

Periodico di informazione e approfondimento sulle tematiche
giuridiche del lavoro, delle relazioni sindacali e della previdenza sociale

ISSN 2239-6519
Note informative

note infor matti ve

normativa
sentenze
contrattazione
schede monografiche
politiche giudiziarie
segnalazioni
ci chiedono
documenti

numero

maggio
2011

52



Pubblicazione a cura
del Coordinamento Servizi Vertenziali
e Legali CGIL Milano, CGIL Lombar-
dia, INCA Lombardia

Reg.Trib.Mi. n. 0048 del 25/01/2005

Redazione:
corso di Porta Vittoria, 43
20122 Milano
tel. 02-55025469
fax 02-55025487
mail noteinformative@cgil.lombardia.it

On line:
<http://www.noteinformative.it>

server provider: Sintel Srl
via della Torre, 15 - 20127 Milano

Direzione editoriale:
CGIL Milano e Lombardia

Direttore responsabile:
Adriana Costa

Coordinamento scientifico:
Franco Scarpelli

Comitato di redazione:
Olivia Bonardi (normativa), Maurizio
Falsone (coordinamento), Luca Finaz-
zi, Mauro Zanoni

**Comitato scientifico di valutazione
dei contributi:** Cristina Alessi, Vincen-
zo Bavaro, Olivia Bonardi, Andrea
Lassandari, Antonio Loffredo, Enzo
Martino, Giovanni Orlandini, Alberto
Piccinini, Fabio Rusconi, Franco Scar-
pelli

In questo numero

Normativa

Legge 4 novembre 2010, n. 183

- 4 L'art. 16 del "Collegato lavoro" e la (discutibile) opportunità per le pubbliche amministrazioni di revocare le trasformazioni a tempo parziale già concesse**

DI ALBERTO PICCININI E GIORGIO SACCO

Legge 4 novembre 2010, n. 183

- 10 I diritti del lavoratore che assiste un disabile dopo l'art. 24 Legge 183/2010**

DI OLIVIA BONARDI

Schede monografiche

Legge 4 novembre 2010, n. 183

- 33 La nuova indennità risarcitoria del contratto a tempo determinato: le prime posizioni della giurisprudenza**

DI LORENZO GIASANTI

Sentenze

- 46 Una giurisprudenza creativa: il contratto a termine nel pubblico impiego e il regime sanzionatorio**

DI ANNA FENOGLIO

Cassazione civile, sez. lav., sent. n. 2117 del 28 gennaio 2011

- 54 Telecamere di sorveglianza, controlli a distanza e "controlli difensivi"**

COMMENTO DI STEFANO PEDRONI

Cassazione, Sezione Lavoro, sentenza 18 marzo 2011, n. 6282

- 59 La legittimità del licenziamento e il diritto di critica nell'ambito del rapporto di lavoro: un caso recente**

COMMENTO DI FRANCESCA BORSA

Trib. Arezzo, ord. 27 gennaio 2011, n. 74; Corte Costituzionale 7 aprile 2011, n.116

- 64 Congedo obbligatorio per maternità: le regole in caso di parto prematuro**

COMMENTO DI MARTA GIACONI

L'art. 16 del “Collegato lavoro” e la (discutibile) opportunità per le pubbliche amministrazioni di revocare le trasformazioni a tempo parziale già concesse

Legge 4 novembre 2010, n. 183

di ALBERTO PICCININI E GIORGIO SACCO

La disciplina del tempo parziale nel settore pubblico è stata sottoposta, in questa legislatura, a ripetuti interventi diretti a limitare fortemente la possibilità del dipendente di ottenere la trasformazione da tempo pieno a parziale, che prima del 2008 costituiva un diritto (quasi) incondizionato. E' evidente la concezione della maggioranza di centrodestra legata a un pregiudizio negativo nei confronti del part-time e dei suoi effetti sull'efficienza della pubblica amministrazione. La modifica introdotta dal Collegato lavoro (art. 16 [legge 183/2010](#)) è tuttavia particolarmente rilevante e grave, poiché incide sulla posizione di chi aveva già ottenuto la trasformazione prima del 2008, e quindi su diritti acquisiti in base alla previgente disciplina: innovazione quanto mai preoccupante per i suoi effetti, soprattutto se si tiene conto che il part-time nel settore pubblico (come nel privato) è utilizzato soprattutto da lavoratrici, quale uno dei pochi strumenti di conciliazione tra lavoro e impegni di cura familiare. Sulla disposizione, e sui suoi profili problematici di interpretazione, segue un commento degli avvocati Piccinini e Sacco di Bologna.

Le modifiche alla disciplina nel part-time nel settore pubblico

Precedentemente all'intervento legislativo del 2008, nei vari comparti del pubblico impiego la trasformazione di rapporti di lavoro a tempo pieno in rapporti a tempo parziale su richiesta del dipendente interessato era un diritto del lavoratore: il diritto, come regola generale, veniva concesso automaticamente dall'amministrazione e al massimo posticipato per non più di sei mesi in caso di conseguenze negative sull'organizzazione degli uffici (art.1, co. 58, della l. n. 662/1996).

La norma riconosceva pertanto la prevalenza dell'interesse del dipendente rispetto a quello dell'amministrazione, il cui buon andamento era comunque preservato dalla previsione di una percentuale massima di part-time rispetto al personale in servizio, raggiunta la quale poteva negare la trasformazione. Inoltre era prevista la possibilità di procedere a nuove assunzioni con i risparmi di spesa per il personale, ottenuti con i rapporti part-time.

Tuttavia le pubbliche amministrazioni non hanno mai accolto e applicato di buon grado la citata disposizione, che comportava certamente (non insuperabili) problemi di organizzazione e gestione del personale, che i competenti uffici sono stati sempre restii ad affrontare. Pertanto è stato ben accolto dalle amministrazioni il d.l. n. 112/2008, convertito dalla Legge n. 133/2008, con cui è stato fortemente compresso questo diritto dei dipendenti, in favore della scelta discrezionale dell'amministrazione.

Quello che era un diritto del lavoratore è quindi diventato una facoltà dell'amministrazione, la quale, non potendo più procrastinare la trasformazione, può ora rigettarla qualora da essa derivino possibili conseguenze pregiudizievoli per la propria attività o qualora l'attività che il dipendente vuole intraprendere sia in contrasto con i compiti dell'ente (l. n. 133 del 2008, art. 73). Pregiudizi e contrasti che possono essere facilmente individuati e che consentono di evitare le problematiche inerenti la riorganizzazione del servizio e del personale conseguente alla concessione dei part-time.

Il "Collegato lavoro" compie un passo ulteriore rispetto a questo processo di "demolizione" e limitazione del diritto al part-time nel pubblico impiego avviato nel 2008. L'art. 16, infatti, attribuisce alle pubbliche amministrazioni la facoltà di sottoporre "a nuova valutazione i provvedimenti di concessione della trasformazione dei rapporti di lavoro da tempo pieno a tempo parziale già adottati prima della entrata in vigore del Dl n. 112/2008".

Più esattamente, entro 180 giorni dall'entrata in vigore della legge (e dunque entro il 23 maggio 2011) le amministrazioni possono procedere al riesame dei contratti di trasformazione dei rapporti di lavoro da tempo pieno a tempo parziale sottoscritti in passato, i quali, pertanto, sembrerebbe possano essere unilateralmente rescissi. Vista l'assenza di specificazioni al riguardo, si presume che le amministrazioni possano rivedere tutti i contratti part-time già stipulati, senza alcun limite di tempo.

L'applicazione dell'art. 16 del Collegato

Pertanto, se il d.l. n. 112 del 2008, rendendo la trasformazione del tempo pieno in tempo parziale facoltativa (e non più obbligatoria) per le amministrazioni, aveva colpito la posizione di chi aspirava alla trasformazione successivamente al 25 giugno 2008, - data di entrata in vigore del citato decreto legge - ora, con la legge n. 183/10, vengono colpite anche le trasformazioni avvenute prima del 25 giugno 2008.

Queste, dunque, potranno essere revocate in ogni caso in cui le amministrazioni valutino che la presenza in servizio a tempo pieno sia necessaria ai fini del buon andamento dell'ufficio. A prima vista sembrerebbe, quindi, che le amministrazioni possano fondare la revoca dei part-time già concessi su generiche "esigenze di servizio" (e quindi anche solo per presunti rischi di efficienza organizzativa degli uffici) non essendo più richiesta la dimostrazione del "grave pregiudizio" alla funzionalità dell'amministrazione.

Unica garanzia che il legislatore sembra riconoscere ai dipendenti con contratto part-time è che la nuova valutazione avvenga "nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede": ciò dovrebbe imporre alle pubbliche amministrazioni l'adozione di criteri ispirati a quei principi con i quali sottoporre a nuova valutazione i provvedimenti di concessione della trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale.

È quanto avvenuto, ad esempio, nel settore della giustizia. Con la Circolare n. 1196 del 2010 il Direttore Generale del Comparto Giustizia ha previsto che la revoca del part-time debba avvenire su specifica e motivata richiesta, motivazione che deve essere *“completa e dettagliata, riferita ad ogni dipendente e senza formule generiche (del tipo: gravi carenze di organico, gravi esigenze di servizio, e così via) che impediscono l'accoglimento della richiesta dell'Ufficio”*.

In un caso che ha già prodotto un contenzioso, il Tribunale di Firenze con [ordinanza del 31 gennaio 2011](#) ha accolto il ricorso in via d'urgenza di una dipendente del Ministero della Giustizia, sul presupposto che il Ministero avesse adottato una motivazione eccessivamente generica tale da non *“consentire una valutazione del pregiudizio specifico che l'ufficio GIP verrebbe a subire in conseguenza della prosecuzione da parte della lavoratrice e del rapporto in part-time. Ciò in quanto la Circolare richiamata richiede una motivazione dettagliata, cioè contestualizzata alle esigenze proprie del datore di lavoro in relazione alla posizione del lavoratore all'interno dell'Ufficio..”*¹.

Compito delle organizzazioni sindacali, nell'ambito delle singole amministrazioni, potrebbe e dovrebbe essere quello di concordare criteri e modalità precisi sulla base dei quali possa giustificarsi la richiesta del rientro in servizio del dipendente a tempo pieno, tenendo presente che, se l'organizzazione del lavoro compete all'amministrazione, la individuazione dei criteri e modalità attraverso cui realizzarla è invece materia di contrattazione decentrata (nonostante da parte delle amministrazioni si affermi il contrario...).

Va inoltre evidenziato che l'art. 16 della legge n. 183/2010 consente (e non impone) alle amministrazioni pubbliche di *“sottoporre a nuova valutazione i provvedimenti di concessione della trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale(...)”*, precisando, come si è già detto, che ciò deve avvenire *“nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede”*.

Da quanto esposto si deduce che, ammesso – e non concesso – che la norma sia da ritenersi costituzionalmente legittima (sul punto si tornerà in seguito) le amministrazioni che vogliano darvi applicazione dovranno avviare una procedura per rivedere i rapporti di lavoro a tempo parziale che tenga conto non solo se il tempo parziale stesso, la sua tipologia (verticale, orizzontale, misto) e/o l'articolazione oraria concordata sia ancora compatibile con le esigenze organizzative, ma anche se detta revisione sia compatibile con le esigenze soggettive del lavoratore.

Da questo punto di vista non ci sembra corretta l'impostazione data, ad esempio, dall'Ausl di Piacenza che nella sua comunicazione ai lavoratori, dopo aver informato gli stessi che sarebbero stati contattati dal responsabile dell'unità operativa presso la quale operano *“al fine di concordare eventuali modifiche alla tipologia o*

¹ Si deve dar conto, peraltro, che tale pronuncia è stata poi [revocata in sede di reclamo](#) proposto dall'Amministrazione datrice di lavoro: vedi entrambe le pronunce

all'articolazione oraria del rapporto di lavoro a tempo parziale in essere” si sente in dovere di aggiungere: “*Con la precisazione che qualora si renda necessario, per esigenze di servizio o per mancato accordo fra le parti sulla nuova articolazione del rapporto di lavoro a tempo parziale, la scrivente provvederà ad attivare le procedure per il rientro a tempo pieno*”. In tal modo, infatti, si afferma il principio del mutuo consenso (“*al fine di concordare*”) salvo poi subito smentirlo con la categorica riaffermazione del principio autoritativo “*qualora si renda necessario ... in caso di mancato accordo tra le parti*” (!)

Tale prospettazione trae in realtà origine da una confusione che è insita nello stesso articolo 16, che da un lato fa riferimento alle categorie privatistiche inquadrabili nello schema negoziale (buona fede e correttezza) dall'altra però sembra attribuire alle disposizioni dell'amministrazione natura di provvedimento idoneo a conformare autoritariamente il contenuto di un rapporto contrattuale già concluso secondo gli ordinari schemi privatistici.

Conclusivamente, ove si ritenga che in applicazione dell'articolo 16 le amministrazioni debbano sottoporre al dipendente part-time una verifica congiunta (e consensuale) della permanenza dell'interesse reciproco alla prosecuzione del tempo parziale, *nulla quaestio*. Ove invece si ritenga possibile una unilaterale modificazione del contratto in quanto esercizio della potestà amministrativa si pongono rilievi di costituzionalità.

I dubbi sulla legittimità costituzionale (e il contrasto col diritto comunitario) della disposizione

Risulta preoccupante il potere riconosciuto al datore di lavoro pubblico di incidere su contratti di lavoro part-time sottoscritti già da un rilevante periodo di tempo. Detti contratti, impegnativi per la pubblica amministrazione, hanno dato luogo non già a mere aspettative, bensì all'esercizio pieno, per anni, del diritto al lavoro secondo una “*flessibilità concordata*”. In altri termini essi hanno determinato la nascita di veri e propri diritti dei lavoratori, che dunque - a parer nostro - non possono essere rimossi da una sola parte del contratto di lavoro.

Invero, disponendo il contrario, il legislatore con l'art. 16 della L. 183/2010, pare non aver avuto riguardo dei principi di proporzionalità e certezza del diritto, affermati non solo dalla Corte Costituzionale, ma anche dalla Corte di Giustizia della Ce e dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo.

Inoltre sussiste un indubbio problema di compatibilità della normativa qui in esame con la fonte comunitaria di riferimento, rappresentata in particolare dalla direttiva 1997/81 della comunità europea, che ha recepito l'accordo quadro del 6.6.1997. Difatti la clausola 1 dell'accordo impone agli Stati di “*facilitare lo sviluppo del lavoro a tempo parziale su base volontaria e di contribuire all'organizzazione flessibile dell'orario di lavoro*”.

Appare, infine, problematica la conciliabilità di una disciplina che consente una trasformazione unilaterale del rapporto con il principio di non discriminazione dei lavoratori a tempo parziale enunciato alla clausola 4, comma 1, dell'accordo, oltre che con quello enunciante il dovere di eliminare gli ostacoli di natura "giuridica e amministrativa" che possono limitare la facoltà di accesso al tempo parziale (clausola 5, comma 1).

La previsione normativa in commento ha anche importanti riflessi sociali di carattere negativo per i lavoratori - e le lavoratrici in particolare, titolari di un buon 80% dei rapporti part-time - ai quali potrà non essere confermato il part-time, a discapito delle esigenze e dei bisogni familiari posti a suo tempo a fondamento delle loro richieste di trasformazione del contratto.

Vero è che la disposizione legislativa risponde all'esigenza di porre ordine in un sistema che ha spesso abusato del part-time, concesso - in alcune realtà - senza alcun tipo di controllo, ma altrettanto vero è che si sarebbero potuti adottare rimedi diversi e forse più efficaci per limitare gli abusi, senza tuttavia intaccare i diritti acquisiti dei lavoratori. Con la normativa in esame, infatti, si corre il rischio di costringere alle dimissioni migliaia di impiegati pubblici che, in base al contratto di lavoro a tempo parziale validamente concluso con la propria amministrazione, hanno effettuato scelte di vita che spesso coinvolgono terzi e intere famiglie e che non sono revocabili senza enorme danno personale e sociale.

Ad essere colpite saranno soprattutto le donne, perché saranno donne la maggior parte dei lavoratori che, chiamati a una scelta alternativa tra un lavoro pubblico - di nuovo imposto a tempo pieno - e l'abbandono del lavoro, sceglieranno di lasciare il lavoro. Per questa ragione il part-time andrebbe tutelato quale strumento privilegiato di contemperamento tra lavoro e benessere organizzativo da un lato, famiglia e sviluppo demografico dall'altro.

Opportuno, dunque, sarebbe il ritorno e l'incremento di una flessibilità concordata che, meglio regolata dal legislatore, possa garantire una maggiore conciliazione del lavoro con casa e famiglia, pur senza trascurare le esigenze organizzative proprie dei servizi e degli enti. Tuttavia, l'art. 16 della legge n. 183 del 2010 non risponde a questa concezione, ed anzi pare minare l'occupazione e il lavoro femminile nel pubblico impiego, ponendosi in antitesi con un sistema efficace di welfare. La norma, infatti, finisce per creare un ostacolo ulteriore alle pari opportunità tra uomo e donna nel mondo del lavoro, in un contesto legislativo in cui sono ancora pochi e deboli i rimedi per il sostegno della maternità e della famiglia.

In conclusione si ritiene che nei casi di revoca del part-time, in presenza di contemporanee fondate esigenze del dipendente a conservare il tempo parziale (per accudire i figli, per assistere parente affetto da handicap, per aver intrapreso altra attività lavorativa, ecc.), sia possibile ricorrere al giudice del lavoro, invocando una lettura costituzionalmente orientata (anche alla luce dei richiami ai principi di correttezza e

buona fede) e conforme alla normativa comunitaria e chiedendo, ove ne sussistano i presupposti, anche in via d'urgenza un provvedimento che imponga alle amministrazioni di riattribuire il part-time revocato al dipendente.

In alternativa – o subordinatamente – il dipendente potrà e dovrà chiedere all'autorità giudiziaria che sia sollevata la questione di costituzionalità dell'art. 16 della legge 183/2010.

I diritti del lavoratore che assiste un disabile dopo l'art. 24 Legge 183/2010

Legge 4 novembre 2010, n. 183

di OLIVIA BONARDI

L'art. 24 della [legge 183/2010](#) modifica la disciplina della fruizione dei congedi per assistere congiunti portatori di handicap grave, riducendo l'entità dei permessi e la platea dei soggetti che ne possono beneficiare, ponendo seri dubbi di costituzionalità e di conformità al diritto comunitario, oltre che di opportunità politica.

1. Le false premesse della riforma e i principi fondamentali della materia

Per comprendere meglio le modifiche alla disciplina dei diritti dei lavoratori che assistono persone disabili occorre anzitutto considerare la riforma nel contesto in cui è stata emanata. Essa nasce infatti da alcune premesse circa la fruizione dei diritti in questione fortemente discutibili e si pone idealmente come anticipazione delle promesse contenute nella delega concessa dalla stessa legge 183 al Governo per la riforma di tutti i tipi di congedo.

Il contesto in cui si colloca la riforma è facilmente comprensibile alla luce delle intenzioni del Governo e del Ministro per la funzione pubblica di combattere, da un lato, fannulloni e assenteisti nel pubblico impiego e, dall'altro, il fenomeno dei falsi invalidi: due categorie di soggetti sottoposti negli ultimi anni alla gogna mediatica. Così mentre per i primi sono state previste varie misure volte al controllo delle assenze per malattia², per i secondi si è introdotto un poderoso programma di revisioni e controlli dello stato di invalidità³.

Era inevitabile che il cerchio si chiudesse andando a colpire le persone che fruiscono dei permessi per assistere persone portatrici di handicap.

E' lo stesso onorevole Ministro Brunetta a dichiarare apertamente e a denunciare più volte la presenza di un utilizzo distorto e opportunistico dei permessi, in una percentuale che si aggirerebbe tra il 30 e il 50%⁴. L'abuso sarebbe dimostrato dalla notevole differenza nell'utilizzo dei permessi tra il settore pubblico, nel quale ne usufruiscono il 9% dei dipendenti e quello privato, ove il fenomeno riguarda solo l'1,5% dei lavoratori, nonché dall'enorme differenza nella fruizione tra varie zone del Paese.

Se queste sono le premesse con le quali il Governo ha inteso intervenire sulla materia, ben altre considerazioni vanno tenute presenti nell'approccio alla questione. In

² V. il commento nel fascicolo speciale dedicato alla l.n. 133/08, n. 43, 2008, p. 43, in http://www.noteinformativa.it/NotelInfo/ArticleViewer.asp?cRivista=43&cArticolo=pag.9-69_Nl.n.43.pdf

³ L'art. 10 d.l. n. 78/2010 ha elevato la percentuale di invalidità di cui a l.d.lgs. 509/88 all'85% (disposizione poi soppressa con la legge di conversione n. 122/20) e ha predisposto un aumento dei controlli da parte dell'Inps, nonché introdotto sanzioni penali a carico dei medici che rendono false attestazioni sullo stato di malattia o di handicap

⁴ <http://www.ilsole24ore.com/art/SoleOnLine4/Economia%20e%20Lavoro/2009/10/brunetta-abusi-permessi-assistenza-disabili.shtml?uuid=d58eb01a-bd8d-11de-b058-134702f6b78b&DocRulesView=Liberato>

primo luogo si deve partire dai principi e dalla *ratio* che da tempo la Corte costituzionale ha attribuito ai diritti delle persone portatrici di handicap e di quelle che li assistono. E' stato infatti chiaramente affermato che la legge 104/92 ha "come finalità la garanzia del pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e autonomia della persona handicappata, la promozione della piena integrazione del disabile nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società"; che i diritti riconosciuti ai lavoratori che assistono parenti e affini portatori di handicap rispondono "all'evidente fine di assicurare continuità nelle cure e nell'assistenza ed evitare vuoti pregiudizievole alla salute psico-fisica del soggetto diversamente abile"⁵; che "i fattori di recupero e di superamento della emarginazione di questi ultimi sono rappresentati non solo dalle pratiche di cura e di riabilitazione ma anche dal pieno ed effettivo inserimento dei medesimi anzitutto nella famiglia e, quindi, nel mondo scolastico ed in quello del lavoro", precisando che "l'esigenza di socializzazione può essere attuata solo rendendo doverose le misure di integrazione e di sostegno a loro favore"⁶; che il ruolo dei familiari risponde "all'esigenza di socializzazione quale fondamentale fattore di sviluppo della personalità e idoneo strumento di tutela della salute del disabile intesa nella sua accezione più ampia"⁷.

E' fondamentale che sia chiaro come dalla giurisprudenza costituzionale emerga la finalità della legge 104/92, consistente non solo nella tutela della salute delle persone portatrici di handicap, ma anche nella creazione delle condizioni per poter condurre, o per avvicinarsi il più possibile a condurre, in un'ottica di sviluppo della persona umana, una vita normale, della quale le relazioni e la socializzazione costituiscono un elemento essenziale. Un approccio alla questione che non veda questo profilo sarebbe riduttivo ed estremamente dannoso. Nella crociata relativa all'utilizzo improprio e distorto dei permessi è infatti frequente l'affermazione che questi vengono utilizzati a ridosso dei weekend o nei giorni di ponte. A prescindere dalle situazioni - da dimostrare caso per caso - di effettivo abuso, traspare l'idea che il permesso debba essere utilizzato solo per accompagnare il disabile a visite mediche o terapeutiche, trascurando quanto invece possa essere difficile garantire alla persona assistita un certo grado di socialità, una vacanza o semplicemente la partecipazione a qualche evento per lei particolarmente importante. Ritenere che il permesso non possa essere usufruito anche per queste finalità significa compromettere gravemente le possibilità del disabile di accedere anche ad un minimo di vita di relazione. La legge, è bene ricordarlo e sottolinearlo, non stabilisce in alcun modo le finalità per le quali il permesso è attribuito, se non genericamente nelle esigenze di cura e assistenza del disabi-

⁵ V. Corte cost. n. 233/05, Corte cost. 158/07 e Corte Cost. 19/09 che hanno esteso il diritto al congedo straordinario di cui all'art. 42, t.u.151/00 per assistere una familiare portatore di handicap grave rispettivamente ai fratelli e alle sorelle ove i genitori siano mancanti, al coniuge e al figlio convivente.

⁶ Corte cost. 233/05 e in passato Corte cost. 215/87, riferita al diritto alla frequenza scolastica

⁷ Corte Cost. 158/07, relativa all'estensione del diritto al congedo straordinario al coniuge e Corte cost. 350/03 che ha riconosciuto il diritto agli arresti domiciliari alla madre di minore portatore di handicap

le. E' questo un elemento che in futuro, alla luce delle modifiche apportate dalla legge 183/10 dovrà essere tenuto ben presente.

Peraltro, i dati pubblicati nella "Rilevazione sui benefici per i disabili nelle pubbliche amministrazioni del 2009"⁸ forniscono altre importanti informazioni, che non vengono adeguatamente considerate dagli estensori della recente riforma. Nel rapporto si spiega infatti che i dati relativi alla diffusione territoriale sono del tutto coerenti con quelli relativi alla spesa pubblica per i disabili, che al sud è nove volte inferiore rispetto al Nord⁹. "E' evidente" - dice il rapporto - che laddove "la spesa procapite è molto contenuta i servizi assicurati alle categorie più deboli (in primo luogo disabili e anziani) sono largamente insufficienti e la famiglia fa ricorso a tutte le proprie risorse, anche della risorsa tempo, per sopperire alle carenze del welfare pubblico". Nello stesso rapporto si rileva come effettivamente l'uso dei permessi non risponda più alla finalità per la quale erano stati concepiti, ovvero quella di favorire l'inclusione sociale delle categorie più svantaggiate, essendo oggi la loro funzione prevalentemente quella di "integrare servizi e prestazioni non sufficienti, o addirittura non garantiti"¹⁰.

Per altro verso nello stesso rapporto si evidenzia come i permessi siano usufruiti in misura circa del 50% per l'assistenza dei genitori anziani non più autosufficienti, con un effetto iniquo, in quanto si pone sullo stesso piano chi convive con un figlio o un coniuge disabile e non in grado di produrre reddito con chi deve assistere genitori che possono anche trovarsi in situazioni economiche agiate.

Nessuna considerazione viene poi attribuita alla circostanza che la percentuale di donne che utilizza i permessi è del 67% come media nella pubblica amministrazione, con punte fino al 79% nel comparto scuola. Come si vedrà questo dato è particolarmente rilevante ai fini della valutazione della legittimità della recente riforma.

2. I permessi di cui all'art. 33, legge 104/92: dall'estensione dei diritti alla loro progressiva riduzione

La disciplina dei permessi deriva dall'intreccio di diverse disposizioni, più volte modificate nel corso del tempo. Le prime disposizioni in materia si trovano nell'art. 33 della l.n. 104/92, modificato poi dalla legge 53/2000. Nella sua prima formulazione, l'art. 33, c.3, l. n.104/92 riconosceva tre giorni di permesso retribuito¹¹ sia ai genitori di figli portatori di handicap in situazione di gravità che avessero compiuto il terzo anno di vita (per il periodo precedente è sancito il diritto al prolungamento dell'astensione facoltativa), sia al lavoratore che assistesse un parente e affine entro il 3° grado porta-

⁸ In http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/legge_104/Rapporto_monitoraggio_L104%5B1%5D.pdf

⁹ V. la Rilevazione sui benefici per i disabili, cit., p. 20

¹⁰ V. la Rilevazione sui benefici per i disabili, cit., p. 21

¹¹ L'art. 2, c. 3 ter d.l. 324/93 conv. in l. 423/93 ha stabilito che le parole "hanno diritto a tre giorni di permesso mensile" devono interpretarsi nel senso che il permesso mensile deve comunque essere retribuito". Va peraltro ricordato che i permessi valgono ai fini del computo dell'anzianità di servizio ma non per la maturazione delle ferie, della tredicesima e della gratifica natalizia, come stabilito per i periodi di fruizione dei congedi parentali.

tore di handicap grave, a condizione che la persona fosse convivente e non ricoverata a tempo pieno. Su questa materia interveniva successivamente la legge 53/00, la cui disciplina, anche per gli aspetti che qui interessano, è stata trasfusa nel t.u. 151/00, che ha previsto la copertura con contribuzione figurativa dei giorni di permesso. Importante innovazione del 2000 è stata anche la sostituzione del requisito della convivenza con la diversa condizione dell'assistenza continuativa e esclusiva, requisito quest'ultimo che, come si vedrà, è stato oggetto di un vivace contenzioso giurisprudenziale ed è stato eliminato con l'art. 24, l. n. 183/10.

La materia, è bene rilevarlo sin da ora, era ed è tuttora investita da un numero considerevole di circolari amministrative, che intervengono periodicamente sulle diverse questioni che nel corso del tempo emergono, di fatto integrando la regolazione legale. Tra queste merita di essere ricordata la circolare 13/2008 del Dipartimento della funzione pubblica nella quale si ribadiva la prassi amministrativa (ma come si vedrà di dubbia legittimità) di riconoscere il diritto a un solo lavoratore per disabile e in cui si escludeva la cumulabilità dei permessi nel caso del lavoratore che assistesse due persone in stato di handicap grave. Anche la nuova normativa introdotta con la l. 183/2010 è stata già oggetto di numerose interpretazioni in sede amministrativa, tra le quali segnaliamo le circolari del Dipartimento della funzione pubblica¹², dell'Inps¹³ e dell'Inpdap¹⁴, sui contenuti delle quali torneremo in prosieguo.

2.1. La nuova figura del referente unico e la gerarchia dei beneficiari dei permessi

Con l'art. 24, l.183/10 vengono anzitutto modificate la platea dei soggetti che possono beneficiare dei permessi e le condizioni di accesso. La prima viene ristretta al coniuge e ai parenti e affini entro il 2° grado, cioè a genitori, figli, nonni, fratelli, sorelle, nipoti (figli dei figli), suoceri, nuore e generi e cognati. Quelli entro il 3° (bisnonni, zii, nipoti in quanto figli di sorelle e fratelli – e pronipoti in linea diretta, zii e nipoti acquisiti)¹⁵, che prima erano ammessi al beneficio, ora potranno accedervi solo a condizione che i genitori o il coniuge della persona con handicap abbiano compiuto i 65 anni, oppure siano affetti anch'essi da gravi patologie invalidanti o siano mancanti o deceduti. Si stabilisce poi espressamente che il diritto non può essere riconosciuto a più di un lavoratore per la stessa persona portatrice di handicap. Fa eccezione a questa regola solo la situazione dei genitori, che continuano a poterne usufruire alternativamente, sia nel caso in cui il figlio sia minore, sia in quello in cui abbia già raggiunto la maggiore età.

Come si è accennato sopra la nuova norma interviene su una delle questioni più spinose della materia: quella dell'esatta individuazione dei soggetti beneficiari. E' bene

¹² Circolari, n. 13 del 2010 e n. 2 del 2011

¹³ Circolare n. 155 del 3 dicembre 2010

¹⁴ Circolare n. 1 del 14 febbraio 2011

¹⁵ Per questa individuazione dei parenti e affini v. le circ. 13/2010 del Dip. Funzione pubblica e 155/2010 dell'Inps

sottolineare che né l'art. 33, l.n. 104/92, né le disposizioni di cui alla l.n. 53/00 poi trasferite nel t.u. 151/00 stabilivano espressamente che i tre giorni di permesso fossero riconosciuti al singolo portatore di handicap grave e non al singolo lavoratore. La questione era, e come si vedrà in prosieguo è ancora, di non poco conto: ritenere che titolare del diritto sia il lavoratore significa che in caso di convivenza di più lavoratori con lo stesso parente entro il 3° grado disabile, tutti lavoratori hanno diritto al permesso, con il vantaggio di una maggiore tutela della persona disabile, benché proporzionata al numero di componenti della famiglia e non alla situazione di gravità in cui versa. Questa interpretazione non era affatto contraddetta dalla disposizione che prevedeva in alternativa alla convivenza il requisito della continuità ed esclusività dell'assistenza, in quanto il legislatore aveva valutato diversamente la situazione di chi quotidianamente convive con una persona disabile rispetto a quella di chi si limita a prestare assistenza, ancorché quotidiana e intensiva, ma non costante come quella determinata dalla coabitazione. Tantomeno poteva ritenersi che la restrizione del beneficio ad un solo lavoratore convivente fosse desumibile dalla regola stabilita per i genitori di figli minori portatori di handicap grave della fruizione alternativa dei permessi. L'alternatività infatti ben poteva essere letta alla luce della volontà del legislatore di consentire il cumulo tra le varie forme di permessi e congedi concessi in simili situazioni, e quindi poteva essere interpretata solo come impossibilità per i genitori di fruirne congiuntamente, cioè lo stesso giorno, e non come norma limitante al totale di 3 il numero di giorni di permesso. Questa interpretazione trovava indiretta conferma nella esplicita previsione contenuta nell'art. 20, l.n. 53/00 che riconosceva il diritto al lavoratore anche quando l'altro genitore non ne avesse avuto diritto, ad esempio in quanto casalingo, lavoratore autonomo o disoccupato.

Ad ogni modo è prevalsa nella prassi amministrativa¹⁶ l'interpretazione più restrittiva. Poiché la finalità della norma è la tutela della persona in situazione di handicap grave, si affermava, il diritto va riconosciuto nella misura massima di tre giorni non per lavoratore ma per disabile. L'Inps ammetteva di conseguenza la possibilità che due lavoratori dividessero il limite massimo di 3 giorni, ma solo ove il secondo richiedente avesse dimostrato di prestare assistenza in proporzione di 10 giorni al mese per ciascuno dei 3 giorni di permesso¹⁷. Al contrario, si ammetteva che lo stesso lavoratore potesse moltiplicare i permessi in caso di assistenza a più persone in stato di handicap grave (come ad es. due figli o il figlio e il coniuge, ecc.)¹⁸. L'art. 24, l.n. 183/2010 prevedendo che una sola persona possa fruire dei permessi, automaticamente propone un'interpretazione ancora più restrittiva, per cui il limite massimo di 3 giorni sarebbe da riferire alla persona in situazione di handicap grave e non al singolo lavoratore, senza alcuna possibilità di condivisione tra più familiari. Si realizza così una tu-

¹⁶ V. la Circolare Inps 53/08 relativamente al caso del lavoratore che fruisce dei permessi per sé e per assistere altro parente con disabilità.

¹⁷ V. la Circolare Inps n.133/2000

¹⁸ Cass., 25 febbraio 2010, n. 4623

tela uniforme per tutti i disabili gravi, ma che limita a uno il numero di familiari che possono assistere la persona, senza considerare che le esigenze del disabile stesso potrebbero essere ben più consistenti (sebbene si tratti sempre di situazioni di handicap connotate da gravità), e tantomeno la maggiore gravosità delle situazioni di convivenza rispetto alle altre.

Peraltro, e pur limitando la fruizione dei congedi, nella riforma del 2010 l'eliminazione dei requisiti della convivenza e soprattutto della continuità ed esclusività dell'assistenza appare per alcuni versi positiva perché tali requisiti sollevavano gravissimi problemi applicativi (V. BOX 1).

Tuttavia la limitazione del riconoscimento del diritto a un solo un lavoratore per disabile solleva problemi ancora più gravi. Essa ripropone la questione della scelta del lavoratore sia in tutti i casi in cui vi siano più parenti entro il 2° grado che potrebbero beneficiare dei permessi, sia quando si deve passare a parenti e affini entro il 3° grado, legittimati solo "qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti". Con riferimento al primo caso, ovvero alla pluralità di parenti entro il secondo grado, la legge non stabilisce alcun criterio specifico, mentre le circolari amministrative si limitano a stabilire che i requisiti della convivenza e della continuità/esclusività sono sostituiti dalla previsione dell'attribuzione a un unico lavoratore, introducendo la categoria del c.d. "referente unico". Nell'interpretazione fornita dal Dipartimento della funzione pubblica si afferma però che con la limitazione dei permessi a un solo lavoratore per disabile si sarebbe "ripreso e in parte tipizzato il concetto di esclusività dell'assistenza" per cui verrebbe "individuato un unico referente "che assume il ruolo e la connessa responsabilità di porsi quale punto di riferimento della gestione generale dell'intervento, assicurandone il coordinamento e curando la costante verifica della rispondenza ai bisogni dell'assistito"¹⁹. Ma in questo modo si reintroduce un requisito che il legislatore ha voluto escludere e che viene oltretutto richiesto in tutti i casi di assistenza, mentre secondo la normativa previgente esso era limitato all'ipotesi di aiuto a persona non convivente. E' dunque da escludere, ad avviso di chi scrive, anche per altre ragioni che saranno meglio esplicitate tra breve, che in applicazione della nuova normativa al lavoratore potrà essere richiesto di dimostrare di svolgere già il ruolo di assistenza in modo esclusivo.

L'altro grave problema posto dalla nuova legge è dato dalla limitazione delle possibilità di fruizione dei permessi da parte di parenti e affini entro il 3° grado, consentito solo quando quelli entro il 2° grado abbiano più di 65 anni, siano anch'essi invalidi o siano mancanti o deceduti. Secondo le circolari interpretative, in assenza di definizioni legislative, le patologie invalidanti che lo consentirebbero dovrebbero essere

¹⁹ V. la circolare del Dip. Funzione pubblica n. 13/2010, che riprende espressamente il parere del Cons. Stato n. 5078/2008

soltanto quelle permanenti indicate dall'art. 2, comma 1 lett. d) n. 1, 2 e 3 del d.m. 21 luglio 2000 n. 278²⁰, mentre la situazione di mancanza di parenti entro il 2° grado ricorrerebbe, oltre che nei casi di assenza naturale e fisica in senso stretto (cioè di celibato o di stato di figlio naturale non riconosciuto), nelle situazioni giuridiche ad "esse assimilabili, che abbiano carattere stabile e certo, quali il divorzio, la separazione legale e l'abbandono, risultanti da documentazione dell'autorità giudiziaria o di altra pubblica autorità"²¹. Nella sua precedente versione l'art. 42 c. 5 t.u. 151/00 utilizzava per l'accesso al periodo di congedo straordinario, la diversa espressione "scomparsa" e la Corte costituzionale aveva chiarito che "la scomparsa del genitore, cui fa riferimento la medesima disposizione, deve essere considerata alla stregua dell'accertata impossibilità dello stesso ad occuparsi del soggetto handicappato, rimanendo il previsto congedo straordinario altrimenti privo di concreta attuazione proprio in situazioni che necessitano di un più incisivo e adeguato sostegno". La Corte in quel caso si riferiva alla situazione dei genitori totalmente invalidi,²² ma ciò che interessa è il principio della non tassatività delle situazioni in essa sancito, che dovrebbe portare a un'interpretazione della disposizione estensiva, molto più ampia rispetto a quanto prospettato nelle circolari applicative, quanto meno tenendo conto della possibilità di valutare anche patologie o stati personali diversi da quelli tassativamente stabiliti nel d.m. 278/2001: basti pensare a quanto possa essere gravosa e dannosa per una persona che già soffre di disturbi all'apparato muscolo-scheletrico o di corporatura assai minuta aiutare o addirittura dover sollevare di peso un disabile non più in grado di alzarsi e deambulare autonomamente.

Ma non sono solo i criteri con i quali il legislatore consente il passaggio dal 2° al 3° grado di parentela a suscitare dubbi per la loro rigidità e quindi inadeguatezza rispetto alle molteplici situazioni che si possono verificare. E' proprio l'idea stessa di poter stabilire una gerarchia di beneficiari o di pretendere la prova dell'esclusività dell'assistenza, che richiede la dimostrazione di fatti relativi alla vita quotidiana delle persone spesso difficilmente dimostrabili, a suscitare forti perplessità, non solo di opportunità ma anche di legittimità costituzionale e rispetto all'ordinamento comunitario. La finalità di tutela della persona disabile indubbiamente sottesa alla disciplina di cui si discute deve necessariamente tenere conto del fatto che la tutela della salute va intesa in modo ampio, comprendendovi anche tutti i fattori psicologici e ambientali che su di essa possono incidere e deve in ogni caso essere realizzata nel pieno rispetto della dignità della persona, che impone di tenere conto dei vincoli e dei legami familiari nel loro esplicarsi materiale prima ancora che nella loro rilevanza giuridica. Applicare rigidamente i criteri stabiliti dal legislatore può significare imporre l'assistenza da parte di persone che potrebbero realizzare più danni che benefici o scatenare discussioni e liti in famiglia su chi si occupa di fatto dell'assistenza e su chi

²⁰ Circolare Inps 155/10 e Dip. Funzione pubblica 13/2010

²¹ Circolare Dip. Funzione pubblica 13/2010

²² Corte cost., 16 maggio 2005, n. 233

dovrebbe farlo a norma di legge, situazioni queste che non possono che risultare mortificanti per la persona bisognosa di aiuto. Basti pensare a tutte le ipotesi in cui il primo destinatario della norma non sia presente e disponibile, ad esempio perché trasferitosi in località lontane (situazione che sarà affrontata al §4), ma anche a tutti i casi in cui vi sia stata una prolungata rottura dei rapporti personali, per una serie di innumerevoli possibili ragioni: si pensi al genitore che a seguito della separazione non ha più intrattenuto rapporti oltre che con il coniuge nemmeno con il proprio figlio, ancorché tale situazione non sia stata mai giuridicamente formalizzata, o ai casi tutt'altro che rari di familiari stretti che abbiano interrotto i rapporti a causa di irrimediabili conflitti circa le scelte e gli stili di vita. Si pensi al disabile che è stato da tempo abbandonato dai propri familiari perché ha contratto matrimonio con persona non gradita alla famiglia, o ha scelto la convivenza al posto del matrimonio, o ha aderito a una religione diversa. Sono casi questi che raramente arrivano ad avere il crisma della formalizzazione giuridica ma che sono tutt'altro che rari nella vita delle persone, anche di quelle portatrici di handicap grave, e dai quali emerge una questione di fondo che né il legislatore né la giurisprudenza hanno approfondito adeguatamente: quello della rilevanza che deve assumere nella scelta della persona che presta assistenza il legame personale, affettivo e soprattutto di fiducia. Negare un permesso o un trasferimento a uno zio o a un nipote perché un padre o una madre lontani e dai quali si è stati da tempo abbandonati e con i quali non si desidera avere più rapporti sono ancora in vita appare quantomeno offensivo della dignità della persona disabile, a cui in questo modo si finisce con l'imporre la scelta tra l'assistenza da parte di una persona non gradita e la mancanza di aiuto. Ma a ben guardare lo stesso ragionamento dovrebbe essere fatto anche tutte le volte che il parente più prossimo sia vicino e si dichiara disponibile, ma a giudizio della persona disabile e/o degli stretti congiunti, sia considerato non idoneo, non perché anch'egli in stato di infermità grave, ma semplicemente perché si è già dimostrato palesemente negligente nella cura, ad esempio dimenticandosi di somministrare farmaci, trascurando la pulizia della persona, non rispondendo alle richieste di aiuto e via dicendo.

2.2. I profili di illegittimità della regola del referente unico

Come si è detto sopra non si tratta di una questione solo di inopportunità. La previsione dell'indicazione di un unico soggetto destinatario dei permessi e la definizione di una gerarchia degli aventi diritto risulta in contrasto con le norme costituzionali, comunitarie e internazionali. Con gli artt. 2, 3 e 32 Cost. anzitutto, perché una elementare esigenza di tutela della libertà e del rispetto della dignità della persona disabile esige che la scelta della persona che presta assistenza non possa che essere rimessa al giudizio del disabile stesso, in quanto necessariamente connotata da un elemento di personalità e fiducia che non può essere oggetto di valutazione da parte del datore di lavoro che deve concedere i permessi e nemmeno di sindacato giudiziale.

le²³. Così come a nessuno può essere imposta una convivenza con persona non gradita, allo stesso modo al disabile non può essere imposta (salvi i casi dei minori e di coloro che siano stati interdetti o inabilitati) la costante presenza e cura da parte di persona non voluta. Si tratterebbe non solo di un'offesa alla libertà e alla dignità della persona ma anche al suo diritto alla tutela della salute, sia nel caso in cui la persona preferisca non farsi assistere, sia in quello in cui per necessità accetti un'assistenza non gradita o negligente, esponendosi a un grave disagio psicologico e compromettendo così le finalità di tutela e di integrazione sociale per le quali i permessi sono riconosciuti. Il principio dell'insindacabilità della scelta circa la persona dalla quale farsi assistere è sancito, sia pure in modo più ampio, dalla Convenzione Onu sui diritti delle persone disabili del 13 dicembre 2006, ratificata dall'Italia con legge n. 18 del 2009, che all'art. 3 pone quale primo principio generale il "rispetto per la dignità intrinseca, l'autonomia individuale – compresa la libertà di compiere le proprie scelte – e l'indipendenza delle persone"²⁴, principio che viene efficacemente riassunto nell'espressione "niente su di noi senza di noi"²⁵ e che trova conferma nel comma 3 dell'art. 4 della Convenzione, in base al quale gli Stati, nell'applicare la legislazione e in tutti i processi decisionali concernenti le persone con disabilità, devono consultare con attenzione e coinvolgere attivamente le persone con disabilità, nonché nell'art. 19, dove si sancisce il diritto del disabile di scegliere dove e con chi vivere e a non essere obbligato a vivere una particolare situazione abitativa", e negli artt. 22 e 23 relativi al rispetto della vita privata, del domicilio e della famiglia. Analogamente, l'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali nell'Unione europea sancisce "il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità".

Alle stesse conclusioni di insindacabilità della scelta si giunge del resto se si guarda la questione dal lato opposto della persona che richiede i permessi. Prestare assistenza a una persona portatrice di handicap grave non è né semplice, né poco impegnativo. Presuppone spesso, oltre che una considerevole dose di buona volontà e di pazienza, anche l'acquisizione di conoscenze e competenze che non tutti necessariamente hanno o possono avere, ad esempio nella somministrazione delle cure, nel relazionarsi con i medici, o anche più semplicemente nel possesso di una patente di guida per poter accompagnare la persona disabile. Gli studi di epidemiologia hanno da tempo evidenziato la quantità di problemi che incontrano coloro che – volontaria-

²³ Sull'impossibilità di ammettere l'intervento legislativo su scelte personalissime v. RODOTÀ, *Il diritto e il suo limite*, in Rodotà, *La vita e le regole*, Feltrinelli, 2006, p. 17 ss.

²⁴ Per quanto consta la Convenzione è stata ratificata nella sua versione inglese; in assenza di una traduzione ufficiale in italiano si cita qui quella predisposta dal governo italiano in vista del recepimento della Convenzione, reperibile in http://www.lavoro.gov.it/NR/rdonlyres/74966B31-0855-4840-B542-3D9D0AEFCB83/0/Libretto_Tuttiuguali.pdf.

²⁵ V. il documento di presentazione della Convenzione predisposto dal Ministero della solidarietà sociale, *La convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*, in <http://www.disabili.unige.it/wp-content/uploads/2010/03/ConvenzioneONU.pdf> e in dottrina Colapietro, *Diritto al lavoro dei disabili e Costituzione*, *Giorn. Dir. Lav. e rel. Ind.*, 2009, p. 607

mente e meritoriamente - si fanno carico dell'assistenza alle persone non autosufficienti, la cui vita risulta profondamente condizionata e limitata dal carico di lavoro che tale assistenza richiede e la cui stessa salute viene spesso compromessa da gravissimi problemi psicologici e sindromi di burn out²⁶. Nonostante gli obblighi di solidarietà derivanti dai vincoli familiari, non pare affatto ragionevole pretendere di imporre ad alcuno lo svolgimento di un'attività di questo genere, così come non pare affatto ragionevole e controproducente sul piano della tutela della salute dell'intera collettività pretendere che essa sia svolta in modo esclusivo. Da questo punto di vista, la pretesa di individuare un referente unico appare fortemente in contrasto con le più elementari esigenze di solidarietà, che imporrebbero che fosse ciascun membro della famiglia a farsi carico di almeno una parte dei compiti di assistenza, che divisi tra tutti – ciascuno secondo le proprie possibilità - risulterebbero assai meno gravosi. Sotto questo profilo si deve osservare che la percentuale di lavoratrici che usufruisce del permesso è in media del 67%: la disposizione che impedisce la fruizione dei permessi da parte di più lavoratori, foss'anche nel limite dei 3 giorni massimi, è in grado di porre in una situazione di particolare svantaggio le donne, che non potranno così avere l'opportunità di farsi sostituire da altri parenti. La norma quindi introduce una discriminazione indiretta di genere, in contrasto con l'art. 3 Cost., con l'art. 14 della direttiva 2006/54/CE e con gli artt. 21 e 23 della Carta di Nizza. Una disposizione apparentemente neutra che tuttavia introduce uno svantaggio per un determinato genere può infatti considerarsi legittima non solo se la finalità con essa perseguita è lecita ma anche a condizione che il mezzo utilizzato sia appropriato e necessario per la sua realizzazione. Nel nostro caso, anche ammesso che lo scopo di monitorare e controllare l'utilizzo dei permessi e di impedire l'abuso sia legittimo e prevalga sulle esigenze di tutela della persona disabile e sulle esigenze di conciliazione del lavoratore che lo assiste, lo strumento utilizzato appare del tutto sproporzionato rispetto a tale fine e in ogni caso non necessario. Sulla questione si tornerà diffusamente tra breve, ciò che appare importante sottolineare subito è invece che il contrasto con il divieto di discriminazione indiretta di genere sancito dal diritto comunitario imporrebbe al giudice nazionale la diretta disapplicazione della norma – quanto meno nella parte in cui limita a una sola persona la fruizione dei permessi.

La mancanza di proporzionalità e necessità della regola del referente unico comporta anche dubbi di legittimità costituzionale sotto profilo del rispetto del principio di ragionevolezza, perché non coerente rispetto alla finalità, pur sottesa alla riforma, di salvaguardare maggiormente le esigenze organizzative dei datori di lavoro e, per quanto riguarda la pubblica amministrazione di garantirne il buon andamento: non consentire ai vari membri della famiglia di dividersi i permessi secondo le proprie esigenze impedisce anche di far valere in tale divisione le necessità di lavoro. Si pensi

²⁶ V. Campedelli, *Conclusioni. Nella crisi, un "diritto" di welfare? Tra evidenze, diritti e sperimentabilità*, in Campedelli, Carrozza, Pepino (a cura di), *Diritto di welfare*, Bologna, Il mulino, 2010, p. 613

al caso non raro di dover accompagnare la persona disabile a una visita medica proprio nel giorno in cui sul lavoro il referente unico ha un inderogabile impegno: egli non sarebbe costretto ad assentarsi se qualcun altro potesse usufruire del permesso. Né si potrebbe obiettare che la limitazione dei soggetti che possono usufruire dei permessi discende dalla necessità di impedire abusi e di contenere la spesa pubblica, in quanto da un lato la spesa potrebbe essere contenuta stabilendo un limite massimo di permessi concedibili e dall'altro il controllo e monitoraggio nel loro utilizzo potrebbe essere effettuato attraverso la registrazione del numero di permessi fruiti per disabile, anziché per lavoratore.

Dunque è possibile adottare, a parità di costi, soluzioni più flessibili che possano garantire una più adeguata considerazione delle esigenze della persona disabile, una più facile gestione della situazione da parte dei vari membri della famiglia e al contempo un maggiore equilibrio degli impegni sia familiari, sia lavorativi.

Per queste ragioni la norma appare in contrasto anche con il divieto di discriminazioni di cui alla direttiva 2000/73/CE. La Corte di giustizia ha chiarito che il divieto di discriminazioni per disabilità sancito da tale direttiva "si riferisce sia alla lotta generale avverso qualsiasi forma di discriminazione sia alla necessità di intraprendere azioni appropriate per l'integrazione sociale ed economica dei disabili" e che, conseguentemente, il divieto si applica anche ai casi in cui una persona sia discriminata in quanto presta assistenza ad un congiunto disabile. Si potrebbe ritenere che il principio di parità sia rispettato in questo caso, perché la norma che riconosce i permessi non introduce un trattamento deteriore rispetto a quello goduto dalla generalità dei lavoratori, ma al contrario riconosce loro un beneficio in più. Si tratterebbe però di una conclusione non condivisibile, perché rispetto agli altri fattori di discriminazione quello per disabilità gode di uno status parzialmente diverso. Ciò perché la sussistenza di una discriminazione non va valutata effettuando un semplice paragone con gli altri, bensì attraverso un giudizio che coinvolge e presuppone la considerazione di altri elementi: il confronto tra la situazione della persona trattata meno favorevolmente sulla base dell'handicap rispetto agli altri può essere effettuato solo dopo e solo a condizione che sia stato preventivamente rispettato l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli. Tale obbligo è previsto per quanto riguarda le condizioni di lavoro dalla direttiva 2000/73/Ce (che su questo specifico aspetto non è stata adeguatamente attuata con il d.lgs. n. 216/03)²⁷, ed è stabilito con ambito di applicazione generale dalla Convenzione Onu. In base a quest'ultima in particolare si ha discriminazione non solo in presenza di "qualsivoglia distinzione, esclusione o restrizione sulla base della disabilità che abbia lo scopo o l'effetto di pregiudicare o annullare il riconoscimento, il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale, civile o in

²⁷ V. per tutti questi aspetti BARBERA M., *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in BARBERA M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007, p. 77

qualsiasi altro campo”, ma anche ogni volta si sia in presenza di un “rifiuto di un accomodamento ragionevole”, inteso come qualsiasi modifica o adattamento necessario e appropriato, che non imponga un carico sproporzionato o eccessivo, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per assicurare alle persone con disabilità il godimento e l’esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e libertà personali”. L’obbligo di adottare soluzioni ragionevoli è previsto dalla Convenzione Onu in via generale nei confronti di tutti i possibili autori della discriminazione, compreso lo Stato (art. 4), il quale ha altresì il dovere di impegnarsi a prendere misure per il massimo di risorse disponibili per realizzare i diritti umani dei disabili. Anche a voler prescindere dalla questione del numero di giorni di permesso da riconoscere, dunque pare evidente che sia le limitazioni nella scelta della persona che presta assistenza, sia l’impossibilità di dividere tra più persone i permessi appaiono misure in grado di limitare le possibilità di assistenza della persona disabile, e pertanto non sono rispondenti a quell’obbligo di adottare soluzioni ragionevoli che incombe sullo Stato e sul datore di lavoro: a parità di costi, come si è già rilevato, è possibile una diversa ripartizione dei permessi che sia rispettosa della volontà della persona disabile da un lato e delle esigenze di ripartizione degli oneri di assistenza tra i vari familiari dall’altro. Anche sotto questo profilo, di conseguenza, si profilano dubbi di legittimità tali da giustificare una disapplicazione della norma nazionale o, quanto meno, una remissione della questione alla Corte di giustizia dell’Unione per quanto riguarda i profili di legittimità rispetto al diritto comunitario e/o alla Corte costituzionale per quanto riguarda il rispetto delle Convenzioni Onu e il principio di uguaglianza sancito dall’art. 3 Cost.

3. La complicata questione della cumulabilità di permessi e congedi

La nuova disciplina derivante dalle modifiche apportate con l’art. 24 ripropone la questione del cumulo di diversi tipi di permesso. Si è già trattato diffusamente sopra della possibilità che due lavoratori possano godere dei permessi di cui all’art. 33, c.3, per assistere lo stesso disabile. Con riferimento alla situazione opposta della stessa persona che si trovi nella condizione di assistere diversi disabili la legge nulla dice espressamente. In passato la prassi amministrativa²⁸ e la giurisprudenza²⁹, muovendo dal presupposto che la finalità fosse la tutela del disabile, avevano stabilito la regola della cumulabilità di più giorni di permesso nel caso in cui il lavoratore dovesse assistere più disabili. Solo recentemente, con una discussa circolare, il Dipartimento della funzione pubblica aveva mutato posizione negando tale possibilità in quanto la

²⁸ Circolare Inps, n. 53 dfel 2008

²⁹ Cass., 23 febbraio 2010, n 4623

soluzione negativa era ritenuta genericamente più aderente allo spirito della legge³⁰. Nelle circolari interpretative relative alle modifiche introdotte con l'art. 24, l.n.183/10 si rileva che le nuove norme non precludono espressamente la possibilità per lo stesso lavoratore di assistere più persone disabili, né che una persona che usufruisce dei permessi per sé stessa in quanto disabile non possa anche cumularli con quelli riconosciuti per l'assistenza ad altra persona parimenti disabile. Si suggerisce tuttavia che, poiché l'ideale sarebbe l'assistenza di una persona che si dedichi al disabile in maniera esclusiva, e poiché il cumulo dei permessi crea notevole disagio all'attività lavorativa, questi aspetti siano "ben valutati dal dipendente", "limitando la domanda alle situazioni in cui da un lato non vi sono altri famigliari in grado di prestare assistenza, dall'altro non è possibile soddisfare le esigenze di assistenza nel limite dei tre giorni mensili". Si richiede, ancora una volta, al dipendente di dichiarare la sussistenza di tali presupposti, anche se si fa un piccolissimo passo in avanti nel senso del rispetto della dignità della persona ammettendosi che la loro sussistenza "non può che essere rimessa alla valutazione esclusiva del lavoratore interessato".

La questione più spinosa riguarda la possibilità di cumulo con altri tipi di permesso e di congedo, soprattutto quando l'assistenza riguarda minori. Si deve infatti stabilire come si cumulino i permessi ex art. 33 c.3 con i congedi di maternità e paternità obbligatori, con il congedo parentale ordinario ex art. 32, d. lgs. 151/01 e con il congedo straordinario di cui all'art. 33 del d. lgs. 151/01, con i tre giorni di permesso per decesso o grave infermità di cui all'art. 4, l.n.53/00, con i permessi non retribuiti in caso di malattia del figlio di cui all'art. 47 t.u. 151/01, cercando di fare un po' di ordine nel ginepraio di disposizioni legislative e di circolari amministrative emanate in materia.

Anzitutto, si deve osservare che se la novella attuata con l'art. 24, l.n. 183/10 non ha modificato direttamente le disposizioni relative al cumulo dei permessi, che sono contenute negli artt. 33, e 42, comma 4, d. lgs.151/01, essa ha posto un altro problema di coordinamento, dato dalla sovrapposibilità delle fattispecie di cui al novellato art. 33, comma 3, l.n. 104/92 e al nuovo art. 42 c.2, d.lgs.151/01. Infatti ora l'art. 33, comma 3, riconosce il diritto ai permessi in via generale a tutti i genitori di figli portatori di handicap grave, senza alcuna limitazione di età; mentre l'art. 42 lo limita al del periodo successivo al terzo anno di età del bambino. Sembrerebbe che quest'ultima disposizione prevalga, in quanto speciale, sulla regola generale di cui all'art. 33, comma 3, ma si tratterebbe di una soluzione dalle conseguenze aberranti, giacché si appresterebbe una tutela inferiore proprio nel periodo – la più tenera età - di maggiore fragilità e di maggiore bisogno di cure in assoluto del bambino. Per considerazioni analoghe nelle circolari applicative si è quindi ritenuta prevalente la disposizione generale di cui all'art. 33, comma 3 e il diritto ai permessi spetta anche prima del compimento del terzo anno di vita³¹.

³⁰ Dip. Funzione pubblica, parere n. 13/2008

³¹ Circolare dip, f.p. n. 13/2010

Quanto al cumulo, il principio interpretativo adottato dalla prassi amministrativa è quello della cumulabilità dei permessi e congedi aventi finalità diverse ma non di quelli aventi il medesimo scopo. Si ritiene così che i permessi ex art. 33, comma 3, si possano cumulare con il congedo parentale ordinario e con quello per la cura della malattia del figlio. Per analoghe considerazioni si deve di conseguenza ritenere ammissibile anche il cumulo con il periodo di astensione obbligatoria dal lavoro successivo alla nascita del bambino e con i permessi di due ore al giorno riconosciuti fino al primo anno di vita del bambino, la cui originaria funzione è l'allattamento³². La prassi amministrativa ritiene invece che i permessi giornalieri siano alternativi alla fruizione del congedo straordinario e dei permessi di due ore al giorno riconosciuti dall'art. 42, d. lgs. 151/01, sempre a fronte di situazioni di handicap. Non si tratta tuttavia di una soluzione del tutto appagante, in quanto il congedo straordinario è frazionabile. Infatti, in passato l'Inps affermava che il divieto di cumulo con il congedo straordinario andasse inteso come impossibilità di fruirne lo stesso giorno del mese da parte di due persone diverse per lo stesso disabile. Si osservava tra l'altro che tale interpretazione non "causava alcun onere economico aggiuntivo, comportando esclusivamente un'anticipazione dell'esercizio del diritto al congedo straordinario fruibile, comunque, per un massimo complessivo, tra tutti gli aventi diritto, di due anni per ogni soggetto in condizione di handicap grave"³³. D'altra parte, dalla formulazione della norma risulta evidente che la titolarità del diritto al congedo è chiaramente riconosciuta in modo individuale al singolo lavoratore (infatti si stabilisce che si tratta di congedo fruibile nella misura massima di 2 anni nell'arco dell'intera vita lavorativa) e non per persona disabile. Sicché se ora si afferma, come fanno le più recenti circolari amministrative, che quando uno dei due genitori abbia fruito di uno o più giorni di permesso di cui all'art. 33 c. 3 per lo stesso mese non sia più possibile per nessuno dei 2 genitori ricorrere al congedo straordinario o in sua alternativa alle due ore di permesso giornaliero, si introduce un elemento di contraddizione rispetto al sistema generale dei congedi, costruiti in base alla titolarità individuale. Forti contraddizioni si rilevano anche rispetto alla specifica materia del congedo parentale, riconosciuto in situazioni di normalità ad entrambe i genitori anche congiuntamente e anche quando l'altro genitore non ne abbia diritto, mentre alla stessa conclusione non si potrebbe giungere quando, finito il congedo ordinario, la grave situazione del figlio imponga ancora l'astensione dal lavoro: a questo punto il carico di assistenza potrà gravare solo su uno dei due genitori. Questa conclusione appare in contraddizione anche con la di-

³² Nel senso che i genitori potessero godere l'uno del congedo e l'altro delle 2 ore di permesso per allattamento fino a un anno di vita del bambino riconosciute in alternativa al congedo v. Calafà, *Congedi e rapporto di lavoro*, Cedam, 2004, p.83; circ. Inps 109/2000; v. anche la Circolare Inps 133/2000, per la quale tra il 2° e il 3° anno le ore di permesso, in quanto correlate alla situazione di handicap e non alla funzione di allattamento, diventavano alternative al congedo straordinario. Nel senso che i permessi di cui al c. 3 art. 33 si cumulavano con quelli non retribuiti per malattia del bambino riconosciuti senza limiti di tempo fino ai tre anni di vita e per 5 giorni all'anno fino all'8° anno del bambino v. Tar Catania Sicilia, sez. III, 24 gennaio 2005, n. 68

³³ Circolare Inps 53/2008

sposizione contenuta nell'art. 20, l.n. 53/2000 che riconosce il diritto ai permessi anche qualora l'altro genitore non ne abbia diritto, disposizione questa che il legislatore non ha voluto modificare con l'art. 24, l.n.183/2010. La finalità di tale riconoscimento è dunque quella di non lasciare tutto il carico di assistenza sull'unico genitore che non sia lavoratore subordinato, ancorché inoccupato; ma è evidente che, a maggior ragione, dove entrambi i genitori siano lavoratori dipendenti, le esigenze di tutela e di flessibilità nello svolgimento della prestazione lavorative saranno ancora più elevate. Anche in questo caso emerge la necessità di adottare soluzioni ragionevoli volte a facilitare il compito di quei genitori che, entrambi lavoratori, oltre alle normali funzioni genitoriali sono impegnati in ben più consistenti compiti di assistenza in ragione dell'handicap grave del figlio. In tale senso si esprime anche la direttiva 2010/18/CE, ove si richiede di "valutare la necessità di adeguare le condizioni di accesso e le modalità di applicazione del congedo parentale alle esigenze dei genitori di figli con disabilità o malattie a lungo decorso". La novella del 2010 introduce invece elementi di rigidità estrema che rischiano di limitare considerevolmente le possibilità per la persona disabile di fruire effettivamente della tutela. E' evidente infatti che in presenza di situazioni di salute precarie, ove non sia possibile stabilire a priori se e quanto un'acutizzazione della malattia o una complicazione insorta possa durare, la persona che inizialmente avrebbe usufruito dei 3 giorni di permesso dovrà stare ben attenta a non farlo, per il rischio di compromettere la possibilità di richiedere la fruizione delle due ore di permesso o di un periodo di congedo straordinario. Nelle situazioni di incertezza - tutt'altro che rare quando si ha a che fare con patologie gravi – il lavoratore dovrà richiedere direttamente l'utilizzo frazionato del congedo anziché prima i 3 giorni di permesso mensile. In questo modo però i 3 giorni di permesso mensile sono definitivamente perduti sia da parte del lavoratore che ha chiesto il congedo e non necessariamente l'ha ottenuto in tempi brevi, sia da parte dell'altro genitore.

4. Le modifiche alla disciplina del trasferimento

L'art. 24, l.n. 183/2010 interviene anche con alcune rilevanti modifiche al comma 5 dell'art. 33, l.n. 104/92, relativo al trasferimento dei lavoratori che assistono familiari portatori di handicap grave. Prima di analizzare le modifiche apportate è bene dare conto del contenuto della disciplina previgente e dell'interpretazione che ne era stata data in sede giurisprudenziale. La norma stabiliva in sostanza a favore del lavoratore "che assista con continuità un parente o affine entro il terzo grado handicappato" due diversi diritti: quello di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e quello di non essere trasferito senza il proprio consenso. La legge, come noto e secondo unanime interpretazione, utilizzando l'espressione "ove possibile", non ha inteso stabilire un diritto assoluto e incondizionato al trasferimento, dovendosi procedere in questo caso a un bilanciamento tra le esigenze del lavoratore e quelle

dell'impresa. In quest'ottica una giurisprudenza abbastanza restrittiva subordinava il diritto al trasferimento alla sussistenza di un posto vacante nella sede prescelta³⁴.

Dal punto di vista soggettivo invece la norma aveva una formulazione diversa rispetto a quella di cui al comma 3 del medesimo articolo: mentre ai fini del trasferimento si richiedeva solamente l'assistenza continuativa a persona handicappata, per attribuire il beneficio dei 3 giorni di permesso era necessaria la sussistenza di un handicap grave. Non erano quindi in alcun modo stabiliti, per il trasferimento, i requisiti dell'esclusività dell'assistenza, né della gravità dell'handicap. Nonostante l'ampiezza della formulazione legislativa, la giurisprudenza ne aveva dato un'interpretazione decisamente restrittiva. La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'interpretazione che riservava il diritto al trasferimento ai casi in cui l'assistenza fosse già in atto e non a quelli in cui per esigenze sopravvenute si fosse resa necessaria, aveva dichiarato con sentenza interpretativa di rigetto che, non essendo "immaginabile che l'assistenza al disabile si fondi esclusivamente su quella familiare, il legislatore avrebbe inteso con tale norma salvaguardare la sola assistenza in atto, al fine di evitare rotture traumatiche e dannose della convivenza"³⁵. La stessa Corte però in quell'occasione auspicava anche un nuovo intervento del legislatore, che potesse rivedere e ampliare l'art. 33, c.5. In seguito, la giurisprudenza è stata sempre più restrittiva nel riconoscere il diritto al trasferimento. Si affermava infatti che il diritto all'assistenza dovesse essere bilanciato con le esigenze del datore di lavoro e nel caso delle pubbliche amministrazioni con l'interesse pubblico. Tale esigenza di bilanciamento, indubbiamente presente nella legge, non veniva fatta valere però solo al momento della verifica della possibilità del trasferimento, bensì veniva spostata a monte, per richiedere requisiti ulteriori e non previsti dalla legge per poter ottenere il trasferimento. Si richiedeva infatti il requisito dell'handicap grave³⁶ e si affermava che solo la mancanza o l'impossibilità di sopperire alle esigenze del portatore di handicap da parte di altri soggetti legittima la richiesta del dipendente³⁷, che a contemperamento delle posizioni dei soggetti interessati" il lavoratore deve dimostrare che l'assistenza non può essere prestata da altri producendo "dati ed elementi di caratte-

³⁴ TAR Roma Lazio, 10 dicembre 2007, n. 12886; V. anche Cass. S.U. 9 luglio 2009, n. 16102, secondo la quale il diritto a non essere trasferito viene meno quando sia accertata l'incompatibilità della permanenza del lavoratore nella sede prescelta; Cass. 25 gennaio 2006, n. 1369, per la quale occorre che l'amministrazione di destinazione oltre ad avere un posto vacante abbia altresì deciso di coprirlo; TAR Lecce Puglia, 11 settembre 2008, n. 2540 che ritiene legittimo il diniego qualora la situazione dell'organico della sede di destinazione sia tale da non consentire un'utile collocazione del lavoratore

³⁵ Corte Cost. 18 luglio 2006, n. 325; nello stesso senso tra le più recenti v. Cons. Stato 25 giugno 2010, n. 4115; Cons. Stato 24 marzo 2010, n. 1733; TAR Lecce Puglia, 3 giugno 2010, n. 1343 Contra: Cass. 18 febbraio 2009,, n. 3869 per la quale il diritto al trasferimento sussiste sia in sede di assunzione, sia durante il rapporto, sia quando la situazione di handicap grave intervenga in corso di rapporto, sia quando preesista, ma il lavoratore per ragioni apprezzabili intenda mutare la propria residenza

³⁶ TAR Roma Lazio 4 febbraio 2010, n. 1464

³⁷ TAR Lecce Puglia, 3 giugno 2010, n. 1343

re oggettivo... idonei a giustificare l'indisponibilità solo nella misura in cui risultino tali da concretizzare un'effettiva esimente dai vincoli di assistenza familiare"³⁸.

La nuova legge incide sulla norma con due disposizioni. La prima, più appariscente e di immediata percezione è quella che modifica il riferimento alla scelta della sede di lavoro, che non sarà più quella più vicina al domicilio del lavoratore bensì quella più vicina al domicilio della persona da assistere. Si afferma, nella circolare applicativa del Dipartimento della funzione pubblica, che la modifica avrebbe lo scopo di "eliminare un'incongruenza" del testo previgente che non avrebbe tenuto conto della finalità della norma, consistente nell'agevolare l'assistenza al disabile. Non si tiene conto, ancora una volta, della complessità della situazione di chi assiste persone disabili. Consentire l'avvicinamento al proprio domicilio anziché a quello della persona che si assiste rispondeva comunque ad un'importante esigenza del lavoratore, in quanto liberava la persona gravata dal compito di cura del tempo necessario per il trasferimento quotidiano al e dal luogo di lavoro, consentendole così comunque di fare più agevolmente fronte al cumulo dei triplici compiti di lavoro, di impegno familiare e di assistenza al disabile. Ancora una volta il legislatore con la restrizione adottata non tiene in alcuna considerazione la necessità, o meglio l'obbligo, di adottare soluzioni ragionevoli.

Molto meno evidente e trascurata dalle circolari applicative, ma di portata ben più rilevante, è l'altra modifica apportata al comma 5 dell'art. 33: le parole iniziali della norma che riferivano il diritto genericamente al lavoratore che assiste familiari handicappati sono ora sostituite dalle parole "il lavoratore di cui al comma 3", cioè quello che ha diritto ai tre giorni di permesso per l'assistenza al parente o affine portatore di handicap grave. Cambia in senso molto più restrittivo il grado di disabilità e cambia anche la definizione del soggetto che ne può beneficiare: se in passato i due diritti, al permesso e al trasferimento avevano presupposti giuridici diversi³⁹, ora le condizioni di accesso sono assolutamente identiche.

La nuova formulazione pone una prima rilevante questione interpretativa: il lavoratore che ha diritto al trasferimento deve necessariamente essere anche lo stesso che usufruisce dei permessi, come parrebbe apparentemente desumersi dalla nuova norma, oppure è possibile che si tratti di un altro familiare e cioè che un lavoratore benefici dei permessi e un altro del trasferimento? La seconda soluzione pare maggiormente rispondente al testo legislativo e all'esigenza di interpretare la norma nel modo più ragionevole possibile. Sul piano letterale il riferimento fatto al lavoratore di cui al comma 3 rinvia al primo periodo di tale disposizione, cioè solo al "lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qua-

³⁸ Cons. Stato 21 maggio 2010, n. 3237; Tar Trento Trentino Alto Adige, 13 maggio 2010, n. 131

³⁹ V. in questo senso Tar Bari Puglia, 8 aprile 2010, n. 1329; TAR Roma Lazio, 7 aprile 2008, n. 2878; TAR Napoli Campania, 4 agosto 2009, n. 4671, che però afferma che sussiste maggiore discrezionalità da parte del datore di lavoro nella concessione dei permessi che nel trasferimento

lora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti”; la limitazione a una sola persona del diritto di fruire dei permessi è invece contenuta nel secondo periodo della norma e il suo soggetto è il diritto ai permessi e non più il lavoratore. Un’interpretazione conforme all’obbligo per gli Stati di adottare soluzioni ragionevoli impone conseguentemente di ritenere che il riferimento operato al 3° comma riguardi solo lo status del lavoratore e della persona disabile e non anche il fatto che quella persona sia quella che usufruisce dei permessi. In presenza di più parenti e affini aventi titolo sarà quindi possibile riconoscere all’uno il trasferimento e all’altro i giorni di permesso, in modo da consentire una migliore distribuzione delle incombenze. Tra l’altro, opinando diversamente, non solo si finisce con l’addossare a un solo a un solo lavoratore tutti gli obblighi di cura, si fanno anche gravare su un unico datore di lavoro tutti gli obblighi di collaborazione necessari.

Con il riferimento al lavoratore di cui al comma 3 si ripropone inoltre la questione se beneficiario del diritto sia solo il parente che già assiste il disabile o anche quello che intende farlo per il futuro. Si è visto che la disposizione precedente era interpretata nel senso più restrittivo e in effetti anche la formulazione del comma 3 - utilizzando l’espressione “che assiste” - lascerebbe intendere che l’attività di cura debba preesistere alla richiesta di trasferimento. Ma si rischia in questo modo di creare un grave cortocircuito nel sistema di tutela, che potrebbe portare a negare completamente l’accesso ad ogni beneficio. Tale sarebbe il caso del lavoratore unico parente di persona disabile a cui vengono negati sia i permessi, perché abita distante, sia il trasferimento perché non avendo i permessi non avrebbe il requisito dell’attualità dell’assistenza. Tali casi saranno in futuro sempre più frequenti, dato l’invecchiamento della popolazione e il conseguente aumento di persone che a un certo punto perdono il requisito dell’autosufficienza e si ritrovano in situazione di handicap grave, ai quali si rischia di negare l’aiuto dei familiari solo perché al momento in cui la situazione si aggrava l’assistenza non era ancora in atto. E’ evidente che rispetto a tali situazioni il trasferimento del lavoratore, ove possibile, ove cioè sia disponibile un posto di lavoro più vicino al domicilio del disabile, costituirebbe una di quelle soluzioni ragionevoli cui i disabili e i lavoratori che li assistono hanno diritto secondo il diritto comunitario e internazionale.

5. Il controllo sull’utilizzo dei permessi e le relative sanzioni

Uno degli aspetti su cui maggiormente sembra puntare il legislatore del 2010 è quello di un più stretto controllo sull’accesso e sull’utilizzo dei permessi. Si prevede infatti al comma 4 dell’art. 24 l’istituzione di una banca dati presso il Dipartimento della fun-

zione pubblica finalizzata al monitoraggio della fruizione dei permessi. Le amministrazioni pubbliche hanno l'obbligo di comunicare per via telematica entro il 31 marzo di ciascun anno:

- i nominativi dei dipendenti cui sono accordati i permessi; i nominativi dei lavoratori padri e delle lavoratrici madri, specificando a quale titolo i permessi sono fruiti;
- in relazione ai permessi fruiti per assistenza a persona con handicap in situazione di gravità, il nominativo di quest'ultima, l'eventuale rapporto di dipendenza da un'amministrazione pubblica e il comune di residenza dell'assistito;
- il rapporto sussistente tra la persona che ha fruito dei permessi e la persona assistita;
- per i permessi fruiti dal lavoratore padre o dalla lavoratrice madre, la specificazione dell'età maggiore o minore di tre anni del figlio;
- il contingente complessivo di giorni e ore di permesso fruiti da ciascun lavoratore nel corso dell'anno precedente e per ciascun mese.

La legge prevede, a tutela della privacy, che i dati non siano conservati per più di 30 giorni dalle amministrazioni che li hanno raccolti e per non più di 2 anni nella banca dati. Nel marzo 2011, con la circolare n. 2 del Dipartimento della funzione pubblica, è stata data immediata attuazione alla normativa. La prima comunicazione dei dati dovrà quindi essere fatta dalle amministrazioni con riferimento ai permessi goduti dai lavoratori nell'anno 2010, dati che di conseguenza riguarderanno sia il regime vigente, sia il nuovo regime per il periodo successivo al 24 novembre 2010⁴⁰. La banca dati risulta ora operativa, ma nulla si sa di cosa accada dopo che i dati sono stati inseriti: chi sia a gestirla, chi sia individuato come responsabile, quali lavoratori abbiano accesso ai dati e al sistema operativo, a chi si possa rivolgere la persona i cui dati sono stati inseriti per controllarne la veridicità e per eventuali contestazioni circa la presenza di eventuali errori, nonché per accertarsi che decorso il termine strettamente necessario per la verifica, i dati siano cancellati. Si tratta di informazioni importanti per l'eventuale difesa del lavoratore e che costituiscono anche diritti espressamente riconosciuti dal codice della privacy.

La questione è tanto più rilevante in ragione delle nuove disposizioni contenute nel nuovo comma 7 bis dell'art. 33, l.n. 104/92, in base al quale "ferma restando la verifica dei presupposti per l'accertamento della responsabilità disciplinare, il lavoratore di cui al comma 3 decade dai diritti di cui al presente articolo, qualora il datore di lavoro o l'INPS accerti l'insussistenza o il venir meno delle condizioni richieste per la legittima fruizione dei medesimi diritti". Occorre chiarire subito che la norma si riferisce ai casi in cui non siano stati sussistenti a priori i requisiti per ottenere i permessi e a quelli in cui questi siano venuti meno nel corso del tempo, non alla diversa situa-

⁴⁰ V. il sito www.magellanopa.it/permessi

zione del lavoratore che, pur avendo diritto ai permessi, li utilizzi per finalità diverse. La distinzione è di non poco conto e comporta conseguenze completamente diverse sul piano previdenziale e del rapporto di lavoro. Il venir meno dei presupposti si riferisce infatti ai casi in cui il disabile sia ricoverato a tempo pieno o sia deceduto, nonché ai casi in cui sia stato revocato il giudizio di gravità della condizione di disabilità da parte della commissione medica, situazioni che il lavoratore ha l'onere di comunicare sempre tempestivamente.

La novella peraltro utilizza il termine decadenza, ponendo il problema se si tratti di un nuovo istituto o se non si sia voluto più semplicemente rendere esplicito quanto già desumibile dalle regole generali vigenti in materia di revoca dei benefici contenute nell'art. 5 del d.P.R. 698/94, per il quale l'accertamento dell'insussistenza dei requisiti dà luogo alla immediata sospensione cautelativa del pagamento delle prestazioni, a cui seguirà il successivo formale provvedimento di revoca. Proprio in quanto riferita al caso della mancanza o del venir meno dei requisiti, il provvedimento di revoca potrà anche essere retroattivo, con effetti dalla data dell'accertata insussistenza dei requisiti prescritti. Non è certo che alla stessa conclusione si debba giungere con riferimento alla decadenza, che sembrerebbe suggerire un'efficacia non retroattiva del provvedimento. Si tratterebbe tuttavia di una conclusione discutibile sul piano generale, ma a cui si potrebbe giungere per quanto riguarda il caso particolare e più problematico della fruizione dei permessi da parte di due persone per assistere lo stesso disabile, che la circolare del Dipartimento della funzione pubblica menziona espressamente tra le ipotesi di decadenza. Innanzitutto, simili casi potranno essere ricondotti alla mancanza o al venir meno dei requisiti necessari per usufruire dei permessi solo se si considera legittima e applicabile la disposizione che limita ad un solo soggetto tale possibilità, scelta del legislatore italiano che si è visto essere di dubbia legittimità costituzionale e in contrasto con le direttive 2006/54/CE, 2000/73/CE nonché con la convenzione Onu (v. §2). In secondo luogo, anche ove si voglia configurare comunque un illecito, la questione è complicata dal fatto che il lavoratore che richiede i permessi deve rilasciare all'atto della domanda una dichiarazione nella quale, tra l'altro, attesta che nessun altro parente ne beneficia. Ma si tratta di una dichiarazione che evidentemente riguarda dati e fatti attinenti a una persona altra rispetto al soggetto che la rilascia e che, per quanto legata a vincoli di parentela, potrebbe non essere al corrente: solo la persona disabile infatti firma l'atto di accettazione dell'assistenza. Né parrebbe applicabile semplicemente il criterio temporale di presentazione della domanda. Si tratta infatti di elementi che possono avere rilevanza penale, per effettuazione di dichiarazioni sostitutive non veritiere, i quali dovranno necessariamente essere provati sia nel loro elemento oggettivo, sia sotto il profilo soggettivo: occorrerà cioè andare a indagare caso per caso la sussistenza del dolo di entrambi o di uno solo dei beneficiari dei permessi. Si tratta a ben vedere dell'unica

soluzione compatibile con i principi generali di carattere penale e con le esigenze di tutela della persona disabile, che rischierebbe altrimenti di trovarsi priva di tutela.

La fruizione dei permessi senza averne diritto è altresì fonte di responsabilità sul piano contrattuale, che sarà sanzionata sul piano disciplinare. Si fa presente in proposito che la più recente normativa ha espressamente stabilito per i dipendenti pubblici che l'assenza dal servizio che risulti giustificata da falsa dichiarazione medica prevede la comminazione della sanzione del licenziamento (art. 55 quater d.lgs. 161/01) e che la circolare del Dipartimento della funzione pubblica equipara sostanzialmente a quella fattispecie il caso del lavoratore che rilasci false certificazioni al fine di accedere ai benefici di cui all'art. 33, l.n. 104/92.

Come si accennava sopra, una diversa valutazione si deve effettuare per i casi di utilizzo scorretto dei permessi. Qui per stabilire se e in quali casi vi sia abuso occorrerebbe anzitutto chiarire se il lavoratore debba necessariamente effettuare l'assistenza proprio ed esclusivamente nelle ore di permesso o se possa invece liberamente organizzare il proprio tempo, ad esempio sbrigando altri impegni durante le ore di permesso e assistendo il disabile durante i normali periodi di riposo. Chi scrive ritiene che quest'ultima soluzione sia ancora una volta la più ragionevole e che dunque si possa parlare di abuso solo ove proprio sia venuta a mancare l'assistenza al disabile. Ma anche in questo caso non si potrà parlare di revoca dal diritto al godimento dei permessi perché i presupposti non vengono affatto meno; si potranno verificare semmai un singolo o più illeciti consecutivi, che potranno comportare la revoca del singolo permesso, con onere di restituzione delle somme percepite. Anche in questo caso si potrà parlare di responsabilità disciplinare del lavoratore, ma è evidente che la situazione riveste minore gravità rispetto a quella di chi produce false certificazioni o omette di comunicare fatti rilevanti, pertanto anche la sanzione dovrà essere proporzionata ai fatti ed irrogata tenendo conto del caso concreto, consentendo al lavoratore di difendersi e di addurre eventuali casi di forza maggiore o adeguate giustificazioni a motivazione del suo comportamento.

La giurisprudenza e la prassi amministrativa sul requisito della continuità ed esclusività dell'assistenza

Inizialmente inteso dalla prassi amministrativa come “assistenza del soggetto per le sue necessità quotidiane” e come escludente il diritto al permesso “nei casi di oggettiva lontananza – spaziale o temporale – delle abitazioni e nei casi in cui presso il domicilio del disabile fossero presenti altri soggetti che beneficiassero dei permessi o non lavoratori in grado di assisterlo”⁴¹, il requisito della continuità ed esclusività dell'assistenza era stato poi oggetto di interpretazione da parte della Cassazione⁴², la quale aveva opportunamente chiarito che una lettura conforme agli scopi della legge imponeva di considerare sussistente il diritto ai permessi anche quando vi fosse stata in famiglia un'altra persona che avesse prestato assistenza, essendo necessario che anche quest'ultima potesse essere sostituita. La continuità quindi, aveva affermato la Corte, non poteva essere intesa come quotidianità dell'assistenza ma solo come sistematicità e adeguatezza. Si affermava conseguentemente che non si deve subordinare il diritto ai permessi alla mancanza di altri familiari in grado di prestare assistenza⁴³. Coerentemente, l'Inps adeguava i propri precedenti orientamenti restrittivi⁴⁴, adottando l'unico criterio che pare conforme allo spirito e alla *ratio* della legge, cioè affermando il diritto della persona affetta da handicap grave di poter liberamente scegliere chi, all'interno della stessa famiglia debba prestare l'assistenza. Nella stessa circolare l'ente previdenziale precisava altresì che oltre agli altri familiari, era irrilevante anche la presenza di altre forme di assistenza pubbliche o private, escluso solo il caso del ricovero a tempo pieno. Con una successiva circolare, tuttavia, il Dipartimento della funzione pubblica poneva come requisito che il dipendente richiedente i permessi fosse l'unico lavoratore che prestasse l'assistenza al soggetto disabile⁴⁵. In seguito, una parte minoritaria della giurisprudenza ha continuato ad interpretare la normativa secondo quanto indicato dalla prima giurisprudenza di Cassazione, ribadendo l'irrilevanza della presenza di altri familiari⁴⁶, ritenendo ad esempio irrilevante la distanza di 138 Km dal luogo di lavoro a quello di residenza del disabile quando tale distanza possa essere compiuta in poco più di un'ora⁴⁷ e negando il diritto ai permessi in casi in cui il lavoratore si fosse limitato ad un'assistenza circoscritta nell'arco di 45 giorni l'anno⁴⁸. Al contrario, la giurisprudenza amministrativa era pervenuta ad interpretazioni fortemente restrittive e discutibili, richiedendo la prova dell'inesistenza di altri parenti e affini in grado di adempierli⁴⁹ negando il permesso anche quando vi fossero “più persone in grado di dividere gli oneri derivanti dall'obbligo di solidarietà familiare ma alcuni di essi, fatta eccezione per il solo lavoratore, vi si sottrag-

⁴¹ Circolare Inps n. 133/2000

⁴² Cass. 16 maggio 2003, n. 7701

⁴³ Cass. 20 luglio 2004, n. 13481

⁴⁴ Circolare Inps n. 90/2007

⁴⁵ Cfr. il parere n. 13 del 2008 del Dipartimento della funzione pubblica

⁴⁶ Cass. 16 maggio 2005, n. 7701; Cass. 20 luglio 2004, n. 13481, TAR Bari Puglia, sez. III, 8 aprile 2010, n. 1329

⁴⁷ TAR Bari Puglia, sez. III, 8 aprile 2010, n. 1329

⁴⁸ Cass., sez. lav., 22 aprile 2010, n. 9557

⁴⁹ TAR Trentino Alto Adige, 13 maggio 2010, n. 131, TAR Roma Lazio, 4 maggio 2010, n. 9418,

gano, meramente allegando l'esistenza di preminenti impegni di lavoro"⁵⁰, ritenendo insufficiente l'allegazione di dichiarazioni di carattere formale con le quali si attesta che taluni parenti non sono in grado per motivi di lavoro o per altri impegni di occuparsi del disabile e richiedendo invece "la produzione di dati ed elementi di carattere oggettivo, concernenti anche stati psicofisici connotati da una certa gravità, idonei a giustificare l'indisponibilità sulla base di criteri di ragionevolezza tali da concretizzare un'effettiva esimente dai vincoli di assistenza familiare"⁵¹. Si è così escluso espressamente che l'essere lavoratore o studente renda impossibile l'assistenza⁵². In taluni casi si è più ragionevolmente affermato che la possibilità di prestare assistenza da parte di altri parenti debba essere valutata in rapporto alle esigenze e alla tipologia di assistenza di cui il disabile necessita⁵³. Anche in questo caso però il risultato raggiunto non è condivisibile, perché impone ogni volta di aprire una discussione circa la composizione e il ruolo dei vari familiari e circa la loro idoneità a prestare assistenza, che viene valutata secondo parametri assolutamente discrezionali, riguardanti dati sensibili e invasivi della privacy del lavoratore e dell'intera famiglia, oltre che del disabile.

⁵⁰ TAR Trentino Alto Adige, 13 maggio 2010, n. 131; Tar Perugia Umbria, sez. I 15 maggio 2009, n. 244

⁵¹ TAR Roma Lazio, 4 maggio 2010, n. 9418,

⁵² TAR Perugia Umbria, 28 ottobre 2009, n. 653

⁵³ TAR Parma Emilia Romagna, sez. I n. 259

La nuova indennità risarcitoria del contratto a tempo determinato: le prime posizioni della giurisprudenza

Legge 4 novembre 2010, n. 183

di LORENZO GIASANTI

Tra le varie novità del “Collegato lavoro” (legge 4 novembre 2010, n. 183) vi è, come è noto, una modifica del regime sanzionatorio del contratto a termine illegittimo con l’introduzione (art. 32, commi 5 e ss.) di una indennità risarcitoria che il Giudice deve riconoscere al lavoratore nei casi di conversione del contratto a tempo indeterminato. Poiché la legge ha previsto che tale modifica si applichi anche alle controversie già in corso, la giurisprudenza ha subito avuto occasione di esercitarsi sui molteplici problemi interpretativi della nuova disciplina. A distanza di pochi mesi, dunque, può già farsi un bilancio dei principali orientamenti interpretativi emersi.

Conseguenze patrimoniali del termine invalido e indennità omnicomprensiva

È noto che il c.d. collegato lavoro, legge n. 183 del 2010 entrata in vigore il 24 novembre 2010, tra le variegate materie di cui si occupa, abbia introdotto alcune novità che toccano da vicino anche la regolamentazione in materia di contratto a tempo determinato, la più rilevante delle quali concerne certamente la nuova e discussa indennità omnicomprensiva. Si tratta di una misura che ha provveduto a modificare sul piano patrimoniale l’assetto sanzionatorio che si era fin qui andato consolidando, nell’interpretazione della giurisprudenza, come conseguenza di una violazione delle regole in materia di lavoro a termine.

Fino all’entrata in vigore di tale provvedimento, infatti, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie erano inclini ad applicare la sanzione civilistica della riqualificazione a tempo indeterminato del rapporto, in applicazione di quanto previsto dall’art. 1419 2° comma attraverso il richiamo alla natura derogatoria del contratto a termine rispetto alla normalità regolatoria del contratto a tempo indeterminato⁵⁴, anche nei casi in cui la conversione del contratto non era espressamente prevista dalla legge, come nei casi di mancata specificazione delle causali giustificative previste dall’art. 1 d.lgs 368/2001. Se la conversione del contratto è sempre stata disposta *ex tunc*, a far data cioè dal momento della stipulazione del contratto, o del primo contratto, nel caso di nullità del primo di una serie di contratti a termine successivi, sul piano risarcitorio la giurisprudenza maggioritaria negava la possibilità di riconoscere al lavoratore tutte le retribuzioni perse, sulla base di un principio generale di corrispettività, per cui non può esservi retribuzione senza la corrispondente prestazione lavorativa, salvo il caso

⁵⁴ Va richiamata sul punto una recentissima sentenza della Corte di Giustizia, CGCE 10 marzo 2011 in causa C-109/09 Lufthansa, secondo cui anche nella prospettiva della direttiva 99/70/CE “il ricorso ai contratti a tempo determinato riveste, quindi, carattere eccezionale rispetto ai contratti a tempo indeterminato” (punto 30).

in cui il lavoratore provi di avere reso o di avere inutilmente offerto la prestazione. Era infatti normalmente riconosciuta al lavoratore la liquidazione di tutte le retribuzioni perdute dal momento della messa in mora del datore di lavoro tramite l'offerta della prestazione nelle forme d'uso, in relazione ai principi correlati alla *mora accipiendi* del creditore di cui agli articoli 1206 ss del codice civile.

Il collegato lavoro ha modificato tale consolidata impostazione. Secondo quanto previsto dall'art. 32, 5° comma, infatti "*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*". La nuova disciplina, applicabile anche ai giudizi pendenti, prevede un ulteriore ridimensionamento delle conseguenze risarcitorie nel caso in cui siano stati predisposti con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale accordi nazionali, territoriali o aziendali, che comportino l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori a termine nell'ambito di specifiche graduatorie. Il comma 6 dell'art. 32, cioè, prevede una riduzione della metà della misura massima dell'indennità (da 12 a 6 mensilità) nei casi in cui un lavoratore decida di non aderire ad un accordo stipulato tra le parti sociali, decidendo di adire ugualmente l'autorità giudiziaria.

Indennità aggiuntiva o sostitutiva?

L'interpretazione di tale inciso normativo non è però stata unanime. Se una prima minoritaria interpretazione che proponeva il superamento della conversione del rapporto non ha avuto molto seguito, con la conseguenza che deve ritenersi tuttora ferma la necessità di prevedere la conversione del rapporto *ex tunc*⁵⁵ secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, sono emersi, nei primi commenti dottrinali, due orientamenti contrapposti in relazione alla natura dell'indennità contemplata dal comma 5 dell'art. 32 con conseguenze di non poco momento a seconda che si opti per la prima piuttosto che per la seconda.

Un primo orientamento ritiene che l'indennità in parola sia da considerarsi sostitutiva del risarcimento precedentemente riconosciuto al lavoratore a termine, che, quindi, avrebbe ora non più diritto a tutte le retribuzioni perdute dal momento della messa in mora del datore di lavoro all'effettiva reintegrazione, ma soltanto ad un numero di mensilità retributive oscillante tra le 2,5 e le 12 in relazione a quanto stabilito dal giudice secondo i parametri di cui all'art. 8 l. n. 604/66. Alla base di tale impostazione vi è innanzitutto il riferimento letterale al risarcimento del lavoratore attraverso una "*indennità onnicomprensiva*" secondo quanto stabilito dal collegato lavoro. Ma implicito in tale impostazione vi è certamente anche il superamento dell'impostazione stretta-

⁵⁵ Ma si veda l'impostazione di chi ritiene che dopo il collegato si debba parlare di conversione solo *ex nunc* (in questo senso A. Vallebona, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il collegato 2010*, in *Mass.giur.lav.* 2010, 213).

mente civilistica della messa in mora ai sensi dell'art. 1206 c.c. ed un più diretto collegamento con quanto previsto dalla più recente giurisprudenza in relazione agli effetti patrimoniali collegati alla reintegrazione ex art. 18 dello Statuto, che attribuisce natura risarcitoria all'indennità corrisposta, ancorché commisurata alla retribuzione non percepita, con "*una presunzione iuris tantum di lucro cessante*"⁵⁶, ed un esplicito riferimento alle norme civilistiche in materia di risarcimento del danno (art. 1223 ss c.c.). Secondo tale impostazione, quindi, l'indennità risarcitoria sarebbe liquidata in via presuntiva, con un limite massimo stabilito dalla legge, ma senza necessità alcuna di offrire la prestazione da parte del lavoratore. Anche da parte di chi ha sostenuto tale tesi sono stati evidenziati alcune incongruenze che renderebbero l'indennità onnicomprensiva non conforme ai parametri costituzionali e comunitari, soprattutto in relazione ai tempi del processo che la nuova normativa fa gravare esclusivamente sul lavoratore, con la necessità che, sulla base dell'esplicito dettato normativo, il singolo giudice debba sollevare la relativa questione innanzi alle supreme corti competenti⁵⁷.

Un secondo orientamento sostiene invece che l'indennità prevista dal 5° comma dell'art. 32 l. n. 183/2010 debba considerarsi aggiuntiva alle retribuzioni dovute a far data dalla messa in mora. Il collegato lavoro, quindi, non avrebbe modificato l'impostazione fin qui seguita dalla giurisprudenza, ma avrebbe previsto una sorta di penale sanzionatoria⁵⁸ collegata all'utilizzo illegittimo del contratto a termine. Tale opzione interpretativa, che più che sul dato strettamente letterale si fonda su "*un'interpretazione costituzionalmente orientata e comunitariamente adeguata*"⁵⁹, preferisce dare rilevanza agli effetti civilistici collegati alla ricostituzione *ex tunc* del rapporto, che imporrebbe tuttora, quantomeno dal momento dell'offerta della prestazione da parte del lavoratore, la liquidazione di tutte le retribuzioni a cui il lavoratore avrebbe avuto diritto. Secondo tale impostazione sarebbe in sostanza proponibile, anche attraverso un richiamo alle norme in materia di azione di manutenzione nei casi di inadempimento contrattuale secondo i dettami dell'art. 1453 del codice civile, una distinzione tra adempimento, rappresentato dalle retribuzioni perse dal lavoratore, a cui non vi sarebbe alcun esplicito riferimento nella norma del 2010, e risarci-

⁵⁶ Cass. n. 8364/2004.

⁵⁷ È il caso di quei provvedimenti che hanno già sollevato la questione di costituzionalità innanzi alla Corte costituzionale: Cass. n. 2112/2010 e Trib. Trani 20.12.2010 n. 4571, che hanno considerato come sostitutiva l'indennità introdotta dal collegato.

⁵⁸ Si tenga peraltro presente che la possibilità di prevedere una penale sanzionatoria legata all'utilizzo illecito di contratti di lavoro temporanei non è certo una assoluta novità nell'ambito giuridico europeo. Si pensi a titolo esemplificativo agli artt. L 1248-1 ss del Code du Travail francese che prevede, come sanzione penale, un'ammenda di € 3750, e in caso di recidiva di € 7500 oltre a 6 mesi di reclusione, quando il contratto a tempo determinato venga utilizzato dall'imprenditore in attività legate all'attività permanente dell'impresa, ovvero al di fuori dei casi previsti dalla legge.

⁵⁹ Così F. Buffa, *Problematiche interpretative dell'art. 32, commi 5-7, della legge n. 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria, CEDU, costituzionale e di legittimità*, nella certamente autorevole relazione dell'ufficio del massimario della Corte suprema di Cassazione in data 8.1.2011.

mento del danno ulteriore, che sarebbe stato sostanzialmente forfettizzato dal collegato lavoro.

Le posizioni della giurisprudenza

Tale dicotomia interpretativa si è riprodotta nelle prime decisioni della giurisprudenza di merito, anche se pare si possa allo stato parlare di una certa prevalenza dell'impostazione che ritiene l'indennità risarcitoria sostitutiva delle conseguenze patrimoniali relative alla illegittimità del termine.

È innanzitutto opportuno richiamare i contenuti dei già citati provvedimenti che hanno avuto modo di sollevare una questione di legittimità innanzi alla Corte costituzionale. Primo in ordine di tempo è stato il Tribunale di Trani, che con ordinanza 20.12.2010, ha ritenuto, con articolata motivazione, non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dei commi 5, 6 e 7 dell'art. 32 l. n. 183/2010 con riferimento agli articoli 3, 11, 24, 101, 102, 111 e 117 della Costituzione. Nell'impostazione dell'ordinanza è proprio la natura sostitutiva dell'indennità che negherebbe al lavoratore *"ciò che invece è garantito a qualsiasi altra parte contrattuale, ossia il diritto ad una tutela risarcitoria integrale"*. Secondo il giudice di Trani nel prevedere un massimale risarcitorio *"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"* con la conseguente violazione del principio di uguaglianza. Secondo il giudice a quo sarebbe irragionevole anche il richiamo ai criteri di cui all'art. 8 l. n. 604/66 che, se possono avere un senso con riferimento alle situazioni nelle quali manchi il diritto al ripristino del rapporto, non ne hanno nel caso di diritto alla conversione, in particolare rispetto al problema relativo alla perdita *medio tempore* delle retribuzioni durante la durata del processo.

A breve distanza di tempo anche la Suprema Corte di Cassazione, con ordinanza 28 gennaio 2011 n. 2112, ha ritenuto di dover sollevare una questione di legittimità costituzionale dei commi 5 e 6 dell'art. 32 con riferimento agli articoli 3, 4, 24, 111 e 117 della Costituzione. L'intervento del supremo collegio si riferisce alla portata della norma transitoria che ritiene applicabili le novità introdotte dal collegato anche ai giudizi in corso. La Corte, discostandosi dalle posizioni emerse in dottrina secondo cui la portata del comma 7 dell'art. 32 coprirebbe solo i giudizi di merito⁶⁰, ritiene che le nuove norme debbano trovare applicazione anche ai giudizi di legittimità. Anche la Suprema Corte parte dall'assunto di ritenere preferibile l'interpretazione sostitutiva

⁶⁰ Si veda L. De Angelis, *Collegato lavoro e diritto processuale: considerazioni di primo momento*, WP CSDLE Massimo d'Antona n. 111/2010. Peraltro alcune sentenze di appello hanno ritenuto che la disciplina transitoria sarebbe applicabile soltanto a giudizi in corso in primo grado e non in appello (App. Roma 24.11.2010; App. Roma 30.11.2010; App. Milano 14.12.2010, tutte riportate da F. Buffa, cit.).

dell'indennità risarcitoria in parola, perché *“l'espressione onnicomprensiva adoperata dal legislatore acquista significato solo escludendo qualsiasi altro credito, indennitario o risarcitorio”*. Ma emerge altresì l'impostazione secondo cui le conseguenze patrimoniali conseguenti all'illegittimità del termine abbiano esclusiva natura risarcitoria, posto che secondo la Corte il comma 5 *“non contrasta neppure con l'art. 36 Cost., comma 1, poiché esso ha per oggetto un'indennità, sia pure misurata all'ammontare della retribuzione, ma non una retribuzione da corrispondere per lavoro effettivamente prestato”*⁶¹. Nella motivazione dell'ordinanza la Corte riconosce come in ogni caso il danno sopportato dal lavoratore derivante dall'illegittima apposizione del termine al contratto sia quantomeno corrispondente a tutte le retribuzioni perdute dall'inutile offerta della prestazione e fino al momento dell'effettiva ripresa del servizio. L'indennità risarcitoria che limita per difetto l'ammontare del danno *“può indurre il datore di lavoro a persistere nell'adempimento”, “vanifica il diritto del cittadino al lavoro (art. 4 Cost.)”* ed in ogni caso contrasta con il principio processualista (artt. 24 e 111 Cost.) 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”*. La Suprema Corte, così come aveva fatto il giudice di Trani, solleva altresì dubbi in merito ad una possibile violazione dell'art. 6 CEDU, che secondo la più recente interpretazione della Corte costituzionale comporterebbe anche una violazione dell'art. 117 Cost., perché il legislatore sarebbe intervenuto nell'amministrazione della giustizia senza quei *“motivi imperativi di interesse generale”* richiesti dalla Corte europea per i diritti dell'uomo. Infine, vi sarebbero anche violazioni della normativa comunitaria. Secondo la Corte di Cassazione, infatti, *“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”,* con un conseguente contrasto, anche sotto questo profilo, con l'art. 4 della carta costituzionale.

Nell'attesa della pronuncia della Corte costituzionale sono nel frattempo intervenute diverse pronunce dei Tribunali di prima istanza, con decisioni che hanno fin qui liquidato indennità inferiori al massimo consentito dalla legge. Allo stato possono segnalarsi quattro sentenze che accolgono la tesi dell'indennità aggiuntiva. Tutti i restanti provvedimenti si conformano a quanto stabilito dalla Corte di Cassazione nell'ordinanza di remissione, optando per la tesi dell'indennità sostitutiva del precedente criterio risarcitorio.

Procedendo ad esaminare i provvedimenti che hanno fin qui avuto modo di dare applicazione alle nuove norme, conviene partire da coloro che hanno ritenuto aggiuntiva l'indennità di cui al 5° comma dell'art. 32. Ed in particolare dal Tribunale di Busto Arsizio che, nell'immediatezza dell'entrata in vigore del provvedimento, si è pronun-

⁶¹ Si potrebbe in realtà sollevare una questione anche in relazione all'art. 36 Cost. con riferimento alla pur sempre vigente ricostituzione *ex tunc* del rapporto ed alla giurisprudenza costituzionale nei casi di sospensione del rapporto.

ciato in due casi analoghi nel senso dell'indennità aggiuntiva, anche se con una motivazione invero eccessivamente stringata. Secondo Trib. Busto Arsizio 29.11.2010⁶², infatti, *“un'interpretazione costituzionalmente orientata e conforme al diritto comunitario impone di interpretare la disposizione dell'art. 32, 5° comma, nel senso di tutela aggiuntiva e non alternativa a quella ordinaria risarcitoria”*. La stessa tesi è stata successivamente riproposta, seppur incidentalmente, in relazione ad una causa avente ad oggetto un rapporto di somministrazione a termine. A prescindere dall'applicabilità dell'indennità alla somministrazione, su cui si avrà modo di tornare più oltre, Trib. Busto Arsizio 14.4.2011⁶³, infatti, ha condannato la società utilizzatrice a ripristinare il rapporto di lavoro con il ricorrente ed al pagamento di tutte le retribuzioni perdute, statuendo al contempo che *“non si provvede in ordine all'indennità di cui all'art. 32, 5° comma della legge n. 183/2010, in assenza di integrazione delle domande di parte ricorrente”*, con ciò ribadendo implicitamente la tesi dell'indennità aggiuntiva precedentemente formulata.

Aderisce all'impostazione dell'indennità aggiuntiva anche Trib. Napoli 21.12.2010⁶⁴ che, pur riferendosi ad una fattispecie di lavoro marittimo a termine, ha modo di ritenere che un'interpretazione costituzionalmente e comunitariamente adeguata imponga di interpretare l'indennità di cui al comma 5 *“come aggiuntiva e non sostitutiva rispetto alle retribuzioni infratemporalmente maturate”*. Secondo il giudice napoletano *“dovrebbe ritenersi che le retribuzioni infratemporalmente maturate riguardino un aspetto non risarcitorio, ma di adempimento della obbligazione retributiva, cui il datore di lavoro sarebbe comunque tenuto, essendo la prestazione del lavoratore divenuta impossibile causa decorso del tempo, fatto ascrivibile alla sola responsabilità del datore di lavoro”*. Secondo tale impostazione l'indennità risarcitoria *“riguarderebbe quindi un danno ulteriore, biologico, morale, alla vita di relazione, esistenziale, alla professionalità”*.

Venendo ad esaminare i provvedimenti che, invece, optano per la natura sostitutiva dell'indennità in parola troviamo innanzitutto il Tribunale di Roma⁶⁵ ed il Tribunale di Milano⁶⁶, che, allo stato, e fermo restando la conversione *ex tunc* del rapporto a termine illecitamente costituito, propendono pressoché unanimemente per escludere che l'indennità onnicomprensiva possa aggiungersi al risarcimento ordinario, ma debba intendersi sostitutiva delle conseguenze patrimoniali ottenibili dal lavoratore.

⁶² Trib. Busto Arsizio 29.11.2010 n. 528 (est. Molinari), in *GLav* 2010, 49, 18.

⁶³ Trib. Busto Arsizio 14.4.2011 n. 25 (est. La Russa), inedita.

⁶⁴ Riportata da F. Buffa, cit.

⁶⁵ Trib. Roma 30.11.2010 riportata da F. Buffa, cit.; Trib. Roma 28.12.2010, in *Dir.rel.ind.* 2011, 1, 148.

⁶⁶ Trib. Milano 29.30.2010 (est. Mariani); Trib. Milano 29.30.2010 (est. Greco); Trib. Milano 15.12.2010 (est. Ravazzoni); Trib. Milano 17.12.2010 (est. Tarantola); Trib. Milano 21.12.2010 (est. Pattumelli); Trib. Milano 10.1.2011 (est. Atanasio); Trib. Milano 12.1.2011 (est. Sala); Trib. Milano 18.1.2011 (est. Mennuni); Trib. Milano 19.1.2011 (est. Di Leo); Trib. Milano 3.2.2011 (est. Scarsella); Trib. Milano 3.2.2011 (est. Visonà); Trib. Milano 25.2.2011 (est. Greco), tutte riportate da *GLav* 2011, 9, 26.

Secondo tale impostazione *“la tesi secondo cui tale tipo di indennizzo debba ritenersi aggiuntivo rispetto al risarcimento del danno nella determinazione sino ad oggi riconosciuta dalla giurisprudenza assolutamente maggioritaria, coincidente con le retribuzioni maturate dalla data di messa in mora della parte datoriale sino alla ricostituzione del rapporto, merita di essere disattesa. Il dato letterale e gli stessi lavori preparatori non evidenziano infatti alcun elemento da cui desumere la natura aggiuntiva di tale componente risarcitoria e la stessa interpretazione sistematica appare coerente individuando un sistema sanzionatorio chiuso ed autosufficiente perfettamente aderente al dettato costituzionale come osservato da ultimo dalla Suprema Corte (Corte Cass. ord. 28.1.2011 n. 2112) che ha posto in rilievo il carattere di omnicomprensività dell’indennizzo medesimo che non sembra lasciare spazio ad ulteriori componenti indennitarie e/o risarcitorie. Inutile in questa sede richiamare le numerose fattispecie presenti nel sistema, inclusa la materia giuslavoristica, in cui la misura dell’indennizzo riconosciuta al soggetto danneggiato è determinata aprioristicamente in maniera fissa (seppur tra un minimo ed un massimo) e non appare neppure ravvisabile un principio costituzionale che consenta di ritenere tale tecnica legislativa nel caso di specie contraria ai principi generali dell’ordinamento”⁶⁷.*

Se comune a tutti i giudicanti appare l’impossibilità di poter valutare quanto eventualmente percepito *medio tempore* dal lavoratore, posto che *“stante la previsione di una indennità risarcitoria stabilita ex lege tra una misura minima ed una misura massima, non incide sull’entità del risarcimento l’eventuale aliunde perceptum”⁶⁸*, qualche diversità applicativa è possibile individuarla nei criteri utilizzati per la liquidazione dell’indennità. L’art. 32 l. n. 183/2010 fa riferimento ai criteri stabiliti dall’art. 8 l. n. 604/66, e cioè: numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell’impresa, anzianità di servizio del prestatore di lavoro, comportamento e condizioni delle parti. Alcuni provvedimenti hanno interpretato estensivamente tali riferimenti normativi. Così l’eventuale sussistenza di una situazione di *mora accipiendi*, che nell’impostazione di una indennità sostitutiva non dovrebbe più rilevare a fini risarcitori, viene comunque valutata nell’ambito dei criteri liquidatori della stessa indennità. Secondo i giudici, infatti, *“va tenuto in considerazione l’eventuale messa in mora effettuata dal lavoratore e, più in generale, il tempo trascorso dalla fine dell’ultimo rapporto di lavoro a tempo determinato”⁶⁹*. Nello stesso senso sono stati valutati il numero dei contratti a termine stipulati dalle parti e l’eventuale situazione di precarietà collegata all’attesa di un ulteriore contratto a termine: *“l’attesa e la conseguente situazione di incertezza deve essere valutata in maniera proporzionale al numero dei contratti a termine stipulati tra le medesime parti ed al periodo complessivamente interessato dai contratti medesimi”⁷⁰*. Ma i criteri utilizzati sono già stati i più diversi. Così accanto al criterio normati-

⁶⁷ Trib. Milano 28.2.2011 n. 1118 (est. Lualdi), inedita.

⁶⁸ Trib. Milano 24.11.2010 n. 4909 (est. Tarantola), inedita.

⁶⁹ Trib. Roma 28.12.2010, cit.

⁷⁰ Trib. Milano 28.2.2011 (est. Lualdi), cit.

vo delle dimensioni aziendali dell'impresa è stato altresì valutato il "*patrimonio di cui la stessa dispone*"⁷¹. Ed è stato altresì ritenuto che "*il danno è ovviamente destinato ad essere valutato in misura minore quanto più ampia si è dimostrata l'inerzia del lavoratore che con tale comportamento ha evidentemente ed implicitamente dimostrato uno scarso interesse per la possibilità di ricostituire il rapporto di lavoro*"⁷². Infine, non mancano i provvedimenti che esplicitamente fanno espresso richiamo all'equità come criterio di calcolo dell'indennità.

Se, come sembra si possa allo stato affermare, assumiamo che l'interpretazione configurante l'indennità onnicomprensiva come sostitutiva del risarcimento dovuto al lavoratore si imponga come maggioritaria in giurisprudenza, emergono alcune ulteriori problematiche di natura processuale.

Innanzitutto appare più facilmente prospettabile un accertamento cautelare ai sensi dell'art. 700 cpc. L'indennità onnicomprensiva, e il rischio che i tempi lunghi del processo avrebbero effetto sostanzialmente solo nei confronti del lavoratore, riducendo il risarcimento ottenibile, renderebbe di per sé configurabile il *periculum in mora*, che l'attuale interpretazione giurisprudenziale non sempre riconosce in materia di contratto a tempo determinato.

In secondo luogo si pone il problema di stabilire il momento in cui il lavoratore, il cui rapporto sia stato riqualificato a tempo indeterminato, avrà diritto a ricevere la normale retribuzione, anche perché, al contrario di quanto avviene in materia di reintegrazione ex art. 18, la nuova norma nulla dice in relazione al periodo tra la pronuncia della sentenza e l'effettiva reintegrazione. Il riconoscimento di una sentenza di mero accertamento della nullità del termine con effetti *ex tunc*, che secondo le interpretazioni giurisprudenziali sopra richiamate non sembra essere stato messo in discussione dalla l. n. 183/2010, e una generale applicazione del principio "*circa l'inammissibilità della condanna in futuro come figura generale del nostro ordinamento*"⁷³ comporterebbe la logica conclusione di ritenere che l'indennità onnicomprensiva, in quanto eccezione ai principi della mora del creditore, copra il risarcimento del lavoratore solo fino al momento della pronuncia della sentenza. Da tale momento in poi dovrebbe ritenersi applicabile il generale principio civilistico della *mora accipiendi* del creditore, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, e la conseguente permanenza del datore di lavoro a versare la relativa retribuzione. D'altra parte, un'interpretazione che facesse riferimento alla effettiva reintegrazione, con ciò incentivando indirettamente il datore di lavoro a non ottemperare, appare, in mancanza di dati testuali di senso contrario, difficilmente proponibile.

⁷¹ Trib. Milano 18.3.2011 n. 1437 (est. Atanasio), inedita, in una causa in cui Poste italiane viene definita di "*notorie notevoli dimensioni*".

⁷² Trib. Milano 28.2.2011 (est. Lualdi), cit., in un caso in cui l'illegittimità del termine è stata sollevata a distanza di oltre due anni dalla scadenza del rapporto.

⁷³ C. Mandrioli, *Diritto processuale civile I*, Giappichelli, 2007, 75. L'autore richiama peraltro Cass. n. 5168/1998, secondo cui, anche nei rapporti di durata, la condanna può valere per il futuro solo se lo dispone espressamente.

La somministrazione di lavoro a termine

Nel cercare di compiere una prima panoramica di provvedimenti che hanno interpretato la norma relativa all'indennità di cui all'art. 32, 5° comma, l. n. 183/2010, appare utile riportare anche quelle sentenze, di cui si è a conoscenza, che hanno trattato della possibilità di applicare tale indennità al lavoro somministrato a termine.

Il collegato lavoro non interviene specificatamente su tale istituto, posto che il comma 5 che regola l'indennità si riferisce esplicitamente al contratto a tempo determinato e la somministrazione è richiamata solo dal 4° comma lett. d) dell'art. 32 che estende il nuovo termine di decadenza di 60+270 giorni *“in ogni altro caso in cui, compresa l'ipotesi prevista dall'articolo 27 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, si chieda la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto”*. Bisogna poi rammentare che ai sensi dell'art. 22 d.lgs. 276/2003 *“in caso di somministrazione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatore di lavoro è soggetto alla disciplina di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001 n. 368, per quanto compatibile, e in ogni caso con esclusione delle disposizioni dell'art. 5, commi 3 e seguenti”*. Oltretutto, la conversione del rapporto in capo all'utilizzatore è direttamente regolamentata dall'art. 27 del d.lgs. 276/2003 e secondo la giurisprudenza maggioritaria non trova applicazione la disciplina dell'art. 18 St. ma quella del risarcimento del danno di diritto comune. La possibilità di applicare o meno l'indennità omnicomprensiva anche nei casi in cui il giudice decida di convertire il rapporto di somministrazione a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in capo al soggetto utilizzatore dipenderà, quindi, dall'interpretazione che i giudici vorranno dare al comma 5° dell'art. 32 l. n. 183/2010 ed alla “compatibilità” tra l'indennità omnicomprensiva e il particolare istituto della somministrazione. Tale elevata alea interpretativa si è già manifestata tra i primi giudici che si sono trovati ad affrontare la questione.

Secondo un primo provvedimento del Tribunale di Milano⁷⁴ l'indennità omnicomprensiva sarebbe applicabile anche alla somministrazione a termine sulla base del fatto che risulterebbe incongruo sostenere l'applicazione della normativa del contratto a termine anche al contratto di somministrazione per poter fondare la sussistenza di un obbligo di indicazione formale e specifica della ragione appositiva del termine, e poi invece rifiutare la disciplina del contratto a termine per l'applicazione della sanzione. In questo caso, quindi, il giudice ritiene di poter analogicamente applicare la nuova indennità omnicomprensiva anche alla somministrazione a termine.

Non ritiene di poter ragionare in tal modo un altro interessante provvedimento sempre del Tribunale di Milano⁷⁵. Secondo il giudice l'art. 32, comma 5, l. n. 183/2010 *“non pare riferibile alla fattispecie di cui all'art. 27, co. 1, d.lgs. n. 276/2003, atteso*

⁷⁴ Trib. Milano 3.11.2010 (est. Di Leo), in *Glav* 2011, 9, 28.

⁷⁵ Trib. Milano 2.12.2010 n. 5058 (est. Visonà), inedita.

che il contratto di somministrazione (il contratto cd. commerciale tra utilizzatore e somministratore) ed il contratto di lavoro (il contratto tra somministratore e lavoratore), per quanto collegati, sono tra loro separati, e che l'art. 27, co. 1, prevede la costituzione di un nuovo rapporto di lavoro tra l'utilizzatore ed il lavoratore e non la sostituzione dell'utilizzatore al somministratore nel contratto di lavoro da questi stipulato con il lavoratore (nonostante in forza della previsione della seconda parte del co. 2 dell'art. 27 il contratto che si costituisce tra utilizzatore e lavoratore assuma i contenuti del contratto già stipulato da somministratore e lavoratore)". Il giudice perviene quindi a liquidare il risarcimento del danno secondo le normali regole civilistiche, con la condanna del pagamento della retribuzione globale di fatto maturata dalla data della messa in mora.

Merita di essere richiamato anche il recente e già citato provvedimento del Tribunale di Busto Arsizio che ritiene sì applicabile l'indennità omnicomprensiva anche al contratto di somministrazione a termine ma, in accordo con la propria linea interpretativa, solo come indennità aggiuntiva. Il giudice infatti, una volta dichiarata la nullità del termine apposto ai contratti di somministrazione a termine e la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con la società utilizzatrice, condanna quest'ultima "al pagamento delle retribuzioni maturate dalla costituzione in mora della società ex art. 1219 cod.civ. ... sino all'effettiva riammissione in servizio"⁷⁶, non liquidando peraltro l'indennità in parola per carenza della domanda attorea.

Le conseguenze previdenziali

Un ultimo cenno deve essere fatto alle conseguenze contributive collegate alla nuova struttura sanzionatoria riconducibile all'indennità omnicomprensiva, su cui è difficile poter trarre delle conclusioni ragionevolmente certe, vista la complessità della materia previdenziale e l'ancora discussa natura della stessa indennità omnicomprensiva. La legge n. 183/2010 nulla dice circa le conseguenze dell'obbligo del datore di lavoro relative ai contributi previdenziali. Sul piano dei principi previdenziali deve rammentarsi come, da un lato, il rapporto previdenziale sorga automaticamente per effetto della costituzione del corrispondente rapporto di lavoro subordinato, mentre, dall'altro, gli obblighi contributivi siano strettamente connessi agli emolumenti retributivi versati al lavoratore in relazione all'attività lavorativa prestata, con specifiche ed esplicite previsioni normative circa la configurabilità della contribuzione figurativa in specifici casi di sospensione del rapporto di lavoro.

Sul piano teorico sono tre le conseguenze ipotizzabili emerse nei primi commenti dottrinali, che in qualche modo prescindono dalla natura sostitutiva o aggiuntiva dell'indennità.

⁷⁶ Trib. Busto Arsizio 14.4.2011 cit.

La prima fa leva sulla “omnicomprensività” dell’indennità in parola che, in quanto tale, non potrebbe prevedere la possibilità di qualunque altro tipo di risarcimento⁷⁷. L’indennità, secondo tale prospettiva, sarebbe soggetta “*non già a oneri contributivi (atteso il riconoscimento ex lege della sua onnicomprensività), ma al solo prelievo fiscale, in termini non dissimili da quanto affermato dalla Suprema Corte di Cassazione con riferimento a tutte le erogazioni sostitutive del reddito*”⁷⁸.

Le altre due ipotesi ricostruttive riprendono un dibattito sviluppatosi in giurisprudenza in relazione ai contributi previdenziali dovuti al lavoratore reintegrato ai sensi dell’art. 18 St. prima della novella del 1990⁷⁹. Il contrasto tra chi riteneva configurabile una condanna al pagamento dei contributi previdenziali con riferimento solo al numero di mensilità di retribuzione oggetto della condanna risarcitoria⁸⁰ e chi sosteneva la permanenza in vita del rapporto assicurativo-previdenziale con l’obbligo al pagamento di tutti i contributi⁸¹, era stato infine composto dalla Sezione Unite che, facendo leva sulla continuità giuridica del rapporto di lavoro e sul diverso piano che assumerebbe la posizione previdenziale del lavoratore, ha statuito che “*l’obbligazione contributiva resta commisurata all’effettivo importo delle retribuzioni maturate e dovute nel periodo dal licenziamento alla data della sentenza di reintegrazione, anche se non coincidente con l’importo del danno liquidato in applicazione dei criteri di risarcimento fissati dalla norma in esame*”⁸². Il problema è ovviamente comprendere in che misura tali principi siano applicabili in materia di azione di nullità del termine.

Secondo una prima prospettazione, nel caso della legge n. 183/2010 “*è dovuta la regolarizzazione previdenziale, la quale deve essere rapportata al numero di mensilità di retribuzione riconosciute in concreto e non a tutto il periodo di vigenza giuridica del rapporto di lavoro*”⁸³. Non sarebbe infatti analogicamente applicabile il principio stabilito in materia di reintegrazione, né può essere richiamata quella giurisprudenza che ha già avuto modo di ritenere sussistente la permanenza dell’obbligo contributivo in caso di avvenuto accordo transattivo tra le parti⁸⁴. Andrebbe invece valorizzato l’inciso normativo che indica come retribuzione imponibile “*tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro in danaro o in natura, al lordo di qualsiasi ritenuta, in di-*

⁷⁷ Tale impostazione può assumere effettivo rilievo solo se si ritiene, come fa A. Vallebona cit., che si possa oggi parlare solo di conversione *ex nunc*; anche Trib. Trani 20.12.2010 cit. nella propria motivazione sembra assumere il mancato riconoscimento degli oneri contributivi, senza però sollevare una ulteriore questione in relazione all’art. 38 della Costituzione.

⁷⁸ Così F.M. Putaturo Donati, *Conversione del contratto a termine e forfetizzazione del risarcimento*, in *Mass.giur.lav.* 2011, 1/2, 24, che pure pare propendere per la tesi che collega la regolarizzazione previdenziale al numero di mensilità liquidate dal giudice.

⁷⁹ Con la novella di cui alla l. n. 108/1990 è la stessa norma a prevedere che il datore di lavoro sia tenuto “*al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali dal momento del licenziamento al momento dell’effettiva reintegrazione*”.

⁸⁰ Cass. n. 3905/2002.

⁸¹ Cass. n. 6095/1996.

⁸² Cass. SU n. 15143/2007.

⁸³ M. Tatarelli, *Le novità del collegato lavoro: clausole generali, certificazione, tipizzazioni di licenziamento, decadenze, indennità per il termine illegittimo*, in *Mass.giur.lav.* 2010, 12, 885.

⁸⁴ Cass. n. 6901/2009.

pendenza del rapporto di lavoro⁸⁵, il che comporterebbe la necessità di uno stretto legame tra obbligo contributivo e *quantum* risarcitorio ottenuto dal lavoratore. Sulla base di tale ricostruzione, quindi, il lavoratore potrebbe ottenere il riconoscimento dei contributi solo per le mensilità effettivamente liquidate dal giudice.

Una diversa interpretazione fa invece leva proprio sulla ricostruzione operata dalle Sezioni unite in materia di reintegrazione prima delle modifiche apportate dalla l. n. 108/1990, sostenendo che anche in materia di contratto a tempo determinato “il datore sia tenuto al versamento dei contributi calcolati su tutte le somme che avrebbe dovuto corrispondere se il rapporto non fosse stato illegittimamente interrotto”⁸⁶. Tale opzione interpretativa, che fa sostanzialmente leva sulla ricostituzione *ex tunc* del rapporto, sul principio della costituzione *ope legis* del rapporto assicurativo obbligatorio per il quale “assume rilevanza il momento genetico del rapporto di lavoro”⁸⁷, e sull’autonomia del rapporto previdenziale, è stata già implicitamente applicata dalla Suprema Corte. Si trattava di un caso in cui il Supremo collegio ha ritenuto che il datore di lavoro che non abbia provveduto ai versamenti contributivi come conseguenza della nullità del termine di durata resti responsabile esclusivo, ai sensi dell’art. 23 l. n. 218/1952, senza la possibilità di trattenere la parte di contribuzione di competenza del lavoratore⁸⁸. Tale impostazione, certamente la più favorevole per il lavoratore, permetterebbe quindi di riconoscere a fini contributivi tutto il periodo trascorso dal momento della ricostituzione del rapporto ad opera del giudice fino all’effettiva reintegrazione.

In tale incertezza interpretativa deve altresì osservarsi come proprio dalle affermazioni delle Sezioni Unite in materia di reintegrazione potrebbe emergere una ulteriore ricostruzione interpretativa in materia di contratto a tempo determinato. Secondo Cass. SU n. 15143/2007, infatti, nel rapporto previdenziale “la retribuzione deve considerarsi dovuta (con conseguente obbligo di contribuzione del datore di lavoro) in tutte le ipotesi in cui il rapporto di lavoro sia in atto *de iure*, con esclusione dei casi in cui la prestazione lavorativa non viene resa per fatto imputabile al dipendente o per sospensione concordata, mentre in presenza di determinati eventi che impediscono la prestazione lavorativa non vi è obbligo di contribuzione ma il periodo è ugualmente coperto da contribuzione figurativa a carico della collettività, per esigenze generali di tutela”. Ebbene, se anche si accetta la prospettiva di una totale autonomia del rapporto previdenziale rispetto al risarcimento ottenuto, con una sostanziale ricostruzione virtuale a soli fini contributivi della retribuzione teoricamente dovuta al lavoratore, in materia di lavoro a tempo determinato potrebbe richiamarsi l’interpretazione fin qui emersa nella giurisprudenza maggioritaria che vincola l’obbligo retributivo al momen-

⁸⁵ Art. 1 d.lgt. n. 692/1945 come sostituito dapprima dall’art. 12 l. n. 153/1969 e successivamente dall’art. 6 d.lgs. 314/1997.

⁸⁶ G. Ianniruberto, *Il contratto a termine dopo la legge 4 novembre 2010 n. 183*, in *Mass.giur.lav.* 2011, 1/2, 21.

⁸⁷ Cass. n. 6069/1994.

⁸⁸ Cass. n. 6448/2009.

to della sussistenza di una situazione di *mora accipiendi* del datore di lavoro⁸⁹. In tal caso si potrebbe configurare l'ipotesi che anche successivamente alla l. n. 183/2010 sia necessario per il lavoratore provvedere alla messa in mora del datore di lavoro. Non più a fini risarcitori, posto che l'indennità omnicomprensiva viene liquidata a prescindere dalla *mora credendi*, ma per far partire il momento da cui calcolare, sulla base di una ricostruzione virtuale delle retribuzioni dovute al lavoratore, i contributi previdenziali dovuti (integralmente) dal datore di lavoro.

⁸⁹ Per poter configurare una tale ipotesi bisognerebbe comprendere se nel periodo in cui le retribuzioni non sono dovute in base al generale principio di corrispettività, secondo la consolidata interpretazione giurisprudenziale, si possa configurare un fatto imputabile al dipendente ovvero una sospensione concordata (ancorché per fatti concludenti) secondo la prospettiva delle Sezioni Unite.

Una giurisprudenza creativa: il contratto a termine nel pubblico impiego e il regime sanzionatorio

di ANNA FENOGLIO

Il dibattito giurisprudenziale intorno all'art. 36, [d.lgs. n. 165/2001](#) è più che mai vivace: sottoposto più volte al giudizio della Corte di giustizia, il particolare regime sanzionatorio previsto dalla legge italiana per i casi di illegittima apposizione del termine a contratti stipulati dalla pubblica amministrazione è stato fatto salvo dai giudici di Lussemburgo in maniera "condizionata": spetta alla giurisprudenza nazionale il compito di valutarne il carattere proporzionato, effettivo e dissuasivo. Il contributo che segue analizza le pronunce maggiormente significative degli ultimi anni, tra le quali alcune recentissime sentenze che hanno avuto ampio riscontro mediatico per essere giunte a stabilire il diritto del lavoratore precario pubblico alla conversione del rapporto a tempo indeterminato.

Il regime sanzionatorio: breve excursus nella giurisprudenza della Corte di giustizia....

Nonostante la disciplina del lavoro a termine nel pubblico impiego abbia subito nel corso del tempo numerosi rimaneggiamenti, c'è un aspetto dell'art. 36 del d.lgs. n. [165/2001](#) che è passato indenne alle modifiche apportate dal legislatore: si tratta, com'è noto, del regime sanzionatorio.

Confermando un tradizionale orientamento normativo, il legislatore ha infatti mantenuto ferma nel pubblico impiego la macroscopica differenza esistente rispetto all'apparato sanzionatorio applicabile nel settore privato in caso di illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro: già nel vigore della legge n. 230/1962, la giurisprudenza amministrativa – al fine di evitare l'elusione del principio costituzionale dell'accesso al pubblico impiego mediante concorso – aveva escluso la possibilità di convertire il rapporto a termine illegittimo instaurato con la pubblica amministrazione in un contratto di lavoro a tempo indeterminato⁹⁰; tale impostazione, successivamente recepita dai d.lgs. nn. [80/1998](#) e [165/2001](#), è stata mantenuta ferma anche dalla Finanziaria per il 2008, nonché – più recentemente ancora – dal d.l. n. [112/2008](#) e dal d.l. n. 78/2009, che sono intervenuti da ultimo sulla materia ribadendo che «*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*»⁹¹. Nonostante le numerose discussioni dottrinali e giurisprudenziali sorte in passato a causa dell'impossibilità di appli-

⁹⁰ Cons. Stato, decisioni 1, 2, 5, 6/1992, in *Cons. St.*, 1992, I, pp. 133 e ss. e 341 e ss.; Cons. Stato, Sez. V, 5 maggio 1993, n. 541, in *Cons. St.*, 1993, p. 663. V. anche Corte Cost. 3 marzo 1986, n. 40, in *RGL*, 1987, II, p. 366.

⁹¹ Art. 36, comma 5, come modificato dall'art. 49 d.l. n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008. Il d.l. n. 78/2009 (convertito in l. n. 102/2009) ha successivamente apportato ulteriori modifiche all'art. 36, lasciando invariato il quinto comma. Sui vari rimaneggiamenti subiti nel corso del tempo dall'art. 36 sia consentito rinviare a A. Fenoglio, *Il lavoro a termine di nuovo nell'occhio del ciclone: osservazioni sulla legge 3 agosto 2009, n. 102*, in *RGL*, 2010, I, p. 175 ss.

care nel settore pubblico la sanzione della conversione legale, il legislatore più recente ha dunque scelto di continuare a riconoscere al lavoratore soltanto il «*diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative*»⁹².

Benché possano ormai dirsi accantonati i dubbi di legittimità costituzionale⁹³, il particolare regime sanzionatorio operante nel pubblico impiego continua ancora oggi a destare alcune perplessità relativamente alla compatibilità con la direttiva europea 99/70.

La questione, infatti, non può dirsi risolta del tutto neppure dopo le note sentenze *Vassallo e Marrosu*⁹⁴, con le quali la Corte di Giustizia ha promosso solo *prima facie* il regime sanzionatorio disposto in caso di inosservanza delle regole: secondo la Corte di Lussemburgo – che ha successivamente confermato la sua giurisprudenza con la sentenza *Angelidaki* e con le ordinanze *Vassilakis* e *Affatato*⁹⁵ – nel settore pubblico l'abuso nell'utilizzo dei contratti a termine può essere colpito con una sanzione diversa dalla conversione in rapporti di lavoro a tempo indeterminato a condizione che la misura prevista «presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela dei lavoratori al fine di sanzionare debitamente tale abuso ed eliminare le conseguenze della violazione del diritto comunitario»⁹⁶. Spetta, dunque, al giudice nazionale verificare se una normativa che escluda in radice la costituzione di rapporti a tempo indeterminato – come quella delineata dal legislatore italiano – sia in grado di garantire ai pubblici dipendenti una tutela effettiva dall'utilizzo indiscriminato di contratti di lavoro precari⁹⁷ o se invece l'efficacia dissuasiva di questa sia pari al «ruggito del topo»⁹⁸.

... e nella giurisprudenza interna

La legittimità del regime sanzionatorio delineato dall'art. 36 dipende dunque dal carattere «proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo»⁹⁹ del risarcimento previsto: in assenza di un criterio di quantificazione del danno, la conformità

⁹² Art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001.

⁹³ Con la sentenza Corte Cost. 27 marzo 2003, n. 89, in *FI*, 2003, I, c. 2258, sono stati infatti respinti i dubbi di legittimità costituzionale sollevati dal Tribunale di Pisa, secondo il quale il particolare regime sanzionatorio operante nel pubblico impiego si sarebbe posto in contrasto con l'art. 3 Cost.

⁹⁴ Corte di giustizia 7 settembre 2006, causa C-180/04, *Andrea Vassallo*, in *Racc.*, 2006, p. 7251 ss.; Corte di giustizia 7 agosto 2006, causa C-53/04, *Marrosu e Sardino*, in *Racc.*, 2006, p. 7213 e ss. Sulla giurisprudenza della Corte di giustizia v. F. Scarpelli, *Pubblica amministrazione, abuso di contratti a termine e risarcimento effettivo dovuto*, in *NInf.*, 2006, n. 37, p. 97.

⁹⁵ Corte di giustizia 23 aprile 2009, cause riunite C-378/07, C-379/07 e C-380/07, *Angelidaki*, in *Racc.*, 2009, p. 3071; Corte di giustizia 12 giugno 2008, causa C-364/07, ordinanza *Vassilakis*, in *Racc.*, 2008, p. 90; Corte di giustizia 1° ottobre 2010, causa C-3/2010, ordinanza *Affatato*, non ancora pubblicata in *Racc.* Sul punto v. però anche Corte di giustizia 24 aprile 2009, C-529/08, ordinanza *Koukou*, in *Racc.*, 2009, p. 65.

⁹⁶ Sentenza *Vassallo*, punto 38; sentenza *Marrosu*, punto 53. V. anche Corte di giustizia 4 luglio 2006, C-212/04, *Ade-neler*, in *Racc.*, 2006, p. 6057, punto 102.

⁹⁷ Corte di giustizia, *Marrosu*, cit., punto 49; *Vassallo*, cit., punto 38; ordinanza *Affatato*, cit., punto 60.

⁹⁸ B. Caruso, *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, in *LPA*, 2008, p. 479.

⁹⁹ Corte di giustizia, ordinanza *Affatato*, cit., punto 45.

di tale misura nazionale alla direttiva europea appare tuttavia profondamente incerta, e proprio a tale incertezza ha cercato di rispondere la giurisprudenza interna formulando una pluralità di soluzioni interpretative molto diverse fra loro¹⁰⁰.

In alcuni casi, il danno da risarcire è stato ricondotto all'illecito extracontrattuale¹⁰¹: una simile qualificazione determina tuttavia insidie evidenti, poiché fa gravare sul lavoratore l'onere di provare la violazione in cui è incorsa l'amministrazione, il danno in concreto subito ed il nesso causale che lega violazione e danno. Viceversa, il lavoratore è sollevato da tali gravosi oneri probatori qualora il giudice – nel quantificare il danno – mutui il meccanismo previsto nei confronti dei licenziamenti illegittimi¹⁰²: secondo un ampio filone giurisprudenziale, l'indennità sostitutiva della reintegrazione (pari a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto) prevista dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori costituirebbe infatti un «indice legislativo di quantificazione del «valore» di un posto di lavoro»¹⁰³, applicabile in via analogica al fine di valutare la misura del danno derivante dalla stipulazione di un contratto a termine illegittimo.

Sono state però proposte anche altre soluzioni: in alcuni casi, nel quantificare il danno i giudici hanno ritenuto opportuno fare riferimento al tempo medio necessario per ricercare una nuova occupazione stabile, tenuto conto dell'area geografica, dell'età, del sesso e del titolo di studio del ricorrente¹⁰⁴; altri hanno cercato di procedere ad una «valutazione in concreto» del danno patito, tenendo conto del «dispiegarsi del rapporto e degli accadimenti successivi alla sua interruzione», condannando pertanto l'amministrazione a risarcire il danno in una misura pari alle retribuzioni spettanti dalla data della messa in mora alla data della sentenza¹⁰⁵; altri ancora hanno invece fat-

¹⁰⁰ Per un'analisi della giurisprudenza in materia v. M. Aimo, *Il contratto a tempo determinato riformato: le scelte compiute e le implicazioni possibili*, in *LD*, 2008, p. 470 ss.; cfr. anche G. Polizzi, *Abuso di contratti a termine nel pubblico impiego: i criteri del risarcimento del danno*, in *NInf.*, 2007, n. 39, p. 39 ss.

¹⁰¹ Trib. Foggia, 6 novembre 2006, in *RIDL*, 2007, II, p. 912, che ha quantificato il risarcimento secondo i criteri del danno emergente e del lucro cessante; Trib. Trapani 2 dicembre 2008, in *GM*, p. 1278. V. anche Trib. Napoli, 24 gennaio 2007, inedita.

¹⁰² V. Trib. Genova, 5 aprile 2007, in *RIDL*, 2007, p. 907, successivamente confermata da C. App. Genova, 9 gennaio 2009, in *RIDL*, 2010, II, p. 133; Trib. Genova, 14 maggio 2007, in *FI*, 2007, I, c. 2258 e ss. e la successiva sentenza C. App. Genova, 9 gennaio 2009, in *RIDL*, II, p. 133 (si tratta delle sentenze di primo e secondo grado emesse all'esito del procedimento nell'ambito del quale era stata sollevata una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia, risolta con la citata sentenza *Marrosu e Sardino*); Trib. Latina, 27 novembre 2007, n. 3324, inedita; Trib. Genova, 14 dicembre 2006, in *DLM*, 2007, p. 131; Trib. Napoli, 25 febbraio 2008, n. 6161, inedita; Trib. Genova, 25 marzo 2011, inedita. All'interno di tale ampio filone va segnalata anche Trib. Foggia, 5 novembre 2009, in *D&L*, 2010, p. 453, che si distingue dalle altre pronunce per non aver dedotto dalla somma da risarcire l'*aliunde perceptum*.

¹⁰³ P. Saracini, *I contratti di lavoro a termine nella prospettiva europea: l'adeguatezza dell'apparato sanzionatorio nelle pubbliche amministrazioni*, in <http://www.europeanrights.eu>, 2008.

¹⁰⁴ Trib. Rossano Calabro, 4 giugno 2007, in *FI*, 2007, I, c. 2589. Tale soluzione è stata però bocciata in secondo grado, ove per la quantificazione del danno è stato applicato il criterio assunto dall'art. 8, l. 604/1966, che prevede il pagamento di una indennità in una misura che può variare da 2,5 a 6 mensilità: v. C. App. Catanzaro, 1 aprile 2010, in *FI*, 2010, I, c. 1931.

¹⁰⁵ Trib. Trapani, 30 gennaio 2007, in *LPA*, 2007, p. 1154. In senso simile v. [Trib. Milano, 14 gennaio 2011, n. 147](#), inedita, nella quale il giudice ha quantificato il danno tenendo conto del lasso di tempo intercorrente dal momento della contestazione della legittimità del termine sino a quando tale stato di disoccupazione deve essere ricondotto alla libera scelta del ricorrente. Tale pronuncia merita di essere segnalata anche per un'altra ragione: dando piena applicazione all'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 – che prevede l'obbligo per le amministrazioni di «recuperare le somme

to riferimento alla differenza tra quanto percepito dal lavoratore e quanto gli sarebbe spettato se, nel medesimo periodo, fosse stato assunto a tempo indeterminato¹⁰⁶; non è inoltre mancato chi ha condannato la pubblica amministrazione al risarcimento del danno nella misura dell'«integrale trattamento retributivo contrattuale e contributivo non erogato nei periodi di intervallo tra i contratti a tempo determinato»¹⁰⁷. Secondo un recente orientamento¹⁰⁸, infine, un utile parametro di quantificazione del danno potrebbe essere rintracciato nell'art. 32, comma 5, della l. n. 183/2010, secondo cui «*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*».

Le interpretazioni con cui la giurisprudenza ha cercato di superare i limiti dell'articolo 36 sono dunque molte e di vario genere; benché lo sforzo con cui i vari interpreti hanno cercato di garantire ai lavoratori pubblici un'effettiva tutela sia apprezzabile, la molteplicità di soluzioni proposte non permette tuttavia di accantonare definitivamente i dubbi di incompatibilità della normativa italiana con la direttiva europea. Nella confusione ingenerata da questo *surplus* di proposte giurisprudenziali non si deve infatti perdere di vista l'unico punto fermo: in assenza di un criterio certo e predeterminato con cui quantificare in misura adeguata il danno da risarcire, la conformità alla direttiva europea dell'articolo 36 non può definirsi un elemento acquisito, ma deve essere sottoposta «a puntuale verifica»¹⁰⁹.

Di fronte ad una simile incertezza interpretativa in ordine alla portata effettiva della sanzione risarcitoria, sarebbe perciò opportuna l'introduzione in sede legislativa di un criterio certo con il quale quantificare il risarcimento spettante al lavoratore, così da garantire l'effettività e l'adeguatezza della sanzione; ancora più auspicabile, peraltro, sarebbe l'estensione al settore pubblico dell'operatività della conversione legale, così come del resto è stato proposto da due progetti di legge avanzati nel corso della XV legislatura e subito accantonati¹¹⁰. Una riforma di tal genere, infatti, garantirebbe un'effettiva tutela ai lavoratori a termine, senza per questo violare la regola costituzionale dell'accesso alla pubblica amministrazione mediante concorso, tenuto conto del fatto che l'articolo 97 della Costituzione prevede espressamente la possibilità per il legislatore ordinario di derogare al principio della concorsualità.

Del resto, oggi questa deroga non sarebbe in realtà neppure necessaria, poiché la

pagate a [...] titolo [di risarcimento del danno] nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave» – il giudice ha ordinato la trasmissione della sentenza alla Procura Regionale della Corte dei Conti, per le valutazioni di competenza circa la sussistenza di eventuali responsabilità per danno erariale.

¹⁰⁶ Trib. Milano, 12 gennaio 2007, in *D&L*, 2007, p. 182. Trib. Milano, 22 giugno 2010, n. 2836, inedita: a tal fine, il giudice ha tenuto conto di tutti gli istituti retributivi, ivi compresa l'incidenza sul trattamento di fine rapporto.

¹⁰⁷ Trib. Catania, 6 dicembre 2006, in *LPA*, 2007, p. 1154.

¹⁰⁸ Trib. Treviso, 28 gennaio 2011, inedita.

¹⁰⁹ Trib. Rossano Calabro, 4 giugno 2007, cit.

¹¹⁰ V. il disegno di legge Di Salvo, n. C-2796, XV legislatura, presentato il 18 giugno 2007 e la proposta Salvi, n. S-927, depositata il 3 agosto 2006.

nuova versione del secondo comma dell'articolo 36 del Testo Unico sul pubblico impiego stabilisce che *anche* le assunzioni a termine debbano essere effettuate nel rispetto delle procedure di reclutamento previste dall'articolo 35¹¹¹: dal momento che le assunzioni – indipendentemente dal loro carattere temporaneo o meno – devono essere sempre precedute dallo svolgimento di un concorso¹¹², la necessità di rispettare l'articolo 97 cost. non può più essere invocata per giustificare la mancata estensione al settore pubblico della conversione legale. Ove dovesse operare una simile sanzione, infatti, il principio dell'imparzialità della pubblica amministrazione non risulterebbe affatto lesa: la procedura selettiva realizzata prima della costituzione del rapporto flessibile – sebbene sia forse più agile e rapida rispetto a quella che generalmente precede un'assunzione a tempo indeterminato – garantirebbe comunque un'effettiva selezione meritocratica, salvaguardando così il principio costituzionale dell'imparzialità¹¹³.

La svolta: la disapplicazione dell'art. 36 del T.U. sul pubblico impiego

Del medesimo avviso pare essere anche il [Tribunale di Siena](#) che – con due recenti pronunce – ha fatto proprio tale ragionamento: sulla base del presupposto che oggi «la mancata estensione al settore pubblico della conversione legale non può trovare [...] giustificazione [...] nell'art. 97 cost.»¹¹⁴, il giudice toscano si è spinto fin dove ancora nessuno aveva osato avventurarsi, dichiarando la nullità parziale dei contratti a termine impugnati e convertendoli in rapporti di lavoro a tempo indeterminato.

La decisione del giudice è sorretta da tre nuclei argomentativi diversi. Del tutto privo di fondamento pare essere quello che presume l'abrogazione dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 ad opera dell'art. 11 del d.lgs. n. 368/2001¹¹⁵: a prescindere dal carattere di specialità ricoperto dalla norma operante nel pubblico impiego, tale tesi non fa i conti con i vari interventi normativi con cui il legislatore, successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 368, ha più volte confermato l'operatività del particolare regime sanzionatorio previsto per il pubblico impiego. Maggiormente interessante è la seconda motivazione addotta dal Tribunale di Siena: poiché l'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165 affida ai contratti collettivi nazionali il compito di «disciplinare la materia dei con-

¹¹¹ Art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, così come modificato dal d.l. n. 112/2008; tale inciso è stato mantenuto fermo anche dal successivo d.l. n. 78/2009.

¹¹² Tranne nel caso in cui il lavoratore sia assunto per ricoprire «qualifiche e profili per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo, facendo salvi gli eventuali ulteriori requisiti per specifiche professionalità» (art. 35, comma 1, lett. b).

¹¹³ Per una più approfondita riflessione su tale questione v. A. Fenoglio, *Il contratto a tempo determinato nel pubblico impiego: luci e ombre della recente riforma legislativa*, in *LD*, 2009, p. 290 ss. Sul punto v. anche E. Menegatti (2004), *Il contratto a termine nel lavoro pubblico: specialità, peculiarità, ambiguità*, in *GI*, p. 2905.

¹¹⁴ [Trib. Siena, 27 settembre 2010](#), in *LG*, 2010, p. 1107, con nota di V. De Michele. V. anche [Trib Siena 13 dicembre 2010](#), inedita.

¹¹⁵ Tale articolo abroga tutte le disposizioni di legge incompatibili e non espressamente richiamate dal testo normativo.

tratti a tempo determinato» e il contratto collettivo del comparto interessato stabilisce che «il rapporto di lavoro a tempo determinato può trasformarsi in rapporto di lavoro a tempo indeterminato per effetto di specifiche disposizioni normative» (art. 40, Ccnl per il comparto scuola 2006/2009), il giudice ha ritenuto di poter applicare nel caso di specie la sanzione della conversione. Anche quest'interpretazione desta tuttavia qualche perplessità: oltre al fatto che – come rilevato dallo stesso giudice – l'accordo collettivo citato non allude direttamente alla problematica della conversione legale, non è infatti chiaro quali siano «le specifiche disposizioni normative» che permetterebbero l'operatività di tale sanzione.

Ad ogni modo, è sul terzo nucleo argomentativo che occorre soffermarsi maggiormente, dal momento che quest'ultima interpretazione – se fondata – avrebbe un effetto ancora più dirompente, che potrebbe estendersi all'intero pubblico impiego. Dopo aver esaminato le varie vie percorse dalla giurisprudenza nel tentativo di quantificare il risarcimento del danno previsto dall'art. 36, il giudice è giunto alla conclusione che tutte le soluzioni proposte siano «ampiamente compromissorie, opinabili, del tutto incerte, tali da porre in dubbio, anzitutto, il momento della "effettività"» della sanzione: nella perdurante assenza di un criterio certo e predeterminato con cui quantificare il danno, l'art. 36 risulta così essere «inadeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di contratti o di rapporti a tempo determinato successivi».

Il giudice ha pertanto ritenuto necessario procedere «ad un deciso ripensamento della materia», disapplicando la norma speciale operante nel pubblico impiego perché «debole e pertanto non conforme al diritto comunitario»: non essendo possibile fornire un'interpretazione conforme del diritto interno alla luce della direttiva dell'Unione europea – che impone agli Stati membri di adottare misure aventi carattere proporzionato, effettivo e dissuasivo¹¹⁶ con cui sanzionare l'utilizzo illegittimo di contratti a tempo determinato –, il giudice ha dunque dato applicazione diretta al principio di non discriminazione tra lavoratore a termine e lavoratore a tempo indeterminato contenuto nella direttiva¹¹⁷. Tale principio investe tutte le condizioni del rapporto di lavoro e quindi anche la vicenda estintiva: a tal proposito, il giudice ha richiamato l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – alla quale il Trattato di Lisbona ha riconosciuto lo «stesso valore giuridico dei trattati»¹¹⁸ – secondo cui «ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato». Sulla base della convinzione che «la scadenza del termine, illegittimamente apposto, non [sia] altro che un licenziamento programmato privo di giustificazione causale», il Tribunale di Siena ha dunque ritenuto di dover garantire la «tutelabilità in forma specifica del diritto del lavoratore a fronte di una vicenda risolutiva illegittima del rapporto».

¹¹⁶ Corte di giustizia, sentenze *Affatato*, cit., punto 45; *Vassallo*, cit., punto 36, *Marrosu*, cit., punto 51; *Angelidaki*, cit., punto 158.

¹¹⁷ Sancito dalla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato recepito nella direttiva 99/70.

¹¹⁸ Art. 6.1 del Trattato sull'Unione europea entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

Se l'intento perseguito è apprezzabile, non mancano però le perplessità: benché infatti la Corte di giustizia abbia chiarito che il principio di non discriminazione contenuto nella direttiva sul lavoro a termine «appare [...] sufficientemente preciso affinché possa essere invocato da un singolo ed applicato dal giudice»¹¹⁹, pare tuttavia difficile equiparare la situazione in cui si viene a trovare il lavoratore assunto illegittimamente a termine alla scadenza del contratto con la condizione in cui si ritrova un dipendente assunto a tempo indeterminato ed ingiustamente licenziato. L'orientamento giurisprudenziale maggioritario esclude infatti «qualsiasi profilo di interferenza fra la disciplina della cessazione del rapporto a seguito della scadenza di un termine (poi riconosciuto illegittimo) e quella dei licenziamenti»¹²⁰. Inoltre, non si può non notare che l'equiparazione tra lavoratori a termine e a tempo indeterminato proposta dal Tribunale di Siena non è portata alle sue logiche conseguenze, dal momento che il giudice ha risolto la controversia dando applicazione all'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001 (che sanziona l'utilizzo abusivo di contratti a termine nel settore privato) e non – come sarebbe stato maggiormente coerente – all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori che, com'è noto, fornisce una tutela reale ai lavoratori a tempo indeterminato illegittimamente licenziati.

Benché al Tribunale di Siena vada riconosciuto il merito di aver provato a garantire una migliore tutela ai dipendenti pubblici rispondendo alle sollecitazioni dei giudici dell'Unione europea, le due sentenze qui commentate presentano dunque numerose criticità, che sono peraltro incrementate dalla sovrabbondanza di motivazioni addotte: lungi dal costituire un punto di forza delle due pronunce, l'utilizzo di vari nuclei argomentativi – a volte fra loro in contraddizione – contribuisce infatti ad aumentare le perplessità.

Ad ogni modo, al tribunale di Siena (e a quello di Livorno¹²¹, che ha immediatamente adottato la medesima linea interpretativa) resta il merito di aver cercato di accogliere l'invito della Corte di giustizia a prendere «in considerazione il diritto interno nel suo insieme» e ad applicare «i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva [...] e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultima»¹²². Si è così provato ad aprire la porta all'operatività della conversione sanzionatoria nel pubblico impiego, porta che continua però ad essere tenuta ben chiusa dalla Cassazione, secondo cui «una domanda, relativa ad un rapporto di lavoro con una amministrazione pubblica, volta ad ottenere la conversione del rapporto a tempo determinato in rapporto a tempo inde-

¹¹⁹ Corte di giustizia 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact*, in *Racc.*, 2008, p. 2483, punto 60.

¹²⁰ M. Roccella, *I rapporti di lavoro a termine*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 208. V., in particolare, Cass., S.U., 6 luglio 1991, n. 7471, in *MGL*, 1991, p. 523 ss.; Cass., S.U., 8 ottobre 2002, n. 14381, in *D&L*, 2002, p. 891 ss. *Contra* solo Cass., 15 dicembre 1997, n. 12665, in *RIDL*, 1998, II, p. 546 ss.

¹²¹ Trib. Livorno, 26 novembre 2010, inedita.

¹²² Corte di giustizia, *Angelidaki*, cit., punto 200.

terminato, non può trovare accoglimento»¹²³: occorrerà dunque attendere i gradi superiori di giudizio ed eventuali altre pronunce in materia per sapere se le sentenze qui esaminate abbiano davvero dato l'avvio ad una «rivoluzione nel diritto nazionale»¹²⁴ o se, invece, rappresentino soltanto un *ballon d'essai*.

¹²³ Cass. 15 giugno 2010, n. 14350, in *LPA*, 2010, p. 708.

¹²⁴ Trib. Livorno, 26 novembre 2010, cit.

Telecamere di sorveglianza, controlli a distanza e “controlli difensivi”

Cassazione civile, sez. lav., [sent. n. 2117 del 28 gennaio 2011](#)

Commento di **STEFANO PEDRONI**

La sentenza della Corte di Cassazione [qui segnalata](#) si inserisce nel filone di pronunce inerenti al controllo a distanza dei lavoratori (nel caso specifico la videosorveglianza) e alla disciplina dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, su cui si è ampiamente dibattuto e da cui sono scaturiti diversi contenziosi, soprattutto sulla legittimità dei cosiddetti “controlli difensivi” e sul valore probatorio delle registrazioni audiovisive (sul tema v. già di recente i contributi in Note Informative, n. 48/2010 e n. 50/2011)

La sentenza che si segnala si inserisce nel filone di pronunce della Corte di Cassazione in tema di controllo a distanza dei lavoratori e di utilizzo di strumenti atti a perseguire questo tipo di controllo.

Per dovere di precisione va detto che i motivi d'interesse della sentenza non vertono esclusivamente sulla tematica in esame, ma abbracciano anche altre problematiche, quali l'efficacia probatoria delle riproduzioni meccaniche di cui all'articolo 2712 codice civile, che fa perdere alle stesse la loro qualità di prova.

Nella fattispecie della sentenza in esame, la Corte ha confermato la legittimità del licenziamento di alcuni vigilantes, che si erano introdotti, durante il loro turno di lavoro, nei locali di una società per cui prestavano il servizio di sorveglianza, senza che ricorressero i presupposti di urgenza, di necessità e di forza maggiore e senza autorizzazione alcuna. L'intrusione era stata registrata da alcune telecamere poste nell'ufficio per proteggere gli effetti personali del titolare dell'azienda e la documentazione ivi custodita.

Nella pronuncia in questione la Cassazione ha confermato, in parte, la sentenza della Corte di Appello di Torino che rigettava il capo della domanda proposto dai alcuni lavoratori nei confronti del datore di lavoro, avente ad oggetto l'impugnazione del licenziamento loro intimato per il fatto di essersi introdotti, durante il turno di servizio quali sorveglianti, all'interno degli uffici del personale della TNT senza autorizzazione o necessità di forza maggiore e/o esigenza d'interventi urgenti.

I lavoratori contestavano la violazione della disposizione dell'art. 4 della Legge 20 maggio 1970 relativamente al fatto che “non si è considerato necessario un preventivo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali per l'installazione di impianti audiovisivi finalizzati a controllare a distanza anche l'attività dei lavoratori, sia nel caso che il controllo riguardi il lavoro di dipendenti diretti dell'azienda sia che il controllo riguardi il lavoro, svolto in favore della azienda nei locali della stessa, da dipendenti di una società terza in esecuzione di un'attività appaltata alla stessa”. Alla luce di questa puntualizzazione i vigilantes richiedevano che venisse dichiarata l'illiceità

dell'installazione nonché la totale mancanza di valore probatorio del materiale conseguito a seguito di tale violazione.

A fondamento della sentenza di merito, in relazione all'impugnazione del licenziamento, la Corte "poneva a base del *decisum*, (e) il rilievo che le riprese effettuate con la videocamera posta nell'ufficio della TNT non confliggeva con la disposizione di cui alla L. n. 300 del 1970, art. 4, in quanto la videocamera era stata installata da un soggetto, non datore di lavoro, a cui tale ufficio era riservato per evidenti finalità di tutela dei propri effetti personali e della documentazione aziendale ivi esistente, e la considerazione che il disconoscimento dei filmati era avvenuto in modo del tutto generico non idoneo come tale a produrre gli effetti di cui all'art. 2712 c.c."

La Suprema Corte pertanto ha rigettato il ricorso dei lavoratori, precisando che "la ripresa audiovisiva è avvenuta, come accertato nella sentenza impugnata, non nei locali aziendali di pertinenza del datore di lavoro degli attuali ricorrenti, bensì presso un ufficio interno di una diversa società presso la quale veniva svolto dai ricorrenti un servizio di sorveglianza". Viene fatto notare, inoltre, che "l'impianto audiovisivo di cui trattasi è stato posto in essere da un soggetto non datore di lavoro degli attuali ricorrenti e del tutto estraneo al personale dipendente della società attuale resistente e per finalità essenzialmente 'difensive' del proprio ufficio e della documentazione ivi custodita".

In ragione di questo stato di cose, cioè l'estraneità del soggetto che ha effettuato l'installazione dell'impianto di sorveglianza e, soprattutto, le finalità dello stesso, appariva infondato e pertanto escludibile il riferimento al controllo a distanza ex art. 4 St. lav. Nella specificità di questo caso non è infatti ravvisabile la violazione del secondo comma della norma statutaria che prevede l'adempimento di una procedura codeterminativa qualora si vogliano installare degli impianti o apparecchiature da cui può scaturire un controllo a distanza dell'attività lavorativa.

Sono, quindi, due i motivi fondanti dell'impossibilità della violazione della disciplina statutaria: da una parte il fatto che l'installazione dell'apparecchiatura di controllo è avvenuta ad opera di un soggetto terzo, dipendente da un'altra impresa, rispetto alla società in cui prestavano opera i richiedenti. Inoltre i mezzi di videosorveglianza erano collocati all'interno di un edificio non facente parte della struttura organizzativa del datore di lavoro dei vigilantes.

Dall'altra parte, comunque, il secondo motivo fondante risiede nel fatto che tale controllo fosse perpetrato per esclusive finalità difensive. A questo proposito è importante aprire una parentesi relativa ai cosiddetti "controlli difensivi".

Nella direzione del rispetto della libertà e dignità del prestatore di lavoro, sancita dal Titolo I dello Statuto dei lavoratori, e nell'osservanza di alcuni principi fondamentali

della legislazione posta a tutela della privacy dell'individuo-lavoratore¹²⁵, si deve desumere che “il controllo tecnologico può essere ritenuto legittimo solo laddove, in presenza di un interesse del datore di lavoro meritevole di apprezzamento, esso possa ritenersi indispensabile, nel senso di costituire l'ultima risorsa utilizzabile al fine di evitare danni o pregiudizi agli interessi dell'impresa, di terzi o degli stessi lavoratori”¹²⁶.

Da ciò deriva che i soli controlli ammessi risultino quelli “difensivi”, cioè una forma di sorveglianza che non possa vertere in alcun modo sull'attività lavorativa, ma che si limiti solamente ad un accertamento su eventuali condotte illecite da parte del prestatore di lavoro o di terzi. È lo stesso Codice sulla privacy che ammette questo tipo di controlli, quando alla lettera *b*, del V comma, dell'art. 13, afferma che si può derogare all'obbligo di informativa quando i dati personali del lavoratore sono trattati “ai fini dello svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 397, o, comunque, per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento”.

I “controlli difensivi” non sembrano violare le disposizioni dell'art. 4 St. lav. in quanto non contrastano la *ratio* di una norma che certamente non muove nella direzione di agevolare eventuali comportamenti illeciti dei lavoratori.

La giurisprudenza¹²⁷, considerando appunto che la *ratio* dell'art. 4 St. lav. è la salvaguardia della libertà, dignità e riservatezza dei lavoratori, “ha statuito che, qualora gli strumenti di controllo installati dal datore di lavoro non ledano in alcun modo i suddetti beni, siano volti unicamente all'accertamento di illeciti e non interferiscano con l'attività dei dipendenti, la fattispecie tipica non è integrata e, conseguentemente, la sorveglianza è legittima. Peraltro, essendo tale ipotesi di difficile verifica, poiché è assai più frequente che dalla loro installazione derivi comunque, in modo indiretto, un controllo sull'attività in senso lato dei lavoratori, allora, ai fini della legittimità della stessa, devono sussistere le esigenze organizzative, produttive, ovvero attinenti alla sicurezza del lavoro e, contestualmente, è necessario esprimere la procedura prevista. Precisamente, l'accordo sindacale di cui al secondo comma dell'art. 4”¹²⁸.

La stessa Corte di Cassazione nel 2002 aveva sostenuto la liceità di questo tipo di controllo affermando che “ai fini dell'operatività del divieto di utilizzo di apparecchiature per il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori previsto dall'art. 4 legge n. 300 del 1970, è necessario che il controllo riguardi (direttamente o indirettamente)

¹²⁵ In questo senso si ricordano i principi cardine del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 “Codice in materia di protezione dei dati personali”, quali quelli di finalità, necessità e indispensabilità (artt. 2 e 3), nonché quelli di liceità, correttezza, proporzionalità del trattamento (art. 11) e, infine, quello di obbligo di informativa del soggetto interessato.

¹²⁶ Barraco E., Potere di controllo del datore di lavoro, privacy e nuovi strumenti informatici, in *Lav. Giur.*, n. 9/2005, 837 ss.

¹²⁷ Cass. 9 ottobre 1994, n. 5047; Pret. Milano 23 luglio 1991; Min. lav. 19 giugno 1989.

¹²⁸ Stenico E., *La tutela della riservatezza del lavoratore nell'esercizio della prestazione in La tutela della privacy del lavoratore*, in *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, n. 24, UTET, 2000, 153 ss., p. 177.

l'attività lavorativa, mentre devono ritenersi certamente fuori dell'ambito di applicazione della norma sopra citata i controlli diretti ad accertare condotte illecite del lavoratore (cosiddetti controlli difensivi), quali, ad esempio, i sistemi di controllo dell'accesso ad aule riservate o, come nella specie, gli apparecchi di rilevazione di telefonate ingiustificate"¹²⁹.

Per ovviare ogni sorta di dubbio sull'istituzione di una categoria a parte di controlli sui lavoratori, la giurisprudenza di merito ha precisato che i suddetti controlli non debbano in alcun modo comportare una raccolta di informazioni sull'attività lavorativa¹³⁰.

Una recente sentenza della Cassazione ha, tuttavia, ribaltato la giurisprudenza precedente, sebbene non sia mutata tanto la sostanza, bensì l'applicazione tecnica della nozione di controlli difensivi elaborata dalla stessa Corte con la sentenza 4746/2002. Attualizzando il concetto di controlli difensivi al nuovo panorama digitale, con la sentenza del 23 febbraio 2010, n. 4375¹³¹, la Suprema Corte ha agito nella direzione di vietare quel tipo di controllo effettuato mediante appositi software applicativi di vigilanza sulla "navigazione" internet dei lavoratori¹³².

Una indicazione importante, in tema di "controlli difensivi" è stata offerta dalla delibera del 1° marzo 2007, n. 13 del Garante per la protezione dei dati personali, recante "Lavoro: linee guida del Garante per posta elettronica e internet", in cui si ritrovano i principi espressi dalla sopracitata sentenza della Cassazione. Da quanto scaturisce dalla delibera dell'*Authority*, infatti, non possono considerarsi legittimi i controlli di tipo difensivo effettuati da un datore di lavoro che non abbia fornito preventivamente, e nel rispetto della procedura codeterminativa di cui al Comma II dell'art. 4 St. lav., delle informazioni dettagliate e adeguatamente pubblicizzate circa le modalità di tale controllo.

In questa sede si tralascia di approfondire la questione inerente al disconoscimento dell'efficacia probatoria, avanzata dai lavoratori a cui era stato intimato il licenziamento, e peraltro dichiarata infondata dalla Corte.

Giusto per accennare all'argomento va rilevato che i vigilantes hanno sollevato un'istanza in riferimento ad una presunta violazione dell'art. 2712 c.c. secondo cui "le

¹²⁹ Cass. civ., sez. lav., 03 aprile 2002, n. 4746.

¹³⁰ In questo senso il Tribunale di Milano, che pronunciandosi il 31 marzo 2004 ha sostenuto che: "il divieto del controllo a distanza dell'attività dei lavoratori posto dall'art. 4 st. lav. non si estende ai cosiddetti controlli difensivi, i quali, peraltro, non costituiscono una categoria a sé esentata, a priori, dall'applicabilità delle previsioni dell'art. 4, ma semplicemente un modo per definire controlli finalizzati all'accertamento di condotte illecite del lavoratore che non rientrano nell'ambito di applicazione del divieto perché non comportano la raccolta anche di notizie relative all'attività lavorativa".

¹³¹ Su questa importante sentenza della Cassazione e in generale sul controllo tecnologico a danno dei lavoratori si rimanda a Cass. civ., sez. lav., 23 febbraio 2010., n. 4375, con nota di Petrella S., in *Note Informative*, n. 48/2010.

¹³² Nella direzione della tutela della dignità e della privacy del lavoratore, tuttavia, la Corte ha affermato che "l'esigenza di evitare condotte illecite da parte del lavoratore non può assumere portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di tutela della dignità e della riservatezza per cui devono ritenersi vietati, ai sensi dell'art. 4, comma 2, St. lav., i cd. controlli difensivi diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori quando tali comportamenti riguardino l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro e non la tutela di beni estranei al rapporto stesso". Cass. civ., sez. lav., 23 febbraio 2010, n. 4375.

riproduzioni fotografiche, informatiche o cinematografiche, le registrazioni fonografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti e di cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime”.

A questo proposito la Suprema Corte non ha ravvisato la sussistenza di questa fattispecie, confermando quanto pronunciato dai giudici di merito, che avevano legittimamente ritenuto non configurabile il disconoscimento delle riprese eseguite a danno dei lavoratori, poi licenziati, in quanto “non accompagnato dall’allegazione di elementi attestanti la non corrispondenza tra realtà fattuale e realtà riprodotta”.

Su questo punto la Corte richiama la propria giurisprudenza precedente, la quale ha affermato che “l’efficacia probatoria delle riproduzioni meccaniche di cui all’art. 2712 c.c. è subordinata - in ragione della loro formazione al di fuori del processo e senza le garanzie dello stesso - all’esclusiva volontà della parte contro la quale esse sono prodotte in giudizio, concretantesi nella non contestazione che i fatti, che tali riproduzioni tendono a provare siano realmente accaduti con le modalità risultanti dalle stesse”. Pertanto, sempre a detta della Suprema Corte, “il relativo ‘disconoscimento’ - che fa perdere alle riproduzioni stesse la loro qualità di prova e che va distinto dal ‘mancato riconoscimento’, diretto o indiretto, il quale, invece, non esclude che il giudice possa liberamente apprezzare le riproduzioni legittimamente acquisite - pur non essendo soggetto ai limiti e alle modalità di cui all’art. 214 c.p.c., deve tuttavia essere chiaro, circostanziato ed esplicito (dovendo concretizzarsi nell’allegazione di elementi attestanti la non corrispondenza tra realtà fattuale e realtà riprodotta) e deve avvenire nella prima udienza o nella prima risposta successiva alla rituale acquisizione delle suddette riproduzioni, venendosi in caso di disconoscimento tardivo ad alterare l’iter procedimentale in base al quale il legislatore ha inteso cadenzare il processo in riferimento al contraddittorio”¹³³.

¹³³ Cass. civ., sez. lav., 03 luglio 2001, n. 8998 e sulle medesime posizioni: Cass. civ., sez. lav., 22 aprile 2010, n. 9526.

La legittimità del licenziamento e il diritto di critica nell'ambito del rapporto di lavoro: un caso recente

Cassazione, Sezione Lavoro, [sentenza 18 marzo 2011, n. 6282](#)

Commento di **FRANCESCA BORSA**

La recentissima sentenza della Corte di Cassazione, [qui segnalata](#), ripropone il tema del diritto di critica nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, con una pronuncia che, tuttavia, non affronta in modo diretto la problematica, contrariamente ad altri precedenti segnalati nel contributo che segue.

La pronuncia

L'antefatto vede un lavoratore ricorrere all'organo di legittimità – pur dopo aver ottenuto, sia in primo che in secondo grado, la dichiarazione di illegittimità del recesso datoriale impugnato¹³⁴ – chiedendo alla Corte di pronunciarsi sul seguente motivo: *“se costituisca ipotesi di licenziamento ritorsivo nullo ai sensi degli articoli richiamati (art. 4, L. 604/1966; art. 15 L. 300/1970; art. 3 L. 108/1990; art. 2702 c.c.)¹³⁵ e prova sufficiente dello stesso, il recesso motivato espressamente dalla parte datoriale con riferimento esclusivo ad una vertenza giudiziaria proposta dal lavoratore e ancora pendente e a critiche formulate dal lavoratore su organi di stampa, una volta che di tali critiche sia riconosciuta in fatto l'assenza di rilevanza ai fini disciplinari e l'inidoneità ad assicurare a giusta causa di licenziamento”.*

La Corte di Cassazione, dopo aver premesso, con riferimento alla normativa invocata dal ricorrente, che *“la giurisprudenza ha dato di tale normativa una interpretazione*

¹³⁴ La Corte di Appello di Lecce, con sentenza pubblicata in data 9.10.2006, confermava la sentenza del Tribunale di Lecce dell'8.7.2005, che ha accolto parzialmente il ricorso del lavoratore, dichiarando che tra il ricorrente e la società era intercorso un rapporto di lavoro subordinato e che il recesso intimato nel settembre 2000 – inflitto al lavoratore a seguito del ricorso giudiziario ed a causa delle posizioni rigide e polemiche assunte nei confronti della nostra società e pubblicamente culminate con l'articolo apparso sul .. del 13 luglio 2000 - costituiva licenziamento illegittimo, perché intimato senza la preventiva contestazione degli addebiti ai sensi della legge 300 del 1970 art. 7, nonostante la sua natura ontologicamente disciplinare.

¹³⁵ Art. 4 L. 604/66: *“Il licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dell'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacabili è nullo, indipendentemente dalla motivazione adottata”.* Art. 15 L. 300/70 (versione precedente il D.lgs. 216 del 2003 *considerata l'epoca dei fatti*) *“È nullo qualsiasi patto od atto diretto a: a) subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte; b) licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero. Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso”.* Art. 3 L. 108/90: *“Il licenziamento determinato da ragioni discriminatorie ai sensi dell'articolo 4 della legge 15 luglio 1966, n. 604 e dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dall'articolo 13 della legge 9 dicembre 1977, n. 903, è nullo indipendentemente dalla motivazione adottata e comporta, quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro, le conseguenze previste dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dalla presente legge. Tali disposizioni si applicano anche ai dirigenti”.*

estensiva ritenendola applicabile anche a fattispecie di licenziamenti che, pur non direttamente corrispondenti alle singole ipotesi espressamente menzionate (...) siano determinati in maniera esclusiva da motivo illecito, di ritorsione o di rappresaglia e costituiscano cioè l'ingiusta e arbitraria reazione, quale unica ragione del provvedimento espulsivo – essenzialmente quindi di natura vendicativa”, ha altresì precisato: “perché si determini questa specifica situazione idonea ad allargare l'area delineata dalla normativa su richiamata, è necessario verificare che il recesso sia stato motivato esclusivamente da un intento ritorsivo”. Il ricorso è stato quindi rigettato, perché “si tratta di una valutazione sulle ragioni del licenziamento che può essere discussa; ma che, in presenza di una motivazione adeguata e consequenziale rimane riservata al giudice di merito e non può essere riformulata in sede di legittimità”. I giudici di legittimità infatti spiegano che “Secondo la Corte (con riferimento alla Corte territoriale) si è trattato di un licenziamento ontologicamente disciplinare adottato in violazione della procedura richiesta dalla legge. Al contrario, la Corte non ha ritenuto che il licenziamento del ricorrente, oltre che una sanzione inflitta illegittimamente, potesse essere considerato un atto vendicativo e di rappresaglia”.

La sentenza della Cassazione, sostanzialmente, ci dice, quindi che se il lavoratore viene licenziato anche perché ha criticato l'azienda, il recesso è illegittimo se intimato in violazione della procedura ex art. 7 dello Statuto dei Lavoratori, perché trattasi di licenziamento ontologicamente disciplinare. Tuttavia, la medesima motivazione (cioè l'aver criticato su organi di stampa il datore di lavoro) sembra di per sé non essere sufficiente per il riconoscimento della natura discriminatoria o ritorsiva o vendicativa del licenziamento (la Corte si è detto che reputa infatti adeguatamente motivata la sentenza di secondo grado)¹³⁶. Ebbene, il caso di specie non può esimere da una seppur breve analisi del “diritto di critica”, in generale e, soprattutto, delle problematiche inerenti il suo corretto esercizio, in particolare nell'ambito del rapporto di lavoro.

Il diritto di critica quale diritto di rango costituzionale. Breve premessa

Con la tutela del diritto di critica, l'ordinamento garantisce quell'aspetto della libertà di pensiero che più di ogni altro è funzionale alla dialettica democratica, tant'è che il diritto di critica, come pure il diritto di cronaca, sono entrambi emanazioni dall'art. 21 della Costituzione (“*Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione ...*”), anche se la critica, implicando una valutazione dei fatti, di per sé soggettiva, è maggiormente esposta a problematiche di individuazione dei confini del legittimo esercizio, rispetto alla cronaca.

¹³⁶ La Corte di Cassazione ha in sostanza applicato il principio oramai ampiamente consolidato in giurisprudenza, in virtù del quale spetta solo al giudice del merito di individuare le fonti del proprio convincimento ed all'uopo valutarne le prove, controllarne l'attendibilità e la concludenza (in tal senso anche Cass. sez. un. 27.12.1997 n. 13045).

Un'interessante lettura, in tal senso, del diritto di critica è stata effettuata di recente da Cass., V sez. pen., sentenza del 31.1.2011 n. 3372: *“Il diritto di critica si differenzia da quello di cronaca essenzialmente in quanto il primo non si concretizza, come l'altro, nella narrazione di fatti, bensì nell'espressione di un giudizio o, più genericamente, di un'opinione che, come tale, non può pretendersi rigorosamente obiettiva, posto, che la critica, per sua natura, non può che essere fondata su un'interpretazione, necessariamente soggettiva, di fatti e di comportamenti. La scriminante in questione presuppone dunque, a differenza di quella del diritto di cronaca, un contenuto di veridicità più limitato; conformemente al diritto di cronaca, anche il diritto di critica trova l'ulteriore limite segnato dal rispetto dei criteri della rilevanza sociale della notizia e della correttezza delle espressioni usate (ved. tra altre Cass., 24 maggio 2002)”*.

Anche il diritto di critica è pertanto soggetto a limiti che ne determinano il corretto esercizio.

I limiti all'esercizio legittimo del diritto di critica

I limiti cui il diritto di critica è sottoposto sono stati individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, considerando il bilanciamento degli interessi contrapposti costituzionalmente tutelati, ossia il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero e i diritti della personalità di cui all'art. 2 della Costituzione (indipendentemente dal fatto che il soggetto sia una persona fisica o giuridica).

Ne è derivata l'indicazione di tre requisiti di legittimità, che sono: la verità del fatto riportato, l'interesse pubblico e la continenza (formale e sostanziale). Brevemente, questo significa che il diritto di critica è correttamente esercitato, quando i fatti narrati hanno un contenuto di verità anche se non propriamente nelle forme della cronaca, come già visto (essi cioè non vanno stravolti, con falsificazioni o omissioni “ad arte” quale ad esempio la ricostruzione di un fatto contenente omissioni gravi, così S. Ardita, *Diffamazione e diritto di critica nell'attività politica*, in *CP*, 2002, p. 2359); quando, inoltre, sussiste un interesse dell'opinione pubblica alla conoscenza dell'interpretazione che del fatto si fa con l'esercizio del diritto di critica; quando, infine, la narrazione sia condotta, tanto a livello formale che sostanziale, nel rispetto dei principi costituzionali della reputazione, dell'immagine ecc (C.C. sez III, 4.7.2006 n. 15270).

Il diritto di critica nel rapporto di lavoro

Nell'ambito del rapporto di lavoro naturalmente il bilanciamento cui si è fatto cenno nel paragrafo precedente, dovrà anche considerare che le parti hanno assunto, con la stipula del contratto di lavoro, precisi e reciproci obblighi e doveri, tra i quali quello di fedeltà, lealtà, correttezza e buona fede (artt. 2105, 1175 e 1375 c.c.). Inoltre, l'art. 1 della Legge 300 del 1970 recita espressamente: *“I lavoratori, senza distinzione di*

opinioni politiche sindacali e di fede religiosa, hanno diritto, nei luoghi dove prestano la propria opera, di manifestare liberamente il proprio pensiero, nel rispetto dei principi della Costituzione e delle norme della presente legge". Quando la manifestazione del pensiero sfocia nella "critica" del datore di lavoro, da parte del lavoratore, i limiti anzidetti sono stati diversamente interpretati e caratterizzati dalla giurisprudenza di legittimità e di merito.

Quanto alla "verità dei fatti", l'orientamento dei giudici di legittimità – differentemente da alcune sentenze di merito – è nel senso di riconoscere valore di scriminante alla critica quando essa è utilizzata dal lavoratore per riportare verità oggettive, adottate con modalità tali da non offendere l'onore la reputazione ed il decoro dell'impresa datrice di lavoro (così C.C. 5.11.1980 n. 5932, citata da C.C. 8.7.2009 n. 16000)¹³⁷ e non, al contrario quando vi siano mere supposizioni, seppur non assolutamente irragionevoli. I predetti principi si applicano anche quando il comportamento del prestatore si traduca in una denuncia in sede penale, dato che in questi casi *"spetterà al giudice del merito ... accertare tutte le modalità del caso concreto, tenendo conto dell'esito che ha avuto il processo penale e appurare se il lavoratore si sia limitato a difendere la propria posizione soggettiva, senza travalicare, con dolo o colpa grave, la soglia del rispetto di quella verità oggettiva ..."* (ancora C.C. 16000/2009 cit.).

La critica inoltre per non essere viziata deve avere un intento informativo e risultare corretta ed obiettiva (C.C. 14.6.2004 n. 11220). L'assenza di tali caratteri genera inevitabilmente, ad avviso della giurisprudenza di legittimità, una condotta intrinsecamente lesiva dell'impresa (quale soggetto giuridico). La sentenza C.C. 16.5.1998 n. 4952 - citata anche da C.C. 10.12.2008 n. 29008 – precisa in proposito che *"la forma della critica non è civile, non soltanto quando è eccedente rispetto allo scopo informativo da conseguire o difetta di serenità o obiettività, ... ma anche quando essa non è improntata a leale chiarezza; ciò si riscontra allorquando si ricorra al sottinteso sapiente, agli accostamenti suggestionati, al tono scandalizzato e sdegnato"*. L'estrinsecazione delle opinioni così caratterizzata (assenza di verità oggettiva e assenza di continenza formale e sostanziale) essendo suscettibile di provocare un danno all'azienda, non è dunque legittima.

Tuttavia non sempre l'esercizio del diritto di critica in modo non conforme ai canoni appena riportati è idoneo a giustificare, di per sé il recesso aziendale dal rapporto di lavoro. In tal senso le sentenze citate affermano tutte che costituiscono - anche in caso di "critica illegittima" - limiti all'esercizio del potere disciplinare il principio di proporzionalità tra infrazione e sanzione e il pregiudizio dell'impresa (così C.C. 16000/09 cit.), considerando che il giudice dovrà condurre l'indagine sulla ricerca della sussistenza di una giusta causa in concreto, valutando se *"la specifica mancanza com-*

¹³⁷ *"Il rango costituzionale del diritto di critica del dipendente nei confronti del proprio datore di lavoro o anche del proprio superiore gerarchico ... non legittima un esercizio privo di alcun limite. Occorre infatti pur sempre che sia rispettata la verità dei fatti e siano posti in essere modalità e termini tali da non ledere gratuitamente il decoro del datore di lavoro ..."*.

messa dal dipendente, in relazione a tutte le circostanze del caso concreto, risulti obiettivamente e soggettivamente idonea a ledere in modo grave, così da farla venire meno, la fiducia che il datore di lavoro ripone nel proprio dipendente e sia tale da esigere una sanzione non minore di quella espulsiva” (C.C. 29008/08 cit.).

Un elemento da non sottovalutare nell'esame del comportamento tenuto dal lavoratore che critica l'azienda è il rispetto dell'obbligo di fedeltà e lealtà sancito dall'art. 2105 c.c. a carico del prestatore, derivante a quest'ultimo dal fatto di essere inserito nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa. Ad avviso della Corte di Cassazione infatti sarebbe altresì suscettibile di violare il disposto di cui al richiamato articolo e così vulnerare la fiducia che il datore di lavoro deve poter riporre nel lavoratore *“un esercizio da parte di quest'ultimo del diritto di critica, che superando i limiti del rispetto della verità oggettiva, si sia tradotto ... in una condotta lesiva del decoro dell'impresa datoriale suscettibile di provocare con la caduta della sua immagine anche un danno economico in termini di perdita di commesse e di occasioni di lavoro”* (C.C. 29008/08 cit.), costituendo questo aspetto una lesione del carattere fiduciario del rapporto di lavoro, tale da giustificare il recesso datoriale (nello stesso senso anche C.C. 11220/04 cit.)¹³⁸.

¹³⁸ In un caso recente la Cassazione ha dichiarato al contrario la illegittimità del licenziamento per sproporzione, in quanto intimato a seguito di ingiurie e volgarità proferite dal lavoratore, per telefono, ad un azionista di riferimento di una società controllata dalla datrice. In questo caso, tuttavia, i giudici hanno escluso la legittimità principalmente per l'assenza di un legame di subordinazione diretta del lavoratore con il socio predetto (così C.C. 16.11.2010 n. 23132, in Foro it. 2011, I, 63).

Congedo obbligatorio per maternità: le regole in caso di parto prematuro

[Trib. Arezzo, ord. 27 gennaio 2011, n. 74](#); [Corte Costituzionale 7 aprile 2011, n.116](#)

Commento di **MARTA GIACONI**

In caso di parto prematuro il congedo obbligatorio dal lavoro decorre dall'ingresso del bambino nella casa familiare. Il principio, pacifico in giurisprudenza, è stato confermato recentemente dal tribunale di Arezzo e dalla Corte costituzionale.

La sentenza del Tribunale di Arezzo

La [prima delle sentenze](#) in commento viene emessa dal Tribunale di Arezzo in continuità con un consolidato orientamento della Corte Costituzionale e da quest'ultimo autorevole giudice recentemente confermato.

Il caso oggetto della sentenza di merito ha origine dal ricorso di una lavoratrice che, avendo partorito prematuramente, rivendicava innanzi al giudice del lavoro l'aggiunta dei giorni di ricovero ospedaliero del figlio appena nato al periodo di astensione obbligatoria, oltre ai giorni di astensione precedenti al parto, non goduti. Ma non solo, domandava altresì che la decorrenza del periodo di astensione obbligatoria post partum fosse individuata nelle dimissioni del neonato dall'ospedale, con conseguente corresponsione delle indennità mancanti da parte dell'INPS.

Il giudice adito, discostandosi dalla prospettazione dell'Istituto previdenziale convenuto - secondo il quale la normativa vigente non consentiva il superamento del periodo di cinque mesi di astensione obbligatoria, soccorrendo del resto altre forme di astensione facoltativa in caso di patologia del figlio - condivideva le istanze della ricorrente. Statuiva, infatti, il Tribunale che, posta la ratio ispiratrice dell'astensione obbligatoria successivamente al parto - non solo di tutelare la salute della madre, ma ancor più di garantire e proteggere il rapporto instaurato con il figlio - dovesse essere riconosciuto il diritto per la lavoratrice a beneficiare di *due mesi* di astensione, non goduti precedentemente al parto, *tre mesi* di congedo post partum ed, ancora, di *98 giorni* corrispondenti alla durata del ricovero del bambino. Dichiarava inoltre che la stessa lavoratrice avesse il diritto "*a che il periodo di astensione obbligatoria post partum decorra dalla data di dimissioni del figlio dall'ospedale*".

La disciplina di legge

La disciplina evocata nella pronuncia è rappresentata in primo luogo dalla legge 30 dicembre 1971 n. 1204, successivamente sostituita dal [D.Lgs. 26 marzo 2001 n. 151](#) noto come "*Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità a norma dell'art. 15 della legge 8 marzo 2000 n. 53*" contenente una sorta di razionalizzazione dell'intera materia sulla scorta dei principi

di diritto comunitario, nel frattempo intervenuti mediante la direttiva 3 giugno 1996 n. 96/34/CE¹³⁹ e recepiti dalla legge 8 marzo 2000 n. 53 recante le “*Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città*”¹⁴⁰.

A tal proposito si rammenta brevemente che la maternità, oltre a costituire un'ipotesi di sospensione della prestazione lavorativa espressamente contemplata dall'art. 2110 c.c., è costituzionalmente garantita agli artt. 31 e 37 Cost. La peculiare condizione fisica e psicologica che accompagna la gravidanza e il parto viene dunque “riconosciuta” dal legislatore che, negli anni, ha provveduto ad accordarle speciali forme di tutela sì da consentire che la maternità fosse compatibile con l'ordinaria prosecuzione del rapporto di lavoro e non rappresentasse invece una brusca interruzione dello stesso.

Si pensi, ad esempio, alle norme che regolano lo svolgimento di mansioni in grado di mettere a rischio la salute della lavoratrice durante la gestazione¹⁴¹ – legittima ipotesi di adibizione a mansioni inferiori con il mantenimento della precedente retribuzione¹⁴² – o alle disposizioni, per l'appunto riorganizzate all'interno del Testo Unico 151/2001, in base alle quali la donna per un verso *deve* per un altro *può* beneficiare di periodi di sospensione dal lavoro rispettivamente in concomitanza con il parto e durante l'infanzia del bambino.

Da un lato, infatti, nell'imminenza della nascita del bambino viene configurato un vero e proprio obbligo di astensione dal lavoro della durata totale di cinque mesi, da distribuirsi prima e dopo il parto, comunque computabili ai fini della progressione di carriera nonché della maturazione degli scatti di anzianità, delle ferie e della tredicesima; mesi durante i quali è corrisposta dall'ente previdenziale un'indennità nella misura dell'80% della retribuzione media percepita nel periodo di paga mensile immediatamente precedente l'inizio dell'astensione¹⁴³. Dall'altro è prevista la possibilità di otte-

¹³⁹ Si tratta di una direttiva attuativa di un accordo quadro sui congedi parentali stipulato il 14 dicembre 1995 tra le organizzazioni interprofessionali generali UNICEP, CEEP, CES. Con la direttiva gli stati venivano invitati ad intervenire al fine di responsabilizzare entrambi i genitori in caso di nascita od adozione di un bambino “affinché possano averne cura per un periodo minimo di tre mesi fino ad un'età non superiore ad otto anni”.

¹⁴⁰ Per un commento alla legge 53/2000 si veda DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, *Riv.it.dir.lav.*, 2000, 2, 149.

¹⁴¹ In base all'art. 7 del TU 151/2001 è vietato adibire le lavoratrici a lavori pericolosi faticosi e insalubri, il cui elenco è contenuto nell'allegato A del Testo Unico ed aggiornato periodicamente. La lavoratrice dovrà ovviamente informare il datore del proprio stato di gravidanza.

¹⁴² Nei casi in cui la lavoratrice sia addetta a mansioni vietate ex art. 7 comma 1 del TU 151/2001 o qualora il Servizio Ispettivo accerti che le condizioni di lavoro e ambientali arrechino pregiudizio alla salute della donna, questa dovrà essere adibita ad altre mansioni disponibili equivalenti o per l'appunto inferiori, in deroga al 2103 c.c., permanendo il diritto alla retribuzione relativa alle mansioni precedenti.

¹⁴³ Il periodo di astensione obbligatoria, ora definito congedo di maternità, dura cinque mesi e deve necessariamente essere rispettato, diversamente venendo sanzionati penalmente il datore come la stessa lavoratrice, a dimostrazione della fondatezza della tesi secondo la quale la disposizione sia volta a tutelare la salute ed il benessere, fisico e mentale, del bambino. L'attuale art. 30 del Tu dlgs 151/2001 precisa peraltro che i cinque mesi, su richiesta della madre, possano essere così distribuiti: un mese precedente al parto e quattro mesi successivamente a tale data. Questa facoltà, tuttavia, è subordinata al rilascio di un certificato medico che attesti che il differimento del periodo non pregiudichi

nere varie forme di congedo facoltativo, per una durata prestabilita ed a fronte di un'indennità più ridotta, progressivamente estese ad entrambi i genitori¹⁴⁴.

Ciò detto il caso qui commentato attiene alla prima ipotesi di c.d. *astensione obbligatoria*, attualmente regolata e nuovamente definita *congedo di maternità* dall'art. 16 del Testo Unico 151/2001, precedentemente, invece, disciplinata dall'art. 4 della legge 1204/1971. Quest'ultimo articolo stabiliva che fosse vietato adibire al lavoro le donne: "a) durante i due mesi precedenti la data presunta del parto; b) ove il parto avvenga oltre tale data, per il periodo intercorrente tra la data presunta e la data effettiva del parto; c) durante i tre mesi dopo il parto".

La lettera c) dell'art. 4 ora descritto è stata oggetto di una nota sentenza della Corte Costituzionale essendo stata, la Consulta, chiamata ad esprimersi sull'eventuale non conformità della norma agli artt. 3, 29 comma 1, 30 comma 1, 31 e 37 Cost. A dire del Pretore di Bergamo che aveva sollevato la questione di legittimità l'art. 4 non consentiva, in caso di parto prematuro, la "frazionabilità dell'astensione obbligatoria e la decorrenza di parte della stessa dalla data di ingresso del bambino nella famiglia o quanto meno dalla data prevista del parto"¹⁴⁵. In caso di nascita prematura, infatti, la madre non godeva del periodo di astensione intercorrente tra la data *effettiva* e la data *presunta* del parto, né poteva cumulare i giorni "persi" in ragione dell'anticipazione del parto con il periodo di astensione post partum.

Proprio per questa sua evidente inflessibilità, con la sentenza 30 giugno 1999 n. 270 l'art. 4 comma 1 lett. c veniva dichiarato incostituzionale "nella parte in cui non prevede per l'ipotesi di parto prematuro una decorrenza dei termini del periodo dell'astensione obbligatoria idonea ad assicurare una adeguata tutela della madre e del bambino". A dire della Corte, infatti, la disposizione censurata mostrava un gran rigore nella definizione sia della durata sia della decorrenza del periodo di astensione obbligatoria. Rigore che, tuttavia, laddove rapportato all'ipotesi peculiare ma frequente di parto prematuro, diveniva "rigidità" priva di ragionevolezza. Motivi di equità sociale, del resto, impongono che la tutela della salute fisica e psicologica di madre e

la salute della donna. Quanto all'individuazione della misura dell'indennità è lo stesso Testo Unico, all'art. 23, ad offrire i parametri necessari a tale scopo.

¹⁴⁴ L'elemento maggiormente innovativo della legge n. 53/2000 risiede infatti nell'aver modificato la precedente disciplina dei congedi parentali nel perseguimento di una, laddove possibile, effettiva distribuzione di ruoli e responsabilità tra i genitori nella crescita del bambino sin dalle determinanti prime settimane di vita. Mentre, infatti, sotto il vigore della precedente legge 1204/1971 il padre poteva godere di un congedo facoltativo nel caso in cui la madre non ne avesse goduto, attualmente, in base all'art. 32 del Testo Unico (oltre ai congedi obbligatori di maternità o di paternità) nei primi otto anni di vita del bambino ogni genitore ha il diritto di astenersi dal lavoro per un periodo, continuativo o frazionato, massimo di sei mesi. I congedi parentali dei due genitori non possono superare complessivamente i dieci mesi. Parimenti nel caso sia un solo genitore ad usufruirne non potrà eccedere i dieci mesi.

Ai congedi parentali si aggiungono i permessi per l'allattamento, nel TU divenuti, senza connotazione di "genere", *riposi giornalieri*: nel primo anno di vita del bambino saranno due della durata di un'ora ciascuno, ridotti ad uno se l'orario di lavoro è inferiore a sei ore cumulabili durante la giornata.

¹⁴⁵ La sentenza è pubblicata su RIDL, 2000, 3, 323, con nota di CONTE, *Sul decorso del periodo di astensione in caso di parto prematuro* ma anche su LG, 1999, 8, 747 con nota di LEVI, *Parto prematuro ed astensione obbligatoria post partum*.

bambino sia efficacemente garantita soprattutto laddove gravidanza e puerperio non siano di agevole conduzione.

Senza trascurare che, come puntualmente rammentato dalla Corte, in questi casi sia *“notoriamente indispensabile che il bambino - per un periodo talvolta lungo - sia affidato alle cure di specialisti ed all'apparato sanitario, mentre la madre, una volta dimessa e pur in astensione obbligatoria dal lavoro, non può svolgere alcuna attività per assistere il figlio ricoverato nelle strutture ospedaliere; ed è invece obbligata a riprendere l'attività lavorativa quando il figlio deve essere assistito a casa. E' pertanto innegabile che detta situazione contrasti sia col principio della parità di trattamento, sia col valore della protezione della famiglia e con quello della tutela del minore, con violazione dei parametri costituzionali invocati”*¹⁴⁶.

Già nel 1999 la Corte Costituzionale aveva suggerito due possibili soluzioni normative: da una parte la posticipazione del termine di decorrenza dell'astensione obbligatoria post partum all'ingresso del bambino nella casa familiare, dall'altra, lo slittamento del medesimo termine alla data presunta del parto. Il legislatore, tuttavia, nel modificare la legge 1204/1971 con l'articolo 11 della legge 53/2000 ha colto la meno garantista delle due opzioni suggerite inserendo nel menzionato art. 4 un ulteriore comma sulla scorta del quale *“qualora il parto avvenga in data anticipata rispetto a quella presunta, i giorni non goduti di astensione obbligatoria prima del parto vengono aggiunti al periodo di astensione obbligatoria dopo il parto”*, poi recepito all'art. 16 lett. c del TU 151/2001.

La fattispecie valutata nella sentenza del Giudice di Arezzo, per contro, mostra come in realtà si sia trattato di scelta solo parzialmente soddisfacente, residuando l'ipotesi

¹⁴⁶ Per completezza è bene ricordare come la Corte costituzionale si sia mostrata negli anni particolarmente sensibile alla materia legata per l'appunto alla tutela della maternità e del rapporto con il bambino, anche in caso di parto prematuro, alla ricerca di una sempre più efficace attuazione dei principi costituzionali. Per questo devono essere richiamate le sentenze della Consulta, citate nella pronuncia del Giudice di Arezzo oggetto di disamina. Prima tra queste la sentenza interpretativa di rigetto del 16 maggio 2002 n. 197 (LG, 2002, 7, 634, con nota di MISCIONE) che ha esteso, nonostante il Testo Unico non fosse ancora applicabile *ratione temporis* alla fattispecie, l'art. 68 del dlgs 151/2001 anche alle coltivatrici dirette. La disposizione ha, infatti, previsto che l'indennità di maternità dovesse essere sempre corrisposta per complessivi 5 mesi a prescindere dalla durata della gestazione, quindi anche laddove il parto si fosse verificato prima della data prevista. Pertanto sul presupposto che *“il fondamento della protezione sia ormai ricondotto alla maternità in quanto tale”* a prescindere dal carattere subordinato o meno del rapporto di lavoro, la Consulta ha ritenuto dovesse essere estesa per l'appunto anche alle lavoratrici autonome l'indennità di maternità, essendo quest'emolumento volto a tutelare non solo la salute della donna e del bambino ma anche ad *“evitare che alla maternità si colleghi uno stato di bisogno o più semplicemente una diminuzione del tenore di vita”*. Principi ribaditi nella di poco successiva sentenza interpretativa di rigetto 28 novembre 2002, n. 495, con la quale la Corte, offrendo una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 4 della l. 546/1987 in materia di indennità di maternità di lavoratrici autonome, ha stabilito la necessaria corresponsione di tale trattamento economico per la durata di cinque mesi indipendentemente dalla natura del rapporto (per l'appunto subordinato od autonomo) ed a prescindere dalla data del parto, se avvenuto prematuramente od alla data prevista. L'irragionevolezza di un trattamento diversificato emerge con particolare evidenza laddove si consideri che le lavoratrici autonome potrebbero essere incentivate, in quanto meno tutelate, ad *“una precoce ripresa del lavoro”* con tutte le immaginabili conseguenze negative sul rapporto appena sorto tra mamma e bambino. In tal senso NUNIN, *Parto prematuro e congedo post partum; la Consulta a tutela delle lavoratrici autonome*, *Fam.dir.*, 2003, 2, 113.

in cui il godimento del periodo di astensione, d'ora innanzi *congedo*, dal lavoro coincide con il, sovente necessario, ricovero ospedaliero del neonato prematuro.

In tal caso il rischio, ricordato dalla ricorrente e percepito appieno dal Giudice di Arezzo, è che nel momento del rientro a casa del bambino la madre debba riprendere l'attività lavorativa sì che la funzione stessa del periodo di congedo obbligatorio, più volte posta in evidenza dalla Corte Costituzionale, viene privata della sua stessa ragion d'essere.

È per tale motivo che i giudici di merito hanno spesso privilegiato la seconda delle due alternative suggerite dalla Consulta nella rammentata sentenza 270/1999 (Trib. Firenze 16 novembre 2009; Trib. Palermo 13 luglio 2005)¹⁴⁷. Il fatto che tale interpretazione – sulla base della quale, laddove la lavoratrice partorisca prematuramente, il periodo di congedo obbligatorio dall'attività lavorativa debba decorrere dalla data di dimissione del neonato dall'ospedale e di ingresso nella casa familiare – sia la più idonea a dare attuazione ai principi costituzionali di tutela della maternità ma soprattutto della salute del bambino, è dimostrata dalla circostanza che la stessa sia stata recentemente fatta da propria dalla Corte Costituzionale.

La pronuncia della Consulta

Recente oggetto di sindacato costituzionale è stato infatti l'art. 16 del d.lgs. 151/2001 che, in sostituzione del precedente art. 4 della legge 1204/1971, vieta di adibire al lavoro le donne: a) durante i due mesi precedenti alla data presunta del parto, b) ove il parto avvenga oltre tale data per il periodo intercorrente tra la data presunta e la data effettiva del parto, c) durante tre mesi dopo il parto, d) durante gli ulteriori giorni non goduti prima del parto qualora avvenga in data anticipata rispetto a quella presunta, dovendo questi ultimi essere aggiunti al periodo successivo al parto.

Con la [sentenza 7 aprile 2011 n. 116](#) la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della sola lett. c) dell'art. 16 nella parte in cui *“non consente nell'ipotesi di parto prematuro con ricovero del neonato in una struttura sanitaria pubblica o privata che la madre lavoratrice possa fruire a sua richiesta e compatibilmente con le sue condizioni di salute attestate da documentazione medica del congedo obbligatorio che le spetta o di parte di esso a far tempo dalla data d'ingresso del bambino nella casa familiare”*.

La Corte ha, quindi, precisato ancora una volta i confini della disciplina del congedo obbligatorio, chiarendo che sia possibile, in caso di parto prematuro e laddove la lavoratrice dimostri di essere nella condizione fisica di poter riprendere a lavorare¹⁴⁸,

¹⁴⁷ L'importanza della prima delle due pronunce merita di essere sottolineata. Il giudice del lavoro di Firenze ha infatti riconosciuto al padre lavoratore un diritto al congedo di paternità autonomo rispetto a quello della madre la cui durata viene quantificata sulla base dei parametri previsti per il congedo obbligatorio di maternità anche in caso di parto prematuro. Con nota di PULICE, *Lav. giur.*, 2010, 5, 487.

¹⁴⁸ Si rammenti che gli obblighi contenuti nell'art. 16 del dlgs 26 marzo 2001 n. 151 sono assistiti da una sanzione penale irrogata se disattesi nei confronti di datore e lavoratrice.

differire la decorrenza del congedo obbligatorio al momento di rientro a casa del bambino. Se così non fosse, del resto, per poter assistere il neonato la lavoratrice sarebbe costretta – a detrimento del principio di uguaglianza rispetto alle altre mamme – a ricorrere alle ulteriori forme di congedo, facoltativo o per malattia del figlio, che come si è accennato non offrono la stessa garanzia dal punto di vista economico e temporale e che, pertanto, “*non possono essere invocati per giustificare la carenza di protezione*” rilevata dalla Consulta in caso di parto prematuro.

Diversamente da quanto deciso dal Tribunale di Arezzo, la Corte costituzionale ha previsto che dovrà essere consentito alla madre, previo accertamento medico, di *differire* il congedo obbligatorio, dunque non di *ampliarne* la durata consentendo di astenersi da lavoro durante il periodo di ricovero del bambino e *altresì* successivamente al suo rientro a casa.

L’art. 16 del Testo Unico, anche successivamente alla sentenza della Corte Costituzionale, non parrebbe quindi interpretabile come suggerito dal Giudice di Arezzo. Le premesse da cui muove la sentenza del Tribunale qui commentata, come le sue conclusioni, tuttavia, paiono del tutto condivisibili e inducono a considerare auspicabile un intervento del legislatore che, dato il carattere “anomalo” della nascita prematura, riconosca alla lavoratrice la facoltà di beneficiare di un periodo di sospensione superiore ai cinque mesi¹⁴⁹, se non altro quando non sia fisicamente possibile od opportuno per la madre riprendere l’attività lavorativa subito dopo il parto.

Un intervento in tal senso sarebbe del resto coerente con la concezione, riaffermata dalla Corte costituzionale nella sentenza 116/2011, di un congedo obbligatorio inteso non solo e non tanto come periodo volto al recupero delle energie fisiche della madre ma come strumento mediante il quale garantire il soddisfacimento delle esigenze biologiche, relazionali e affettive “*collegate allo sviluppo della personalità del bambino*”; a sua volta ascrivibile ad una nozione più estesa del “valore della maternità” quale “*formula ampia e sintetica, comprendente non soltanto il diritto alla maternità ed alla salute della donna gestante e puerpera, ma anche il diritto alla vita ed alla salute sia del nascituro che del bambino*”¹⁵⁰.

¹⁴⁹ In tal senso già CONTI, cit., nell’immediatezza dell’emanazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 270/1999.

¹⁵⁰ DEL PUNTA, cit., *Riv.it.dir.lav.*, 2000, 2, 149.

note informative

Periodico di informazione e approfondimento sulle tematiche giuridiche del lavoro, delle relazioni sindacali e della previdenza sociale

Direzione editoriale CGIL Milano, CGIL Lombardia

Redazione: c/o Coordinamento vertenziale e legale, Camera del lavoro metropolitana di Milano

Corso di Porta Vittoria 43 - 20122 Milano

Iscritto al nr. 0048 del Registro delle pubblicazioni periodiche del tribunale di Milano

autorizzazione del 25 gennaio 2005