. 2. L'evoluzione giurisprudenziale in materia di apprendistato: le pronunce più recenti di merito e di legittimità. 3. Le novità introdotte dal "Collegato lavoro" in materia di apprendistato: l'art. 48, co. 8, legge n. 183/2010.

1. *Definizione e disciplina dell'apprendistato nella legislazione italiana*

Il nuovo contratto di apprendistato dà luogo a una tipica ipotesi di lavoro che si caratterizza principalmente per un aspetto: il contenuto formativo della obbligazione negoziale. Questa, infatti, *"si estrinseca nell'obbligo del datore di lavoro di corrispondere all'apprendista non solo una controprestazione retributiva ma anche gli insegnamenti necessari per il conseguimento di una qualifica professionale o di una qualificazione tecnico-professionale"*.

In tal modo, l'apprendistato diventa *"l'unico contratto di lavoro a contenuto formativo presente nel nostro ordinamento, fatto salvo l'utilizzo del contratto di formazione e lavoro nelle pubbliche amministrazioni"*.

La *ratio* della tipologia contrattuale in esame è data dalla costruzione di un percorso di alternanza tra formazione e lavoro.

* Dalla relazione al Seminario giuridico su: *"Nuove istanze sociali e diritto del lavoro. Dal collegato lavoro ai più recenti eventi"* tenutosi nei giorni 10, 11 e 12 marzo 2011 presso l'Auditorium Madonna della Pace di Molfetta.

Tre sono le tipologie di apprendistato previste dal legislatore del 2003: l'apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione; l'apprendistato professionalizzante e l'apprendistato per la acquisizione di un diploma o per percorsi di alta formazione.

L'apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione è finalizzato al conseguimento di una qualifica di istruzione e formazione professionale ai sensi della L. n. 53/2003, e quindi all'acquisizione di un titolo di studio tramite il rapporto di lavoro, assolvendo al contempo l'obbligo formativo attraverso lo strumento dell'alternanza scuola - lavoro.

Infatti, l'apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione è previsto quale percorso alternativo alla formazione scolastica ma è integrativo dell'obbligo formativo che si traduce oggi nel *"diritto dovere"* di istruzione per almeno 12 anni e comunque fino ai 18 anni d'età.

Possono ricorrere a siffatta tipologia contrattuale i datori di lavoro appartenenti a tutti i settori lavorativi, nonché le associazioni dei datori di lavoro e le organizzazioni sindacali, che possono stipulare con soggetti tra i quindici e i diciotto anni non compiuti, che non abbiano ancora completato il percorso formativo.

L'apprendistato professionalizzante ha quale obiettivo principale il conseguimento di una qualifica professionale attraverso la formazione sul lavoro.

"La qualificazione del lavoratore nell'ambito dell'apprendistato professionalizzante deve essere intesa quale acquisizione di competenze di base, trasversali e tecnico-professionali. Non si

persegue pertanto l'acquisizione di un titolo di studio o di una qualifica professionale del sistema di istruzione e formazione professionale, bensì l'accrescimento delle capacità tecniche dell'individuo al fine di farlo diventare un lavoratore qualificato".

Con riferimento all'ambito di applicazione, la legge stabilisce che il contratto di apprendistato professionalizzante venga stipulato fra i datori di lavoro appartenenti a tutti i settori produttivi e dalle associazioni dei datori di lavoro e le organizzazioni sindacali ed i soggetti dai 18 ai 29 anni d'età, secondo quanto disposto dall'art. 49 del D. lgs. n. 276/2003.

Il contratto può essere stipulato anche con soggetti che abbiano compiuto i 17 anni d'età e siano in possesso di una qualifica professionale conseguita ai sensi della legge n. 53/2003.

I limiti d'età sono direttamente collegati con le finalità perseguite e con la disciplina del nuovo apprendistato.

L'apprendistato per l'acquisizione di un diploma o per percorsi di alta formazione risponde principalmente alla necessità di acquisire un titolo di studio secondario, laurea o diploma di specializzazione, nonché una specializzazione tecnica superiore introdotta con la legge 17 maggio 1999, n. 144, integrando la formazione pratica in azienda con la formazione secondaria, universitaria, di alta formazione o comunque con una specializzazione tecnica superiore.

L'art. 50, co. 1, D.lgs. n. 276/2003 prevede un diretto collegamento tra l'apprendistato per l'acquisizione di un diploma o per percorsi di alta formazione e il sistema dell'istruzione e della formazione tecnica superiore come previsto all'art. 69 della legge n. 144/1999.

Siffatta tipologia di apprendistato può essere stipulata tra datori di lavoro appartenenti a tutti i settori produttivi, purché esercitino attività compatibili con il perseguimento delle finalità del contratto, nonché con le associazioni di datori di lavoro e le organizzazioni sindacali ed i

soggetti di età compresa tra i 18 e i 29 anni che siano già in possesso di un titolo di studio e vogliano conseguire una qualifica di livello secondario o superiore.

Il contratto può essere stipulato anche con soggetti che abbiano compiuto il diciassettesimo anno d'età qualora siano in possesso di un titolo di studio.

La disciplina dell'apprendistato per la acquisizione di un diploma per percorsi di alta formazione è altamente flessibile, dal momento che presuppone moduli di formazione *ad hoc* tra loro liberamente combinabili: formazione formale, formazione non formale, formazione informale.

Le tappe principali dell'iter formativo:

- legge n. 25 del 19.01.1955, così come modificata dalla legge n. 424 del 02.04.1968 che disciplina l'apprendistato;

- legge n. 196 del 24.06.1997, recante *"Norme in materia di promozione dell'occupazione"*;

- decreto del Ministero del Lavoro del 08.04.1998 recante *"Disciplina dell'apprendistato - Disposizioni concernenti i contenuti formativi delle attività di formazione degli apprendisti"*;

- decreto del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale n. 359 del 07.10.1999, recante disposizioni per l'attuazione dell'art. 16 della legge n. 196/1997;

- decreto del Ministero del Lavoro n. 22 del 28 febbraio 2000, - Disposizioni relative alle esperienze professionali richieste per lo svolgimento delle funzioni di tutore aziendale ai sensi dell'articolo 16 della legge n. 196/1997 recante *"Norme in materia di promozione dell'occupazione"*;

- D.lgs. n. 276 del 10 settembre 2003 *"Attuazione delle deleghe in materia occupazione e mercato del lavoro di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30"* e s.m.i.;

- legge 247 del 24 dicembre 2007 recante *"Norme di attuazione del Protocollo del 23 luglio 2007 su previdenza, lavoro e competitività per favorire l'equità e la crescita sostenibili, nonché ulteriori"*

norme in materia di lavoro e previdenza sociale”;

- Collegato lavoro: L. n. 183/2010, art. 49,c.8: assolvimento diritto/dovere di istruzione e formazione anche a 15 anni e non 16, come previsto dalla L. n. 296/2006, art. 1, co. 622.

Circolari ed intese del Ministro del lavoro di particolare rilevanza: la Circolare n. 40/2004 e l'intesa del Ministro del lavoro del 27.10.2010 per il rilancio dell'apprendistato.

La Circolare emessa dal Ministero del Lavoro il 14.10.2004 e pubblicata sulla G.U. n. 249 del 22 ottobre 2004 contiene chiarimenti con riferimento ai contenuti del contratto di apprendistato, così come modificato dal D.lgs. n. 276/2003.

In caso di inadempimento imputabile esclusivamente al datore di lavoro e tale da impedire il raggiungimento della qualifica da parte dell'apprendista, *“il datore è tenuto a versare all'I.N.P.S. a titolo di sanzione la differenza tra la contribuzione versata e quella dovuta con riferimento al livello di inquadramento contrattuale superiore che sarebbe stato raggiunto dal lavoratore al termine del periodo di apprendistato, maggiorata del 100 per cento”*.

Ancora, con riferimento alla funzione del nuovo contratto di inserimento disciplinato agli articoli 54 e ss. del D.lgs. n. 276/ 2003, la Circolare precisa che *“la formazione del lavoratore è solo eventuale e non integra un elemento caratterizzante del relativo tipo contrattuale”*.

La Circolare precisa anche che *“L'apprendistato professionalizzante non è oggi pienamente operativo, in quanto presuppone una disciplina regionale¹ dei*

¹ La Regione Puglia ha legiferato sul punto, intervenendo più volte con diversi provvedimenti: dapprima con la L. regionale n. 13 del 22.11.2005 recante la *“Disciplina in materia di apprendistato professionalizzante”*, pubblicata sul BURP n. 146 del 25.11.2005; successivamente con L. regionale n. 40 del 28.12.2006 recante *“Modifiche e integrazioni alla legge regionale 22 novembre 2005, n. 13”*, pubblicata sul BURP n. 172 suppl. del 28.12.2006; ancora con D.G.R. n. 1125 del 25.07.2006 con oggetto *“Linee*

profili formativi, da definirsi d'intesa con le parti sociali, a cui è subordinata l'applicabilità dei profili normativi definiti a livello nazionale, come legislazione di cornice, nell'ambito del decreto legislativo n. 276 del 2003. Pienamente operativa è pertanto da considerarsi unicamente la disciplina dell'apprendistato per l'acquisizione di un diploma o per percorsi di alta formazione, rispetto al quale è possibile avviare le prime sperimentazioni nei limiti e alle condizioni di cui all'art. 50 del D.lgs. n. 276/2003”.

In relazione ai limiti quantitativi alle assunzioni di apprendisti, la Circolare ha chiarito che *“in conformità alla disciplina previgente ed in coerenza con le finalità dell'istituto, è stabilito un limite quantitativo alle assunzioni di apprendisti. Non è infatti possibile assumere con contratto di apprendistato un numero di apprendisti che sia superiore al 100 per cento delle maestranze specializzate e qualificate in servizio presso uno stesso datore di lavoro. Tuttavia, il datore di lavoro che non abbia alle proprie dipendenze lavoratori qualificati o specializzati, o che comunque ne abbia in numero inferiore a tre, può assumere apprendisti fino ad un numero massimo di tre. Tale limite quantitativo non si applica alle imprese artigiane, per le quali resta applicabile la disciplina di cui all'art. 4 della legge n. 443 del 1985”*.

Da ultimo, con riferimento all'art. 53, comma 3, del D.lgs. n. 276/ 2003, così come modificato dall'art. 11 del D.lgs. n. 251/2004, si mette in evidenza come sia stata introdotta una severa disciplina

guida per l'attuazione della legge regionale n. 13 del 22 novembre 2005 in materia di apprendistato professionalizzante”, pubblicata nel BURP n. 105 del 17.08.2006; ancora con determinazione dirigenziale n. 125 del 3.3.2006, avente ad oggetto *“Approvazione modello piano formativo individuale per le assunzioni con contratto di apprendistato professionalizzante”*, pubblicata su BURP n. 31 del 9.03.2006; da ultimo con D.G.R. n. 1000 del 16.06.2009, recante le *“Linee Guida per la gestione delle attività di formazione esterna in materia di apprendistato professionalizzante, ai sensi della Legge Regionale n. 13 del 22 novembre 2005”*.

sanzionatoria comune alle tre tipologie di apprendistato.

La Circolare n. 40/2004 precisa che *“l’inadempimento formativo imputabile al datore di lavoro sarà valutato sulla base del percorso di formazione previsto all’interno del piano formativo e di quanto regolamentato dalla disciplina regionale. Tale inadempimento potrà configurarsi in presenza di uno dei suddetti elementi: quantità di formazione, anche periodica, inferiore a quella stabilita nel piano formativo o dalla regolamentazione regionale; mancanza di un tutor aziendale avente competenze adeguate o di ogni altro elemento che provi una grave inadempienza del datore di lavoro nell’obbligo formativo. In caso di inadempimento dell’obbligo formativo, e conseguente applicazione della suddetta misura sanzionatoria, al datore di lavoro sarà preclusa la possibilità di continuare il rapporto di apprendistato con lo stesso soggetto e per l’acquisizione della medesima qualifica o qualificazione professionale”*.

Ancora, la recente intesa siglata lo scorso 27.10.2010 dal Ministro Sacconi con le Regioni, le Province Autonome e le parti sociali, mira a *“rilanciare lo strumento fondamentale dei contratti di apprendistato per l’ingresso dei giovani nel mercato del lavoro, con un contenuto formativo garantito dalle Regioni o in sussidiarietà dalle parti sociali e dagli enti bilaterali”*.

Nello specifico, i firmatari dell’accordo hanno inteso stabilire alcune linee guida su cui puntare: *“dare un nuovo impulso alla occupazione giovanile in apprendistato conferendo, per lavoratori e imprese, immediata certezza al quadro giuridico e istituzionale di riferimento attraverso una fase di transizione di dodici mesi nella quale, in attesa della definizione di una revisione e di un definitivo chiarimento della normativa vigente, le parti concordano: (a) di confermare il quadro di operatività dell’apprendistato professionalizzante, come disposto dai commi 5 e 5 bis, art. 49 D.lgs. n. 276/2003, con particolare riferimento alla*

funzione surrogatoria dei contratti collettivi nazionali di lavoro e degli accordi interconfederali là dove la Regione non abbia regolamentato la materia d’intesa con le associazioni dei datori di lavoro e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano regionale; (b) di confermare, per le ipotesi di cui al comma 5 ter dell’articolo 49 D.lgs. n. 276/2003, in materia di formazione esclusivamente aziendale, e alla luce della sentenza n. 176/2010 della Corte Costituzionale, le previsioni contenute nei contratti collettivi e negli accordi interconfederali che hanno disciplinato l’apprendistato professionalizzante anche in applicazione di detto comma, che rimangono valide per le Regioni che non hanno già provveduto a definire compiutamente la normativa ai sensi dell’articolo 49, commi 5 e 5 ter, D.lgs. n. 276/2003; avviare un tavolo tripartito per la definizione:(a) di una mappatura condivisa della normativa concretamente applicabile Regione per Regione, settore per settore;(b) delle linee guida condivise per la riforma dell’apprendistato professionalizzante secondo la delega contenuta nella l. n. 247/2007 in corso di riattivazione nell’ambito del disegno di legge c.d. Collegato lavoro valorizzando la formazione aziendale di tipo formale, la risorsa della bilateralità, il ruolo dei fondi interprofessionali e la tracciabilità sul libretto formativo del cittadino;(c) di un quadro più razionale ed efficiente dei tirocini formativi e di orientamento al fine di valorizzarne le potenzialità in termini di occupabilità e prevenire gli abusi e l’utilizzo distorto degli stessi tirocini formativi e di orientamento e di altre tipologie contrattuali (in particolare le collaborazioni coordinate e continuative) in concorrenza con il contratto di apprendistato; da ultimo, confermare che, in caso di imprese multi-localizzate, per l’attivazione dei contratti di apprendistato e per i tirocini formativi e di orientamento trova applicazione su tutto il territorio nazionale la sola regolamentazione della Regione dove l’impresa ha la propria sede legale”.

2. *L'evoluzione giurisprudenziale in materia di apprendistato: le pronunce più recenti di merito e di legittimità*

La giurisprudenza si è espressa più volte in materia di apprendistato su diversi profili, alcuni dei quali di particolare rilievo.

In particolare, la Corte Costituzionale, è intervenuta in materia di riparto di competenze fra Stato e Regioni con particolare riferimento ai contenuti formativi dell'apprendistato e alla regolamentazione dei profili formativi.

Infatti, per via della implementazione della cd. *devolution*, ossia dell'attribuzione di ampie competenze alle Regioni in materia di formazione e lavoro in attuazione delle modifiche all'articolo 117, Cost., sono sorti spesso problemi circa il riparto di competenze.

Da un lato le amministrazioni regionali hanno contestato una presunta lesione delle proprie competenze da parte dello Stato in merito alla disciplina della formazione formale; dall'altro lato lo Stato ha manifestato le proprie doglianze nei confronti delle medesime Regioni che avevano legiferato in proprio la possibilità di rilasciare qualifiche professionali e relativi crediti formativi.

La Corte Costituzionale - intervenuta sul punto con più pronunce - ha in sintesi stabilito che, mentre la formazione da impartire all'interno delle aziende attiene precipuamente all'ordinamento civile, la disciplina di quella esterna rientra nella competenza regionale in materia di istruzione professionale, con interferenze però con altre materie, in particolare con l'istruzione, per la quale lo Stato ha varie attribuzioni in termini di norme generali e di determinazione dei principi fondamentali.

Inoltre la sentenza n. 50/2005 ha richiamato il principio di leale collaborazione fra Stato e Regioni nel comporre e risolvere costruttivamente eventuali sovrapposizioni di competenze, evitando quindi una legiferazione unilaterale dell'istituto.

L'ultimo intervento in materia da parte della Corte Costituzionale risale al 2010 (sent. n. 176/2010), con il quale ha ribadito che *“E' costituzionalmente illegittimo l'art. 23, comma 2, del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, recante Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria, come convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 (Conversione in legge, con modificazioni, del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), nella parte in cui, modificando l'art. 49 del D.lgs. n. 276 del 2003, stabilisce che, in caso di formazione esclusivamente aziendale, la regolamentazione dei profili formativi dell'apprendistato professionalizzante non è definita dalle regioni d'intesa con le associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori, ma dai contratti collettivi di lavoro. Infatti nell'ipotesi di apprendistato, con formazione esclusivamente aziendale, deve comunque essere riconosciuto alle Regioni un ruolo di stimolo e di controllo dell'attività formativa. Non è fondata la questione di legittimità costituzionale del comma 2 della stessa disposizione nella parte in cui consente che l'apprendistato professionalizzante possa durare anche meno di due anni anziché, com'era previsto in precedenza, non meno di due anni, né del comma 4 nella parte in cui elimina l'obbligo di sottoscrivere un'intesa con le regioni, per poter utilizzare il contratto di apprendistato di alta formazione”*.

Tuttavia, si prende atto che anche dopo gli interventi della Corte Costituzionale e, in particolare, dopo le sentenze n. 50 del 2005 e n. 176 del 2010, non risulta sufficientemente chiaro e agevole, per i lavoratori e per i datori di lavoro, il quadro giuridico e istituzionale di riferimento con notevole incertezza in merito alla normativa realmente praticabile.

La giurisprudenza di merito (ex multis, Trib. Cassino, Sez. lav., 22.10.2010) si è soffermata a lungo sulla diversità di funzioni fra la fattispecie dell'apprendistato e quella del contratto di formazione e lavoro.

A tal proposito ha ribadito che *“il contratto di formazione lavoro, diversamente dall'apprendistato non è finalizzato alla mera acquisizione di una professionalità ma svolge la funzione di favorire una sorta di ingresso guidato dei giovani nel mondo del lavoro. Ciò premesso, l'esistenza di una divergenza tra il contenuto della prestazione individuato dal contratto in parola ed il concreto svolgimento del successivo rapporto non integra, sic et simpliciter, inadempimento del datore di lavoro (sanzionabile con la conversione in un contratto a tempo indeterminato) se, comunque, le modalità dello svolgimento non compromettano la citata funzione originaria, pianificando l'attività formativa con una corrispondente articolazione di quella pratica ed affiancando al lavoratore, sul piano operativo, personale esperto e con funzioni direttive”*.

Nello stesso senso si era espressa già la giurisprudenza di legittimità con diverse pronunce precedenti (ex multis, Cass. civ., Sez. lav., sent. n. 20047/2009; sent. n. 11365/2008).

Ancora, con riferimento alla scadenza del termine del contratto di apprendistato la Suprema Corte ha statuito quanto segue: *“la scadenza del termine dell'apprendistato in assenza di disdetta da parte del datore di lavoro comporta, in forza dell'art. 19 della legge 19 gennaio 1955, n. 25, la continuazione del rapporto lavorativo come ordinario rapporto di lavoro subordinato assoggettato alla regola generale in materia di durata, del tempo indeterminato, con la conseguente applicazione della disciplina generale sui licenziamenti, dovendo escludersi, con riferimento al regime giuridico dell'apprendistato e del rapporto di lavoro a termine applicabili razione temporis ed attualmente ampiamente modificati, la trasformabilità del primo nel secondo,*

trattandosi di tipologie di rapporto di natura speciale, dotate di un proprio, peculiare, regime di recesso e delle sue conseguenze” (cfr. Cass. civ., Sez. lav., sent. n. 20357/2010).

In materia di tipologia di formazione da garantire durante l'apprendistato la giurisprudenza è intervenuta in più sedi, precisando che *“In tema di apprendistato è necessario che il rapporto di tirocinio abbia un effettivo contenuto formativo professionale, la cui valutazione, in coerenza con la previsione di cui all'art. 16, comma 2, della legge n. 196 del 1997, deve essere operata in concreto in relazione ad ogni singolo rapporto di lavoro. Ne consegue che, pur essendo astrattamente ammissibile la stipula di contratti di apprendistato con soggetti in possesso di titolo di studio post-obbligo o di attestato di qualifica professionale, il possesso del diploma di geometra non legittima la stipula di un contratto di apprendistato per lo svolgimento di mansioni di disegnatore tecnico, attesa la formazione specifica, impartita dall'Istituto per geometri, per il disegno tecnico in generale e per la progettazione, nonché per quello meramente esecutivo e traspositivo di particolari dei progetti esecutivi che comportano la superfluità di un addestramento pratico senza che possa considerarsi sufficiente, in senso contrario, una dichiarazione negoziale meramente qualificatoria del rapporto instaurato”* (Cass. civ., Sez. lav., sent. n. 19834/2010).

Ancora, con riferimento ai benefici contributivi la Cassazione ha ribadito che *“In tema di apprendistato, l'art. 21, sesto comma, della legge 28 febbraio 1987, n. 56, secondo il quale i benefici contributivi previsti dalla legge 19 febbraio 1955, n. 25 sono mantenuti per un anno dopo la trasformazione del rapporto a tempo indeterminato, va interpretato nel senso che il prolungamento dei benefici previdenziali spetta solo se la successiva utilizzazione del lavoratore, a seguito della trasformazione del rapporto e per il lasso temporale di un anno ivi indicato, avvenga nella specifica qualifica per l'acquisizione della quale l'apprendistato stesso è stato*

svolto, posto che esso rappresenta, più che una semplice forma di instaurazione del rapporto, uno strumento di addestramento a specifiche qualifiche cui adibire il lavoratore nell'ambito dell'impresa" (cfr. Cass. civ., Sez. lav., sent. n. 15055/2010). In quella sede il Giudice di legittimità ha ritenuto legittime le pretese contributive dell'I.N.P.S. e dell'I.N.A.I.L. nei confronti del datore di lavoro che, solo dopo quattro giorni dalla formale attribuzione al lavoratore della qualifica (operaio meccanico operatore) per la cui acquisizione era stato svolto l'apprendistato, gli aveva poi riconosciuto un'altra e diversa qualifica (impiegato addetto alle revisioni), sì da non poter più usufruire dei benefici contributivi in parola.

Da ultimo si segnala un caso particolare di cui si è occupato il TAR Toscana Firenze, Sez. I, che analizzando il rapporto fra apprendistato e legislazione vigente in materia di nulla osta lavorativo, ha affermato che *"ai fini del rilascio del nulla osta lavorativo in favore di un cittadino straniero extracomunitario la normativa di settore non fa specifico riferimento all'apprendistato; le particolari caratteristiche e finalità di tale tipo di rapporto inducono a ritenere giustificata e legittima la sua esclusione dal novero dei rapporti suscettibili di autorizzazione ai fini della stipulazione di un contratto di soggiorno"* (T.A.R. Toscana Firenze, Sez. I, sent. n. 1503/2010).

3. Le novità introdotte dal "Collegato lavoro" in materia di apprendistato: l'art. 48, co. 8 legge n. 183/2010

Il cd. Collegato lavoro è intervenuto anche in materia di apprendistato: il Legislatore, nel rinnovare la delega già conferita all'esecutivo con L. n. 247/2007 per riordinare la normativa vigente, fissa 24 mesi di tempo al Governo per attuarla, previa intesa con le Regioni e le parti sociali, e indica allo stesso alcuni principi cardine da rispettare.

Le linee guida da seguire sono le seguenti: rafforzare il ruolo della

contrattazione collettiva nella definizione del quadro normativo in materia di apprendistato²; individuare gli standard nazionali di qualità della formazione in materia di profili professionali e percorsi formativi, certificazioni delle competenze, validazione dei progetti formativi individuali e riconoscimento delle capacità formative delle imprese anche nell'ottica di facilitare la mobilità territoriale degli apprendisti tramite l'individuazione dei requisiti minimi per l'erogazione della formazione formale; individuare meccanismi che garantiscano la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e l'attuazione uniforme e immediata su tutto il territorio nazionale della relativa disciplina con riferimento all'apprendistato professionalizzante; adozione di misure che tendano ad assicurare il corretto utilizzo dei contratti di apprendistato.

Entrando nello specifico dell'intervento del Legislatore del 2010, il riferimento all'apprendistato per l'assolvimento del diritto-dovere di istruzione e di formazione riservato ai minori è contenuto nell'art. 49, co. 8 del Collegato lavoro, che stabilisce la possibilità di instaurare il rapporto di lavoro all'età di 15 anni per l'assolvimento dell'obbligo di istruzione, nonostante l'art. 1, co. 622, L. n. 296/2006 abbia introdotto l'obbligo di istruzione scolastica per almeno 10 anni, elevando l'età minima di accesso al lavoro a 16 anni.

Grazie alla norma stabilita dal Collegato lavoro, diventa possibile anche per i ragazzi di 15 anni sostituire un anno di istruzione scolastica obbligatoria con un percorso di apprendistato, previa intesa tra Regioni, Ministero del Lavoro, Ministero dell'Istruzione e parti sociali.

² La Regione Puglia ha inteso puntare sullo strumento dell'apprendistato anche all'interno del Piano Straordinario per il Lavoro, varato a gennaio 2011: infatti, fra le diverse misure e linee di azione vi è "il Lavoro dei giovani", che si articola proprio in materia di formazione, lavoro e impresa. Sono previste risorse per 9 milioni di euro, con una ricaduta su 300 potenziali lavoratori già occupati e 114 milioni di euro, con una ricaduta su 15.100 disoccupati.

E' evidente la *ratio* della norma: facilitare e promuovere maggiormente il ricorso all'istituto dell'apprendistato.

Probabilmente, anche alla luce dell'attuale scenario lavorativo italiano condizionato dalle dinamiche economiche globali e dagli elevati costi del lavoro, nonché in considerazione dell'elevato tasso di disoccupazione giovanile e dello scollamento fra mondo della formazione e dell'istruzione e mondo del lavoro, la scelta di una formazione "sul campo" piuttosto che sui banchi di scuola potrebbe apparire saggia e lungimirante.

Ciononostante, si rende necessaria una seria riflessione sul tentativo in atto ormai da anni di depotenziare un'istituzione storica e da sempre essenziale per la formazione della persona quale è la "scuola", giustificando troppo spesso questa tendenza con motivazioni connesse allo sviluppo economico e occupazionale e alla maggiore competitività, con tutte le conseguenze che ne derivano.

INTERVENTI NEL PUBBLICO IMPIEGO ED IN MATERIA DI CONGEDI, ASPETTATIVE E PERMESSI

di Daniela Cervellera*

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Comunicazioni relative all'assunzione. 3. Trasparenza sulle retribuzioni. 4. Interventi sul sistema universitario. 5. Rapporti di lavoro a tempo parziale. 6. Conferimento degli incarichi dirigenziali presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri ed al personale del comparto sicurezza e difesa. 7. Pari opportunità. 8. Mobilità del personale. 9. Aspettativa. 10. Congedi, aspettative e permessi.

1. Introduzione

La legge n. 183/2010, c.d. Collegato lavoro, ha modificato ed integrato la disciplina inerente i rapporti di lavoro dei pubblici dipendenti, in taluni casi con interventi settoriali rivolti ad abiti specifici quali le comunicazioni relative all'assunzione, la trasparenza sulle retribuzioni, il sistema universitario, il rapporto di lavoro a tempo parziale ed in altri, rivedendo regole di interesse generale, relative, in particolare al conferimento degli incarichi dirigenziali presso la Presidenza del Consiglio dei ministri ed al personale del comparto sicurezza e difesa, alle pari opportunità, alla mobilità del personale ed all'aspettativa.

La modifica legislativa ha altresì interessato la L. 104/1992 relativamente all'assistenza ai soggetti portatori di handicap in situazioni di gravità, rendendo più incisivo con il controllo in materia di

permessi.

2. Comunicazioni relative all'assunzione

Prima dell'intervento del Collegato la materia del collocamento era disciplinata dall'art. 9-bis del D.L. n. 510/1996 che determinava le procedure con le quali i datori di lavoro privati, gli enti pubblici economici e le pubbliche amministrazioni dovevano comunicare al servizio competente l'instaurazione del rapporto di lavoro subordinato ovvero autonomo in forma coordinata e continuativa, nel termine indicato del giorno antecedente a quello in cui iniziava il rapporto di lavoro.

La novella legislativa ha introdotto per le pubbliche amministrazioni una disciplina differenziata rispetto a quella relativa ai datori di lavoro privati modificando il termine entro il quale deve essere effettuata la comunicazione attinente alle vicende modificative del rapporto di lavoro al servizio competente nel cui ambito territoriale si trovi la sede di lavoro.

Tale termine è indicato nel ventesimo giorno successivo alla data di assunzione, proroga, trasformazione e cessazione del rapporto di lavoro.

Parimenti prorogato al ventesimo giorno del mese successivo alla data di assunzione è il termine per le pubbliche amministrazioni di consegnare obbligatoriamente al lavoratore copia della comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro ovvero del contratto individuale di lavoro¹.

* Dalla relazione al Seminario giuridico su: "Nuove istanze sociali e diritto del lavoro. Dal collegato lavoro ai più recenti eventi" tenutosi nei giorni 10, 11 e 12 marzo 2011 presso l'Auditorium Madonna della Pace di Molfetta.

¹ Quest'ultimo obbligo non sussiste nei confronti del personale pubblico non contrattualizzato.

3. *Trasparenza sulle retribuzioni*

Nel rispetto del principio di trasparenza la L. n. 183/2010 integra l'art. 21 della L. 69/2009 intitolato: "*Trasparenza sulle retribuzioni dei dirigenti e sui tassi di assenza e di maggiore presenza del personale*".

Il disposto normativo già stabiliva l'obbligo per ciascuna amministrazione di pubblicare sul proprio sito internet le retribuzioni annuali, i curricula, i numeri di telefono ad uso professionale e gli indirizzi di posta elettronica dei dirigenti e dei segretari comunali e provinciali nonché i tassi di assenza e di maggiore presenza del personale distinti per uffici di livello dirigenziale.

L'integrazione della novella legislativa prescrive inoltre, per le singole amministrazioni, di comunicare per via telematica i predetti dati al Dipartimento per la funzione pubblica che li pubblicherà sul proprio sito istituzionale. La mancata comunicazione ovvero il mancato aggiornamento dei dati diviene rilevante, ai fini della misurazione della *performance* individuale del dirigente responsabile.

4. *Interventi sul sistema universitario*

In ambito universitario il Collegato interviene innanzitutto sull'elettorato passivo per le cariche accademiche.

Pur essendo riservata agli statuti delle Università la disciplina dell'elettorato passivo, l'art. 4, comma 2, D.L. 8/2002 prevedeva direttamente che, nel caso di indisponibilità di professori di ruolo di prima fascia, l'elettorato passivo per la carica di direttore di dipartimento veniva esteso ai professori di seconda fascia.

L'intervento operato dall'art. 8 del Collegato estende invece tale elettorato passivo ai professori di seconda fascia anche nel caso di mancato raggiungimento, per due votazioni del *quorum* previsto per l'elezione.

Ulteriori interventi hanno interessato il mondo delle Università, incidendo sul *tur-*

over e sulle procedure di valutazione comparativa per il reclutamento dei ricercatori.

In particolare la già prevista quota di disponibilità finanziarie destinate alle assunzioni del personale da destinare (nella misura non inferiore al 60%), ai ricercatori a tempo indeterminato ed ai contrattisti, viene riservata dal Collegato solo ai primi.

Inoltre, mentre in precedenza era previsto che l'illustrazione e la discussione innanzi alla commissione potesse concernere solo i titoli degli aspiranti, la novella legislativa prevede la discussione pubblica non solo dei titoli ma anche delle pubblicazioni, compresa la tesi di dottorato.

Per quanto concerne invece le procedure per la nomina in ruolo dei docenti il Collegato (art. 11) elimina in particolare due prescrizioni tra quelle indicate dall'art. 2 L. 210/1998 ed in particolare quella della limitazione al numero di pubblicazioni scientifiche da presentare per la valutazione comparativa e quella del numero massimo di domande di partecipazione da parte di un candidato per un periodo determinato.

5. *Rapporto di lavoro a tempo-parziale*

Altro intervento del Collegato ha riguardato il rapporto di lavoro part-time nel pubblico impiego.

Fino a prima della modifica introdotta dall'art. 73 del D.L. 112/2008 la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale poteva essere disposta automaticamente.

In seguito alla modifica normativa la trasformazione del rapporto può essere concessa dall'amministrazione entro 60 gg. dalla domanda nella quale deve essere indicata l'eventuale attività di lavoro subordinato o autonomo che il dipendente intende svolgere.

L'amministrazione può negare la trasformazione entro detto termine nel caso in cui l'attività lavorativa di lavoro autonomo o subordinato del dipendente comporti un conflitto di interesse con la

specifica attività di servizio svolta.

Può altresì negarla nel caso in cui la trasformazione possa arrecare pregiudizio alla funzionalità dell'amministrazione, in relazione alle mansioni ed alla posizione organizzativa ricoperta dal dipendente.

La trasformazione non può essere concessa nel caso in cui l'attività lavorativa subordinata debba intercorrere con un'altra pubblica amministrazione.

Il Collegato lavoro stabilisce che, in sede di prima applicazione delle disposizioni introdotte appunto dall'art. 73 D.L. 112/2008, le pubbliche amministrazioni possono sottoporre a nuova valutazione, entro 180 giorni dalla entrata in vigore della legge, i provvedimenti di concessione del part-time adottati prima dell'entrata in vigore del D.L. 112/2008.

6. Conferimento degli incarichi dirigenziali presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri ed al personale del comparto sicurezza e difesa

Secondo l'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri, la copertura dei posti di funzioni di prima e seconda fascia avviene *“con personale di ruolo, con personale dirigenziale di altre pubbliche amministrazioni, chiamato in posizione di comando, fuori ruolo o altra analoga posizione prevista dagli ordinamenti di provenienza e con personale incaricato”* (art. 19, comma 6, T.U. sul pubblico impiego).

Si tratta del c.d. personale di prestito chiamato *“per la rapida copertura di fabbisogni aggiuntivi e temporanei”*².

La modifica legislativa ha previsto che, in caso di conferimento incarichi di livello dirigenziale generale a dirigenti di seconda fascia assegnati in posizione di prestito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri non si applica quanto previsto dal terzo periodo dell'art. 23, comma 1, del T.U. sul pubblico impiego³.

² Art. 11, comma 4, D.lgs. 303/1999.

³ Art. 23, comma 1, D.lgs. n. 165/2001 - 1. [Omissis] I dirigenti della seconda fascia transitano nella prima

Tale disposizione si riferisce agli incarichi conferiti dopo l'entrata in vigore della L. 183/2010 che lascia, pertanto, impregiudicati gli incarichi dirigenziali generali conferiti prima di tale data. Pertanto, da un lato, il conferimento dell'incarico dirigenziale generale, anche di durata pari ad almeno 5 anni, a dirigenti di seconda fascia assegnati in posizione di prestito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri non consente più loro il conseguimento automatico della la qualifica di dirigente generale e dall'altro il conseguimento di tale qualifica da parte di coloro ai quali l'incarico sia stato conferito prima dell'entrata in vigore della legge 183/2010 resta impregiudicato, continuando a trovare applicazioni per essi il disposto di cui all'art. 23, comma 1, del T.U. sul pubblico impiego. Ad essi trova pure applicazione il minor termine di 3 anni nel caso in cui l'incarico stesso sia stato conferito prima dell'entrata in vigore del D.lgs. 150/2009.

In riferimento agli incarichi “da esterni” al personale del comparto sicurezza la novella legislativa prevede che gli incarichi di funzioni dirigenziali di prima, cioè di dirigenza generale e di seconda fascia possano essere conferiti al personale del comparto sicurezza e difesa da parte di amministrazioni pubbliche diverse da quella di appartenenza (anche non statale) - previa autorizzazione del ministro competente, d'intesa con il ministro dell'Economia e finanze - nel rispetto dei requisiti e dei limiti ivi previsti e purchè siano strettamente collegati alla professionalità da loro rivestita e motivati da esigenze di carattere eccezionale.

Il personale cui tali incarichi sono conferiti, viene collocato in aspettativa senza assegni e continua a conservare il relativo posto in dotazione organica.

In questo modo il legislatore ha superato i limiti all'applicazione nei

qualora abbiano ricoperto incarichi di direzione di uffici dirigenziali generali o equivalenti, in base ai particolari ordinamenti di cui all'articolo 19, comma 11, per un periodo pari almeno cinque anni senza essere incorsi nelle misure previste dall'articolo 21 per le ipotesi di responsabilità dirigenziale.

confronti del personale militare, delle Forze di Polizia e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco delle disposizioni introdotte in materia di mobilità tra pubblico e privato (art. 23-bis D.lgs. n. 165/2011).

7. *Pari opportunità*

Il Collegato lavoro interviene anche a predisporre una serie di misure atte a favorire le **pari opportunità**. In particolare aggiunge alla garanzia già prevista della *pari opportunità alle lavoratrici ed ai lavoratori* quella dell'*assenza di qualsivoglia discriminazione e di violenza morale o psichica*, in tal modo imponendo alle pubbliche amministrazioni di garantire un ambiente di lavoro caratterizzato dal benessere organizzativo e di rilevare, contrastare ed eliminare ogni forma di violenza morale o psichica.

Impegna inoltre le amministrazioni a garantire, oltre alla parità e pari opportunità tra uomini e donne per l'accesso al lavoro e sul lavoro, l'assenza di ogni forma di discriminazione, diretta e indiretta, relativa al genere, all'età, all'orientamento sessuale, alla razza, all'origine etnica, alla disabilità, alla religione o alla lingua, nell'accesso al lavoro, nel trattamento e nelle condizioni di lavoro, nella formazione professionale, nelle promozioni e nella sicurezza sul lavoro.

Prevede altresì la costituzione di un **Comitato unico di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni** che, in una logica di razionalizzazione ed unificazione di competenze ed organismi, sostituisce i vigenti comitati per le pari opportunità e quelli paritetici sul fenomeno del mobbing.

Tale comitato ha composizione paritetica e vi fanno parte un pari numero di componenti designati da ciascuna delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello di amministrazione e di rappresentanti dell'amministrazione.

Inoltre il Comitato - che deve essere costituito presso le singole amministrazioni

nel termine di 120 giorni dalla data di entrata in vigore della legge n. 183/2010 - opera in collaborazione con la consigliera o il consigliere nazionale di parità.

8. *Mobilità del personale*

Altro tema delicato in materia di pubblico impiego è quello relativo alla mobilità del personale.

Il Collegato introduce l'applicabilità delle norme in materia di eccedenza di personale e mobilità collettiva al personale statale adibito a funzioni statali che sono oggetto di conferimento a regioni o enti locali, ovvero è oggetto di trasferimento ad altri soggetti pubblici ovvero ancora oggetto di esternalizzazione di attività e di servizi.

Deve trattarsi, tuttavia, di personale in esubero posto che le norme richiamate in materia di eccedenza di personale e mobilità collettiva di cui all'art. 33 D.lgs. 165/2001 sono espressamente riferite al personale delle pubbliche amministrazioni che risulti in eccedenza superiore ai dieci dipendenti.

Il Collegato lavoro interviene anche sulla disciplina che riguarda il **c.d. passaggio diretto** del personale tra diverse amministrazioni, consentendo alle amministrazioni, in presenza di motivate esigenze organizzative, di utilizzare in assegnazione temporanea, nei modi previsti dai rispettivi ordinamenti, personale di altre amministrazioni per un periodo non superiore ai tre anni. Si tratta di tuttavia di un'assegnazione temporanea⁴ in quanto la legge impone alle amministrazioni - prima di procedere all'espletamento di procedure concorsuali per la copertura di posti vacanti - di attivare le procedure di mobilità, provvedendo all'immissione in ruolo dei dipendenti provenienti da altre amministrazioni, in posizione di comando o

⁴ L'assegnazione temporanea in quanto è specificamente riferita al personale di altre amministrazioni non potrebbe essere applicabile all'interno della singola amministrazione, per allocare diversamente il personale in ragione di esigenze di servizio.

di fuori ruolo che facciano domanda di trasferimento.

9. *Aspettativa*

La previsione dell'aspettativa è una fattispecie del tutto nuova per i pubblici dipendenti, compreso il personale delle forze di polizia e di quello militare. Si tratta infatti di un periodo concedibile al pubblico dipendente per avviare attività professionali e imprenditoriali ma non di svolgere un'attività di lavoro comunque subordinato presso un organismo privato.

Il periodo massimo di aspettativa non può comunque superare i 12 mesi.

Tale periodo dovrebbe essere finalizzato a consentire al dipendente pubblico di avere alternative in ambiti di attività che sarebbero altrimenti preclusi dal regime normativo esistente in tema di incompatibilità. Infatti nel corso del periodo di aspettativa conseguibile, per effetto del Collegato, non trovano le regole in tema di incompatibilità dettate dal T.U. sul pubblico impiego).

Tuttavia l'aspettativa concessa dall'amministrazione è un provvedimento ampiamente discrezionale che, se da un lato è concedibile previa valutazione dell'idonea documentazione prodotta, dall'altra può essere negata solo sulla base di mere esigenze organizzative.

10. *Congedi, aspettative e permessi*

Non strettamente riservato alla materia del pubblico impiego è la novella introdotta dall' art. 23 della L. 183/2010 che dispone, previa delega al Governo, il riordino della normativa in materia di **congedi, aspettative e permessi** fruibili dai lavoratori dipendenti pubblici o privati.

I criteri indicati riguardano principalmente le tipologie di permessi, i presupposti oggettivi ed i requisiti soggettivi, la razionalizzazione e semplificazione dei criteri e delle modalità per la fruizione dei congedi, delle aspettative e dei permessi, nonché la

razionalizzazione e semplificazione dei documenti da presentare, con particolare riferimento alle persone con handicap in situazione di gravità o affette da patologie di tipo neuro-degenerativo od oncologico.

Con riguardo alla disciplina in materia di permessi per l'assistenza a portatori di handicap in situazioni di gravità il Collegato interviene sulla legge 5/02/1992 n. 104 stabilendo innanzitutto il novero dei beneficiari⁵ a cui spetta di fruire di un permesso mensile di 3 giorni coperto da contribuzione figurativa.

Consente inoltre al lavoratore che assiste il familiare di scegliere la sede di lavoro tra quelle più vicine al domicilio della persona da assistere, al fine di garantire un'assistenza al disabile più agevole. Indica altresì le condizioni per l'ammissione al beneficio secondo cui: il portatore di handicap non deve essere ricoverato a tempo pieno, deve trattarsi di coniuge, parente o affine entro il secondo grado o entro il terzo grado del lavoratore dipendente, i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità non devono aver compiuto i 65 anni di età o essere anche essi affetti da patologie invalidanti, deceduti o mancanti.

Stabilisce infine dei criteri di esclusività per la concessione dei permessi ed, in particolare che il permesso non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con handicap in situazione di gravità e che lo stesso che può essere fruibile, anche alternativamente, da entrambi i genitori, pure se adottivi, per assistere lo stesso figlio con handicap in situazione di gravità anche dopo il compimento del terzo anno di età del bambino.

Il prestatore di lavoro decade dal diritto a beneficiare dei tre giorni di permesso mensili coperti da contribuzione figurativa, qualora il datore di lavoro o l'INPS accertino l'insussistenza o il venire meno delle condizioni richieste per la fruizione dei permessi.

⁵ Lavoratori dipendenti pubblici o privati che assistano una persona con handicap in situazione di gravità.

Vengono infine eliminati i requisiti della “continuità” e della “esclusività” dell’assistenza prima individuati come presupposti essenziali ai fini della concessione dei benefici per l’assistenza al figlio maggiorenne in situazione di disabilità grave e del godimento dei permessi per la generalità dei familiari e degli affini del disabile in situazione di gravità.

Nelle more del riordino della normativa vigente in materia di congedi, aspettative e permessi fruibili dai lavoratori dipendenti di datori di lavoro pubblici e privati, l’INPS con la circolare n. 155 del 3/12/2010⁶ ed il Dipartimento della Funzione pubblica con la circolare n. 13 del 6/12/2010⁷ hanno diramato le rispettive istruzioni sulle modifiche apportate alla legge n. 183/2010 alla disciplina in materia di permessi per l’assistenza alle persone con disabilità.

⁶ Circolare INPS n. 155 del 3/12/2010: *Modifiche alla disciplina in materia di permessi per l’assistenza a portatori di handicap in situazione di gravità.*

⁷ Circolare della Funzione Pubblica n. 13 del 6/12/2010: *Modifiche alla disciplina in materia di permessi per l’assistenza alle persone con disabilità – banca dati informatica presso il Dipartimento della Funzione pubblica.*

LE NOVITA' DEL COLLEGATO LAVORO SULLA CERTIFICAZIONE DEI CONTRATTI

di Silvia Ardua D'Alesio*

Il Legislatore del *Collegato lavoro* (L.183/10) ha voluto ridisegnare gli istituti della conciliazione, dell'arbitrato e della certificazione dei contratti, ispirandosi ad una logica partecipativa in cui sia il lavoratore che l'Azienda scommettono insieme sul reciproco futuro, con l'obiettivo di fondare un sistema giuslavoristico più certo e sicuro, che consenta di evitare il più possibile il ricorso all'autorità giudiziaria.

E' una presa di posizione del legislatore stesso, sul presupposto che le controversie, in generale, creano "un disequilibrio" nel rapporto di lavoro, per cui si rendono necessari strumenti rapidi di risoluzione delle stesse, quali veri e propri "filtri" all'intervento del giudice.

La dimostrazione di ciò è la proliferazione ivi prevista di sedi risolutive delle controversie di lavoro in alternativa al giudice, i cui poteri e confini interpretativi vengono drasticamente limitati, come se, in materia di lavoro conti di più il potere dispositivo dei privati che l'accertamento della giustizia da parte dell'organo togato.

Prendiamo, ad esempio, l'intervenuto potenziamento dell'attività della Commissione di Certificazione, rispetto alla regolamentazione iniziale prevista dal Titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276 e successive modificazioni (articoli 75 e seguenti), con l'obiettivo principale di deflazionare il contenzioso giudiziario, incidendo nella fase preventiva dell'assetto contrattuale.

Le novità apportate dal *Collegato lavoro* in materia riguardano, infatti, da

una parte i soggetti della certificazione e, dall'altra, il contenuto stesso del provvedimento di certificazione, sulla premessa importante che ad essere suscettibile di certificazione è ora l'intero schema contrattuale, al fine di individuare e conferire certezza ai presupposti stessi del contratto individuale di lavoro, nonché la correttezza del modello e degli strumenti prescelti dalle Parti.

L'effetto del provvedimento certificatorio è quello di conferire ai contratti una sorta di "resistenza" perfettamente opponibile alle autorità pubbliche (Ispettori di D.P.L., degli Enti Previdenziali, ecc.), senza, tuttavia, impedire del tutto l'attività di vigilanza.

I contratti certificati dalla Commissione possono essere contestati in sede giudiziale, mediante la relativa impugnativa, ma i terzi (Ispettori delle D.P.L. o degli Enti Previdenziali, ecc.) non potranno adottare alcuna sanzione, prima della pronuncia del giudice.

Per fare un esempio, in caso di accertata discordanza fra il programma negoziale certificato e quello concretamente posto in essere dalle Parti, nel corso di una normale attività di vigilanza, l'esistenza di un provvedimento di certificazione comporta che l'Organo non può più passare direttamente dalla constatazione delle pretese omissive contributive all'azione di recupero del credito, ma dovrà prima esperire, obbligatoriamente, il tentativo di conciliazione.

L'azione giudiziaria, quindi, è a sua volta "filtrata" da un preventivo e obbligatorio (l'unico rimasto) tentativo di conciliazione davanti alla stessa Commissione che ha adottato l'atto

* Dalla relazione al Seminario giuridico su: "Nuove istanze sociali e diritto del lavoro. Dal collegato lavoro ai più recenti eventi" tenutosi nei giorni 10, 11 e 12 marzo 2011 presso l'Auditorium Madonna della Pace di Molfetta.

certificato contestato, come espressamente previsto dal combinato disposto del secondo comma dell'art. 31 L.183/10 e del quarto comma dell'art. 80 D.lgs. 276/2003.

In tal caso, il tentativo di conciliazione dovrà essere svolto nelle modalità descritte dall'art. 410 c.p. come novellato dal *Collegato lavoro* ed in conformità ai Regolamenti delle singole Commissioni di Certificazione (presso la sede medesima che ha emanato il provvedimento di certificazione).

A tal riguardo, si precisa che il tentativo è obbligatorio non solo nei confronti delle Parti che hanno sottoscritto il contratto certificato, ma anche nei confronti dei terzi interessati (ad esempio, gli Enti amministrativi) che intendano agire in giudizio contro l'atto di certificazione, in ragione della efficacia giuridica della certificazione ex art. 79 D.lgs. n. 276/2003.

Tale procedura è condizione di ammissibilità del ricorso al Giudice del Lavoro e solo se il tentativo di conciliazione non andrà a buon fine si potrà proporre il ricorso stesso, mediante la trasmissione degli atti, in caso di Organi ispettivi, all'Avvocatura di sede.

I motivi di impugnazione sono circoscritti:

1. davanti al Giudice del Lavoro territorialmente competente, entro il termine di prescrizione del diritto fatto valere, per i seguenti motivi:

a) errore della Commissione nell'attività di qualificazione del contratto;

b) scostamento e/o difformità tra l'esecuzione del contratto e quanto certificato - situazione più frequente;

c) vizi del consenso (di una delle Parti).

Nel caso a) l'effetto della pronuncia del giudice è *ex tunc*, con probabile ed ricaduta di responsabilità della Commissione stessa, nel caso b) dal momento della individuazione della difformità nell'esecuzione.

2. davanti al TAR territorialmente competente, entro il termine di sessanta giorni dalla notifica del provvedimento: per eccesso di potere o per violazione del procedimento amministrativo.

Secondo la nuova formulazione dell'art. 75 del D.lgs. 276/2003 ad opera del *Collegato lavoro*, la certificazione si estende ora non solo ai contratti di lavoro e di appalto (art. 84), *bensi a tutti i contratti in cui sia dedotta - direttamente o indirettamente - una prestazione di lavoro, al fine di ridurre il contenzioso in materia di lavoro (prima il contenzioso era circoscritto alla "qualificazione dei contratti di lavoro")*.

A titolo esemplificativo, potrà essere certificato un contratto di somministrazione, ossia il contratto di per sé di natura commerciale, tra un'agenzia per il lavoro e un utilizzatore, in quanto oggetto di questo contratto è la fornitura di forza lavoro. (Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali Segretariato generale prot. n. 11/1/0003428/MA002.A001 del 25 novembre 2010).

Ritengo, invece, che il contratto di somministrazione configuri un negozio senza causa, in cui è assente la prestazione lavorativa in senso tecnico, che si pone al di fuori dell'area del diritto del lavoro e dei diritti dei lavoratori, i quali diventano non altro che "merce" per soddisfare, esclusivamente, le esigenze estemporanee di determinati settori produttivi (tra gli emergenti: quello del marketing, dei call centers, delle pulizie, ecc.). Pensiamo al cosiddetto "*staff leasing*", laddove un'intera azienda è fatta da lavoratori somministrati.

Se il diritto del lavoro si fonda sull'esistenza di un rapporto sinallagmatico e diretto tra lavoratore e datore di lavoro, nella somministrazione il lavoratore perde l'effettività di qualsivoglia tutela, dipendendo esclusivamente dalle vicende del rapporto tra due soggetti a lui terzi, ossia l'Agenzia e l'utilizzatore.

E ancora, potrà essere certificato un contratto di trasferimento di ramo d'Azienda, oppure il piano formativo del contratto di apprendistato, in quanto, ripetiamo, oggetto di certificazione non è più solo e soltanto la qualificazione del tipo di contratto, ma il regolamento stesso nella sua interezza, tenendo ben a mente che la certificazione è concetto diverso dalla

qualificazione, la quale, invece, né è il contenuto; la certificazione ha ad oggetto il momento qualificatorio del rapporto di lavoro.

In tale ottica, in materia di orario di lavoro e di riposi, alcune “turnazioni”, utilizzate spesso e volentieri dalla grandi catene commerciali e che, talvolta, si collocano ai limiti della legittimità potranno essere certificate.

In ogni caso, comunque, deve trattarsi di contratti e non di atti unilaterali.

Altra novità è contenuta nel comma aggiunto all’art. 79 del D.lgs. n. 276/2003. La certificazione può avere **effetto retroattivo**, cioè, può riguardare la fase pregressa del rapporto di lavoro, ove la Commissione abbia appurato che il contratto è stato attuato, anche nel periodo precedente alla propria attività istruttoria, in modo coerente con quanto certificato in tale sede.

Dal momento che tale accertamento potrebbe basarsi, presumibilmente, solo sulle dichiarazioni delle Parti stesse, consiglieri a quest’ultime di utilizzare lo strumento della transazione per sanare le questioni pregresse e quello, senza dubbio, della certificazione per regolare il futuro del rapporto di lavoro.

Il *Collegato lavoro* (art. 30 comma 2) da grande rilievo all’attività della Commissione, quando tende a “contenere” l’imprevedibilità delle decisioni giudiziarie; infatti, per quanto attiene all’interpretazione delle relative clausole di un contratto certificato statuisce che *“il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle Parti, espresse in sede di certificazione. Questa regola non vale se ricorrono i casi di erronea qualificazione, di vizi del consenso e di difformità tra programma negoziale certificato e successiva attuazione.*

Più che di “*valutazioni delle Parti*”, concetto assai poco giuridico, sarebbe stato più corretto riferirsi alla “volontà negoziale” delle stesse, così come accertata e certificata dalla Commissione.

Inoltre, al comma 3 del medesimo articolo, in caso di licenziamento, il giudice, nella valutazione delle motivazioni,

deve tener conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo, presenti eventualmente nel contratto individuale di lavoro certificato.

Per quanto riguarda la novità riguardo agli organi di certificazione (art.76 c - ter) le Commissioni costituite presso i Consigli provinciali dei consulenti del lavoro operano unicamente sulla base di una convenzione-quadro con il Ministero del Lavoro e il Consiglio Nazionale dei Consulenti del Lavoro, per evitare eventuali difformità di certificazione da parte dei vari organi provinciali, evidentemente a garanzia di imparzialità.

Altra novità è contenuta nell’ art. 82, comma 1 che recita: *“qualunque sede di certificazione può certificare le rinunzie e le transazioni come anche i regolamenti interni delle cooperative”.*

Sono confermati, infine, i limiti territoriali: le Commissioni presso le D.P.L. hanno competenza sul territorio provinciale, quelle presso le Università, invece, su tutto il territorio nazionale (il che costituisce un vantaggio per le Aziende che hanno più sedi sul territorio).

Veniamo ora al potenziamento del ruolo della Commissione di Certificazione, il cui funzionamento e operatività presso le Direzioni Provinciali del Lavoro sono disciplinate dal Decreto del Ministro del Lavoro del 21/07/2004 e dalla Circolare del Ministero del Lavoro n. 48/2004 del 15 dicembre 2004.

All’indomani dell’entrata in vigore del *Collegato lavoro*, sembra essere diventata un Organo “*factotum*”, in quanto può svolgere al tempo stesso le seguenti attività:

1) certificatoria classica;

2) di consulenza e assistenza alle Parti, la quale, come precisato dall’art. 81 del D.lgs. 276/03 e ripreso dalla Circolare Ministeriale n. 48/2004, deve essere “effettiva” e non può esplicarsi in un’attività meramente “burocratica”, ma deve essere finalizzata ad evidenziare sia l’esatta qualificazione del rapporto di lavoro che la disponibilità di diritti eventualmente negoziabili;

3) di esperimento del tentativo obbligatorio (solo in questo caso) di conciliazione in merito ai contratti certificati (art. 31 comma 13 Collegato lavoro), in caso di ricorso giudiziale;

4) di certificazione di clausole compromissorie (art. 31 comma 10) contenute in un contratto di lavoro “accertando l’effettiva volontà delle parti di devolvere ad arbitri le eventuali controversie nascenti dal rapporto di lavoro”: si tratta dell’Arbitrato generato dalla stipula di un contratto individuale di lavoro contenente una clausola compromissoria, per effetto di relativa previsione del CCNL di settore, la quale a pena di nullità deve essere, appunto, certificata dalla Commissione.

A due condizioni:

1. non prima del periodo di prova, ove previsto, ovvero se non siano trascorsi almeno trenta giorni dalla data di stipula del contratto stesso, in tutti gli altri casi;

2. non può riguardare controversie relative alla risoluzione del rapporto di lavoro;

5) istituire camere arbitrali per la definizione ex art 808 ter del codice di procedura civile, delle controversie di lavoro di cui all’art. 409 c.p.c. e concludere convenzioni per costituire camere arbitrali unitarie (comma 12 art. 31);

6) di certificazione di rinunzie e transazioni di cui all’art. 2113 c.c. a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse (art. 82 D.lgs. 276/03).

A tal proposito è utile precisare che il nostro ordinamento giuridico non prevede la cosiddetta “*derogabilità assistita*”, per cui non sarà possibile, in sede di attività certificatoria, derogare e/o disconoscere una norma che prevede diritti indisponibili. In tal caso, l’attività della Commissione sarà diretta alla verifica della compatibilità del contratto individuale di lavoro rispetto alla legge e al contratto collettivo vigenti.

Potere di disposizione, ma non certo di deroga!

Dunque, sarebbe sufficiente la Commissione di Certificazione a gestire l’intero panorama delle risoluzioni

stragiudiziali delle controversie di lavoro, se non ci fosse anche la Commissione di Conciliazione istituita presso la medesima Sede (D. P.L.) organo al quale, ad onor del vero, va riconosciuta una “maggiore anzianità di servizio” nel settore delle conciliazioni.

D’altro canto, nessuna previsione di raccordo tra i due Organi è contenuta nel *Collegato Lavoro*, al fine di non creare duplicazioni di compiti e funzioni, che potrebbero disorientare l’utenza, al cui soddisfacimento in termini di efficacia, efficienza ed economicità, il servizio pubblico deve sempre tendere.

Tuttavia, apprezzabile è l’intento deflattivo del carico giudiziario che il legislatore della Riforma intende raggiungere, ora in modo ancor più determinato, mediante l’istituto della certificazione dei contratti; forse quello che lo stesso ha perso, *strada facendo*, sono “le garanzie essenziali” che non potrebbero e non dovrebbero mai mancare.

In tale ordine di riflessioni, la possibilità, per esempio, consentita alle parti di rinunciare alla tutela giudiziaria, attraverso la certificazione di una clausola compromissoria ci sembra una spinta in avanti un po’ azzardata e ai limiti della costituzionalità.

Esisterà mai, al di là di ogni ragionevole dubbio, una reale volontà delle Parti (del lavoratore!) di abdicare alla tutela giudiziaria?

E se è vero che le Parti sono libere di scegliere il tipo di contratto per regolamentare al meglio i propri reciproci interessi è altrettanto vero che la qualificazione del tipo di contratto di lavoro, compreso il suo concreto svolgimento, è compito irrinunciabile dell’autorità giudiziaria.

Restano in piedi ancora tanti dubbi e spunti di riflessione.

Gli effetti delle norme del *Collegato Lavoro* li scopriremo e valuteremo negli anni, come sostiene Tiraboschi, secondo cui si tratta di un segmento di un processo di riforma iniziato già un po’ di tempo fa con il Libro Bianco di Maroni dell’ottobre 2001 e, poi, con la legge delega n. 30/2003.

Nel frattempo, *de iure condendo*, sono convinta che mai il legislatore dovrebbe abdicare alla tutela di diritti sacrosanti dei lavoratori: alla retribuzione minima, al posto di lavoro, alla sicurezza, alla formazione continua e, soprattutto, al giudice naturale.

Le considerazioni sopra esposte sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autrice (Capo dell'Unità Operativa "Relazioni Sindacali e Conflitti di Lavoro", Componente effettivo della Commissione di Certificazione e Presidente delegato della Commissione di Conciliazione c/o Direzione Provinciale del Lavoro di Bari) e non vincolano in alcun modo l'Amministrazione pubblica di appartenenza.

Diritto del lavoro sportivo

LA TASSAZIONE DEGLI ATLETI

di Elena Mattesi*

Introduzione di Gaetano Veneto

Con questo saggio la nostra Rivista, in sintonia con le sue finalità e con la stessa ragion d'essere del Centro Studi di Diritto dei Lavori, apre le porte ad una concreta collaborazione con professionisti operanti in altri campi della cultura e della attività pratica nel mondo, appunto, "dei Lavori".

Elena Mattesi, giovane ed impegnata commercialista che esercita la sua attività a Roma e, ormai con successo, in tutto il Paese, non dimentica le sue origini di tarantina doc.

Dopo aver proposto due elaborati sul tema della tassazione degli atleti e, a monte, sulla configurazione dell'attività lavorativa sportiva dei professionisti, Elena Mattesi nuota nel mare, oggi agitato più di prima, della configurazione della attività lavorativa sportiva dei professionisti, invadendo, invero con notevole sensibilità ed altrettanto approfondimento critico, il "campo" (per rimanere nella metafora calcistica) del Diritto Sportivo e, più in generale, del Diritto del Lavoro.

Con questo primo contributo la Rivista invita ad un dibattito sul tema commercialisti, fiscalisti, giuslavoristi ma, soprattutto, chiede di allargare ad altri professionisti la partecipazione a discutere, criticare e proporre temi e problemi delle diverse categorie così come convulsamente si propongono in un Paese oggi alla ricerca di certezze, prospettive e nuove occasioni di partecipazione attiva per una migliore società.

* Il presente saggio ripropone, unificati e parzialmente ridotti, due elaborati già pubblicati dall'autrice sulla rivista *Il Fisco* (fascicoli nn.11 e 12 anno 2011), a cui va il ringraziamento di questa Redazione.

PARTE PRIMA: GLI ATLETI PROFESSIONISTI

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Le attività di lavoro sportivo dipendente: A. Profili generali di imposizione ai fini IRPEF; B. L'individuazione delle somme e valori concorrenti alla determinazione del reddito di lavoro sportivo dipendente; C. L'imponibilità dei corrispettivi connessi allo sfruttamento dell'immagine dell'atleta. 3. Le attività di lavoro sportivo autonomo: A. Profili generali di imposizione ai fini Irpef; B. IRAP; C. IVA.

11. Premessa

L'individuazione delle modalità di tassazione dei redditi originati dalle prestazioni sportive professionistiche presuppone necessariamente l'analisi della natura del sotteso rapporto di lavoro.

Al riguardo, si osserva allora che il lavoro sportivo professionistico, disciplinato dalla legge 23 marzo 1981, n. 91, è principalmente caratterizzato - oltre che dalla sua obbligatoria rispondenza a determinati modelli formali, individuati dal CONI e dalle rispettive Federazioni sportive nazionali - dall'onerosità e dalla continuità della prestazione sportiva. Inoltre, il rapporto di lavoro sportivo professionistico deve essere stipulato per iscritto tra lo sportivo (atleta, direttore sportivo, allenatore) e la società destinataria delle sue prestazioni; società che, peraltro, deve essere obbligatoriamente costituita nella forma di società per azioni o a responsabilità limitata.

Con specifico riferimento alla situazione degli atleti professionisti, l'art. 3 della citata legge n. 91/1981 presume, poi, che il relativo contratto sia riconducibile all'ambito del rapporto di lavoro subordinato; pur potendosene ammettere, al ricorrere di talune condizioni stabilite

dalla legge, la diversa qualificazione nell'ambito del lavoro autonomo¹.

Premesso quanto sopra, vengono esposte di seguito alcune particolarità sul regime tributario dei compensi derivanti dalle prestazioni sportive rese dagli atleti professionisti.

12. Le attività di lavoro sportivo dipendente

A. Profili generali di imposizione ai fini IRPEF

Qualora, come sopra accennato, il contratto stipulato tra un'atleta professionista e la società sportiva sia riconducibile all'ambito del lavoro subordinato, ne consegue che la tassazione dei relativi redditi deve avvenire in base alle disposizioni recate dall'art. 49 D.P.R. 22 dicembre 1986, n.917 e ss. (di seguito, Tuir) in materia di redditi di lavoro dipendente.

In detta circostanza, dunque, il reddito percepito dallo sportivo professionista, in denaro o sotto forma di c.d. "*fringe benefit*", deve essere assoggettato ad imposizione reddituale tramite ritenute alla fonte prelevate dalla società sportiva, che opera quale sostituto d'imposta ex art. 23 D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600.

Dette ritenute, peraltro, devono essere regolarmente effettuate anche nelle ipotesi in cui gli sportivi professionisti non siano fiscalmente residenti in Italia. Ed infatti, a meno dell'esistenza di una convenzione bilaterale che consenta di disapplicare le ritenute alla fonte, la società sportiva è comunque obbligata alla loro effettuazione

¹ Dette condizioni consistono nella ricorrenza di almeno uno dei seguenti requisiti:

- "a) l'attività sia svolta nell'ambito di una singola manifestazione sportiva o di più manifestazioni tra loro collegate in un breve periodo di tempo;
- b) l'atleta non sia contrattualmente vincolato per ciò che riguarda la frequenza a sedute di preparazione od allenamento;
- c) la prestazione che è oggetto del contratto, pur avendo carattere continuativo, non superi otto ore settimanali oppure cinque giorni ogni mese ovvero trenta giorni ogni anno".

all'atto della corresponsione dei redditi; ferma restando, ovviamente, la possibilità che le stesse ritenute siano riconosciute nello Stato estero di residenza fiscale dell'atleta quali importi concorrenti alla determinazione del credito per imposte estere a suo favore².

B. L'individuazione delle somme e valori concorrenti alla determinazione del reddito di lavoro sportivo dipendente

1. Quanto alla determinazione della base imponibile ad Irpef, si osserva che, tenuto conto degli accordi assunti in sede di stipulazione del contratto di lavoro sportivo professionistico, la stessa è composta dalle retribuzioni in denaro e dai compensi in natura ("*fringe benefit*") percepiti dall'atleta in ciascun anno d'imposta, da determinarsi secondo le valorizzazioni e le eventuali esclusioni desumibili dal contenuto dell'art. 51 Tuir.

Analogamente a quanto accade per la generalità dei lavoratori dipendenti, vanno quindi assoggettati ad Irpef le somme ed i valori percepiti in relazione allo svolgimento del rapporto di lavoro sportivo; quali, a titolo esemplificativo, gli stipendi, le utilità in natura ed i premi aggiuntivi corrisposti direttamente dalla società sportiva di appartenenza³.

Con specifico riguardo all'ambito del calcio professionistico, si segnala peraltro che, a detta di una parte della giurisprudenza, rientrerebbero nell'ambito dei citati "*fringe benefit*" assoggettabili ad imposizione Irpef anche le somme eventualmente corrisposte dalle società sportive, in luogo del calciatore, a favore del procuratore che lo abbia assistito in occasione della stipulazione del contratto di lavoro sportivo.

² A conferma, cfr. Ris. Min. 28 marzo 1975, n. 12/934.

³ La concreta tassazione dei c.d. "premi salvezza" corrisposti al termine di un campionato sportivo, peraltro, può essere affermata in considerazione dell'eventuale origine contrattuale della corresponsione; mentre andrebbe negata qualora il premio sia stato erogato con puro spirito di liberalità da parte della società sportiva. Sulla questione, cfr. Cassazione 25 febbraio 2008, n. 4722.

A tale conclusione, infatti, è giunta la Commissione Tributaria Provinciale di Roma, con sentenza 18 gennaio 2010, n. 1, che - anche in considerazione delle norme regolamentari dell'esercizio di attività da parte degli agenti dei calciatori - ha stabilito l'afferenza delle menzionate somme esclusivamente alla sfera di interesse dell'atleta. In tal senso, si è infatti evidenziata l'impossibilità che l'agente possa contemporaneamente svolgere, in sede di stipulazione di un contratto di lavoro, attività a favore sia del calciatore che della società sportiva: e ciò in base alla vigenza di una norma atta ad evitare l'emersione di potenziali situazioni di conflitto di interessi.

Quanto sopra con la conseguenza di affermare, oltre che l'assoggettamento ad imposizione Irpef in capo al calciatore, anche l'obbligo di effettuazione della ritenuta alla fonte su detto '*fringe benefit*', da parte della società di calcio che abbia materialmente corrisposto all'agente il compenso pattuito.

2. Per quanto attiene, poi, il trattamento tributario dei premi e delle erogazioni in natura che siano eventualmente corrisposti agli atleti professionisti da altri enti - in occasione, ad esempio, della partecipazione alla squadra nazionale impegnata in eventi sportivi internazionali - si è conformemente concluso in giurisprudenza che gli stessi, poiché non derivanti dall'originario rapporto di lavoro con la società sportiva di appartenenza, non sono qualificabili tra i redditi di lavoro dipendente.

E' questo, ad esempio, il caso delle sentenze di Cassazione 1° marzo 1990, n. 1549, 20 aprile 1990, n. 3303 e 14 giugno 1999, n. 5866, che, in senso opposto rispetto a quanto era stato dapprima affermato dall'Amministrazione Finanziaria⁴, hanno negato la possibilità che il rapporto di lavoro subordinato in essere con la società sportiva possa permanere anche qualora l'atleta svolga episodiche attività sportive a favore della Federazione nazionale: e ciò considerando che non è

comunque possibile ipotizzare l'esistenza di un teorico 'distacco' dell'atleta/lavoratore da parte della società sportiva a favore della Federazione nazionale⁵.

In tali circostanze, i compensi, in denaro o in natura, percepiti dall'atleta professionistico sono stati perciò ricondotti, tenuto anche conto della possibile qualificazione in tal senso desumibile dal contenuto dell'art.3, comma 2, lettera a) Legge n. 91/1981, al diverso ambito dei redditi di lavoro autonomo, con conseguente applicabilità delle ritenute alla fonte previste dal D.P.R. n. 600/1973 per detta tipologia di redditi.

La circostanza, inoltre, che detti importi siano normalmente corrisposti in connessione al raggiungimento di un certo risultato sportivo (c.d. 'premi partita'), perciò compensando la bravura dell'atleta professionista nel perseguimento del miglior risultato agonistico, ha portato ad escludere che sui premi in commento possa essere applicata la ritenuta a titolo d'imposta (20%) prevista dall'art. 30, comma 2, D.P.R. n. 600/1973, prevista per le vincite conseguite nel corso di competizioni sportive.

Ed infatti, si è ritenuto che detto regime di tassazione, tipicamente riferibile all'esercizio di attività sportive dilettantistiche, possa riguardare soli i premi corrisposti, con spirito di liberalità, da parte di soggetti non legati da rapporti di lavoro con l'atleta; né operanti nell'ambito della manifestazione sportiva (qual è il caso, ad esempio, dei premi assegnati dalle autorità, o messi in palio dai tifosi, ecc.).

Qualora non ricorrano dette ipotesi, i premi corrisposti agli atleti professionisti in caso di vittoria in determinate competizioni sportive vanno assoggettati a tassazione Irpef in modo ordinario, data la loro riconducibilità all'ambito delle attività sportive normalmente esercitate dagli stessi atleti⁶.

⁵ Sulla questione, vedasi anche Comm. Trib. I° grado Roma 24 febbraio 1994, n.90194 e Comm. Trib. II° grado Roma 1° agosto 1994, n. 632.

⁶ Sulla questione, vedasi in prassi Circ. Min. 3 luglio 1986, n. 27/8/420, Ris. Min. 5 aprile 1984, n. 8/398

⁴ Cfr. Ris. Min. 5 aprile 1984, n. 8/398.

C. L'imponibilità dei corrispettivi connessi allo sfruttamento dell'immagine dell'atleta

Oltre alla casistica illustrata, si segnala altresì l'esistenza, nell'ambito delle attività di controllo fiscale, di una prassi, cui ha sostanzialmente aderito la giurisprudenza, tesa all'inclusione nella base imponibile Irpef, di tutte le utilità derivanti agli sportivi professionisti dallo sfruttamento della propria immagine o del proprio nome.

In particolare - preso atto dell'esistenza di un 'diritto all'immagine' degli atleti professionisti, i cui proventi vengono normalmente convogliati in società specializzate nella relativa gestione in esclusiva (società *sponsor*) - gli uffici accertatori hanno talvolta presunto l'esistenza di fenomeni di interposizione fittizia ex art. 37 D.P.R. n. 600/1973. Si è pertanto concluso che i corrispettivi connessi allo sfruttamento dell'immagine degli atleti professionisti, benché percepiti da dette società *sponsor*, rappresentano vere e proprie integrazioni stipendiali, imponibili nella determinazione dell'Irpef dovuta dagli atleti e assoggettabili a ritenuta alla fonte da parte della società sportiva.

Tale ricostruzione è desumibile, ad esempio, dalla lettura delle sentenze Comm. Trib. Reg. Napoli 9 giugno 2004, n. 55 e Cassazione 26 febbraio 2010, n. 4737, che hanno affermato, ricorrendo anche alla fattispecie tributaria dell'abuso del diritto, la legittima riconducibilità dei proventi derivanti dallo sfruttamento dei diritti di immagine alla situazione tributaria degli atleti professionisti, quali vere e proprie integrazioni degli ingaggi stabiliti con la società sportiva.

La sensibilità dell'Amministrazione Finanziaria rispetto a tali possibili forme elusive è, peraltro, confermata dalla circostanza che l'art. 35, comma 35-*bis*, D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248, ha introdotto a

e Ris. Min. 26 novembre 1981, n. 12/062; e, in giurisprudenza, Cassazione 14 giugno 1999, n.5866 e Comm. Trib. I° grado Milano 9 aprile 1986, n. 38082.

carico delle società di calcio professionistiche l'obbligo di trasmissione all'Agenzia Entrate dei contratti di lavoro stipulati con gli atleti professionisti, nonché dei contratti di sponsorizzazione in relazione ai quali la società sportiva percepisce somme per lo sfruttamento dei diritti di immagine degli stessi atleti.

13. Le attività di lavoro sportivo autonomo

A. Profili generali di imposizione ai fini IRPEF

Come è stato già accennato in fatto, le prestazioni sportive svolte dagli atleti professionisti a favore delle società sportive possono essere ricondotte anche all'ambito del lavoro autonomo, qualora ricorrano determinate caratteristiche di loro svolgimento, tali da escludere la sussistenza di vincoli di subordinazione.

Dette caratteristiche, individuate dal legislatore nell'art. 3, comma 2, legge n. 91/1981, attengono sostanzialmente alle modalità temporali di resa delle prestazioni sportive dell'atleta professionista a favore della società sportiva; e sono sostanzialmente individuabili nella mancanza di obblighi di frequenza delle sedute di allenamento, nella prestazione di attività per una singola manifestazione o per più eventi tra loro collegati, nella disponibilità continuativa a favore della società sportiva per un tempo non superiore a otto ore settimanali (oppure a cinque giorni al mese, o a trenta giorni all'anno).

Ricorrendo dette circostanze fattuali, l'attività di lavoro sportivo è considerata di tipo autonomo, con conseguente applicabilità del regime di imposizione reddituale Irpef tipico dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa.

Dato il rinvio disposto dall'art.15 legge n. 91/1981, la vigente formulazione dell'art. 53, comma 3, Tuir stabilisce infatti che "*Per i redditi derivanti dalle prestazioni sportive oggetto di contratto di lavoro autonomo, di cui alla legge 23 marzo 1981, n.91, si applicano le disposizioni relative ai redditi indicati alla*

lettera a) del comma 2”): vale a dire, quelle attualmente riconducibili all'ambito dei rapporti assimilati a quelli di lavoro dipendente ex art.50, comma 1, lettera c-bis, Tuir⁷.

Conseguentemente, detti redditi - la cui determinazione è del tutto analoga a quelli derivanti dal lavoro sportivo dipendente illustrato sub 2) - devono essere assoggettati a ritenuta alla fonte da parte dell'ente erogante, da determinarsi, ex art. 24 D.P.R. n. 600/1973, in base all'aliquota d'imposta applicabile sul reddito complessivo dell'atleta professionista.

In ipotesi, invece, di corresponsione delle somme a favore di atleti non residenti, la misura della ritenuta, da considerarsi a titolo d'imposta, è pari al 30% (cfr. art. 24, comma 1-ter, D.P.R. n. 600/1973).

Ad avviso dell'Amministrazione Finanziaria, detta ritenuta del 30% va, peraltro, applicata sull'intero importo dei compensi corrisposti agli atleti professionisti, a condizione che la prestazione sportiva sia svolta interamente nel territorio dello Stato italiano.

Qualora, invece, essa venga resa anche in Stati esteri con i quali siano in vigore convenzioni bilaterali che dispongano la tassazione nel territorio di prestazione delle attività, è legittima l'applicazione della ritenuta del 30% sulla parte dei compensi proporzionalmente corrispondenti alla svolgimento di attività sportive in Italia⁸.

B. IRAP

Nonostante la generica riconducibilità al lavoro autonomo, i compensi connessi alla resa di prestazioni da parte di atleti professionisti che non siano vincolati da rapporti di lavoro subordinato non sono imponibili ai fini Irap.

Quanto sopra deriva dalla circostanza per cui, ex art.3, comma 1, lettera c),

⁷ A conferma, vedasi Circ. Min. 7 ottobre 1981, n. 28/332710.

⁸ Sulla questione, cfr. Ris. Agenzia Entrate 16 giugno 2006, n. 79/E, che ha analizzato il caso delle prestazioni rese da ciclisti professionisti in più Stati.

D.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, tra le attività di lavoro autonomo rilevanti ai fini del tributo non sono comprese quelle derivanti dalle collaborazioni coordinate e continuative, bensì solo quelle connesse all'esercizio di arti e professioni “tipiche” ex art. 53, comma 1, Tuir.

D'altra parte, si ritiene che il fatto che l'attività degli atleti professionisti sia svolta esclusivamente a titolo personale comporterebbe, di per sé, l'esclusione dall'ambito di applicazione del tributo in commento, per evidente difetto del requisito dell'autonoma organizzazione stabilito dall'art. 2 D.lgs. n. 446/1997.

C. IVA

In linea di principio, le attività di lavoro sportivo 'autonomo', poiché riconducibili alle collaborazioni coordinate e continuative, non sono rilevanti ai fini IVA, per espressa previsione dell'art. 5, comma 2, D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633. Ciò a meno che, ovviamente, l'atleta professionista non svolga altre attività di lavoro autonomo soggette ad IVA, che possano attrarre nell'ambito di rilevanza ai fini del tributo anche quelle di tipo sportivo.

Sulla questione, ad esempio, si è ritenuto in giurisprudenza che siano imponibili ai fini IVA i compensi percepiti da uno sportivo professionista mediante assunzione di contratti di sponsorizzazione a grande valenza economica e commerciale; e ciò indipendentemente dal fatto che detti contratti siano stati conclusi con il supporto di una società incaricata dello sfruttamento del diritto di immagine dell'atleta.

In tal senso, si è infatti espressa la sentenza di Comm. Trib. Reg. Emilia Romagna 17 maggio 2005, n. 53, che è pervenuta a detta conclusione per una fattispecie in cui l'atleta si era comportato quale vero e proprio *dominus* dei contratti, assumendo in proprio il novero delle obbligazioni da essi derivanti.

PARTE SECONDA: GLI ATLETI DILETTANTI

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Le agevolazioni reddituali per gli atleti dilettanti. 3. L'assoggettamento ad Irpef delle attività "diverse" da quelle sportive dilettantistiche. 4. IRAP. 5. IVA.

1. Premessa

Differentemente rispetto a quanto avviene in ambito professionistico, le attività degli sportivi dilettanti difettano di una specifica disciplina normativa che ne stabilisca i contenuti e le modalità di esercizio.

Questa lacuna normativa fa sì, pertanto, che la loro individuazione avvenga in via residuale rispetto al lavoro sportivo professionistico; e cioè, in base al riscontro dell'assenza dei criteri formali che normalmente presiedono all'esercizio delle attività sportive in forma professionistica, in base alla legge 23 marzo 1981, n. 91.

Tenuto conto di quanto stabilito dall'ordinamento del CONI e delle singole Federazioni sportive nazionali, si può, in effetti, affermare che, in linea di principio, l'attività sportiva dilettantistica è tale se la Federazione di appartenenza non ne abbia formalmente previsto, all'interno del proprio statuto, una modalità di possibile esercizio in ambito professionistico. Tale opzione, che può essere assunta dalla Federazione nazionale anche in considerazione della scarsa rilevanza economico-lucrativa del fenomeno, comporta, come logica conseguenza, che l'esercizio della stessa attività sportiva non debba obbligatoriamente svolgersi nelle rigorose forme stabilite dalla citata legge n. 91/1981 per lo sport professionistico.

Tuttavia, detta modalità di individuazione non sembra attualmente sufficiente per poter compiutamente discriminare le attività sportive professionistiche rispetto a quelle dilettantistiche. Sotto il profilo della rilevanza reddituale, ad esempio, è del tutto evidente che le attività degli atleti professionisti non siano diverse rispetto a

quelle rese dagli sportivi che, unicamente ai fini formali, sono considerati "dilettanti".

Quanto appena riferito, d'altra parte, trova diretta conferma nelle osservazioni della giurisprudenza comunitaria, che ha ripetutamente affermato che la qualificazione attribuita dalle federazioni sportive nazionali non basta per escludere che gli sportivi dilettanti possano esercitare attività economiche, in linea di principio riconducibili alle prestazioni di servizi retribuite⁹.

Detta considerazione, poi, è ulteriormente riscontrabile sia nelle norme di attuazione dell'ordinamento del CONI, laddove si stabilisce che l'atleta non professionista debba svolgere la propria attività in conformità alle regole della propria disciplina sportiva, senza limitazioni di ordine economico; sia in quella giurisprudenza che, con specifico riguardo all'ordinamento sportivo italiano, ha stabilito la possibile sussistenza di un vero e proprio rapporto di lavoro sportivo, qualora le prestazioni degli atleti dilettanti siano remunerate tramite corrispettivi aggiuntivi rispetto ai semplici rimborsi spese¹⁰.

La dottrina, infine, ha osservato che l'esercizio a titolo oneroso e con carattere di continuità di una certa attività sportiva - che configura l'indubbia emersione del lavoro sportivo professionistico ex art. 2 legge n. 91/1981 - potrebbe ben caratterizzare anche l'attività sportiva dilettantistica, con dirette conseguenze sulla qualificazione del sotteso contratto,

⁹ Sulla questione, vedasi, tra le altre, Corte Giustizia CE 11 aprile 200, cause riunite C-51/96 e C-191/97, ove si è evidenziato che "a seguito della recente evoluzione della pratica sportiva, la distinzione tra un dilettante e un atleta professionista si sarebbe attenuata. Gli sportivi ad altro livello potrebbero percepire, oltre a sussidi o altri aiuti, redditi più consistenti in ragione della notorietà di cui godono, in modo che essi fornirebbero prestazioni a carattere economico".

¹⁰ Sul punto, vedasi a conferma Tribunale Trento 27 ottobre 2008; e, con riguardo alla legittimità della pattuizione di un compenso a favore di un allenatore di una squadra di calcio dilettante, Cassazione 27 gennaio 2010, n. 1713.

quale rapporto di lavoro, subordinato o autonomo¹¹.

Pur prescindendo, allora, dall'analisi della possibile influenza del diritto sportivo sull'ordinamento giuslavoristico o su quello tributario, si può indubbiamente affermare che anche l'esercizio delle attività sportive formalmente riconducibili all'ambito dilettantistico sia spesso caratterizzato da un'organizzazione di risorse, personali e materiali, non diversa rispetto all'ambito professionistico.

Sotto questo profilo, dunque, l'attività sportiva dilettantistica - apparentemente caratterizzata da mere finalità ludiche - assume una notevole rilevanza ai fini economici, con le conseguenze tributarie a carico dei suoi protagonisti, distintamente esposte di seguito.

2. Le agevolazioni reddituali per gli atleti dilettanti

In linea di principio, il legislatore riconosce alcune agevolazioni fiscali a favore dei soggetti che operano nell'ambito dello sport c.d. 'dilettantistico', siano essi gli atleti che gli enti organizzatori delle attività sportive in commento.

Con specifico riguardo agli atleti, tenuto conto della riferita impossibilità che i relativi rapporti siano formalmente riconducibili tra quelli di lavoro (subordinato o autonomo), si è stabilito che le somme percepite in connessione all'esercizio delle attività sportive dilettantistiche siano qualificabili tra i redditi diversi disciplinati dal D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (di seguito, Tuir),

¹¹ In tal senso, vedasi MUSUMARRA, *La qualificazione degli sportivi professionisti e dilettanti nella giurisprudenza comunitaria*, in Rivista di Diritto ed Economia dello Sport, 2005, I, p. 40; e, in giurisprudenza, TAR Lazio 12 maggio 2003, n. 4103, che ha testualmente osservato "appare difficile configurare come dilettantistica un'attività sportiva comunque connotata dai due requisiti richiesti dall'art. 2 ("remunerazione comunque denominata" e continuità delle prestazioni) per l'attività professionistica".

imponibili ai fini Irpef in misura agevolata. In tal senso, si prevede:

➤ in primo luogo, che rientrano tra detti redditi diversi "le indennità di trasferta, i rimborsi forfetari di spesa, i premi e i compensi (...) erogati nell'esercizio diretto di attività sportive dilettantistiche dal CONI, dalle Federazioni sportive nazionali, dall'Unione Nazionale per l'Incremento delle Razze Equine (UNIRE), dagli enti di promozione sportiva e da qualunque organismo, comunque denominato, che persegue finalità sportive dilettantistiche e che da essi sia riconosciuto" (art. 67, comma 1, lettera m), Tuir);

➤ in secondo luogo, che tali redditi non concorrono alla determinazione del reddito imponibile fino all'importo di Euro 7.500,00 annui (art.69, comma 2, primo periodo, Tuir); e che, inoltre, sono soggetti ad una ritenuta alla fonte a titolo di imposta Irpef (23%), effettuata dall'organismo sportivo che procede dalla corresponsione, sulla parte di reddito eccedente tale limite e fino al massimo di Euro 28.158,28;

➤ da ultimo, che non sono comunque rilevanti ai fini reddituali Irpef i rimborsi percepiti dagli atleti a copertura delle spese documentate per vitto, alloggio e trasporto, sostenute in occasione di prestazioni sportive effettuate dagli atleti 'in trasferta', cioè fuori dal territorio comunale (art. 69, comma 2, secondo periodo, Tuir).

Le predette agevolazioni, originariamente applicabili solo per i soggetti concretamente partecipanti alla manifestazione sportiva dilettantistica - quali gli atleti, gli allenatori, i giudici di gara, il personale sanitario ed i dirigenti dell'organismo sportivo direttamente impegnati nelle attività sportive¹²) - sono state estese anche a favore delle persone che operano anche collateralmente rispetto all'evento sportivo.

E' questo, ad esempio il caso:

¹² Vedasi, a conferma, Ris. Agenzia Entrate 26 marzo 2001, n. 34.

➤ sia delle attività svolte dai preparatori atletici, degli assistenti e degli insegnanti che svolgono attività funzionali alla realizzazione di una manifestazione sportiva dilettantistica, pur non partecipandovi direttamente. Anche i compensi percepiti a fronte di attività, a seguito dell'interpretazione resa dall'art. 35, comma 5, D.L. 30 dicembre 2008, n. 207, convertito in legge 27 febbraio 2009, n. 14, sono tassabili ai fini Irpef con le modalità stabilite dal combinato disposto dei menzionati artt. 67 e 69 Tuir;

➤ sia delle attività di collaborazione amministrativa svolte a favore degli organismi sportivi dilettantistici, (qual è il caso, ad esempio, del personale di segreteria), i cui compensi sono tassati in modo analogo a quelli degli atleti, per espressa previsione del citato art. 67, comma 1, lettera m), ultimo periodo, Tuir.

Peraltro, l'effettiva spettanza delle agevolazioni tributarie sopra illustrate opera a condizione che, in buona sostanza, le attività degli atleti siano svolte in ambito elusivamente dilettantistico. Si desume, infatti, dal contenuto del Tuir che:

- l'attività agevolabile deve essere formalmente riconducibile a quelle di tipo dilettantistico, in base all'ordinamento della rispettiva Federazione sportiva;

- i compensi, indennità o rimborsi devono essere corrisposti all'atleta direttamente dal CONI, dalle Federazioni sportive o da qualsiasi altro organismo sportivo che persegua finalità sportive dilettantistiche (qual è il caso, ad esempio, delle società o associazioni sportive dilettantistiche, riconosciute dagli enti di riferimento).

Alla luce di quanto sopra, dunque, non v'è dubbio, ad esempio, che le indennità erogate dalla società sportiva dilettantistica a fronte dell'impegno dell'atleta nel corso di un campionato di calcio dilettanti siano riconducibili al sopra illustrato ambito dei redditi diversi; e siano perciò tassabili con le modalità agevolate finora illustrate.

3. *L'assoggettamento ad Irpef delle attività "diverse" da quelle sportive dilettantistiche*

1. Le agevolazioni tributarie descritte sub 2., invece, non possono essere applicate qualora le attività dell'atleta dilettante siano rese in difetto dei requisiti indicato dall'art. 67 Tuir.

E' questa, ad esempio, l'ipotesi in cui un calciatore dilettante sia remunerato, anche occasionalmente, da una società di calcio professionistica, a fronte della partecipazione ad una singola manifestazione sportiva; oppure, in cui un atleta dilettante riceva compensi derivanti dallo sfruttamento della propria immagine, anche in occasione di eventi diversi rispetto a quelli sportivi.

Ricorrendo tali diverse ipotesi, tutti i compensi percepiti dall'atleta dilettante - non potendo essere assoggettati ad Irpef quali redditi diversi, per difetto delle condizioni previste dal citato art.67, comma 1, lettera m), Tuir - vanno necessariamente tassati tramite loro riconduzione in un'altra delle categorie reddituali previste dal Tuir.

A tal riguardo, si osserva allora che l'Amministrazione Finanziaria - commentando la previgente Legge 28 marzo 1986, n. 157 - ebbe a chiarire che le somme percepite da un atleta in difetto delle condizioni che ne consentivano un trattamento fiscale agevolato dovevano essere ricondotte, in linea di principio, all'ambito delle attività di lavoro autonomo occasionali, attualmente disciplinato dall'art. 67, comma 1, lettera l), Tuir¹³.

Detta interpretazione, in effetti, è formalmente corretta se si considera che sono riconducibili alla diversa categoria del reddito di lavoro autonomo esercitato in forma abituale solo i compensi per le attività sportive di tipo professionistico; cioè, quelli emergenti per effetto di un rapporto di lavoro sportivo "formale", la cui ricorrenza è stata radicalmente negata fin dalla premessa, in considerazione della mancata rispondenza dello sport

¹³ Cfr. Circ. Min. 3 luglio 1986, n. 27/8/420.

dilettantistico ai requisiti dettati dalla stessa legge n. 91/1981.

Ne consegue, pertanto, che, fuori dalle circostanze individuate sub 2., le somme percepite dall'atleta dilettante vanno necessariamente assoggettate ad Irpef quali redditi di lavoro autonomo occasionale, mediante inclusione dei rispettivi compensi lordi nel Rigo RL 15 del Modello Unico.

Alla concreta determinazione del reddito imponibile in capo all'atleta, ex art. 71, comma 2, Tuir, si perviene, poi, tenendo conto della possibile deducibilità delle spese direttamente inerenti all'attività sportiva (quali, ad esempio, viaggi e trasporti, allenamenti, sedute fisioterapiche, attrezzature sportive, compensi dovuti al proprio agente, ecc.); spese che vanno indicate nella colonna 2 del medesimo Rigo RL 15 del Modello Unico.

Si osserva, inoltre, che i redditi per lavoro autonomo occasionale percepiti da parte di un atleta fiscalmente residente in Italia devono necessariamente includere anche quelli relativi alle attività sportive prestate all'estero.

Qualora l'atleta, ricorrendo detta circostanza, abbia subito l'assoggettamento ad imposizione anche nello Stato estero di svolgimento delle attività, dette imposte devono essere accreditate in sede di determinazione dell'Irpef dovuta in Italia, in base a quanto previsto dal vigente art. 165 Tuir sul credito per imposte assolte all'estero.

2. Una diversa modalità di assoggettamento ad imposizione Irpef, inoltre, si applica anche con riguardo ai premi che siano percepiti dagli atleti dilettanti nel corso di una competizione sportiva, in relazione alla vittoria conseguita o in funzione di un riconoscimento ufficiale della propria abilità sportiva.

A condizione che, infatti, la manifestazione sia svolta in ambito dilettantistico, la tassazione di detti premi può legittimamente avvenire mediante la sola applicazione della ritenuta a titolo d'imposta Irpef (20%), prevista dall'art. 30,

comma 2, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600¹⁴.

4. IRAP

In linea di principio, le somme percepite dagli atleti dilettanti in conseguenza dell'esercizio delle attività illustrate sub 2) e 3) non sono imponibili ad IRAP.

Nonostante che, come accennato in premessa, dette attività siano riconducibili all'ambito delle prestazioni di servizi retribuite, le stesse, in effetti, risultano sostanzialmente prive degli ulteriori requisiti previsti dalla legge.

Si ricorda, infatti, che, ex art. 2 D.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, sono rilevanti ai fini del tributo le prestazioni di servizi che - oltre ad essere autonomamente organizzate, cioè dotate di una funzionalità aggiuntiva rispetto all'apporto del singolo prestatore - siano esercitate anche in modo abituale.

Ebbene, sotto il profilo dell'organizzazione, è abbastanza intuitivo concludere nel senso della carenza del requisito, dato che l'attività sportiva viene rese a titolo esclusivamente personale.

Quanto, poi, alla nozione di abitualità, la sua non ricorrenza deriva direttamente dalla circostanza che - non potendo essere ricondotto all'ambito del lavoro sportivo professionistico disciplinato dalla legge n. 91/1981 - il reddito percepito dall'atleta dilettante è, eventualmente, inquadrabile nell'ambito del lavoro autonomo occasionale.

Detta modalità di esercizio dell'attività è tale, di per sé, da comportarne l'esclusione da IRAP, dato che il legislatore attrae ad imposizione sole le attività di lavoro autonomo esercitate abitualmente, così come individuate dall'art. 53, comma 1, Tuir.

¹⁴ In prassi, a conferma, vedasi Circ. Min. 3 luglio 1986, n. 27/8/420, Ris. Min. 5 aprile 1984, n. 8/398; Ris Min. 2 febbraio 1979, n. 11/277.

5. IVA

In considerazione della riferita 'non abitualità' dell'esercizio di attività da parte degli atleti dilettanti, si può ritenere in linea di principio, che gli stessi atleti siano esclusi dall'ambito di applicazione dell'IVA, per difetto dei requisiti indicati dall'art. 5 D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633.

Quanto sopra a meno che, ovviamente, l'atleta dilettante non svolga altre prestazioni di servizi soggette ad IVA, che possano attrarre nell'ambito di rilevanza ai fini del tributo anche quelle di tipo sportivo; come può accadere, ad esempio, nella ipotesi di conclusione abituale di contratti di concessione dello sfruttamento della propria immagine¹⁵.

¹⁵ Si sono espresse nel senso della rilevanza ad IVA di tale concessione Comm. Trib. Prov. Bologna 10 ottobre 1998, n.1238 e Comm. Trib. Reg. Emilia Romagna 17 maggio 2005, n. 53.

Procedimenti disciplinari

I PROCEDIMENTI DISCIPLINARI IN SANITA'

di Nicola Gasparro

SOMMARIO: 1. Le novità introdotte dalla riforma c.d. Brunetta in materia disciplinare. 2. Il potere disciplinare. 3. Gli organi competenti 4. Tipologie di sanzioni. 5. La contrattazione collettiva. 6. Il procedimento disciplinare. 7. Le impugnazioni. 8. Il rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare. 9. La reintegrazione del dirigente illegittimamente licenziato.

1. Le novità introdotte dalla riforma c.d. Brunetta in materia disciplinare

L'ordinamento del pubblico impiego ha subito una forte evoluzione per effetto del processo c.d. di privatizzazione, avviato con il D.lgs. 29/93 e proseguito col D.lgs. 165/01, mediante l'introduzione della contrattualizzazione del rapporto di lavoro e dell'applicazione ad esso dei principi del diritto del lavoro.

Il tema del sistema sanzionatorio disciplinare si inserisce nell'alveo delle materie che hanno formato oggetto della c.d. "riforma Brunetta" intervenuta in virtù della legge delega n. 15 del 2009 e del D. lgs. attuativo n. 150 del 2009¹, che ha modificato la disciplina del D.lgs. n. 165 del 2001 (T.U. pubblico impiego), tesa a

¹ Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica, Circolare n. 14/2010, *D. lgs. N. 150 del 2009 – disciplina in tema di infrazioni e sanzioni disciplinari e procedimento disciplinare – problematiche interpretative*: "La nuova disciplina riguarda solo il personale rientrante nel campo di applicazione del D. lgs. 165/2001, ossia il personale dipendente c.d. "privatizzato" e soggetto alla disciplina dei contratti collettivi di comparto; rimane, pertanto, invariato il regime della responsabilità, del procedimento e delle sanzioni disciplinari per il personale ad ordinamento pubblicistico, di cui all'art. 3 del medesimo decreto".

soddisfare l'interesse al miglioramento del grado di efficienza degli uffici pubblici, e a contrastare "i fenomeni di scarsa produttività e di assenteismo".

Invero, con il processo di privatizzazione del pubblico impiego il potere disciplinare ha assunto, una configurazione sostanzialmente convenzionale e pattizia.

Importanti novità si rilevano, ad esempio, in relazione al ruolo del dirigente, nonché in tema di semplificazione dei tempi del procedimento, di regime impugnatorio, di rapporto fra procedimento disciplinare e procedimento penale, di definizione della tipologia di infrazioni comportanti l'irrogazione della sanzione disciplinare del licenziamento e di configurazione di alcuni inadempimenti come reati o illeciti erariali.

Le controversie relative al procedimento e alle sanzioni disciplinari restano devolute al giudice ordinario.

2. Il potere disciplinare

L'art. 68 D.lgs. 150/2009 prevede che ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche si applica l'art. 2106 c.c., norma che costituisce il fondamento del potere disciplinare; essa stabilisce che l'inosservanza da parte del lavoratore degli obblighi di diligenza, fedeltà, obbedienza, contenuti negli articoli 2104 e 2105 c.c. "può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione". L'art. 2106 c.c. sancisce, inoltre, l'ulteriore e fondamentale principio di proporzionalità²,

² La valutazione di tale proporzionalità, compete al giudice di merito; cfr. Cfr. Cass. civ. Sez. lav., 26 ottobre 2010, n. 21899.

che deve informare il rapporto tra l'infrazione e la sanzione disciplinare³. Il potere disciplinare consiste, quindi, nella facoltà del datore di lavoro⁴ di irrogare sanzioni al lavoratore che venga meno ai suoi doveri contrattuali.

Altra rilevante norma è quella contenuta nell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori (legge n. 300/1970), che ha sancito i principi della pubblicità, della previa contestazione dell'addebito, della possibilità del lavoratore di farsi assistere e della non applicazione di sanzioni che comportino mutamenti definitivi del rapporto⁵.

In particolare, il principio della preventiva conoscenza, da parte dei lavoratori, delle norme in materia di disciplina comporta a carico del datore di lavoro il duplice obbligo della necessaria predeterminazione delle norme disciplinari relative alle sanzioni e alle infrazioni, in primo luogo, e la pubblicità di tale codice di norme, cd. codice disciplinare, mediante affissione in luogo accessibile a tutti, in secondo luogo. Tale ultimo onere costituisce condizione di legittimità dell'esercizio del potere disciplinare e della validità degli atti che ne costituiscono espressione.

La riforma ha introdotto sul punto una importante novità, in linea col trend della informatizzazione della P.A., sancendo l'equivalenza, a tutti gli effetti, della pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione del codice disciplinare alla sua affissione all'ingresso della sede di lavoro⁶.

³ Cfr. Cass. civ, Sez. lav., 16 agosto 2004, n. 15932.

⁴ Cfr. N. GASPARRO, *La Pubblica Amministrazione ed i contratti di lavoro flessibili*, Cacucci Editore, Bari, 2006 nonché intervento Congresso FESMED - Rimini, *Le sanzioni disciplinari*, 2010; A. BELSITO, *Limiti ai poteri del datore di lavoro*, Cacucci Editore, Bari, 2006.

⁵ N. GASPARRO, *Il personale del comparto sanità, Profili giuridici ed ordinamentali*, Esse Editrice, 2005, pagg. 112 ss..

⁶ Art. 55, comma 2, seconda e terza proposizione, D.lgs. 165/2001 come modificato dall'art. 68, D.lgs. 150/2009.

Per quanto concerne il c.d. codice di comportamento⁷ di cui all'art. 54 del D. lgs. 165/2001, in esso sono contenuti i principi ai quali deve ispirarsi la condotta del pubblico dipendente e i suoi contenuti rappresentano specifici esemplificazioni degli obblighi di diligenza, lealtà, imparzialità, che, per come si diceva poc'anzi, qualificano il corretto adempimento della prestazione lavorativa.

Inoltre, sul presupposto conseguente al processo di "privatizzazione", è da precisare che non è più configurabile un potere disciplinare delle amministrazioni pubbliche fondato sulla "supremazia speciale" delle stesse, rientrando esso nei diritti contrattuali del datore di lavoro al fine di ottenere, nel quadro della sinallagmaticità del rapporto, l'adempimento della prestazione a cui il lavoratore si è in sede negoziale obbligato, restando entrambi i soggetti sullo stesso piano giuridico⁸.

3. Gli organi competenti

La riforma c.d. Brunetta, nel voler affermare la piena autonomia e responsabilità del dirigente, in qualità di soggetto che esercita i poteri del datore di lavoro pubblico, nella gestione delle risorse umane, da un lato, amplia i suoi poteri disciplinari estendendo la sua competenza in riferimento anche alla multa fino a 4 ore e alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a 10 giorni, ipotesi ulteriori rispetto al rimprovero verbale e alla censura, uniche situazioni in cui, in base alla precedente disciplina, poteva esercitare l'azione, e limita la sua responsabilità civile alle ipotesi di dolo e colpa grave in relazione alla decisione di avviare il procedimento disciplinare; dall'altro, prevede, però, adeguate sanzioni in caso di omesso avvio del procedimento disciplinare o della

⁷ Si veda A. FERRETTI, *Il nuovo ordinamento del pubblico impiego*, Edizioni giuridiche Simone, 2010, pag. 178.

⁸ N. GASPARRO, *Il personale del comparto sanità*, Esse Editrice, 2005, pagg. 110 e ss..

mancata collaborazione con l'autorità disciplinare.

La novità riguarda il dirigente che, entro certi limiti, per come si dirà in seguito, diventa l'autorità disciplinare e, dunque, il responsabile in prima persona del sistema sanzionatorio. Tale aspetto presta il fianco ad una critica di fondo, ovvero di introdurre il rischio nei confronti della garanzia di terzietà interna nella gestione del potere sanzionatorio disciplinare.

Nel caso in cui vengano in rilievo infrazioni punibili con le sanzioni più gravi (ossia superiori alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni) o quando il responsabile della struttura non abbia qualifica dirigenziale, competente all'irrogazione delle sanzioni è, invece, l'ufficio per i procedimenti disciplinari (U.P.D.) individuato dall'Amministrazione.

4. Tipologie di sanzioni

In tema di sanzioni disciplinari abbiamo già posto in luce che nell'ambito del rapporto di lavoro, a garanzia del lavoratore, vale il principio della predeterminazione degli illeciti e delle sanzioni, elemento che è il presupposto stesso dell'onere di pubblicità del codice disciplinare.

Sul tema la giurisprudenza ha precisato che per la validità del codice disciplinare è sufficiente che esso sia redatto in una forma che renda chiare le ipotesi di infrazione, sia pure in modo schematico e non dettagliato, ed indichi, contestualmente, le sanzioni anche se in maniera ampia e suscettibile di adattamento alle effettive e concrete inadempienze⁹, *“nel rispetto del principio per cui le sanzioni disciplinari devono avere un grado di specificità sufficiente ad escludere che la collocazione della condotta del lavoratore nella fattispecie disciplinare sia interamente devoluta ad una valutazione unilaterale ed ampiamente*

⁹ Cfr. Cass. civ. Sez. lav., 17 febbraio 1988, n. 1703.

*discrezionale del datore di lavoro”*¹⁰; il principio di tassatività¹¹ degli illeciti non può essere inteso nel senso rigoroso, imposto per gli illeciti penali dovendosi, invece, distinguere tra gli illeciti relativi alla violazione di prescrizioni strettamente attinenti all'organizzazione aziendale, conoscibili solo se espressamente previste ed inserite nel c.d. "codice disciplinare", e quelli costituiti da comportamenti manifestamente contrari agli interessi dell'impresa o dei lavoratori, per i quali non è necessaria la specifica inclusione nello stesso codice disciplinare, poiché, in questi ultimi casi il potere sanzionatorio deriva direttamente dalla legge.

A questo punto occorre porre in rilievo come l'art. 55-*quater* D.lgs. 165/2001 riformato, preveda una serie di infrazioni particolarmente gravi per le quali trova applicazione il licenziamento disciplinare. Tale catalogo di violazioni può essere ampliato dal contratto collettivo, ma non ridotto¹².

¹⁰ Cfr. Cass. civ. Sez. lav., 09 agosto 1996, n. 7370.

¹¹ Cfr. Cass. civ. Sez. lav., 23 agosto 2006, n. 18377; Cass. civ. Sez. lav., 18 febbraio 1995, n. 1747.

¹² I casi sono i seguenti:

a) falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero giustificazione dell'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o che attesta falsamente uno stato di malattia;

b) assenza priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre nell'arco di un biennio o comunque per più di sette giorni nel corso degli ultimi dieci anni ovvero mancata ripresa del servizio, in caso di assenza ingiustificata, entro il termine fissato dall'amministrazione;

c) ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per motivi di servizio;

d) falsità documentali o dichiarative in caso di assunzione o progressioni di carriera;

e) reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive dell'onore e della dignità personale altrui;

f) condanna penale definitiva, in relazione alla quale e' prevista l'interdizione perpetua dai pubblici uffici ovvero l'estinzione, comunque denominata, del rapporto di lavoro.

Nei casi di cui al comma 1, lettere a), d), e) ed f), il licenziamento e' senza preavviso.

Inoltre, l'art. 55-*quinquies* punisce il dipendente pubblico in caso di false attestazioni circa la propria presenza in servizio o di false certificazioni in caso di assenza con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 400 ad euro 1.600. La medesima pena si applica al medico e a chiunque altro concorre nella commissione del delitto. Il lavoratore è, inoltre, obbligato a risarcire il danno patrimoniale, nonché il danno all'immagine subiti dall'amministrazione. La sentenza definitiva di condanna o di applicazione della pena per il delitto di cui sopra comporta, per il medico, la sanzione disciplinare della radiazione dall'albo ed altresì, se dipendente di una struttura sanitaria pubblica o se convenzionato con il servizio sanitario nazionale, il licenziamento per giusta causa o la decadenza dalla convenzione. Le medesime sanzioni disciplinari si applicano se il medico, in relazione all'assenza dal servizio, rilascia certificazioni che attestano dati clinici non direttamente constatati ne' oggettivamente documentati.

Il successivo art. 55-*sexies* prevede, poi, che la condanna della P.A. al risarcimento del danno derivante dalla violazione, da parte del lavoratore dipendente, degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa comporta l'applicazione nei suoi confronti, ove già non ricorrano i presupposti per l'applicazione di un'altra sanzione disciplinare, della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di tre giorni fino ad un massimo di tre mesi, in proporzione all'entità del risarcimento.

Ulteriore ipotesi di illecito disciplinare è disposta dall'art. 55-*septies* in caso di mancata osservanza dell'obbligo di trasmissione per via telematica (effettuata direttamente dal medico o dalla struttura sanitaria che la rilascia) all'Inps della certificazione medica concernente assenze di lavoratori per malattia e, in caso di

Il licenziamento in sede disciplinare e' disposto anche nel caso di prestazione lavorativa, riferibile ad un arco temporale non inferiore al biennio, con valutazione di insufficiente rendimento.

reiterazione, ciò comporta l'applicazione della sanzione del licenziamento ovvero, per i medici in rapporto convenzionale con le aziende sanitarie locali, la decadenza dalla convenzione, in modo inderogabile dai contratti o accordi collettivi.

A ciò si aggiunga la possibilità, prevista dall'art. 55-*octies*, per la P.A. di risolvere il rapporto di lavoro nel caso di accertata permanente inidoneità psicofisica al servizio, ovvero nel caso di reiterato rifiuto del dipendente di sottoporsi alla visita di idoneità.

Appare, altresì, rilevante ai fini della nostra indagine come l'art. 55, comma 2, D.lgs. 165/2001, modificato dall'art. 68 D.lgs. 150/2009, comma 2, seconda proposizione, statuisca che "*salvo quanto previsto dalle disposizioni del presente Capo*", la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni viene definita dai contratti collettivi.

Portando lo sguardo al momento contrattuale iniziale sulla materia sanitaria, l'art. 29 del CCNL Comparto Sanità sottoscritto il 1 settembre 1995, secondo la gravità dell'infrazione, già prevedeva l'applicazione delle seguenti sanzioni disciplinari:

- rimprovero verbale;
- rimprovero scritto (censura);
- multa con importo non superiore a quattro ore di retribuzione;
- sospensione dal lavoro e dalla retribuzione fino ad un massimo di dieci giorni;
- licenziamento con preavviso;
- licenziamento senza preavviso.

Al contrario i CCNL della dirigenza medico-veterinaria, non hanno mai previsto sanzioni c.d. conservative (rimprovero verbale e scritto, multa, sospensione, ecc.), prevedendo, invece, come misure al non corretto comportamento del dirigente, le sanzioni espulsive che si concretano nel recesso dell'Azienda mediante licenziamento per giusta causa (art. 2119 c.c.) o per giustificato motivo (art. 2118 c.c.).

Oggi il Contratto integrativo del CCNL del 17 ott. 2008 (CCNL 2006/2009) per medici e dirigenti del Servizio Sanitario

all'art. 7 richiama, invece, le medesime sanzioni su esposte, eccetto il rimprovero verbale che stante il principio di gradualità delle sanzioni sembra essere implicito (si veda infatti l'art. 69 D.lgs. 150/09).

In ogni caso continua ad applicarsi la sanzione disciplinare del licenziamento, con o senza preavviso, per violazioni di gravità tale da compromettere gravemente nel primo caso, irreparabilmente nel secondo, il rapporto di fiducia con l'Ente e da non consentire la prosecuzione del rapporto di lavoro.

5. La contrattazione collettiva

Il Contratto integrativo del CCNL del 17 ott. 2008 (CCNL 2006/2009) per medici e dirigenti del Servizio Sanitario, in tema di responsabilità disciplinare, all'art. 5 prevede che, nel rispetto di quanto stabilito dal D.lgs. n. 150/2009, sono stabilite specifiche fattispecie di responsabilità disciplinare per i dirigenti con il relativo sistema sanzionatorio, in considerazione degli specifici contenuti professionali e delle particolari responsabilità che caratterizzano la figura del dirigente sanitario e nel rispetto del principio di distinzione tra le funzioni di indirizzo e controllo spettanti agli organi di governo e le funzioni di gestione spettanti alla dirigenza.

Su tale presupposto al fine di evitare ambiguità interpretative, la norma contrattuale precisa, altresì, la distinzione tra responsabilità disciplinare e la responsabilità dirigenziale, chiarendo che la prima, infatti, attiene alla violazione degli obblighi di comportamento, la seconda, invece, concerne il raggiungimento dei risultati in relazione agli obiettivi assegnati, nonché la capacità professionale, le prestazioni e le competenze organizzative dei dirigenti, verificabile quest'ultima dagli organismi di valutazione e controllo (Nuclei di Valutazione e Collegi Tecnici).

Viene ribadito che l'irrogazione della sanzione deve basarsi su elementi certi ed obiettivi, deve essere tempestivamente comunicata al dirigente e non può essere

applicata una sanzione di specie diversa da quella prevista dalla legge o dal contratto collettivo¹³.

Per quanto concerne gli obblighi del dirigente, l'art. 6 prevede, tra l'altro, la necessità che egli garantisca la migliore qualità del servizio, conformi la sua condotta ai principi di diligenza e fedeltà di cui agli artt. 2104 e 2105 c.c. già richiamati e che il suo comportamento sia improntato al perseguimento dell'efficienza e dell'efficacia dei servizi istituzionali.

In tale contesto si inserisce, poi, l'art. 8¹⁴, ai sensi del quale vengono indicati i criteri che le Aziende sono tenute a seguire per il rispetto dei principi di gradualità e proporzionalità delle sanzioni in relazione alla gravità della mancanza, elementi tutti che garantiscono la legittimità dell'azione disciplinare. Lo stesso articolo disciplina, altresì, l'istituto della c.d. "recidiva" che comporta l'applicazione di una sanzione di maggiore gravità e, per alcune tipologie di violazioni, determina addirittura la misura del licenziamento.

6. Procedimento disciplinare

La comminazione della sanzione disciplinare richiede l'osservanza di taluni requisiti procedurali a garanzia del

¹³ Cfr. intervento N. GASPARRO, Incontro Elezioni FESMED Calabria - Lamezia Terme 30 aprile 2010, *I cambiamenti sull'ordinamento del lavoro introdotti dalla Legge 150/2009: le sanzioni disciplinari*.

¹⁴ **Art. 8 Contratto Integrativo del CCNL del 17 ottobre 2008** - Il tipo e l'entità della sanzione vengono graduati secondo:

- l'intenzionalità del comportamento;
- il grado di negligenza dimostrata, tenuto anche conto della prevedibilità dell'evento;
- la rilevanza della infrazione e dell'inosservanza degli obblighi e delle disposizioni violate;
- le responsabilità connesse con l'incarico dirigenziale ricoperto, nonché con la gravità della lesione del prestigio dell'Azienda;
- l'entità del danno provocato a cose o a persone, ivi compresi gli utenti;
- l'eventuale sussistenza di circostanze aggravanti o attenuanti, anche connesse al comportamento tenuto complessivamente dal dirigente o al concorso nella violazione di più persone.

lavoratore, stabiliti dall'art. 7¹⁵ dello Statuto dei lavoratori.

Il presupposto per l'avvio del procedimento disciplinare è l'acquisizione della notizia dell'infrazione da parte del responsabile della struttura ovvero dell'ufficio competente per i procedimenti disciplinari. Infatti, dal momento di tale acquisizione decorrono i termini per la contestazione dell'addebito all'incolpato.

Il Contratto Integrativo su citato ne stabilisce la disciplina all'art. 7 (con alcuni rinvii all'art. 55 bis del D.lgs. 165/2001). In particolare, in base alla gravità della violazione si stabilisce che:

a) alle infrazioni per le quali e' previsto il rimprovero verbale si applica la disciplina stabilita dal contratto collettivo¹⁶;

b) a quelle per le quali e' prevista l'irrogazione di sanzioni superiori al rimprovero verbale ed inferiori alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni, se il responsabile della struttura è un dirigente¹⁷, senza indugio e comunque non oltre venti giorni dalla notizia del comportamento lo stesso contesta per iscritto l'addebito al dipendente responsabile e lo convoca per il contraddittorio a sua difesa, con l'eventuale assistenza di un procuratore ovvero di un rappresentante dell'associazione sindacale cui il lavoratore aderisce o conferisce mandato, con un preavviso di almeno dieci giorni. Entro il termine fissato, il dipendente convocato, se non intende presentarsi, può inviare una memoria

¹⁵ Art. 7, comma 2, Statuto dei lavoratori: *"Il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l'addebito e senza averlo sentito a sua difesa"*.

¹⁶ La competenza è del responsabile della struttura, a prescindere dalla circostanza che si tratti di dirigente o non dirigente (Circolare n. 14/2010, cit).

¹⁷ Si considerano tali non solo i dipendenti reclutati ed inquadrati come dirigenti a tempo indeterminato, ma anche i titolari di incarico dirigenziale con contratto a tempo determinato, inclusi i soggetti preposti ai sensi dell'art. 19, comma 6, D.lgs. 165/2001 e ai sensi dell'art. 110 D.lgs. 267/2000 per gli enti locali o di analoghe norme previste negli ordinamenti delle altre amministrazioni (Circolare, cit.).

scritta o, in caso di grave ed oggettivo impedimento, formulare motivata istanza di rinvio del termine per l'esercizio della sua difesa. Dopo l'espletamento dell'eventuale ulteriore attività istruttoria, il responsabile della struttura conclude il procedimento, con l'atto di archiviazione o di irrogazione della sanzione, entro sessanta giorni dalla contestazione dell'addebito. In caso di differimento superiore a dieci giorni del termine a difesa, per impedimento del dipendente, il termine per la conclusione del procedimento e' prorogato in misura corrispondente. Il differimento può essere disposto per una sola volta nel corso del procedimento.

c) Quando, invece, il responsabile della struttura non ha qualifica dirigenziale o comunque per le infrazioni punibili con sanzioni più gravi, egli è tenuto a trasmettere gli atti, entro cinque giorni dalla notizia del fatto, all'ufficio competente per i procedimenti disciplinari, dandone contestuale comunicazione all'interessato. In tal caso è, dunque, il predetto ufficio che contesta l'addebito al dipendente, lo convoca per il contraddittorio a sua difesa, istruisce e conclude il procedimento¹⁸, ma, se la sanzione da applicare e' più grave di quelle di cui al comma 1, primo periodo, con applicazione di termini pari al doppio di quelli ivi stabiliti e salva l'eventuale sospensione ai sensi dell'articolo 55-ter. Il termine per la contestazione dell'addebito decorre dalla data di ricezione degli atti trasmessi ai sensi del comma 3 ovvero dalla data nella quale l'ufficio ha altrimenti acquisito notizia dell'infrazione, mentre la decorrenza del termine per la conclusione del procedimento resta comunque fissata alla data di prima acquisizione della notizia dell'infrazione, anche se avvenuta da parte

¹⁸ Nel caso di infrazioni di maggiori gravità, una volta investito correttamente della procedura da parte del dirigente, l'ufficio sarà tenuto a svolgere il procedimento sulla base dell'istruttoria; l'esito potrà consistere o nell'archiviazione o nell'irrogazione di una sanzione anche di minore gravità (ossia inferiore alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a 10 gg.), benché in astratto questa rientri nella competenza del dirigente rimettente.

del responsabile della struttura in cui il dipendente lavora.

La violazione dei termini in entrambe le ipotesi *sub b)* e *sub c)* comporta, per l'amministrazione, la decadenza dall'azione disciplinare, per il dipendente, dall'esercizio del diritto di difesa.

Nell'art. 7¹⁹, inoltre, particolare attenzione viene data ai requisiti della contestazione che deve essere specifica e tempestiva e contenere l'esposizione chiara e puntuale dei fatti in concreto verificatisi, al fine di rendere edotto il dirigente degli elementi a lui addebitati e consentire allo stesso di esercitare il diritto di difesa²⁰.

In caso di sanzioni superiori alla sospensione fino a 10 giorni ovvero se il

¹⁹ Art. 7, co. 3, CCNL Dirigenza Medica e Veterinaria CCNL 2006/2009 (Il procedimento disciplinare) – Schema:

Per sanzioni disciplinari superiori al rimprovero verbale ed inferiori alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di 10 gg.

Se l'autorità competente del potere disciplinare è il Dirigente Responsabile della Struttura.

1. Istruzione tempestiva della pratica – raccolta di tutti gli elementi utili a valutare e a collocare in una delle previsioni contrattuali l'inosservanza

2. Contesta per iscritto l'addebito (senza indugio e non oltre 20 gg. dalla data in cui si ha notizia dell'infrazione) tramite racc. A/R o a mani con cedola di notifica.

La contestazione deve essere specifica e tempestiva e contenere l'esposizione chiara e puntuale dei fatti in concreto verificatisi art. 7, co. 5, Contratto integrativo CCNL 2006/2009.

3. Convoca per il contraddittorio a difesa (con preavviso di almeno 10 gg.) – il dipendente può chiedere in caso di grave ed oggettivo impedimento, un rinvio (il differimento può essere chiesto una sola volta).

4. Il responsabile della struttura conclude il procedimento, con l'atto di archiviazione o di irrogazione della sanzione, entro 60 gg. (durata massima del procedimento) dalla contestazione dell'addebito.

In caso di differimento superiore a 10 gg. del termine a difesa, per impedimento del dipendente, il termine per la conclusione del procedimento è prorogato in misura corrispondente.

²⁰ Cfr. N. GASPARRO, relazione al Convegno FESMED - Ordine dei Medici di Napoli, *Le responsabilità disciplinari dei medici dirigenti – Le novità introdotte dalle leggi Brunetta e del CCNL*, 10 maggio 2010.

responsabile della struttura non è un dirigente, l'autorità competente è l'ufficio per i procedimenti disciplinari e la procedura è la seguente:

1. istruzione tempestiva della pratica - raccolta di tutti gli elementi utili a valutare e a collocare in una delle previsioni contrattuali l'inosservanza;

2. il responsabile della struttura trasmette gli atti, entro 5 giorni dalla notizia del fatto, all'ufficio dandone contestuale comunicazione all'interessato;

3. l'ufficio contesta l'addebito (con termine decorrente dalla data di ricezione degli atti trasmessi dal responsabile ovvero dalla data nella quale l'ufficio ha altrimenti acquisito notizia dell'infrazione²¹), convoca per il contraddittorio a difesa, istruisce e conclude il procedimento; ma se la sanzione è superiore alla sospensione fino a 10 gg. i termini si raddoppiano (salvo, in caso di procedimento penale in corso, l'eventuale sospensione fino al termine dello stesso)²².

7. Le impugnazioni

Per quanto riguarda il regime delle impugnazioni, alla contrattazione collettiva è sottratto il compito di istituire procedure di impugnazione dei provvedimenti disciplinari. Resta salva la facoltà di disciplinare mediante i contratti collettivi procedure di conciliazione non obbligatoria, fuori dei casi per i quali è prevista la sanzione disciplinare del licenziamento, da instaurarsi e concludersi entro trenta giorni dalla contestazione dell'addebito e comunque prima dell'irrogazione della sanzione.

²¹ L'ufficio, pertanto, si attiva non solo nelle ipotesi in cui pervenga la segnalazione dell'infrazione, ma anche nei casi in cui lo stesso abbia altrimenti acquisito la notizia.

²² Il termine per la conclusione del procedimento (60 gg. per le infrazioni di minore gravità, 120 gg. per quelle di maggiore gravità) decorre dalla data di prima acquisizione della notizia dell'infrazione (e non dalla contestazione dell'addebito), anche se avvenuta da parte del responsabile della struttura in cui il dipendente lavora.

Un aspetto importante è che la sanzione concordata all'esito di tali procedure non può essere di specie diversa da quella prevista, dalla legge o dal contratto collettivo, per l'infrazione per la quale si procede e non è soggetta ad impugnazione. I termini del procedimento disciplinare restano sospesi dalla data di apertura della procedura conciliativa e riprendono a decorrere nel caso di conclusione con esito negativo.

Inoltre, il nuovo regime ha soppresso, a pena di nullità, la facoltà di ricorrere avverso i provvedimenti disciplinari davanti a collegi arbitrali di disciplina.

Sicché l'impugnazione della sanzione disciplinare illegittima avviene:

- mediante ricorso a procedure di conciliazione non obbligatoria eventualmente previste dai contratti collettivi, il cui esito non è a sua volta soggetto a impugnazione²³;

- mediante ricorso al giudice del lavoro, in tal caso previo tentativo facoltativo di conciliazione innanzi al collegio di conciliazione presso la Direzione provinciale del lavoro.

Il tentativo di conciliazione, infatti, non è più obbligatorio. Resta tale, invece, ed è, quindi, condizione di procedibilità, solo in caso di impugnazione di procedure di certificazione dei contratti; pertanto, se non effettuato, il giudizio va dichiarato improcedibile²⁴.

8. Rapporti fra procedimento disciplinare e procedimento penale

Il D.lgs. 150/2009 è intervenuto anche sul rapporto fra procedimento disciplinare e procedimento penale.

La riforma ha previsto, infatti, due regimi diversi in relazione alla minore o

maggior gravità dell'infrazione²⁵, ammettendo solo in tale ultima ipotesi, nei casi di particolare complessità dell'accertamento del fatto addebitato al dipendente e quando all'esito dell'istruttoria non dispone di elementi sufficienti a motivare l'irrogazione della sanzione, la **possibilità di sospendere** i procedimenti disciplinari in attesa del giudizio penale (salva la possibilità di adottare la sospensione o altri strumenti cautelari nei confronti del dipendente).

Nelle ipotesi di non sospensione del procedimento disciplinare, qualora vi sia discordanza rispetto all'esito del procedimento penale si prevedono dei meccanismi di raccordo per adeguare le determinazioni disciplinari alle conclusioni del giudizio penale.

L'art. 11 del Contratto integrativo della Dirigenza Medica e Veterinaria e S.P.T.A. specifica, altresì, che se il procedimento disciplinare non sospeso si sia concluso con l'irrogazione della sanzione del licenziamento e, successivamente, il procedimento penale sia definito con una sentenza penale irrevocabile di assoluzione, che riconosce che il fatto addebitato non sussiste o non costituisce illecito penale o che l'imputato non l'ha commesso, ove il medesimo procedimento sia riaperto e si concluda con un atto di archiviazione, il dirigente - e questa rappresenta una novità assoluta nel sistema delle sanzioni disciplinari, nonché una vera conquista sindacale - ha diritto dalla data della sentenza di assoluzione alla riammissione in servizio presso l'ente, anche in soprannumero nella medesima sede o in altra sede, nonché all'affidamento di un incarico di valore equivalente a quello posseduto all'atto del licenziamento. Analoga disciplina trova applicazione nel caso in cui l'assoluzione del dirigente consegua a sentenza pronunciata a seguito di processo di revisione.

²³ Cfr. M. BARILÀ - M. LOVO, *Il nuovo Testo Unico sul pubblico impiego*, Gruppo24ore, 2010, pagg. 459-460.

²⁴ Guida al Diritto - Guida normativa IlSole24Ore, Lavoro - Riforma del contenzioso e altre novità, inserto de Il Sole24 ore, novembre 2010, pagg. 16 e ss..

²⁵ Cfr. D.lgs. 165/2001, art. 55-bis, comma 1, primo periodo (infrazioni di minore gravità) e secondo periodo (infrazioni di maggiore gravità).

9. La reintegrazione del dirigente illegittimamente licenziato

L'art. 14 del citato Contratto integrativo disciplina la reintegrazione in servizio del dirigente illegittimamente o ingiustificatamente licenziato, alla quale provvede l'Azienda, su domanda, a decorrere dalla data della sentenza che ne ha dichiarato l'illegittimità o la ingiustificatezza, anche in soprannumero nella stessa Azienda, con il conferimento allo stesso di un incarico di valore equivalente a quello posseduto all'atto del licenziamento.

Prima di tali disposizioni esisteva solo la possibilità per il dirigente illegittimamente licenziato di ottenere il risarcimento del danno, senza reintegra nel posto di lavoro.

Resta ferma, infine, la possibilità per il dirigente licenziato, di accettare un'indennità supplementare sostitutiva della reintegrazione la cui disciplina è disposta all'art. 15 Contratto integrativo, ma ciò preclude la possibilità di adire successivamente l'autorità giudiziaria per ottenere la reintegrazione.

Contratti di lavoro

IL LAVORO A TEMPO PARZIALE NEL PUBBLICO IMPIEGO

di Mario Di Corato

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2 I destinatari. 3. Modalità della richiesta. 4. Lavoro supplementare e lavoro straordinario.

1. Introduzione

Tra gli interventi nel pubblico impiego previsti dalla legge 183/2010 assumono un certo rilievo le disposizioni in materia di rapporto di lavoro a tempo parziale.

L'art. 16 prevede che entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore della legge, le amministrazioni pubbliche hanno facoltà (non l'obbligo) di sottoporre a nuova valutazione i provvedimenti di concessione del part-time già adottati prima della data di entrata in vigore del D.L. n.112/2008, convertito con modificazioni dalla L. 133/2008.

Ricordiamo che l'art. 73 del D.L. 112 aveva declassato da diritto a interesse legittimo la richiesta dei dipendenti di trasformare in part-time il rapporto a tempo pieno.

Da quel momento, la trasformazione è divenuta non più obbligatoria, ma discrezionale da parte delle amministrazioni.

Ora anche le trasformazioni in part-time concesse prima del 25 giugno 2008 possono essere revocate, se l'amministrazione valuta che dalla presenza in servizio a tempo parziale può derivare un pregiudizio all'operatività dell'ufficio.

Si ritiene, comunque, doveroso puntualizzare come il lavoro a tempo parziale largamente valorizzato dal legislatore comunitario (direttiva UE 97/81/CE del 15/12/97) venga utilizzato in Italia in misura ridotta rispetto ad altri paesi sia a causa di una regolamentazione eccessivamente rigida e formalistica che

solo in parte la riforma Biagi ha eliminato consentendo alla contrattazione collettiva una più ampia libertà operativa, sia perché la sua applicazione quale mera risposta alle esigenze dei lavoratori connesse a necessità di temperamento tra esigenze familiari e di lavoro, difficilmente converge in una situazione di soddisfazione da parte datoriale.

2. Destinatari

Tutti i lavoratori possono chiedere il passaggio da tempo pieno a tempo parziale ma con alcuni limiti. Infatti talune attività istituzionali della pubblica amministrazione sono caratterizzate da una elevata responsabilità degli incarichi ad esse correlate e per la forte valenza che assumono nei confronti dell'utenza di riferimento.

La presenza continuativa e il governo costante delle stesse risultano cioè direttamente correlati alla correttezza degli adempimenti istituzionali, nonché alla soddisfazione in tempi reali delle esigenze manifestate dall'utenza interna ed esterna.

In particolare le predette attività concernono le posizioni organizzative ed apicali (responsabili di Uffici, di team, capi progetto, coordinatori di processi lavorativi, dirigenti di reparto, ispettori di vigilanza).

In questi casi i lavoratori interessati che svolgano una delle attività sopra elencate potranno richiedere di essere assegnati ad altra funzione ove svolgere la prestazione lavorativa con orario a tempo parziale.

In caso di ripristino dell'orario a tempo pieno, conseguente al venir meno delle motivazioni sottostanti la richiesta di svolgere attività lavorativa a tempo parziale, l'Amministrazione disporrà la nuova assegnazione del dipendente

all'incarico in precedenza ricoperto o ad altra posizione organizzativa equivalente.

Fermo quanto sopra, il dipendente che svolga un'attività di quelle su indicate può richiedere, in presenza di rilevanti motivi di carattere familiare o personali, di prestare servizio a tempo parziale per un periodo non superiore a tre mesi nell'anno e secondo un'articolazione di tipo "orizzontale" con orario giornaliero di lavoro non inferiore al 50%, mantenendo in tal caso la funzione ricoperta.

In linea con il principio di non discriminazione (l'art.4 del D.lgs. n. 61/2000, recependo i contenuti della Direttiva UE 97/81/CE, introduce il concetto di non discriminazione dei lavoratori a tempo parziale rispetto a quelli a tempo pieno), il personale con orario ridotto può comunque partecipare ad eventuali procedure di selezione per il conferimento di posizioni organizzative superiori, restando fermo il principio che per l'attribuzione di una posizione organizzativa è necessario il ritorno a tempo pieno dell'interessato.

3. Modalità della richiesta

La trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale avviene su richiesta scritta dell'interessato al Direttore dell'Ufficio e formalizzata entro 60 giorni dalla richiesta stessa.

Le tipologie di part-time che si possono realizzare sono:

a) tempo parziale "orizzontale": articolazione della prestazione di servizio secondo un orario ridotto uniformemente in tutti i giorni lavorativi;

b) tempo parziale "verticale": orario giornaliero intero in alcuni giorni della settimana o del mese, ovvero concentrazione della prestazione stessa in determinati periodi dell'anno;

c) tempo parziale "misto": quando l'ammontare complessivo delle ore lavorate è distribuito secondo uno schema concordato in modo tale da rispettare le esigenze di carattere organizzativo e

funzionale del processo produttivo dell'Amministrazione.

Nella domanda deve essere indicata l'eventuale attività di lavoro subordinato o autonomo che il dipendente intende svolgere e che non deve comportare un conflitto di interessi con la specifica attività di servizio svolta.

Resta esclusa la possibilità di poter svolgere una attività subordinata presso un'altra pubblica amministrazione per il principio del divieto di cumulo degli impieghi pubblici con rapporto di lavoro subordinato, mentre, sarà possibile prestare attività di consulenza e collaborazione presso altre amministrazioni pubbliche, previa autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza.

Per tutte le tipologie di tempo parziale resta ovviamente confermato il principio generale, comune a tutti i CCNL che sanciscono il criterio di proporzionalità del trattamento economico alla prestazione lavorativa, con riferimento a tutte le competenze fisse e periodiche.

Gli stessi CCNL prevedono il diritto del dipendente al ripristino del rapporto a tempo pieno in qualunque momento, decorso un biennio dalla trasformazione a tempo parziale.

4. Lavoro supplementare e lavoro straordinario

Ai sensi dell'art 3 del D.lgs n.61/2000 come modificato dal D.lgs n.100/2001 recepiti dai vari contratti collettivi di comparto della P.A., le prestazioni lavorative del personale a tempo parziale possono essere prolungate oltre l'orario previsto: sono questi i casi di lavoro "supplementare" e lavoro "straordinario".

Al primo si ricorre nel part-time di tipo orizzontale, fermo restando il limite del tempo pieno.

Può aver luogo solo previo consenso del dipendente e l'eventuale rifiuto di questi non costituisce presupposto per procedimenti di carattere disciplinare.

Al secondo si ricorre nei casi di part-time di tipo verticale o misto: l'effettuazione del

lavoro straordinario dovrà avvenire nelle sole giornate di effettiva attività lavorativa.

Così come per la retribuzione, anche le ferie e le assenze dal servizio per diverse cause sono calcolate sulla base del criterio di proporzionalità.

Fonti: Documenti INPS, Circolari Ministero del lavoro, Guida Normativa IlSole24Ore.

INDAGINE FENOMETRICA DEI PROGETTI INFRAMURARI DELLE COOPERATIVE

di Fabio De Vito

Prima di entrare nel merito della questione cooperativistica, quale fenomeno, inteso in questo contesto, agente nell'ambito del lavoro carcerario, è il caso di fornire una definizione di lavoro penitenziario.

Esso è di due tipi, fondamentalmente: "Inframurario" e "extramurario".

Il primo è quel tipo rapporto per cui il detenuto svolge un'attività lavorativa all'interno dell'istituzione carceraria. Il secondo, il lavoro extramurario, è quel rapporto per cui il detenuto presta la propria attività lavorativa fuori dalle mura dell'istituto di pena.

Ciascuno dei due *genus* presenta peculiari sottocategorie (*species*).

All'interno del *genus* lavoro inframurario, operiamo una distinzione in *species*: il rapporto lavorativo alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria e quello alle dipendenze di terzi.

Il lavoro inframurario alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria è detto anche dei "lavori domestici", poiché articolato in tutta una serie di attività, per lo più improduttive, che mirano al funzionamento dell'apparato carcerario, mediante la produzione di servizi destinati all'istituzione stessa (si pensi, ad esempio, al servizio di cucina per detenuti e per operatori penitenziari o al servizio di pulizia dei locali comuni).

Il lavoro inframurario alle dipendenze di terzi (c.d. delle lavorazioni), è quel tipo di rapporto lavorativo, per cui l'attività posta in essere va a rimarcare il carattere produttivo, costituendo, questa caratteristica, la fondamentale barriera spartiacque rispetto all'altra *species* del *genus* lavoro inframurario.

La produzione delle lavorazioni è destinata a soddisfare, innanzitutto, le commesse dell'istituto penitenziario in forza dell'art. 48 co. 4 Reg. Es., infatti, l'Amministrazione è obbligata a ricorrere a tali lavorazioni "almeno" per le forniture del vestiario, corredo, arredo, rendendo l'istituto, in questo modo, il primo acquirente.

Introdotta l'argomento discrezionale fra le due tipologie di lavoro inframurario, l'indagine empirica sul campo delle cooperative operanti nel terreno penitenziario rappresenta il punto nodale di partenza, sia nel contesto normativo, i cui punti programmatici e prescrittivi delle norme di riferimento, legittimano una trattazione puntuale ed obbligatoria, sia nel contesto economico lavoristico, da cui si snodano diverse vicende nevralgiche, le quali segnano importanti traguardi nel settore di specie.

Il fenomeno cooperativistico ha preso breccia non solo grazie al Reg. n. 354 del '75 e alla c.d. legge Smuraglia, cioè alla legge n. 193 del 2000, manovra normativa, questa, che, di concerto ad una serie di decreti interministeriali ed alla legge n. 381/91, realizza quel nucleo di agevolazioni fiscali e contributive, a sostegno, appunto, di tali soggetti. Difatti, l'atteggiamento del legislatore fiscale, quando si entra nel tema dei sottoposti all'art. 21¹, è stato quello di prevedere un credito d'imposta pari a 516,46 euro mensili per ogni assunzione a tempo pieno, previa accettazione del direttore dell'istituto di pena. Sul versante

¹ Legge 26 luglio 1975, n. 354, art. 21, co. 1: "I detenuti e gli internati possono essere assegnati al lavoro all'esterno in condizioni idonee a garantire l'attuazione positiva degli scopi previsti dall'articolo 15".

contributivo, le agevolazioni incidono all'ordine dell'80% della quota di contribuzione previdenziale, con la sola eccezione in cui tale agevolazione non è prevista, per le imprese private e pubbliche che assumano detenuti sottoposti al regime dell'art. 21.

Quali sono i dati d'impiego sul territorio nazionale?

Per coerenza scientifica, i dati di cui ora verremo a trattare, andranno letti dal punto di vista che contraddistingue questo peculiare contesto, ovvero, che la situazione penitenziaria è in un pendolo mai fisso, poiché, lo spostamento dei detenuti da una struttura all'altra e la loro scarcerazione incide più o meno sensibilmente al dato d'indagine, quindi, sono dati che valgono fin quando essi sono rilevati, poiché, fluttuazioni numeriche di detenuti impiegati da periodo a periodo, possono determinare risultati non coincidenti e poco coerenti tra loro.

L'attuale dato² conferma una leggera flessione in negativo rispetto ai dati registrati al 31 dicembre 2009, gli impieghi attuali della popolazione carceraria si aggira su di un totale di 14.116 detenuti (al 2009 erano 14.271) su un totale di quasi 90 mila soggetti a pena reclusiva.

Lavora una percentuale di detenuti molto bassa. Oltre i quattro quinti della popolazione reclusa non è impegnata in alcuna attività lavorativa e versa in condizioni di disoccupazione. L'85% dei detenuti lavoratori è inoltre alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria e non d'imprese private, difatti il numero d'impieghi in attività lavorative presso l'amministrazione domestica, supera di gran lunga quello inframurario presso terzi; il tasso di crescita della situazione lavorativa penitenziaria, come mostrano i dati del ministero della giustizia, è pari all'incirca a 1,75% della popolazione carceraria.

Il tasso di disoccupazione in Italia, secondo i dati aggiornati al 2010, è assestato sull'8,8%.

V'è da dire che quell'1,75% è un tasso misurato sullo scarto di un anno d'impiego, sul totale di oltre quattordici mila detenuti impiegati, cifra d'impiego sul totale di 90.000 detenuti circa, un enorme forza lavoro, che però, genera appena uno scarso 16% d'impiego.

I dati che più possono interessarci, sotto il profilo territoriale, sono quelli della Puglia, per cui si registrano 120 posti di lavoro in meno rispetto al 2009, ma il dato significativamente positivo è colto nella forza lavoro femminile, che trova un riscontro di 56 assunzioni al primo semestre 2010 rispetto alle 45 assunte del 2009 e per ultimo e più importante, è il dato di crescita del lavoro carcerario inframurario alle dipendenze di terzi, il cui incremento è pari al 31% delle 103 unità registrate al 2009, per il quale il Ministero di Giustizia riporta ben 135 unità assunte.

Un evidente segno di sviluppo conseguente alla crescita del tessuto sociale, il quale coglie le potenzialità del settore carcerario e mette in atto strategie economiche tese ad assorbire una forza lavoro dalle indubbie qualità e dagli innegabili vantaggi, sia economici, sia tributari.

Tornando a parlare della cooperativa, come realtà imprenditoriale di riferimento nel contesto carcerario, i tratti che più attirano, riguardo il circuito lavoristico, attengono alla tipologia "*cooperativa sociale*", la quale opera in modo tale da favorire e ricercare occasioni lavorative, ed in ciò, si rimarca la c.d. funzione mutualistica della cooperativa, cioè quella finalità solidaristica nei confronti della collettività e degli stessi soci dell'impresa in oggetto. Tale mutualità si rapporta direttamente con l'art. 20, comma 1, della legge n. 354/1975, a norma del quale chiunque può istituire lavorazioni organizzate e gestite direttamente da imprese, pubbliche o private che siano e che, nel contempo, **per garantire adeguata specializzazione e garanzia di collocamento post-detenzione**, che si

² <http://www.giustizia.it/giustizia/it> - Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria - Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato - Sezione Statistica.

possano istituire corsi di formazione professionale, organizzati e svolti da imprese convenzionati con gli Enti regionali. E' dunque evidente che tale asserito prescrittivo nasca, nella *ratio*, dalla celebre sentenza del '74, della Corte Costituzionale n. 264, con la quale si sancì, per la prima volta, che *“La specializzazione rappresenti il più importante elemento risocializzante del detenuto”*, elemento, quindi, che sfrutta al di fuori delle mura carcerarie e che lo rende conscio di quanto sia deleterio l'input criminogeno, fattori, altamente qualificanti e riabilitanti il detenuto. Corollario di ciò è dunque il punto d'interesse principale delle cooperative, ovvero, la specializzazione, il quale costituisce l'innegabile centro nodale di ogni rapporto lavorativo che s'instaura tra impresa e detenuto e che a ciò, si presta tutto l'intero compito fattoriale dell'attività della cooperativa nell'istituto carcerario, in riferimento al lavoro inframurario.

Se dunque l'amministrazione sfrutta il lavoro del detenuto in attività tipicamente improduttive, non specializzanti e retribuite con una c.d. *“mercede”*, la cooperativa è la miglior forma d'impresa che attira un'utenza carceraria al fine di formarla, retribuirla ed incanalarla verso un percorso redentivo extracarcerario e, a ciò, contando sulle agevolazioni delle ultime manovre legislative, importanti iniziative hanno trovato ingresso nell'alveo del lavoro inframurario.

Iniziativa cooperativistica rilevante è Viridalia. Questa è la tipica cooperativa sociale di tipo B, radicata nel carcere di Milano Bollate, progetto, che però in data attuale (febbraio 2011), ha interrotto tutte le relazioni e convenzioni con la struttura carceraria in questione.

Il dato storico ravvisava la cooperativa Viridalia come cooperativa sociale di tipo B che si occupava dell'inserimento e dell'integrazione lavorativa di persone svantaggiate, nell'ambito della progettazione e manutenzione del verde pubblico e privato. Un settore, quindi, che richiede adeguata professionalità e formazione tecnico-scientifica, poiché non

solo era indirizzata alla creazione di sistemi d'irrigazione, progettazione e realizzazione di verde pubblico, ma indirizzava il suo interesse anche nel c.d. *tree climbing*, una particolare tecnica di potatura in situazioni complesse. E' quindi evidente che la formazione e la specializzazione all'interno della cooperativa costituissero un punto nodale per la direzione imprenditoriale di Viridalia.

La cooperativa contava, presso il proprio organico, circa 29 dipendenti, e 25 soci. Il merito delle assunzioni tra la popolazione carceraria non aveva mire specifiche o peculiari caratteristiche del candidato, mentre le formule contrattuali applicate, rispondevano alle specifiche del Ccnl, in riferimento al settore aziendale florovivaista.

I detenuti erano remunerati con un salario contrattuale.

Qual è il dato attuale?

L'intervista con Francesco Allemano³, presidente della cooperativa, ha evidenziato elementi di criticità che trovano ragion d'essere nella disaggregazione alle nuove istanze regolamentari, le quali, malgrado gli sforzi legislativi ed i continui punti d'evoluzione del tessuto sociale, incontrano, ciò nonostante, singolari forme di resistenza, proprio nelle istituzioni penitenziarie, che al contrario dovrebbero costituire il primo fronte di attuazione giuridica di una corretta trasposizione delle norme in tema di lavoro. Ciò rievoca quanto carpito come nucleo di partenza della disciplina lavoristica detentiva, nelle prime pagine di

³ L'insuccesso, dice Allemano, *“... è da ricercare nella differente visione-missione della cooperativa sociale tra l'amministrazione penitenziaria e la cooperativa sociale. Noi, come cooperativa rivendichiamo un'autonomia imprenditoriale ed organizzativa mentre il carcere considera la cooperazione come strumento da utilizzare e manovrare per fini detentivi e riabilitativi. Non si fa una questione di merito ma per noi l'autonomia imprenditoriale sociale è sacra e non può essere barattata, non possiamo accettare incursioni di governo esterne alla base sociale, questo fa venir meno lo scopo per le quali cooperative come la nostra sorgono ed operano nel terreno economico”*.

questo studio, ovvero, l'impostazione afflittiva educativa che connotava il tessuto giuridico, lasciando evidenti segni anche al di là di quanto il corpus normativo fosse mutato a seguito dell'assetto costituzionale⁴. Fu necessario un provvedimento di riforma dell'ordinamento penitenziario affinché si potesse, in tali istanze, variare l'angolo di prospettiva del modo in cui il lavoro fosse inquadrato, in modo da poter quindi enucleare quella sostanziale ottica di mera afflittività del lavoro detentivo. Per ovvio, si parla della legge n. 354 del 1975, grazie alla quale, il vecchio nucleo legis poté cedere il passo a nuove frontiere giuridiche, verso un sistema che mirava ad un concetto di rieducazione e reinserimento del detenuto completamente innovativo⁵.

Come vanno letti questi dati di Viridalia? Tutto ciò di cui abbiamo discusso quindi è smentito?

No, non dimentichiamo che il fenomeno Viridalia è una particella di un intero ecosistema economico e giuridico e Milano-Bollate, ad ogni modo, rappresenta un'istituzione che fronteggia situazioni e difficoltà insite di un sistema segregante. Una politica di natura conservatrice, sicuramente, costituisce uno strumento d'indubbio valore e restituisce altrettante garanzie sul piano dell'azione di ciò che ha sempre teso a realizzare, quale obiettivo primo di ogni istituzione carceraria, cioè quello di rieducare.

“La difficile mediazione tra la concezione meramente afflittiva della pena e quella che dimostra, viceversa, maggiore interesse alla risocializzazione del condannato, produce, contrariamente, delle tensioni di segno contrario, che

⁴ Sul punto v'è una vasta bibliografia di autori, che trattando l'argomento, hanno individuato questo legame del variato assetto normativo che intercorre tra legge e Costituzione (intesa come norma sovrastrutturale, al di sopra della legge ordinaria); per citare alcuni autori N. REALE, *Il lavoro negli istituti di prevenzione e di pena*, in *Rass. st. penit.*, 1960, pag. 833; G. VASSALLI, *Funzioni ed insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, pag. 297.

⁵ G. PELLACANI, *Il lavoro carcerario*, in: *I contratti di lavoro*, a cura di A. Vallebona, UTET, pag. 1485.

sovente si traducono in normative incerte nei presupposti fondamentali, anche se, ormai, il cammino verso un trattamento del condannato sia più consono alle effettive esigenze del detenuto e si sia fatto più deciso e consapevole”⁶.

Questa missione trova il suo connotato bilanciamento nella norma, benché, in quanto il dato legislativo vanti schemi di evoluzione programmatica senza precedenti, *cliché* dai quali iniziare a svolgere un'azione combinata e collettiva, di concerto alle istituzioni, che operano direttamente sul fronte penitenziario, non può dubitarsi che il lavoro continui a rappresentare, sempre e comunque, non già solo un diritto soggettivo ma, allo stesso tempo, un obbligo per il detenuto.

Da queste premesse occorre fare le giuste considerazioni ed arginare, inevitabilmente, le istanze dei privati imprenditori, i quali sì, vorrebbero di prepotenza avere ampi spazi di manovra economica e di gestione all'interno degli istituti di pena, ma di quanto è peculiare caratteristica di questo intero sistema, spesso, non ne possono tener conto ed, in ragione di ciò, che eventuali crisi di cooperazione possano determinare la cessazione d'importanti iniziative economiche.

Il problema, dunque, è a monte e nasce e si snoda nell'impossibilità di cooperare in un sistema, potenziale ma tendenzialmente chiuso, senza dimenticare che il legislatore da un lato offre agevolazioni contributive e previdenziali, sgravi fiscali, ma dall'altro, non riesce a debellare definitivamente determinati *cliché*, i quali, ad onta di quanto esaminato, reggono in equilibrio un sistema delicato come quello della detenzione⁷.

Altra realtà di riferimento è la cooperativa sociale Giotto, sorta nel 1994,

⁶ Citazione di V. MUCARIA, *Lavoro dei detenuti e trattamento penitenziario*, riv. pen., 1987, pag. 401.

⁷ G. PELLACANI, op. cit. pag. 1486; F. CARDANOBILO, R. BRUNO, A. BASSO, I. CARECCIA, *Il lavoro dei detenuti*, Cacucci, Bari, 2007; R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto e Libertà – Studi in memoria di M. Dell'Olio*, tomo II, G. Giappichelli editore, Torino, 2008.

anch'essa con finalità d'inserimento di persone svantaggiate, quali disabili e detenuti. La struttura ospita, presso il proprio organico 180 dipendenti di cui oltre 30% sono persone svantaggiate, in linea con la finalità cooperativistica di natura B.

L'interesse al mondo carcerario nasce nel 1991 attraverso la partecipazione di un bando di gara indetto dall'istituto penitenziario di Padova, per la manutenzione e la cura delle aree verdi interne. L'idea di base era sfruttare l'opera lavorativa degli stessi detenuti, formandoli e specializzandoli di volta in volta, idea che ha saputo restituire, nel tempo, un totale di 250 impieghi nel corso delle varie edizioni.

La cooperativa Giotto è nota per aver disegnato e strutturato il primo Parco Didattico di un carcere italiano di massima sicurezza, un complesso in cui si avviano e perpetuano le attività dirette alla formazione professionale dei detenuti, concretando un disegno di lavoro in cui si tenda a riqualificare lo spazio incolto dello stesso istituto, mirando a ricreare aree adibite a colloqui e visite, aree nelle quali, cioè, gli stessi detenuti ricevono le proprie famiglie e concentrano le attività lavorative e formative giornaliere.

Nel 2000, al sorgere della nuova legge riforma, la cooperativa ha finalizzato, grazie agli incentivi da questa previsti, un progetto di rilievo, diretto alla creazione di manichini in carta pesta, di utilizzo in settori dell'alta moda e sartoria, coniugando le abilità dei maestri artigiani con la tecnologia più innovativa. Tale attività, in un anno d'esercizio ha prodotto un'importante certificazione ISO 9000 ed impiegato più di 25 detenuti, assunti con regolare contratto, secondo il Ccnl delle cooperative sociali, con qualifiche di primo e secondo livello, al termine di un tirocinio formativo propedeutico all'insegnamento della professione artigianale.

Giotto si occupa anche di assemblaggio di valigeria Roncato, di confezionamento di gioielleria Morellato ed assemblaggio e programmazione di pen drive con la firma digitale per conto di Infocert, azienda che distribuisce tali prodotti hardware alle camere di commercio italiane.

Come possiamo notare, la specializzazione di alcuni dei rami d'interesse della cooperativa *in focus* richiede una garanzia di continuità del dipendente, ciò al fine di evitare un'eccessiva frammentazione del bagaglio di specializzazione e d'esperienza del detenuto impiegato in tali lavorazioni, un complesso di conoscenze che rischierebbe d'esser perso se il termine della pena costituisse un motivo di scioglimento del rapporto lavorativo. Per questa ragione, i progetti di Giotto risultano vincenti ed efficienti allo stesso tempo, poiché l'attività della cooperativa in argomento sfrutta un contesto carcerario d'eccellenza, nel senso che le pene reclusive dell'istituto carcerario di Padova fanno sì che si offrano detenuti in condizione di permanenza medio-lunga (difatti, le sanzioni vanno da un minimo di 3 anni a salire e ciò non fa che fissare le condizioni perfette circa le basi per un rapporto duraturo e solido con l'impresa artigiana interessata, rappresentando un sicuro ed indubbio vantaggio nel disvalore repressivo di una pena detentiva, situazione che nel tempo temprata e riqualifica il condannato verso uno stato di redenzione quasi certa).

Un dato di rilievo merita di essere considerato, alla stregua di quanto stiamo analizzando e cioè, che lo sviluppo del percorso formativo della cooperativa Giotto si consolida nel tempo e costituisce, ai fini del nucleo di specializzazione, un importante traguardo lavorativo ed economico non, *sic et simpliciter*, riferito al singolo contesto del profitto d'impresa, ma come frontiera di specializzazione apportata alle filiere produttive d'impresa esterne ad essa e che trovano, nel rapporto di partnership, un fondamentale vantaggio qualitativo nelle stesse produzioni.

Nella specie, Roncato, che ha dislocato in Croazia la propria attività, trova, per un ramo dell'azienda, una garanzia di costruzione e di qualità del prodotto già in fase d'assemblaggio e montaggio, i quali fattori, di concerto, annullano un degno 30% di scarti e sprechi rispetto alla produzione esterna a Giotto e, quindi, ciò costituisce un guadagno economico a fronte

della specializzazione d'impresе che operano con i detenuti.

V'è una verità di fondo, che corre alla base di un riadattamento del detenuto alla vita sociale⁸ quanto, cioè, v'è di centrale nella capacità di qualificazione professionale, che è in grado di offrire un'impresa, pubblica o privata che sia, nell'universo carcerario, un apporto d'indubbio valore inestimabile che rompe i cliché secondo cui il detenuto non è in grado di fornire un prodotto migliore rispetto al lavoratore libero. Invero, quando è l'amministrazione ad interessarsi di attività lavorativa, nel settore servizi e produzione di beni, essa, per ontologia, non s'è mai prefissa obiettivi di utili e guadagni e, per struttura ed organizzazione, è disorganica per definizione, riflettendosi sulla mano d'opera, dequalificata e disomogenea⁹.

Potendo fare un raffronto, siamo in grado di dire che mentre l'iniziativa estranea all'istituto di pena tende ad agire, nel ramo della produzione di beni o di servizi, con criteri di efficienza e validità, l'amministrazione perde questo scopo.

Quanto di questo costituisce una verità lo si desume dal fatto che l'amministrazione ha un limitato campo imprenditoriale, servendosi, principalmente, del detenuto per scopi propri, repressivi e riabilitativi, piuttosto che finalizzati e tesi alla realizzazione di un prodotto rifinito e curato ad un costo in linea col mercato di riferimento.

Convergere verso quest'assetto, per un'amministrazione penitenziaria, sarebbe

come dire "privatizzare l'istituto di pena e renderlo simile ad un'impresa economica", traguardo che solo è possibile se amministrazione ed imprese riescano a collaborare di pari passo¹⁰, a patto però che l'amministrazione inizi a perdere gradualmente qualcosa che le appartiene da sempre, come struttura di transazione unicamente rieducativa e si trasformi in qualcosa di nuovo. Per ovvio, quanto al problema della cooperazione con imprese, torna attuale, giocoforza, il principio dell'equa remunerazione¹¹.

Pertanto si comprende come il fallimento di Viridalia, non compromette la bontà del progetto, non segna una regola per cui la cooperativa sia un meccanismo imprenditoriale infra-carcerario fallimentare, al contrario, si è notato quanto esponenziale sia l'iniziativa, quanto forte costituisca l'input specializzante del detenuto e quanto, una cooperativa, si fletta a misura di norma legislativa, in considerazione del fatto che tale struttura è quella che meglio si presta a flessibilità di ogni tipo, rispetto ad altre strutture, magari più formalizzate.

Comprendere tutto l'intero complesso giuslavoristico, nel campo del lavoro carcerario, ci permette di acquisire quelle peculiari certezze in virtù di quanto questo fenomeno sia fattivamente in grado di permearsi ed assorbirsi nel tessuto economico ed organizzativo delle imprese. Un intero "ecosistema" asservito alle

¹⁰ M. VITALI, op. cit. pag. 40.

¹¹ BARBERA, *Lavoro carcerario*, Torino, in Digesto comm. 1992, pag. 222, nella quale si richiamano i contenuti del precetto costituzionale e le disposizioni della contrattazione collettiva, attribuendo un compenso non inferiore ai 2/3 delle paghe sindacali, come già ricordato nel corso di questo studio. Ciò, come anche affermato, non viola le disposizioni costituzionali della proporzionalità e della sufficienza della remunerazione ex art. 36 Cost, difatti, tale previsione, in merito ai requisiti della *proporzionalità* e della *sufficienza* non fissa degli *standard* rigidi, ma detta i criteri per valutare in concreto l'adeguatezza dello scambio tra la prestazione e la retribuzione del lavoro. In virtù del criterio della proporzionalità, la retribuzione deve essere *equivalente alla quantità e qualità del lavoro prestato*, tenendo cioè presenti tutti gli elementi di valutazione della prestazione.

⁸ R. CICCOTTI - F. PITTAU, *Il lavoro in carcere*, Franco Angeli, 1987, pag. 34, laddove, in citazione di M. PAVARINI, riconosce, in capo alla Corte Costituzionale, di aver ravvisato che il lavoro costituisca punto nodale del trattamento rieducativo, senza che questo asserto, tuttavia, costituisca motivo di abbandono d'impostazioni restrittive. Invero, nella pubblicazione di CICCOTTI - PITTAU, si esplicita il contenuto di una sentenza del 1974 e da questo precedente giurisprudenziale s'è mossa tutta la dottrina lavoristica progressivista, che nel tempo ha forgiato la base di lancio di una legislazione degna di nota.

⁹ G. PELLACANI, op. cit. pag. 1494.

consuete regole del mercato del lavoro, un mercato delineato da una complessa rete legislativa, tesa a far emergere innegabili vantaggi ed imporre i suoi picchi potenziali.

Qual è la certezza acquisita finora?

Che il detenuto crea bene e meglio rispetto a quanto si potrebbe fare all'estero, come abbiamo avuto modo di rilevare dal progetto Giotto, rispetto al fatto di sfruttare catene di produzione e prestatori di lavoro stranieri Il detenuto crea meglio poiché è maggiormente motivato, ricevendo, per tali prestazioni, una remunerazione in linea con i contratti collettivi nazionali di categoria e riceve, di riflesso a questa legislazione, una specializzazione adeguata e ciò che è meglio, è che in una buona percentuale il detenuto lavoratore acquisisce, quasi di conseguenza, un'importante impronta risocializzante.

L'attenzione dedicata, in questo breve studio, ha preso in considerazione due sintomatici e diversi casi, l'uno ben collaudato ed integrato nel contesto carcerario, l'altro, invece, espugnato da un'istituzione rieducativa, di matrice restrittiva, quale fattore ingente istituzionale.

Viridalia non è sicuramente il solo progetto che ha desistito da ogni forma imprenditoriale inframuraria. Molti altri, infatti, hanno mostrato chiusura e reticenza nei confronti dei progetti a lungo termine nel settore lavorativo di specie D'altro canto, i prodotti emergenti nell'ambito di tali elabori imprenditoriali presentano diverse connotazioni qualitative: da un lato, vi sono progetti cui richiedono formazione e specializzazione di natura tecnico-scientifica, dall'altro, vi sono attività, invece, le cui caratteristiche non sono nemmeno lontanamente vicine alle precedenti, in termini di qualificazione e competenza e salvo rari casi, il fenomeno cooperativistico è caratterizzato da progetti che hanno dimensioni molto ristrette e che possono accogliere solo un ristretto numero di detenuti.

Quindi, il fattore specializzazione non trova sempre ed in ogni caso, attuazione e puntuale fattibilità. Diverse variabili

incidono in negativo sul fattore spesa e finanziamento e ciò non crea che frizioni ed *impasse* della crescita del fenomeno lavoristico cooperativo.

I progetti di formazione e specializzazione del detenuto lavoratore, talvolta, risultano difficili e complessi da realizzare e quindi richiedono maggiori fondi e preparazione tecnica del personale, tra l'altro, spesso accade che tale bagaglio formativo si dissolva a seguito di eventi interni le istituzioni, quali trasferimenti, cessazioni detenzioni ed altri eventi simili, che di sicuro tranciano le fila professionalizzanti dei progetti inframurari.

Ecco, perché, è stato rivelato quanto importante possa costituire un contesto carcerario le cui detenzioni siano più o meno lunghe e che vi sia una fattiva collaborazione da parte dell'istituzione carceraria, che creda nei progetti d'impresa cooperativa e che lasci spazi di manovra e d'iniziativa economica degli stessi operatori, sia d'impresе pubbliche o private, che degli stessi detenuti.



Sicurezza nei luoghi di lavoro

Inserto speciale

RISARCIMENTO DEI DANNI PER ILLEGITTIMA CONDOTTA DEGLI ENTI PREVIDENZIALI In tema di mancato o tardivo accredito dei benefici previdenziali per esposizione ad amianto

di Ezio Bonanni

Sommario: PARTE PRIMA - Profili sostanziali - 1. Il diritto ex art. 13, comma 8, legge 257/92. 2. La sua natura giuridica. 3. Gli obblighi legali di INPS (o altro Ente gestore della posizione previdenziale) e dell'INAIL nell'accertamento e nell'accredito della maggiorazione contributiva. 3.1. L'obbligo di esatto conteggio e accredito automatico delle maggiorazioni ex art. 13, comma 8, legge 257/92, nel vigore della precedente normativa. 3.2. Le nuove modalità di accertamento e di riconoscimento del diritto per effetto dell'art. 4 della legge 326 del 2003 e del D.M. 27.10.04. 3.4. Quanto ai termini per la definizione del procedimento amministrativo di rilascio o diniego della certificazione di esposizione da parte di INAIL, e di definizione della domanda di accredito contributivo da parte dell'Ente gestore. 3.5. Quanto agli obblighi ex art. 54, L. 88 del 1989 "di informare l'interessato sulla sua posizione contributiva e pensionistica". 4. Quanto al *modus operandi* di INPS (e degli altri Enti Pubblici gestori delle singole posizioni contributive) e dell'INAIL - Responsabilità degli Enti Pubblici Previdenziali per inadempimento degli obblighi legali, e per violazione del *neminem laedere*, quantomeno a titolo di colpa. 5. I profili di colpa sui quali si fonda la responsabilità degli Enti Pubblici Previdenziali. 5.1. Obbligo di diligenza. 5.2. Obbligo di correttezza, lealtà e buona fede. 5.3. Quanto agli obblighi specifici dell'INAIL. 5.4. Quanto alla responsabilità da contatto amministrativo, ancorata sempre sul presupposto di cui all'art. 1173 c.c.. 5.5. Sulla illegittimità della condotta degli Enti pubblici previdenziali nel caso di non tempestiva definizione del procedimento amministrativo, e risarcibilità dei danni. 5.6. Ulteriori fonti di responsabilità di INPS e INAIL. Sussistenza della responsabilità anche nel caso di successivo e

tardivo rilascio di certificato di esposizione qualificata. 6. Sulla natura giuridica della responsabilità degli Enti Pubblici Previdenziali. 6.1. La responsabilità contrattuale e/o ex art. 1173 c.c. e applicazione della disciplina contrattuale. 6.2. Quanto alla responsabilità aquiliana.

PARTE SECONDA - La dinamica del diritto e la sua tutela processuale - 1. Sulla giurisdizione del Giudice ordinario e sulla competenza funzionale del Giudice del lavoro. 1.1. La natura giuridica di diritto soggettivo della rivalutazione contributiva ex art. 13, comma 8, legge 257/92, e la giurisdizione del Giudice ordinario. 1.2. La competenza funzionale del Giudice del lavoro. 2. La competenza territoriale. 3. Sull'onere della prova che grava sugli Enti Pubblici Previdenziali. 4. Nesso causale. 5. Sulla nozione di causa non imputabile (e onere della prova a carico dell'Ente Previdenziale). 6. Sugli oneri probatori degli aventi diritto. 7. I danni risarcibili (patrimoniali e non patrimoniali) e la loro equitativa determinazione. Restituzione delle contribuzioni eccedenti, anche ex art. 2041 c.c. in relazione alle norme di cui all'art. 75, L. 388 del 2000, e artt. 1, comma 12, 13 e 14, L. 243 del 2004.

PARTE PRIMA Profili sostanziali

1. Il diritto ex art. 13, comma 8, legge 257/92

La norma di cui all'art. 13, comma 8, della legge 257/92 stabilisce che "Ai fini del conseguimento delle prestazioni pensionistiche i periodi di lavoro soggetti

all'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali derivanti dall'esposizione all'amianto gestita dall'INAIL quando superano i 10 anni sono moltiplicati per il coefficiente di 1,5": il lavoratore esposto all'amianto, con questi requisiti, maturava così anticipatamente il diritto a pensione per un periodo pari al 50% di quello di esposizione.

Con l'art. 47, comma 1, della L. 326/2003, di conversione del D.L. n. 269 del 2003, la norma nella sua originaria formulazione è stata modificata e il beneficio ridotto alla metà (coefficiente 1,25), utile ai soli fini della entità della prestazione pensionistica, senza alcun diritto ad anticiparne i tempi di maturazione: *"A decorrere dal 1° ottobre 2003, il coefficiente stabilito dall'articolo 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257, e' ridotto da 1,5 a 1,25. Con la stessa decorrenza, il predetto coefficiente moltiplicatore si applica ai soli fini della determinazione dell'importo delle prestazioni pensionistiche e non della maturazione del diritto di accesso alle medesime"*, oltre ad apporre il termine di decadenza, che sarà fissato al 15.06.2005, entro il quale coloro che non avevano ancora maturato il diritto alla data del 02.10.2003 dovevano inoltrare la domanda all'INAIL per ottenere il rilascio della certificazione che esibita all'Ente previdenziale, gestore della posizione, avrebbe dato diritto all'adeguamento contributivo.

La nuova disciplina contempla, tuttavia, dei casi nei quali non si applica, ed è fatta salva la precedente e più favorevole disciplina: in virtù dell'art. 47, comma 6 bis, legge 326 del 2003: *"Sono comunque fatte salve le previgenti disposizioni per i lavoratori che abbiano già maturato, alla data di entrata in vigore del presente decreto, il diritto di trattamento pensionistico anche in base ai benefici previdenziali di cui all'articolo 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257, nonché coloro che alla data di entrata in vigore del presente decreto, fruiscono dei trattamenti di mobilità, ovvero che abbiano definito la risoluzione del rapporto di lavoro in relazione alla domanda di pensionamento"*.

Il Legislatore interveniva ancora con l'art. 3, comma 132, L. 350 del 2003, per ampliare la platea di esonero della nuova regolamentazione e applicare la precedente e

più favorevole normativa anche *"in favore dei lavoratori che abbiano già maturato, alla data del 2 ottobre 2003, il diritto al conseguimento dei benefici previdenziali di cui all'articolo 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257, e successive modificazioni"*, rispetto ai quali *"sono fatte salve le disposizioni previgenti alla medesima data del 2 ottobre 2003. La disposizione di cui al primo periodo si applica anche a coloro che hanno avanzato domanda di riconoscimento all'INAIL o che ottengono sentenze favorevoli per cause avviate entro la stessa data. Restano valide le certificazioni già rilasciate dall'INAIL"*.

La Corte di Cassazione, Sezione lavoro, con la sentenza n. 21229 del 2005, intervenendo in un caso nel quale era pacificamente applicabile la precedente normativa, anche in forza dell'art. 47, comma 6 bis, L. 326/03, e per i principi generali (per un giudizio in corso alla data del 02.10.03), incidentalmente precisava *"quanto alla legge sopravvenuta (perché lì il giudizio era già in corso alla data del 02.10.03), è stato già affermato (Cass. n. 21862 del 18 novembre 2004) che «In tema di benefici previdenziali in favore dei lavoratori esposti all'amianto, l'art. 3, comma 132, della legge 24 dicembre 2003, n. 350, che - con riferimento alla nuova disciplina introdotta dall'art. 47, comma 1°, del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269 (convertito con modificazioni nella legge 24 novembre 2003, n. 326) - ha fatto salva l'applicabilità della precedente disciplina, di cui all'art. 13 della l. 27 marzo 1992, n. 257, per i lavoratori che alla data del 2.10.2001 abbiano già maturato il diritto ai benefici previdenziali in base a tale ultima disposizione, o abbiano avanzato domanda di riconoscimento all'INAIL od ottenuto Sentenze favorevoli per cause avviate entro la medesima data, va interpretato nel senso che: a) per maturazione del diritto deve intendersi la maturazione del diritto a pensione; b) tra coloro che non hanno ancora maturato il diritto a pensione, la salvezza concerne esclusivamente gli assicurati che, alla data indicata, abbiano avviato un procedimento amministrativo o giudiziario per l'accertamento del diritto alla rivalutazione contributiva»"*.

La seconda norma, approvata solo dopo un mese dalla precedente, non può essere ritenuta identica alla prima, in quanto se così

fosse il Legislatore avrebbe legiferato in vano, e ciò non è possibile e non è credibile, e soprattutto per la diversa formulazione delle due norme, in quanto la seconda (art. 3, comma 132, L. 350/03) sancisce l'applicabilità della precedente normativa per coloro che *“alla data del 02.10.03 ... avessero ... maturato il diritto al conseguimento dei benefici previdenziali di cui all'art. 13, comma 8, della legge 27.03.1992”* che è locuzione del tutto diversa da quella di cui all'art. 47, comma 6 bis, legge 326/03 per la quale *“sono comunque fatte salve le previgenti disposizioni per i lavoratori che abbiano già maturato ... il diritto di trattamento pensionistico anche in base ai benefici previdenziali ...”*.

Così la Corte di Appello di Perugia, Sezione lavoro, con la sentenza n. 441 del 2008, ormai passata in giudicato, la quale valorizza il contenuto letterale, logico e teleologico della nuova norma in rapporto alla precedente, e alla diversa regolamentazione legislativa della fattispecie, concludendo per l'applicabilità della precedente e più favorevole normativa anche per coloro che alla data del 02.10.03 avessero comunque maturato il diritto alla maggiorazione contributiva, per essere stati esposti per oltre 10 anni a polveri e fibre di amianto pari o superiore a 100 ff/ll nella media delle otto ore lavorative per ogni anno e per oltre dieci anni (e quindi a decorrere dall'1.10.1993) senza alcuna rilevanza della maturazione del diritto a pensione, diversamente dalla formulazione della norma di cui all'art. 47, comma 6 bis, legge 326/03.

C'è, secondo la Corte di Appello di Perugia, una *“indubbia diversità delle due formulazioni”* e non c'è dubbio che la seconda norma sia *“innovativa rispetto a quella del decreto legge, e che introduca nuove deroghe all'applicabilità della nuova disciplina dei benefici per l'esposizione ad amianto dettata dallo stesso decreto legge”*.

Pertanto *“mentre l'art. 47 contemplava, ai fini dell'applicabilità del vecchio regime, il requisito del possesso di una determinata anzianità contributiva, raggiunta con l'ordinario versamento di contributi o anche con l'ausilio della rivalutazione per l'esposizione all'amianto, l'art. 3 condiziona l'applicabilità della disciplina previgente al mero fatto della prestazione di attività lavorativa con esposizione all'amianto per un periodo superiore a dieci anni. Inoltre l'art. 3*

stabilisce anche un'altra importante eccezione all'applicabilità della nuova disciplina, non prevista dal D.L. n. 269/03, in quanto fa salva la disciplina previgente in favore di coloro i quali, alla data del 02.10.2003, avessero ‘avanzato domanda di riconoscimento all'INAIL (dell'esposizione all'amianto per un periodo superiore a dieci anni) oppure avessero ‘avviato’, cioè instaurato, cause per il riconoscimento dei benefici della legge n. 257/92, definite con Sentenza loro favorevole.

Si deve dunque ritenere che il legislatore, con l'art. 3, comma 132 della legge n. 350, abbia inteso apportare modifiche alla disciplina dei benefici in materia di amianto dettata dal D.L. n. 269, estendendo l'applicabilità della normativa precedente a un maggior numero di assicurati rispetto a quello originariamente individuato dal decreto legge. Si è dunque di fronte ad una successione di leggi nel tempo, per effetto della quale, in base ai principi generali, la disposizione successiva abroga quella precedente che sia con essa compatibile, determinandone l'abrogazione tacita (art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale, premesse al Codice Civile)”.

Evidentemente la Corte di Appello di Perugia interpretando letteralmente e sistematicamente la norma, nel rispetto del parametro costituzionale (cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 822/88), ritiene che la formula normativa debba essere interpretata nel senso di ritenere applicabile la precedente normativa per tutti coloro che *“abbiano maturato il diritto al conseguimento dei benefici previdenziali di cui all'art. 13, comma 8”* (sulla base dell'art. 3, comma 132, l. 350/03) e precisa: *“non si comprende, tuttavia, perché mai il legislatore avrebbe dovuto impiegare una locuzione così involuta per esprimere un concetto così lineare, che peraltro solo un mese prima (in sede di conversione del decreto legge) aveva enunciato una terminologia più pertinente e appropriata. Del resto, non avrebbe avuto senso ritornare sul medesimo argomento, per dettare una disposizione identica a quella emanata poche settimane prima, oltre tutto usando un lessico più oscuro e ambiguo. In sostanza, poiché si deve ritenere che le norme di legge perseguano uno scopo e non si esauriscono in vane esercitazioni linguistiche, l'unica*

interpretazione secondo cui questa particolare norma può avere un significato utile è quella qui propugnata, la quale muove dalla constatazione che le due espressioni sopra citate non sono equivalenti, ma indicano situazioni oggettivamente diverse.

In definitiva, con l'art. 3, comma 132, il legislatore ha inteso estendere il beneficio per l'esposizione all'amianto, nella sua originaria formulazione contenuta nella legge n. 257/92, a tutti coloro i quali, alla data del 02.10.2003, avessero prestato per oltre 10 anni attività lavorativa, soggetta all'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali gestita dall'INAIL, con esposizione all'amianto in determinate concentrazioni, anche se tale esposizione non fosse stata ancora formalmente riconosciuta con certificazione dell'INAIL o con pronuncia dell'autorità giudiziaria. Costoro si trovavano per l'appunto nella condizione di aver maturato il diritto al conseguimento dei benefici previdenziali di cui all'art. 13, comma 8 della legge n. 257/92".

In conclusione, per "maturazione del diritto" utile ai fini dell'applicazione della precedente e più favorevole normativa, riteniamo debba intendersi l'esposizione per 10 anni alla data del 02.10.2003, dovendosi intendere come maturazione del diritto al conseguimento dei benefici previdenziali, rispetto al conseguimento del diritto a pensione, seppur con la maggiorazione contributiva per effetto dell'applicazione dell'art. 13, comma 8, l. 257/92, dovendosi dunque distinguere tra le due fattispecie, quella di cui all'art. 3, comma 132, l. 350/2003, rispetto a quella di cui all'art. 47, comma 6-bis, L. 326/2003.

2. La sua natura giuridica

Il diritto ex art. 13, co. 8, L. 257/92 attiene alla posizione contributiva dei lavoratori, in quanto esposti all'amianto, e incide direttamente sul diritto previdenziale alla prestazione, nell'an e nel quid, ed è perciò stesso oggetto di tutela con la norma di cui all'art. 38 della Costituzione, ed è proiezione del diritto al lavoro salubre (art. 4, 32 e 41, comma 2, della Costituzione), valore che fonda il nostro ordinamento, e perciò stesso è oggetto di protezione e tutela (art. 35) e con esso dell'esistenza libera e dignitosa

di ogni cittadino (art. 36), e strumento attraverso il quale regolare le relazioni sociali (dalla tutela della persona in sé e nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità - artt. 2 e 3 - fino alla famiglia - artt. 29, 30 e 31 -), contro ogni forma di disuguaglianza e discriminazione (art. 3) e di realizzazione piena della persona umana.

L'avente diritto può tutelare la sua posizione giuridica con azione e difesa in giudizio (art. 24), nel rispetto delle norme del giusto processo e del contraddittorio (art. 111), anche secondo i principi del Diritto Internazionale, di cui all'art. 6 Cedu, ora fatti propri dal diritto comunitario, per effetto della norma di cui all'art. 6 del Trattato di Lisbona.

La natura giuridica del diritto ex art. 13, comma 8, L. 257/92, nella precedente, come nell'attuale formulazione, è ancorata ai principi costituzionali di cui all'art. 38, come proiezione e in rapporto sistematico con l'intero complesso delle norme costituzionali, che traccia lo Statuto della persona umana anche nella dimensione sociale, con i suoi imprescindibili ed inalienabili diritti.

La Corte Costituzionale, sul presupposto della indubbia pericolosità delle fibre di amianto per l'organismo umano, e per la lesione che inducono in ogni caso, anche in assenza di lesione neoplastica, si è pronunciata per la legittimità della norma, già con la sentenza n. 5 del 2000: "Nell'ambito di tale correlazione, il concetto di esposizione ultradecennale, coniugando l'elemento temporale con quello di attività lavorativa soggetta al richiamato sistema di tutela previdenziale (artt. 1 e 3 del D.P.R. n. 1124 del 1965), viene ad implicare, necessariamente, quello di rischio e, più precisamente, di rischio morbigeno rispetto alle patologie, quali esse siano, che l'amianto è capace di generare per la sua presenza nell'ambiente di lavoro; evenienza, questa, tanto pregiudizievole da indurre il legislatore, sia pure a fini di prevenzione, a fissare il valore massimo di concentrazione di amianto nell'ambiente lavorativo, che segna la soglia limite del rischio di esposizione (decreto legislativo 15 agosto 1991, n. 277 e successive modifiche)"; e successivamente con la sentenza n. 127 del 2002, nella quale: "plurimi elementi esegetici, i quali portano a ritenere che essa sia volta a tutelare, in linea generale, tutti i lavoratori esposti

all'amianto, in presenza, beninteso, dei presupposti passati dalla disposizione stessa, secondo quanto evidenziato dalla già ricordata Sentenza di questa Corte n. 5 del 2000. Presupposti richiesti proprio perché la legge n. 271 del 1993 ha voluto tener conto della capacità dell'amianto di produrre danni sull'organismo in relazione al tempo di esposizione, si da attribuire il beneficio della maggiorazione dell'anzianità contributiva in funzione compensativa dell'obiettiva pericolosità dell'attività lavorativa svolta".

Ciò che rileva è il carattere compensativo della maggiorazione dell'anzianità contributiva, anche in relazione alle inadempienze della Repubblica Italiana, che non aveva esattamente ottemperato agli obblighi che pure su di lei gravavano, in forza dell'art. 32 della Costituzione, che eleva la salute ad interesse collettivo e sancisce l'obbligo di tutela anche a carico dello Stato e di tutte le pubbliche amministrazioni e che avrebbe dovuto portare alla messa al bando del pericoloso minerale appena dopo la sua entrata in vigore, e non con la tardiva proposizione legislativa di cui alla L. 257/92, che trae la sua scaturigine, nella procedura di infrazione promossa dalla Commissione Europea n. 240 del 1989 a carico della Repubblica Italiana, e che aveva portato alla decisione di condanna della Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 13.12.1990, per mancato recepimento della direttiva 477/83/CEE, "Sulla protezione dei lavoratori contro i rischi connessi con una esposizione all'amianto durante il lavoro (seconda direttiva particolare ai sensi dell'art. 8 della Direttiva 80/1107/CEE".

Fu soltanto in seguito alla censura comunitaria che la direttiva venne recepita, prima con il D.lgs. 277/91, e successivamente con la L. 257/92 e ciò con indubbia responsabilità, ai fini risarcitori e dunque con il cosiddetto beneficio contributivo ex art. 13, comma 8, L. 257/92, per compensare i lavoratori dell'amianto rispetto alle lesioni indotte dalle pericolose fibre nel loro organismo, e per ogni altro disagio (controlli sanitari, etc.), tanto che la Corte di Cassazione, Sezione lavoro, con la sentenza n. 4913/2001, precisa che la *ratio* della norma era quella di determinare "una soluzione che, tenendo conto della capacità di produrre danni in relazione al tempo di esposizione, consente una maggiorazione dell'anzianità

contributiva per tutti i dipendenti che siano stati esposti all'amianto per più di dieci anni": tanto da evidenziare la natura giuridica del diritto in esame come ancorato alla "attuazione dei principi di solidarietà di cui è espressione l'art. 38 Cost. - in funzione compensativa dell'obiettiva pericolosità dell'attività lavorativa spiegata" (Cfr. Cass. sent. 4913/2001), come conferma la Corte di Appello di Perugia, nella Sentenza n. 441 del 2008, per la quale "lo scopo della norma" che "è quello di indennizzare i lavoratori che hanno una aspettativa di vita inferiore rispetto a quelli non esposti all'amianto", conformemente dunque alla giurisprudenza costituzionale ed a quella di legittimità.

3. Gli obblighi legali di INPS (o altro Ente gestore della posizione previdenziale) e dell'INAIL nell'accertamento e nell'accredito della maggiorazione contributiva

Occorre distinguere tra la precedente regolamentazione normativa, e le successive modifiche introdotte a partire dal 02.10.03, per effetto delle nuove norme di cui all'art. 47 L. 326/03, che si applicano a coloro che a quella data non avessero ancora maturato il diritto (a pensione, pur con i contributi dell'amianto - ex art. 47, comma 6 bis, L. 326/03 - o semplicemente al beneficio contributivo - ex art. 3, comma 132, L. 350/03 - , o a seconda delle interpretazioni), ovvero avessero già depositato domanda, o avessero in corso un procedimento amministrativo e/o giudiziale a quella data.

3.1. L'obbligo di esatto conteggio e accredito automatico delle maggiorazioni ex art. 13, comma 8, legge 257/92, nel vigore della precedente normativa

La Corte di Cassazione, con la sentenza 21862 del 2004 precisa che "La rivalutazione contributiva non rappresenta una prestazione previdenziale autonoma, ma determina contenuti del diritto alla pensione; che, nel regime precedente, non era prevista una domanda amministrativa per fare accertare il diritto alla rivalutazione dei contributi previdenziali, per effetto dell'esposizione all'amianto; che il legislatore ha espresso l'intento, ricostruito secondo una

interpretazione orientata dal principio costituzionale di ragionevolezza, di escludere l'applicazione della nuova disciplina anche per coloro che comunque avessero già avviato una procedura amministrativa ... come del resto tale facoltà è riconosciuta anche ai soggetti per i quali opera la salvezza della precedente normativa, atteso che tale salvezza è stata disposta esclusivamente in loro favore" (Cass. 21862/04).

Così la Corte Costituzionale con la sentenza n. 376 del 2008:

"Secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione in precedenza richiamata, infatti, nel regime antecedente l'entrata in vigore delle disposizioni censurate non era prevista la necessità di alcuna domanda amministrativa per fare accertare il diritto alla rivalutazione dei contributi previdenziali per effetto dell'esposizione all'amianto".

Evidentemente la precedente e più favorevole normativa, e le modalità di erogazione e accredito della maggiorazione contributiva, si applicano anche successivamente e per tutti coloro che sono contemplati nelle norme di cui all'art. 47, comma 6 bis, L. 326/03, e art. 3, comma 132, L. 350/03, per i quali è l'ente previdenziale gestore della posizione contributiva a dovervi provvedere direttamente, accreditare automaticamente tenendo conto *"che, nel regime precedente, non era prevista una domanda amministrativa per fare accertare il diritto alla rivalutazione dei contributi previdenziali, per effetto dell'esposizione all'amianto"* (Corte di Cassazione, Sezione lavoro, sentenza n. 21862 del 2004).

Il caso contrario sancisce una palese violazione da parte dell'ente previdenziale delle norme di cui all'art. 13, comma 8, L. 257/92, con illegittimità del *modus operandi*, tanto più rilevante ove l'avente diritto avesse depositato una specifica domanda (quand'anche non necessaria) ed anche in caso di solo ritardo.

L'INPS per potervi provvedere doveva chiedere il parere tecnico della CONTARP, istituita presso ciascuna sede regionale di INAIL, in assenza di qualsiasi obbligo dell'avente diritto di inoltrare una ulteriore specifica domanda.

3.2. Le nuove modalità di accertamento e di riconoscimento del diritto per effetto

dell'art. 47 della legge 326 del 2003 e del D.M. 27.10.04

Soltanto con l'art. 47 della L. 326 del 2003, il legislatore ha stabilito l'onere del deposito della domanda all'Ente Previdenziale per l'accredito contributivo, e di deposito di certificazione di esposizione, che l'INAIL avrebbe dovuto rilasciare, previa apposita ulteriore domanda, entro il termine di decadenza del 15.06.05, come stabilito dal D.M. 27.10.04.

E' con l'art. 47, della L. 326/03, al comma 3, che si introduce per legge il limite della *"concentrazione media annua non inferiore a 100 ff/ll come valore medio su otto ore al giorno ..."* e al comma 4, l'obbligo della certificazione dell'INAIL, e al comma 5 l'obbligo di *"presentare domanda alla sede INAIL di residenza entro 180 giorni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto interministeriale di cui al comma 6, a pena di decadenza del diritto agli stessi benefici"*.

Il successivo decreto del Ministro del Lavoro 27.10.04 enuncia le modalità con le quali l'INAIL deve istruire le singole domande di rilascio di certificazione ex art. 13, comma 8, L. 257/92, e già all'art. 3 ne stabilisce la procedura di accertamento e rilascio (al n. 2, l'obbligo di presentazione della domanda *"entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto ... a pena di decadenza dal diritto ... 3. L'avvio del procedimento ... è subordinato alla presentazione, da parte del lavoratore interessato, del curriculum lavorativo ..."*), e al comma 7 *"per lo svolgimento dei suoi compiti, l'INAIL si avvale dei dati delle indagini mirate di igiene industriale, di quelli della letteratura scientifica, delle informazioni tecniche, ricavabili da situazioni di lavoro con caratteristiche analoghe, nonché di ogni altra documentazione e conoscenza utile a formulare un giudizio sull'esposizione all'amianto fondato su criteri di ragionevole verosimiglianza"*, nel termine di *"un anno dalla conclusione dell'accertamento tecnico"* (art. 3, n. 8, del D.M. 27.10.2004).

Così come ribadito nella stessa circolare INAIL n. 90 del 29.12.2004 dalla quale *"... la durata e l'intensità dell'esposizione sono accertate dalle CONTARP regionali, che, ai sensi dell'art. 3 comma 7, potranno formulare giudizi fondati su ragionevole*

verosimiglianza utilizzando non solo le indagini mirate di igiene industriali - laddove esistenti - ma anche i dati della letteratura scientifica, le informazioni ricavabili da situazioni lavorative con caratteristiche analoghe e ogni altra documentazione e conoscenza utile ..." (rilevando altresì quanto già precedentemente stabilito nella circolare INAIL n. 7876/bis¹ del 16.02.2006).

Ai fini della prova della esposizione qualificata (delle 100 ff/ll nella media delle 8 ore lavorative per ogni anno e per oltre i dieci anni) è sufficiente "la semplice verosimiglianza di quel superamento, la probabilità che quella soglia esista anche soltanto nell'ambiente" (Cassazione Sezione Lavoro n. 16119/2005), sicché "al fine del riconoscimento di tale beneficio, non è necessario che il lavoratore fornisca la prova atta a quantificare con esattezza la frequenza e la durata dell'esposizione, potendo ritenersi sufficiente, qualora ciò non sia possibile, avuto riguardo al tempo trascorso e al mutamento delle condizioni di lavoro, che si accerti, anche a mezzo di consulenza tecnica, la rilevante probabilità di esposizione del lavoratore al rischio morbigeno, attraverso un giudizio di pericolosità dell'ambiente di lavoro, con un margine di approssimazione di ampiezza tale da indicare la presenza di un rilevante grado di probabilità di superamento della soglia massima di tollerabilità" (Cass. 16119/2005) e non assume rilievo la mansione, e le attività merceologiche, quanto piuttosto l'ambiente lavorativo.

Il Supremo Collegio infatti con la sentenza n. 16119/05 conferisce l'interpretazione

¹ L'Inail con circolare prot. n. 7876/bis del 16.02.2006 ha stabilito "... la presenza nell'ambiente lavorativo dei fattori di nocività, quando non sia possibile riscontrare con certezza le condizioni di lavoro esistenti all'epoca della dedotta esposizione al rischio, può essere desunta con un elevato grado di probabilità, dalla tipologia delle lavorazioni svolte, dalla natura dei macchinari presenti nell'ambiente di lavoro e dalla durata della prestazione lavorativa. A tale scopo ci si dovrà avvalere dei dati delle inguini mirate di igiene industriale, di quelli della letteratura scientifica, dalle informazioni tecniche, ricavabili da situazioni di lavoro con caratteristiche analoghe, nonché di ogni altra documentazione e conoscenza utile a formulare un giudizio fondato su criteri di ragionevole verosimiglianza ...".

univoca secondo la quale "il margine di approssimazione di ampiezza tale da fugare mediante un rilevante grado di probabilità circa il superamento della soglia massima di tollerabilità ... riferito anche un'esposizione della durata di pochi minuti al giorno risultata gravemente nociva".

Così del pari il resto della giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, Sezione lavoro (Corte di Cassazione, Sez. lav. sent. n. 21256/04, sent. n. 1392/05, sent. n. 2456/05, sent. n. 2587/05, Sent. n. 2582 - 83 - 85/85, sent. n. 16117/05) e la giurisprudenza di merito².

3.3. Quanto ai termini per la definizione del procedimento amministrativo di rilascio o diniego della certificazione di esposizione da parte di INAIL, e di definizione della domanda di accredito contributivo da parte dell'Ente gestore

La norma ed il termine di un anno che inizia a decorrere dalla fine dell'accertamento tecnico di cui all'art. 3, n. 8, del D.M. 27.10.04 è l'unica, ed è di fonte regolamentare, e non può prescindere dal complesso delle altre fonti che regolano i poteri procedurali degli enti pubblici previdenziali, anche in relazione all'interesse protetto e al diritto che hanno fondamenti costituzionali.

In ordine all'accredito contributivo, ed alla regolarità e legittimità delle attestazioni della posizione previdenziale, non si può prescindere da quanto stabilito dall'art. 54 della L. n. 88 del 1989, che fa obbligo oltre che di accreditare tutti i contributi, di rilasciarne attestazione della loro esattezza, tale da permettere all'avente diritto di poter

² Tra gli altri il Tribunale di Terni, con sentenze confermate in Cassazione, rispettivamente: sent. n. 22432 del 2004, n. 22433 del 2004; n. 22432 del 2004; n. 22435 del 2004; n. 22446 del 2004; n. 377/04; n. 2243/04; n. 22519/04; n. 22541/04; n. 22831/04; n. 23524/04; n. 21929; n. 2031; n. 32/04; n. 21889; n. 90 - 91/04; n. 1980/04; n. 4557/04; n. 4550/04; n. 2415/04; n. 1969/04; n. 4665/04; n. 3463/04; n. 2416/04; n. 2408/04; n. 2475/04; n. 1974/04; n. 22313 - 14 - 15 - 16 - 17 - 18/04; n. 22300/04; n. 21864 - 65 - 66 - 67 - 68/04; n. 396/04; n. 320/04; n. 22156 - 57 - 58/04; n. 21861/04; n. 21991/04; n. 22301 - 02 - 03 - 04/04; n. 22079 - 80/04; n. 20465/04; n. 10673/04; n. 21223/04; n. 21330 - 31/04; n. 21445/04.

fare le sue scelte, con cognizione e certezza dei rapporti giuridici.

Le norme del procedimento amministrativo sono dettate dalla L. 241/90 e successive integrazioni e modificazioni e sui termini amministrativi anche dal D.M. 23.05.91, pubblicato in Gazzetta Ufficiale 08.06.91, n. 133. Nel caso di specie è applicabile la norma di cui all'art. 6 se non altro per analogia, e i termini non possono ritenersi sospesi per i casi di straordinaria e immotivata esigenza istruttoria.

L'art. 6 del D.M. 23.05.91 è stato interpretato dal Consiglio di Stato, VI^a Sezione, con la sentenza n. 5266 del 2003, che conferma i principi già sanciti con la sentenza della V^a Sezione, n. 5275 del 07.10.02, secondo quella "logica del sistema" dal quale non si può prescindere e che richiama direttamente le norme di cui agli artt. 97 e 98 della Costituzione.

La tempestività della emissione dell'atto è un principio fondamentale di legittimità dell'operato della Pubblica Amministrazione.

Nel caso che qui ci occupa l'Ente Previdenziale non ha poteri discrezionali, e ove mai il diritto sussista, lo deve rendere fruibile alla parte, nei tempi prestabiliti.

Sussiste il termine di 30 giorni per la conclusione del procedimento amministrativo di accertamento tecnico, e il termine di un anno (di cui all'art. 3, n. 8, del D.M. 27.10.04), se non considerato illegittimo, evidentemente deve essere limitato al rilascio del certificato, e decorre dal termine degli accertamenti.

"Il termine di trenta giorni per la conclusione del procedimento amministrativo, stabilito in via suppletiva dall'art. 2 l. 7 agosto 1990 n. 241 ed applicabile nel caso in cui le amministrazioni non abbiano stabilito termini diversi, riguarda ogni tipo di procedimento, sia ad iniziativa d'ufficio che di parte ed è applicabile in particolare ai procedimenti riguardanti atti amministrativi generali di pianificazione e di programmazione, a prescindere dall'efficacia ampliativa o restrittiva della sfera giuridica dei destinatari dell'atto; la mancata osservanza del termine a provvedere non comporta la decadenza dal potere, ma vale a connotare in termini di illegittimità il comportamento della p.a., nei confronti del quale i soggetti interessati alla conclusione del procedimento

possono insorgere utilizzando per la tutela della propria situazione soggettiva, tutti i rimedi che l'ordinamento appresta in via generale in simili ipotesi (dal risarcimento del danno, all'esecuzione del giudicato che abbia accertato l'inadempienza della p.a.)." (così Corte Cost., 17.07.2002, n. 355)

Ed ancora: *"la violazione dei termini del procedimento amministrativo (che ha natura meramente formale) incide sul momento ... generale di legittimità dell'azione amministrativa sotto il profilo della celerità e trasparenza (con riguardo anche alle aspettative e agli affidamenti ingenerati nel privato per effetto del tempo trascorso) ..."* (così Cons. Stato, sez. II, 03.11.1999, n. 1401/99).

L'ente previdenziale, sia esso l'INPS, o altro ente gestore, e l'INAIL, nel caso di mancato rilascio della certificazione nei termini sopra evidenziati, e nell'accredito automatico, per i casi nei quali si deve applicare la precedente normativa, in caso di rigetto della domanda amministrativa, viola le norme di cui agli artt. 97 e 98 della Costituzione, e con illegittimità sulla base dell'art. 10 bis della L. 241/90, introdotto dalla L. 11 febbraio 2005 n. 15.

La norma in esame stabilisce l'obbligo giuridico di una preventiva comunicazione alla parte istante del possibile esito negativo del procedimento, dando termine alla parte per chiarire e documentare l'istanza e motivare il futuro provvedimento di diniego e con l'invito a produrre ulteriori atti e documenti relativi all'esposizione.

Per coloro ai quali si applica la precedente e più favorevole normativa era l'INPS a dovere invocare e richiedere l'accertamento della CONTARP, costituita presso le sedi regionali dell'INAIL e che doveva eseguire l'accertamento tecnico sul grado di esposizione. L'applicazione da parte dell'amministrazione di tale principio avrebbe, quantomeno, parzialmente evitato agli aventi diritto di fare affidamento sull'esito favorevole della procedura, ma, anzi, gli avrebbe garantito la facoltà di presentare delle osservazioni, riguardo la presenza di amianto, e/o sollecitare l'INAIL al rilascio della certificazione, e ogni atto sarebbe l'accordo derogatorio dei termini stabiliti per i licenziamenti, che obbligatoriamente sarebbero state valutate dall'amministrazione prima di emettere il

provvedimento finale ovvero avrebbero emesso il provvedimento finale.

Il provvedimento negativo emesso dall'amministrazione in un procedimento a iniziativa di parte senza la previa comunicazione al cittadino dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda è illegittimo (cfr. T.A.R. Lazio, sez. II, 18.05.2005, n. 3921), e lo è tanto di più ove si consideri che le parti fanno valere un diritto soggettivo ancorato e tutelato dall'art. 38 della Costituzione (così come precisa la Corte di Cassazione, Sezione lavoro, con la sentenza 4913 del 2001), e che costituisce la proiezione del diritto alla salute (art. 32), e di tutela del lavoro (art. 35) e dell'esistenza libera e dignitosa dei lavoratori (art. 36), secondo i principi di solidarietà e di fondamento della Repubblica sul lavoro, come esplicitato e reso evidente dalle norme di cui agli artt. 1, 2, 3 e 4 della Costituzione.

Né può giovare che la CONTARP avesse dovuto conferire il parere o rilasciare la certificazione, atteso che a mente dell'art. 16 della L. 241/90 le pubbliche amministrazioni a cui è richiesto un parere lo devono espletare nel termine di 45 giorni, ed a mente dell'art. 6 del D.M. 23.05.91, *“qualora straordinarie e motivate esigenze impongano nello svolgimento dell'istruttoria, ai fini dell'emanazione dell'atto conclusivo, la richiesta di un parere ovvero l'espletamento di un accertamento ad opera di altro organo non collegiale o ufficio dell'amministrazione ..., questo emetterà l'atto richiesto entro 60 giorni dalla richiesta”* e in combinato disposto con l'art. 2, comma 1, della L. 241/90, *“ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la pubblica amministrazione ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso”* e al successivo comma 2 *“con uno o più regolamenti adottati ai sensi dell'art. 17, comma 1, della legge 23.08.1988, n. 400, su proposta del ministro competente, di concerto con il ministro per la funzione pubblica, sono stabiliti i termini entro i quali i procedimenti di competenza delle amministrazioni statali devono concludersi, ove non siano direttamente previsti per legge. Gli enti pubblici nazionali stabiliscono, secondo i propri ordinamenti, i termini entro i quali devono concludersi i procedimenti di propria competenza. I termini sono modulati tenendo conto della*

loro sostenibilità, sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, e della natura degli interessi pubblici tutelati e decorrono dall'inizio di ufficio del procedimento o dal ricevimento della domanda, se il proseguimento è ad iniziativa di parte”.

Sicché quando eventualmente la CONTARP non ha ottemperato nel termine di 60 giorni, quando ancora non era stata modificata la norma sul procedimento di accertamento della esposizione ad amianto, in forza dell'art. 47 L. 326/03 e del D.M. 27.10.04, l'INPS avrebbe dovuto comunque provvedere ad evadere la domanda, applicando la norma di cui all'art. 6 del D.M. 23.05.91 e comunque portare a termine entro il termine di 90 giorni, ove si tenga conto del fatto che al comma 3, dell'art. 2, della legge 241/90 espressamente *“qualora non si provveda ai sensi del comma 2 il termine è di 90 giorni”* e tenendo conto che il D.M. agli artt. 1, 2, 3 e 4 non enuncia direttamente quali siano i termini per poter definire il procedimento amministrativo finalizzato al riconoscimento ed al conferimento del diritto alla prestazione previdenziale, e si riporta a separata circolare, evidentemente il termine massimo non può essere superiore ai 120 giorni.

Eventuali norme regolamentari con circolari INPS ed INAIL degli artt. 1, 2, 3 e 4 del D.M. 23.05.91 finalizzate a prolungare oltre i 120 giorni il termine sarebbero *contra legem* e non potrebbero trovare alcuna applicazione.

Si evidenzia la violazione del principio di ragionevolezza e quello di cui all'art. 10 bis, L. 241/90 e dei principi contemplati nella Carta Costituzionale e nelle altre leggi dello Stato, che sopra abbiamo richiamato.

Sussiste dunque per quanto evidenziato e dedotto la responsabilità dell'INPS ex art. 1173 c.c., anche in relazione alle norme di cui agli artt. 97 e 98 della Costituzione e di cui all'art. 2 e seguenti della L. 241/90 e del D.M. 23.05.91, e che ha portato alla lesione del diritto soggettivo di parte ricorrente a veder definito e con accoglimento il procedimento amministrativo con conseguente riconoscimento dei benefici contributivi e anticipata maturazione del diritto a pensione.

Non aver definito il procedimento e/o rigettato la domanda, ha determinato altresì ingiusto pregiudizio nei modi e nei termini in

premessa evidenziati, con conseguente fondamento della domanda finalizzata al risarcimento di tutti i danni, patrimoniali e non patrimoniali, patiti e *patiendi*, tutti nessuno escluso.

3.4. Quanto agli obblighi ex art. 54, l. 88 del 1989 “di informare l’interessato sulla sua posizione contributiva e pensionistica”

Non è foriero di rilevanza per il caso che ci occupa l’obbligo di “*informare l’interessato sulla sua posizione contributiva e pensionistica*”, che discende dalla norma di cui all’art. 54, L. 88/89, poiché vi è sotteso un groviglio di obblighi di legittimità, lealtà, chiarezza e trasparenza del *modus operandi*.

Quando il lavoratore esposto all’amianto si è visto leso nel diritto soggettivo a vedersi riconosciuta tempestivamente la maggiorazione contributiva ex art. 13, comma 8, L. 257/92, evidentemente somma anche la sofferenza, ed il pregiudizio agli altri diritti di costituzionale rilevanza, per erronea indicazione dei contributi accreditati, e così con violazione pacifica della norma di cui all’art. 54, L. 88/89, rispetto alla quale occorre chiarire che l’Ente previdenziale ha l’obbligo “*di informare l’interessato sulla sua posizione assicurativa e pensionistica, ove questi ne faccia richiesta. Ne consegue che il lavoratore danneggiato è esonerato dal provare la colpa dell’autore del fatto dannoso, salvo l’onere dell’Istituto di dimostrare che il danno sia dipeso da fatto al medesimo non imputabile (v. pronunce di questa Corte n. 6995 del 22 maggio 2001; n. 5002 del 8 aprile 2002; ecc.)*” (Cass., Sezione lavoro, sentenza del 17.08.2004, n. 16044).

Sicché evidentemente l’aver comunicato a parte il ricorrente una errata posizione contributiva e pensionistica, anche per effetto e conseguenza del rigetto della domanda amministrativa di accredito della maggiorazione contributiva ex art. 13, comma 8, L. 257/92, è già di per sé fonte di responsabilità con conseguente obbligo di risarcimento di tutti i danni sofferti.

4. Quanto al *modus operandi* di INPS (e degli altri Enti Pubblici gestori delle singole posizioni contributive) e dell’INAIL - Responsabilità degli Enti Pubblici Previdenziali per

inadempimento degli obblighi legali, e per violazione del *neminem laedere*, quantomeno a titolo di colpa

L’esigenza di investigare sui presupposti giuridici di configurabilità di una responsabilità degli Enti Pubblici e dell’obbligo di risarcimento dei danni in caso di ritardo o diniego nel rilascio della certificazione di esposizione (INAIL), ovvero di accredito della maggiorazione contributiva, ex art. 13, comma 8, legge 257/92, sorge dal presupposto della non puntuale applicazione di questa norma, e dal “*balletto tra enti previdenziali (INPS, INAIL, IPSEMA ecc.) - di «palleggio e melina» parla persino un dirigente medico legale dell’INPS³ - e si riferisce al danno da mancato accoglimento dell’istanza; succede infatti che gli enti frappongono (in modo sistematico) ritardi ed ostacoli al riconoscimento del diritto alla rivalutazione previdenziale in sede amministrativa*” [Dott. Roberto Rivero, “*Per la tutela effettiva di alcuni danni (patrimoniali e non) subiti dai lavoratori esposti all’amianto*”].

Il Tribunale di Pisa, Sezione lavoro, con sentenza del 04.12.02, del Dott. Nisticò, ha stigmatizzato detto *modus operandi*:

“*Né deve sfuggire come analogo atteggiamento sia stato tenuto dall’Inps nelle controversie che riguardavano i dipendenti della struttura geotermica di Larderello (v. Tribunale di Pisa 17.4.2002, Signorini ed altri c. Inps) già ricompresa come azienda a rischio certo in un atto di indirizzo ministeriale e dove l’amianto ha fatto vittime non solo fra i lavoratori ma anche fra la popolazione residente nella zona (basta dire che vi erano circa 240 km di tubature coibentate in amianto). Qui, poi, come si è avuto modo di apprendere, avendo lavorato in quella struttura dipendenti provenienti da varie*

³ Sulla rivista dell’INPS, M. Massimo Covello, *La CTU in materia di richiesta di benefici previdenziali per pregressa esposizione ad amianto*, in *Informazione Previdenziale*, 2007 pag. 589 e ss. ove nota come “... gli operatori hanno riscontrato una gestione assolutamente burocratica del percorso valutativo operato dai consulenti caratterizzata da laboriose e costose controversie con palleggio e melina tra gli Enti previdenziali che si traducono in gravi ripercussioni in termini di costi gravanti sulla collettività”.

province toscane, si è avuto che per le stesse lavorazioni una sede provinciale (Livorno) abbia ricevuto dall'Inail l'attestato di rischio e un'altra (Pisa) no, solo perché una sede Inail ha ritenuto una cosa ed un'altra l'opposto".

Opponendosi all'accoglimento della domanda del lavoratore avente diritto, sempre e comunque, l'Ente Previdenziale lo costringe ad intraprendere un percorso giudiziario infinito, accidentato e lastricato di ostacoli e di incertezze, obbligando in sostanza, e nel contempo, a rimanere al lavoro persone che con il riconoscimento del diritto avrebbero potuto invece guadagnare il diritto a pensione e porsi a riposo.

Alla fine, se ed in quanto riconosciuto in via giudiziaria, il beneficio contributivo potrebbe servire a poco, o addirittura a niente, perché con il lavoro svolto si saranno *medio tempore* versati altri contributi che andranno a prendere il posto di quelli che sarebbero stati maturati in virtù della pregressa esposizione, illegittimamente negata.

E' questo un fatto ingiusto che lede il diritto della persona, già offesa in seguito all'iniqua esposizione alla sostanza nociva, e gli impedisce di andare in pensione quando vuole lui, se ha i requisiti previsti dalla legge (in violazione dell'art. 38 della Costituzione che protegge la situazione soggettiva) e sostanza una vanificazione degli effetti della legge dello Stato (art. 13, comma 8, legge 257/92) attributiva di una rivalutazione contributiva, sulla base ed in seguito di un ritardo imputabile ad un ente dello stesso Stato, in contrasto con il principio di legalità, che impone che in uno Stato di diritto le regole vadano rispettate innanzitutto dagli apparati pubblici soggetti alle leggi.

La parte dunque ha diritto a vedersi risarciti tutti i danni sofferti per effetto del ritardo e del diniego amministrativo al riconoscimento del diritto, ottenuto poi in via giudiziaria.

5. I profili di colpa sui quali si fonda la responsabilità degli Enti Pubblici Previdenziali

Le norme di cui all'art. 13, comma 8, L. 257/92, ed anche quella di cui all'art. 13, comma 7, L. 257/92, che analogo diritto alla rivalutazione conferisce a tutti i lavoratori

ammalati per patologie asbesto correlate, e per il quale non c'è alcuna limitazione di tempo e di intensità di esposizione, e di decadenza, non hanno trovato puntuale adempimento da parte degli Enti Pubblici Previdenziali, che il più delle volte non hanno riconosciuto ed accreditato tempestivamente e automaticamente quella maggiorazione con il coefficiente 1,5 dell'intero periodo di esposizione, che avrebbe portato a tempestiva maturazione del diritto a pensione, e permettere ai lavoratori esposti di poter decidere consapevolmente e liberamente se continuare a lavorare, pur avendo maturato la massima anzianità, potendo godere delle prestazioni aggiuntive di cui all'art. 1, commi 12, 13 e 14 della L. 243/04, che ha sostituito le analoghe misure già previste dall'art. 75, L. 388 del 2000, e dunque con il posticipo del pensionamento, e con l'estinzione dell'obbligo del datore di lavoro di versare la contribuzione per l'assicurazione obbligatoria per la vecchiaia, l'invalidità e per i superstiti, avrebbe portato al diritto del lavoratore dell'accredito da quella data, come voce aggiuntiva di retribuzione, di una somma corrispondente a detta contribuzione (il cosiddetto *bonus*, pari al 32,7% della retribuzione lorda fino ad €37.883,00 e al 33,70%, per gli importi superiori) e con accresciuto vantaggio retributivo per il fatto che la contribuzione previdenziale per legge è calcolata assoggettando detta quota aggiuntiva al regime di deducibilità fiscale, con la garanzia della immodificabilità delle condizioni di accesso alla pensione (e immunità da successive innovazioni legislative dirette, in ipotesi, a peggiorare la disciplina dell'età pensionabile - art. 1, comma 3, 4, 5, L. 243/04); oppure di poter consapevolmente porsi in pensione, e dedicarsi ad altre attività anche di libera professione o imprenditoriali (cumulabili), ovvero scegliere il riposo, gli hobby, la famiglia, le relazioni di amicizia e le relazioni sociali, insomma di autodeterminarsi nei modi e nei termini che fossero ritenuti più opportuni.

Ma così non è stato, e la mancata puntuale applicazione della norma ha reso necessario il più delle volte attendere lungamente prima di vedersi rilasciato il certificato di esposizione da parte dell'INAIL e rivalutata la posizione contributiva, se non agire giudiziariamente, con azioni lunghe e dispendiose, con ostacoli

frapposti, in ogni modo per ritardare e impedire l'accesso alla maggiorazione, se non per renderla vana per effetto del raggiungimento della massima età e anzianità contributiva.

Persone che con il riconoscimento del diritto avrebbero potuto andare in pensione subito e che hanno visto così lesi i loro diritti riconosciuti e sanciti nella Carta Costituzionale.

Ecco perché in questi casi entrambi gli Enti Previdenziali - quello gestore della posizione e l'INAIL - debbono rispondere di tutti i danni cagionati agli aventi diritto in forza di responsabilità prima di tutto contrattuale, ed in via subordinata extracontrattuale, e con quantificazione equitativa ex artt. 1226 e/o 2056 c.c., sicuramente ex art. 432 c.p.c..

5.1. Obbligo di diligenza

L'Ente previdenziale deve essere diligente nei termini sanciti dalla norma di cui all'art. 1176 c.c. (conforme Cass. Sez. lav., sent. n. 3023 del 10.02.2010; Cass. Sez. lav., sent. n. 26295 del 10.01.2008; Cass. Sez. lav., sent. n. 16044 del 17.08.2004; Cass. Sez. lav., sent. n. 7859 del 24.04.2004; Cass. Sez. lav., sent. n. 7743 del 17.05.2003; Cass. sent. 22.05.2001, n. 6995; Cass. Sez. lav., sent. n. 14953 del 18.11.2000; Cass. Sez. lav., sent. n. 1800 del 03.03.1999; Cass. Sez. lav., sent. n. 9776 dell'08.11.1996; Cass. Sez. lav., sent. n. 9775 dell'08.11.1996).

La violazione dell'obbligo di diligenza determina un ingiusto danno, che per ciò stesso deve essere risarcito (Cass., Sez. lav., 10.11.2008, n. 26925 e le Sentenze di cui sopra).

5.2. Obbligo di correttezza, lealtà e buona fede

Integrano la prestazione legale e contrattuale dell'Ente la correttezza, lealtà e buona fede nelle modalità di esercizio della potestà amministrativa, e nel *modus operandi* nei confronti dell'avente diritto, come canone di qualificazione dei rapporti e delle relazioni con il creditore della prestazione previdenziale, secondo i principi sanciti dalle norme di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. (più volte richiamati nei capi di impugnazione delle Sentenze delle Corti territoriali, e che hanno determinato l'accoglimento dei ricorsi, e/o la conferma di precedenti Sentenze di condanna, con rigetto dei ricorsi degli Enti

previdenziali. Cfr. Cass. Sez. lav., sent. n. 14953 del 18.11.2010; Cass. Sez. lav., sent. n. 3023 del 10.02.2010; Cass. Sez. lav., sent. n. 26295 del 10.01.2008; Cass. Sez. lav., sent. n. 16044 del 17.08.2004; Cass. Sez. lav., sent. n. 7859 del 24.04.2004; Cass. Sez. lav., sent. n. 7743 del 17.05.2003; Cass. Sez. lav., sent. n. 5002 dell'08.04.2002; Cass. Sez. lav., sent. n. 6867 del 19.05.2001; Cass. Sez. lav., sent. n. 14953 del 18.11.2000; Cass. Sez. lav., sent. n. 1800 del 03.03.1999; Cass. Sez. lav., sent. n. 9776 dell'08.11.1996; Cass. Sez. lav., sent. n. 9775 dell'08.11.1996).

5.3. Quanto agli obblighi specifici dell'INAIL

La CONTARP regionale che prima della riforma era azionata dall'INPS, direttamente ed in via amministrativa, e dopo la promulgazione dell'art. 47 della L. 326/03 e del D.M. 27.10.04, direttamente dalle parti, aveva l'obbligo giuridico di istruire e definire il procedimento amministrativo di rilascio del parere in 60 giorni, direttamente all'INPS, ex art. 6, del D.M. 23.05.1991, e successivamente, con l'entrata in vigore dell'art. 47, L. 326/03 e D.M. 27.10.04 (per coloro ai quali non si applica la precedente normativa) rilasciare all'avente diritto in un anno il certificato di esposizione.

Mai l'INAIL per gli odierni ricorrenti ha rimesso il parere nel termine di 60 giorni e mai ha rilasciato loro in un anno il certificato di esposizione, violando le norme procedurali, e con esse determinando un ingiusto pregiudizio, da cui discende l'obbligo di risarcimento di tutti i danni.

5.4. Quanto alla responsabilità da contatto amministrativo, ancorata sempre sul presupposto di cui all'art. 1173 c.c.

I principi costituzionali che abbiamo richiamato e lo spirito che pervade l'ordinamento per l'effetto delle norme della costituzione repubblicana, pongono al centro l'uomo e i suoi diritti che vengono riconosciuti e/o attribuiti, tra i quali le prestazioni previdenziali ed assistenziali ex art. 38 Cost..

La protezione di questi diritti assurge a vero e proprio obbligo giuridico, secondo gli schemi anche privatistici per il principio di proiezione dei principi costituzionali (*Dritwirkung*) nel diritto privato.

La tesi della responsabilità da contatto amministrativo qualificato trova il suo

archetipo logico-giuridico nella teoria civilistica della responsabilità per inadempimento senza obblighi di prestazione, elaborata con riferimento a fattispecie di danno di difficile inquadramento sistematico in quanto «*ai confini tra contratto e torto*»⁴, (nel senso che, nel primo caso, la fonte del danno risarcibile è contrattuale, ex art. 1218 c.c. e ss., mentre nella seconda ipotesi è extracontrattuale, ex art. 2043 c.c.).

La responsabilità contrattuale è scolpita dalla giurisprudenza che abbiamo richiamato e qui riprodotto nei suoi principi fondamentali e sussisterebbe anche per violazione del contratto sociale, per violazione degli obblighi di protezione⁵, «*autonomi rispetto all'obbligo di prestazione, oltre che sul piano della struttura, su quello della fonte*»⁶.

Questa figura di responsabilità «*da contatto sociale*» ha trovato particolare riconoscimento in giurisprudenza con riguardo alla questione della responsabilità del medico dipendente dal servizio sanitario nei confronti del paziente: la stessa Suprema Corte di Cassazione⁷ a delineare, quale fonte di

responsabilità, il «*contatto sociale*», il cui connotato caratterizzante risiede nell' incolpevole affidamento che il malato pone nella professionalità del medico.

Tale genere di responsabilità nasce da «*un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*»⁸, e che si aggiunge all'ulteriore espresso profilo di responsabilità contrattuale, disegnato dalla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione.

Questo modello di responsabilità, d'altronde, presenta una *vis expansiva* nel senso che non può dirsi circoscritto all'ipotesi sopra menzionata, infatti nella nota sentenza delle Sezioni Unite del 2002⁹ prendendo posizione in senso negativo sulla *vexata quaestio* della applicabilità della presunzione di responsabilità a carico dei precettori, ex

c.c., che è perciò applicabile sia al medico che all'ente». Vd. anche Cass. 7336/1998, nonché Cass. 9198/1999.

⁸ La tesi della extracontrattualità, invero, prestava il fianco a numerose critiche in quanto la fattispecie astratta non sembrava coerente con quella concreta. Come evidenziato dai giudici di legittimità (Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, cit.), «*se la responsabilità del medico fosse tutta ristretta nell'ambito della responsabilità aquiliana essa sarebbe configurabile solo nel caso di lesione della salute del paziente conseguente all'attività del sanitario e quindi di violazione dell'obbligo di protezione dell'altrui sfera giuridica (inteso come interesse negativo). In altri termini la responsabilità aquiliana del medico, intesa come conseguenza della violazione del principio alterum non laedere, sarebbe configurabile solo allorché, per effetto dell'intervento del sanitario (connotato da colpa), il paziente si trovi in una posizione peggiore rispetto a quella precedente il contatto con il medico. Se, invece, il paziente non realizza il risultato positivo che, secondo le normali tecniche sanitarie, avrebbe dovuto raggiungere (ma, ciononostante, non è "peggiorato"), non sarebbe configurabile una responsabilità aquiliana del medico, per il semplice fatto che egli non ha subito un danno rispetto alla situazione quo ante, ma solo non ha raggiunto un risultato positivo (o migliorativo) che, se gli è dovuto nell'ambito di un rapporto di natura contrattuale (e, quindi, da parte dell'ente ospedaliero), non altrettanto può dirsi fuori di esso*».

⁹ Cass., SS.UU., 27 giugno 2002, n. 9346, in Resp. civ e prev., 2002, 1013, con nota di Facci, *Minore autolesionista, responsabilità del precettore e contatto sociale*; in Dir. e Giust., 2002, fasc. 33, 19, con nota di Rossetti, *Quando il danno "contatto sociale" si estende agli istituti scolastici*; in Giust. civ., 2002, I, 2414; in Studium Juris, 2002, 1514.

⁴ In materia, Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in Scritti in onore di L. Mengoni, Milano, 1995, I, 148 e ss., ora in Id., *La nuova responsabilità civile*, II ed., Milano, 1997, 177 e ss.; Di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in Corr. giur., 1999, 446.

⁵ Castronovo, *Obblighi di protezione*, voce dell'Enciclopedia giuridica Treccani, Roma 1990, XXI, par. 4.2.

⁶ Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, op. cit..

⁷ Cass., 22 gennaio 1999 n. 589, in Corr. giur., 1999, 441, con nota di Di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione* e in Resp. civ e prev., 1999, 660, con nota di Forziati, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il « contatto sociale » conquista la Cassazione*. Vd. altresì Cass., 8 maggio 2001 n. 6386, in CD ROM IURIS DATA, laddove si dice che «*il rapporto tra il paziente e la struttura sanitaria è regolato, per quanto attiene alle prestazioni di natura sanitaria, dalle norme che concernono l'attività del medico nell'ambito del contratto d'opera professionale. Ne consegue che la responsabilità diretta dell'ente ospedaliero e quella del sanitario inserito nella struttura ospedaliera sono disciplinate, in via analogica, dalle norme che regolano la responsabilità professionale medica in esecuzione di un contratto di opera professionale, e quindi anche dall'art. 2236*

art. 2048 c.c., nel caso di danno procurato dal minore a se stesso, la Corte ha qualificato il rapporto giuridico de quo *“da contatto sociale qualificato”*, come fosse di natura contrattuale.

Nella stessa Sentenza, infatti, si è ritenuto che *“nel caso di danno arrecato dall'allievo a se stesso, sussiste una responsabilità contrattuale sia dell'istituto scolastico sia dell'insegnante. Con riferimento all'istituto scolastico, l'accoglimento della domanda di iscrizione e la conseguente ammissione dell'allievo determinano l'instaurazione di un vincolo negoziale in virtù del quale, nell'ambito delle obbligazioni assunte dall'istituto deve ritenersi inclusa anche quella di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo, anche al fine di evitare che l'allievo procuri danni a se stesso. Con riferimento al precettore, si instaura per contatto sociale un rapporto giuridico nell'ambito del quale il precettore assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e di vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona”*.

La norma di cui all'art. 1173 c.c., è il presupposto civilistico, che integra quelli ulteriori sanciti espressamente dalla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, in ordine alla violazione anche qui sussistente dell'obbligo di cui all'art. 54 della legge 88/89, e quelli di cui agli artt. 97 e 98 della Costituzione e di cui alla L. 241/90.

Questa norma enuncia le possibili fonti di tale rapporto giuridico preesistente che dà luogo, in caso di esiti patologici, alla responsabilità civile, non menziona tra le fonti dell'obbligazione, in quanto il *«contatto sociale»*; altro non richiama unitamente alle obbligazioni da contratto o da fatto illecito *“ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico”*.

Si delinea così in ambito civilistico un sistema caratterizzato da un'atipicità delle fonti di obbligazioni, tra le quali può essere collocato anche *«il rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale»*; *id est* il fatto stesso che il legislatore consideri fonte di obbligazione *“ogni altro atto o fatto”* idoneo lascia ipotizzare un'ampia gamma di fonti giuridiche, limitate solo dal concetto di idoneità alla produzione in conformità all'ordinamento giuridico, che si va ad

aggiungere al meccanismo sancito dalla norma di cui all'art. 1173 c.c. in relazione agli obblighi giuridici da quello di cui all'art. 54, L. 88/89 a quelli di cui agli artt. 97 e 98 della Costituzione in uno con quelli di cui alla L. 241/90 e successive integrazioni e modificazioni e dell'art. 38 della Costituzione in ragione dell'art. 13, comma 8, L. 257/92, che disegnano veri e propri diritti soggettivi di colui che ha diritto alla prestazione previdenziale, oltre alla responsabilità propriamente e specificamente e solamente contrattuale, come ancorata alla giurisprudenza di legittimità i cui principi sono stati sopra riportati.

Si conferma così, implicitamente, anche la tesi giuridica della responsabilità da contatto, che si aggiunge a questi altri profili.

Secondo autorevole dottrina talvolta si assiste a una prestazione eseguita da un soggetto in favore di un altro senza che vi sia stata una preventiva proposta. In tal senso si tratta di una situazione analoga ma nello stesso tempo diversa da quella prevista dall'art. 1327 c.c.. Analoga perché è pur sempre presente un comportamento esecutivo che surroga una dichiarazione, ma diversa perché la misura della esecuzione non è fissata da una preventiva proposta, cosicché è davvero difficile ravvisare egualmente, pur a prescindere da qualsiasi dichiarazione, un contratto. Si parla da taluni, al riguardo, di contratti di fatto o contratto irregolare, ma in realtà la stessa natura contrattuale di queste vicende è oggetto di discussione. Non a caso, del resto, più attendibilmente si preferisce utilizzare l'espressione rapporti contrattuali di fatto, a sottolineare che la vicenda si realizza ed è irrilevante a prescindere dall'esistenza di un atto formale (sul punto Gazzoni), anche se nel caso di specie c'è un preciso dovere e obbligo di legge di accreditare i benefici contributivi, come confermato dalla Corte di Cassazione (cfr. Corte di Cassazione, Sezione lavoro, sentenza 21862 del 2004), e della Corte Costituzionale con la sentenza 376 del 2008.

In questo senso, infatti, la stessa tesi del contatto sociale qualificato ben potrebbe trovare la sua fonte giuridica nel concetto di *“ogni altro atto o fatto idoneo a produrre obbligazioni”*, tanto più che nessuna norma giuridica, *expressis verbis*, sembra negare la conformità di tale tesi all'ordinamento giuridico, ex art. 1173 c.c., e così da ritornare

al nostro ragionamento iniziale, sul fondamento della responsabilità dell'ente pubblico previdenziale.

In tale modo, pertanto, *“si ammette che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrino in contatto senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali e pur tuttavia ad esso si ricolleghino obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso”*. Una tale ipotesi riproduce lo schema proprio della responsabilità contrattuale in quanto *«il soggetto non ha fatto (culpa in faciendo) ciò a cui era tenuto in forza di un precedente vinculum iuris»*.

E nel caso di specie siamo davanti ad un contratto di fatto tra il ricorrente e la P.A. convenuta, che doveva assicurare la regolarità della procedura e la sua definizione in tempi ragionevoli.

L'interesse protetto costituzionalmente (art. 38 Cost.) e quello delle prestazioni assistenziali, finalizzate ad un'esistenza libera e dignitosa del ricorrente (art. 36 Cost. presupposto per poter fruire di tutti gli diritti costituzionali).

Pertanto, le domande di parte attrice traggono la loro *causa paetendi* dalla norma di quell'art. 2043 c.c.: pertanto, anche l'interpretazione sistematica della norma di cui all'art. 1173 c.c., in disposto con le altre norme richiamate depone per una responsabilità contrattuale o, quasi contrattuale, degli Enti convenuti.

5.5. Sulla illegittimità della condotta degli Enti pubblici previdenziali nel caso di non tempestiva definizione del procedimento amministrativo, e risarcibilità dei danni

La norma di cui all'art. 30 del D.lgs. 104/2010 sancisce il diritto delle parti danneggiate dalla condotta inadempiente della pubblica amministrazione *“al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi ... (n. 2) la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di 120 giorni ...”* (art. 30, n. 3, D.lgs. 104/2010).

L'art. 30, n. 4, del D.lgs. 104/2010 sancisce altresì l'obbligo del risarcimento del danno per *“l'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento”*, già in precedenza contemplato dall'art. 7 della L. 69 del 2009, la quale aveva aggiunto al testo normativo della L. 241/90 l'art.2 bis dal seguente tenore letterale: *«Art. 2-bis. - (Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento). - 1. Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento”*.

Appare di tautologica evidenza come in caso di ritardo i danni debbano essere risarciti, poiché l'INAIL non ha definito i procedimenti amministrativi per il rilascio della certificazione ex art. 13, comma 8, L. 257/92, o nei rari casi in cui si è pronunciata, il procedimento è stato definito dopo moltissimi anni dal deposito della domanda.

Si può agire in giudizio per far valere l'illegittimità dell'atto di diniego, ed ottenere Sentenza di condanna dell'Ente previdenziale gestore della posizione dell'avente diritto, e al tempo stesso per domandare il risarcimento dei danni, che sono dovuti per il ritardo dell'INAIL nell'istruttoria, e dell'INPS, nel caso non abbia applicato direttamente e/o per i casi in cui si applica la precedente disciplina, anche nel caso in cui non fossero titolari del diritto, ex art. 13, comma 8, L. 257/92, perché è di tautologica evidenza che il lavoratore ha diritto di veder definito il suo procedimento anche per le scelte di vita oltre che per azionare la tutela giurisdizionale del diritto e rimuovere ogni stato di incertezza di per sé foriera di pregiudizio.

Giova qui richiamare quanto già precisato dal T.A.R. per la Lombardia, Sezione II, con la sentenza n. 4005 del 2009, che testualmente sancisce che: *“... ciò posto, osserva il Collegio in premessa come, in tema di danno da ritardo, si registra in giurisprudenza una diversità di opinioni su un punto centrale: se il danno sia risarcibile o meno indipendentemente dalla spettanza del bene della vita, cioè indipendentemente dal fatto che il privato abbia titolo al rilascio del provvedimento richiesto ovvero se, a fondare un titolo risarcitorio, sia sufficiente la mera violazione di obblighi di correttezza e buona*

fede nello svolgimento del procedimento, nella specie, il mancato rispetto dei tempi del procedimento.

Parte della giurisprudenza, nel quadro del modello della responsabilità dell'amministrazione da contatto qualificato (Cass. 157/2003; Cons. Stato VI, 204/ 2003 e 1945/2003), ha posto in rilievo come, nel nuovo disegno di azione amministrativa introdotto dalla legge n. 241, possano assumere rilevanza autonoma, rispetto all'interesse legittimo al bene della vita, posizioni soggettive di natura strumentale che mirano a disciplinare il procedimento amministrativo secondo criteri di correttezza, idonei a ingenerare, con l'affidamento del privato, «un'aspettativa qualificata» al rispetto di queste regole (che non sono riguardate - come vorrebbe una dottrina - alla stregua di «norme neutre», inidonee a radicare posizioni soggettive), con la conseguenza che «la selezione degli interessi giuridicamente rilevanti non può essere effettuata con riguardo al solo bene finale idealmente conseguibile» (Cass. n. 157/2003, citata); sicché il privato ha titolo a una risposta certa e tempestiva a prescindere dal contenuto favorevole della stessa.

In tale prospettiva, si è osservato come sarebbe enucleabile dal novero degli interessi pretensivi, e piuttosto accanto a essi, un ambito di interessi procedimentali, la cui violazione integrerebbe un titolo di responsabilità idoneo a fondare un danno risarcibile diverso e autonomo rispetto alla lesione del bene della vita; e come a tale categoria di interessi procedimentali sarebbe ascrivibile il danno da (mero) ritardo, sicché il privato avrebbe titolo ad agire per il risarcimento del danno subito in conseguenza della mancata emanazione del provvedimento richiesto nei tempi previsti e indipendentemente dalla successiva emanazione e dal contenuto di tale provvedimento (cfr. Cons. St., IV, n. 248/2008).

Tale orientamento sembra ricevere autorevole conferma alla luce di recenti iniziative legislative: in specie il DDL 1082-B recante "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile" (che alla data della c.c. del 20.5.2009 non era stato ancora approvato dal Senato della Repubblica), il cui art. 7 dispone la

modifica della l. 241/1990 mediante l'introduzione di un nuovo art. 2 bis - rubricato "Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento" - ove si prevede che "Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. 2. Le controversie relative all'applicazione del presente articolo sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in cinque anni".

Secondo un diverso indirizzo invece, sinora prevalente nella giurisprudenza amministrativa, il danno da ritardo è risarcibile solamente se il privato abbia titolo al rilascio del provvedimento finale, se cioè gli spetti il «bene della vita» (Ad. Pl. 7/2005)" (Sentenza TAR Lombardia n. 4005 del 2009).

Il perdurare oltre il termine costituisce «vizio dell'atto stesso, quando produca una lesione specifica della posizione dell'interessato strettamente dipendente dal momento di adozione dell'atto; ... L'emanazione tempestiva dell'atto avrebbe potuto determinare una situazione sostanziale più favorevole», Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 957/2004, fonte dunque di obbligazione risarcitoria.

L'ultimo e prevalente indirizzo non può essere più tale sicuramente a decorrere dall'approvazione ad opera della L. 18.06.09, n. 69, recante il nuovo articolo 2 bis, circa la fattispecie espressa di responsabilità risarcitoria per danno da ritardo, che sussiste e sussisteva comunque secondo altra giurisprudenza, anche vigente la precedente disciplina, anche in forza delle disposizioni di cui agli artt. 97 e 98 della Costituzione.

Infatti, è lo stesso T.A.R. Puglia con sentenza 2100 del 2009 a stabilire come non aver portato a termine e concluso il procedimento è in contrasto con l'obbligo di cui all'art. 2, L. 241/90, e perciò stesso foriero di danno, che deve essere risarcito, anche a prescindere dalla disposizione normativa di cui all'art. 2 bis, L. 241/90.

"Infatti, a fronte della suesposta istanza del 21.12.2005 e successive integrazioni, risulta che il Comune non ha tutt'ora

provveduto alla definitiva conclusione del procedimento, in aperto contrasto con l'obbligo imposto dall'art 2 l.241/90.

Del tutto infondata appare la difesa civica, dal momento che i diversi atti soprassessori adottati, lungi dal definire il procedimento secondo l'obbligo imposto dall'art 2 l.241/90, hanno solamente indebitamente procrastinato la conclusione dell'istruttoria in danno dei ricorrenti. Anche volendo seguire la tesi comunale della natura lesiva dei predetti atti endoprocedimentali soprassessori, va ribadito che l'impugnazione degli atti che determinano arresto procedimentale costituisce una mera facoltà per gli interessati, senza naturalmente comportare alcuna decadenza né per l'esercizio dell'azione di accertamento del silenzio rifiuto ex art 21-bis l.241/90 né per quella demolitoria dei provvedimenti finali.

Diversamente opinando, vi sarebbe una irragionevole elusione dell'obbligo imposto dal citato art 2 l.241/90 e s.m. di concludere il procedimento mediante adozione di un provvedimento espresso, in contraddizione con la valorizzazione del suesposto obbligo ad opera della recente legge 18 giugno 2009 n.69, recante al nuovo art 2-bis una fattispecie espressa di responsabilità risarcitoria per danno da ritardo.

Emerge pertanto l'assoluta e ingiustificata inerzia dell'amministrazione intimata, che a fronte di ripetute istanze, non ha ancora adempiuto al dovere di darvi risposta, fatto idoneo ad integrare oltre la responsabilità amministrativo-contabile per danno erariale in relazione al pagamento delle spese del presente giudizio, la responsabilità penale per il reato di cui all'art. 328 c.p. (ex multis Cassazione penale 2 aprile 2009 sent n.14466). Inoltre, quantomeno a partire dall'entrata in vigore della l.18 giugno 2009 n.69, soccorre la eventuale responsabilità risarcitoria per il danno da ritardo in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, per la quale vi è giurisdizione del G.A. (art 2-bis l.241/90 nel testo introdotto dalla l.18 giugno 2009 n.69)" (Sentenza TAR Puglia n. 2100/2009).

Il Consiglio di Stato, V^a Sezione, con la sentenza n. 1271/2011, conferma la risarcibilità del danno da ritardo, pur nei casi di non sussistenza del diritto che si voleva far valere con la domanda, perché comunque

“anche il tempo è un bene della vita”: così: “La norma presuppone che anche il tempo è un bene della vita per il cittadino e la giurisprudenza ha riconosciuto che il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento, è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica (Cons. Giust. Amm. reg. Sic., 4 novembre 2010 n. 1368, che, traendo argomenti dal citato art. 2-bis, ha aggiunto che il danno sussisterebbe anche se il procedimento autorizzatorio non si fosse ancora concluso e finanche se l'esito fosse stato in ipotesi negativo)”. (Consiglio di Stato, sentenza n. 1271/2011).

5.6. Ulteriori fonti di responsabilità di INPS e INAIL. Sussistenza della responsabilità anche nel caso di successivo e tardivo rilascio di certificato di esposizione qualificata

Alla fonte legale delle obbligazioni ex art. 1173 c.c., che sfocia nella responsabilità contrattuale in caso di inadempimento (ex artt. 1218, 1223 e 1453 c.c.), riposa anche sulla norma di cui all'art. 97 della Costituzione (alla base della Sentenza della Corte di Cassazione, Sez. lav., del 24 gennaio 2003, n. 1104, che accoglie il ricorso) e che impone buon andamento ed imparzialità, ed efficace ed efficiente organizzazione degli uffici pubblici, nell'interesse della collettività (art. 98 Cost.) oltre che del singolo portatore dell'interesse giuridicamente protetto, senza escludere la concorrente ulteriore responsabilità contrattuale (art. 2043 c.c.).

La Corte di Cassazione, con la sentenza del 03 marzo 2011, n. 5120, stabilisce come debba “innanzitutto, rilevarsi (come del resto pacifico nella giurisprudenza di questa Corte - tra le altre, Cass. nn. 1191/2003; 7531/2009; SS.UU. 26108/2007) che l'attività della pubblica amministrazione, anche nel campo della pura discrezionalità, deve svolgersi nei limiti posti dalla legge e dal principio primario del *neminem laedere*, codificato nell'articolo 2043 c.c., per cui è consentito al giudice ordinario accertare se vi sia stato da parte della stessa pubblica amministrazione, un comportamento doloso o colposo che, in violazione di tale norma e tale principio, abbia determinato la

violazione di un diritto soggettivo. Infatti, stana i principi di legalità, imparzialità e buona amministrazione, di cui all'articolo 97 Cost., la pubblica amministrazione è tenuta a subire le conseguenze stabilite dall'articolo 2043 c.c., atteso che tali principi si pongono come limiti esterni alla sua attività discrezionale".

Si tratta di un caso analogo a quello che qui ci occupa.

6. Sulla natura giuridica della responsabilità degli Enti Pubblici Previdenziali

Nella specie sussiste un duplice profilo di responsabilità, contrattuale e aquiliana, che può essere fatto valere dagli aventi diritto, che per l'effetto del rigetto, ovvero del semplice eccessivo decorso del tempo prima del rilascio del certificato di esposizione e/o di accredito della maggiorazione contributiva, nei confronti degli Enti Pubblici a ciò e rispettivamente obbligati, con conseguente risarcimento di tutti i danni, anche non patrimoniali.

6.1. La responsabilità contrattuale e/o ex art. 1173 c.c. e applicazione della disciplina contrattuale

L'Istituto Previdenziale deve adempiere con correttezza e diligenza, rispettando le norme poste a presidio dei reciproci diritti e obblighi:

Essa, infatti, fondandosi sulla violazione di obblighi di comportamento (ivi compresi quelli derivanti dalle ordinarie regole di correttezza e diligenza ex artt. 1175 e 1776 cod. civ.) cui l'Istituto è tenuto nell'ambito del rapporto giuridico con l'assicurato, dà vita ad una tipica azione di responsabilità contrattuale dell'Istituto stesso (come tale rientrando nell'ampia formulazione del citato art. 442) e non ad una ordinaria azione di risarcimento del danno extracontrattuale" (così infatti: Cass. Sez. lav. n. 1800 del 3 marzo 1999).

Conformemente, *ex pluribus* tra le quali Cass. 12 dicembre 1986 n. 7445, Cass. 16 luglio 1987 n. 6283, Cass. 2 febbraio 1989 n. 638, Cass. 9 marzo 1992 n. 2820, Cass. 11 agosto 1993 n. 8619, Cass. 19 agosto 1993 n. 8782 e tuttavia conclude per la competenza funzionale del Giudice del lavoro: "Con

sentenza n. 8613 dell'11 agosto 1993, si è affermato invece, per la prima volta, che nelle controversie sopra indicate sussiste la competenza per materia del giudice del lavoro ai sensi dell'art. 442 c.p.c.. A sostegno del nuovo orientamento si è posto anzitutto in rilievo che l'assicurato fonda la sua pretesa risarcitoria sulla violazione, ascrivibile al piano della responsabilità contrattuale, su uno specifico obbligo dell'Istituto previdenziale, la cui posizione è ben diversa da quella del terzo che abbia leso un'altrui posizione giuridica. Si è ancora osservato che le controversie in discorso rientrano fra quelle riguardanti le assicurazioni sociali che l'art. 442 C.P.C., cui rimanda il successivo art. 444, attribuisce alla competenza per materia del giudice del lavoro e tale ampia formula è stata dal legislatore adottata allo scopo di assegnare tutte le cause, aventi una medesima natura, alla cognizione di un giudice specializzato, appositamente istituito. Invero nella controversia instaurata sulla base di un asserito errore di informazione da parte dell'Istituto previdenziale si discute della interpretazione e dell'applicazione di disposizioni di legge riguardanti le assicurazioni sociali, non potendosi altrimenti valutare la difformità fra tale comportamento e quello imposto dalla norma ed ancora quantificare il danno subito.

In effetti l'attribuzione della controversia in questione alla cognizione del giudice del lavoro ben si armonizza con la linea adottata nella disciplina delle controversie individuali di lavoro e di previdenza ed assistenza obbligatorie, di devolvere la cognizione di una materia in continua evoluzione, sia per lo sviluppo del quadro normativo, sia per le nuove esigenze espresse dal contesto sociale, ad apposito organo giurisdizionale che meglio può affinare gli strumenti conoscitivi ed operativi, grazie alla specificità dei compiti svolti" (Corte di Cassazione, Sezione lavoro, sentenza n. 1800 del 03 marzo 1999).

La Corte di Cassazione, nella stessa sentenza, richiama l'uniformità di giudizio, successivo a quella prima sentenza dell'11 agosto 1993, n. 8613, e precisa: "L'indirizzo sopra menzionato è stato riaffermato nelle coeve sentenze n. 9775 e n. 9776 di questa Sezione lavoro, entrambe in data 8 novembre 1996, ove è stato svolto un nuovo e decisivo argomento nel senso che in tali controversie

si discute non della responsabilità aquiliana dell'Istituto previdenziale, ma della responsabilità contrattuale del medesimo. Si è posto in rilievo che «il rapporto giuridico previdenziale fra l'ente pubblico e l'assicurato sorge, unitamente a quello contributivo, nel momento stesso in cui vengono in essere quei presupposti di fatto - consistenti in determinati atti giuridici leciti compiuti da particolari soggetti - presi in considerazione dalla legge, come, ad esempio, l'inizio di una attività lavorativa, subordinata o autonoma, o l'iscrizione in particolari albi, o la costituzione di un rapporto di parentela o di coniugio con un soggetto già assicurato. In tale situazione, che realizza una delle fattispecie previste dall'art. 1173 c.c. e che si colloca, in base alla definizione datane da una parte della dottrina, nell'ampia categoria delle obbligazioni che trovano la loro fonte «in una attribuzione normativa pubblica o in un atto amministrativo», la responsabilità, che deriva a carico di una delle parti dalla violazione di uno specifico dovere o di un determinato obbligo oggetto del rapporto, non è aquiliana o extracontrattuale, ma contrattuale. La responsabilità è contrattuale, infatti, come giustamente viene precisato dalla dottrina civilistica, quale espressione di un'ampia eccezione non limitata alle fonti negoziali «è generalmente impiegata per indicare non solo la responsabilità da contratto, ma anche ogni altra responsabilità - da altri atti o fatti, ai sensi del suddetto art. 1173 - diversa dalla responsabilità da fatto illecito». Di guisa che, quando l'assicurato lamenta, secondo la locuzione usata nelle massime giurisprudenziali che si sono succedute nel tempo, «l'errata comunicazione da parte dell'ente previdenziale del numero dei contributi versati, in modo tale da indurre l'assicurato stesso all'erroneo convincimento di aver maturato la pensione di anzianità» e, sulla base di tale doglianza - con la quale, in sostanza, viene addebitata alla controparte la violazione delle ordinarie regole di correttezza e di diligenza (artt. 1175 e 1176 c.c., i quali, nei rapporti fra i privati e la pubblica amministrazione, trovano il loro completamento negli artt. 22 e seguenti della l. 7 agosto 1990 n. 241) - chiede che l'ente sia condannato a risarcirgli il danno derivatogli dall'anticipata cessazione dell'attività lavorativa, la domanda attiene non già «ad

una ordinaria azione di responsabilità per danni», come si sostiene nelle sentenze che hanno contribuito a formare il tradizionale filone giurisprudenziale, bensì, come è stato affermato nella per ora isolata pronuncia n. 8613 del 1993, a una tipica azione di responsabilità contrattuale».

La Suprema Corte di Cassazione, nella sua motivazione, richiama le sentenze n. 9775 e n. 9776 della stessa Sezione lavoro, entrambe depositate in data 09.11.1996, nelle quali è stato aggiunto il nuovo e decisivo argomento della responsabilità contrattuale, e/o 1173 c.c., anche in relazione alle norme di cui agli artt. 1175 e 1176 c.c., che trovano il loro completamento negli artt. 22 e seguenti della L. 07.08.1990, n. 241.

Anche in questo caso, nel qualificare il complesso rapporto giuridico, e nel definire i profili di responsabilità, il Supremo Collegio richiama l'obbligo contrattuale, ed i profili legali quali fonte dell'obbligazione ex art. 1173 c.c.: «Secondo la dottrina specialistica tradizionale (e a parte qualche contraria opinione), il complesso rapporto giuridico previdenziale fra l'ente pubblica e l'assicurato sorge, unicamente a quello contributivo, nel momento stesso in cui vengono in essere quei presupposti di fatto - consistente in determinati atti giuridici leciti compiuti da particolari soggetti - presi in considerazione dalla legge, come, ad esempio, l'inizio di una attività lavorativa, subordinata o autonoma, o l'iscrizione in particolari albi, o la costituzione di un rapporto di parentela o di coniugio con un soggetto già assicurato. In tale situazione, che realizza una delle fattispecie previste dall'art. 1173 c.c. e che si colloca, in base alla definizione datane da una parte della dottrina, nell'ampia categoria delle obbligazioni che trovano la loro fonte in una attribuzione normativa pubblica o in un atto amministrativo», la responsabilità, che deriva a carico di una delle parti dalla violazione di uno specifico dovere o di un determinato obbligo oggetto del rapporto, non è aquiliana o extracontrattuale, ma contrattuale. La responsabilità contrattuale, infatti, come giustamente viene precisato dalla dottrina civilistica, quale espressione di un'ampia eccezione non limitata alle fonti negoziali «è generalmente impiegata per indicare non solo la responsabilità da contratto, ma anche ogni altra responsabilità - da altri atti o fatti, ai sensi del suddetto

art. 1173 - diversa dalla responsabilità da fatto illecito". Di guisa che, quando l'assicurato lamenta, secondo la locuzione usata nelle massime giurisprudenziali che si sono succedute nel tempo, "l'errata comunicazione da parte dell'ente previdenziale del numero dei contributi versati, in modo tale da indurre l'assicurato stesso al l'erroneo convincimento di aver maturato la pensione di anzianità" e, sulla base di tale doglianza - con la quale, in sostanza, viene addebitata alla controparte la violazione delle ordinarie regole di correttezza e di diligenza (artt. 1175 e 1176 c.c., i quali, nei rapporti fra i privati e la pubblica amministrazione, trovano il loro completamente negli artt. 22 e seguenti della L. 7 agosto 1990, n. 241) - chiede che l'ente sia condannato a risarcirgli il danno derivatogli dall'anticipata cessazione dell'attività lavorativa, la domanda attiene non già "ad una ordinaria azione di responsabilità per danni", come si sostiene nelle sentenze che hanno contribuito a formare il tradizionale filone giurisprudenziale, bensì, come è stato affermato nella per ora isolata pronuncia n. 8613 del 1993, a una tipica azione di responsabilità contrattuale" (Cassazione, Sez. lav., 8 novembre 1996, n. 9775). La successiva sentenza n. 9776 della Corte di Cassazione, Sezione lavoro, in pari data, riproduceva le stesse argomentazioni giuridiche, sulle quali si pronunciava ancora con la Sentenza, sempre della Sezione Lavoro, del 24.04.2004, n. 7859¹⁰, così con la successiva sentenza del 17.08.2004, n. 16004. Pres. Mileo, est. Capitanio: "Nell'ipotesi in

¹⁰ "Con sentenza n. 58/2000 in data 22 marzo 2000 il Tribunale di Prato, divenuto Giudice Unico di primo grado in materia di lavoro, respingeva la domanda. Interponeva appello il Ro. Ci. e in esito il gravame veniva rigettato con sentenza n. 337/2001, emessa in data 19 aprile - 11 maggio 2001 dalla Corte d'Appello di Firenze. [...] Con l'unico complesso motivo si denuncia, con riferimento al n. 3 dell'art. 360 c.p.c., la violazione o falsa applicazione degli articoli 1175, 1176, 1218, 1227, 2043 c. c., 51 e 78 R.d. 28 agosto 1924 n. 1442, 38 legge 30 aprile 1969 n. 153 1 d.l. 16 luglio 1978 n. 352, 54 legge 9 marzo 1989 n. 88 5 d.P.R. 27 aprile 1968 n. 488 e D.M. 5 febbraio 1969. Si denuncia altresì, con riferimento al n. 5 dell'art. 360 c.p.c., il vizio di motivazione. [...] Le censure appaiono fondate".

cui l'INPS abbia fornito all'assicurato un'indicazione erronea del numero dei contributi versati, il danno subito dal lavoratore è riconducibile a responsabilità contrattuale dell'istituto, in quanto derivante dalla inosservanza del generale obbligo dell'ente previdenziale, ex art. 54 legge n. 88 del 1989, di informare l'interessato sulla sua posizione assicurativa e pensionistica, ove questi ne faccia richiesta. Ne consegue l'esonero del danneggiato dall'onere di provare la colpa dell'autore del fatto dannoso - salva la dimostrazione, da parte dell'istituto, della non imputabilità dello stesso al proprio comportamento".

La Corte di Cassazione, Sezione lavoro, conferma il suo orientamento con la sentenza del 28 marzo 2008, n. 8118, Pres. Sciarelli, est. Lamorgese e stabilisce che nell'ipotesi in cui l'INPS abbia fornito all'assicurato una erronea indicazione (in eccesso) del numero dei contributi versati, solo apparentemente sufficienti a fruire di pensione di anzianità, il danno sofferto dall'interessato per la successiva interruzione del rapporto di lavoro per dimissioni e del versamento dei contributi, è riconducibile non già a responsabilità extracontrattuale, ma contrattuale, in quanto fondata sull'inadempimento, da parte dell'Istituto, del generale obbligo, a carico dell'ente previdenziale, ex art. 54 della legge n. 88 del 1989, di informare l'interessato sulla sua posizione assicurativa e pensionistica, qualora lo stesso ne faccia richiesta.

Con questa sentenza la Corte di Cassazione accoglie il ricorso e cassa la Sentenza della Corte di Appello di Firenze, sui presupposti dell'unico motivo con il quale "la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione del Regio Decreto 1924 n. 1422, articolo 78, e della Legge 9 marzo 1989 n. 88, degli articoli 1218, 1223, 1227, 2043, 2056 c.c., nonché vizio di motivazione. Deduce che il tenore letterale dell'estratto conto e' nel senso di una vera e propria certificazione della posizione contributiva, che l'Istituto e' tenuto a fornire all'assicurato in adempimento dell'obbligo di informativa; peraltro, precedentemente, con altro estratto conto del 1991, l'ente le aveva indicato la stessa contribuzione nella gestione artigiani, e la sentenza impugnata ha completamente ignorato questa circostanza, sostenendo che

la Fa. avrebbe dovuto richiedere il rilascio di una attestazione formale di certificazione della sua posizione contributiva”.

Ed infatti secondo la Corte: *“Il ricorso è fondato. Secondo la più recente e prevalente giurisprudenza di questa Corte (v. sentenze 17 dicembre 2003 n. 19340, 22 maggio 2001 n. 6995, 19 maggio 2001 n. 6867, 18 novembre 2000 n. 14953, 8 novembre 1996 n. 9776) il danno subito dal lavoratore che sia stato indotto alla anticipata cessazione del rapporto di lavoro, a seguito di errata comunicazione dell'Inps sulla propria posizione contributiva, e che si sia visto poi rigettare la domanda di pensione di anzianità per insufficienza dei contributi versati, in quanto fondato sul rapporto giuridico previdenziale, è riconducibile ad illecito contrattuale. Si è in particolare evidenziato l'obbligo che fa carico all'Istituto, ai sensi della Legge 9 marzo 1989, n. 88, articolo 54, di comunicare all'assicurato che ne faccia richiesta, i dati relativi alla propria situazione previdenziale e pensionistica”.*

Concludiamo dunque ritenendo che non ci siano dubbi sulla natura contrattuale del rapporto tra l'utente e l'ente previdenziale, e sull'obbligo di esatto adempimento delle obbligazioni e sull'onere della prova, a suo carico. In definitiva, *“Secondo la ormai costante giurisprudenza di questa Corte (cfr., per tutte, Cass. 8 aprile 2002 n. 5002), trattasi di obbligazione di origine legale, ma attinente ad un rapporto intercorrente tra due parti, per cui la responsabilità per inosservanza della stessa è di natura contrattuale”* (Cass. Sez. lav., sent. 10.11.2008, n. 26925).

Si porta definitivamente a termine quel percorso di elaborazione giurisprudenziale che definisce contrattuale, per violazione del contratto sociale, ovvero degli obblighi di cui all'art. 1173 c.c., in combinato disposto con tutte le altre norme generali e specifiche, quella responsabilità sulla quale riposa la fondatezza della domanda risarcitoria di tutti i danni, patrimoniali e non patrimoniali, patiti e patienti, come sofferti dagli aventi diritto ai benefici contributivi per esposizione ad amianto. La responsabilità non è dunque soltanto aquiliana, bensì è prima di tutto contrattuale, ed è su questa base che i lavoratori titolari di un diritto alla rivalutazione contributiva per esposizione ad amianto, con il coefficiente 1,5, utile per

maturare anticipatamente il diritto a pensione, e/o 1,25 valido per la maggiorazione, possono domandare il risarcimento dei danni, in seguito al diniego o al ritardo con il quale possono beneficiare delle prestazioni contributive.

6.2. Quanto alla responsabilità aquiliana

C'è responsabilità alternativa e residuale degli Enti pubblici, ex art. 2043 c.c., in relazione alle norme generali e specifiche, e conseguente obbligo di risarcimento di tutti i danni, anche non patrimoniali, per lesione dei diritti costituzionali, perché non si può dubitare che siamo di fronte a dei danni ingiusti, direttamente cagionati da una condotta illegittima della Pubblica Amministrazione, che agisce con poteri vincolati e senza discrezionalità, e che pur tuttavia nega dei diritti quesiti. Non c'è dubbio che negare o semplicemente ritardare il rilascio del certificato di esposizione e l'accredito delle maggiorazioni contributive ex art. 13, comma 8, L. 257/92 è di per sé un fatto illecito, che lede la persona, perché gli impedisce di andare in pensione pur avendone il diritto, o semplicemente perché gli impedisce delle libere scelte di vita e perché quando verrà riconosciuto, spesso dopo la decisione giudiziaria, magari per più gradi del giudizio *“il beneficio potrebbe servire a poco o addirittura a niente, perché con il lavoro svolto gli saranno medio tempore versati altri contributi che andranno a prendere il posto di quelli che sarebbero stati maturati in virtù della pregressa esposizione”.*

E' dunque *“un fatto ingiusto che non solo lede il diritto della persona (di quella stessa persona già offesa per l'iniqua esposizione a sostanza nociva) a non lavorare e ad andare in pensione quando lo ritiene lui ... ma è anche un comportamento che nel contempo vanifica una legge dello Stato (attributiva di una rivalutazione contributiva) sulla base e per effetto di un ritardo imputabile ad un Ente dello stesso Stato; ...”* (Roberto Rivero, *“Per la tutela effettiva di alcuni danni (patrimoniali e non) subiti dai lavoratori esposti all'amianto”*).

E allora il danno è ingiusto, e rileva anche ex art. 2043 c.c., ed obbliga al risarcimento, anche per i profili di responsabilità per il fatto illecito, secondo il paradigma di una lettura costituzionalmente orientata della norma di cui all'art. 2059 c.c..

PARTE SECONDA**La dinamica del diritto e la sua tutela processuale****1. Sulla giurisdizione del Giudice ordinario e sulla competenza funzionale del Giudice del lavoro****1.1. La natura giuridica di diritto soggettivo della rivalutazione contributiva ex art. 13, comma 8, legge 257/92, e la giurisdizione del Giudice ordinario**

L'azione di risarcimento dei danni per il ritardo e/o il rigetto della domanda di certificazione di esposizione e di accredito delle maggiorazioni contributive, per esposizione ad amianto, è finalizzata alla tutela di un diritto soggettivo a fondamento ex art. 38, come proiezione del diritto alla salute ex art. 32, e sul presupposto della tutela della persona umana ex art. 2 e della sua esistenza libera e dignitosa ex art. 36, tutti contemplati nella nostra Carta Costituzionale.

Gli aventi diritto deducono l'inadempimento degli obblighi e la violazione delle norme che presiedono al rapporto giuridico previdenziale, che è fonte di responsabilità ex art. 1173 c.c. e/o contrattuale, a titolo di risarcimento del danno, patrimoniale e non patrimoniale, che si aggiunge all'obbligo di prestazione - adeguamento della posizione contributiva e erogazione del dovuto - con quantificazione equitativa, così per l'INAIL la quale ha in alcuni casi escluso, e per altri rilasciato tardivamente il certificato di esposizione ex art. 13, comma 8, L. 257/92, contribuendo a determinare perciò stesso la impossibilità di accedere tempestivamente alla prestazione contributiva e con essa a quella pensionistica.

La responsabilità aquiliana è concorrente e subordinata e la giurisdizione è quella del Giudice ordinario, perché qui la potestà amministrativa è circoscritta e vincolata, e all'esistenza dei presupposti di legge, il diritto deve essere riconosciuto e reso fruibile, e il ritardo o la negazione determina un comportamento inadempiente se non illecito, e in quanto tale dà diritto al risarcimento dei danni, da quantificare anche equitativamente secondo il processo di personalizzazione e della lettura

costituzionalmente orientata della norma di cui all'art. 2059 c.c., oltre il perimetro della responsabilità penale tracciato dall'art. 185 del Codice Penale e con il chiaro ancoraggio sulle norme di cui agli artt. 2, 3, 4, 29, 30, 31, 35, 36, 37, 38 e 41, comma 2, della Costituzione, e secondo i parametri di cui agli artt. 1226 e/o 2056 c.c., comunque ex art. 432 c.p.c..

Il diritto soggettivo, e quello al risarcimento dei danni, si fonda dunque sull'art. 38 della Costituzione, ed è proiezione di altri diritti sempre tutelati nella nostra Carta Costituzionale, e perciò stesso c'è giurisdizione del Giudice ordinario e non già del Giudice amministrativo.

Già nel regime previgente alle ultime modifiche introdotte con il D.lgs. 104 del 2010, la giurisprudenza aveva dettato il criterio di attribuzione della giurisdizione in favore del Giudice ordinario, laddove era in gioco una lesione del diritto soggettivo, nell'ambito dei rapporti e delle norme di relazione, rispetto all'esercizio del potere in lesione di una situazione di interesse legittimo pretensivo.

Con le recenti decisioni della Corte di Cassazione (SS.UU. 13.06.06 n. 13659 e 13660) si rileva come già nel sistema previsto dalla L. 21.07.00, n. 205 ha sancito i termini e i confini della giurisdizione ordinaria, rispetto a quella del Giudice amministrativo, e le azioni risarcitorie sono affidate a quest'ultimo solo nei "*casi in cui la lesione di una situazione soggettiva dell'interessato è postulata come conseguenza d'un comportamento inerte, si tratti di ritardo nell'emissione di un provvedimento risultato favorevole o di silenzio. Ciò che viene qui in rilievo è bensì un comportamento, ma il comportamento si risolve nella violazione di una norma che regola il procedimento ordinato all'esercizio del potere e perciò nella lesione di una situazione di interesse legittimo pretensivo ... non di un diritto soggettivo*" (Cass. SS.UU. 13 giugno 2006 n. 13659, che, richiama, Consiglio Stato ad plen. 15.9.2005 n. 7).

Nel caso di specie, i poteri degli Enti pubblici sono vincolati, e sussistendone i presupposti legali prestabiliti, debbono erogare la prestazione previdenziale all'avente diritto, e in caso di violazione di legge, ne possono essere chiamati a rispondere innanzi al Giudice ordinario e non

già quello amministrativo: *“Qualora si controverta sull’inadempimento della P.A., relativamente ad un obbligo scaturente direttamente da leggi o da regolamenti, la causa deve essere devoluta alla cognizione del Giudice cui spetta la giurisdizione sul rapporto, senza che rilevi, ai fini della giurisdizione, la circostanza che, sul presupposto dell’inadempimento, sia stata proposta la domanda di esatto adempimento, oppure si pretenda il risarcimento e quest’ultimo non sia limitato alla rivalutazione”* (Cass. SS.UU. 25.11.1993, n. 11649).

A tale orientamento giurisprudenziale ha aderito in epoca relativamente recente anche la sezione giurisdizionale d’Appello siciliana della Corte dei Conti (Sezione Giurisdizionale d’Appello per la Regione Siciliana, Sentenza n. 21/A/2003 del 18.02.03).

1.2. La competenza funzionale del Giudice del lavoro

La controversia che ci occupa è *previdenziale*, alla stregua del combinato disposto delle norme di cui agli artt. 442 e 444 c.p.c., come conferma la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione.

I lavoratori esposti all’amianto hanno diritto a vedersi accreditati quei contributi che avrebbero permesso loro di maturare anticipatamente il diritto a pensione e potersi collocare in quiescenza immediatamente dopo il deposito della domanda amministrativa, e potersi dedicare ad altre attività, o comunque poter decidere liberamente, come scelta personale, di continuare a lavorare, e vedersi tra l’altro accreditati i maggiori importi delle contribuzioni, non più dovute per effetto del superamento della anzianità massima contributiva, e secondo il meccanismo di cui all’art. 1, commi 12, 13 e 14, L. 243/04, come già sopra evidenziato.

Tuttavia l’assenza dell’accredito contributivo ha reso impossibile la collocazione in pensione, se non tardivamente, per gli odierni ricorrenti, i quali perciò stesso domandano il risarcimento di tutti i danni, anche non patrimoniali.

La Giurisprudenza sostiene che una controversia possa definirsi *“previdenziale”* quando insorga tra le parti del rapporto sostanziale previdenziale e abbia per oggetto l’applicazione di norme concernenti obblighi contributivi o inerenti alle prestazioni (e così

a titolo esemplificativo sono ritenute controversie previdenziali quelle relative agli obblighi contributivi del libero professionista, quelle di condanna dell’INPS al risarcimento del danno cagionato all’assicurato dall’Istituto per errate comunicazione circa la misura della contribuzione volontaria necessaria per ottenere la pensione di anzianità; quella relativa all’indennizzo a soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni ed emoderivati, di cui alla L. 210 del 1992).

E’ questo dunque il caso che ci occupa.

Il *modus operandi* degli enti previdenziali convenuti, singolarmente e tra loro, ha determinato un ritardo nel riconoscimento del diritto e alle relative prestazioni, e perciò stesso con l’obbligo del risarcimento dei danni, che discende direttamente ed è corollario e accessorio della prestazione di cui all’art. 13, comma 8, L. 257/92.

La competenza funzionale appartiene al Giudice del Lavoro per effetto del combinato disposto di cui agli artt. 442 e 444 c.p.c., in relazione alle norme generali e specifiche, e perché gli obblighi attengono pur sempre alla prestazione previdenziale di cui all’art. 13, comma 8, L. 257/92, e perciò stesso la loro violazione sancisce la responsabilità contrattuale degli enti pubblici, come del datore di lavoro, con conseguente giurisdizione del Giudice ordinario, e competenza funzionale del Giudice del lavoro, anche per il maggior pregiudizio sofferto.

Il precedente orientamento che negava la competenza funzionale del Giudice del lavoro era stato originariamente disatteso dalla Corte di Cassazione, Sezione lavoro con la sentenza n. 8613 dell’11.08.93, e successivamente la Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, con la sentenza 08.11.1996, n. 9775, aveva richiamato il precedente contrasto, e dichiarato di voler aderire definitivamente al nuovo orientamento, affermando la competenza funzionale del Giudice del lavoro: *“Come bene deduce il ricorrente, peraltro, tale principio non è stato seguito dalla Corte nella sentenza n. 8613 dell’11 agosto 1993, con la quale è stato deciso che nelle controversie sopra indicate sussiste la competenza per materia del giudice del lavoro ai sensi dell’art. 442 c.p.c., dovendosi a tale conclusione pervenire in base a tre ordini di ragioni: a) poichè*

l'assicurato fonda la sua pretesa risarcitoria sulla violazione di uno specifico obbligo comportamentale da parte dell'istituto previdenziale, quest'ultimo non può essere considerato alla stregua di un terzo che abbia leso un'altrui posizione giuridica, essendo invece il suddetto comportamento sostanzialmente ascrivibile al piano della responsabilità contrattuale; b) le controversie in questione rientrano fra quelle "riguardanti le assicurazioni sociali" che il suddetto art. 442 c.p.c., cui rimanda il successivo art. 444, attribuisce alla competenza per materia del giudice del lavoro; c) l'ampia nozione utilizzata dalla disposizione di legge ("controversia previdenziale) e' stata dal legislatore adottata a ragion veduta, allo scopo di assegnare tutte le cause, aventi una medesima natura, alla cognizione di un giudice altamente specializzato, appositamente istituito. Dovendo essere interamente condivise le tre ragioni che ne costituiscono il fondamento, questo nuovo indirizzo giurisprudenziale merita piena adesione".

Successivamente, la Corte di Cassazione, Sezione lavoro, ha confermato questi principi di diritto con la Sentenza n. 1800 del 03.03.99: *"Si è ancora osservato che le controversie in discorso rientrano fra quelle riguardanti le assicurazioni sociali che l'art. 442 C.P.C., cui rimanda il successivo art. 444, attribuisce alla competenza per materia del giudice del lavoro e tale ampia formula è stata dal legislatore adottata allo scopo di assegnare tutte le cause, aventi una medesima natura, alla cognizione di un giudice specializzato, appositamente istituito. Invero nella controversia instaurata sulla base di un asserito errore di informazione da parte dell'Istituto previdenziale si discute della interpretazione e dell'applicazione di disposizioni di legge riguardanti le assicurazioni sociali, non potendosi altrimenti valutare la difformità fra tale comportamento e quello imposto dalla norma ed ancora quantificare il danno subito. In effetti l'attribuzione della controversia in questione alla cognizione del giudice del lavoro ben si armonizza con la linea adottata nella disciplina delle controversie individuali di lavoro e di previdenza ed assistenza obbligatorie, di devolvere la cognizione di una materia in*

continua evoluzione, sia per lo sviluppo del quadro normativo, sia per le nuove esigenze espresse dal contesto sociale, ad apposito organo giurisdizionale che meglio può affinare gli strumenti conoscitivi ed operativi, grazie alla specificità dei compiti svolti". (Corte di Cassazione, Sezione lavoro, Sentenza n. 1800 del 03 marzo 1999).

Dunque non ci possono essere dubbi circa *"l'interpretazione estensiva che deve essere data al suddetto art. 442 c.p.c., in modo da comprendere nella sua previsione, con tutte le conseguenze che derivano in tema di ripartizione della competenza per materia ai sensi del successivo art. 444, anche le controversie di cui si discute"* e dunque anche in forza della successiva giurisprudenza (Corte di Cassazione, Sez. lav., 24 aprile 2004, n. 7859).

2. La competenza territoriale

Le norme che regolano la competenza territoriale sono quelle sancite dal Codice di Procedura Civile, prima di tutto dalla norma specifica di cui all'art. 444, per il quale *"le controversie in materia di previdenza e assistenza obbligatorie indicate nell'art. 442 sono di competenza del Tribunale, in funzione di Giudice del lavoro, nella cui circoscrizione ha residenza l'attore ..."* e la norma riporta direttamente all'art. 442, nel cui primo comma si richiamano *"i procedimenti relativi a controversie derivanti dall'applicazione delle norme riguardanti le assicurazioni sociali ... nonché ogni altra forma di previdenza e assistenza obbligatoria ..."* stabilendo che *"si osservano le disposizioni di cui al capo I di questo titolo"*.

Nulla esclude che gli aventi diritto possano adire il Foro dell'Ente Previdenziale, che non ha ottemperato all'obbligo e/o ha violato la norma di cui all'art. 54, L. n. 88 del 1989, e che è rimasta inadempiente dell'obbligo di accreditare automaticamente la maggiorazione contributiva ex art. 13, comma 8, L. 257/92, ed ex art. 46, comma 6 bis, L. 326/2003 e art. 3, comma 132, L. 350/2003 (Cfr. Corte di Cassazione, Sezione lavoro, sentenza 21229/05 in ordine all'applicabilità della disciplina precedente; Cfr. Corte di Cass., Sezione lavoro, sentenza 21862 del 2004, in ordine all'obbligo di accreditare automaticamente la maggiorazione

contributiva senza necessità di altra domanda), e soprattutto per aver rigettato la domanda amministrativa, e per il risarcimento di tutti i danni anche da ritardo, in questo caso seguendo le regole ordinarie.

Si può adire anche il Foro del creditore e il *forum delicti*, anche se ciò è dubbio, alla luce della specificità del complesso normativo di cui agli artt. 442 e 444 c.p.c..

La fattispecie, anche secondo lo schema di cui all'art. 2043 c.c., si perfeziona nel luogo in cui si è verificato il fatto produttivo del pregiudizio, e si riconduce alla sua nozione, oltre al comportamento illecito anche l'evento che ne è derivato e in caso di non coincidenza dell'uno e dell'altro, il *Forum commissi delicti* ai sensi dell'art. 20, deve essere individuato con riguardo al luogo in cui detto evento si è verificato (Cass. 6381/91).

3. Sull'onere della prova che grava sugli Enti Pubblici Previdenziali

La natura giuridica della responsabilità dell'Ente Pubblico, quale responsabilità contrattuale, fondata anche sul contratto sociale, ovvero sulla norma di cui all'art. 1173 c.c., e sulle norme di cui all'art. 22 e seguenti della l. 07.08.1990, n. 241, determina l'onere della prova a carico di parte convenuta (Cass. SS.UU., 13533 del 2008)¹¹ e non si è distaccata da questo

¹¹ Cass. civ., SS.UU. 30 ottobre 2001, n. 13533: "In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento

orientamento la Corte di Cassazione, Sezione lavoro, che con la sentenza 17.08.2004, n. 16044, nel ribadire la natura contrattuale delle obbligazioni dell'Ente pubblico nei confronti del titolare della prestazione assistenziale, ha sancito a suo carico l'onere della prova dell'esatto adempimento.

"Questa Corte, invero, ha ripetutamente precisato che nell'ipotesi in cui l'INPS abbia fornito all'assicurato una indicazione erronea sul numero dei contributi versati, il danno subito dal lavoratore è riconducibile a responsabilità contrattuale dell'Istituto, in quanto derivante dall'inosservanza del generale obbligo dell'ente previdenziale, ex art. 54 legge 9 marzo, 1989 n. 88 di informare l'interessato sulla sua posizione assicurativa e pensionistica, ove questi ne faccia richiesta. Ne consegue che il lavoratore danneggiato è esonerato dal provare la colpa dell'autore del fatto dannoso, salvo l'onere dell'Istituto di dimostrare che il danno sia dipeso da fatto al medesimo non imputabile (v. pronunce di questa Corte n. 6995 del 22 maggio 2001; n. 5002 del 8 aprile 2002; ecc.)" (Cass., Sezione lavoro, sentenza del 17 agosto 2004, n. 16044).

"In tale quadro di riferimento, a norma dell'articolo 1218 c.c., colui che agisca in giudizio per ottenere il risarcimento del danno conseguente all'inadempimento di tale obbligazione ha l'onere di provare unicamente la fonte del suo diritto e di allegare la circostanza dell'inadempimento o del non esatto adempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è

dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento. (Nell'affermare il principio di diritto che precede, le SS.UU. della Corte hanno ulteriormente precisato che esso trova un limite nell'ipotesi di inadempimento delle obbligazioni negative, nel qual caso la prova dell'inadempimento stesso è sempre a carico del creditore, anche nel caso in cui agisca per l'adempimento e non per la risoluzione o il risarcimento). Conf. sulla sola prima parte 11629/99, rv 530666.

gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento o dell'impedimento rappresentato dalla impossibilita' della prestazione derivante da causa a lui non imputabile (Cass. SS.UU. 30 ottobre 2001 n. 13533; per una applicazione recente, cfr. Cass. S.U. 11 gennaio 2008 n. 577)" (Cass. Sez. lav., sent. 10 novembre 2008, n. 26925).

Spetta all'Ente previdenziale l'onere di provare la non imputabilità dell'errore o del suo comportamento dal quale è scaturito il danno subito dall'assicurato, così non solo in Cass. 10.11.2008, ma anche in Cass. 17.08.2004, n. 16044; Cass. 08.04.2002, n. 5002; Cass. 22.05.2001, n. 6995.

L'Ente previdenziale per escludere la sua responsabilità deve dimostrare di avere esattamente adempiuto (Cass. 10.11.2008, n. 26925; Cass. 17.08.2004, n. 16044; Cass. 17.12.2003, n. 19340; Cass. 19.05.2001, n. 6867; Cass. 08.04.2002, n. 5002; Cass. 22.05.2001, n. 6995; Cass. 19.05.2001, n. 6867; così già Cass. 11.06.1992, n. 7197; Cass. Sez. Lav. 18.11.2000, n. 14953; Cass. Sez. Lav. 22.05.2001, n. 6995).

4. Nesso causale

L'eventuale attesa dell'assicurato circa i tempi di istruttoria della domanda e eventuale qualsiasi errore, o la semplice concorrenza nella condotta, non interrompe il nesso causale, e la Corte di Cassazione, nel pronunciarsi su un caso simile, ha precisato che *"né ... può valere ad escludere la colpa presunta dell'INPS, potendo semmai, ove fosse stata sussistente, essere richiamata ex art. 1227 c.c. soltanto ai fini della determinazione del risarcimento e non per una esclusione della colpa altrui"* (Cassazione, Sentenza n. 19340 del 17.12.2003)¹².

¹² La Sentenza della Corte di Appello di Roma viene dunque annullata con rinvio in accoglimento del ricorso: *"Il ricorso va dunque accolto e, annullata la sentenza impugnata, la causa deve essere rimessa ad altro giudice di appello, designato nella stessa Corte di appello di Roma, ovviamente in diversa composizione. Detto giudice, alla stregua dei principi innanzi esposti, dovrà valutare in base alle risultanze istruttorie acquisite se il danno lamentato dal*

Vige dunque il principio di presunzione di colpa che deriva dalla responsabilità contrattuale, e che può essere risolto soltanto attraverso il pieno assolvimento della deduzione e dell'onere probatorio a carico di INPS e del Ministero del Lavoro liberatorio della responsabilità su esso incombente (Cass. Sez. lav. sent. 19.05.2001, n. 6867 e per quanto riguarda la responsabilità del primo: "L'attribuibilità del danno, invece, correttamente era stata addossata dal Tribunale di Milano all'INPS, su cui gravava la presunzione di colpa derivante dalla responsabilità contrattuale, non avendo l'Istituto assolto all'onere della prova liberatoria della responsabilità su esso incombente").

Non è sufficiente una eventuale negligenza dell'avente diritto, e la sua eventuale mancata attivazione, *medio tempore*, perché grava sempre sull'Ente previdenziale l'onere di deduzione specifica e di prova liberatoria (Cass. Sez. lav. 08 aprile 2002, n. 5002).

L'Istituto deve dimostrare la non imputabilità del suo stesso comportamento (Cass. Sez. lav. 08.04.2002, n. 5002), e quindi il caso fortuito e/o la forza maggiore, secondo gli ordinari principi civilistici, ancorati alle norme del codice penale di esclusione del nesso causale.

L'art. 3 del D.M. 27.10.04¹³ attua l'art. 47 del D.L. 269/03, convertito nella legge 326/03 e al n. 7 testualmente recita: *"Per lo*

Chimenti sia riconducibile, sotto il profilo causale, al comportamento inadempiente dell'Inps nel fornire i dati della esatta situazione contributiva previdenziale dell'assicurato, e, se positiva l'indagine, determinare il risarcimento spettante al danneggiato, commisurandolo ad un importo pari a quello delle retribuzioni perdute fra la data di cessazione del rapporto di lavoro e la data dell'effettivo conseguimento della pensione, in forza del completamento del periodo di contribuzione a tal fine necessario, ottenuto con il versamento di contributi volontari, da sommarsi a quelli obbligatori anteriormente accreditati (Cass. 24 gennaio 2003 n. 1104)".

¹³ Per lo svolgimento dei suoi compiti l'INAIL si avvale dei dati delle indagini mirate di igiene industriale, di quelli della letteratura scientifica, delle informazioni tecniche, ricavabili da situazioni di lavoro con caratteristiche analoghe, nonché di ogni altra documentazione e conoscenza utile a formare un giudizio sull'esposizione all'amianto, fondato su criteri di ragionevole verosimiglianza.

svolgimento dei suoi compiti, l'INAIL si avvale dei dati delle indagini mirate di igiene industriale, di quelli della letteratura scientifica, delle informazioni tecniche, ricavabili da situazioni di lavoro con caratteristiche analoghe, nonché di ogni altra documentazione e conoscenza utile a formulare un giudizio sull'esposizione all'amianto fondato su criteri di ragionevole verosimiglianza".

L'INAIL, con circolare n. 90 del 29.12.04¹⁴, e con ulteriore circolare n. 7876 bis del 16.02.06, sancisce ed enuclea i principi normativi, in virtù dei quali ai fini della determinazione dell'esposizione ha rilievo il dato epidemiologico, la letteratura scientifica, i casi analoghi, ed ogni altra notizia utile; rilevanti sono le banche dati Amyant e le altre pubblicazioni INAIL, ed è dunque evidente come un giudizio debba essere comunque espresso dall'INAIL, mentre invece le domande di rilascio di certificazione giacciono da epoca antecedente al 15.06.05 e non sono state ancora istruite se non in minima parte, e ciò non lascia dubbi circa la responsabilità, per tutti i danni sofferti dagli aventi diritto anche per il loro affidamento sulla legittimità dell'operato dell'Ente Pubblico (in altre parole, gli aventi diritto attendono anni e anni con la speranza che l'INAIL finalmente si decida a rilasciare loro la certificazione, confidando nella tempestività ed efficienza del suo operato, che invece non è dato riscontrare, con conseguente decorso del tempo, che di per sé determina pregiudizio).

Così il Consiglio di Stato, V^a Sezione, con la sentenza n. 1271 del 28.02.2011 ha stabilito che: *"E' stato già evidenziato come in primo grado il ricorrente avesse fornito elementi di prova del danno e del nesso di causalità, ritenuti sussistenti in un parere medico-legale di parte, vertente su aspetti che sono stati approfonditi nella consulenza tecnica d'ufficio, disposta in appello.*

¹⁴ La durata e l'intensità dell'esposizione sono accertate dalle Contarp regionali, che ai sensi dell'art. 3 comma 7 potranno formulare giudizi fondati su ragionevole verosimiglianza, utilizzando non solo le indagini mirate di igiene industriale – laddove esistenti – ma anche i dati della letteratura scientifica, le informazioni ricavabili da situazioni lavorative con caratteristiche analoghe e ogni altra documentazione e conoscenza utile.

Il Ctu dott. Ma.Bo., medico della Polizia di Stato, ha evidenziato la sussistenza della patologia "disturbo ansioso - depressivo reattivo con somatizzazioni somatiche, quali l'alopecia", ritenendo l'insorgenza di tale infermità collocabile tra la fine del 2001 e l'inizio del 2002.

In relazione al nesso di causalità, il consulente ha rilevato che il disturbo riscontrato nel ricorrente trova la sua causa in "stimoli esterni capaci di influenzare negativamente le capacità di adattamento di un soggetto" e che "la condotta omissiva da parte dell'amministrazione comunale è stata vissuta dall'appellante come atto profondamente ingiusto e inspiegabile, al quale non ha saputo opporre adeguate risposte sul piano dell'elaborazione esistenziale".

Il giudizio sulla sussistenza del nesso di causalità tra la patologia e il ritardo nel rilascio del permesso di costruire, benché fondato su valutazioni in parte probabilistiche, è condiviso dal Collegio".

E' sempre il consulente a dover quantificare l'entità della lesione: "Va, tuttavia, evidenziato che la quantificazione del danno biologico permanente nella misura di 10 punti percentuali non tiene conto del fatto che lo stesso Ctu ha ricondotto l'insorgenza dei primi avvisi della patologia ad un periodo (fine 2001 - inizio 2002), antecedente al manifestarsi dell'inerzia della p.a., anche se il Ctu ha poi rilevato che "la strutturazione di una vera patologia psichica è poi insorta nel maggio del 2004, allorché iniziò i trattamenti in ambito dermatologico, peraltro infruttuosi, seguiti dal ricovero in casa di cura psichiatrica (luglio 2004)".

Il nesso di causalità può ritenersi sussistente in relazione a tale seconda fase della patologia, e non alla sua insorgenza e, di conseguenza, il danno biologico permanente può essere equitativamente ridotto a 7 punti percentuali.

Va ricordato che il danno biologico costituisce quell'aspetto del danno non patrimoniale che afferrisce all'integrità fisica della persona (Cass. civ., III, n. 19816/2010), assumendo i postumi d'invalidità personale natura patrimoniale solo in ipotesi di prova, nel caso di specie, insussistente, di idoneità ad incidere sulla capacità del danneggiato di produrre reddito (Cass. civ., III, n. 13431/2010).

5. Sulla nozione di causa non imputabile (e onere della prova a carico dell'Ente Previdenziale)

La Corte di Cassazione, con la sentenza del 10.11.2008, n. 26925, definisce la nozione di causa non imputabile al debitore, che induce l'impossibilità della prestazione o la sua inesattezza, circoscrivendola nei termini di "fatto oggettivo esterno alla sfera di dominio del debitore, che determina l'impossibilità della prestazione nonostante l'esaurimento di tutte le possibilità di ovviarvi adoperando la normale diligenza richiesta nelle relazioni contrattuali (cfr., ex plurimis, Cass. 2 agosto 2008 n. 17564, 23 aprile 2004 n. 7729 e 5 agosto 2002 n. 11717)".

La Corte di Cassazione ha dunque cassato la sentenza assolutoria dell'Ente resa dalla Corte territoriale con rinvio, dettando il seguente principio di diritto, applicabile alla presente fattispecie: "Nell'accertamento della ricorrenza della fattispecie esonerativa della responsabilità contrattuale ai sensi dell'articolo 1218 c.c., di impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile al debitore, spetta al debitore di provare l'estraneità del fatto impeditivo alla sfera di dominio del debitore nonché l'inevitabilità di tale fatto nonostante l'applicazione della normale diligenza da parte di questi" (Cass. Sez. lav., sent. 10.11.2008, n. 26925).

6. Sugli oneri probatori degli aventi diritto

Richiamato l'onere processuale di specifica deduzione, e l'onere della prova a carico della pubblica amministrazione, nei termini sopra evidenziati, in ordine alla sussistenza del pregiudizio e della sua entità, l'onere della prova è a carico dell'avente diritto, e può essere assolto prima di tutto con certificazioni mediche (danno biologico, o psicobiologico da stress da ritardo), o semplicemente con la prova testimoniale (sul punto Cass. 1392 del 2009), e con la ctu medico legale, sempre ammissibile, essendo l'unico strumento, in uno con le certificazioni mediche, eventuali, rilevante lo stress, e/o il patimento e la sofferenza per atti, o per un comportamento complessivo visto "come ... profondamente ingiusto e inspiegabile, al quale non ha saputo opporre adeguate

risposte sul piano dell'elaborazione esistenziale" (Consiglio di Stato, V^a Sezione, Sentenza n. 1271/2011)¹⁵ e che è capace di determinare vere e proprie patologie, e

¹⁵ "Con riguardo all'ulteriore profilo di danno chiesto da ricorrente e relativo alla patologia medica, si ricorda che il giudice di primo grado aveva escluso la risarcibilità per difetto di prova in ordine al nesso causale tra il comportamento dell'Amministrazione e l'infermità. E' stato già evidenziato come in primo grado il ricorrente avesse fornito elementi di prova del danno e del nesso di causalità, ritenuti sussistenti in un parere medico-legale di parte, vertente su aspetti che sono stati approfonditi nella consulenza tecnica d'ufficio, disposta in appello. Il Ctu dott. Ma.Bo., medico della Polizia di Stato, ha evidenziato la sussistenza della patologia "disturbo ansioso – depressivo reattivo con somatizzazioni somatiche, quali l'alopecia", ritenendo l'insorgenza di tale infermità collocabile tra la fine del 2001 e l'inizio del 2002. In relazione al nesso di causalità, il consulente ha rilevato che il disturbo riscontrato nel ricorrente trova la sua causa in "stimoli esterni capaci di influenzare negativamente le capacità di adattamento di un soggetto" e che "la condotta omissiva da parte dell'amministrazione comunale è stata vissuta dall'appellante come atto profondamente ingiusto e inspiegabile, al quale non ha saputo opporre adeguate risposte sul piano dell'elaborazione esistenziale".

Il giudizio sulla sussistenza del nesso di causalità tra la patologia e il ritardo nel rilascio del permesso di costruire, benché fondato su valutazioni in parte probabilistiche, è condiviso dal Collegio. Va, tuttavia, evidenziato che la quantificazione del danno biologico permanente nella misura di 10 punti percentuali non tiene conto del fatto che lo stesso Ctu ha ricondotto l'insorgenza dei primi avvisi della patologia ad un periodo (fine 2001 – inizio 2002), antecedente al manifestarsi dell'inerzia della p.a., anche se il Ctu ha poi rilevato che "la strutturazione di una vera patologia psichica è poi insorta nel maggio del 2004, allorché iniziò i trattamenti in ambito dermatologico, peraltro infruttuosi, seguiti dal ricovero in casa di cura psichiatrica (luglio 2004)". Il nesso di causalità può ritenersi sussistente in relazione a tale seconda fase della patologia, e non alla sua insorgenza e, di conseguenza, il danno biologico permanente può essere equitativamente ridotto a 7 punti percentuali. Va ricordato che il danno biologico costituisce quell'aspetto del danno non patrimoniale che afferisce all'integrità fisica della persona (Cass. civ., III, n. 19816/2010), assumendo i postumi d'invalidità personale natura patrimoniale solo in ipotesi di prova, nel caso di specie, insussistente, di idoneità ad incidere sulla capacità del danneggiato di produrre reddito (Cass. civ., III, n. 13431/2010)".

dunque un danno biologico risarcibile, e tecnico ambientale per i diversi profili di reciproca pertinenza (Consiglio di Stato, V^a Sezione, sentenza n. 1271/2011), fermo che presuntivamente se c'è un pregiudizio biologico ed una sofferenza morale, ci saranno ulteriori ripercussioni sulla sfera dinamico-relazionale, e dunque lesione di altri diritti, rispetto ai quali ogni altro mezzo istruttorio è ammissibile, anche quelli non tipici, in uno con l'esercizio dei poteri ufficiosi del Giudice, secondo la disposizione normativa di cui all'art. 421, comma 2, c.p.c., e ispirata ai principi di verità materiale, che rifuggono dalla regola formale del giudizio fondata sul criterio dell'onere della prova, e che in caso di diniego determina l'obbligo di specifica motivazione (cfr. Cass. SS.UU. 11353/04; Cass. SS.UU. 6572/06; Cass. SS.UU. 26972/08; Consiglio di Stato, V^a Sezione, sentenza n. 1271/2011).

I lavoratori che hanno raggiunto la massima anzianità contributiva hanno l'opzione ex art. 6, L. 407 del 1990, di poter continuare a lavorare, previa comunicazione e adempimento degli oneri legali, e così successivamente ex art. 8, L. n. 53 del 2000, anche *"in deroga alle disposizioni concernenti l'età di pensionamento obbligatorio"*, con una serie di incentivi, che in caso di accredito contributivo ex art. 13, comma 8, L. 257/92, anche i lavoratori esposti all'amianto avrebbero potuto richiedere ed ottenere, e dunque ex art. 75, L. 388 del 2000, e artt. 1, comma 12, 13 e 14, L. 243 del 2004, di vedersi accreditati i relativi importi come voce aggiuntiva di retribuzione, il cosiddetto *bonus*, pari al 32,7% della retribuzione lorda fino a 37.883,00 euro e al 33,70%, per gli importi superiori e con accresciuto vantaggio retributivo per il fatto che la contribuzione previdenziale per legge è calcolata assoggettando detta quota aggiuntiva al regime di deducibilità fiscale, con la garanzia della immutabilità delle condizioni di accesso alla pensione (e immunità da successive innovazioni legislative dirette, in ipotesi, a peggiorare la disciplina dell'età pensionabile - art. 1, comma 3, 4 e 5, L. 243/04); sicché nel caso di specie è ammissibile la ctu tecnico contabile, al fine di determinare l'entità della voce di danno patrimoniale, ove fossero contestati i conteggi ove già allegati, importi che devono essere restituiti, anche ex art. 2041 c.c.,

perché non dovuti all'Ente previdenziale, e indebitamente percepiti, con pregiudizio di chi ne avrebbe avuto il diritto, e al più da restituire al datore di lavoro.

7. I danni risarcibili (patrimoniali e non patrimoniali) e la loro equitativa determinazione. Restituzione delle contribuzioni eccedenti, anche ex art. 2041 c.c. in relazione alle norme di cui all'art. 75, L. 388 del 2000, e artt. 1, comma 12, 13 e 14, L. 243 del 2004

Gli Enti Pubblici Previdenziali per i rispettivi profili ed ambiti di responsabilità che discendono dalla violazione delle norme specifiche di attribuzione del diritto, e di regolamentazione dell'esercizio dei poteri e delle modalità anche temporali conduzione del procedimento amministrativo, debbono risarcire tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali, patiti e *patiendi*, nessuno escluso, che discendono dalla condotta attiva ed omissiva, perché sono ingiusti e lesivi dei diritti costituzionali.

Per quanto abbiamo evidenziato, non c'è dubbio che i lavoratori esposti all'amianto che non si sono visti rilasciare tempestivamente, o addirittura negare il rilascio del certificato di esposizione da parte dell'INAIL, e non accreditare i contributi da parte dell'Ente Previdenziale gestore della posizione, hanno diritto a vedersi risarciti tutti i danni, anche per lesione dei diritti costituzionali e a contenuto non patrimoniale, anche secondo i principi di lettura costituzionalmente orientata della norma di cui all'art. 2059 c.c., in rapporto a tutte le norme già richiamate, e poste a presidio della tutela dei diritti della persona umana, e del cittadino lavoratore, e delle norme di cui agli artt. 97 e 98 della Costituzione che sanciscono l'obbligo per la P.A. di agire secondo criteri di efficacia, efficienza e tempestività e al servizio esclusivo della Nazione.

Sono così risarcibili tutti i danni dalla sofferenza al patimento per aver vissuto come fatto ingiusto l'inerzia o di più il rigetto delle domande, rispetto a un diritto violato e che avrebbe permesso di godere al diritto alla pensione e con esso di potersi dedicare ad altre attività, o semplicemente al riposo, o a fare quello che si fosse voluto fare, secondo i

principi dettati dagli articoli da 1 a 41 della Carta Costituzionale, e di più al diritto stesso di poter scegliere liberamente, e poter fruire direttamente di ogni diritto di costituzionale rilevanza, e facente parte del catalogo promozionale dei diritti della persona umana, per recepimento di norme di diritto internazionale e comunitario, anche in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (Cfr. *“Trattato di Lisbona, Nuove Fonti normative e tutele nel diritto del lavoro”*, di Ezio Bonanni, in rivista giuridica telematica www.dirittodeilavori.it, in cartaceo anno IV n. 2, maggio 2010)¹⁶.

Non può essere recato in dubbio che in una lettura costituzionalmente orientata della norma di cui all'art. 2059 c.c., e soprattutto ancorando la domanda sulle norme di cui agli artt. 97 e 98 della Costituzione e di cui all'art. 38 della Costituzione per tutti i profili che abbiamo evidenziato, impone l'integrale ristoro del danno anche non patrimoniale che tenga conto di tutti i profili nel processo di personalizzazione che deve condurre la sua quantificazione.

Le recenti statuizioni delle Sezioni Unite, con la sentenza 26972/2008 nel ribadire le precedenti di cui a Cass. SS.UU. 6572/2006 e le precedenti 8827 e 8828 del 2003, e i principi di cui a Corte Costituzionale, sentenza 233/2003, ha stabilito che, pur con l'arresto circa la risarcibilità dei danni bagattellari e/o esistenziali non tipizzati, sono invece risarcibili i danni per lesioni dei diritti costituzionali e tutti quelli che hanno in una norma la loro tassativa enucleazione.

Nella lettura costituzionalmente orientata anche dall'art. 2059 c.c. si è ribadita la risarcibilità dei danni per responsabilità contrattuale, anche per quelli non patrimoniali, tra i quali quelli alla dignità della persona umana, alle sue capacità realizzative, alle relazioni interpersonali al nome e all'immagine e a maggior ragione nel caso che ci occupa dove in giuoco sono tutti gli altri diritti, primi tra tutti quelli ad una esistenza *“Libera e dignitosa”* ex art. 36 Cost. che presuppone un reddito sufficiente e che riporta direttamente alla norma di cui all'art.

¹⁶ Editto dal Centro Studi Diritto dei Lavori, diretto dal Prof. G. Veneto, nell'ambito della Prima Cattedra di Diritto del Lavoro della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari e nel sito del Centro Studi <http://www.csddl.it/>.

38 della Costituzione nel sistema dettato dal complesso di tutte le norme richiamate nel presente ricorso.

Con la sentenza 26972 del 2008, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno sancito la risarcibilità di tutti i danni anche quelli non patrimoniali, per lesione dei diritti costituzionali, e di altri diritti, che hanno la loro ancora in altre fonti del diritto, anche di diritto comunitario e internazionale parificato, sul presupposto che il risarcimento deve essere integrale, e senza alcuna distinzione tra diversi profili di danno, che per ciò stesso deve essere ritenuto unico, pur nella concezione bipolare - pregiudizio patrimoniale e pregiudizio non patrimoniale, secondo una *“adeguata personalizzazione”* nel quale *“è compito del Giudice accertare l'effettiva consistenza del pregiudizio allegato, a prescindere dal nome attribuitogli, individuando quali ripercussioni negative sul valore uomo si siano verificate e provvedendo alla loro integrale riparazione”*.

Le Sezioni Unite richiamano tra i criteri di valutazione la *“effettiva consistenza (del)le sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso, onde pervenire al ristoro del danno nella sua interezza”*.

Se c'è un interesse leso, questo deve essere almeno risarcito, pur nella scomparsa della definizione di *“danno esistenziale”*.

La legittimazione processuale e il diritto al risarcimento dei danni cagionati dagli Enti pubblici previdenziali trae origine dal *“palleggio e melina”*¹⁷, in quanto spesso *“gli Enti frappongono (in modo sistematico) ritardi ed ostacoli al riconoscimento del diritto alla rivalutazione previdenziale in sede amministrativa”* (Roberto Rivero, Giudice del Lavoro presso il Tribunale di Ravenna).

Le conseguenze sono evidenti, *“opponendosi all'accoglimento della domanda del lavoratore avente diritto, sempre e comunque, l'Ente previdenziale lo costringe ad intraprendere un percorso giudiziario infinito accidentato e lastricato di ostacoli ed incertezze, obbligando in sostanza, e nel contempo, a rimanere al lavoro persone che col riconoscimento del diritto avrebbero potuto invece andare in pensione subito.*

¹⁷ R. Rivero, *Per la tutela effettiva di alcuni danni “patrimoniali e non” subiti dai lavoratori esposti ad amianto.*

Alla fine, se è quando verrà riconosciuto in via giudiziaria, il beneficio potrebbe servire a poco o addirittura a niente, perché col lavoro svolto si saranno medio tempore versati altri contributi che andranno a prendere il posto di quelli che sarebbero stati maturati in virtù della pregressa esposizione, illegittimamente negata.

E' questo un fatto ingiusto che non solo lede il diritto della persona (di quella stessa persona già offesa per l'iniqua esposizione a sostanza nociva) a non lavorare e ad andare in pensione quando lo ritiene lui, se ha i requisiti previsti dalla legge (situazione soggettiva protetta a livello costituzionale da un miriade di norme, ad iniziare dall'art.38 Cost.); ma è anche un comportamento che nel contempo vanifica gli effetti di una legge dello Stato (attributiva di una rivalutazione contributiva) sulla base e per effetto di un ritardo imputabile ad un ente dello stesso Stato; insomma qui serve che si riaffermi anche il principio di legalità; ovvero che in uno Stato di diritto le regole vanno osservate anzitutto dagli apparati pubblici soggetti alla legge".

Con la sentenza n. 5120 del 2011 la Corte di Cassazione ha confermato che la P.A. deve rispondere dei danni che determina al cittadino per atto illegittimo e per comportamenti tenuti nella fase amministrativa (in quel contesto è stata condannata l'Agenzia delle Entrate per i danni procurati ad un contribuente che era stato raggiunto da un atto di accertamento illegittimo, e che aveva reso necessaria l'attività finalizzata a sollecitare l'ufficio, anche a mezzo del commercialista, ad annullare in autotutela l'atto, e con condanna al risarcimento nonostante il medesimo fosse stato annullato con riconoscimento dell'errore contabile: perché il semplice annullamento era stato tardivo e non ristorava di tutto il pregiudizio sofferto): *"l'attività della P.A., anche nel campo della pura discrezionalità, deve svolgersi nei limiti posti dalla legge e dal principio primario del neminem laedere, codificato dall'art. 2043 c.c. per cui è consentito al Giudice ordinario accertare se vi sia stato da parte della stessa P.A., un comportamento doloso o colposo che, in violazione di tale norma e tale principio, abbia determinato la violazione di un diritto soggettivo".*

Il Consiglio di Stato, V^a Sezione, con sentenza n. 1271/2011, in riferimento allo specifico danno alla salute (alterazione dello stato psichico) per ritardi imputabili alla P.A., ha riconosciuto la fonte di responsabilità, conseguente all'illegittimo ritardo (in quel caso al rilascio del permesso di costruire in variante) e ha riformato la Sentenza del T.A.R. Puglia n. 623 del 2007, condannando il Comune di Leporano al risarcimento del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale (alterazione dello stato psichico, stress da ritardo), riconoscendone il nesso di causalità con la condotta della P.A..

Secondo il Consiglio di Stato il ritardo procedimentale aveva determinato un ritardo nell'attribuzione del cosiddetto bene della vita, costituito, nel caso di specie, dalla impossibilità di edificare secondo il progetto richiesto in variante.

La sentenza del Consiglio di Stato è quanto mai pertinente nel caso che qui ci occupa, e delinea l'onere della prova, gli obblighi risarcitori e i criteri di quantificazione del danno, e per ciò stesso merita di essere riportata nelle parti più salienti: *"In questi casi la giurisprudenza è pacifica nell'ammettere il risarcimento del danno da ritardo (a condizione ovviamente che tale danno sussista e venga provato) e l'intervenuto art. 2-bis, comma 1, della legge n. 241/90, introdotto dalla legge n. 69/2009, conferma e rafforza la tutela risarcitoria del privato nei confronti dei ritardi delle p.a., stabilendo che le pubbliche amministrazioni e i soggetti equiparati sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.*

La norma presuppone che anche il tempo è un bene della vita per il cittadino e la giurisprudenza ha riconosciuto che il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento, è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica (Cons. Giust. Amm. reg. Sic., 4 novembre 2010 n. 1368, che, traendo argomenti dal citato art. 2-bis, ha aggiunto che il danno sussisterebbe anche se il procedimento autorizzatorio non si fosse

ancora concluso e finanche se l'esito fosse stato in ipotesi negativo)".

Sono risarcibili intanto le lesioni biologiche, rispetto alle quali risulti dimostrato il nesso di causalità, anche con ammissione della ctu medico-legale come precisato dal Consiglio di Stato, V^a Sezione, con la sentenza 1271 del 2011, si sancisce la risarcibilità di ogni pregiudizio: "A seguito delle note pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione (n. 26972, 26973, 26974 e 26975 dell'11 novembre 2008), l'ambito della risarcibilità del danno non patrimoniale è esteso, oltre ai casi espressamente previsti dalla legge (art. 185 c.p.), alle ipotesi in cui l'inadempimento abbia lesa in modo grave un diritto della persona tutelato dalla Costituzione, quali il danno da lesione del diritto inviolabile alla salute (art. 32 Cost.) denominato danno biologico, del quale è data, dagli artt. 138 e 139, d.lgs. n. 209/2005, specifica definizione normativa.

Nel caso di specie, il danno accertato dal CtU è appunto il danno biologico, derivante dalla lesione del diritto inviolabile alla salute e deriva, inoltre, da un illecito di carattere permanente, costituito dall'inerzia della p.a. nel provvedere su una istanza del privato, che assume particolare valenza negativa, derivando dall'ingiustificata inosservanza del termine di conclusione del procedimento, che il legislatore ha, di recente, elevato all'ambito dei livelli essenziali delle prestazioni da garantire su tutto il territorio nazionale, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. (v. il comma 2-bis., dell'art. 29 della legge n. 241/90, introdotto dalla legge n. 69/2009, che richiama appunto tra tali livelli essenziali l'obbligo per la p.a. di concludere il procedimento entro il termine prefissato e le disposizioni relative alla durata massima dei procedimenti).

Tale richiamo, benché effettuato ai fini di definire l'ambito di applicazione della legge n. 241/90 con riguardo al rapporto tra legislatore statale e regionale, assume una valenza pure per valorizzare e potenziare ogni forma di tutela, inclusa quella risarcitoria, per i danni da ritardo della p.a., che possono quindi riguardare anche le conseguenze di detto ritardo sull'integrità fisica del cittadino.

Nel caso di specie, la già debole situazione psico-fisica del ricorrente è stata in concreto messa duramente alla prova da una attesa,

apparsa a volte interminabile, della conclusione di un procedimento, da cui dipendeva la sorte dell'unica attività imprenditoriale in quel momento svolta. Il ritardo di due anni nella conclusione del procedimento e le già menzionate ripetute e pretestuose richieste, che hanno assunto l'unico scopo di dilazionare (illegittimamente) l'adozione del provvedimento finale, sono elementi che hanno finito per incidere sull'equilibrio psico - fisico del ricorrente, provocando un danno, che va quindi risarcito.

La quantificazione del danno biologico permanente, determinato in sette punti percentuali, va effettuata in via equitativa, anche tenendo conto dell'età del ricorrente nel 2004 (41 anni) e dei criteri di cui all'art. 139 del d. lgs. n. 209/2005 (corretti in aumento - sempre in via equitativa - anche alla luce dei criteri utilizzati dalla giurisprudenza civile e in particolare dal Tribunale di Milano; v. Trib. Milano, V, 09 giugno 2009, n. 7515), nella misura di complessivi euro 11.220,00, su cui vanno calcolati interessi e rivalutazione monetaria secondo i criteri indicati in precedenza" (Consiglio di Stato, V Sezione, sentenza del n. 1271 del 2011).

Se così è, dunque, anche in caso di ritardo, deve essere risarcito l'intero pregiudizio, come sopra abbiamo già evidenziato¹⁸.

La Corte di Cassazione, con la sentenza 10.02.2010, n. 3023, con la quale ha ritenuto fondato e sussistente il diritto al risarcimento di tutti i danni, soprattutto quelli non patrimoniali, liquidati equitativamente, per non aver potuto il lavoratore esercitare una legittima scelta di vita, che in quel caso era rappresentata dall'inizio di una nuova

¹⁸ Sul punto il Consiglio di Stato è chiaro: "La norma presuppone che anche il tempo è un bene della vita per il cittadino e la giurisprudenza ha riconosciuto che il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento, è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica (Cons. Giust. Amm. reg. Sic., 4 novembre 2010 n. 1368, che, traendo argomenti dal citato art. 2-bis, ha aggiunto che il danno sussisterebbe anche se il procedimento autorizzatorio non si fosse ancora concluso e finanche se l'esito fosse stato in ipotesi negativo)".

attività; ma che potrebbe essere anche la possibilità di non svolgere alcuna attività, ossia di non lavorare, e di dedicarsi ad altre attività, senza che un tardivo riconoscimento possa escludere la sussistenza della responsabilità ai fini del risarcimento dei danni, con questa specifica articolazione: *“Per quel che riguarda la censura concernente la ritenuta sussistenza di un danno esistenziale, osserva il Collegio che una corretta impostazione della questione in parola postula un sia pur breve richiamo alle vicende che hanno riguardato la problematica del risarcimento del danno non patrimoniale, quale conseguenza ex articolo 2059 c.c., del fatto dannoso. E' noto che con le sentenze del 31.5.2003, nn. 8827/03 ed 8828/03, questa Corte di legittimità, partendo da un'analisi storica dell'originario ambito di applicazione della norma di cui all'articolo 2059 c.c., dopo aver evidenziato come all'epoca dell'emanazione del codice civile potesse essere risarcito soltanto il danno non patrimoniale derivante da reato (e cioè il danno morale) ai sensi dell'articolo 185 c.p., ha operato una attenta ricostruzione del nostro sistema dei danni non patrimoniali risarcibili, ed ha svincolato l'ipotesi risarcitoria dalla concreta esistenza del fatto reato, fissando al tempo stesso criteri idonei per evitare la sovrapposizione delle diverse voci di danno create dalla prassi giurisprudenziale. La nuova dislocazione dei danni alla persona nell'ambito dell'articolo 2059 c.c., appare senz'altro idonea non solo a far superare le difficoltà relative alla selezione del danno non patrimoniale risarcibile, ma anche a rendere possibile la soluzione di molti dei problemi che sorgono con riferimento alle tecniche di valutazione e di liquidazione del danno non patrimoniale. Coerentemente al contenuto di tali pronunce la giurisprudenza ha individuato, nell'ambito del danno non patrimoniale risarcibile ex articolo 2059 c.c., la categoria del danno morale, o danno soggettivo puro, riconducibile alla sofferenza morale soggettiva, quella del danno biologico, riconducibile alla lesione dell'integrità psico-fisica e cioè alla compromissione della salute, e quella del danno esistenziale, riconducibile alla sfera realizzatrice dell'individuo ed attinente al "fare" del soggetto offeso. Tale premessa si appalesa indispensabile al fine di una corretta ricostruzione sistematica, nella*

vicenda in esame, delle poste di danno non patrimoniale risarcibili.

Orbene, nel caso di specie il ricorrente ha lamentato l'esistenza del danno consistente nel non aver potuto adottare una legittima scelta di vita. Non può pertanto dubitarsi, siccome correttamente rilevato dalla Corte territoriale, della esistenza del danno dedotto, consistente in quella somma di ripercussioni di segno negativo conseguenti alla condotta posta in essere dalla Cassa, che aveva comportato la lesione di specifici interessi costituzionalmente protetti, fra cui quello di poter realizzare liberamente una propria, legittima, opzione di vita. Né può ritenersi che la Corte territoriale abbia ommesso di indicare il precetto costituzionale violato, che - secondo la prospettiva di parte ricorrente - non sarebbe comunque altrimenti ricavabile, atteso che la tutela dei diritti di libertà costituisce il fondamento e la base primaria della nostra Carta costituzionale che dedica agli stessi la parte iniziale recante appunto l'intestazione "diritti fondamentali". Da rilevare infine che chiaramente inaccettabile si appalesa l'assunto di parte ricorrente secondo cui, con motivazione illogica e contraddittoria, i giudici di merito avrebbero ritenuto che la protrazione dell'attività lavorativa costituisce una forma di danno, ove si osservi che in realtà il danno ritenuto dalla Corte territoriale consiste nella denegata possibilità da parte del Si. di operare autonomamente le proprie opzioni di vita, anche in campo lavorativo”.

Poiché l'istituto previdenziale, oltre ad adempiere correttamente deve essere diligente, è sanzionato anche il superamento dei termini legali per rendere la decisione su quanto richiesto, così come non ha rilievo un eventuale concorso di colpa dell'assicurata: *“Del tutto irrilevante si appalesa l'ulteriore rilievo concernente l'impossibilità di evadere immediatamente le domande di riscatto e di ricongiunzione proposte dal Si. stante la necessità di una istruttoria in proposito, atteso che il danno lamentato non è correlato al ritardo bensì al rigetto delle domande proposte. Da rilevare infine che l'esigenza di congruo lasso temporale per l'espletamento delle richieste non rileva neanche ai fini della quantificazione del danno, versandosi in tema di liquidazione equitativa nella quale la Corte territoriale ha tenuto conto - in una valutazione globale - di*

una serie di parametri, fra cui il mancato pensionamento protrattosi per "circa" otto anni".

Quindi il ricorso dell'ente previdenziale veniva rigettato dalla Suprema Corte di Cassazione in quanto: *"Un danno che, secondo la giurisprudenza sinora intervenuta in materia, deve essere conseguenza immediata e diretta dell'errore imputabile all'ente previdenziale (Cass. 15.06.2005, n. 12823), potendo essere commisurato alle retribuzioni non percepite per effetto delle dimissioni alle quali il lavoratore è stato erroneamente indotto (in questo senso Cass. 09.07.2008, n. 18814, inedita; Cass. 17.12.2003, n. 19340, cit.; Cass. 24.01.2003, n. 1104, cit.), alle quali può aggiungersi l'importo della contribuzione volontaria utile al raggiungimento dei requisiti necessari al conseguimento della prestazione (così Cass. 15.06.2005, n. 12823; cfr. in precedenza Cass. 16.04.1994, n. 3635, cit.).*

Se l'ente previdenziale è contrattualmente responsabile del danno provocato dagli errori commessi nel corso di svolgimento del rapporto assicurativo, non sussistono allora motivi per non ritenere applicabili in tale materia i medesimi principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di danno non patrimoniale alla persona. E' quanto affermato dalla pronuncia in commento, la quale, una volta ribadita la responsabilità della cassa di previdenza per l'illegittimo diniego opposto all'assicurato, ha ritenuto inevitabile uniformarsi alla lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. che è stata offerta dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, le quali -come noto- hanno operato una sostanziale rilettura della norma codicistica, ammettendo il risarcimento del danno non patrimoniale in mancanza di una fattispecie di reato laddove siano configurabili lesioni di diritti inviolabili della persona (Corte Cost. 11 luglio 2003, n. 233, in Foro It., 2003, I, 2201 ss, con nota di Navaretta; Cass. 31 maggio 2003, n. 8828, in Foro It, 2003, I, c. 2272 ss., con nota di Navaretta).

Sulla scorta di tali premesse e al di là degli ulteriori sviluppi della materia, la S.C. ha ritenuto quindi che il differimento del pensionamento causato dal mancato accoglimento della domanda di ricongiunzione, avesse impedito la realizzazione delle scelte di vita

dell'assicurato, integrando in questo modo una lesione dei suoi diritti di libertà. Un danno esistenziale che più precisamente non è stato ravvisato nella prosecuzione dell'attività lavorativa da parte dell'assicurato, bensì 'nella denegata possibilità (...) di operare autonomamente le proprie opzioni di vita, anche in campo lavorativo'".

Come precisato dal Consiglio di Stato, V Sezione, con la sentenza 1271 del 28.02.2011, anche il tempo è un bene della vita per il cittadino, e pertanto anche il ritardo nella conclusione di qualsiasi procedimento è sempre un costo, e comporta il risarcimento anche sotto il profilo del cosiddetto stress da ritardo, anche se il cittadino lavoratore non avesse diritto, come per il caso di specie, alla rivalutazione contributiva.

In caso di azione in giudizio, che secondo autorevole dottrina (Roberto Rivero) deve essere promosso nei confronti di INPS e INAIL, la quantificazione del pregiudizio non può che essere equitativa, e deve tradursi per il lavoratore danneggiato in un indennizzo retroattivo che vanifichi il ritardo dell'Ente previdenziale.

Coloro che hanno maturato i requisiti pensionistici, e che pur tuttavia a causa del ritardo del rigetto, hanno dovuto lavorare anni in più, e magari quando hanno ottenuto il riconoscimento avevano la maggiore anzianità contributiva, hanno diritto ad un risarcimento del danno pari a tanti ratei di pensione quanti il lavoratore ne avrebbe percepiti se la rivalutazione fosse stata accordata all'epoca della domanda o comunque dalla successiva maturazione del diritto a pensione.

Comunque l'Ente Pubblico Previdenziale non aveva diritto di incamerare gli ulteriori importi per contribuzioni previdenziali che sono posti a carico del datore di lavoro e in parte sullo stesso lavoratore, e nella misura in cui con i contributi dell'amianto, accreditati successivamente si avesse un surplus di contributi, evidentemente ci sarebbe il diritto al risarcimento dei danni, secondo i principi già evidenziati e comunque anche ex art. 1337 e/o 2043 c.c., e comunque il diritto ad ottenerne la restituzione degli importi ex art. 2041 c.c..

Infatti come già sopra evidenziato, raggiunta la massima anzianità contributiva, i lavoratori esposti all'amianto pur non

potendo scegliere di risolvere il rapporto in pendenza della domanda, e/o dovendo continuare a lavorare, senza che l'Ente avesse accreditato i contributi cui avevano diritto ex art. 13, comma 8, L. 257/92, e per effetto del successivo accredito, avevano diritto e potevano godere delle prestazioni aggiuntive di cui all'art. 1, commi 12, 13 e 14 della legge 243/04, che ha sostituito le analoghe misure già previste dall'art. 75, legge 388 del 2000, e dunque anche con il posticipo del pensionamento, si sarebbe determinata l'estinzione dell'obbligo del datore di lavoro di versare la contribuzione per l'assicurazione obbligatoria per la vecchiaia, l'invalidità e per i superstiti, avrebbe portato al diritto del lavoratore dell'accredito da quella data, come voce aggiuntiva di retribuzione, di una somma corrispondente a detta contribuzione (il cosiddetto *bonus*, pari al 32,7% della retribuzione lorda fino a 37.883,00 euro e al 33,70%, per gli importi superiori) e con accresciuto vantaggio retributivo per il fatto che la contribuzione previdenziale per legge è calcolata assoggettando detta quota aggiuntiva al regime di deducibilità fiscale, con la garanzia della immodificabilità delle condizioni di accesso alla pensione (e immunità da successive innovazioni legislative dirette, in ipotesi, a peggiorare la disciplina dell'età pensionabile - art. 1, comma 3, 4 e 5, L. 243/04); di cui non ha potuto beneficiare, così con ingiusto pregiudizio, che deve essere risarcito, ed anche se non fosse configurabile una responsabilità contrattuale e/o aquiliana, sussisterebbe comunque l'obbligo a carico dell'Ente che ha incassato le somme non dovute, di restituirle all'avente diritto che con la condotta doverosa, rispettosa della legge, li avrebbe incassati fin dall'inizio, per effetto delle disposizioni legislative di cui all'art. 75, legge 388 del 2000 e per effetto dell'art. 1, comma 12, 13 e 14, L. 243/04.

Evidentemente nella determinazione dell'entità del pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, nel processo di personalizzazione della quantificazione del danno, si dovrà tener conto di tutte le voci, per ottenere un integrale ristoro di ogni pregiudizio, il cui criterio non potrà che essere equitativo e tener conto della sofferenza e del turbamento indotto dal ritardo e/o dal rigetto, vissuti come atto arbitrario ed ingiusto, e delle ulteriori conseguenze nella sfera dinamico-relazionale,

come lesione dei diritti di costituzionale rilevanza e di quelli contemplati nelle altre fonti, anche internazionali e comunitarie, del diritto positivo.

L'assenza di poter quantificare in modo esatto l'entità del pregiudizio per lesione dei diritti della persona umana, a contenuto non patrimoniale, determina la necessità di una quantificazione equitativa del pregiudizio, secondo le disposizioni di cui agli artt. 1226 e/o 2056 c.c. e 432 c.p.c., e secondo i principi dettati dalla unanime giurisprudenza di merito e di legittimità (Corte di Cassazione, SS.UU., 6572/06, 26972/08, Corte di Cassazione, Sezione lavoro, sentenza n. 3023/2010; Cassazione Civile, sentenza n. 5120/2011; ed *ex multis*; Consiglio di Stato, V^a Sezione, sentenza n. 1271/2011,), oltre interessi e rivalutazioni.

STRESS DA LAVORO CORRELATO IN SANITA'

di Nicola Gasparro

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. I soggetti e i riflessi in ambito sanitario. 3. Il percorso metodologico. 4. Responsabilità e sanzioni. 5. Conclusioni.

Quadro normativo di riferimento

Art. 2087 c.c.: *“L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro”.*

Art. 38, co. 2, Cost.: *“I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria”.*

Art. 41 Cost.: *“[L'iniziativa privata] Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da arrecare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana”.*

1. Introduzione

Il D.lgs. n. 81 del 2008, c.d. testo unico in materia di sicurezza sul lavoro¹, ha riordinato e coordinato le norme concernenti la salute e la sicurezza delle lavoratrici e dei lavoratori nei luoghi di lavoro, prevedendone l'applicazione a tutti i settori di attività, privati e pubblici, e a tutte le tipologie di rischio.

In *primis*, il T.U., attraverso una tecnica sicuramente apprezzabile, predispone una

serie di definizioni atte a delineare e meglio chiarire le varie figure professionali interessate da tale assetto normativo, soprattutto in vista dell'inquadramento del proprio ruolo in correlazione agli obblighi e conseguenti responsabilità.

In particolare, vengono descritte le nozioni di lavoratore², di datore di lavoro, di dirigente, di preposto³, di responsabile

² D.lgs. n. 81 del 2008, art. 2, lett. a) “lavoratore”: persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato, con o senza retribuzione, anche al solo fine di apprendere un mestiere, un'arte o una professione, esclusi gli addetti ai servizi domestici e familiari. Al lavoratore così definito è equiparato: il socio lavoratore di cooperativa o di società, anche di fatto, che presta la sua attività per conto delle società e dell'ente stesso; l'associato in partecipazione di cui all'articolo 2549, e seguenti del codice civile; il soggetto beneficiario delle iniziative di tirocini formativi e di orientamento di cui all'articolo 18 della legge 24 giugno 1997, n. 196, e di cui a specifiche disposizioni delle leggi regionali promosse al fine di realizzare momenti di alternanza tra studio e lavoro o di agevolare le scelte professionali mediante la conoscenza diretta del mondo del lavoro; l'allievo degli istituti di istruzione ed universitari e il partecipante ai corsi di formazione professionale nei quali si faccia uso di laboratori, attrezzature di lavoro in genere, agenti chimici, fisici e biologici, ivi comprese le apparecchiature fornite di videoterminali limitatamente ai periodi in cui l'allievo sia effettivamente applicato alla strumentazioni o ai laboratori in questione; il volontario, come definito dalla legge 1° agosto 1991, n. 266; i volontari del Corpo nazionale dei vigili del fuoco e della protezione civile; [...]; il lavoratore di cui al decreto legislativo 1° dicembre 1997, n. 468, e successive modificazioni; [...].

³ Art. 2, lett. e) “preposto”: persona che, in ragione delle competenze professionali e nei limiti di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, sovrintende alla attività lavorativa e garantisce l'attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta esecuzione da

¹ G. VENETO, *Sicurezza nei luoghi di lavoro*, Cacucci Editore, bari, 2008.

del servizio di prevenzione e protezione⁴, di addetto al servizio di prevenzione e protezione⁵, nonché di medico competente⁶ e di rappresentante dei lavoratori per la sicurezza⁷. Questi, dunque, i soggetti investiti dagli specifici obblighi posti al fine di assicurare il rispetto del diritto alla salute e alla sicurezza in ambito lavorativo e, di conseguenza, ad evitare di incorrere, tra gli altri, nel rischio **stress lavoro-correlato**.

Per quanto concerne l'istituto in commento, ai sensi dell'art. 28, lo stress da lavoro correlato, quale patologia emergente, viene ad essere considerato uno dei rischi particolari cui i lavoratori possono essere esposti e, in quanto tale, devono essere predisposte le misure idonee a prevenirlo, accertarlo, evitarlo o ridurlo e, se sussistente, a sanzionarlo.

Il relativo obbligo di valutazione decorre a fare data dal 31 dicembre 2010.

Il 17 novembre 2010 la Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro istituita presso il Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali ha approvato, le indicazioni necessarie alla valutazione dello stress lavoro-correlato.

parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa.

⁴ Art. 2, lett. f) "responsabile del servizio di prevenzione e protezione": persona in possesso delle capacità e dei requisiti professionali di cui all'articolo 32 designata dal datore di lavoro, a cui risponde, per coordinare il servizio di prevenzione e protezione dai rischi.

⁵ Art. 2, lett. g) "addetto al servizio di prevenzione e protezione": persona in possesso delle capacità e dei requisiti professionali di cui all'articolo 32, facente parte del servizio di cui alla lettera l).

⁶ Art. 2, lett. h) "medico competente": medico in possesso di uno dei titoli e dei requisiti formativi e professionali di cui all'articolo 38, che collabora, secondo quanto previsto all'articolo 29, comma 1, con il datore di lavoro ai fini della valutazione dei rischi ed è nominato dallo stesso per effettuare la sorveglianza sanitaria e per tutti gli altri compiti di cui al presente decreto.

⁷ Art. 2, lett. i) "rappresentante dei lavoratori per la sicurezza": persona eletta o designata per rappresentare i lavoratori per quanto concerne gli aspetti della salute e della sicurezza durante il lavoro.

Infatti, con la Circolare 18 novembre 2010 la stessa Commissione ha formulato le indicazioni metodologiche in ordine al corretto adempimento dell'obbligo, finalizzate a indirizzare le attività dei datori di lavoro, dei loro consulenti e degli organi di vigilanza.

Si precisa, pertanto, che il percorso metodologico indicato nel documento 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.

La valutazione dei fattori derivanti da stress lavoro-correlato è parte integrante della valutazione dei rischi e viene effettuata (come per tutti gli altri fattori di rischio, quali ad esempio l'esposizione a sostanze nocive, a batteri, a radiazioni, uso dei macchinari, l'illuminazione) dal datore di lavoro avvalendosi del Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione (RSPP) con il coinvolgimento del medico competente, ove nominato, e previa consultazione del Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza (RLS/RLST).

Una definizione di stress correlato ci viene offerta dall'Accordo Europeo dell'8 ottobre 2004, così come recepito dall'Accordo Interconfederale del 9 giugno 2008, che descrive lo stress correlato come "*condizione che può essere accompagnata da disturbi o disfunzioni di natura fisica, psicologica o sociale ed è conseguenza del fatto che taluni individui non si sentono in grado di corrispondere alle richieste o aspettative riposte in loro*" (art. 3, comma 1). In ambito lavorativo, tale squilibrio si può verificare quando il lavoratore non si sente in grado di corrispondere alle richieste avanzate. È da precisare, tuttavia, che non tutte le manifestazioni di stress sul lavoro possono essere considerate come stress lavoro-correlato.

Invero, lo stress lavoro-correlato è quello causato da vari fattori propri del contesto e del contenuto del lavoro, quali, ad esempio, l'organizzazione, l'ambiente, etc.. In altri termini, si tratta di reazioni fisiche ed emotive alle richieste lavorative accompagnate da ansia e senso di

inadeguatezza⁸. Sicché la naturale conseguenza di una esposizione prolungata allo stress può ridurre l'efficienza sul lavoro e causare problemi di salute.

2. I soggetti e i riflessi in ambito sanitario

Le norme in materia di sicurezza sul lavoro, comprese, dunque, quelle relative allo stress correlato, trovano applicazione anche presso le Aziende sanitarie e determinano un sistema di responsabilità coinvolgente diverse figure professionali⁹.

A tal fine è rilevante individuare i soggetti sui quali grava maggiormente la responsabilità della tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, ossia il datore di lavoro, *in primis*, e i dirigenti, in secondo luogo, nonché i rispettivi ruoli nella valutazione e gestione dello stress lavoro-correlato.

⁸ Stress-correlato, definizione del National Institute for Occupational Safety and Health, NIOSH 1999: *“Reazioni fisiche ed emotive dannose che si manifestano quando le richieste lavorative non sono commisurate alle capacità, risorse o esigenze del lavoratore”*; definizione della Commissione Europea: *“Reazione ad aspetti avversi e nocivi del contenuto, dell'ambiente e dell'organizzazione del lavoro. E' uno stato caratterizzato da elevati livelli di eccitazione ed ansia, spesso accompagnati da senso di inadeguatezza”*.

⁹ Soggetti obbligati nelle ASL:

- Il datore di lavoro direttore generale, dirigente struttura semplice e complessa;
- Il dirigente direttore amministrativo, direttore sanitario, soggetti che svolgono funzioni di attuazione delle direttive del datore di lavoro organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa;
- Il preposto dirigente medico e non medico, medico responsabile di una organizzazione operativa permanente, caposala, coordinatori tecnici e infermieristici;
- I lavoratori;
- Il responsabile e gli addetti al Servizio Prevenzione e protezione (RSPP e ASPP);
- I Rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza (RLS);
- Il medico competente (MC).

Quanto al primo, l'art. 2, lett. b) D.lgs. 81/2008 definisce il datore di lavoro¹⁰ quale *“soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa”*.

Nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del D.lgs. 165/2001, per datore di lavoro si intende il dirigente al quale spettano i poteri di gestione, ovvero il funzionario non avente qualifica dirigenziale, nei soli casi in cui quest'ultimo sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale, individuato dall'organo di vertice delle singole amministrazioni tenendo conto dell'ubicazione e dell'ambito funzionale degli uffici nei quali viene svolta l'attività, e dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa. In caso di omessa individuazione, o di individuazione non conforme ai criteri sopra indicati, il datore di lavoro coincide con l'organo di vertice medesimo. Si tratta, in altri termini, di colui che detiene il potere decisionale-gestionale e di spesa e la responsabilità nell'organizzazione¹¹.

Il datore di lavoro dovrà provvedere, tra l'altro, a valutare i rischi, ad elaborare il Documento di Valutazione dei rischi (DVR) e ad adottare le conseguenti misure preventive.

A tal riguardo, gli obblighi del datore di lavoro vengono ad essere distinti in delegabili e non delegabili.

I primi concernono gli aspetti gestionali, quali quelli previsti dall'art. 18 del T.U., sui quali ci soffermeremo di seguito; i secondi, invece, ai sensi dell'art. 17 T.U., sono precisamente:

a) la valutazione di tutti i rischi con la conseguente elaborazione del documento previsto dall'articolo 28;

¹⁰ A. BELSITO, *Limiti ai poteri del datore di lavoro*, Cacucci Editore, Bari, 2006.

¹¹ G. VENETO, op. cit, pag. 41 e ss..

b) la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi.

All'interno delle Aziende della salute tale ruolo viene ad essere rivestito non solo dal **direttore generale**, come sostenuto anche in dottrina ed in giurisprudenza¹², in quanto soggetto avente il controllo su tutta l'organizzazione amministrativa e gestionale dell'ente, ma anche dai **dirigenti¹³ di struttura semplice e complessa**. E questo è un punto di fondamentale importanza.

Infatti, il potere datoriale è insito nello *status* stesso di dirigente di struttura.

Invero, andando ad analizzare nello specifico l'incarico e la funzione di direttore di struttura complessa e di dirigente responsabile di struttura semplice, si può affermare, dunque, che in entrambi i casi si tratta di dirigenti ai quali spettano poteri di gestione di risorse umane, tecniche e finanziarie, in conformità alla definizione che l'art. 2 lett. b) dà di datore di lavoro.

Ciò precisato, si è già detto che in tema di stress lavoro-correlato una delle maggiori cause è da rinvenirsi nell'organizzazione del lavoro, profilo rientrante proprio nei compiti del dirigente di struttura, ragion per cui il suo ruolo nella prevenzione e

nella valutazione del problema in esame è centrale.

In tal senso, infatti, egli è tenuto non solo a soddisfare le esigenze di servizio, ma anche a garantire e tutelare la salute del lavoratore; per cui il modello organizzativo dovrà essere gestito tenendo in primaria considerazione l'integrità psico-fisica del prestatore di lavoro.

Sicché la valutazione dei rischi¹⁴ viene a configurarsi quale momento di particolare rilevanza nell'attività lavorativa e diventa un'esigenza imprescindibile, connaturata al ruolo stesso di datore di lavoro.

Per quanto riguarda il **dirigente**, invece, ai sensi dello stesso articolo, lett. d), egli è la persona che, in ragione delle competenze professionali e di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, **attuа** le direttive del datore di lavoro **organizzando** l'attività lavorativa e **vigilando** su di essa; egli, svolge, dunque, una funzione organizzativa e di gestione in relazione alle competenze conferite ed alle direttive impartite che, in materia di sicurezza, viene a concretizzarsi nel compito di attuare le misure di prevenzione e protezione considerate necessarie dal DVR. Vale la pena evidenziare, però, che il concetto di dirigente qui menzionato non coincide necessariamente con il "dirigente" secondo quanto stabilito dai CCNL e dal D.lgs. 502/92 e s.m.i..

Di talché, egli nella gestione della attività aziendale deve attuare la politica, le linee guida e le indicazioni di carattere generale fornite dal datore di lavoro, nonché organizzare e dirigere l'attività lavorativa secondo le attribuzioni e competenze conferite e vigilare sull'operato dei preposti, restando peraltro esposto a sanzioni per le violazioni degli obblighi a lui imposti in materia di sicurezza del lavoro.

In ambito sanitario tale figura è identificabile con il direttore sanitario, il direttore amministrativo, nonché tutti i soggetti che svolgono le funzioni di cui all'art. 2 lett. d).

¹² Cfr. Cass. pen. Sez. III, 07 maggio 2009, n. 29543: "Gli obblighi di prevenzione infortuni e sicurezza in luoghi di lavoro, che per legge fanno capo al datore di lavoro, gravano, nel settore degli enti pubblici, sul titolare effettivo del potere di gestione che, all'interno delle Aziende Unità Sanitarie Locali si individua, in assenza di delega, nel direttore generale. (La Corte ha precisato che gli obblighi di prevenzione possono gravare su un funzionario non avente qualifica dirigenziale qualora lo stesso, a norma dell'art. 2 del D.lgs. n. 81 del 2008, sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale, individuato dall'organo di vertice dell'amministrazione tenendo conto dell'ubicazione e dell'ambito funzionale degli uffici nei quali viene svolta l'attività, e sia altresì dotato di poteri decisionali e di spesa)".

¹³ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 02/07/2010, n. 34804: "Nelle pubbliche amministrazioni, ai fini della normativa sulla sicurezza e salute nei luoghi di lavoro, per datore di lavoro si intende il dirigente al quale spettano poteri gestionali, decisionali e di spesa".

¹⁴ G. VENETO, op. cit. pag. 75 e ss..

Da quanto sopra evidenziato emerge chiaramente che a ciascuna figura professionale sono attribuite o attribuibili aree di responsabilità derivanti dalla ripartizione delle competenze, ma la distinzione dei singoli profili di responsabilità può assumere un carattere elastico in virtù dello strumento della delega¹⁵, meccanismo che può consentire il trasferimento ad altri dell'adempimento delle proprie funzioni. A tal fine si richiede, ai sensi dell'art. 16 D.lgs. 81/2008, ove non espressamente esclusa:

- che essa risulti da atto scritto recante data certa;
- che il delegato posseda tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate;
- che essa attribuisca al delegato tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate, nonché l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate;
- che debba essere accettata dal delegato per iscritto e debba esserle data adeguata e tempestiva pubblicità.

Si precisa, altresì, che l'esercizio della delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite.

Inoltre, il delegato può, a sua volta, previa intesa con il datore di lavoro, delegare specifiche funzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro, ma anche in questo caso la delega non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al delegante circa l'esatto adempimento delle funzioni trasferite. In tal caso, il soggetto al quale sia stata conferita la delega non può, a sua volta, delegare le funzioni delegate.

Quindi, in virtù di tale potere di delega, il direttore generale o il dirigente di

¹⁵ N. GASPARRO, *Diritto Sanitario*, *IlSole24Ore*, 2009, pagg. 629 ss. La delega è quell'atto con cui l'obbligato originario devolve volontariamente alcuni degli obblighi originariamente suoi a un altro soggetto – delegato –, che per effetto di tale atto assume così una posizione di garanzia autonoma ma derivata, divenendo responsabile del loro adempimento.

struttura, in qualità di datore di lavoro, può investire delle sue funzioni altri soggetti nel rispetto dei limiti e delle condizioni previste.

In particolare, tra gli obblighi (delegabili)¹⁶ del datore di lavoro e del dirigente rientra la nomina del medico competente per l'effettuazione della sorveglianza sanitaria; il tener conto, nell'affidare i compiti ai lavoratori, delle capacità e delle condizioni degli stessi in rapporto alla loro salute e alla sicurezza; inviare i lavoratori alla visita medica entro le scadenze previste dal programma di sorveglianza sanitaria; adempiere agli obblighi di informazione e di formazione.

Su quest'ultimo punto si rileva, infatti, che il datore di lavoro e i dirigenti, ciascuno per le rispettive competenze, devono provvedere affinché ciascun lavoratore riceva un'adeguata informazione sui rischi specifici cui è esposto in relazione all'attività svolta e nonché una periodica formazione, anche in relazione all'evolvere o all'insorgenza di nuovi rischi.

Infine, il datore di lavoro fornisce al servizio di prevenzione e protezione ed al medico competente informazioni in merito alla natura dei rischi e all'organizzazione del lavoro, alla programmazione e all'attuazione delle misure preventive e protettive.

* * * * *

Appare rilevante, a questo punto, ai fini della nostra indagine accennare a quelli che possono essere considerati i maggiori fattori di rischio in riferimento allo stress lavoro-correlato e, più in dettaglio, quelli connessi ai due particolari aspetti del contenuto del lavoro, da una parte, e del contesto di lavoro, dall'altro.

Quanto al primo, emergono i fattori dell'ambiente e degli strumenti di lavoro, i carichi e i ritmi di lavoro, l'orario e i turni, le funzioni, la cultura organizzativa e la corrispondenza tra le competenze dei lavoratori e i requisiti professionali richiesti.

¹⁶ Cfr. art. 18. Obblighi del datore di lavoro e del dirigente, D.lgs. 81/2008.

Quanto al contenuto, invece, si segnala il ruolo dell'organizzazione, la progressione in carriera, l'autonomia decisionale e controllo, i conflitti interpersonali sul lavoro, la comunicazione e l'interfaccia casa-lavoro¹⁷.

Come si anticipava all'inizio del presente commento, in materia di sicurezza vengono coinvolti una serie di soggetti¹⁸. Infatti, oltre al datore di lavoro e ai dirigenti sono chiamati a rispettare determinati obblighi anche i preposti, i lavoratori, il medico competente, nonché il responsabile e gli addetti al Servizio Prevenzione e protezione (RSPP e ASPP) e i Rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza (RLS). Si può, dunque, affermare che ai fini di una maggiore garanzia di tutela della integrità psico-fisica dei lavoratori il legislatore ha inteso configurare un sistema di responsabilità allargato considerando importante la partecipazione di tutte le varie figure professionali, ognuno con i propri specifici compiti.

In conclusione, si porta, peraltro, l'attenzione sui soggetti maggiormente esposti al rischio stress lavoro-correlato.

Dalle indagini effettuate sul tema è risultato che tra le categorie più a rischio risultano proprio gli operatori sanitari, dai medici agli infermieri, ai semplici portantini e, in maniera più accentuata le donne; la causa principale viene rinvenuta nella carenza di organico e, quindi, nell'eccessivo carico di lavoro, ed in secondo luogo nei comportamenti prepotenti e nelle discriminazioni.

In particolare, è emerso, ad esempio, un livello molto alto di disagio psico-fisico in riferimento ai medici e agli infermieri¹⁹ impiegati nei turni di notte a causa del

sovraccarico lavorativo, in quanto proprio nelle ore notturne si registra sia la riduzione di personale, sia una maggiore pressione psicologica dei ricoverati che chiedono l'intervento sia del medico di turno che degli infermieri, anche per mere informazioni.

Ancora più significativa è la situazione dei medici²⁰; infatti, l'intensa attività lavorativa, i crescenti adempimenti burocratici, le maggiori attese dei pazienti e le forti responsabilità gravanti su di loro, producono un enorme stress al personale medico, che a sua volta viene a causare, pertanto, un brusco aumento di rischio errori; in particolare, nelle donne medico viene riscontrata una grande difficoltà a conciliare professione e famiglia.

3. Il percorso metodologico

Ai fini della identificazione dei fattori di rischio da stress lavoro-correlato viene definito il percorso metodologico, chiarendo che lo stesso deve essere compiuto con riferimento a tutti i lavoratori, dirigenti e preposti compresi e prendendo in esame non singoli ma gruppi omogenei di lavoratori (per esempio per mansioni o partizioni organizzative) che risultino esposti a rischi dello stesso tipo secondo una individuazione che ogni datore di lavoro può autonomamente effettuare in base alla effettiva organizzazione aziendale.

La procedura di valutazione è bifasica: essa prevede, infatti, una prima fase necessaria (la valutazione preliminare) consistente nella rilevazione di alcuni indicatori oggettivi e verificabili, ove possibile numericamente apprezzabili (eventi sentinella, fattori di contenuto del lavoro, fattori di contesto del lavoro); e in una seconda, eventuale, da attivare solo nel caso in cui dalla valutazione preliminare emergano elementi di rischio da stress lavoro-correlato e le misure di correzione

¹⁷ Cfr. *Stress lavoro-correlato*, Guida alle novità per professionisti, aziende e pubblica amministrazione, a cura di M. Gallo, Gruppo 24 Ore, inserto de *IlSole24Ore*, gennaio 2011.

¹⁸ Obblighi degli altri soggetti ai sensi del D.lgs. 81/2008: art. 19 - Obblighi del preposto; art. 20 - Obblighi dei lavoratori, art. 25 - Obblighi del medico competente. Per approfondimenti, G. VENETO, cit., pag. 51 e ss..

¹⁹ Ricerca effettuata dalla rivista trimestrale *Assistenza infermieristica e ricerca*.

²⁰ Studio condotto dai ricercatori dell'Università di Calgary sulle conseguenze dello stress lavorativo sull'attività medica.

adottate a seguito della stessa dal datore di lavoro, si rivelino inefficaci.

Nella prima fase possono essere utilizzate *liste di controllo* applicabili anche dai soggetti aziendali della prevenzione che consentano una valutazione oggettiva, complessiva e, quando possibile, parametrica degli indicatori.

In relazione alla valutazione dei fattori di contesto e di contenuto occorre sentire i lavoratori e/o i RLS/RLST. Nelle aziende di maggiori dimensioni è possibile sentire un campione rappresentativo di lavoratori. La scelta delle modalità tramite cui sentire i lavoratori è rimessa al datore di lavoro anche in relazione alla metodologia di valutazione adottata.

Sicché, qualora dalla valutazione preliminare non emergano elementi di rischio da stress lavoro-correlato tali da richiedere il ricorso ad azioni correttive, il datore di lavoro sarà unicamente tenuto a darne conto nel DVR e a prevedere un piano di monitoraggio; mentre, nel caso in cui si rilevino i suddetti elementi, si procede alla pianificazione ed alla adozione degli opportuni interventi correttivi e, se questi risultano inefficaci, si passa, nei tempi che la stessa impresa definisce nella pianificazione degli interventi, alla successiva fase c.d. di valutazione approfondita.

Quest'ultima, invero, prevede la valutazione della percezione soggettiva dei lavoratori, ad esempio attraverso differenti strumenti quali questionari, focus group, interviste semi-strutturate, sulle famiglie di fattori/indicatori di cui all'elenco sopra riportato. Tale fase fa riferimento ai gruppi omogenei di lavoratori rispetto ai quali sono state rilevate le problematiche. Inoltre, nelle aziende di maggiori dimensioni è possibile che essa venga realizzata tramite un campione rappresentativo di lavoratori, mentre nelle imprese che occupano fino a 5 lavoratori, in luogo dei citati strumenti di valutazione approfondita, il datore di lavoro può scegliere di utilizzare modalità di valutazione (es. riunioni) che garantiscano il coinvolgimento diretto dei lavoratori

nella ricerca delle soluzioni e nella verifica della loro efficacia.

La Commissione Consultiva provvederà ad elaborare una relazione entro 24 mesi dalla pubblicazione delle indicazioni metodologiche, a seguito dello svolgimento del monitoraggio sulle attività realizzate al fine di verificare l'efficacia della metodologia e per valutare l'opportunità di integrazioni.

I datori di lavoro che, alla data di approvazione delle citate indicazioni, abbiano già effettuato la valutazione del rischio da stress lavoro-correlato²¹

²¹ **La valutazione del rischio da stress lavoro-correlato** è parte integrante della valutazione dei rischi e viene effettuata dal datore di lavoro avvalendosi del Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione (RSPP), con il coinvolgimento del medico competente, ove nominato e previa consultazione del Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza (RLS/RLST). La valutazione deve essere compiuta con riferimento a tutti i lavoratori, compresi dirigenti e preposti, prendendo in esame non singoli ma gruppi omogenei di lavoratori che risultino esposti a rischi dello stesso tipo secondo una individuazione autonoma del datore di lavoro.

Procedura bifasica di valutazione:

A) Fase preliminare obbligatoria - rilevazione degli indicatori:

Eventi sentinella:

- indici infortunistici;
- assenze per malattia;
- turnover;
- procedimenti e sanzioni e segnalazioni del medico competente;
- specifiche e frequenti lamentele formalizzate da parte dei lavoratori.

Eventi da valutarsi sulla base di parametri omogenei individuati internamente alla azienda.

Fattori di contenuto del lavoro:

- 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;

Fattori di contesto del lavoro:

- 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).

Esito della prima fase:

coerentemente ai contenuti dell'accordo europeo dell'8 ottobre 2004 - così come recepito dall'Accordo Interconfederale del 9 giugno 2008 - non debbono ripetere l'indagine ma unicamente aggiornare la medesima nelle ipotesi previste dall'art. 29, comma 3, del D.lgs. n. 81/2008.

4. Responsabilità e sanzioni

Il T. U. in materia di sicurezza sul lavoro a fronte degli obblighi imposti stabilisce precise sanzioni²² in caso di mancato rispetto degli stessi. Le principali sanzioni²³ a carico del datore di lavoro e del dirigente previste dall'art. 55 e riscontrabili nel settore sanitario sono le seguenti.

Per il *solo datore di lavoro*:

1. **arresto da 3 a 6 mesi o ammenda da 2.500 a 6.400 euro** per la violazione dell'articolo 29, comma 1²⁴, ossia:

Se **non emergono** elementi di rischio da stress lavoro-correlato tali da richiedere il ricorso ad azioni correttive il datore di lavoro sarà unicamente tenuto a darne conto nel Documento di Valutazione del Rischio (DVR) e a prevedere un piano di monitoraggio.

Se **emergono** elementi di rischio da stress lavoro-correlato e le misure di correzione adottate a seguito della stessa, dal datore di lavoro, si rivelino inefficaci si passa alla

B) Seconda fase eventuale con pianificazione e adozione degli opportuni **interventi correttivi** (es., interventi organizzativi, tecnici, procedurali, comunicativi, formativi, etc). Se tali interventi risultano **inefficaci** con la fase di **valutazione approfondita** si valuta la percezione soggettiva dei lavoratori, attraverso strumenti quali questionari, focus group, interviste semi-strutturate, sulle famiglie di indicatori.

²² G. VENETO, op. cit., pag. 96 e ss..

²³ Sanzioni per gli altri soggetti responsabili previsti dal D.lgs. 81/2008: art. 56 - Sanzioni per il preposto; art. 58 - Sanzioni per il medico competente; art. 59 - Sanzioni per i lavoratori.

²⁴ Si applica la pena dell'arresto da 4 a 8 mesi se la violazione è commessa in aziende in cui si svolgono attività che espongono i lavoratori a rischi biologici di cui all'articolo 268, comma 1, lettere c) e d), ossia:

c) agente biologico del gruppo 3: un agente che può causare malattie gravi in soggetti umani e costituisce un serio rischio per i lavoratori; l'agente

- omessa valutazione dei rischi;
- valutazione dei rischi o redazione del DVR senza collaborazione del Rspg e del medico competente, nei casi di cui all'articolo 41;
- mancata nomina del Rspg;

2. **ammenda da 2.000 a 4.000 euro** in caso di adozione del DVR, in assenza degli elementi di cui all'articolo 28, comma 2, lettere b), c) o d), ossia:

- misure di prevenzione e di protezione attuate e dei dispositivi di protezione individuali adottati a seguito della valutazione;

- programma delle misure ritenute opportune per garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza;

- procedure per l'attuazione delle misure da realizzare, nonché dei ruoli dell'organizzazione aziendale che vi debbono provvedere;

- valutazione dei rischi e redazione del DVR senza la consultazione del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (art. 29, comma 2)

- mancata rielaborazione della valutazione dei rischi in occasione di modifiche del processo produttivo o della organizzazione del lavoro con conseguente aggiornamento delle misure di prevenzione (art. 29, comma 3);

- mancato aggiornamento del DVR entro 30 gg. (art. 29, comma 3).

3. **ammenda da 1.000 a 2.000 euro** per l'adozione del DVR in assenza degli elementi di cui all'articolo 28, comma 2, lettere a), primo periodo ed f), ossia:

- relazione sulla valutazione dei rischi con specificazione dei criteri adottati (lett. a) primo periodo);

- individuazione delle mansioni che eventualmente espongono i lavoratori a rischi specifici (lett. f).

biologico può propagarsi nella comunità, ma di norma sono disponibili efficaci misure profilattiche o terapeutiche;

d) agente biologico del gruppo 4: un agente biologico che può provocare malattie gravi in soggetti umani e costituisce un serio rischio per i lavoratori e può presentare un elevato rischio di propagazione nella comunità; non sono disponibili, di norma, efficaci misure profilattiche o terapeutiche.

Per il datore di lavoro e il dirigente:

1. arresto da 2 a 4 mesi o ammenda da 750 a 4.000 euro - per la mancata tempestiva consegna al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza di copia del DVR da lui richiesta (art. 18, comma 1, lettera o)); e rifiuto allo stesso di accedere ai dati relativi agli infortuni sul lavoro (art. 18, comma 1, lettera o));

2. arresto da 2 a 4 mesi o ammenda da 1.200 a 5.200 euro per violazione degli obblighi di cui all'articolo 18, comma 1, lettere c), e), f) e q), ossia:

- affidare i compiti ai lavoratori, tenere conto delle capacità e delle condizioni degli stessi in rapporto alla loro salute e alla sicurezza;
- prendere le misure appropriate affinché soltanto i lavoratori che hanno ricevuto adeguate istruzioni e specifico addestramento accedano alle zone che li espongono ad un rischio grave e specifico;
- richiedere l'osservanza da parte dei singoli lavoratori delle norme vigenti, nonché delle disposizioni aziendali in materia di sicurezza e di igiene del lavoro e di uso dei mezzi di protezione collettivi e dei dispositivi di protezione individuali messi a loro disposizione;
- prendere appropriati provvedimenti per evitare che le misure tecniche adottate possano causare rischi per la salute della popolazione o deteriorare l'ambiente esterno verificando periodicamente la perdurante assenza di rischio;
- omessa informazione dei lavoratori (art. 36, commi 1 e 2), formazione dei lavoratori (art. 37, comma 1), formazione dei dirigenti e preposti (art. 37, comma 7);

3. arresto da 2 a 4 mesi o ammenda da 1.500 a 6.000 euro per la violazione degli obblighi di cui all'articolo 18, comma 1, lettere a) e z) prima parte, ossia:

- nominare il medico competente per l'effettuazione della sorveglianza sanitaria nei casi previsti dal presente decreto legislativo;
- aggiornare le misure di prevenzione in relazione ai mutamenti organizzativi e produttivi che hanno rilevanza ai fini della salute e sicurezza del lavoro;

4. con l'ammenda da 2.000 a 4.000 euro per violazione degli obblighi di cui all'articolo 18, comma 1, lettere g), n), s) e v), e 35, comma 4, ossia:

- inviare i lavoratori alla visita medica entro le scadenze previste dal programma di sorveglianza sanitaria e richiedere al medico competente l'osservanza degli obblighi previsti a suo carico nel decreto;
- consentire ai lavoratori di verificare, mediante il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, l'applicazione delle misure di sicurezza e di protezione della salute;
- consultare il RIs nelle ipotesi di cui all'articolo 50;
- nelle unità produttive con più di 15 lavoratori, convocare la riunione periodica di cui all'articolo 35;
- mancata convocazione della riunione in occasione di eventuali significative variazioni delle condizioni di esposizione al rischio, compresa la programmazione e l'introduzione di nuove tecnologie che hanno riflessi sulla sicurezza e salute dei lavoratori (art. 35, comma 4).

5. con la sanzione amministrativa pecuniaria da 2.000 a 6.600 euro per mancata custodia del DVR presso l'unità produttiva alla quale si riferisce la valutazione dei rischi (art. 29, comma 4); violazione dell'obbligo previsto dall'articolo 35, comma 2 di sottoporre all'esame dei partecipanti nel corso della riunione:

- il documento di valutazione dei rischi;
- l'andamento degli infortuni e delle malattie professionali e della sorveglianza sanitaria;
- i criteri di scelta, le caratteristiche tecniche e l'efficacia dei dispositivi di protezione individuale;
- i programmi di informazione e formazione dei dirigenti, dei preposti e dei lavoratori.

6. sanzione amministrativa pecuniaria da 1.000 a 4.500 euro per la mancata informazione, ai sensi dell'articolo 18, comma 2, al servizio di prevenzione e protezione ed al medico competente in merito a:

- la natura dei rischi;

- l'organizzazione del lavoro, la programmazione e l'attuazione delle misure preventive e protettive;
- la descrizione degli impianti e dei processi produttivi;
- i dati di cui al comma 1, lettera r) e quelli relativi alle malattie professionali;
- e) i provvedimenti adottati dagli organi di vigilanza.

7. sanzione amministrativa pecuniaria da 50 a 300 euro in caso di mancata comunicazione in via telematica all'INAIL e all'IPSEMA, nonché per loro tramite, al sistema informativo nazionale per la prevenzione nei luoghi di lavoro di cui all'articolo 8, in caso di nuova elezione o designazione, i nominativi dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza; in fase di prima applicazione l'obbligo di cui alla presente lettera riguarda i nominativi dei rappresentanti dei lavoratori già eletti o designati (art. 18, comma 1, lettera aa).

5. Conclusioni

Tenuto conto dei vari aspetti analizzati e del quadro delineato, come ulteriore e naturale conseguenza non può non rilevarsi l'obbligo del risarcimento dei danni ex art. 2043 c.c. a carico del soggetto responsabile della errata gestione del lavoro.

Infatti, questa può determinare anche la violazione del diritto fondamentale alla libera esplicazione della personalità del lavoratore nel luogo di lavoro, tutelato dagli artt. 2 e 3 Cost., da cui deriva il diritto dell'interessato al risarcimento del danno patrimoniale conseguente al pregiudizio risentito nella vita professionale e di relazione²⁵.

In tal caso, il lavoratore che chieda la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno deve comunque fornirne la prova, costituendo ciò presupposto indispensabile per procedere ad una valutazione, anche equitativa, e la stessa può essere fornita anche mediante presunzioni²⁶.

²⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. lav. 27 agosto 2003, n. 12553.

²⁶ Cfr. Cass. civ., Sez. lav. 13 maggio 2004, n. 9129.

Di talché, non può essere trascurata la necessità di ampliare la copertura assicurativa anche in riferimento al danno da stress lavoro-correlato.

In un contesto particolarmente complesso ed affollato come quello sanitario la mancata adozione degli adeguati strumenti per rimediare alla carenza di organico, che è una delle cause principali di stress lavoro-correlato, ovviamente determina la necessità di individuare il soggetto che ne è responsabile.

Infatti, un'ulteriore diminuzione delle risorse disponibili provocherebbe oltre alla diminuzione della sicurezza dei pazienti sul proprio stato di salute, sia una crescente e generale sfiducia nella sanità, sia una pesante involuzione del sistema sanitario stesso.

Pertanto, la realizzazione di un piano di prevenzione/riduzione dello stress lavoro-correlato, produrrà sicuramente non solo una maggiore tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, ma anche rilevanti benefici economici e sociali sia per le aziende sia per l'intera collettività.

SICUREZZA SUL LAVORO E TUTELA DELLA SALUTE NELL'ORDINAMENTO TEDESCO

di Delia Maria De Caro

In Germania il tema della sicurezza sul lavoro e della tutela dei lavoratori è stato fin dal 1884 al centro del dibattito politico, sociale ed economico

In tal senso l'ordinamento giuridico tedesco è stato uno dei primi ordinamenti al mondo che ha avvertito l'esigenza primaria di predisporre adeguate forme di tutela dei lavoratori mediante una disciplina capillare in materia di sicurezza sul lavoro e tutela della salute.

Tale disciplina rinviene il suo paradigma normativo nell'**Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG)**, introdotto in Germania nel 1996 e recentemente modificato nel 2009, cui si affiancano numerose leggi speciali e regolamenti statali, uniti a norme antinfortunistiche emanate dai relativi enti assicurativi competenti.

Una parte di queste norme, dirette a tutelare i lavoratori, è suscettibile di applicazione in via immediata nei settori industriali e professionali specifici.

Inoltre particolare importanza rivestono le disposizioni concernenti le caratteristiche tecniche di strumenti ed apparecchiature sui posti di lavoro, l'impiego di

sostanze specifiche nel ciclo di produzione nonché, l'assunzione di determinate categorie di lavoratori.

L' **Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG)** ha dato attuazione, nell'ordinamento interno, alla Direttiva CEE 89/391, del Consiglio del 12/06/89, riguardante l'introduzione di misure volte a migliorare la sicurezza e la salute dei lavoratori sul luogo di lavoro e alla Direttiva 91/383/CEE, del 25/06/91, che comporta l'utilizzo di misure dirette a garantire la sicurezza e la salute dei lavoratori coinvolti in un rapporto di lavoro a durata determinata o in un rapporto di lavoro interinale, nonché la Direttiva

Seveso (e successivi aggiornamenti) che prescrive mappatura, controllo e adozione di regole più incisive per gli impianti più pericolosi.

Al fine di comprendere la *ratio* normativa della disciplina *de qua* e la sua portata innovativa e garantista all'interno dell'ordinamento tedesco, è opportuno procedere ad una breve disamina dei principi fondamentali su cui si regge l'intero sistema di prevenzione tedesco.

Il paragrafo 1 dell'**ArbSchG** rappresenta una disposizione di carattere generale in quanto, disciplinando l'ambito di applicazione delle disposizioni sulla sicurezza e sulla salute sui posti di lavoro, statuisce l'applicabilità delle norme *de quibus* a tutti i lavoratori dipendenti, compresi quelli del settore pubblico ed agricolo.

Le misure di prevenzione da attuare riguardano i seguenti ambiti, fra loro strettamente connessi:

- protezione di determinate categorie di persone;
- organizzazione della prevenzione all'interno dell'azienda;
- organizzazione dell'orario di lavoro;
- sostanze nocive e sostanze biologiche;
- macchinari, apparecchiature e impianti tecnici;
- movimentazione dei carichi;
- luoghi di lavoro e igiene aziendale;
- prevenzione medica sui posti di lavoro.

Responsabile della prevenzione e dell'attuazione di tali misure nelle aziende è, ai sensi dell'art. § 3 **ArbSchG - Grundpflichten des Arbeitgebers** - obblighi fondamentali del datore di lavoro - il datore di lavoro (*Der Arbeitgeber*), il quale è tenuto ad adottare tutte le misure precauzionali necessarie al fine di tutelare

adeguatamente la sicurezza sui luoghi di lavoro nonché a prevenire il rischio di infortuni che potrebbero pregiudicare la salute dei propri dipendenti.

In tal senso egli ha l'obbligo giuridico di creare condizioni di lavoro umane e dignitose nonché di accertare e riesaminare periodicamente l'efficienza e l'efficacia delle misure adottate e, se necessario, modificarle in seguito al verificarsi di circostanze sopravvenute. Difatti, egli deve predisporre la pianificazione e l'attuazione delle misure di prevenzione, nonché l'organizzazione dell'impresa, tenendo conto della natura delle attività da svolgere e del numero dei dipendenti.

Si tratta di obblighi giuridici che vengono imposti al datore di lavoro anche dalle norme antinfortunistiche adottate dagli Enti assicurativi contro gli infortuni.

Il datore di lavoro deve, inoltre, effettuare una precisa valutazione dei rischi aziendali suscettibili di tradursi in un danno per la salute dei lavoratori e, sulla base di tale giudizio da effettuarsi *ex ante* (non già sulla base di una prognosi postuma a seguito del verificarsi della lesione giuridicamente rilevante a danno del lavoratore), deve adottare misure protettive adeguate ed informarne immediatamente i dipendenti.

Particolare attenzione merita, inoltre, il paragrafo **§ 8 Zusammenarbeit mehrerer Arbeitgeber ArbSchG** - Cooperazione tra i datori di lavoro - il quale statuisce che i datori di lavoro sono tenuti a cooperare nella corretta attuazione delle norme di sicurezza al fine di salvaguardare adeguatamente la salute dei dipendenti.

Peraltro in capo ai datori di lavoro sussiste un vero e proprio obbligo di formazione e informazione nei confronti dei propri lavoratori ai sensi dei paragrafi - § 12 - **ArbSchG** - Unterweisung- Formazione, e § 14 - **Unterrichtung und Anhörung der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes** - Informazione e consultazione dei dipendenti del settore pubblico.

Il datore di lavoro, difatti, riserva una parte dell'orario lavorativo all'insegnamento delle principali misure di prevenzione e di tutela della salute.

La formazione comprende istruzioni pratiche adeguate alla specifica attività svolta dal singolo lavoratore e adatte allo sviluppo di rischio, opportunamente riviste in caso di mutamento delle circostanze e sopravvenienza di fattori nuovi.

I soggetti, inoltre, destinatari dei suddetti obblighi sono, (oltre al datore di lavoro), ai sensi del paragrafo **§ 13 - ArbSchG-Verantwortliche Personen** - Persone Responsabili - il rappresentante legale del datore di lavoro (*sein gesetzlicher Vertreter*), l'ente gestore di una persona giuridica, l'amministratore delegato, nonché eventuali persone delegate a questi compiti.

A fronte di obblighi giuridici così puntualmente disciplinati in tutti i loro elementi costitutivi, è possibile ravvisare chiaramente dalla disciplina *de qua*, una serie di diritti ed obblighi, sufficientemente caratterizzati, dei lavoratori

Infatti ai sensi del paragrafo **§ 15 ArbSchG - Pflichten der Beschäftigten** - Obblighi dei Lavoratori - i lavoratori sono tenuti a seguire diligentemente i corsi di formazione in materia di sicurezza e tutela della salute predisposti dal datore di lavoro, in un'ottica di leale e reciproca collaborazione. Ai lavoratori è altresì riconosciuto un vero e proprio diritto di presentare proposte e pareri al datore di lavoro su tutte le questioni concernenti la sicurezza e la tutela della salute sui posti di lavoro al fine di migliorarne la qualità.

I lavoratori hanno, inoltre, il diritto di sporgere reclami presso gli organi di vigilanza territorialmente competenti nel caso in cui il datore di lavoro, nonostante sia stato regolarmente informato circa il mancato rispetto e/o mancata adeguatezza delle prescrizioni di protezione, non vi abbia tempestivamente provveduto.

In Germania, infatti, i lavoratori sono generalmente associati ad enti di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

Peraltro, le imprese tedesche hanno costituito Enti mutualistici di categoria contro gli infortuni sul lavoro di cui, la maggior parte dei lavoratori dipendenti

rientra nella relativa competenza. Ne consegue che i lavoratori hanno provveduto a istituire Uffici tecnici di sorveglianza che monitorano costantemente, in stretta collaborazione con le autorità dei Länder competenti per la sicurezza sul lavoro (quali gli Uffici di protezione del lavoro e gli Ispettorati del lavoro), sulla corretta attuazione di tutte le disposizioni in materia di sicurezza sul lavoro e sull'adozione di adeguate misure di prevenzione.

Da questa disamina di carattere generale sulle disposizioni principali in materia di sicurezza e tutela della salute sui posti di lavoro nell'ordinamento tedesco, emerge chiaramente, qual è il principio informatore su cui si regge l'intera architettura logica del sistema tedesco.

Il principio cardine è, difatti, costituito, come sottolineato in sede di analisi di alcune delle disposizioni principali, dalla concreta cooperazione di tutti gli operatori coinvolti a vario titolo in materia: lavoratori, datori di lavoro, enti federali operano congiuntamente (la Mitbestimmung tedesca o Cogestione) secondo schemi collaborativi ben precisi, donde la necessità continua di predisporre sempre più adeguate misure di prevenzione in un'ottica di continue azioni sinergiche e di contemperamento di interessi contrapposti.

Il tutto è basato su una visione comune del sistema aziendale come luogo di crescita e formazione professionale in cui lavorare serenamente e adeguatamente tutelati.

E' questo che costituisce la chiave del successo in termini di efficienza ed efficacia della normativa de qua e del sistema tedesco *tout court*.

Penale del lavoro

LE ATTIVITA' DI PREVENZIONE DEL FENOMENO DEL MOBBING NEGLI AMBIENTI DI LAVORO

di Antonio Belsito

SOMMARIO: 1. Introduzione 2. Il fenomeno del mobbing. 3. Attività di prevenzione. 4. Gli interventi della Comunità Europea. 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Il fenomeno del mobbing ha assunto particolare risalto soprattutto negli ultimi anni e cioè da quando molti lavoratori subordinati, per lo più dipendenti delle pubbliche amministrazioni, hanno proposto ricorso al Giudice del Lavoro, chiedendo di essere risarciti e lamentando di essere stati vittime di reiterati comportamenti vessatori preordinati nel tempo dai diretti superiori allo scopo di mobbizzarli.

La diffusione di tale fenomeno in tutti gli ambienti di lavoro ha posto in risalto l'esigenza di intervenire soprattutto ai fini della prevenzione di queste attività vessatorie reiterate nel tempo.

Numerose sono state le proposte avanzate ed anche la Commissione Europea e lo stesso Parlamento Europeo sono intervenuti a più riprese per sollecitare da parte degli Stati membri la promozione di iniziative adeguate onde prevenire la patologia mobbizzante.

2. Il fenomeno del mobbing

Per mobbing deve intendersi una condotta tenuta dal datore di lavoro, o dai dirigenti, nei confronti del lavoratore, protratta nel tempo in violazione degli obblighi derivanti al datore di lavoro dall'articolo 2087 cod. civ. e consistente in reiterati comportamenti ostili che assumono la forma di discriminazione o di

persecuzione psicologica da cui consegue la mortificazione morale e l'emarginazione del dipendente nell'ambiente di lavoro, con effetti lesivi dell'equilibrio fisiopsichico e della personalità del medesimo¹.

Si evidenzia che la competizione tra colleghi ed anche l'eventuale flessibilità del contratto individuale di lavoro incidono materialmente sgretolando anche i rapporti sociali in azienda².

La responsabilità per "mobbing", ex art. 2087 cod. civ., sorge a carico del datore di lavoro nei confronti del dipendente sottoposto in azienda a comportamenti vessatori reiterati nel tempo, finalizzati intenzionalmente allo svilimento della sua professionalità ed alla mortificazione della sua dignità³.

Tuttavia gli estremi del "mobbing" non si ravvisano quando il lavoratore fondi la sua domanda risarcitoria su comportamenti rientranti nella discrezionalità imprenditoriale, quindi insindacabili in sede giudiziale e quando il periodo temporale cui si riferiscono gli stessi risultati essere troppo esiguo per consentire la realizzazione del

¹ Cass. civ., Sez. lav., 26 marzo 2010 n. 7382.

² Cfr. M. DEPOLO, *Mobbing: quando la prevenzione è intervento*, Milano, Franco Angeli, 2003, pag. 58: "Le relazioni sociali intrattenute sul posto di lavoro con i colleghi e superiori, il modo in cui siamo trattati da questi, il loro apprezzamento e riconoscimento, esercitano una forte influenza sull'immagine di sé, sul senso di identità, di dignità e di appartenenza ad un gruppo. Il gruppo formato dai colleghi di lavoro costituisce una delle reti sociali più importanti della vita adulta, la scarsa qualità di queste relazioni priva la persona di un importante fattore antistress. Se l'ambiente di lavoro viene vissuto come ostile ed insicuro, ecco che l'esperienza lavorativa perde la sua funzione di integrazione sociale e di realizzazione del sé, tornando a rappresentare un fattore di rischio per la qualità della vita dei lavoratori".

³ Corte di Appello di Torino, 25/10/2004, n. 1289.

processo patologico a danno del dipendente⁴.

La Consulta⁵ ha evidenziato che il fenomeno del mobbing può essere integrato sia da atti giuridici sia da comportamenti materiali i quali, anche se irrilevanti singolarmente, assumono rilievi quali elementi di una condotta complessiva caratterizzata da un intento di persecuzione e di emarginazione.

Il mobbing è ritenuto una fattispecie complessa costituita da più comportamenti vessatori dislocati in una determinata fascia temporale.

Secondo una nozione originariamente elaborata in ambito anglosassone e successivamente recepita dalla giurisprudenza, per *mobbing* può intendersi quel comportamento reiterato nel tempo da parte di una o più persone, (colleghi o superiori della vittima), teso a respingere dal contesto lavorativo il soggetto mobbizzato che a causa di tale comportamento in un certo arco di tempo subisce conseguenze negative anche di ordine fisico.

Tale definizione implica la necessità di accertare se sia stata concretamente realizzata una *continuità* nel tempo di **eventi persecutori non isolati tra loro**, rappresentativi di un'azione sistematica e teleologicamente mirata ai danni del lavoratore che, attraverso modalità aggressive e vessatorie, tendenti a determinarne la cessazione dall'impiego, avrebbero causato il suo grave stato di salute.

3. Attività di prevenzione

Una così importante attuale condizione che degenera in patologia rende indispensabile attivarsi affinché tutti gli interessati si adoperino anche in via preventiva.

La prevenzione, infatti, dovrebbe essere lo strumento principale da adottarsi per evitare che il conflitto quotidiano - che

nel nostro sistema può essere ritenuto anche normale nel rapporto di lavoro - degeneri in un conflitto mirato, ovvero in un'attività ritenuta mobbizzante.

L'attività di prevenzione del mobbing è fondamentale per migliorare la qualità della vita lavorativa, il benessere ed evitare l'emarginazione sociale creando un ambiente di lavoro positivo, prima che si presentino sintomi di disagio. Occorre pertanto creare i presupposti per una organizzazione sana.

Si tratta di fare in modo che proponendo attività di formazione, informazione e prevenzione si riesca in qualche modo a gestire i nascenti conflitti.

Sussistono una serie di tecniche formative preventive o alcuni corsi appositamente predisposti; da ultimo il D.lgs. 81/2008 e successive correzioni e modificazioni (T.U. su sicurezza e salute nei luoghi di lavoro) ha istituito il Responsabile del servizio di prevenzione e protezione⁶.

Sarebbe oltremodo opportuno espletare attività formative anche per consentire al lavoratore una autodifesa verbale.

In Italia sono stati costituiti alcuni "*comitati paritetici*" sul mobbing a seguito di accordi tra le parti sociali.

In qualche modo questi comitati si interessano anche di prevenzione e sarebbe oltremodo opportuno che gli stessi vengano adeguatamente compulsati per poter svolgere attività di formazione e prevenzione.

In particolare i "*comitati paritetici*" che si occupano del fenomeno del mobbing dovrebbero tutelare la salute organizzativa. Sono presenti per lo più negli enti pubblici anche se sinora non hanno effettuato intense attività di tutela, avendo per lo più raccolto dati statistici ed avviato le attività

⁴ Corte di Appello di Torino, 24/11/2004, n. 1631.

⁵ Corte Costituzionale 19 dicembre 2003, n. 359.

⁶ Il datore di lavoro per prevenire rischi e danni da lavoro deve intervenire con il Servizio di Prevenzione e Protezione istituito presso ogni azienda ex D.lgs. 81/2008 e con il medico competente aziendale che devono includere suggerimenti operativi della misura anti mobbing con la formulazione di un documento di consenso in grado di sollecitare il contestuale impegno etico del datore di lavoro in cui siano incentivati comportamenti leali, clima collaborativo scoraggiando attività vessatorie che potrebbero causare mobbing.

istituzionali formando altresì ad esempio i primi codici di condotta sul mobbing, alcuni hanno anche istituito sportelli di ascolto e si avviano ad effettuare corsi di formazione specifici.

Purtroppo si deve riscontrare un evidente ritardo nel nostro Paese a differenza degli altri comunitari decisamente più avanti sia nella ricerca sia nell'attuazione in ambito aziendale di tutte le attività utili alla formazione e prevenzione.

4. *Interventi della Comunità Europea*

La Comunità Europea è già intervenuta innanzitutto con una prima direttiva della Commissione del 1989 (n. 391/89)⁷ riguardante disposizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro ed attribuendo ai datori di lavoro la responsabilità al fine di garantire nell'ambiente di lavoro le condizioni idonee perché i propri dipendenti non vengano danneggiati da comportamenti mobbizzanti posti in essere da altri colleghi.

Ebbene i Paesi comunitari hanno in qualche modo recepito tale direttiva e le successive raccomandazioni e risoluzioni nel proprio ordinamento ed alcuni hanno promulgato apposite leggi anche ai fini dell'attività di prevenzione.

Secondo la direttiva comunitaria i datori di lavoro, per impedire il fenomeno del mobbing, dovrebbero provvedere a **consultare i lavoratori** intervenendo in maniera tempestiva e concreta per evitare il crearsi di situazioni che possano menomare il lavoratore sottoposto a reiterate vessazioni.

Il Parlamento Europeo - anche a seguito di raccomandazione della Commissione Europea del 27/11/1991 n. 131/92/CEE (sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini sul lavoro ... per istituire **comitati paritetici** sul fenomeno del mobbing) - è successivamente intervenuto

⁷ Direttiva 89/391/CEE del Consiglio, del 12 giugno 1989, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro.

con più risoluzioni⁸ invitando gli Stati membri a prevenire le attività mobbizzanti e le molestie sessuali negli ambienti di lavoro⁹.

Il Parlamento, evidenziando anche una responsabilità sociale delle imprese per mobbing nei luoghi di lavoro, ha altresì sollecitato gli Stati membri a promulgare normative possibilmente conformi con gli altri Paesi uniformando la definizione di mobbing che prevedano disposizioni specifiche per l'attività di prevenzione e lotta contro il mobbing e le molestie sessuali negli ambienti di lavoro garantendo iniziative al fine della formazione ed informazione dei lavoratori.

5. *Conclusioni*

L'attività di prevenzione è senza dubbio quella da prediligere ogni qualvolta dall'espletamento di alcune funzioni o comportamenti possa sussistere un rischio per la salute e la sicurezza del lavoratore.

⁸ Parlamento Europeo: risoluzione A3-0043/94 dell'11/02/1994 sulla designazione di un consigliere nelle imprese;

Parlamento Europeo: risoluzione A5-0283 del 20/09/2001 contro la violenza e le molestie nei luoghi di lavoro;

Parlamento Europeo: risoluzione A5-0234/2004 del 06/04/2004 relativa al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale.

Parlamento Europeo: risoluzione del 24/02/2005 sulla promozione della salute e sicurezza sul lavoro.

Parlamento Europeo: risoluzione del 15/01/2008 sulla strategia comunitaria 2007-2012 per la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro (2007/2146/INI).

⁹ N. GASPARRO, *Il Diritto sanitario*, Ed. Il Sole 24 Ore, Milano 2009: "... rispetto a tale problematica neppure la contrattazione collettiva è rimasta insensibile. Infatti, già con il Ccnl 2002-2005 della dirigenza medica, le parti, anche con riguardo alla risoluzione del Parlamento europeo del 20/09/2001, hanno riconosciuto la necessità di avviare adeguate e opportune iniziative al fine di prevenire e contrastare efficacemente la diffusione di tali situazioni, prevedendo (ex art. 7) l'istituzione di specifici Comitati paritetici, presso ciascuna Azienda o Ente, con compiti oltre che di raccolta dei dati, di individuazione delle possibili cause del fenomeno e di formulazione di proposte di azioni positive, anche per la definizione dei codici di condotta".

Come già evidenziato, a più riprese la Comunità Europea, da circa un decennio, sollecita i Paesi membri ad intervenire con forme di prevenzione per i danni alla salute negli ambienti di lavoro ivi compresi quelli che possono derivare dai comportamenti mobbizzanti.

Peraltro il datore di lavoro potrebbe già di sua iniziativa, in ossequio a quanto disposto dall'art. 32 della Costituzione e dall'art. 2087 del codice civile, adottare iniziative suggerite dagli "Osservatori antimobbing" volte a migliorare le condizioni delle attività lavorative e degli stessi ambienti di lavoro.

Il mobbing, in quanto disturbo della sfera psicopatologica e culturale in ambito lavorativo¹⁰, deve considerarsi innanzitutto quale fenomeno inerente l'organizzazione del lavoro oltre all'interesse del lavoratore danneggiato.

E' auspicabile che gli imprenditori provvedano a migliorare le attività di informazione dei propri lavoratori facendo in modo di ridurre anche attività monotone e ripetitive e consentendo magari qualche pausa di lavoro in più durante la giornata lavorativa.

Anche nella sanità pubblica dovrebbero incrementarsi protocolli secondo le indicazioni delle raccomandazioni scientifiche con attività utili alla valutazione psicologica del lavoratore.

E' auspicabile altresì che maturi una cultura della salute e della sicurezza negli ambienti di lavoro con interazioni sociali positive che impediscano l'insorgere di comportamenti vessatori e reiterati a danno di lavoratori che diventano soggetti deboli e

dare spazio, infine, a comitati paritetici che possano effettivamente preoccuparsi di una tutela della dignità dei lavoratori nel posto di lavoro.

Non credo che sia difficile: basta cominciare.

¹⁰ V. CUPELLI, *In tema di mobbing. Il punto di vista del medico del lavoro*, in *Il mobbing* (a cura di) P. TOSI, Ed. Giappichelli, Torino, 2004: " ... gli orientamenti attuali e gli organi di vigilanza sono tali che non viene accettato che un lavoratore possa andare incontro ad una patologia da stress a causa dell'esistenza di un disagio organizzativo all'interno dell'azienda per una omissione della valutazione del rischio. Quindi lo studio delle disfunzioni organizzative costituisce una metodologia analitica nota agli esperti di organizzazione del lavoro che devono prendere in considerazione le variabili collegate".

LE ESTREME CONSEGUENZE DEL MOBBING

di Sergio Di Bitetto

SOMMARIO: 1. La “fine” del mobbing. 2. Le principali ragioni sottese al fenomeno del mobbing. 3. La lotta al mobbing.

1. La “fine” del mobbing

Come il mobbing possa incidere sull'integrità psicofisica dell'individuo è difficile da determinare alla luce dei profili soggettivi delle vittime che possono contribuire nel qualificare o meno la condotta mobbizzante posta in essere dal mobber.

Diversi autori e studiosi affrontano il tema del suicidio come possibile conseguenza del mobbing.

H. Ege, sostiene che la vittima di mobbing, oggetto di vessazioni sul posto di lavoro e ignorato dai propri familiari, può ricorrere al suicidio affermando nel contempo che il fenomeno del mobbing può rappresentare una concausa del tragico gesto.

L'Osservatorio Nazionale Mobbing-Bossing individua nel suicidio la possibile reazione del soggetto mobbizzato, specie nelle società a più elevata elaborazione amministrativa e tecnocratica.

Alcuni studi di Leymann diedero esito negativo rispetto al nesso eziologico tra mobbing e suicidio.

Al riguardo, il medesimo Osservatorio ha rilevato che nel nostro paese dove questi studi sono molto più recenti, non possiamo ancora dare una valutazione di analoga gravità clinica del fenomeno Mobbing anche perché il danno psichico scaturito nel corso dei cosiddetti disturbi d'ansia, tra cui il disturbo post-traumatico da stress (DSM IV) e gli attacchi di panico, sono stati finora considerati quadri clinici autonomi e perciò slegati da una etiologia di ambiente

lavorativo, come pure slegati da risultati drammatici, quali il tentato suicidio ed il suicidio stesso, come conseguenza delle vessazioni da Mobbing.

Sicuramente la cronaca mondiale ci insegna come il suicidio possa rappresentare una delle conseguenze derivanti dalle condotte mobbizzanti subite nel contesto lavorativo.

La cronaca internazionale ha raccontato diversi episodi, soprattutto nel Nord Europa¹, accomunati dall'incapacità di reagire alle vessazioni continue e costanti poste in essere da colleghi, dirigenti o datori di lavoro.

Forse le condizioni economiche e sociali, la monotonia delle vicissitudini quotidiane, l'assenza di interessi o i caratteri particolarmente introversi possono rappresentare le principali cause di sconfitta verso il mobbing.

Particolare attenzione merita il caso di Rebecca Wells, anni 51, di professione impiegata nel settore della gestione del rischio presso il Dipartimento degli Interni in Los Angeles.

Il profilo della lavoratrice in esame rispetta i valori morali ed etici, sempre più assenti negli ambienti di lavoro attuali; la donna, “innamorata” del suo lavoro, è deceduta lavorando mentre effettuava una verifica per il proprio ufficio.

Fin qui una tragica finalit  se non fosse che la lavoratrice sia rimasta seduta al suo posto senza battito cardiaco per ben due

¹ In Svezia un'indagine statistica ha dimostrato che tra il 10 e il 20% del totale dei suicidi in un anno hanno avuto come causa scatenante situazioni da Mobbing; non solo in Svezia ma anche in Germania, migliaia di vittime di mobbing sono state spinte al pre-pensionamento o addirittura costrette a ricovero in cliniche psichiatriche per gravi disturbi mentali, in particolare per depressione con manifestazioni deliranti.

giorni, di fronte all'indifferenza dei suoi colleghi, "troppo" impegnati nel svolgere le proprie mansioni tanto da non rivolgerle uno sguardo. Gli stessi, interrogati sull'accaduto, più che fare *mea culpa* sottolinearono il *modus facendi* della Wells dedica "al lavoro, sempre al lavoro", fin troppo "stakanovista".

L'episodio dai risvolti macabri, ha calamitato le attenzioni del mondo lavorativo intero, preoccupato dall'idea di essere ignorato fino alla fine della propria esistenza.

Definire solo mobbing quanto accaduto a Rebecca Wells sarebbe riduttivo, in quanto questa vicenda causa una profonda riflessione sui rapporti umani prima che lavorativi.

Bisognerebbe meditare sulle condizioni lavorative che la lavoratrice ha dovuto accettare esportare nell'espletamento delle proprie mansioni così come sarebbe opportuno conoscere.

Inquietante è la vicenda che ha coinvolto, nel settembre del 2010, un trans di 35 anni, di Latina, operaio da 10 anni per la stessa azienda casearia, che dopo aver comunicato circa 5 anni addietro alle colleghe e ai dirigenti la sua decisione di cambiare sesso, ha cominciato il suo personale calvario, fatto di lettere di richiamo, percosse, insulti, isolamenti forzati, tanto da tentare di togliersi la vita tagliandosi le vene.

Di fronte a tale drammatico gesto, compiuto nel luogo di lavoro, nessuno gli ha prestato soccorso, tanto da costringerlo a richiedere l'ausilio di alcuni operai di un'azienda limitrofa².

² Per completezza, si riportano le dichiarazioni rilasciate dall'operaio ai microfoni di Lazio Tv: "Quando aprivo il mio armadietto negli spogliatoi trovavo ogni genere di rifiuti - ha spiegato - L'azienda mi creava problemi, venivo diffamato con delle lettere partite dall'amministrazione e poi mi hanno chiesto di licenziarmi. Ho cominciato a perdere i capelli e il peso, fino a 32 chili ... Le colleghe si sono spaventate ma nessuno mi ha soccorso. Sono stato stratonato dalla padrona, poi mi sono fatto aprire i cancelli e sono andato via cercando soccorso da alcuni operai di fronte. Di lì in poi non ricordo più niente, avevo perso molto sangue. Dall'azienda non

Questo episodio mostra palesemente una condizione lavorativa assurda, disumana e inaccettabile, sottolineando la complessità del fenomeno mobbing, connesso in tale vicenda all'omofobia e alla transfobia.

È opportuno evidenziare che tale fattispecie potrebbe collegarsi più a problemi di ordine culturale che al fenomeno del mobbing, sebbene i presupposti richiamati dalla Suprema Corte con la sent. 26 marzo 2010, n. 7282 siano apertamente rilevabili anche nel caso in esame.

L'episodio che ha visto drammaticamente coinvolto il giovane operaio configura un caso di mobbing in cui oltre alla violazione degli artt. 32 Cost., 41 Cost. e 2087 cod. civ., si è manifestata una deplorabile discriminazione sessuale (art. 21 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea) finalizzata a negare il diritto al lavoro (art. 4 Cost.).

La cronaca nazionale, inoltre, racconta del suicidio di Barbara De Luca, 31enne di San Lucido tolta la vita gettandosi da un ponte il 7 aprile del 2008, disperata per le pesanti pressioni subite sul luogo di lavoro.

Le indagini, iniziate subito dopo il ritrovamento di un biglietto nella borsa della 31enne in cui si faceva riferimento ad alcuni gravi problemi con i colleghi, hanno evidenziato che la ragazza prima avrebbe scoperto ammanchi di merce nel supermercato in cui lavorava, sospettando di un collega e poi si sarebbe rivolta alla direttrice chiedendole di fare indagini interne. Da quel momento la vita al lavoro di Barbara De Luca si è trasformata in un inferno: minacce, molestie, vessazioni, comportamenti persecutori, offese, umiliazioni rappresenterebbero gli "ingredienti" della condotta mobbizzante subita dalla vittima. Sottoposta a forti pressioni psicofisiche fino all'accusa anche di un furto relativo ad un ammanco di risme di carta sparite, addirittura antecedente alla sua assunzione, la ragazza ha fatto ricorso all'estremo gesto.

ho ricevuto nessuna chiamata. Ora c'è un procedimento giudiziario in corso, che spero mi aiuti a risolvere i miei problemi. Ho bisogno di giustizia".

6.1.1. *Le principali ragioni sottese al fenomeno del mobbing*

I terribili episodi, così come sopra raccontati, dimostrano le varie sfaccettature che possono collegarsi a qualsiasi rapporto di lavoro.

Sicuramente il contesto storico-sociale non aiuta a riqualificare positivamente il mondo del lavoro, dove ogni individuo risulta vittima di una concorrenza che, se da un lato, rientra tra le regole del mercato, dall'altro, provoca un effetto cascata, escludendo una serie di realtà imprenditoriali incapaci di reggere i ritmi imposti da altri scenari economici (India, Cina).

L'imprenditore diventa vittima di sé stesso, accecato dal desiderio di farcela, di sopravvivere o crescere a seconda dei propri obiettivi, impegnato nella ricerca del profitto e pronto a sacrificare il lavoratore di turno.

L'intento persecutorio è (spesso ma non sempre) "figlio" della strategia aziendale sposata dal datore di lavoro, il quale utilizza lo strumento delle vessazioni e dei comportamenti persecutori, costanti e protratti nel tempo (almeno sei mesi) al fine di ottenere l'auto-esclusione del proprio dipendente, ormai incapace di reagire al mobbing strategico di cui è rimasto vittima.

I lavoratori, a loro volta, consapevoli della situazione storico-sociale, diventano robot più che uomini, in una sorta di *game* "tutti contro tutti", disposti a "sgomitare" con amici e colleghi per il mantenimento del proprio posto di lavoro, nel rispetto a volte disumano di ogni direttiva del datore di lavoro.

Ecco spiegarsi il mobbing orizzontale, dove anche i lavoratori di pari livello, per consolidare maggiormente la propria posizione lavorativa, si preoccupano di promuovere azioni mobbizzanti verso il collega c.d. "debole", accerchiato dalla negatività del sistema delle relazioni interpersonali (c.d. mobbing emozionale).

La figura del mobber può nascondersi in ogni luogo di lavoro, perché le motivazioni

che possono portare alla realizzazione di condotte mobbizzanti sono molteplici.

Sicuramente il datore di lavoro, ai sensi del combinato disposto art. 41 Cost. e 2087 cod. civ., deve svolgere un ruolo fondamentale per il contrasto al mobbing e ai suoi derivati.

6.1.2. *La lotta al mobbing*

Per realizzare quello che ormai è definito da tutti "un sogno" servirebbero forse, da un lato, maggiori incentivi per coloro che, in questo periodo di profonda crisi, hanno il coraggio di svolgere attività imprenditoriali dalle quali diverse famiglie attingono le loro risorse vitali; dall'altro lato, sarebbe opportuno ricercare una cultura sociale dove datori di lavoro e lavoratori "cammino insieme" verso la medesima direzione, consapevoli e rispettosi dei rispettivi interessi, cercando un equilibrio efficiente e proficuo tra i loro ruoli.

Il caso Montana Alimentari s.p.a. *docet*.

L'ambiente di lavoro non può essere fucina di malumori ed invidie, tali da provocare il "massacro" di colleghi o subordinati. L'etica quale strumento di riflessione può aiutare la società attuale a restituire dignità al lavoratore, sempre più "tutelato" dalle diverse normative così come sempre meno garantito da un contesto politico troppo "furbo" nel dimenticare le condizioni lavorative della gran parte della popolazione.

La lotta alla sopravvivenza caratterizzante il mondo del lavoro non può e non deve diventare uno strumento in mano ai datori di lavoro per abbassare ulteriormente il loro grado d'attenzione nelle proprie aziende, poiché le condizioni di sicurezza sul luogo di lavoro bisogna intenderle in senso lato, a tutela dell'integrità psicofisica di ognuno, in una prospettiva che regali ad ogni lavoratore le condizioni migliori per esprimere la propria professionalità e capacità a beneficio degli interessi del rispettivo datore di lavoro.

FORMAZIONE CONTINUA

FORMAZIONE DELLA PERSONA, LAVORO ED ETICA PROFESSIONALE

di Sergio Di Bitetto

In una società sempre più globale, che presenta nuove esigenze e che s'interfaccia costantemente con le nuove realtà emergenti (vedi Cina e India), il lavoratore deve essere preparato non solo culturalmente ma anche tecnicamente attraverso il ruolo centrale della formazione che ha inizio nella scuola, vista non solo come culla del sapere, ma anche come luogo in cui sperimentare sul campo.

Oggi, parlare di "formazione professionale" configura il classico stereotipo di condanna ad un ruolo minore e residuale rispetto a quello dell'istruzione liceale.

Questo pregiudizio storico non permette di considerare la formazione professionale un'occasione per significative maturazioni educative, culturali ed etico-sociali di giovani non orientati agli studi più teorici, tipici dei classici percorsi d'istruzione, ma non per questo privi di capacità e di eccellenza umane, intellettuali e professionali.

Pertanto il compito attribuito alla formazione professionale è di rappresentare l'anello di congiunzione tra scuola e lavoro per i giovani, nonché riqualificare i lavoratori alla luce della programmazione economica.

Da ciò deriva la necessità di metterla sempre più in comunicazione con l'impresa, al fine di formare figure professionali pronte ad affrontare realmente il "complesso" mercato del lavoro; in particolare, è necessaria la formazione continua, nota anche come *life long program* durante tutto l'arco della vita professionale, al fine di affrontare al meglio le nuove e variabili esigenze del mercato del lavoro.

Il caso Italia dimostra come l'integrazione impresa-scuola sia pressoché

assente e che ci sia un pregiudizio diffuso nei confronti di una formazione non accademica che spesso si dimostra troppo teorica e lontana dalle reali esigenze delle aziende.

E' particolarmente accentuato il problema della palese contraddizione che vive l'istruzione tecnica e professionale, molto forte in uscita, in quanto il mercato del lavoro e il sistema produttivo cercano intensamente diplomati con forti capacità tecniche e pratiche contro una formazione accademica fondamentalmente teorica e piatta.

Se è vero che appaiono in crescita le professioni più qualificate e l'assunzione di laureati, è altrettanto vero che restano nettamente prevalenti gli impieghi di minor livello di qualificazione e di istruzione; la crescita di professioni ad elevato livello di specializzazione riguarda quasi esclusivamente le imprese di dimensioni medio - grandi contrapponendosi una componente di imprese piccole e meridionali meno dinamiche, la cui struttura occupazionale è incentrata su mestieri meno qualificati.

Occorre rilevare che l'attenzione della società attuale verso figure professionali dedite alle funzioni più importanti e strategiche contrasta con il fattore lavoro, in quanto l'innalzamento dei livelli di qualità, innovazione, produttività e competitività delle imprese e dei sistemi produttivi, l'incremento dei livelli d'istruzione non aumenta di per sé l'occupabilità, ossia le probabilità d'impiego, anzi spesso ne costituisce un *handicap*.

Il sistema imprenditoriale riscontra notevoli difficoltà nel valorizzare i titoli di studio così come oggi configurati, alla luce della sfiducia verso l'offerta scolastico-

formativa ed in particolare, quella universitaria troppo teorica e lontana dalle concrete esigenze della vita produttiva, ragion per cui le imprese lamentano la carenza di laureati e diplomati a livello di alta formazione professionale.

In tale contesto la presenza di un grandissimo numero di indirizzi e programmi di studio, finisce per contribuire non tanto ad un effettivo arricchimento dell'offerta formativa e della sua qualità, quanto piuttosto a generare confusione e distacco tra domanda e offerta di formazione.

La necessità di una formazione continua, completa e al passo con i tempi è strettamente connessa alla centralità dei diritti e dei doveri del lavoratore che, insieme, vanno a concorrere ad una migliore integrazione tra professione, regole e codici di comportamento.

Si assiste ad un proliferare di codici deontologici che stabiliscono il campo delle attività moralmente lecite comprendendo altresì le motivazioni e gli atteggiamenti personali che rendono concretamente possibile un intervento professionale competente e al tempo stesso rispettoso dell'altro (cd. dimensione etica del lavoro).

I principi etici sono dotati di universalità e ed orientano ogni attività dell'uomo compresa la stessa attività professionale costituendone la sua virtù.

E' proprio grazie a quest'ultima che la deontologia professionale si congiunge all'etica.

La deontologia professionale rappresenta l'insieme di principi, regole e consuetudini che ogni professionista deve osservare ed alle quali deve ispirarsi nell'esercizio della sua professione al fine di rendere concreti i fini sociali dello Stato.

Il lavoro, secondo le correnti di etica del lavoro, è autentico solo se offre al soggetto la motivazione per esprimere la propria personalità in ciò che fa lavorando.

La società attuale vede al centro di tutto la persona e, insieme ad essa, i suoi diritti e i suoi doveri che, insieme, vanno a concorrere ad una migliore integrazione tra professione, regole e codici di comportamento.

Come ha scritto Da Re "la professione implica un insieme di regole e alcuni modelli di eccellenza, ai quali il partecipante deve cercare di uniformarsi"¹.

Per non farsi trovare impreparati di fronte allo "scorrere del tempo" è necessario porre la crescita e l'occupazione come macro-obiettivi da perseguire con politiche che si sostengano reciprocamente e fortemente interconnesse, coerenti con le esigenze del mercato del lavoro.

Bisogna cercare di creare opportunità formative il più possibile personalizzate, che garantiscano ai singoli maturazione personale, mobilità, aggiornamento, standard condivisi.

È necessario richiamare il principio di sussidiarietà al fine di sottolineare la necessità del rafforzamento della coesione sociale e territoriale nell'ottica di una crescita globale delle nostre realtà economiche

Per raggiungere tali obiettivi è opportuno un mutamento della filosofia complessiva da un approccio programmatico a un approccio strategico in cui gli Stati con le competenze specifiche, derivanti dal Trattato di Lisbona, mirino ad un'organizzazione interna sempre più efficiente e competitiva con ciò favorendo la cooperazione tra Stato e singole Regioni in termini di uguaglianza nell'offerta formativa con l'obiettivo di garantire equità nella qualità della preparazione.

Nello specifico, è utile ricordare che l'art.117 Cost. attribuisce alla competenza legislativa regionale cd. residuale la materia istruzione e formazione professionale.

In conclusione, occorre rilevare che il tema "formazione" dev'essere valutato e analizzato con maggiore serietà.

Il dopoguerra ha lasciato valori che la società attuale sta pian piano perdendo. Ecco perché bisogna dare centralità alla dimensione educativa e culturale del lavoro nel rispetto degli artt. 1, co. 1, (*l'Italia è una Repubblica democratica fondata sul*

¹ A. Da Re, *Percorsi di etica*, Padova, 2007, pp.135 - 136, Cap. VI, *Vita professionale ed etica*, pp. 135 - 136.

lavoro) e 4, comma 4 (Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società) della nostra Costituzione.

RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE

Questioni di legittimità costituzionale

INCOSTITUZIONALE L'ART. 32, COMMA 5 E 6 DEL COLLEGATO LAVORO Due sentenze a confronto

di Tiziana Valeriana de Virgilio

Corte di Cassazione - Sezione lavoro
Ordinanza interlocutoria
28 gennaio 2001 n. 2112
(Pres. Roselli - Cons. Rel. Zappia)

* * * * *

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con ricorso al Tribunale di Pisa C.C. affermava l'illegittimità del termine di durata apposto al contratto del 17 agosto 2000, con cui la s.p.a. Poste italiane lo aveva assunto al lavoro, e la conseguente conversione del negozio in contratto a tempo indeterminato. Egli chiedeva perciò che la società, che si era avvalsa del termine e l'aveva estromesso dall'azienda, fosse condannata a riammetterlo in servizio ed a risarcirgli il danno da sospensione del rapporto di lavoro.

Il Tribunale rigettava la domanda ma la Corte di Firenze, in accoglimento dell'appello del C. , accertava il contratto a tempo indeterminato e condannava la società a riammettere il lavoratore in servizio ed a risarcirgli il danno, pari alle retribuzioni con accessori, a partire dal 26 settembre 2002, ossia dal giorno in cui egli aveva offerto le proprie prestazioni attraverso la comunicazione, anche alla datrice di lavoro, della richiesta del tentativo di conciliazione obbligatoria di cui all'art. 410 c.p.c..

Contro questa sentenza la s.p.a. Poste italiane proponeva ricorso per cassazione mentre il C. resisteva con controricorso.

Col primo motivo la ricorrente lamentava la violazione della L. 28 febbraio 1987, n. 56, art. 23; col secondo la violazione dell'art. 1362 c.c. e segg.; col terzo la violazione degli artt. 1217 e 1223 c.c.. In sintesi, essa rilevava come la Corte territoriale, dopo aver riconosciuto che il contratto a termine era stato concluso in base all'art. 8 c.c.n.l. del 1994, a sua volta stipulato

ex L. n. 56 del 1987, avesse ritenuto tuttavia illegittimo il termine poichè l'autorizzazione della contrattazione collettiva all'apposizione era valida fino al 30 aprile 1998. In tal modo, osservava la ricorrente, la Corte non aveva tenuto conto che la citata legge aveva delegato le parti sociali ad individuare ipotesi ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge per la stipulazione di contratti di lavoro temporanei e che tale delega era stata attuata dalla serie di contratti collettivi stipulati dal 1994 al 2001. La ricorrente deduceva in subordine che in ogni caso il lavoratore aveva mostrato tacitamente di voler sciogliere il contratto, avendo lasciato trascorrere circa due anni prima di chiederne il mantenimento.

Erroneamente, per di più, la Corte di merito non aveva sottratto all'ammontare del danno quanto percepito da lui per effetto del lavoro prestato nel frattempo per altro datore di lavoro.

Rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale.

2. I motivi ora detti di ricorso per cassazione non appaiono fondati.

Le relative argomentazioni sono state più volte rigettate da questa Corte, la quale ha notato come l'autorizzazione alla stipula di contratti di lavoro temporanei fosse stata espressa dalle parti sociali, sulla base della L. n. 56 del 1987, art. 23, con c.c.n.l. del 1994, integrato dall'accordo 16 gennaio 1998, che ha posto un termine ultimo al 30 aprile 1998. Il termine apposto ai contratti individuali conclusi dopo questa data deve perciò considerarsi illegittimo ed il rapporto di lavoro opera a tempo indeterminato (ex multis Cass. n. 15331 del 2004). Nel caso di specie pertanto il lavoratore estromesso dall'azienda per la, erroneamente ritenuta, operatività del termine ha diritto al risarcimento del danno da perdita delle retribuzioni, da calcolare secondo le regole di diritto comune, come ha esattamente ritenuto la Corte d'appello sulla base delle

norme vigenti nel momento di emissione della sua pronuncia.

Incensurabile è poi la valutazione di fatto espressa dalla stessa Corte, la quale ha negato gli elementi idonei a ravvisare la tacita manifestazione della volontà di risolvere il contratto.

Esattamente, infine, la Corte ha escluso l'*aliunde perceptum* per genericità del motivo di gravame e per difetto di prova.

3. Tuttavia la sentenza di condanna da essa emanata dovrebbe essere cacata. Infatti durante il giudizio di cassazione è entrato in vigore la L. 4 novembre 2010, n. 183, art. 32, che innova in materia di contratto di lavoro a tempo determinato. Il comma 5 stabilisce che, nei casi in cui questo si converta in contratto a tempo indeterminato a causa dell'illegittima apposizione del termine, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento in favore del lavoratore stabilendo un'indennità "onnicomprendiva" nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Il comma 6, dimezza questa indennità in presenza di contratti ovvero accordi 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 specifiche graduatorie. Il comma 7, precisa doversi applicare i commi ora detti a "tutti i giudizi, compresi quelli pendenti alla data di entrata in vigore della legge" (24 novembre 2010). Seguono disposizioni per eventuali, ulteriori accertamenti di fatto nella fase di merito.

4. Ritiene questo collegio che la sopra riportata espressione del comma 7 debba essere riferita altresì ai giudizi di cassazione, anche se le disposizioni si riferiscono espressamente al giudizio di merito.

Infatti la soluzione negativa, ossia l'esclusione della fase di cassazione dall'ambito di previsione della norma, equivarrebbe a discriminare tra situazioni diverse in base alla circostanza, del tutto accidentale, di una pendenza della lite giudiziaria (in una od altra fase) tra le parti del rapporto di lavoro. Più precisamente, la situazione sostanziale dei lavoratori sarebbe assoggettata ad un regime risarcitorio diverso, a seconda che i processi

pendano nel merito oppure in cassazione. Discriminazione ritenuta illegittima dalla Corte cost. con sent. n. 214 del 2009, e tanto più grave quando si pensi che i lavoratori destinatari della nuova legge potrebbero dover restituire le retribuzioni percepite sulla base della sentenza di merito provvisoriamente eseguita, nella parte eccedente il massimo dell'indennità spettante.

5. Ciò comporta che la sentenza qui impugnata dovrebbe essere cassata con rinvio affinché il giudice di merito, esercitati i poteri istruttori di cui al comma 7, determini l'indennità spettante, certamente in misura inferiore a quella dovuta ai sensi della normativa previgente, ossia dal 26 settembre 2002 fino alla riammissione al lavoro, che nella specie non risulta essere avvenuta.

Appare pertanto rilevante la questione di legittimità costituzionale dei suddetti commi 5 e 6, in riferimento agli artt. 3, 4, 24, 111 e 117 Cost., per le ragioni che di seguito si espongono. Non manifesta infondatezza delle questioni.

6. Sembra doversi anzitutto così ricostruire gli scopi perseguiti dal Legislatore.

A) E' orientamento consolidato nella giurisprudenza di questa Corte che, nel caso in cui il datore di lavoro si sia avvalso di un termine illegittimamente apposto al contratto ed abbia perciò allontanato il dipendente dal posto di lavoro, così rendendosi inadempiente agli obblighi assunti con lo stesso contratto, non si applica la tutela reale di cui alla L. n. 300 del 1970, art. 18. Il comportamento del datore non incide sulla continuità del rapporto, che rimane idoneo alla produzione dei propri effetti. Tuttavia, trattandosi di contratto a prestazioni corrispettive, ciò non comporta il diritto del lavoratore alla corresponsione delle retribuzioni che sarebbero maturate dall'inizio del periodo di inattività ma solo il diritto al risarcimento del danno, da determinarsi in base alle regole generali sull'inadempimento delle obbligazioni contrattuali, senza che sia necessaria una formale costituzione in mora del datore, occorrendo tuttavia e pur sempre che il lavoratore non abbia tenuto una condotta incompatibile con la volontà di proseguire il rapporto ed abbia messo a disposizione della controparte le proprie prestazioni lavorative (Cass. Sez. un. 8 ottobre 2002 n. 14381, Sez. lav. 18 febbraio 2003 n. 2392, 18 maggio 2006 n. 11670).

B) Quanto alla determinazione quantitativa del danno derivante dall'inadempimento di un

contratto di durata, essa dipende da scelte discrezionali dei giudici di merito nell'applicazione degli artt. 1223, 1224, 1226 e 1227 c.c..

In particolare, nel contratto di lavoro subordinato, il danno sopportato dal lavoratore, che non ha percepito la retribuzione per essere stato illegittimamente privato dal datore della possibilità di eseguire la prestazione lavorativa e non gode della tutela dell'art. 18 stat. lav., dev'essere liquidato:

a) attenendosi ai criteri dell'art. 1223 cit., che prescrive di comprendere nel danno la perdita delle retribuzioni, sottraendo però quanto il lavoratore abbia fruttato ed eventualmente percepito per avere eseguito un altro lavoro, in posizione di subordinazione o di autonomia (c.d. aliunde perceptum). La prova dell'esecuzione di quest'altro lavoro è a carico del datore, tenuto al risarcimento.

b) Essendo il danno pari alle retribuzioni non percepite, per le parti di retribuzione legate a prestazioni effettive e meramente eventuali (ad es. per prestazioni saltuarie, per lavoro straordinario, ecc), il danno, solamente ipotetico, non può che essere limitato alla perdita della possibilità di guadagno (perde de chance), da liquidare con valutazione equitativa (art. 1226 cit.) e perciò variabile a seconda dei giudici.

c) Il danno è dovuto a partire dal momento in cui il lavoratore abbia posto a disposizione del datore le proprie energie lavorative ossia dal momento in cui abbia offerto formalmente la propria prestazione, potendo nascere incertezze interpretative in ordine alla concreta idoneità della forma,

d) Trattandosi di azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro e quindi di azione imprescrittibile, il lavoratore, prima dell'entrata in vigore dell'art. 32 cit., comma 3, lett. d., poteva prolungare sine die il tempo dell'azione di nullità e per dieci anni (art. 2946 c.c.) quello dell'azione risarcitoria; dopo la entrata in vigore del comma 3 ora cit., entro il termine di decadenza ivi previsto. Egli può così aumentare la misura del danno, esponendosi bensì all'eccezione di concorso del creditore nel fatto colposo (art. 1227 cit.), il cui ammontare verrebbe però ad essere ridotto dal giudice secondo criteri discrezionali e perciò, ancora una volta, variabili.

Tutto ciò può dar luogo, per l'impresa obbligata a centinaia di risarcimenti, ad esborsi di misura

non prevedibile e perciò ad incertezza sui bilanci preventivi, che si traduce in un grave pregiudizio patrimoniale. A questa incertezza sembra aver voluto porre rimedio il legislatore del 2010, unificando il criterio di liquidazione del danno dovuto ai lavoratori. Ancora, la legge sembra destinata, come altre precedenti nella materia, ad arginare l'eccessivo ampliamento di organico delle imprese, dovuto alla conversione a tempo indeterminato di numerosi contratti di lavoro a termine.

7. Considerate queste *rationes legis*, non pare potersi seguire la tesi, proposta da una parte della dottrina, secondo cui l'indennità in questione non escluderebbe il (ma anzi dovrebbe aggiungersi al) risarcimento del danno, sopportato dal datore e da liquidare secondo le sopra dette regole di diritto comune. Anche l'espressione "onnicomprensiva", adoperata dal Legislatore, acquista significato solo escludendo qualsiasi altro credito del lavoratore, indennitario o risarcitorio.

8. E' ancora da premettere che la liquidazione di un'indennità contenuta in poche mensilità retributive non sembra contrastare con l'art. 3 Cost., comma 1, a causa del trattamento sfavorevole riservato al lavoratore precario, unico contraente spogliato della pienezza dei rimedi previsti dalla disciplina generale dei contratti.

Le sopra dette ragioni dell'intervento legislativo in questione bastano a giustificare la diversità di trattamento ossia il sacrificio imposto alla parte del contratto a termine.

Il comma 5 in questione non contrasta neppure con l'art. 36 Cost., comma 1, poichè esso ha per oggetto un'indennità, sia pure misurata sull'ammontare della retribuzione, ma non una retribuzione da corrispondere per lavoro effettivamente prestato.

9. Non è, per contro, manifestamente infondato il dubbio di contrasto fra i commi 5 e 6, della L. n. 183 del 2010, art. 32, ed i principi di ragionevolezza nonchè di effettività del rimedio giurisdizionale, espressi nell'art. 3 Cost., comma 2, artt. 24 e 111 Cost.. Le dette disposizioni della legge sembrano anche ledere il diritto al lavoro, riconosciuto a tutti i cittadini dall'art. 4 Cost..

Il danno sopportato dal prestatore di lavoro a causa dell'illegittima apposizione del termine al contratto è pari almeno alle retribuzioni perdute dal momento dell'inutile offerta delle proprie prestazioni e fino al momento dell'effettiva

riammissione in servizio. Fino a questo momento, spesso futuro ed incerto durante lo svolgimento del processo e non certo neppure quando viene emessa la sentenza di condanna, il danno aumenta col decorso del tempo ed appare di dimensioni anch'esse non esattamente prevedibili. Il rimedio apprestato dall'art. 32, commi 5 e 6, in questione non può essere assimilato all'indennità prevista dalla L. 15 luglio 1966, n. 604, art. 8, ed alternativa all'obbligo di riassunzione. L'ipotesi dell'art. 8 non riguarda il ristoro di un danno derivante dalla non attuazione di un rapporto di durata, ossia di un danno di un ammontare che aumenta col trascorrere del tempo, giacché il diritto all'indennità esclude il diritto al mantenimento del rapporto.

La liquidazione di un'indennità eventualmente sproporzionata per difetto rispetto all'ammontare del danno può indurre il datore di lavoro a persistere nell'inadempimento, eventualmente tentando di prolungare il processo oppure sottraendosi all'esecuzione della sentenza di condanna, non suscettibile di realizzazione in forma specifica. Nè verrebbe risarcito il danno derivante da una sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa, causata dal rifiuto del datore.

Tutto ciò vanifica il diritto del cittadino al lavoro (art. 4 Cost.) e nuoce all'effettività della tutela giurisdizionale, con danno che aumenta con la durata del processo, in contrasto con il principio affermato da quasi secolare dottrina processualista, oggi espresso dall'art. 24 Cost., e art. 111 Cost., comma 2, e che esige l'esatta, per quanto materialmente possibile, corrispondenza tra la perdita conseguita alla lesione del diritto soggettivo ed il rimedio ottenibile in sede giudiziale.

10. Sembra altresì sussistere un contrasto con l'art. 117 Cost., comma 1, per violazione dell'obbligo internazionale assunto dall'Italia con la sottoscrizione e ratifica della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, il cui art. 6, comma 1, nel volere il diritto di ogni persona al giusto processo, impone al potere legislativo di non intromettersi nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influire sulla decisione di una singola controversia o su un gruppo di esse. La Corte costituzionale con sent. n. 311 del 2009 ha escluso che l'incidenza di una norma retroattiva su processi in corso si ponga

automaticamente in contrasto con la Convenzione cit..

Tuttavia nella medesima sentenza la Corte ha precisato, sulla base della giurisprudenza della Corte EDU, che detta incidenza può ritenersi giustificata solo da ragioni imperative di interesse generale. Ciò avviene quando il legislatore nazionale sia indotto all'emanazione di una norma di interpretazione autentica e perciò retroattiva, destinata ad operare anche nei processi pendenti e dettata dall'esigenza di accertare l'originaria intenzione del legislatore; oppure dalla necessità di ristabilire la parità di trattamento di situazioni analoghe nei rapporti di lavoro pubblico; o ancora, di rimediare ad un'imperfezione tecnica della legge interpretata (vedi anche Corte cost. sent. n. 1 del 2011).

A questo collegio sembra, anche in considerazione delle rationes legis qui indicate nel par. 6, che le disposizioni legislative ora impugnate possano bensì ritenersi dettate da motivi di opportunità economica, ma non da ragioni "imperative" di interesse generale. Nè vi sono necessità parificatrici in rapporti di lavoro pubblico, giacché le disposizioni sono di applicazione generale in ambito privatistico. Non erano infine di dubbia interpretazione o tecnicamente imperfette le norme di diritto comune in tema di risarcimento del danno subito dal lavoratore, come costantemente interpretate dalla giurisprudenza lavoristica.

E' vero che alcune delle imprese private, come quella attualmente in causa, possono rendere un servizio di interesse generale, ma rimane dubbio che perdite economiche derivate da un comportamento illegittimo dell'imprenditore possano essere legittimamente concentrate sui lavoratori dipendenti.

11. Il contrasto delle disposizioni legislative in questione col diritto del cittadino al lavoro, di cui all'art. 4 Cost., è reso manifesto anche dalla non aderenza di esse alla giurisprudenza comunitaria. La sproporzione fra la tenue indennità ed il danno, che aumenta con la permanenza del comportamento illecito del datore di lavoro, sembra contravvenire all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 ed allegato alla direttiva 1999/70, che impone agli Stati membri di "prevenire efficacemente l'utilizzazione abusiva di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato ... ossia misure che devono rivestire un carattere non soltanto

proporzionato, ma anche sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro" (Corte CE sent. e. 212/04, Adeneler). "Ne consegue che, qualora si sia verificato un ricorso abusivo a contratti di lavoro a tempo determinato successivi, si deve poter applicare una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela dei lavoratori al fine di sanzionare debitamente tale abuso ed eliminare le conseguenze della i violazione del diritto comunitario" (Corte CE sent. da C 378/07 a C 380/07, Angelidaki).

12. A rafforzamento degli argomenti sopra svolti sembra opportuno ricordare che l'art. 614 bis c.p.c., - che sanziona la non attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare giudizialmente accertati attraverso una condanna al pagamento di una somma di denaro, dovuta per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento giudiziale - è stato assai severamente criticato dalla dottrina nella parte in cui esso è dichiarato espressamente non applicabile alle controversie di lavoro, ed alle critiche si è potuto contrapporre da altra dottrina solamente il regime di tutela reale disposto dalla L. 20 maggio 1970, n. 300, art. 18, sufficiente a tutelare il lavoratore che abbia ottenuto una sentenza di condanna ad un fare infungibile, a carico del datore di lavoro. Ivi è infatti prevista, in conseguenza della dichiarazione di inefficacia o di nullità, oppure di annullamento, del licenziamento, la condanna del datore alla reintegrazione del lavoratore ed al risarcimento del danno attraverso un'indennità commisurata alla retribuzione dal giorno del licenziamento fino "al momento dell'effettiva reintegrazione". Ebbene, i commi 5 e 6, i questione escludono ogni tutela reale e lasciano così la possibile, grave sproporzione fra indennità e danno effettivo, connesso al perdurare dell'illecito.

13. Con riferimento alla controversia qui in esame, facente parte di una nutrita serie, la limitazione dell'indennità a dodici mesi, o meno (vedi comma 6), non sembra poter trovare giustificazione nel fine, perseguito dal Legislatore, di evitare la perdita patrimoniale che deriverebbe all'impresa dal risarcimento di danni di notevole entità a numerosi lavoratori. L'entità del danno dev'essere imputata alla stessa impresa, che avrebbe potuto attenuarlo attraverso l'esecuzione delle sentenze di

condanna ai sensi dell'art. 431 c.p.c., e, nei casi in cui era possibile con la prova dell'aliunde perceptum.

Nei casi, poi, in cui il lavoratore non abbia potuto trovare un'altra occupazione, ossia un'altra fonte di reddito, il danno personale e familiare, tanto più grave, non appare suscettibile di bilanciamento.

P.Q.M.

La Corte di cassazione dichiara non manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale della L. 4 novembre 2010, n. 183, art. 32, commi 5 e 6, con riferimento agli artt. 3, 4, 24, 111 e 117 Cost. Dispone la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso. Dispone che la presente ordinanza sia notificata alle parti, al Presidente del Consiglio dei ministri ed ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

(*Omissis*)

**Tribunale di Trani - Sez. Lavoro
Ordinanza 20 dicembre 2010
(Giudice dr.ssa La Notte Chirone)**

(*Omissis*)

IN FATTO

Con domanda dell'11/08/2010, (...) ha convenuto n giudizio la s.p.a. (...), chiedendo l'accertamento dell'illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro sottoscritto il 5 aprile 2007 "ai sensi dell'art. 2 comma 1 bis del D.lgs. n. 368/2001 così come modificato dalla legge 23 dicembre 2005 n. 266", in virtù del quale ha prestato servizio, quale sportellista, presso l'Ufficio (...) di (...) dal 6 aprile 2007 al 30 giugno 2007.

Nella pendenza del giudizio, il 24/11/2010 è entrata in vigore la L. 183/2010, il cui art. 32 ha previsto:

a) al 5° comma che, "nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo

un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604";

b) al 6° comma che, *“in presenza di contratti ovvero accordi 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, il limite massimo dell'indennità fissata dal comma 5 è ridotto alla metà*”;

c) e al 7° comma che, *“le disposizioni di cui ai commi 5 e 6 trovano applicazione per tutti i giudizi, ivi compresi quelli pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge”* e che *“con riferimento a tali ultimi giudizi, ove necessario, ai soli fini della determinazione della indennità di cui ai commi 5 e 6, il giudice fissa alle parti un termine per l'eventuale integrazione della domanda e delle relative eccezioni ed esercita i poteri istruttori ai sensi dell'articolo 421 del codice di procedura civile”*. Costituitasi in giudizio la società (...), per quanto qui rileva, ha invocato l'applicazione dell'art. 32 citato, ivi incluso il comma 6, *“in quanto”* avrebbe *“stipulato (e)”* manterrebbe *“in essere) accordi sindacali a livello nazionale che prevedono l'assunzione anche a tempo indeterminato di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie”*.

All'udienza del 6/12/2010, questo giudice ha pronunciato una sentenza parziale, con la quale ha dichiarato *“la nullità del termine apposto al contratto di lavoro sottoscritto dalle parti in data 5/4/2007”* e *“che tra la s.p.a. (...) e (...) è intercorso un rapporto a tempo indeterminato dalla data di assunzione (6/4/2007)”*, ordinando *“alla prima di riammettere immediatamente in servizio il secondo”* e, al contempo, con ordinanza di pari data, *“impregiudicata ogni ulteriore valutazione”*, ha concesso *“alle parti, ex art. 32, c. 7 del c.d. Collegato lavoro”*, un termine per l'integrazione della domanda e delle eccezioni in ordine all'ammontare del risarcimento dovuto, rinviando *“per la discussione sui restanti profili all'udienza del 20/12/2010”*.

Nelle sue note difensive, il ricorrente ha sollevato una questione di legittimità costituzionale, ritenendo che l'art. 32 della L. 183/2010 violi gli artt. 3, 11, 24, 101, 102, 111 e 117 Cost..

IN DIRITTO

I. Preliminarmente, appare opportuno precisare che, in forza del D.lgs. 368/2001 (applicabile alla specie *ratione temporis*), prima dell'entrata in vigore dell'art. 32 della L. 183/2010, il giudice, nel caso in cui avesse accertato con sentenza la nullità del termine apposto al contratto di lavoro, oltre a convertire il rapporto in un rapporto *ab origine* a tempo indeterminato, avrebbe dovuto, per diritto vivente, condannare il datore di lavoro a riammettere in servizio il lavoratore, a corrispondergli le retribuzioni a partite dall'atto di messa in mora, al netto dell'eventuale *aliunde perceptum* e a regolarizzare la sua posizione contributiva.

Ebbene, tale disciplina delle *“conseguenze”* del termine illegittimo – che, ai fini della determinazione del danno risarcibile, aveva il pregio di tenere conto di quanto ciascuna delle parti contrattuali avesse contribuito, con il suo comportamento, alla produzione del danno e di considerare in quale misura il lavoratore fosse stato effettivamente danneggiato (prevedendo che fosse portato in detrazione l'*aliunde perceptum*) – è stata letteralmente travolta dall'art. 32 della L. 183/2010 che, a partire dalla sua entrata in vigore (24 novembre 2010), con una disposizione che, per espressa previsione normativa, trova *“applicazione per tutti i giudizi, ivi compresi quelli pendenti alla data di entrata in vigore della ... legge”* (co. 7), ha stabilito che *“nei casi di conversione del contratto a tempo determinato”* tutto ciò che il lavoratore può pretendere (a parte la conversione e, quindi, la sua riammissione in servizio), è un risarcimento del danno pari ad *“un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'art. 8 della legge 15 luglio 1966 n. 604”* (co. 5), addirittura ridotta, nel tetto massimo, *“alla metà”*, laddove si sia *“in presenza di contratti ovvero di accordi 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 ...".

In sostanza, in virtù di questo rinvio, il giudice di merito, nella quantificazione e nella liquidazione del danno, non solo è obbligato ad avere “*riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti*” (e cioè a di criteri che difficilmente sono in grado di fotografare il danno dal punto di vista di chi lo subisce), ma deve anche astenersi dall'accertare – essendo diventato irrilevante – quale possa essere stato il danno nel suo effettivo ammontare, dovendo comunque contenerlo entro il limite, “*onnicomprendivo*”, minimo e massimo, fissato dalla legge.

E tutto ciò, senza che risulti chiaro l'interesse “*superiore*” da tutelare e cioè quell'interesse che, in qualche modo, possa rendere equa e, comunque, giustificare la scelta del legislatore di negare al lavoratore ciò che, invece, viene garantito a qualsiasi altra parte contrattuale, ossia il diritto ad una tutela risarcitoria “*integrale*”.

In questo caso, la legge non è intervenuta per sostenere la parte debole del rapporto, ma addirittura per toglierle ciò che, in applicazione dei principi generali del nostro ordinamento giuridico, aveva diritto a riceversi come ogni altro soggetto negoziale, finendo, in tal modo, per renderla più debole di quanto già non fosse.

Per effetto della novella, il lavoratore illegittimamente assunto a termine finisce per diventare un moderno “*capite deminutus*” a cui vengono negati i diritti riconosciuti agli “*uomini liberi*”: il che comporta la violazione di una quantità incredibile di norme costituzionali.

II. Ad essere violato, primo tra tutti, è l'art. 3 Cost., che, nella giurisprudenza costituzionale, è la norma che non solo impedisce la codificazione di disposizioni discriminatorie, ma che impone anche un argine contro quelle che siano in grado di alterare l'armonia del sistema. Sotto questo profilo, a giudizio di questo Tribunale, appare evidente l'irragionevolezza dell'estensione dei criteri di liquidazione del danno adottati dal legislatore con riferimento ai licenziamenti illegittimi, intimati nell'area di stabilità obbligatoria, all'istituto del contratto a

termine, in quanto, nei primi (a differenza che nel secondo), manca il diritto del prestatore ad una ricostruzione del rapporto di lavoro ed il danno che assume rilevanza è quello che si produce alla data in cui il recesso viene intimato (e non già quello in cui il rapporto venga ripristinato), di tal che la durata del processo perde importanza (non essendo previsto il ripristino del rapporto ed essendo l'attualizzazione del credito risarcitorio comunque garantita dall'art. 429 c.p.c.).

Nel contratto a termine, invece, essendo prevista la conversione del rapporto e la riammissione in servizio del lavoratore, con efficacia *ex tunc* e, quindi, la ricostruzione del rapporto (così come accade per i licenziamenti intimati in area di stabilità reale), ai fini della determinazione del danno, la durata del processo viene ad assumere un'importanza fondamentale, posto che l'entità del danno è direttamente proporzionale alla durata del processo, nel senso che quanto più tempo il lavoratore dovrà attendere per ottenere una sentenza favorevole, tanto maggiore sarà il danno che andrà a subire.

In questo senso è evidente che la norma di cui all'art. 32 L. 183/2010, omettendo di dare rilevanza alle lungaggini processuali e “*contenendo*” ingiustificatamente l'importo risarcibile, finisce per farne pagare il costo solo all'incolpevole lavoratore, nonostante che questi, anche volendolo – a differenza del datore di lavoro (che, cautelativamente, potrebbe anticipare la riammissione in servizio del prestatore, in attesa della pronuncia finale, in modo da evitare di dover pagare la retribuzione ed i contributi senza riceversi la corresponsione lavorativa) – non possa porre in essere comportamenti “*virtuosi*”, tesi cioè a limitare l'entità del danno risarcibile.

Insomma, se i criteri dei cui all'art. 8 della L. 604/1966 hanno senso con riferimento a quelle situazioni nelle quali manchi il diritto al ripristino del rapporto, non ne hanno alcuno rispetto a quelle nelle quali l'ordinamento riconosca al lavoratore il diritto alla conversione, nelle quali ci si deve doverosamente porre il problema di chi debba ripagare il lavoratore per ciò che abbia perduto (retribuzione e contributi) *medio tempore* e cioè nel tempo necessario all'accertamento giudiziale dell'illegittimità del termine.

Irragionevole è da ritenere, allora, la valorizzazione dei criteri di cui all'art. 8 della L.

604/1966, che porta a privilegiare un meccanismo che, con il riferimento al “*numero dei dipendenti occupati*”, alle “*dimensioni dell’impresa*” e agli altri elementi indicati nella norma, non è assolutamente in grado di tener conto del travaglio del lavoratore nel tempo necessario a conseguire la sentenza favorevole: travaglio che, in quanto dipendente dall’estromissione dall’azienda e dalla sopravvenuta incapacità del prestatore di produrre reddito, perché possa essere ripristinato in termini di effettività, merita, per forza di cose, di essere quantificato in maniera diversa.

La forfezzazione del risarcimento – peraltro secondo i criteri inappropriati di cui si è detto – ha tutto il sapore di un inaccettabile “*contentino*” per il lavoratore, che ha come presupposto implicito il fatto che il mantenimento del diritto alla conversione del rapporto di lavoro sia, dopotutto, giù sufficiente a ripagarlo della perdita del diritto alla retribuzione (nonostante l’atto di messa in mora) e, ancor prima (il che, se possibile, è ancora più grave), di quello alla ricostruzione previdenziale del rapporto visto che, da un lato, rende irrilevante il tempo che il prestatore è costretto ad attendere per ottenere l’accertamento giudiziale dell’illegittimità del termine e, dall’altro, finisce per monetizzare (il che è veramente intollerabile) un diritto indisponibile (quel’è quello alla regolarizzazione contributiva), ricomprendendolo in quell’indennità “*onnicomprensiva*” – che definire irrisoria appare un eufemismo – che, in forza dei commi 5 e 6 dell’art. 32 della L. 183/2010, può essere riconosciuta al prestatore di lavoro a titolo di risarcimento.

Quella di cui al cit. art. 32 è, allora, effettivamente una norma irrazionale ed irragionevole, che “*rema*” contro il sistema, nella misura in cui non solo non rimuove gli ostacoli alle disuguaglianze di fatto, ma anzi ne promuove delle altre per legge, senza che ciò sia giustificato da un interesse superiore, finendo, in tal modo, per negare al prestatore di lavoro subordinato ciò che, invece, l’ordinamento riconosce a tutti gli altri soggetti contrattuali nel caso di inadempimento delle loro controparti e cioè il diritto al pieno risarcimento del danno subito.

Per effetto della novella, se fino ad oggi il datore di lavoro, al pari del lavoratore, aveva interesse ad una sollecita definizione del giudizio, per evitar di dover pagare – a partire dall’atto di

messa in mora – tutte le retribuzioni maturate fino alla scadenza e soprattutto i contributi previdenziali, da ora in poi sarà incentivato ad avere un comportamento dilatorio ed ostruzionistico e a ritardare, con ogni mezzo, il momento della definitiva pronuncia, potendo la sua condotta rilevare “*ed essere sanzionata*”) solo nella misura del risarcimento massimo previsto dalla norma, pari, nel caso di specie, ad un’indennità onnicomprensiva non superiore a 6 “*mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto*”.

Anche per questo è evidente come la forfezzazione del risarcimento contraddica le finalità perseguite, per lo meno a parole, da altra parte dell’art. 32 cit. (quella che prevede una doppia decadenza, finalizzata ad ottenere una sollecita definizione dei contenziosi astrattamente attivabili dai lavoratori).

Non ha alcun senso logico (prima ancora che giuridico) parlare di conversione (e, quindi, di ricostruzione *ex tunc*) di un rapporto, se a questa non si ricolleggi pure il diritto del lavoratore a percepire – così come accade per i licenziamenti illegittimi intimati in area di stabilità reale – tutte le retribuzioni (a partire dalla lettera di messa in mora e fino all’effettiva reintegra, al netto dell’*aliunde perceptum*) e, soprattutto, il diritto a beneficiare della regolarizzazione della posizione contributiva.

Prima dell’entrata in vigore dell’art. 32 cit., se il lavoratore – dopo la sentenza accertativa dell’illegittimità del termine – avesse rinunciato ai contributi previdenziali, la sua rinuncia non sarebbe stata opponibile all’Istituto di previdenza, in ragione della natura indisponibile di quel diritto.

Oggi, invece, è lo stesso legislatore che, con la norma in commento, ha finito per “*declassare*” il diritto all’accredito dei contributi, rendendo “*disponibile*” ciò che prima non era tale, finendo per provocare al lavoratore un danno che, com’è facile intuire, è ancor più grave della stessa perdita della retribuzione.

E, nel caso di specie, la violazione dell’art. 3 Cost. non è solo riconducibile all’irragionevolezza (di cui si è dato conto) dell’intervento normativo – che ha finito per portare scompensi nella coerenza del sistema, “*imbarbarendolo*” – ma anche alle discriminazioni che ha provocato fra lavoratori e lavoratori, in presenza di situazioni “*comparabili*”.

A questo proposito, basti considerare che il lavoratore che ottenga incolpevolmente la pronuncia “favorevole” nei gradi successivi al primo è chiaramente discriminato rispetto a chi, invece, l’abbia ottenuta già in primo grado, non solo perché ha titolo di riceversi un’indennità risarcitoria eguale, quantomeno nella misura massima, a quella assicurata a quest’ultimo (nonostante il maggiore “sforzo” processuale e la verosimile più lunga attesa), ma anche perché, a differenza del secondo, non può tenere fuori dall’indennità “*onnicomprensiva*” le retribuzioni e i contributi successivi alla pronuncia di primo grado.

Né può sfuggire che il trattamento riservato dall’art. 32 della L. 183/2010 ai lavoratori assunti a termine, nel caso in cui venga accertato il loro diritto alla conversione del rapporto (che, come già detto, nega sia il risarcimento del danno “*effettivo*”, che la ricostruzione previdenziale del rapporto, anche per il periodo successivo alla messa in mora del datore di lavoro, anche quando al dipendente non possa essere mosso alcun rilievo e magari il protrarsi dei tempi del processo sia addebitabile in gran parte al comportamento dilatorio ed ostruzionistico del datore), non è stato esteso dalla novella ad altre categorie di dipendenti, il cui rapporto sia parimenti temporaneo e comunque precario, benché, sotto il profilo dei tempi e della procedura di impugnazione, siano stati trattati dal legislatore in maniera identica.

Si pensi, a tal proposito, ai rapporti irregolari cui fa cenno l’art. 32, 3° co., lett. a), ai rapporti con i co.co.co., “*anche nella modalità a progetto*” di cui alla successiva lett. b), ai rapporti di somministrazione di lavoro di cui al 4° co., lett. d) e a quelli di fornitura di lavoro temporanei di cui alla L. 196/1997, nonché alle cessioni del contratto di cui alla lett. c) del 4° co. del cit. art. 32, per i quali, se il giudice accerta la violazione della norma, il lavoratore ha diritto alla ricostruzione del rapporto di lavoro, sia sotto il profilo retributivo che sotto quello contributivo, secondo le consuete regole generali.

Sempre in punto di violazione dell’art. 3 Cost., va, infine, sottolineato come, argomentando dalla lettera del 7° comma dell’art. 32 L. 183/2010 (a mente del quel “*ove necessario, ai soli fini della determinazione della indennità di cui ai commi 5 e 6, il giudice fissa alle parti un termine per l’eventuale integrazione della domanda e delle relative eccezioni ed esercita i*

poteri istruttori ai sensi dell’art. 421 del codice di procedura civile”), tanto in dottrina quanto in giurisprudenza si è già sostenuto che il 5° ed il 6° comma della medesima disposizione di legge siano applicabili solo ai giudizi pendenti in primo grado, sia perché la norma richiama solo l’art. 421 c.p.c. (e non anche l’art. 437 c.p.c.), sia perché, diversamente opinando, si violerebbe il principio devolutivo (che impone al giudice di decidere sulla base dei motivi di gravame), sia perché, per come è strutturato, il processo in Cassazione non lo rende possibile e sia perché ciò che la disposizione consente è solo l’interabilità delle “*domande*” e delle “*eccezioni*” e non anche dei “*motivi di impugnazione*”.

Da ciò deriva – ed il dato letterale della norma di cui al 7° co. dell’art. 32 cit. ad imporlo (salvo che non si vogliano proporre improbabili interpretazioni estensive e/o analogiche che, per la specialità della disposizione di legge, non sarebbero certamente consentite all’interprete) – che il lavoratore la cui causa penda in appello o in Cassazione si ritrova a beneficiare di un trattamento di miglior favore rispetto a quello assicurato al lavoratore il cui giudizio sia ancora pendente in primo grado, determinando un inammissibile disparità, per violazione, ancora una volta, dell’art. 3 Cost..

III. Altre norme che, ad avviso di questo giudice, appaiono violate dall’art. 32 della L. 183/2010 sono quelle di cui agli artt. 24, 101, 102 Cost..

Si è già detto che, per diritto vivente, prima dell’entrata in vigore dell’art. 32 cit., laddove il giudice avesse accertato l’illegittimità del termine, avrebbe dovuto convertire il rapporto e condannare il datore di lavoro al pagamento delle retribuzioni dal momento in cui era stato messo in mora, al netto dell’*aliunde perceptum* e alla ricostruzione previdenziale del rapporto.

Essendo queste le conclusioni rassegnate dal ricorrente nella sua domanda giudiziale, appare evidente come l’art. 32 cit., nella misura in cui – con un atto d’imperio – le ha “*ridimensionate*” nei termini già innanzi riferiti, abbia finito per incidere sui principi della domanda e dell’interesse ad agire e, quindi, sul diritto all’azione, che trova la sua garanzia costituzionale nell’art. 24 Cost..

Il legislatore della L. 183/2010, senza dettare una norma di interpretazione autentica (che pure sarebbe stata improponibile nella fattispecie in

esame, vista l'uniformità delle pronunzie giudiziali sull'argomento), stravolgendole regole più elementari del nostro ordinamento giuridico, ha espressamente previsto che la novella retroagisca i suoi effetti, fino addirittura alla L. 230/1962, non più in vigore dal 2001, omettendo di considerare che la giurisprudenza costituzionale ha da tempo chiarito che le leggi retroattive trovano un limite invalicabile nei "principi generali di ragionevolezza e di uguaglianza" (di cui si è già parlato nel paragrafo che precede), nella "tutela dell'affidamento legittimamente posto sulla certezza dell'ordinamento giuridico" e nel "rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario" (v. Corte cost. 525/2000), nonché nella "salvaguardia, oltre che dei principi costituzionali, di altri fondamentali valori di civiltà giuridica posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento, tra i quali vanno ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza", "la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quali principio connaturato allo Stato di diritto", "la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico" ed "il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario" (v. Corte cost. 209/2010).

Se, come nel caso di specie, la norma si oppone "alle pretese oggetto delle controversie" ed impedisce, "negandone il fondamento, la realizzazione delle stesse", per il Giudice delle leggi "il vulnus all'art. 24 della Costituzione è reso evidente dal fatto che il legislatore opera una sostanziale vanificazione della via giurisdizionale, intesa quel mezzo al fine dell'attivazione di un diritto preesistente" (Corte cost. 103/1995).

L'efficacia retroattiva dell'art. 32, co. 5, 6 e 7, della L. 183/2010, in definitiva, lede il "canone generale di ragionevolezza" (art. 3 Cost.), "l'effettività del diritto dei cittadini di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi" (art. 24, primo co., Cost.) e "l'integrità delle attribuzioni costituzionali dell'autorità giudiziaria" (artt. 101 e 102 Cost.).

IV. L'art. 32 L. 183/2010 viola anche gli artt. 117, 11 e 11 Cost..

Com'è noto, per la Consulta (v., da ultimo, Corte cost. 311/2009, che, a sua volta, richiama le precedenti sentenze nn. 348 e 349 del 2007), nel caso di contrasto di una norma nazionale con

una norma CEDU, il giudice, se non è in grado di comporlo in via interpretativa, è tenuto a sollevare la questione di costituzionalità "con riferimento al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.", spettando al Giudice delle leggi – una volta riconosciuta l'effettiva insanabilità del contrasto "attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo" – il compito di dichiarare "l'illegittimità costituzionale della disposizione interna", laddove il contrasto sia "determinato da un tasso di tutela della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla norma CEDU".

Ebbene, considerato che per la Corte europea il principio dello Stato di diritto e la nozione di processo equo, sancito dall'art. 6 della CEDU, vietano l'interferenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia, quando sia destinata ad influenzare l'esito della controversia, salvo che vi siano motivi interpretativi di ordine generale – essendo intollerabile, per il principio della parità delle armi, che una parte possa essere posta in una condizione di sostanziale svantaggio rispetto al suo avversario (nei casi *Raffineries Grecques Stran e Stratis Andreadisc. Grecia* del 9 dicembre 1994, e *Zielinki e altri c. Francia*, del 28 ottobre 1999, per es., come ricordato dalla stessa Corte costituzionale, p stata censurata "la prassi di interventi legislativi sopravvenuti, che modifichino retroattivamente in senso sfavorevole per gli interessati le disposizioni di legge attributive di diritti, la cui lesione abbia dato luogo ad azioni giudiziarie ancora pendenti all'epoca della modifica") – poiché, nella specie, mancano proprio quei "motivi imperativi di interesse generale" che avrebbero potuto giustificarla, appare evidente l'illegittimità della norma di cui all'art. 32, co. 5, 6 e 7, nella misura in cui cancella, con efficacia retroattiva, una parte rilevante di diritti (il risarcimento effettivo e la regolarizzazione previdenziale del rapporto) comunque riconosciuti al lavoratore dalla previgente normativa.

E quanto innanzi se valeva ieri, vale ancora di più oggi, visto che, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (che ha modificato l'art. 6 del Trattato UE), l'Unione ha aderito alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali,

stabilendo che detti diritti “*fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali*”.

V. Oltre non manifestamente infondata, la questione di costituzionalità innanzi illustrata è da ritenere anche rilevante nel giudizio *de quo*, in quanto solo l’espulsione dall’ordinamento giuridico, per effetto dell’accoglimento della sollevata questione di costituzionalità, dell’art. 32, co. 5, 6 e 7, sarebbe in grado di consentire al lavoratore ricorrente – al quale è già stata riconosciuta da questo Tribunale la conversione del rapporto con sentenza parziale n. 6952 del 6/12/2010 – di beneficiare della regolarizzazione della sua posizione contributiva e del risarcimento “*effettivo*” (*rectius*: integrale) del danno subito, nella misura delle retribuzioni maturate, a netto dell’*aliunde perceptum*, per i periodo successivo alla lettera di messa in mora.

P.Q.M.

Il Giudice del Lavoro del Tribunale di Trani dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 32, co. 5, 6 e 7, della legge 4.11.2010, n. 183, con riferimento agli artt. 3, 11, 24, 101, 102, 111 e 117 della Costituzione.

Dispone la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale e sospende il giudizio in corso.

Ordina che la presente ordinanza sia notificata alle parti, al Presidente del Consiglio dei Ministri e ai Presidenti della camera e del Senato della Repubblica.

(*Omissis*)

NOTA

L’introduzione nel nostro ordinamento della L. n. 183/2010, altrimenti nota come Collegato lavoro, ha senz’altro innovato il quadro normativo del diritto del lavoro ed in molti casi ha aperto scenari conflittuali complessi, sia dal punto di vista del diritto sostanziale che processuale.

Caso emblematico è rappresentato dal tema dei contratti a termine, recentemente novellati dalla disposizione dell’art 32 del Collegato lavoro e che è stata oggetto di due pronunce, l’una di

merito e l’altra di legittimità, che ne hanno comportato la sollevazione di questione di legittimità costituzionale. Entrambe afferivano all’illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro, cui seguiva la condanna della società convenuta alla riammissione del lavoratore in servizio, nonché del riconoscimento del rapporto di lavoro a tempo indeterminato intercorrente tra le parti operante *ex ante*. Tuttavia, nelle more si verificava l’entrata in vigore del Collegato lavoro, che all’art 32, comma 5, 6 e 7, interveniva soprattutto in relazione alla determinazione dell’entità dell’indennità riconosciuta al lavoratore, a titolo di ristoro per il danno subito.

La prima delle pronunce in esame è la sentenza del 20 dicembre 2010 della Sezione lavoro del Tribunale di Trani, mentre la seconda è l’ordinanza n. 2112 del 28 gennaio 2011 della Suprema Corte di Cassazione, Sezione lavoro, che hanno sollevato questione di costituzionalità in merito all’art. 32, comma 5, 6 e 7 della L. n. 183/2010.

Le questioni costituzionali

1. *Violazione dei principi di ragionevolezza, effettività e non discriminazione ex art 3 Cost. e del diritto al lavoro ex art. 4 Cost.*

In primis, le due pronunce in analisi intervengono sul tenore della disposizione di cui all’art 32, comma 5, 6 e 7 del Collegato lavoro, in relazione ai profili di contrasto con l’art. 3 Cost. che esprime i principi di ragionevolezza, effettività e non discriminazione.

Difatti, l’art. 32 ai comma 5 e 6, sancisce la determinazione dell’indennità riconoscibile al lavoratore in via “*onnicomprensiva*”, nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto percepita, avendo riguardo per i criteri di cui alla L. n. 604/1966, art 8.

Di seguito si specifica al comma seguente che “*in caso di contratti o accordi nazionali, territoriali o aziendali, stipulati con 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, il limite massimo dell'indennità fissata dal comma 5 è ridotto alla metà".

Le due norme, così come strutturate, rappresentano ad opinione di entrambi i giudicanti in esame, un'aperta violazione dei principi di cui all'art 3 Cost..

Tale asserto si fonda innanzitutto sull'incomprensibile estensione dei criteri liquidativi del risarcimento afferenti ai rapporti di lavoro sottoposti alla stabilità obbligatoria, ai contratti a termine che rispondono ad una *ratio* ed a una disciplina completamente diversa, nonché sul ricorso al concetto di "onnicomprensività" dell'indennità attribuibile al lavoratore. Infatti, il riferimento ai criteri di quantificazione del risarcimento di cui all'art. 8 della L. n. 604/1966, presuppone il difetto del diritto alla ricostruzione del rapporto di lavoro, cosa che di contro è prevista per i contratti a termine. Inoltre, non può essere sottotaciuta a tal riguardo la differente finalità cui rispondono le due discipline suddette, in quanto mentre nel caso di licenziamenti illegittimi intimati in area di stabilità obbligatoria l'entità del danno viene parametrata al momento in cui il recesso contrattuale venga intimato, *ex adverso* nell'ambito dei contratti a termine ha assoluta rilevanza la durata del processo, poiché, almeno fino ad oggi, l'entità dell'indennità riconosciuta al lavoratore veniva determinata sulla scorta del lasso temporale compreso tra il recesso e la riammissione del lavoratore con efficacia *ex tunc*.

Difatti, come osservato dalla Suprema Corte, vi è orientamento affermato in giurisprudenza secondo cui per i contratti a termine, sottratti all'applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, si dovessero applicare i comuni criteri ex artt. 1223, 1224, 1226 e 1227 c.c. per computare l'entità del danno risarcibile per il lavoratore.

Tali disposizioni, com'è noto, hanno riguardo a parametri quali le retribuzioni perdute dal soggetto, al netto dell'*aliunde perceptum*, nonché tutte le possibilità di guadagno anche eventuali, secondo il concetto di perdita di chance, da liquidare in via equitativa.

Orbene, in relazione al *dies a quo* dal quale calcolare tale risarcimento, si poneva il momento in cui il lavoratore mettesse le proprie energie a disposizione del datore di lavoro, ragion per cui la durata della conseguente azione di nullità del termine, risultava determinante per entrambe le parti processuali, poiché influiva sulla misura del risarcimento accordato.

L'art. 32 sovverte tale principio, riconduce l'indennità riconoscibile al lavoratore nell'ambito del concetto di "onnicomprensività" di cui al comma 5 ed impone una forbice entro cui attenerla, ovvero un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto percepita.

Di tal modo, osserva il Giudice tranese, vengono violati sia il principio di ragionevolezza, quanto quello di non discriminazione e di fatto si forfezizza l'entità del risarcimento del danno per il lavoratore, che non avrà più quale scopo precipuo la determinazione dell'effettivo importo del pregiudizio subito, ma assumerà i contorni di mero ristoro economico e peraltro del tutto parziale, che in ogni caso comporterà di fatto una rinuncia ad una ricostruzione del rapporto di lavoro interrotto sul piano contributivo oltre che retributivo, rendendo disponibile un diritto che sin ora non lo era.

In secondo luogo, la disposizione di cui al comma 6 legittima contratti ed accordi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, ed in tal caso l'aggettivo "comparativamente" assume una portata più che determinante, ad operare in deroga del limite massimo sancito dal precedente comma, portandolo al livello di 6^e mensilità.

Tale ulteriore precisazione consente un'ingiustificata depauperazione del diritto azionato dal lavoratore con contratto a

termine, che non solo non risponde al canone di ragionevolezza, ma lede l'effettività del ristoro che debba essere accordato, in caso d'illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro.

Ulteriore questione è stata sollevata in relazione al successivo comma 7, il quale precisa l'operatività delle disposizioni suddette a *“tutti i giudizi, ivi compresi quelli pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge ... ai fini della determinazione della indennità di cui ai commi 5 e 6 il giudice fissa alle parti un termine per l'eventuale integrazione della domanda e delle relative eccezioni ed esercita i poteri istruttori ai sensi dell'art. 421 c.p.c.”*.

La *ratio* di tale norma appare l'uniformazione della disciplina applicabile ai giudizi riguardanti i contratti a termine, al fine di evitare una disparità di trattamento in base allo stato in cui versi il giudizio. Orbene, proprio tale disposizione pone un contrasto dottrinale e giurisprudenziale circa i gradi di giudizio che siano interessati dalla novella legislativa. Infatti, come si constata nelle due pronunce in esame, se il Giudice di Trani aderisce all'orientamento che vuole che l'art. 32 sia applicabile unicamente ai giudizi di merito, poiché *“altrimenti si violerebbe in principio devolutivo che impone al giudice di decidere sulla base dei motivi di gravame”*, di contro la successiva ordinanza di Cassazione ritiene che *“l'espressione del comma 7 debba essere riferita altresì ai giudizi di cassazione, anche se le disposizioni si riferiscono espressamente al giudizio di merito”*.

Tale contrasto deriva dalla volontà di non discriminare situazioni in base alla circostanza del grado di giudizio in cui versi la lite ed allo stesso tempo non violare il principio devolutivo e la stessa struttura del giudizio per cassazione, che non consente l'integrabilità dei motivi d'impugnazione.

Quanto testé affermato viene confermato dalla questione posta in merito all'art. 4 Cost., ovvero la violazione del diritto al lavoro. Difatti, sia la Corte di

merito che di legittimità hanno ritenuto che l'art. 32 del Collegato lavoro desse luogo ad una manifesta sproporzione tra l'importo dell'indennità riconoscibile al lavoratore ed il danno effettivo sopportato dallo stesso. Inoltre, ciò si pone in contrasto con quanto previsto dall'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato del 18 marzo 1999 ed allegato alla direttiva comunitaria 1999/70, che impone agli Stati membri di prevenire l'utilizzazione abusiva di contratti o rapporti a tempo determinato, al fine di assicurare una tutela effettiva ai lavoratori e si sanzionino eventuali comportamenti in violazione delle norme comunitarie.

A sostegno di quanto esposto, vi un'ultima rilevazione concernente la disciplina di cui all'art. 614-bis c.p.c., che espressamente sanziona la non attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare giudizialmente accertati con sentenza di condanna al pagamento di una somma di denaro, dovuta per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero ad ogni ritardo nell'esecuzione della provvedimento giudiziale.

Ebbene, secondo opinione della dottrina prevalente, tale principio non trova applicazione alle controversie di lavoro, in quanto nel caso di rapporti sottoposti al regime di stabilità reale, il lavoratore risulterebbe adeguatamente tutelato dalla previsione del diritto alla reintegrazione ed al risarcimento del danno, nella somma data dalla *“retribuzione dal giorno del licenziamento fino al momento dell'effettiva reintegrazione”*.

Orbene, nel caso di specie, non essendo i rapporti a tempo determinato sottoposti al regime di tutela reale, con l'entrata in vigore dell'art. 32 del Collegato lavoro, si dà luogo all'ammissione di un regime ingiustificatamente sproporzionato tra i lavoratori con contratto a termine rispetto agli altri, che invece godrebbero di una tutela rafforzata.

2. Violazione degli artt. 24, 101 e 102 Cost.

Ulteriore questione di costituzionalità è stata sollevata in relazione all'art. 24 Cost, ovvero il diritto all'azione, sia dal giudice di merito che dalla Cassazione, nonché degli artt. 101 e 102 Cost., che garantiscono l'integrità delle attribuzioni costituzionali dell'autorità giudiziaria, sollevate dal giudice tranese.

Secondo i giudici l'art. 32 della L. n. 183/2010 violerebbe i principi di ragionevolezza e di eguaglianza, che costituiscono limite invalicabile nella retroazione degli atti di legge: infatti, laddove l'art. 32 vanifica il diritto dei cittadini ad adire lo strumento giurisdizionale per tutelare i propri diritti in modo equo ed effettivo, non è consentibile la retroattività della novella legislativa. I canoni di ragionevolezza ed eguaglianza dunque, divengono misura e parametro dell'attuazione del diritto all'azione ex art. 24 Cost, nonché dell'integrità stessa delle attribuzioni giurisdizionali ex artt. 101 e 102 Cost., che non devono risultare ingiustificatamente ed iniquamente "mutilate" da un intervento legislativo, che retroagendo comporterebbe anche la compromissione delle esigenze di coerenza e certezza del diritto e di tutela dell'affidamento nell'ambito processuale.

3. *Violazione degli artt. 11, 111 e 117 Cost.*

In ultimo vengono sollevate questioni di costituzionalità in merito al presunto contrasto tra l'art 32 del Collegato lavoro e gli artt. 11, 111 e 117 Cost. in quanto codesta disposizione di legge violerebbe l'obbligo di armonizzazione della legislazione nazionale con quella comunitaria, nonché i principi dell'equo e giusto processo.

Difatti, sebbene sia garantito allo Stato membro di poter operare in deroga rispetto al divieto di interferire sull'esito di una controversia, ciò deve avere quale presupposto "*motivi imperativi d'interesse generale*".

In specie tuttavia, non vi è alcuna esigenza di tal tipo e anzi si profila un inevitabile contrasto con il principio

dell'equo processo di cui all'art 6 della CEDU e pertanto l'illegittimità dell'art 32, comma 5, 6, 7 della L. n. 183/2010.

A sostegno di tali asseriti vi sono le indicazioni provenienti dal Trattato di Lisbona il quale, intervenendo sull'art 6 della CEDU, ne ha chiarito la portata generale, poiché contenente "*principi generali dell'Unione Europea*".

In ultimo, sottolineano i giudici di legittimità, la stessa Corte Costituzionale in una recente pronuncia, ha evidenziato che solo in presenza di una *ratio legis* che miri a tutelare la parità di trattamento o a rimediare ad un'imperfezione tecnica della legge interpretata, è possibile far ricorso ad un'applicazione retroattiva della legge (Corte Cost. sent. n. 1/2011).

Pertanto, appare evidente che nel caso *de quo* si è in presenza di un coacervo di valutazioni e motivazioni del legislatore improntate più all'opportunità economica, piuttosto che ad una reale ed effettiva tutela dei diritti dei cittadini di carattere generale e dunque risulta palese la violazione del dettato comunitario e costituzionale.

4. *Conclusioni*

Le pronunce in esame pongono interessanti questioni, in relazione ai profili di contrasto che l'art. 32 della L. n. 183/2010 presenti con alcuni dei precetti costituzionali e comunitari fondamentali nel nostro ordinamento.

Infatti, appare imprescindibile considerare che, l'impiego diffuso dei contratti a tempo determinato nel mercato del lavoro può costituire un valido strumento d'inserimento per alcune delle fasce maggiormente a rischio, quali i giovani e le donne, ma allo stesso tempo se non adeguatamente regolamentato, può divenire un comodo "lasciapassare" per condotte abusive ed inique dei datori di lavoro.

La riconduzione dell'indennità riconoscibile al lavoratore in caso di illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro, nella misura massima di 12 mensilità, salvo accordi e contratti delle rappresentanze sindacali

maggiormente rappresentative che potrebbero portarla a 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto percepita, costituisce in quest'ottica un decisivo arretramento della soglia di tutela concessa a lavoratori che *ex se* si ritrovano in una condizione lavorativa precaria. Pertanto, risulta ampiamente giustificato il timore espresso dai giudici *a quo* di merito e di Cassazione, che tale normativa apra la strada non solo a una tutela differenziata e disparitaria, che non tenga conto dell'effettivo danno patito dal lavoratore, ma ancor più a manovre dei datori di lavoro tese a procrastinare i tempi già lunghi della durata delle controversie di lavoro, nella consapevolezza che ciò non incida sulla misura dell'indennità da corrispondere a titolo di ristoro.

Di conseguenza, benché si attenderanno gli esiti dei giudizi costituzionali, è auspicabile che il legislatore si dimostri pronto ad attuare un intervento adeguatore della disciplina, in ossequio ed in armonia con i principi costituzionali e comunitari, ma soprattutto con quei diritti inviolabili, di cui il cittadino non può essere privato.

CONVERSIONE DEI CONTRATTI A TEMPO DETERMINATO NEL PUBBLICO IMPIEGO

di Giovanna delli Falconi

Tribunale di Siena - Sez. lavoro
Sentenza 27 settembre 2010
(Giudice dott. Cammarosano)

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

A mezzo di ricorso depositato il 16/9/09, A.F. [...] esercitava contro il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e l'Ufficio Scolastico Regionale per la Toscana [...] azione di [...]:

“1) accertare e dichiarare che il primo contratto stipulato dalla parte ricorrente (o i successivi contratti) si è convertito – per tutte le motivazioni sopra riportate o per quelle che l'Ill.mo Giudice adito vorrà indicare - in contratto di lavoro a tempo indeterminato dalla data del 16.09.2002 (primo contratto a tempo determinato sottoscritto dalle parti), ovvero dalla decorrenza degli altri contratti stipulati tra le parti (dal 15.10.04 o dal 01.09.2005 o dal 01.09.2006 o dal 01.09.2007) o dalla diversa data ritenuta di giustizia dall'Ill.mo Giudice adito, e per l'effetto

2) accertare e dichiarare il diritto della parte ricorrente a riprendere il posto di lavoro precedentemente occupato e, conseguentemente, condannare il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e l'Ufficio Scolastico Regionale per la Toscana a reinserire in servizio la parte ricorrente nello stesso posto di lavoro per lo svolgimento delle stesse mansioni (personale Docente) svolte durante la vigenza dei rapporti di lavoro a tempo determinato impugnati o nella diversa posizione che l'Ill.mo Giudice riterrà di giustizia;

3) condannare il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e l'Ufficio Scolastico Regionale per la Toscana al risarcimento del danno subito dalla parte ricorrente per l'illegittima apposizione del

termine di durata al rapporto di lavoro, da commisurarsi alle retribuzioni globali di fatto maturate dalla data di messa in mora presentata contestualmente alla comunicazione della richiesta di tentativo obbligatorio di conciliazione (cioè dal 21.08.2008), ovvero dalla diversa data di giustizia, sino all'effettiva ripresa dell'attività lavorativa, ovvero nella diversa, maggiore o minore, misura che sarà ritenuta di giustizia; in ogni caso con rivalutazione monetaria ed interessi legali come per legge.

IN VIA SUBORDINATA

condannare il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e l'Ufficio Scolastico Regionale per la Toscana al pagamento del risarcimento del danno in base all'art. 36 comma VI D.lgs. 165/2001, successivamente modificato nel II comma dall'art. 4 del d.l. 10 gennaio 2006 n. 4, convertito con modificazioni dalla legge 9 marzo 2006, n. 80, equivalente alla retribuzione globale di fatto a decorrere dalla data di messa in mora presentata contestualmente alla comunicazione della richiesta di tentativo obbligatorio di conciliazione (cioè dal 21.08.2008) o dalla diversa data ritenuta di giustizia, fino al compimento del 60° anno di età o alla data e nell'ammontare ritenuto di giustizia secondo i criteri che l'Ill.mo Giudice adito riterrà di applicare o secondo i criteri della giurisprudenza di merito sopra richiamata che ha liquidato mediamente venti mensilità delle retribuzioni globali di fatto spettanti, o secondo equità ex art. 1226 c.c..

Con vittoria di spese, funzioni ed onorari”.

(Omissis)

Motivi della decisione

1. La sequenza di lavoro precario del/la lavoratore/rice ricorrente.

A.F. ha sottoscritto con il Ministero della Pubblica Istruzione, dell'Università e della Ricerca, tramite l'Ufficio Scolastico Regionale della Toscana, n. 6 contratti di lavoro a tempo determinato per lo svolgimento di attività di Docente:

- dal 28.10.1999 come supplente fino al termine delle attività didattiche fino al 30.06.2000 presso l'Istituto (...) di Siena e dal 16.09.2002 come supplente fino al termine delle attività didattiche fino al 30.06.2003 presso l'Istituto Superiore (...) Piccolomini di Siena (doc. 1);
- dal 15.10.2004 come supplente fino al termine delle attività didattiche fino al 30.06.2005 presso l'Istituto Comprensivo (...) di Siena (doc. 2);
- dal 01.09.2005 come supplente fino al termine delle attività didattiche fino al 30.06.2006 presso l'Istituto Superiore (...) di Siena (doc. 3);
- dal 01.09.2006 come supplente fino al termine delle attività didattiche fino al 30.06.2007 presso l'Istituto Superiore (...) di Siena (doc. 4);
- dal 01.09.2007 come supplente fino al termine delle attività didattiche fino al 30.06.2008 presso l'Istituto Superiore (...) di Siena (doc. 5).

2. Nullità dei rapporti di lavoro a termine.

La sequenza della forma di lavoro precario instaurata dal/la ricorrente con l'Amministrazione scolastica, sopra descritta e documentata, ai sensi dell'art. 4, l. 1999/n. 124, disvela un utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi, contrastante anzitutto con i precetti del d.lgs. 2001/n. 368.

Datore di lavoro, infatti, non è la singola struttura didattica di turno, nell'ambito della quale potrebbe in astratto discutersi della obiettiva temporaneità della esigenza lavorativa soddisfatta con l'instaurazione del singolo rapporto di lavoro a termine, ma il Ministero, l'Amministrazione scolastica, nel cui ambito quel rapporto soddisfa una esigenza lavorativa istituzionale ordinaria, corrente, nel tempo immutata, tutt'altro che eccezionale o temporanea, ma destinata a soddisfare esigenze permanenti e durevoli del datore di lavoro.

Del resto, è la stessa configurazione normativa dei contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze, "in quanto necessari per garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo", che scaglia nell'orbita della illegittimità, in contrasto con la luce di fondamentali principi nazionali e comunitari, l'assetto della materia e, comunque, la vicenda sostanziale del caso concreto

conferma l'abuso paventato sin dalla lettura della norma astratta.

Rileviamo incidentalmente, che il perpetuarsi di questa illegittimità ci pare palese, ad es., nell'art. 1, co. 2, d.l. 2009/n. 134, conv., l. 167: "*tenuto conto di quanto previsto dal comma 1 e al fine di assicurare la qualità e la continuità del servizio scolastico ed educativo, per l'anno scolastico 2009-2010 ed in deroga alle disposizioni contenute nella legge 3 maggio 1999, n. 124 [deroga] [Tenuto conto di quanto previsto dal comma 1 e al fine di assicurare la qualità e la continuità del servizio scolastico ed educativo, per l'anno scolastico 2009-2010 ed in deroga alle disposizioni contenute nella legge 3 maggio 1999, n. 124, e nei regolamenti attuativi relativi al conferimento delle supplenze al personale docente e al personale amministrativo, tecnico ed ausiliario, l'amministrazione scolastica assegna le supplenze per assenza temporanea dei titolari, con precedenza assoluta ed a prescindere dall'inserimento nelle graduatorie di istituto, al personale inserito nelle graduatorie ad esaurimento previste dall'articolo 1, comma 605, lettera c), della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e successive modificazioni, ed al personale ATA inserito nelle graduatorie permanenti di cui all'articolo 554 del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado, di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, e nelle graduatorie provinciali ad esaurimento, già destinatario di contratto a tempo determinato, annuale o fino al termine delle attività didattiche, nell'anno scolastico 2008-2009, che non abbia potuto stipulare per l'anno scolastico 2009-2010 la stessa tipologia di contratto per carenza di posti disponibili, non sia destinatario di un contratto a tempo indeterminato e non risulti collocato a riposo], e nei regolamenti attuativi relativi al conferimento delle supplenze al personale docente e al personale amministrativo, tecnico ed ausiliario, l'amministrazione scolastica assegna le supplenze per assenza temporanea dei titolari, con precedenza assoluta ed a prescindere dall'inserimento nelle graduatorie di istituto, al personale inserito nelle graduatorie ad esaurimento previste dall'articolo 1, comma 605, lettera c), della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e successive modificazioni, ed al personale ATA inserito nelle graduatorie permanenti di cui*

all'articolo 554 del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado, di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, e nelle graduatorie provinciali ad esaurimento, già destinatario di contratto a tempo determinato, annuale o fino al termine delle attività didattiche, nell'anno scolastico 2008-2009, che non abbia potuto stipulare per l'anno scolastico 2009-2010 la stessa tipologia di contratto per carenza di posti disponibili, non sia destinatario di un contratto a tempo indeterminato e non risulti collocato a riposo".

Assolutamente irrilevante sul piano giuridico, ancora, il rilievo dell'Amministrazione convenuta che "il rapporto di lavoro del personale scolastico supplente è regolamentato da distinti contratti di lavoro, che possono riferirsi anche a supplenze annuali o fino al termine delle lezioni, che, se anche conferite allo stesso docente nell'immediato anno scolastico successivo, non traggono origine dalla precedente nomina e non costituiscono una prosecuzione senza soluzione di continuità del rapporto di lavoro, ma traggono origine da diversi provvedimenti, determinati da distinte procedure di nomina discendenti da apposite graduatorie di aspiranti" nota 25/9/08 della Direzione Generale per il personale scolastico del Dipartimento per l'Istruzione), un argomento formalistico che non sfiora le istanze sostanziali di tutela antiabusiva in materia.

E' poi noto come la direttiva 28/6/99/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dalle organizzazioni intercategoriali di carattere generale UNICE, CEEP e CES il 18/3/99 (clausola 2: "il presente accordo si applica ai lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore in ciascun Stato membro") - applicabile al settore pubblico (ad es. sentenza Adeneler, 4/7/06, C-212/04; sentenza Angelidaki, 23/4/09, C-378-80/07) - si incentri su due grandi valori, il principio di non discriminazione tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato e la prevenzione dell'abuso derivante dalla reiterazione del lavoro a termine, profili entrambi di specifica rilevanza nella concreta fattispecie.

Nello spirito, esplicitato, della direttiva il contratto di lavoro a tempo indeterminato resta la forma ordinaria del rapporto di lavoro, contribuendo la stessa non solo "alla qualità della vita" dei lavoratori interessati, ma anche "a migliorarne il rendimento".

Nell'ambito del rapporto di lavoro privato, per Cass. SL. 2008/n. 12985, "l'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001, anche anteriormente alla modifica introdotta dall'art. 39 della legge n. 247 del 2007, ha confermato il principio generale secondo cui il rapporto di lavoro subordinato è normalmente a tempo indeterminato, costituendo l'apposizione del termine un'ipotesi derogatoria pur nel sistema, del tutto nuovo, della previsione di una clausola generale legittimante l'apposizione del termine "per ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo" (...)".

E, sempre sul piano comunitario, non parrebbe dubbio che l'utilizzazione del contratto di lavoro a tempo determinato, proprio al fine di prevenire discriminazione e abuso, debba essere necessariamente basata su ragioni "oggettive" (v. punto 7 delle considerazioni generali).

Del resto, in tal senso si muove, e in tal senso deve essere interpretato, l'art. 1 d.lgs. 2001/n. 368: "è consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo (anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro) (parole aggiunte dall'art. 21, d.l. 2008/n. 112, conv. l. 2008/n. 133)".

Infine, con l. 2007/n. 247, è stato inserito dall'art. 1, co. 39, a decorrere dall'1/1/08, il nuovo testo del co. 1 dell'art. 1, d.lgs. 2001/n. 368, per il quale "il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato".

E' certo, occorre precisare, che il d.lgs. 2001/n. 368 trovi applicazione nel settore pubblico, sebbene sia altrettanto certo che la normativa generale debba coordinarsi con eventuali norme speciali.

Cronologicamente la fattispecie oggetto di controversia si inserisce in un paradigma di regola ed eccezione tra contratto a tempo indeterminato e contratto a tempo determinato che accomuna il settore del lavoro pubblico a quello privato.

Non solo. A differenza del settore privato, in quello pubblico il legislatore ha imposto alle

amministrazioni l'obbligo di "assumere esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato" in presenza di "esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario", ripristinandosi la possibilità di avvalersi di forme contrattuali flessibili "per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali" (art. 36, co. 1, modif. art. 49, d.l. 2008/n. 112, conv. l. n. 133, ma v. già art. 4, l. 2006/n. 80), con disciplina, dunque, più restrittiva, nella proclamazione del superamento del "lavoro precario" (disciplina dapprima ancor più irrigidita con la riscrittura dell'art. 36 nella finanziaria 2008, l. 2007/n. 244, art. 3, co. 79).

In ogni caso, anche dopo le modifiche introdotte dal d.l. 2008/n. 112, conv. l. n. 133, e dal d.l. 2009/n. 78, conv. l. 2009/n. 102, deve ritenersi che il lavoro a termine alle dipendenze della pubblica amministrazione rimanga ipotesi eccezionale, da interpretarsi restrittivamente.

Sanzione.

Nell'ambito del rapporto di lavoro privato, anche recentemente, Cass. SL. 2008/n. 12985: *"l'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001, anche anteriormente alla modifica introdotta dall'art. 39 della legge n. 247 del 2007, ha confermato il principio generale secondo cui il rapporto di lavoro subordinato è normalmente a tempo indeterminato, costituendo l'apposizione del termine un'ipotesi derogatoria pur nel sistema, del tutto nuovo, della previsione di una clausola generale legittimante l'apposizione del termine "per ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo". Pertanto, in caso di insussistenza delle ragioni giustificative del termine, e pur in assenza di una norma che sanzioni espressamente la mancanza delle dette ragioni, in base ai principi generali in materia di nullità parziale del contratto e di eterointegrazione della disciplina contrattuale, nonché alla stregua dell'interpretazione dello stesso art. 1 citato nel quadro delineato dalla direttiva comunitaria 1999/70/CE (recepita con il richiamato decreto), e nel sistema generale dei profili sanzionatori nel rapporto di lavoro subordinato, tracciato dalla Corte cost. n. 210 del 1992 e n. 283 del 2005, all'illegittimità del termine ed alla nullità della clausola di apposizione dello stesso consegue l'invalidità parziale relativa alla sola clausola e l'instaurarsi di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato (principio applicato in fattispecie di primo ed unico contratto a termine)".*

Decisamente più problematica, invece, l'individuazione della conseguenza della specifica violazione di legge, della illegittimità della adozione del rapporto di lavoro a termine ad opera di una pubblica amministrazione, in particolare la questione della applicabilità della regola sanzionatoria consistente nella nullità della clausola del termine, per violazione di norma imperativa, senza estendersi all'intero contratto di lavoro, che resta, si "converte", a tempo indeterminato, per mezzo della sostituzione di diritto delle clausole nulle da norme imperative (art. 1419, co. 2. c.c.).

La questione centrale nella disciplina del rapporto di lavoro a termine alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, in contrapposizione al settore privato, è comunemente individuata nel divieto di trasformazione del rapporto, sancito dall'art. 36, co. 2, d.lgs. 2001/n. 165: "in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione", ed espressamente il riconoscimento del diritto del lavoratore interessato al risarcimento del danno, "derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative".

Si tratta della codificazione di un principio già affermato nella legislazione anteriore, ancor prima della privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, recepito dalla giurisprudenza dominante (contra viene segnalata, ad es., Consiglio di Stato, Sez. V, 1984/n. 254).

Sanzione della violazione, dunque, la nullità del rapporto di lavoro costituito in violazione di norme imperative, con esclusione della conversione del rapporto e riconoscimento al lavoratore del solo trattamento economico ex art. 2126 c.c. (v. infine art. 36, d.lgs. 1993/n. 29).

La negazione della possibilità della costituzione di uno stabile rapporto di lavoro, in caso di violazione della normativa legale sul rapporto a termine, ha informato costantemente l'assetto normativo della materia nel pubblico impiego, fino alla sua conferma nell'attuale Testo Unico.

Con sentenza 2003/n. 89, la Corte Costituzionale ha escluso la sussistenza di una violazione del principio di uguaglianza, nella supposta diversità

delle situazioni messe a confronto, lavoro privato e lavoro pubblico.

Tra le argomentazioni invocate a sostegno di questa interpretazione, diffuso il riferimento alla violazione della regola dell'accesso alla pubblica amministrazione mediante concorso (ad es. Consiglio di Stato, Sez. VI, 1983/n. 164), ancora una volta valorizzata dalla Corte Costituzionale, ad es. nella sentenza 2005, n. 159, come forma generale e ordinaria di reclutamento per il pubblico impiego.

Ma la regola costituzionale non risulta in effetti violata, posto che l'art. 97 della Costituzione prevede espressamente la possibilità per il legislatore ordinario di derogare al principio della concorsualità. Deroga non necessaria, del resto, poiché l'art. 36 del d.lgs. 2001/n. 165, come modificato dal d.l. 2008/n. 112, conv. l.

n. 133, prevede che anche le assunzioni a termine siano effettuate nel rispetto delle procedure di reclutamento di cui all'art. 35.

La mancata estensione al settore del lavoro pubblico della conversione legale non può trovare pertanto giustificazione nell'art. 97 Cost. Il principio di non convertibilità, certamente di favore datoriale, tuttora diffusamente persistente nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, non si alimenta soltanto, come appena detto, insufficientemente, della imprescindibilità della regola della assunzione mediante pubblico concorso, sottolineandosi in dottrina come "scopo del divieto è di scongiurare il rischio che attraverso la conversione di rapporti precari si possano incardinare rapporti a tempo indeterminato senza una programmazione del fabbisogno del personale e con il rischio di assumere un numero di persone maggiore di quanto possano consentire gli stanziamenti in bilancio" (cfr. anche C. Cost. 1997/n. 59).

Con due interventi del 9/06, nei procedimenti C-180/2004 (Vassallo) e C-53/2004 (Marrosu + 1) sulla legislazione italiana, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha dichiarato che l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18/3/99, in allegato alla direttiva del Consiglio 28/6/99, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato - applicabile come sopra detto al settore pubblico - dev'essere interpretato nel senso che "non osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale che escluda, in caso di abuso derivante dall'utilizzo di una successione

di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, che questi siano trasformati in contratti o in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, mentre tale trasformazione è prevista per i contratti e i rapporti di lavoro conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato, qualora tale normativa contenga un'altra misura effettiva destinata ad evitare e, se del caso a sanzionare un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico".

Cfr. analogamente sent. 7/9/07, nel procedimento C-180/2004.

Ancor più recentemente, con sent. 23/4/09, nella causa C-378-380/2007, ric. Angelidaki e altri, la Corte di Giustizia ha ribadito: "in circostanze come quelle delle cause principali, l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretato nel senso che, qualora l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato preveda, nel settore in questione, altre misure effettive per evitare, ed eventualmente sanzionare, l'utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi ai sensi della clausola 5, n. 1, di detto accordo, esso non osta all'applicazione di una norma di diritto nazionale che vieti in modo assoluto, nel solo settore pubblico, la conversione in un contratto di lavoro a tempo indeterminato di contratti di lavoro a tempo determinato successivi che, in quanto destinati a soddisfare esigenze permanenti e durevoli del datore di lavoro, devono essere considerati abusivi.

Spetta tuttavia al giudice del rinvio valutare in quale misura le condizioni di applicazione nonché l'applicazione effettiva delle pertinenti disposizioni di diritto interno ne fanno uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato successivi".

In un primo approccio alla materia abbiamo ritenuto in taluni precedenti, che anche a livello comunitario, dunque, al di là delle perplessità dell'interprete, la questione sanzionatoria parrebbe "blindata", "suggellata", "cerchio chiuso" rispetto a più incisive aperture di tutela sostanzialmente costitutiva in conversione del rapporto di lavoro a termine in regime di abuso.

E' il giudice dell'ordinamento interno, ha precisato la Corte (2006, par. 39)(cfr. anche sentenza 4/7/06, nel procedimento C-212/2004, Adeneler, sulla legislazione greca), che deve verificare la soddisfazione dei requisiti di "adeguatezza" della sanzione, cioè "di carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo" (par. 36), come di "equivalenza" ed "effettività" (parr. 37-38), prevista, nella specie, dall' art. 36, co. 2, d.lgs. 2001/n. 165.

Il nostro ordinamento, nel settore del lavoro pubblico, appresta contro l'abuso del rapporto di lavoro a termine la sanzione del risarcimento del danno, "derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative" (art. 36, co. 2, d.lgs. 2001/n. 165).

La tutela risarcitoria a favore del/la lavoratore/trice, per rispondere ai requisiti precisati dalla Corte di Giustizia, deve essere pertanto duplice, "effettiva" e "dissuasiva".

Anzitutto, per l'intero periodo in cui il rapporto ha avuto attuazione dovrà essere corrisposto il trattamento economico differenziale, tra quanto percepito e quanto spettante al/la lavoratore/trice ex art. 2126 c.c. per la instaurazione di fatto (nulla) di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, cioè "il risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di norme imperative".

La giurisprudenza ha spesso fatto ricorso a questa forma di tutela, ritenendola talora l'unica per il dipendente pubblico, conformemente a parte della dottrina.

Il principio di non trasformabilità, che caratterizza con specialità il settore, non ci pare ostativo al riconoscimento, sul piano meramente risarcitorio, della sostanziale instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato per il tempo della prestazione, in ogni caso alla integrale riparazione risarcitoria per l'illegittimità posta in essere dal datore di lavoro pubblico.

Il principio in discorso, peraltro, entra in gioco all'atto della risoluzione del rapporto per scadenza del termine (fattispecie verificatasi nel caso concreto), ostando sia al ripristino del rapporto oltre il tempo della effettiva prestazione, sia, ci pare, a tutele risarcitorie interamente parametricate alla realtà della tutela, che ne costituisce il loro presupposto. Se

l'ordinamento non contempla la trasformazione del rapporto a termine abusivamente utilizzato, invalido, la tutela risarcitoria stessa ragionevolmente non potrà ricalcare sia pure per equivalente la trasformazione vietata (comprendendo, in altre parole, le retribuzioni maturate dalla cessazione del rapporto fino alla domanda, o alla decisione, o alla ricostituzione del rapporto ad opera dell'Amministrazione).

Pur tuttavia, quella tutela dovrà rispondere ai descritti canoni imposti dai ricordati interventi della Corte di Giustizia.

Come parametro, solo come parametro, possiamo allora muovere da una misura risarcitoria non inferiore alle cinque mensilità della retribuzione globale di fatto, prevista dall'art. 18, co. 4, l. 1970/n. 300, indicazione di diritto positivo rilevante.

Simile misura, tuttavia, per difetto, non può assolutamente ritenersi dissuasiva, preventiva dell'abuso del lavoro a termine da parte della pubblica amministrazione.

Sempre e solo parametricamente, invero, possiamo individuare quindi l'indennità pari a quindici mensilità della retribuzione globale di fatto, prevista dal co. 5, come facoltà del lavoratore di richiesta al datore di lavoro in sostituzione della reintegrazione, ulteriore indicazione di diritto positivo rilevante.

Simile misura, abbiamo ritenuto in propri precedenti, può ritenersi soddisfacente i requisiti di "adeguatezza" della sanzione (cioè "di carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo"), come di "equivalenza" ed "effettività", secondo i ricordati lineamenti comunitari, soprattutto se, come riteniamo preferibile, insensibile alle tematiche dell'aliunde perceptum/percipiendum. Si tratta, è evidente, di soluzioni ampiamente compromissorie, opinabili.

V. in tal senso, ad es., Trib. Genova, sent. 14/12/06, che perviene invero alla determinazione di venti mensilità, sommando la misura minima del risarcimento del danno (5 mensilità), alla indennità sostitutiva (15 mensilità), che spetta, in effetti, "fermo il diritto al risarcimento del danno così come previsto al quarto comma" dell'art. 18. l. 1970/n. 300.

Tale determinazione, se da un lato può apparire più tranquillizzante in termini di adeguatezza della tutela, e non abbiamo remore a riconoscerlo, dall'altro sconta una eccessiva modellazione su una realtà posta in dubbio dal

principio di non trasformazione, oltre al dato che la scadenza del termine, ancorchè illegittimamente apposto, non equivale sul piano giuridico formale a licenziamento.

Solo l'elaborazione giurisprudenziale successiva potrà condurre alla più puntuale ed omogenea individuazione di tutele risarcitorie adeguate, probabilmente ispirate anche alla ponderazione di elementi individuali (professionalità, immagine, dignità, chance) in attenuazione di una eccessiva rigidità criteriologica.

Indicativamente, v. l'ampia disamina del Tribunale di Rossano Calabro, nella sentenza emanata all'udienza 4/6/07, nella causa 450/2006 rgl (edita ad es. in Foro it. 2007, I, 2589) che perviene alle seguenti conclusioni sul punto: *“per la quantificazione dello stesso non si può procedere alla capitalizzazione delle retribuzioni che si sarebbero percepite per tutta la durata della vita lavorativa, considerato che si deve ritenere la possibilità per i ricorrenti di trovare una nuova occupazione in uno spazio di tempo più o meno lungo. Unico criterio che pare equo è agganciare il danno al tempo medio necessario per ricercare una nuova occupazione stabile tenuto conto di zona geografica (sud Italia nel caso di specie), età dei ricorrenti, sesso e titolo di studio. I ricorrenti hanno prodotto uno studio statistico dell'ISFOL e del Ministero del lavoro, dell'anno 2005, quindi sufficientemente aggiornato, sulla scorta del quale pare equo condannare la convenuta al pagamento di 17 mensilità di retribuzioni (16 oltre una per TFR), considerato che tale è il tempo mediamente necessario per trovare una nuova occupazione.*

Sembra equo compensare in parte il danno (quello previdenziale) considerato che la prestazione di attività lavorativa è produttiva altresì di spese connesse a trasporto, necessità di vestirsi e eventualmente acquistare generi alimentari”.

Corretto, inoltre, abbiamo in precedenza ritenuto il riconoscimento del trattamento di fine rapporto, che il/la lavoratore/trice avrebbe percepito alla cessazione in caso di assunzione a tempo indeterminato (così ad es. Trib. Napoli, 12/1/05, ad es. in Riv. critica dir. lav., 2005/n. 167, e Trib. Trapani, sent. 30/1/07, ad es. in LPA, 2007, n. 1154).

In assenza di un criterio certo e predeterminato, le interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali sono state numerose e

di vario contenuto, talora definite “bizzarre”, un vero e proprio “marasma” nello sforzo di riempire un grave vuoto legislativo, pur animato dall'apprezzabile tentativo di superamento dei limiti posti dall'art. 36 d. lgs. 2001/n. 165 al fine di garantire ai lavoratori pubblici una effettiva tutela.

Il caso qui sottoposto all'attenzione cognitiva e decisoria del giudice, sia per la specialità del settore, sia per la pregevolezza argomentativa della difesa della parte ricorrente, induce ad ulteriore riflessione e a rompere quell'argine di rispetto di un privilegio del quale sono depositarie le pubbliche amministrazioni, consistente quasi in una licenza di precarizzare.

Un primo dato argomentativo può rinvenirsi nella mutata convinzione della non effettività, della inadeguatezza, della sanzione meramente risarcitoria, rispondendo in tal modo più pienamente alla sollecitazione che indubbiamente perviene dalla giurisprudenza comunitaria.

Sul punto non sarebbe neppure utile argomentare lungamente, trattandosi di operare una decisa scelta interpretativa tra valori, ampiamente discrezionale, cioè tra l'unica effettività reale della tutela in forma specifica e l'imperfetta adeguatezza virtuale di quella per equivalente monetario.

Dati empirici conducono agevolmente alla soluzione, attesa la macrodimensione del fenomeno del lavoro precario pubblico irregolare, evidentemente non dissuaso dall'apparato sanzionatorio, che possiamo aggettivare debole e pertanto non conforme al diritto comunitario, poiché le condizioni di applicazione nonché l'applicazione effettiva delle relative disposizioni di diritto interno ne fanno uno strumento inadeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato successivi.

Non solo. Negli stessi casi concreti, la sequenza talora lungamente inanellata di rapporti di lavoro a termine conduce ad analogha osservazione valutativa.

Non spetta, invece, all'interprete giudiziale una valutazione di convenienza economica dello strumento della conversione rispetto alla erogazione di risarcimenti del danno, che tuttavia per essere effettivi ed equivalenti, non potrebbero che assurgere a dimensioni così

ingenti da contrastare, in definitiva, con quella stessa istanza di contenimento della spesa pubblica che ispira, tra altro, la tesi avversa alla sanzione della conversione in materia.

Ma, anche su un piano sistematico del nostro ordinamento, condividiamo il sostrato argomentativo espresso ad es. in giurisprudenza dalle Sezioni Unite, con la nota sent. 2006/n. 141: “(...) (la) tesi, che considera la tutela per equivalente del diritto soggettivo come la regola e la tutela specifica come l’eccezione, non può essere condivisa. Già nell’ambito generale del diritto privato l’art. 2058 cod. civ. nega un rapporto regola-eccezione così fatto ed anzi lo capovolge: l’illecito aquiliano - ma la norma si estende all’illecito contrattuale - attribuisce al danneggiato (nel rapporto contrattuale, al creditore insoddisfatto) la “reintegrazione in forma specifica”, se giuridicamente e materialmente possibile (comma 1) ed il risarcimento “per equivalente” alla subordinata condizione che la reintegrazione risulti, secondo il giudice, eccessivamente onerosa per il debitore (comma 2).

Sulla base di queste disposizioni già la dottrina immediatamente successiva all’entrata in vigore del codice del 1942 notò come il legislatore avesse stabilito anzitutto il diritto del creditore “all’esatto adempimento della prestazione dovuta” e come “soltanto in linea subordinata ed eventuale” questa potesse ridursi al risarcimento del danno. Il legislatore del novecento aveva così superato “l’anacronistica reminiscenza del diritto romano” (542[^], 1[^], 13, 1 “... in pecuniam numeratam condemnatur ...”) recepita nell’art. 1142 del codice civile francese, secondo cui ogni obbligazione di fare o di non fare si risolve (se resout) nella prestazione di danni e interessi nel caso di inadempimento; reminiscenza già scomparsa del resto già nel codice tedesco, di fine ottocento, il quale nel par. 280, comma 3, permette il risarcimento del danno in luogo della prestazione (Schadenersatz statt der Leistung) solo sulla base di determinati e circoscritti presupposti.

La sostituzione di un’obbligazione di risarcimento all’azione primitiva – si notava ancora in dottrina - non è dunque come in diritto romano un fenomeno generale e costante, collegato in modo necessario e per così dire automatico al far valere in giudizio l’obbligazione, bensì un fenomeno affatto

speciale e saltuario, condizionato da particolari circostanze di fatto.

Oggi l’obbligazione di ricostruire la situazione di fatto anteriore alla lesione del credito rendendo così possibile l’esatta soddisfazione del creditore, non tenuto ad accontentarsi dell’equivalente pecuniario, costituisce la traduzione nel diritto sostanziale del principio, affermato già dalla dottrina processuale degli anni trenta e poi ricondotto all’art. 24 Cost., (Corte Cost. 24 giugno 1994 n. 253, 10 novembre 1995 n. 483), secondo cui il processo (ma potrebbe dirsi: il diritto oggettivo, in caso di violazione) deve dare alla parte lesa tutto quello e proprio quello che le è riconosciuto dalla norma sostanziale (da ult. Cass. Sez.Un. 5 luglio 2004 n. 12270).

Nè la difficoltà o l’impossibilità materiale di attuare in sede esecutiva questo principio costituzionalmente rilevante, dovute all’inesistenza nel nostro ordinamento di un sistema atipico di misure coercitive, può incidere sulla questione sostanziale qui in esame, relativa al rapporto regola-eccezione fra risarcimento specifico e per equivalente; la difficoltà di predisporre norme esecutive di più intensa garanzia del creditore non può influire sullo statuto civilistico del rapporto obbligatorio.

7. Questa conclusione valida sul piano generale – osservano le Sezioni Unite - serve a maggior ragione nel diritto del lavoro non solo perché qualsiasi normativa settoriale non deve derogare al sistema generale senza necessità, come si dirà tra breve, ma anche perché il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma. Da ciò la necessità non solo di interpretare restrittivamente l’art. 2058 cit., comma 2, ma anche di considerare come eccezionali le norme che escludono o limitano la tutela specifica. In tal senso va intesa la sentenza della Corte Costituzionale 7 febbraio 2000 n. 46, secondo cui la tutela reale del lavoratore può essere limitata discrezionalmente dal legislatore: questi effettua il bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti e ben può ritenere, come nella materia qui in esame, che le ragioni dell’impresa di piccole dimensioni debbano prevalere sulla tutela specifica del lavoratore illegittimamente licenziato. Non v’è però

ragione di negare che questa limitazione del diritto al lavoro debba essere affidata al soggetto interessato ossia al datore di lavoro, e di affermare al contrario che essa debba aggiungersi agli elementi costitutivi di quel diritto, con conseguenze in ordine alla ripartizione dell'onere della prova.

8. Nè le tesi, sostenute da una parte dalla stessa dottrina privatistica, che pongono sullo stesso piano la tutela specifica del diritto soggettivo a quella per equivalente, connettendo la prima ai diritti assoluti e la seconda ai diritti di credito, possono trovare applicazione nei rapporti di lavoro subordinato. A ciò ostano non solo le ragioni già dette ma anche la rilevanza degli interessi coinvolti, che impediscono di ricondurre quei rapporti esclusivamente a fattispecie di scambio e, nell'ambito di queste, di ridurre la posizione del prestatore di lavoro semplicemente a quella di titolare del credito avente ad oggetto la retribuzione. Al contrario, il prestatore, attraverso il lavoro reso all'interno dell'impresa, da intendere come formazione sociale nei sensi dell'art. 2 Cost., realizza non solo l'utilità economica promessa dal datore ma anche i valori individuali e familiari indicati nell'art. 2 cit. e nel successivo art. 36 (cfr. Cass. Sez. un. 12 novembre 2001 n. 14020). Subito dopo l'entrata in vigore della Carta fondamentale un'autorevole dottrina civilistica qualificò come assoluto lo stesso diritto alla retribuzione.

Pertanto, anche se si ammettesse la validità dello schema "diritto assoluto-tutela specifica; diritto di credito-tutela risarcitoria", esso non potrebbe applicarsi allo status del lavoratore subordinato.

9. È necessario ancora dare conto – osservano ancora le Sezioni Unite - della tendenza di una parte della dottrina lavoristica a considerare la disciplina dei licenziamenti, così come altri istituti del settore, quale regime speciale, avulso dal "diritto comune".

Da ciò deriverebbe la non riconducibilità della l. n. 300 del 1970, art. 18, e della L. n. 604 del 1966 al modello codicistico del risarcimento in forma specifica o per equivalente. La tendenza non appare però da seguire perché contraria al principio di unità e coerenza dell'ordinamento, riconducibili al principio di eguaglianza sostanziale di cui al capoverso dell'art. 3 Cost.. Già in sede di fondazione del diritto del lavoro quale disciplina distinta dal diritto civile, or è

circa un secolo, venne l'appello a non isolare i relativi problemi dai principi generali del diritto delle obbligazioni, cedendo al "cieco empirismo", mentre il richiamo all'unità dell'ordinamento quale postulato non logico ma di giustizia percorre il diritto non solo italiano nell'età delle specializzazioni.

Non è possibile poi adoperare quale argomento sistematico, onde dimostrare l'eccezionalità della tutela reintegratoria, "il numero notevole dei destinatari del precetto legislativo, nella capillare ed articolata diffusione nel territorio di piccole e medie imprese" (così Cass. n. 4337 del 1995 cit. condivisa dal Pubblico Ministero in udienza). L'esigenza di contenere gli oneri economici a carico di queste imprese ben può indurre il legislatore ad incentivi ed agevolazioni da attribuire attraverso scelte di diritto sostanziale, insindacabili a qualsiasi livello di giurisdizione (artt. 101 Cost., comma 2; L. 11 marzo 1953 n. 87, art. 28), ma non può influire sull'interpretazione delle norme che disciplinano il processo (...)"

E' questo dunque l'humus concettuale, sistematico, nel quale l'interprete deve individuare quale sia la sanzione adeguata, efficace, a fronte della nullità della clausola di apposizione del termine al rapporto di lavoro, vale a dire l'invalidità parziale relativa alla sola clausola e l'instaurarsi di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Deve rilevarsi, inoltre, anche nel ricordato pensiero delle Sezioni Unite della Cassazione, la generalità di quell'assetto sistematico nel diritto civile, nel diritto delle obbligazioni e nel diritto del lavoro in specie, per cui non è neppure necessaria una peraltro agevole operazione interpretativa estensiva del principio di prevalenza della tutela in forma specifica.

In ogni caso, rileviamo essere centrale, nella direttiva 1999/70 CE l'affermazione del principio di non discriminazione tra lavoratore a termine e lavoratore a tempo indeterminato. Un principio di immediata applicazione, diretta efficacia orizzontale. Un principio che investe tutte le condizioni del rapporto di lavoro, quindi anche la vicenda terminativa, la cui concreta modalità permea indirettamente tutto lo svolgimento del rapporto di lavoro.

La scadenza del termine, sappiamo, non è nel mondo del diritto, un licenziamento, mentre vi si avvicina di molto, invece, nella sostanza delle cose.

Ma non è un licenziamento, in quanto, e solo in quanto, sussista una oggettiva ragione giustificatrice della temporalità del rapporto, una sua naturale scadenza.

Se quella cronaca di morte annunciata, che colora macabramente la pur consensuale (molto vi sarebbe ovviamente da precisare su questo aggettivo) apposizione del termine ad un rapporto di lavoro non è sorretta da una vicenda naturale, quale la cessazione della oggettiva ragione temporale giustificatrice, il fenomeno sostanziale collima con quello formale, in altre parole, la scadenza del termine, illegittimamente apposto, non è altro che un licenziamento programmato privo di giustificazione causale, arbitrario.

Anche per questo, in una logica di parità di trattamento, non discriminatoria tra lavoratori "comparabili" (clausola 3: "2. Ai fini del presente accordo, il termine "lavoratore a tempo indeterminato comparabile" indica un lavoratore con un contratto o un rapporto di lavoro di durata indeterminata appartenente allo stesso stabilimento e addetto a lavoro/occupazione identico o simile, tenuto conto delle qualifiche/competenze.

In assenza di un lavoratore a tempo indeterminato comparabile nello stesso stabilimento, il raffronto si dovrà fare in riferimento al contratto collettivo applicabile o, in mancanza di quest'ultimo, in conformità con la legge, i contratti collettivi o le prassi nazionali") è il principio, comunitario, di necessaria giustificazione causale del recesso (il principio della giustificazione causale del licenziamento è consacrato nella Carta di Nizza (Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, in occasione del Consiglio europeo di Nizza del 7/12/00), art. 30, quale diritto sociale fondamentale, trasfuso nell'art. 90 del Trattato che adotta una Costituzione europea: "Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali") che impone, nel rapporto di lavoro temporalmente precario, una medesima sostanza economica, giudizialmente verificabile. Del resto chiara la clausola 3: "1. Ai fini del presente accordo, il termine "lavoratore a tempo determinato" indica una persona con un contratto o un rapporto di lavoro di durata determinata definiti direttamente fra il datore di lavoro e il lavoratore e il cui termine è

determinato da condizioni oggettive, quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico".

Il principio, dunque, della tutelabilità in forma specifica del diritto del lavoratore a fronte di una vicenda risolutiva illegittima del rapporto merita paritaria attuazione tanto in caso di licenziamento, tanto in caso di apposizione del termine, realizzandosi in difetto una discriminazione tra lavoratori c.d. "comparabili".

Sotto altro profilo, l'art. 11, co. 1, d.lgs 2001/n. 368, ha disposto, che *"dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo sono abrogate la legge 18 aprile 1962, n. 230, e successive modificazioni, l'articolo 8-bis della legge 25 marzo 1983, n. 79, l'articolo 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, nonché tutte le disposizioni di legge che sono comunque incompatibili e non sono espressamente richiamate nel presente decreto legislativo"*.

Anche la previsione della norma dell'art. 36, co. 2, d.lgs. 2001/n. 165, che *"in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave"*, si presta ad essere ricompresa nell'azione della mannaia della incompatibilità, sebbene ai fini che qui interessano la complessa disquisizione sulla specialità o meno del settore del lavoro pubblico, quindi sulla compatibilità o meno della disciplina speciale anteriore, ci sembra davvero essere priva di limiti (contrastata in dottrina, risolta in genere positivamente dalla giurisprudenza, Trib. Bologna, 26/7/07; Trib. Rossano, 4/6/07; Trib. Genova, 5/4/07; Trib. Roma, 3/2/04; Trib. Napoli, 6/2/04, nel senso della insussistenza della vicenda abrogativa tacita stante la specialità del corpo normativo regolante, con caratteristiche autonome, il rapporto di lavoro alle dipendenze di pubbliche

amministrazioni).

Quanto al bisogno avvertito dal legislatore della Finanziaria 2008 (l. 2007/n. 244, art. 3, co. 79) di ribadire il testo normativo dell'art. 36, rileviamo trattarsi di "sostituzione" con modificazioni, e non sembra possano trarsene pertanto inferenze sulla consapevolezza della necessità di reintrodurre una norma in ipotesi evidentemente abrogata.

Di maggior spessore, semmai, la previsione dell'art. 1, co. 1, d.l. 2009/n. 134, con. l. n. 167: *"all'articolo 4 della legge 3 maggio 1999, n. 124, dopo il comma 14 [integrazione] è aggiunto, in fine, il seguente: 14-bis. I contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze previste dai commi 1, 2 e 3, in quanto necessari per garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo, non possono in alcun caso trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato e consentire la maturazione di anzianità utile ai fini retributivi prima della immissione in ruolo"*.

Una preoccupazione legislativa che, ripugnando all'interprete l'immagine di un legislatore che colleziona doppioni, ripetizioni, potrebbe indurre a rimeditare la problematica sopra esaminata della abrogazione dell'art. 36, d. lgs. 2001/n. 165 ad opera dell'art. 11, d. lgs. 2001/n. 368.

Da altra angolazione, ancora, l'art. 36, co. 1, d.lgs. 2001/n.

165, nel prevedere che *"le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale di cui ai commi precedenti, si avvalgono delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa"*, precisa che *"i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo, in applicazione di quanto previsto dalla legge 18 aprile 1962, n. 230, dall'articolo 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, dall'articolo 3 del decreto legge 30 ottobre 1984, n. 726, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 dicembre 1984, n. 863, dall'articolo 16 del decreto legge 16 maggio 1994, n. 299, convertito con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1994, n.451, dalla legge 24*

giugno 1997, n. 196, nonché da ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina", e nel Comparto Scuola l'art. 40 ccnl 2006/2009 contempla espressamente al co. 4, la possibilità di trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato "per effetto di specifiche disposizioni normative", non alludendo direttamente alla problematica della conversione sanzionatoria, ma certamente contribuendo a consentirne pienamente l'ingresso sulla base del fondamentale riferimento del d.lgs. 2001/n. 368. E non si tratta del solo esempio in cui è la stessa contrattazione collettiva a prevedere la possibilità della conversione (cfr. analogamente art. 5, co. 2, ccnl comparto delle istituzioni e degli enti di ricerca e sperimentazione, accordo di rinnovo del 7/4/06; ancora, ccnl personale non dirigente dell'Enea, accordo di rinnovo del 20/12/06), aprendo le porte ad una piena tutela effettiva specifica del lavoratore pubblico nel caso in cui l'assunzione a termine, come nel caso di specie, avvenga tramite concorso o, comunque, procedure selettive idonee a garantire il rispetto dell'art. 97 Cost..

Appare pertanto consentita nel caso di specie la disapplicazione della normativa nazionale (art. 36 d.lgs. 2001/n. 165) a vantaggio della direttiva 1990/70 CE e delle citate pronunce della Corte di Giustizia, quindi dell'art. 5 d.lgs. 2001/n. 368.

P.Q.M.

accerta l'illegittimità dell'apposizione del termine e dichiara la conseguente nullità parziale dei contratti stipulati tra le parti, e dichiara pertanto che il primo contratto stipulato dalla parte ricorrente (specificato nelle conclusioni e in motivazione § 1.) si è convertito in contratto di lavoro a tempo indeterminato e condanna pertanto il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca a reinserire in servizio la parte ricorrente nel posto di lavoro per lo svolgimento delle medesime mansioni, oltre al risarcimento del danno subito dalla parte ricorrente per l'illegittima apposizione del termine di durata al rapporto di lavoro, da commisurarsi alle retribuzioni globali di fatto maturate dalla data di messa in mora presentata contestualmente alla comunicazione della richiesta di tentativo obbligatorio di conciliazione in atti, sino all'effettiva ripresa dell'attività lavorativa, oltre interessi legali.

[...]
Siena, 27/9/10

(Omissis)

* * * * *

NOTA

Svolta epocale nel pubblico impiego: il Giudice del Lavoro di Siena, in persona del Dott. Delio Cammarosano, con una sentenza che segna una rivoluzione nel mondo del diritto del lavoro, ha riconosciuto la conversione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato.

Trattasi della sentenza emessa all'udienza del 27 settembre 2010.

La vicenda che ha dato origine alla eclatante pronuncia del Giudice del Lavoro, prende le mosse da un ricorso inoltrato da una docente nei confronti del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e dell'Ufficio Scolastico Regionale per la Toscana.

Il Giudice del Lavoro di Siena, con articolata, minuziosa e dettagliata motivazione, ricca di riferimenti al diritto ed alla giurisprudenza comunitaria, ha accolto la domanda della ricorrente riconoscendo la conversione del contratto di lavoro.

In punto di fatto, nel caso di specie, tra la docente ricorrente e il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, per il tramite dell'Ufficio Scolastico Regionale della Toscana, furono stipulati sei contratti di lavoro a tempo determinato per lo svolgimento di attività di insegnamento.

I vari rapporti di lavoro non furono continuativi ma coincidevano, pressappoco, con l'intero anno scolastico.

L'analisi dell'attento Giudice prende le mosse dalla *ratio* giustificatrice del contratto di lavoro a tempo determinato.

Come è noto, infatti, il ricorso a forme flessibili di assunzione e di impiego del personale, è consentita ai sensi dell'art. 36, comma 2, D.lgs. 30 marzo

2001 n. 165, "per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali".

Sul punto, osserva argutamente il Giudice del Lavoro, l'esigenza dell'insegnamento non può definirsi "temporanea" ed "eccezionale" atteso che tale attività rientra nel fine istituzionale *ordinario* del resistente Ministero.

Di per sé, questo elemento denota l'illegittimità di tutti i contratti di lavoro a tempo determinato stipulati con la ricorrente.

A ciò si devono aggiungere, poi, tutte le considerazioni giuridiche che scaturiscono dall'esame della normativa comunitaria.

In particolar modo, l'attenzione del Magistrato si concentra primariamente sulla direttiva 28/6/99/70/CE che sancisce due grandi principi: *in primis* quello di non discriminazione tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato; *in secundis* quello della prevenzione dell'abuso del ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato.

Sullo stesso piano sembra muoversi anche il legislatore nazionale allorché all'art. 36, comma 1, D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, sancisce il noto principio secondo cui "per esigenze connesse con il proprio fabbisogno *ordinario* (il carattere corsivo è del redattore), le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro a tempo indeterminato".

Analizzando il rapporto di lavoro privato, la conversione del contratto a tempo determinato è la naturale conseguenza dell'illegittimità del termine apposto al di fuori dei casi consentiti dall'ordinamento giuridico.

Così come chiaramente esposto nella sentenza n. 12985 del 2008 da parte della Suprema Corte di Cassazione - Sezione Lavoro - qualora l'apposizione del termine avvenga al di fuori dei casi consentiti dalla normativa, pur in assenza di una specifica sanzione, deve essere riconosciuta la conversione del contratto a tempo determinato in contratto di lavoro a tempo indeterminato. Ciò avviene per

effetto - sostiene la Corte di Cassazione nella sentenza citata - dell'applicazione dei principi generali in materia di nullità parziale del contratto ed interpretando l'art. 1 del D.lgs. 6 settembre 2001 n. 368 in modo conforme alla direttiva 1999/70/CE e seguendo, peraltro, l'orientamento della stessa Corte costituzionale sul punto.

Situazione diversa, invece, sembrerebbe sussistere per il rapporto di lavoro pubblico.

Qui, infatti, a causa del divieto tassativo di conversione del rapporto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato sancito dall'art. 36, comma 5, D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, al lavoratore a tempo determinato assunto in violazione di norme di legge, è riconosciuto dall'ordinamento giuridico soltanto il diritto al risarcimento del danno.

A sostegno di tale scelta legislativa, sembra esservi la regola, costituzionalmente sancita, secondo cui l'accesso al pubblico impiego può avvenire solo attraverso procedure concorsuali.

Senonché, come chiaramente e sottilmente riconosciuto dal pioniere Giudice del Lavoro nella sentenza che qui si commenta, il precetto costituzionale non viene sacrificato sia perché lo stesso art. 97 Cost. prevede che il legislatore ordinario possa derogare a siffatta regola, sia perché per le assunzioni a tempo determinato vale il principio secondo cui debbano essere effettuate nel rispetto delle procedure di reclutamento di cui all'art. 35, D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165.

Alla luce di tanto, l'argomentazione secondo cui la conversione del rapporto di lavoro a tempo determinato nel pubblico impiego sarebbe contraria alla Carta costituzionale, non assume alcun pregio.

Il divieto di conversione del rapporto di lavoro a tempo determinato può trovare una sua giustificazione soltanto nel caso in cui l'ordinamento interno appresti altre misure effettive ed idonee a scongiurare un utilizzo improprio del contratto di lavoro a tempo determinato.

E' questo quanto affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con due interventi del 2006.

A ciò, però, va aggiunto che - secondo la stessa Corte - è compito dei Giudici valutare se la tutela apprestata dall'ordinamento giuridico interno a favore dei lavoratori a tempo determinato, sia adeguata ed effettiva (si veda la sentenza 23.04.2009).

Orbene, il nostro ordinamento interno prevede, per i casi di utilizzo di contratti a termine fuori dai casi consentiti dalla legge, sanzioni che non tutelano affatto, a parere del Giudice del Tribunale di Siena, il lavoratore.

Infatti, da un attento esame della giurisprudenza di merito che sul punto si è formata e descritta linearmente e chiaramente dal Magistrato estensore, si desume il tentativo dei Giudici di colmare il vuoto legislativo riconoscendo ai lavoratori una tutela risarcitoria che differisce caso per caso, nell'intento di tutelare quanto più possibile la parte più debole del rapporto sinallagmatico.

A questo punto, quindi, il "rivoluzionario" Giudice va oltre e tenta argutamente di "rompere quell'argine di privilegio del quale sono depositarie le pubbliche amministrazioni consistente quasi in una licenza di precarizzare".

Di fronte all'eccessivo ricorso da parte della pubblica amministrazione al contratto a tempo determinato, si desume che la sanzione apprestata dall'ordinamento giuridico, sia tutt'altro che deterrente e quindi piuttosto inadeguata ad arginare il fenomeno.

Aderendo, pertanto, alla tesi sostenuta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 141 del 2006, il Magistrato estensore ritiene che il rimedio del risarcimento del danno debba essere ritenuto eccezionale rispetto alla tutela in forma specifica, più consona e più efficace.

Conclude, quindi, il Magistrato, nella sentenza che qui si commenta, che appare consentita nel caso di specie la disapplicazione della normativa nazionale a favore di quella comunitaria.

Al termine di queste argute argomentazioni, per la prima volta nel settore del pubblico impiego, accertata l'illegittimità dell'apposizione del termine viene conseguentemente dichiarata la "nullità parziale dei contratti stipulati tra le parti" e convertito pertanto, il primo contratto stipulato dalla parte ricorrente, "in contratto di lavoro a tempo indeterminato" con la condanna del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca al reinserimento in servizio della parte ricorrente nel posto di lavoro per lo svolgimento delle medesime mansioni, oltre al risarcimento del danno subito dalla stessa per l'illegittima apposizione del termine di durata al rapporto di lavoro.

Ebbene, la citata sentenza va accolta con entusiasmo da tutti gli operatori del diritto.

Le brillanti considerazioni del Giudice del Lavoro di Siena, accompagnate da dettagliati e precisi riferimenti alla normativa ed alla giurisprudenza comunitaria, segnano un vero e proprio traguardo nel diritto del lavoro in Italia.

La sentenza del Tribunale toscano ha coraggiosamente reso effettivo il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione.

Prima di tale intervento, i lavoratori del pubblico impiego subivano, in caso di illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro a tempo determinato, un trattamento peggiore rispetto ai "colleghi" del parallelo settore privato.

Con il riconoscimento dell'incongruità della sanzione risarcitoria e della corrispondente adeguatezza della tutela in forma specifica, si ristabilisce quell'equilibrio e quella uguaglianza che sino al 2010 avrebbe potuto definirsi inesistente.

Conseguentemente, va affermato che, i principi generali espressi dalla sentenza qui commentata, debbano ragionevolmente applicarsi a tutti i settori del pubblico impiego ed a prescindere dalla durata del rapporto di lavoro.

Infatti, la sanzione della conversione dei contratti a termine va riconosciuta

tutte le volte in cui l'apposizione del termine non sia giustificata da ragioni contingibili ed eccezionali ma risponda ad altre esigenze istituzionali cui non si possa far fronte con il personale in servizio, con conseguente proliferazione di contratti a tempo determinato finalizzati a sopperire ad endemiche ed ormai cristallizzate carenze di organico.

Di tutti questi contratti non può che essere dichiarata l'illegittimità perché utilizzati al di fuori dei limiti posti dall'ordinamento giuridico.

A tutte queste argomentazioni, va aggiunto che il principio di non discriminazione tra lavoratori del settore pubblico e lavoratori del settore privato è stato di recente ribadito in un ulteriore intervento da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea secondo cui: "le misure previste da una normativa nazionale (...) al fine di sanzionare il ricorso abusivo a contratti o a rapporti di lavoro a tempo determinato non devono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna, né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione" (cfr. ordinanza della CGUE - sesta sezione - del 1° ottobre 2010).

Del pari, allo scopo di garantire la non discriminazione dei lavoratori del settore pubblico, va dichiarata la conversione dei contratti di lavoro a tempo determinato anche nel caso in cui sia violato il limite massimo di 36 mesi, previsto dall'art. 5 del D.lgs. 6 settembre 2001, n. 368.

Trattasi, in tale caso, di fattispecie diversa da quella che qui si commenta (illegittimo ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato perché al di fuori dei casi consentiti dalla legge), ma uguale dal punto di vista della sanzione: conversione del contratto per mancanza di adeguate misure idonee a prevenire e sanzionare il ricorso abusivo al contratto a tempo determinato e ristabilire la parità di tutti i lavoratori (pubblici e privati).

Appare ragionevolmente auspicabile che la sentenza qui commentata, apra la

strada ad altre pronunce dello stesso tenore a garanzia del diritto di ogni lavoratore del settore pubblico di essere tutelato contro ogni forma di abuso dell'utilizzo di forme di lavoro flessibile.

Si tratterebbe, di certo, di pronunce conformi al dettato costituzionale e garantiste del diritto al lavoro.

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 e delle riviste *la bilancia* e *il lavorista*.

CORTESE Marilena - Avvocato penalista.

COSTANTINO Nicola – Rettore del Politecnico di Bari.

D'ALELIO Silvia Ardua - Coordinatore Amministrativo del Ministero del Lavoro D.P.L. di Bari, Responsabile dell'U.O. "Relazioni Sindacali e Conflitti di Lavoro" della D.P.L. di Bari e componente della Commissione di Certificazione dei Contratti di Lavoro.

DE CARO Delia Maria – Praticante avvocato.

DELLI FALCONI Giovanna – Praticante avvocato.

DE LILLO Pierluigi - Praticante avvocato.

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.

GASPARRO Nicola – Avvocato giuslavorista.

GERMANO Tommaso - Professore Associato, Titolare di Previdenza Sociale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari.

GISMONDI Francesco - Avvocato giuslavorista, Cultore di Diritto del Lavoro (prima Cattedra Prof. Veneto) Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Bari.

LA NOTTE CHIRONE Maria Antonietta - Giudice del Lavoro presso il Tribunale di Trani.

LAURINO Luca – Cultore della materia di Previdenza Sociale, Facoltà di Giurisprudenza - Università degli Studi di Bari.

LELLA Loredana – Praticante avvocato.

MANGIATORDI Maria - Avvocato.

MARALFA Giuseppe - Sostituto Procuratore presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Trani.

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.

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.

