# PARTE QUINTA

# IL DIRITTO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA

## CAPITOLO XV

### IL DIRITTO SOSTANZIALE DEL LAVORO
*(di Francesco Buffa)*

SOMMARIO: 1. Costituzione del rapporto di lavoro e qualificazione come lavoro subordinato. – 2. Lavoro flessibile e precario. – 3. Inquadramento e mansioni. – 4. Congedi parentali e permessi retribuiti. – 5. Sicurezza sul lavoro. – 6. Potere di controllo e disciplinare. – 7. Retribuzione e contratto collettivo. – 8. Organizzazione sindacale. – 9. Cessazione del rapporto per dimissioni. – 10. Licenziamento individuale. – 11. C.i.g. e licenziamenti collettivi. – 12. Trasferimento di azienda. – 13. Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

***1. Costituzione del rapporto di lavoro e qualificazione come lavoro subordinato.*** Nel rapporto di lavoro alle dipendenze di privati, Sez. L, n. 16233, Rv. 624122, ha affermato, in tema di procedure concorsuali di selezione del personale, che il datore di lavoro che intende procedere alla copertura di posti di qualifica superiore mediante una selezione del personale di tipo concorsuale interno assume un obbligo contrattuale, nei confronti di ciascun dipendente partecipante, all'osservanza delle regole procedurali e delle norme di selezione con le quali ha autodisciplinato la propria discrezionalità, secondo i principî di correttezza e buona fede; la violazione di tali criteri comporta il risarcimento del danno che al lavoratore può derivare per perdita di *chance*, e tale danno va risarcito sulla base del tasso di probabilità che egli aveva di risultare vincitore, qualora la selezione tra i concorrenti si fosse svolta in modo corretto e trasparente. Nella specie, la corte territoriale, nel qualificare la procedura bandita dal datore come procedura concorsuale, e non come selezione avente mera finalità orientativa, aveva ritenuto illegittimo il comportamento del datore che non si era poi attenuto alla graduatoria nella promozione dei dipendenti e lo aveva condannato lo stesso al risarcimento dei danni in favore del dipendente vincitore pretermesso; la S.C. ha confermato la decisione ed affermato il principio su esteso.

Con riferimento alle assunzioni obbligatorie, si è precisato (Sez. L, n. 7637, Rv. 622790) che gli orfani di lavoratore deceduto per causa di lavoro sono soggetti ad una disciplina diversa da quella prevista per i

riservatari invalidi, atteso che, a differenza di quanto disposto dalla legge n. 482 del 1968, la legge n. 68 del 1999 non equipara più gli orfani ai riservatari disabili, ma prevede solo una quota di riserva in loro favore ed un obbligo di richiesta di avviamento a carico del datore, con limiti percentuali alle richieste nominative. Ne consegue che, con riferimento agli orfani, il datore di lavoro non è tenuto, in caso di richiesta aziendale priva dell'indicazione della categoria di avviamento, ad assumere il lavoratore per la categoria per la quale è stato effettuato l'avviamento e può legittimamente sottrarsi agli obblighi assuntivi provando l'assenza di posto in organico, non occorrendo l'assolvimento del diverso e più rigoroso onere di provare l'incollocabilità nella propria organizzazione aziendale né di mutare o adeguare gli assetti aziendali.

Nella materia del lavoro privato, ove la costituzione del rapporto avviene normalmente per effetto del semplice incontro di volontà – anche tacita – dei soggetti del rapporto, senza particolari formalità, si pone il problema di qualificazione della fattispecie in quanto, costituito un rapporto lavorativo, occorre verificare la sussistenza degli elementi tipici della subordinazione.

La giurisprudenza della sezione lavoro si è occupata nell'anno del problema in diverse fattispecie, relative al lavoro per finalità ideali e politiche, al lavoro dei borsisti, ed ai casi di c.d. subordinazione attenuata, espressi dal lavoro intellettuale e dal lavoro dei dirigenti.

Si è così precisato (Sez. L, n. 11089, Rv. 623173) che ogni attività oggettivamente configurabile come prestazione di lavoro subordinato si presume effettuata a titolo oneroso, ma può essere ricondotta ad un rapporto diverso, istituito *affectionis vel benevolentiae causa*, caratterizzato dalla gratuità della prestazione, ove risulti dimostrata la sussistenza della finalità di solidarietà in luogo di quella lucrativa, fermo restando che la valutazione al riguardo compiuta dal giudice del merito è incensurabile in sede di legittimità, se immune da errori di diritto e da vizi logici (fattispecie in tema di militanza politica ideale).

Con riferimento ai borsisti, si è affermato (Sez. L, n. 1891, Rv. 620912) che la circostanza che l'attività del beneficiario di una borsa di studio non si esaurisca nell'approfondimento culturale, ma si completi con prestazioni analoghe a quelle del personale dipendente, non è idonea, di per sé, ad implicare la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato, ove difetti il requisito dell'assoggettamento del borsista ai poteri e alle direttive dell'ente datore della borsa di studio, assoggettamento non ravvisabile nel mero obbligo del borsista di osservare le prescrizioni interne di funzionamento dell'ente stesso; ciò è conforme alla giurisprudenza comunitaria, che qualifica il borsista

come lavoratore solo se egli eserciti la propria attività per un determinato periodo di tempo sotto l'altrui potere direttivo, percependo una retribuzione a titolo di controprestazione (Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 17 luglio 2008, C-94/07) (nella specie, la S.C., affermando il principio, ha respinto il ricorso contro la decisione di merito che aveva giudicato insufficiente alla costituzione del rapporto di lavoro subordinato la circostanza che il borsista fosse stato inserito nel piano-ferie del personale in servizio presso l'ente erogatore della borsa di studio).

Venendo alla c.d. subordinazione attenuata, si è precisato che, in caso di prestazioni che, per la loro natura intellettuale, mal si adattano ad essere eseguite sotto la direzione del datore di lavoro e con una continuità regolare, anche negli orari, ai fini della qualificazione del rapporto come subordinato oppure autonomo, sia pure con collaborazione coordinata e continuativa, il primario parametro distintivo della subordinazione, intesa come assoggettamento del lavoratore al potere organizzativo del datore di lavoro, deve essere necessariamente accertato o escluso mediante il ricorso ad elementi sussidiari, che il giudice deve individuare in concreto – con accertamento di fatto incensurabile in cassazione, se immune da vizi giuridici e adeguatamente motivato – accordando prevalenza ai dati fattuali emergenti dal concreto svolgimento del rapporto. (In applicazione dell'enunciato principio, la S.C. ha respinto il ricorso proposto dal datore di lavoro avverso la decisione di merito che aveva correttamente riconosciuto la subordinazione cosiddetta attenuata per le prestazioni di un operatore grafico: Sez. L, n. 5886, Rv. 621878).

Quanto al lavoro dei dirigenti, ai fini della configurazione del lavoro dirigenziale – nel quale il lavoratore gode di ampi margini di autonomia ed il potere di direzione del datore di lavoro si manifesta non in ordini e controlli continui e pervasivi, ma essenzialmente nell'emanazione di indicazioni generali di carattere programmatico, coerenti con la natura ampiamente discrezionale dei poteri riferibili al dirigente – il giudice di merito deve valutare, quale requisito caratterizzante della prestazione, l'esistenza di una situazione di coordinamento funzionale della stessa con gli obiettivi dell'organizzazione aziendale, idonea a ricondurre ai tratti distintivi della subordinazione tecnico-giuridica, anche se nell'ambito di un contesto caratterizzato dalla c.d. subordinazione attenuata (Sez. L, n. 7517, Rv. 622886).

***2. Lavoro flessibile e precario.*** Anche quest'anno, varie le sentenze degne di rilievo inmateria.

2.1. In tema di lavoro **part-time**, si è precisato (Sez. L, n. 1430, Rv. 621083) che la distribuzione dell'orario della prestazione, con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno, integra il nucleo stesso del contratto di lavoro a tempo parziale e la ragion d'essere della particolare garanzia costituita dalla forma scritta, che assolve alla funzione di evitare che il datore di lavoro, avvalendosi di una carente o generica pattuizione sull'orario, possa modificarla a proprio piacimento a fini di indebita pressione sul lavoratore. Ne consegue che il contratto di lavoro part-time che non rechi l'indicazione scritta della distribuzione oraria è nullo e non dà titolo al beneficio contributivo previsto dall'art. 5, comma 5, del d.l. n. 726 del 1984, dovendosi escludere che la previsione di cui all'art. 8, comma 2, del d.lgs. n. 61 del 2000, che ha escluso la sanzione della nullità in caso di mancanza o indeterminatezza delle indicazioni sulla collocazione temporale, abbia efficacia retroattiva non trattandosi di norma di interpretazione autentica. (Nell'affermare il principio in fattispecie relativa a contratti anteriori all'entrata in vigore dell'art. 8, comma 2, del d.lgs. n. 61 del 2000, la S.C. ha escluso la retroattività di tale disposizione, ai sensi della quale l'eventuale mancanza o indeterminatezza nel contratto scritto delle indicazioni sulla collocazione temporale dell'orario non comporta la nullità del contratto di lavoro a tempo parziale).

Con riferimento al rifiuto del lavoratore di trasformazione del rapporto di lavoro a tempo parziale in rapporto a tempo pieno, la sentenza Sez. L, n. 20016, in corso di massimazione, ha affermato che, in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, allorquando le esigenze produttive sopravvenute, lungi dall'implicare la soppressione della posizione lavorativa ne impongano, invece, il potenziamento, non sussiste il giustificato motivo oggettivo di licenziamento a fronte di un rifiuto del lavoratore di trasformazione del rapporto di lavoro a tempo parziale in rapporto a tempo pieno, essendo, in tal caso, il recesso datoriale dovuto ad una determinazione dell'imprenditore di preferenza, per mera convenienza economica, del rapporto di lavoro a tempo pieno in luogo di una pluralità di rapporti a tempo parziale, e non essendovi per converso uno stretto nesso di consequenzialità e necessità tra esigenze produttive ed eliminazione del rapporto lavorativo, la cui esistenza effettiva, sola, giustifica il recesso.

Il lavoratore a tempo parziale ha, come noto, diritto soggettivo di precedenza in caso di nuove assunzioni, il quale comporta la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo parziale a tempo pieno, con modifica dell'assetto negoziale preesistente solo rispetto alla quantità e alla distribuzione temporale delle prestazioni lavorative: tale diritto – previsto dall'art. 5, comma terzo *bis*, del d.l. n. 726 del 1984

(convertito con modifiche nella legge n. 863 del 1984 – spetta (secondo Sez. L, n. 7752, Rv. 623256) a condizione che il datore di lavoro compia delle nuove assunzioni a tempo pieno e purché adibisca i nuovi assunti a mansioni fungibili con quelle dei lavoratori a tempo parziale, in quanto, in caso contrario, la trasformazione del rapporto di lavoro non risulterebbe sostitutiva rispetto all'assunzione di nuovo personale a tempo pieno e comporterebbe, perciò, un aggravio, non voluto dalla legge, dell'obbligo imposto al datore di lavoro.

2.2. Numerose sentenze della sezione Lavoro hanno riguardato il **contratto a tempo determinato**.

Quanto alla legittimità dell'apposizione del termine, si è affermato che, in tema di lavoro a tempo determinato, il requisito della specificità delle ragioni di carattere sostitutivo – di cui all'art. 1 del d.lgs. 368 del 2001 – non deve essere riferito, in una situazione aziendale complessa, all'indicazione delle generalità del singolo lavoratore da sostituire, ma può ritenersi soddisfatto, con la verifica della corrispondenza quantitativa tra il numero dei lavoratori assunti con contratto a termine per lo svolgimento di una data funzione aziendale e le scoperture che per quella stessa funzione si sono realizzate per il periodo dell'assunzione (Sez. L, n. 8647, Rv. 623145).

Quanto alla possibilità per la contrattazione collettiva di individuare nuove ipotesi, ulteriori rispetto a quelle legali, di apposizione di un termine alla durata del rapporto di lavoro, Sez. L, n. 15455, in corso di massimazione, ha affermato che l'art. 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56 – che demanda alla contrattazione collettiva la possibilità di prevedere nuove ipotesi di lavoro a termine e che configura una vera e propria "delega in bianco" a favore dei sindacati, i quali, pertanto, senza essere vincolati alla individuazione di figure di contratto a termine comunque omologhe a quelle previste per legge, possono legittimare il ricorso al contratto di lavoro a termine per causali di carattere "oggettivo" ed anche, alla stregua di esigenze riscontrabili a livello nazionale o locale, per ragioni di tipo meramente "soggettivo" – richiede che «*i contratti collettivi di lavoro*» (non qualificati quanto al loro livello) siano «*stipulati con i sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale*» e, dunque, non richiede che il contratto collettivo debba essere nazionale, né compie alcuna selezione con riferimento alla parte datoriale, che può essere pertanto anche una singola azienda; ne deriva che anche un contratto aziendale, purché stipulato con un'organizzazione sindacale che presenti i requisiti su indicati, può legittimamente individuare nuove ipotesi di apposizione del termine. (Fattispecie relativa agli accordi collettivi 5 aprile 1997 e 8 giugno 2000, stipulati tra

l'associazione sindacale Intersind e la RAI, e, rispettivamente, RAI s.p.a., RAI SAT s.p.a., RAI Way s.p.a. e RAI Cinema s.p.a., dal lato datoriale e, dal lato sindacale, dalle associazioni sindacali SLC-CGIL, FIS-CISL e UILSIC-UIL).

Si è pure deciso (Sez. L, n. 11659, Rv. 623089) che la disposizione dell'art. 2, comma 1 *bis*, del d.lgs. n. 368 del 2001, aggiunta dall'art. 1, comma 558, della legge n. 266 del 2005, perseguendo una *ratio* di parziale liberalizzazione delle assunzioni a termine nel settore delle poste, consente alle imprese concessionarie dei servizi postali di stipulare contratti a tempo determinato, nei limiti e per i periodi ivi previsti, senza necessità di indicare le ragioni obiettive giustificatrici dell'apposizione del termine. Tale disposizione non contrasta con l'ordinamento comunitario, in quanto, come rilevato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (C-20/10, *Vino*), è giustificata dalla direttiva 1997/67/CE, in tema di sviluppo del mercato interno dei servizi postali, non venendo in rilievo la direttiva 1999/70/CE, in tema di lavoro a tempo determinato, neppure con riferimento al principio di non discriminazione, che è affermato per le disparità di trattamento fra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato, ma non anche per le disparità di trattamento fra differenti categorie di lavoratori a tempo determinato.

In tema di risarcimento del danno sofferto dal lavoratore per l'apposizione di un termine nullo, particolarmente interessante è altra pronuncia (Sez. L, n. 5676, Rv. 621879) che ha affermato che, ai fini della sottrazione dell'*aliunde perceptum* dalle retribuzioni dovute, occorre che il datore di lavoro dimostri quantomeno la negligenza del lavoratore nella ricerca di altra proficua occupazione, o che comunque risulti, da qualsiasi parte venga la prova, che il lavoratore ha trovato una nuova occupazione e quanto egli ne abbia percepito, tale essendo il fatto idoneo a ridurre l'entità del danno risarcibile. (Nella specie, in applicazione del principio, la S.C. ha cassato la decisione di merito che aveva ridotto l'entità del danno risarcibile in base alla presunzione, non fondata su alcuna massima di esperienza, che il lavoratore avrebbe potuto trovare nuova idonea occupazione nell'arco di tre anni nonché in base all'affermazione che sarebbe stato onere del lavoratore medesimo provare la fattiva ricerca di un nuovo impiego).

La disciplina dell'art. 32, commi 5, 6 e 7, della legge n. 183 del 2010, sopravvenuta generalmente ai processi in corso, ha suscitato varie questioni in ordine alla sua applicazione ed alla sua portata.

Il presupposto di applicazione della nuova normativa è naturalmente la riconducibilità delle questioni dalla stessa regolati ai motivi dell'impugnazione proposta: si è così affermato (Sez. L, n. 1409, Rv. 620801), in tema di risarcimento del danno nei casi di conversione

del contratto di lavoro a tempo determinato, che la sopravvenuta disciplina dell'art. 32, commi 5, 6 e 7, della legge n. 183 del 2010, come interpretata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 303 del 2011, si applica nel giudizio pendente in grado di legittimità, qualora tale *ius superveniens* sia pertinente alle questioni dedotte nel ricorso per cassazione si è precisato ulteriormente (Sez. L, n. 3305, Rv. 621276) che, in tema di risarcimento del danno nei casi di conversione del contratto di lavoro a tempo determinato, la sopravvenuta disciplina di cui all'art. 32, commi 5, 6 e 7 della legge n. 183 del 2011, come interpretata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 303 del 2011, si applica anche in sede di legittimità ove pertinente alle questioni dedotte nel ricorso, dovendosi ritenere che, alla luce di una interpretazione costituzionalmente conforme della disciplina transitoria, si debba prescindere, nell'applicazione dello *ius superveniens*, dalla fase in cui il processo si trovi e trovando tale soluzione conferma nella lettera del secondo periodo del comma 7 che, nel prevedere che «*il giudice fissa alle parti un termine per l'eventuale integrazione della domanda e delle relative eccezioni ed esercita i poteri istruttori ai sensi dell'articolo 421 del codice di procedura civile*», premette l'inciso «*ove necessario*» con valore disgiuntivo/inclusivo, a dimostrazione che la possibilità di modifiche del *petitum* e di esercizio dei poteri istruttori va modulata in ragione dello stato e del grado in cui si trova il processo. Ne consegue che ove, a seguito di cassazione con rinvio, sia stata ripristinata la sede di merito, la modifica di domande ed eccezioni potrà rendersi necessaria solo in primo grado (in caso di ricorso *per saltum*), eventualmente anche con l'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio, mentre in appello resteranno consentiti solo questi ultimi.

Anche per Sez. L, n. 16642, Rv. 624215, nel giudizio di legittimità, lo *ius superveniens*, che introduca una nuova disciplina del rapporto controverso, può trovare applicazione alla condizione, necessaria, che la normativa sopraggiunta sia pertinente rispetto alle questioni agitate nel ricorso, posto che i principî generali dell'ordinamento in materia di processo per cassazione – e soprattutto quello che impone che la funzione di legittimità sia esercitata attraverso l'individuazione delle censure espresse nei motivi di ricorso e sulla base di esse – richiedono che il motivo del ricorso, con cui è investito, anche indirettamente, il tema coinvolto nella disciplina sopravvenuta, oltre che sussistente sia ammissibile secondo la disciplina sua propria. Ne consegue che – ove sia invocata l'applicazione dell'art. 32, commi 5, 6 e 7, legge n. 183 del 2010 con riguardo alle conseguenze economiche della dichiarazione di nullità della clausola appositiva del termine al contratto di lavoro – è necessario che i motivi del ricorso investano specificamente le

conseguenze patrimoniali dell'accertata nullità del termine, non essendo possibile chiedere l'applicazione diretta della norma al di fuori del motivo di impugnazione.

Quanto alla natura della misura indennitaria prevista dalla norma si è affermato (Sez. L, n. 3056, Rv. 621159) che la nuova disciplina configura, alla luce dell'interpretazione adeguatrice offerta dalla Corte costituzionale con sentenza n. 303 del 2011, una sorta di penale *ex lege* a carico del datore di lavoro che ha apposto il termine nullo; pertanto, l'importo dell'indennità è liquidato dal giudice, nei limiti e con i criteri fissati dalla novella, a prescindere dall'intervenuta costituzione in mora del datore di lavoro e dalla prova di un danno effettivamente subito dal lavoratore (senza riguardo, quindi, per l'eventuale *aliunde perceptum*), trattandosi di indennità "forfetizzata" e "onnicomprensiva" per i danni causati dalla nullità del termine nel periodo cosiddetto "intermedio" (dalla scadenza del termine alla sentenza di conversione).

In motivazione, la sentenza (che esprime il consolidato orientamento della Sezione sulla questione dopo la pronuncia ora detta della Corte costituzionale) ha affermato che la nuova disciplina dell'art. 32, commi 5, 6 e 7, legge n. 183 del 2010, applicabile a tutti i giudizi pendenti, anche in grado di legittimità, alla luce della sentenza interpretativa di rigetto della Corte costituzionale n. 303 del 2011, è fondata sulla *ratio legis* diretta ad «*introdurre un criterio di liquidazione del danno di più agevole, certa ed omogenea applicazione*»: la norma va intesa nel senso che «*il danno forfetizzato dall'indennità in esame copre soltanto il periodo cosiddetto "intermedio", quello, cioè, che corre dalla scadenza del termine fino alla sentenza che accerta la nullità di esso e dichiara la conversione del rapporto*», con la conseguenza che, a partire da tale sentenza, «*è da ritenere che il datore di lavoro sia indefettibilmente obbligato a riammettere in servizio il lavoratore e a corrispondergli, in ogni caso, le retribuzioni dovute, anche in ipotesi di mancata riammissione effettiva*» (altrimenti risultando «*completamente svuotata*» la «*tutela fondamentale della conversione del rapporto in lavoro a tempo indeterminato*»). In definitiva la norma in oggetto, come affermato dal Giudice delle leggi, risulta «*adeguata a realizzare un equilibrato componimento dei contrapposti interessi*». Infatti, al lavoratore garantisce la conversione del contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, unitamente ad un'indennità che gli è dovuta sempre e comunque, senza necessità né dell'offerta della prestazione, né di oneri probatori di sorta. Al datore di lavoro, per altro verso, assicura la predeterminazione del risarcimento del danno dovuto per il periodo che intercorre dalla data d'interruzione del rapporto fino a quella dell'accertamento giudiziale del diritto del lavoratore al riconoscimento della durata indeterminata di esso. Così intesa, in sostanza come una sorta di penale stabilita dalla legge con carattere "forfetizzato",

"onnicomprensivo" di ogni danno subito per effetto della nullità del termine, nel periodo che va dalla scadenza dello stesso fino alla sentenza che ne accerta la nullità e dichiara la conversione del rapporto.

2.3. Nel contratto di apprendistato, come in quello di formazione e lavoro, si è precisato (Sez. L, n. 2015, Rv. 621516) che l'**attività formativa**, che è compresa nella causa negoziale, è modulabile in relazione alla natura e alle caratteristiche delle mansioni che il lavoratore è chiamato a svolgere, potendo assumere maggiore o minore rilievo, a seconda che si tratti di lavoro di elevata professionalità o di semplici prestazioni di mera esecuzione, e potendo atteggiarsi con anticipazione della fase teorica rispetto a quella pratica, o viceversa, sempre che lo svolgimento della suddetta attività di formazione sia idoneo a raggiungere lo scopo del contratto - ossia l'inserimento effettivo nel lavoro dell'impresa mediante l'acquisizione di una professionalità adeguata - secondo una valutazione che è rimessa al giudice del merito ed è incensurabile in cassazione, se congruamente motivata.

2.4. In materia di rapporto di **lavoro interinale**, si è affermato (Sez. L, n. 232, Rv. 620094) che la mancanza o la generica previsione, nel contratto intercorrente tra l'impresa fornitrice e il singolo lavoratore, dei casi in cui – e dunque delle esigenze per le quali – è possibile ricorrere a prestazioni di lavoro temporaneo, in base ai contratti collettivi dell'impresa utilizzatrice, ovvero l'insussistenza in concreto delle suddette ipotesi, spezza l'unitarietà della fattispecie complessa voluta dal legislatore per favorire la flessibilità dell'offerta di lavoro nella salvaguardia dei diritti del lavoratore, e fa venir meno la presunzione di legittimità del contratto interinale stesso. Ne consegue che, per escludere che il contratto di lavoro con il fornitore interposto si consideri instaurato con l'utilizzatore interponente a tempo indeterminato, non è sufficiente arrestarsi alla verifica del dato formale del rispetto della contrattazione collettiva quanto al numero delle proroghe consentite, senza verificare l'effettiva persistenza delle esigenze di carattere temporaneo, in modo tanto più penetrante quanto più durevole e ripetuto sia il ricorso a tale fattispecie contrattuale.

La sentenza Sez. L., n. 6933 (Rv. 622571), ha ritenuto in tema di somministrazione di manodopera che il controllo giudiziario sulle ragioni che la consentono – che è limitato all'accertamento della loro esistenza, e non può estendersi al sindacato sulle valutazioni tecniche ed organizzative dell'utilizzatore implica la verifica dell'effettività dell'esigenza di assunzione indicata nel contratto di somministrazione

stipulato tra la somministratrice e l'utilizzatrice, restando irrilevante la diversa indicazione nel contratto di assunzione. Ne consegue che, ove la somministrazione sia fatta con riferimento ad una determinata sede di lavoro per sostituire personale assente con diritto alla conservazione del posto, l'assegnazione del lavoratore ad altra sede implica la violazione delle condizioni legali della somministrazione e la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con l'utilizzatore della prestazione, restando irrilevante che nel contratto di assunzione sia stata indicata la sede di effettiva utilizzazione.

Sempre in tema di fornitura di lavoro interinale Sez. L, n. 21837, in corso di massimazione, ha poi affermato che la violazione delle disposizioni della legge n. 196 del 1997, ed in particolare dell'art. 1, comma 2, lett. *a)*, comporta la sostituzione della parte datoriale e la configurabilità di un rapporto di lavoro tra lavoratore ed utilizzatore interponente e tale rapporto è, salvo che ricorrano specifiche ragioni che consentano l'apposizione del termine, a tempo indeterminato, anche ove il rapporto con l'interposto fosse a termine, e ciò non solo perché tale tipo di rapporto costituisce la regola, ma anche perché, diversamente, si perverrebbe alla inammissibile situazione per la quale la violazione del divieto di interposizione di manodopera consentirebbe all'interponente di beneficiare di una prestazione a termine altrimenti preclusa.

Il tema del mancato rispetto delle regole legali che consentono la costituzione di un rapporto precario nelle forme della somministrazione è stato affrontato anche da altra pronuncia (Sez. L, n. 5667, Rv. 622267), secondo la quale nel caso in cui l'utilizzatore, in violazione dell'art. 1, comma 8, della legge n. 196 del 1997 (applicabile *ratione temporis*), stipuli col fornitore contratti di fornitura di lavoro temporaneo in misura eccedente la percentuale fissata dai contratti collettivi, non si instaura un ordinario rapporto di lavoro subordinato tra lavoratore e utilizzatore, attesa l'assenza di ogni sanzione per la suddetta irregolarità, che riguarda la sola posizione dell'utilizzatore e non può inficiare il rapporto tra lavoratore e fornitore. Ne consegue che l'obbligo contributivo resta a carico dell'impresa fornitrice.

2.5. La Corte si è poi occupata del problema della possibilità di prevedere, nel caso di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato che fa seguito ad altro contratto lavorativo e pur in momenti temporali diversi, **clausole speciali** (quali il patto di prova o un clausola economica prevedente un salario di ingresso), dandone una soluzione positiva alle condizioni appresso indicate. Si è così detto (Sez. L, n. 10440, Rv. 623011) che nel lavoro subordinato il patto di prova tutela l'interesse di entrambe le parti del rapporto a sperimentarne la

convenienza, dovendosi ritenere l'illegittimità del fatto ove la suddetta verifica sia già intervenuta, con esito positivo, per le specifiche mansioni in virtù di prestazione resa dallo stesso lavoratore, per un congruo lasso di tempo, a favore del medesimo datore di lavoro. Ne consegue che la ripetizione del patto di prova in due successivi contratti di lavoro tra le stesse parti è ammissibile solo se essa, in base all'apprezzamento del giudice di merito, risponda alla suddetta causa, permettendo all'imprenditore di verificare non solo le qualità professionali, ma anche il comportamento e la personalità del lavoratore in relazione all'adempimento della prestazione, elementi suscettibili di modificarsi nel tempo per l'intervento di molteplici fattori, attinenti alle abitudini di vita o a problemi di salute. (Nella specie, in applicazione del principio, la S.C. ha respinto il ricorso del datore di lavoro avverso la declaratoria di nullità del secondo patto di prova, apposto al contratto a tempo indeterminato stipulato appena quindici giorni dopo la scadenza del rapporto a termine, durato tra le stesse parti per quasi sette mesi, non avendo l'imprenditore dimostrato l'esistenza di uno specifico motivo di rivalutazione delle caratteristiche del lavoratore).

Con riferimento al diverso caso della trasformazione del rapporto di formazione e lavoro in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, si è ritenuta (Sez. L, n. 4475, Rv. 621408) valida la previsione, introdotta in sede di contratto collettivo, di un salario di ingresso (cosiddetto prolungato) in deroga all'art. 3 del d.l. n. 726 del 1984, convertito dalla legge n. 863 del 1984, in quanto il minore trattamento retributivo si giustifica per la oggettiva delimitazione di carattere temporale e per la finalità di incentivare la stabilizzazione del rapporto (principio affermato con specifico riguardo al salario di ingresso prolungato di cui all'accordo di rinnovo del c.c.n.l. degli autoferrotranvieri per il periodo 2000/2003).

***3. Inquadramento e mansioni.*** Particolarmente significativo è ricordare in materia (con Sez. L, n. 12696, Rv. 623285) che, essendo la corrispondenza delle mansioni alla qualifica oggetto di un diritto del lavoratore protetto dall'art. 2103 cod. civ., il lavoratore adibito a mansioni non rispondenti alla qualifica può chiedere giudizialmente la riconduzione della prestazione nell'ambito della qualifica di appartenenza, ma non può rifiutarsi aprioristicamente, senza avallo giudiziario, di eseguire la prestazione richiestagli, essendo egli tenuto a osservare le disposizioni per l'esecuzione del lavoro impartite dall'imprenditore ai sensi degli art. 2086 e 2104 cod. civ., da applicarsi alla stregua del principio sancito dall'art. 41 Cost., e potendo egli invocare l'art. 1460 cod. civ. solo in caso di totale inadempimento del

datore di lavoro, a meno che l'inadempimento di quest'ultimo sia tanto grave da incidere in maniera irrimediabile sulle esigenze vitali del lavoratore medesimo.

Con riferimento alla progressione di carriera, si è statuito (Sez. L, n. 5477, Rv. 621795) che il diritto soggettivo del lavoratore ad essere promosso ad una categoria, grado o classe, superiore presuppone una disciplina collettiva che garantisca l'avanzamento come effetto immediato di determinate condizioni di fatto, delle quali sia accertata l'esistenza prescindendo da ogni indagine valutativa del datore di lavoro; pertanto, nell'ipotesi in cui la disciplina collettiva in tema di promozioni rimetta il giudizio di merito, sulle attitudini e le capacità professionali, esclusivamente al datore di lavoro, il giudice, nel rispetto della libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost., non può sostituirsi al datore medesimo, potendo sindacarne l'operato solo se la mancata promozione sia espressione di una deliberata violazione delle regole di buona fede e correttezza che presiedono allo svolgimento del rapporto di lavoro. (In applicazione del principio, la S.C. ha respinto il ricorso avverso la decisione di merito che aveva respinto la domanda di superiore inquadramento avanzata da un dirigente in un contesto contrattuale nel quale i dirigenti erano inquadrati tutti al medesimo livello, con pari retribuzione di base e differenziazioni costituite da superminimi *ad personam*).

Altra pronuncia ha riguardato il risarcimento del danno dovuto dal datore nel caso di illegittimo diniego di progressione (Sez. L, n. 3415, Rv. 622145): in caso d'illegittima esclusione di dipendente, da parte del datore di lavoro, nella selezione per il conferimento di qualifiche superiori o altri benefici, il conseguente danno da perdita di *chance* dev'essere liquidato con valutazione equitativa ai sensi dell'art. 1226 cod. civ., tenendo presente, ai fini del giudizio probabilistico e comparativo necessario, ogni elemento di prova ritualmente introdotto nel processo; ne consegue che il giudice dovrà rigettare la domanda risarcitoria quando gli elementi probatori acquisiti permettano di escludere con adeguata sicurezza che il lavoratore potesse avere concrete possibilità di successo, mentre, in mancanza di risultanze sul possibile esito della selezione ove correttamente eseguita, potrà ricorrere al criterio residuale del rapporto tra il numero dei soggetti da selezionare e quello dei lavoratori che avrebbero dovuto formare oggetto di selezione, se del caso traendo argomenti di convincimento, circa il grado di probabilità favorevole, anche dal comportamento processuale delle parti, e in particolare dalle carenze di allegazione e prova dei fatti rilevanti e rientranti nell'ambito delle rispettive conoscenze e possibilità di attestazione.

Più consolidati sono i principî in materia di **demansionamento** reiterati nell'anno dalla Corte. Interessante pronuncia, in tema di inattività forzata del lavoratore, si è avuta con Sez. L, n. 7963, in corso di massimazione. La decisione ha affermato che il lavoratore (cui l'art. 13 della legge n. 300 del 1970 riconosce esplicitamente il diritto a svolgere le mansioni per le quali è stato assunto ovvero quelle equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza diminuzione della retribuzione) ha altresì diritto, a maggior ragione, a non essere allontanato da ogni mansione, cioè il diritto all'esecuzione della prestazione lavorativa, cui il datore di lavoro (tradizionalmente creditore esclusivo della medesima) ha il correlativo obbligo di applicarlo, restandogli consentita la possibilità di trasferirlo solo per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive. La violazione di tale diritto del lavoratore all'esecuzione della propria prestazione è fonte di responsabilità risarcitoria del datore di lavoro, salvo che l'inattività del lavoratore sia riconducibile ad un lecito comportamento del datore di lavoro medesimo, in quanto giustificata dall'esercizio dei poteri imprenditoriali, garantiti dall'art. 41 Cost., o dall'esercizio dei poteri disciplinari. In particolare, il comportamento del datore di lavoro che lascia in condizione di inattività il dipendente non solo viola l'art. 2103 cod. civ., ma è al tempo stesso lesivo del fondamentale diritto al lavoro, inteso soprattutto come mezzo di estrinsecazione della personalità di ciascun cittadino, nonché dell'immagine e della professionalità del dipendente, ineluttabilmente mortificate dal mancato esercizio delle prestazioni tipiche della qualifica di appartenenza; tale comportamento comporta una lesione di un bene immateriale per eccellenza, qual è la dignità professionale del lavoratore, intesa come esigenza umana di manifestare la propria utilità e le proprie capacità nel contesto lavorativo e tale lesione produce automaticamente un danno (non economico, ma comunque) rilevante sul piano patrimoniale (per la sua attinenza agli interessi personali del lavoratore), suscettibile di valutazione e risarcimento anche in via equitativa.

Con riferimento al risarcimento del danno da demansionamento, la medesima pronuncia ha affermato che in caso di lesione di un diritto fondamentale della persona, la regola, secondo cui il risarcimento deve ristorare interamente il danno subito, impone di tenere conto dell'insieme dei pregiudizi sofferti, ivi compresi quelli esistenziali, purché sia provata nel giudizio l'autonomia e la distinzione degli stessi, dovendo il giudice, a tal fine, provvedere all'integrale riparazione secondo un criterio di personalizzazione del danno, che, escluso ogni meccanismo semplificato di liquidazione di tipo automatico, tenga conto, pur nell'ambito di criteri predeterminati, delle

condizioni personali e soggettive del lavoratore e della gravità della lesione e, dunque, delle particolarità del caso concreto e della reale entità del danno. In precedenza, si era ritenuto (Sez. L, n. 3057, in corso di massimazione) che va distinto il danno biologico dal danno non patrimoniale e che, in caso di demansionamento e dequalificazione, va riconosciuto il diritto del lavoratore al risarcimento del danno professionale, biologico o esistenziale, anche se questo non può prescindere da una specifica allegazione, da parte del lavoratore, sulla natura e sulle caratteristiche del pregiudizio medesimo; la sentenza ha quindi precisato che, mentre il risarcimento del danno biologico è subordinato all'esistenza di una lesione dell'integrità psico-fisica medicalmente accertarle, il danno esistenziale - da intendere come ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile) provocato sul fare areddittuale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all'espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno.

***4. Congedi parentali e permessi retribuiti.*** In terna di congedo parentale frazionato, l'art. 32, comma 1, del d.lgs. n. 151 del 2001 stabilisce che la fruizione del beneficio – che risponde ad un diritto potestativo del lavoratore o della lavoratrice – si interrompe allorché l'interessato rientri al lavoro, e ricomincia a decorrere dal momento in cui il medesimo riprende il periodo di astensione. Con la sentenza Sez. L, n. 6856, Rv. 622573, la Corte si è occupata della fruizione frazionata dei congedi parentali, ossia della fruizione degli stessi accompagnati da rientri al lavoro per brevi periodi. Il caso riguardava, in particolare, il rientro in servizio il venerdì e la successiva fruizione di congedo da lunedì al giovedì seguenti, ed il problema giuridico dibattuto alle parti era quello del computo del sabato e della domenica, che la lavoratrice pretendeva di non computare. Il datore di lavoro eccepiva la discriminatorietà del mancato computo dei sabati e domeniche nel caso di rientro al venerdì, rispetto al caso di rientro in altro giorno della settimana, ad esempio il giovedì, nel quale il weekend si computa pacificamente nel periodo di congedo. La Corte ha sottolineato intanto che la fruizione frazionata del congedo risponde ad una scelta potestativa della lavoratrice. In secondo luogo, la Corte ha risolto il problema sottopostole, occupandosi del solo caso in questione, ritenendo irrilevante che nel caso ipotetico di rientro al giovedì la lavoratrice avrebbe un trattamento deteriore, e ciò per la ragione che la lavoratrice sceglie liberamente il giorno di rientro, valutando autonomamente i propri interessi (benefici e vantaggi, quindi). L'importante sentenza afferma quindi che, in tema di congedo

parentale, ove la relativa fruizione sia frazionata per scelta potestativa della lavoratrice, nel periodo di congedo parentale si computano il sabato, la domenica ed i giorni di festività infrasettimanali ove ricadano all'interno del periodo stesso, mentre non si computano ove la lavoratrice rientri al lavoro nel giorno immediatamente precedente, riprendendo a decorrere la fruizione del congedo dal successivo giorno lavorativo di ripresa del periodo di astensione; ne consegue che, ove la lavoratrice rientri al lavoro nel giorno di venerdì e la contrattazione collettiva preveda il sabato come giorno non lavorativo, il sabato e la domenica sono esclusi dal periodo di congedo parentale in quanto non ricompresi in una frazione di congedo parentale unitariamente fruita, restando irrilevante la disparità di trattamento con la lavoratrice che, scegliendo liberamente di rientrare in servizio in altro giorno lavorativo della settimana, fruisca di un minor numero di giorni di congedo parentale. Dunque, ai fini della determinazione del periodo di congedo parentale, si tiene conto dei giorni festivi solo nel caso in cui gli stessi rientrino interamente e senza soluzione di continuità nel periodo di fruizione e non anche nel caso in cui l'interessato rientri al lavoro nel giorno precedente a quello festivo e riprenda a godere del periodo di astensione da quello immediatamente successivo, senza che rilevi che, per effetto della libera decisione del lavoratore o della lavoratrice, possa esservi un trattamento differente (e peggiorativo), con fruizione effettiva di un minor numero di giorni di congedo parentale, per effetto della decisione di rientrare al lavoro in un giorno non seguito da una festività, dovendosi ritenere tale soluzione conforme ai principî di cui agli art. 30 e 31 Cost., che, nel dettare norme a tutela della famiglia e nel fissare il diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare la prole, impongono una applicazione non restrittiva dell'istituto.

Con la sentenza Sez. L, n. 16460, in corso di massimazione, la Corte si è poi occupata dei permessi retribuiti di cui all'art. 33 legge n. 104 del 1992 (recante *Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*), affermando che tali permessi spettano anche quando i genitori non siano entrambi lavoratori, rimanendo altrimenti lo scopo perseguito dalla legge frustrato qualora il genitore non lavoratore debba da solo provvedere all'incombenza di assistere convenientemente il figlio minore gravemente handicappato. Secondo la decisione, tali agevolazioni sono dirette essenzialmente ad evitare che il bambino handicappato resti privo di assistenza, di modo che possa risultare compromessa la sua tutela psico-fisica e la sua integrazione nella famiglia e nella collettività, così confermandosi che, in generale, il destinatario della tutela realizzata mediante le agevolazioni previste dalla legge non è il nucleo familiare

in sé, ovvero il lavoratore onerato dell'assistenza, bensì la persona portatrice di handicap (cfr. Corte cost. n. 19 del 2009). Una configurazione siffatta, osserva la Corte in motivazione, è in linea con la definizione contenuta nella Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, approvata il 13 dicembre 2006, là dove la finalità comune dei diversi ordinamenti viene identificata nella piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri, nonché con la nuova classificazione adottata nel 1999 dalla Organizzazione Mondiale della Sanità, che ha definito la disabilità come difficoltà all'espletamento delle *attività personali* e alla *partecipazione sociale*. Inquadrata la disposizione di riferimento in tale contesto normativo, una interpretazione rispettosa dei principî costituzionali, porta necessariamente ad optare per il riconoscimento del diritto del lavoratore ad usufruire del beneficio richiesto: una adeguata tutela del figlio handicappato esige che alla assistenza continua da parte del genitore non lavoratore si aggiunga l'assistenza del genitore lavoratore per i tre giorni di permessi mensili previsti dalla legge, non solo perché l'handicappato ha bisogno dell'affetto anche da parte del padre lavoratore, ma anche perché sussiste tipicamente una ovvia esigenza di avvicendamento e affiancamento, almeno per quei tre giorni mensili, del genitore non lavoratore.

***5. Sicurezza sul lavoro.*** La prima e più immediata tutela del lavoratore avverso situazioni lavorative insalubri e insicure è l'eccezione di inadempimento opponibile al datore alle condizioni dell'art. 1460 cod. civ. Sul punto, Sez. L, n. 14375, Rv. 624033, ha affermato che, nel caso in cui il datore di lavoro non adotti, a norma dell'art. 2087 cod. civ., tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica e le condizioni di salute dei prestatori di lavoro, il lavoratore ha – in linea di principio – la facoltà di astenersi dalle specifiche prestazioni la cui esecuzione possa arrecare pregiudizio alla sua salute, essendo coinvolto un diritto fondamentale protetto dall'art. 32 Cost.

La responsabilità del datore di lavoro per inadempimento dell'obbligo di prevenzione di cui all'art. 2087 cod. civ. non è una responsabilità oggettiva, essendone elemento costitutivo la colpa, quale difetto di diligenza nella predisposizione delle misure idonee a prevenire ragioni di danno per il lavoratore (in applicazione dell'enunciato principio, la S.C. – Sez. L, n. 14192, Rv. 623496 – ha respinto il ricorso contro la decisione di merito che aveva escluso la responsabilità del datore di lavoro, previo accertamento, tramite consulenza tecnica d'ufficio, dell'idoneità a fini preventivi delle strisce antiscivolo poste sui gradini della scala, dalla quale il lavoratore era caduto).

Quanto al tipo di danni risarcibili dal datore chiamato a rispondere del danno differenziale, si è affermato (Sez. L, n. 20620, in corso di massimazione) che, in tema di risarcimento dei danni da infortuni sul lavoro e malattie professionali, ove siano accertati un danno all'integrità fisica del lavoratore, sia l'addebilità di tale danno all'insufficiente predisposizione di strumenti di sicurezza in violazione di un obbligo di legge (e, quindi, l'attribuibilità al datore di lavoro di tale condotta omissiva), l'ampia locuzione usata dall'art. 2087 cod. civ. assicura il diretto accesso del lavoratore alla tutela di tutti i danni non patrimoniali, ivi incluso il danno morale, cosicché non è necessario, per superare le limitazioni imposte dall'art. 2059 cod. civ., verificare se l'interesse leso dalla condotta datoriale sia meritevole di tutela in quanto protetto a livello costituzionale, perché la protezione è già chiaramente accordata da una disposizione del codice civile.

Ai fini dell'indennizzabilità dell'infortunio, ai sensi dell'art. 2 del d.P.R. n. 1124 del 1965, è sufficiente che esso sia avvenuto in una "occasione" di lavoro, non occorrendo la derivazione da una "causa" di lavoro, sicché rilevano tutte le condizioni, anche ambientali e socio-economiche, in cui l'attività lavorativa si svolge e nelle quali è insito un rischio per il lavoratore, indipendentemente dal fatto che il rischio provenga dall'apparato produttivo, da terzi o da fatti propri del lavoratore, col solo limite, in quest'ultimo caso, del rischio elettivo, derivante da una scelta volontaria del lavoratore stesso, diretta a soddisfare esigenze personali (nella specie, la S.C. – Sez. L, n. 12779, Rv. 623308 – ha cassato la decisione di merito che aveva escluso la sussistenza di un'occasione di lavoro nel caso del ferimento di un insegnante, aggredito da un ex studente, mentre si trovava nel cortile della scuola, intento alla sorveglianza degli allievi).

L'ampia tutela del lavoratore in relazione agli infortuni è operante anche con riguardo agli infortuni *in itinere*, essendosi precisato (Sez. L, n. 11545, Rv. 623150) che, in tema di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, pur nel regime precedente l'entrata in vigore del d.lgs. n. 38 del 2000, è indennizzabile l'infortunio occorso al lavoratore *in itinere*, ove sia derivato da eventi dannosi, anche imprevedibili ed atipici, indipendenti dalla condotta volontaria dell'assicurato, atteso che il rischio inerente il percorso fatto dal lavoratore per recarsi al lavoro è protetto in quanto ricollegabile, pur in modo indiretto, allo svolgimento dell'attività lavorativa, con il solo limite del rischio elettivo (fattispecie in tema di lesioni subite a causa di scippo subito dal lavoratore *in itinere*).

***6. Potere di controllo e disciplinare.*** Due sentenze si sono occupate in modo particolare degli impianti e delle apparecchiature di

controllo del lavoratore, disciplinate, come noto, dall'art. 4 St. lav. (espressamente richiamato dall'art. 114 del d. lgs. n. 196 del 2003, e non modificato dall'art. 4 della legge n. 547 del 1993, che ha introdotto il reato di cui all'art. 615 *ter* cod. pen.).

In tema di controllo del lavoratore, Sez. L, n. 2722 (Rv. 621115), ha affermato che le garanzie procedurali imposte dall'art. 4, secondo comma, della legge n. 300 del 1970, per l'installazione di impianti e apparecchiature di controllo richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro, dai quali derivi la possibilità di verifica a distanza dell'attività dei lavoratori, trovano applicazione ai controlli, c.d. difensivi, diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori, quando, però, tali comportamenti riguardino l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro, e non, invece, quando riguardino la tutela di beni estranei al rapporto stesso. Ne consegue che esula dal campo di applicazione della norma il caso in cui il datore abbia posto in essere verifiche dirette ad accertare comportamenti del prestatore illeciti e lesivi del patrimonio e dell'immagine aziendale (in applicazione del suddetto principio, è stato ritenuto legittimo il controllo effettuato da un istituto bancario sulla posta elettronica aziendale del dipendente accusato di aver divulgato notizie riservate concernenti un cliente, e di aver posto in essere, grazie a tali informazioni, operazioni finanziarie da cui aveva tratto vantaggi propri). Sez. L, n. 16622 (Rv. 613412) ha ribadito che le garanzie procedurali imposte dall'art. 4, secondo comma, St. lav., per l'installazione di impianti ed apparecchiature di controllo richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro, ma dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, trovano applicazione anche ai controlli c.d. difensivi, ovverosia a quei controlli 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 dei beni estranei al rapporto stesso, dovendo escludersi che l'insopprimibile esigenza di evitare condotte illecite da parte dei dipendenti possa assumere portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore (la S.C. ha ritenuto correttamente motivata la sentenza impugnata, la quale aveva negato l'utilizzabilità a fini disciplinari dei dati acquisiti mediante programmi informatici che consentono il monitoraggio della posta elettronica e degli accessi Internet dei dipendenti, sul presupposto che gli stessi consentono al datore di lavoro di controllare a distanza ed in via continuativa l'attività lavorativa durante la prestazione, e di accertare se la stessa sia svolta in termini di diligenza e corretto adempimento). In motivazione, la

sentenza ha precisato che il divieto *ex* art. 4 implica che i controlli difensivi posti in essere (nella specie, con un sistema informatico che registrava le telefonate degli operatori di un *call center*), ricadono nell'ambito dell'art. 4, comma secondo, della legge n. 300 del 1970, e, fermo il rispetto delle garanzie procedurali previste, non possono impingere la sfera della prestazione lavorativa dei singoli lavoratori; qualora interferenze con quest'ultima vi siano, e non siano stati adottati dal datore di lavoro sistemi di filtraggio delle telefonate per non consentire, in ragione della previsione dell'art. 4, comma primo, di risalire all'identità del lavoratore, i relativi dati non possono essere utilizzati per provare l'inadempimento contrattuale del lavoratore medesimo.

In materia disciplinare, si segnala altra pronuncia (Sez. L, n. 7471, Rv. 622794) che ha esaminato la posizione del lavoratore che sia anche rappresentante sindacale, precisando gli obblighi di correttezza disciplinarmente rilevanti, in relazione alle dichiarazioni delle stesso lesive dell'onore del datore di lavoro. Secondo la decisione, il lavoratore che sia anche rappresentante sindacale se, quale lavoratore subordinato, è soggetto allo stesso vincolo di subordinazione degli altri dipendenti, si pone, in relazione all'attività di sindacalista, su un piano paritetico con il datore di lavoro, con esclusione di qualsiasi vincolo di subordinazione, giacché detta attività, espressione di una libertà costituzionalmente garantita dall'art. 39 Cost., in quanto diretta alla tutela degli interessi collettivi dei lavoratori nei confronti di quelli contrapposti del datore di lavoro, non può essere subordinata alla volontà di quest'ultimo. Tuttavia, l'esercizio, da parte del rappresentante sindacale, del diritto di critica, anche aspra, nei confronti del datore di lavoro (nella specie, sulla funzionalità del servizio espletato dall'impresa), sebbene garantito dagli art. 21 e 39 Cost., incontra i limiti della correttezza formale, imposti dall'esigenza, anch'essa costituzionalmente assicurata (art. 2 Cost.), di tutela della persona umana. Ne consegue che, ove tali limiti siano superati con l'attribuzione all'impresa datoriale o a suoi dirigenti di qualità apertamente disonorevoli e di riferimenti denigratori non provati, il comportamento del lavoratore può essere legittimamente sanzionato in via disciplinare.

***7. Retribuzione e contratto collettivo.*** Il lavoratore ha diritto, ai sensi dell'art. 36 Cost., a ricevere la giusta retribuzione. A tal fine, è consolidato il principio secondo il quale (Sez. L, n. 1415, Rv. 620719), in tema di determinazione della giusta retribuzione, i contratti collettivi di lavoro costituiscono solo possibili parametri orientativi, e, poiché non esiste nell'ordinamento un criterio legale di scelta in ipotesi

di plurime fonti collettive, il giudice di merito può fare riferimento al contratto collettivo aziendale anziché a quello nazionale, in quanto rispondente al principio di prossimità all'interesse oggetto di tutela, pur se peggiorativo rispetto al secondo, e pur se intervenuto in periodo successivo alla conclusione del rapporto di lavoro, diversamente introducendosi, in modo surrettizio, un principio d'inderogabilità del contratto collettivo nazionale in forza di quello aziendale, sussistente invece solo rispetto al contratto individuale, e a maggior ragione da escludere quando non è possibile riferirsi direttamente alla fonte collettiva nazionale per mancanza di bilateralità d'iscrizione e di spontanea ricezione ad opera delle parti del rapporto individuale.

Peraltro, come indicato da Sez. L, n. 6044 (Rv. 621877), i contratti collettivi aziendali sono applicabili a tutti i lavoratori dell'azienda, ancorché non iscritti alle organizzazioni sindacali stipulanti, con l'unica eccezione di quei lavoratori che, aderendo ad una organizzazione sindacale diversa, ne condividono l'esplicito dissenso dall'accordo e potrebbero addirittura essere vincolati da un accordo sindacale separato (nella specie, la S.C., affermando il principio, ha ritenuto applicabile l'accordo aziendale ad un lavoratore che, senza essere iscritto all'organizzazione stipulante, non risultava tuttavia affiliato ad un sindacato dissenziente e aveva anzi invocato l'accordo medesimo a fondamento delle sue istanze).

Con riferimento all'indennità sostitutiva delle ferie non godute, si è affermato (Sez. L, n. 11462, Rv. 623178) in relazione al carattere irrinunciabile del diritto alle ferie, garantito anche dall'art. 36 Cost. e dall'art. 7 della direttiva 2003/88/CE (v. la sentenza 20 gennaio 2009 nei procedimenti riuniti C-350/06 e C-520/06 della Corte di giustizia dell'Unione europea) che, ove in concreto le ferie non siano effettivamente fruite, anche senza responsabilità del datore di lavoro, spetta al lavoratore l'indennità sostitutiva che ha, per un verso, carattere risarcitorio, in quanto idonea a compensare il danno costituito dalla perdita di un bene (il riposo con recupero delle energie psicofisiche, la possibilità di meglio dedicarsi a relazioni familiari e sociali, l'opportunità di svolgere attività ricreative e simili) al cui soddisfacimento l'istituto delle ferie è destinato e, per altro verso, costituisce erogazione di indubbia natura retributiva, perché non solo è connessa al sinallagma caratterizzante il rapporto di lavoro, quale rapporto a prestazioni corrispettive, ma più specificamente rappresenta il corrispettivo dell'attività lavorativa resa in periodo che, pur essendo di per sé retribuito, avrebbe invece dovuto essere non lavorato perché destinato al godimento delle ferie annuali, restando indifferente l'eventuale responsabilità del datore di lavoro per il mancato godimento delle stesse. Ne consegue l'illegittimità, per contrasto con

norme imperative, delle disposizioni dei contratti collettivi che escludano il diritto del lavoratore all'equivalente economico di periodi di ferie non goduti al momento della risoluzione del rapporto, salva l'ipotesi del lavoratore che abbia disattesa la specifica offerta della fruizione del periodo di ferie da parte del datore di lavoro (nella specie, relativa ad impossibilità del lavoratore di fruire delle ferie in ragione del suo stato di malattia cui è seguita la risoluzione del rapporto, la S.C. , nell'affermare il principî su esteso, ha cassato la sentenza impugnata, che aveva escluso il diritto del lavoratore sulla base dell'art. 19, commi 8 e 15, del c.c.n.l. scuola per il quadriennio normativo 1994-1997, che subordina il diritto all'indennità sostitutiva alla mancata fruizione per esigenze di servizio).

Altro intervento interessante ha riguardato la garanzia della retribuzione prevista dall'azione verso il committente *ex* art. 1676 cod. civ. Secondo la sentenza Sez. L, n. 10439, Rv. 622923, la disposizione dell'art. 1676 cod. civ. – in base alla quale i dipendenti dell'appaltatore hanno azione diretta verso il committente, fino a concorrenza del debito del committente verso l'appaltatore, per conseguire quanto loro dovuto per l'attività prestata nell'esecuzione dell'appalto – si applica anche al subappalto di lavori pubblici, ai sensi dell'art. 141 del d.P.R. n. 554 del 1999, sia perché il subappalto è un vero e proprio contratto di appalto, seppure caratterizzato da derivazione da altro contratto di appalto, sia perché, nell'appalto e nel subappalto, ricorre la stessa esigenza di tutela dei lavoratori, onde preservarli dal rischio di inadempimento del datore di lavoro.

Quanto alla prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore, si è rilevato (Sez. L, n. 7640, Rv. 622517) che l'onere di provare la sussistenza del requisito occupazionale della stabilità reale, ai fini della decorrenza del termine in costanza di rapporto di lavoro grava sul datore di lavoro, che tale decorrenza eccepisca, dovendosi ritenere, alla luce della tutela *ex* art. 36 Cost., che la sospensione in costanza di rapporto costituisca la regola e l'immediata decorrenza l'eccezione. Né, in senso contrario, rileva il diverso principio, operante nelle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa del licenziamento, secondo il quale, a fronte della richiesta di tutela reale del lavoratore, spetta al datore di lavoro la prova dell'assenza della suddetta condizione, che rileva quale fatto impeditivo del diritto del lavoratore alla reintegrazione.

Ove si tratti poi di prescrizione presuntiva del credito retributivo da lavoro, non costituisce motivo di rigetto dell'eccezione di prescrizione, ai sensi dell'art. 2959 cod. civ., l'ammissione del debitore che l'obbligazione non è stata estinta, qualora la stessa sia resa fuori del giudizio, assumendo valore, in questo caso, solo ad

interrompere il corso della prescrizione ai sensi dell'art. 2944 cod. civ. (Sez. L, n. 9509, Rv. 622698). Ai fini dell'interruzione della prescrizione, l'intimazione scritta ad adempiere può essere validamente effettuata non solo da un legale che si dichiari incaricato dalla parte, ma anche da un mandatario o da un incaricato, alla sola condizione che il beneficiario ne intenda approfittare, e senza che occorra il rilascio in forma scritta di una procura per la costituzione in mora, potendo questa risultare anche solo da un comportamento univoco e concludente idoneo a rappresentare che l'atto è compiuto per un altro soggetto, nella cui sfera giuridica è destinato a produrre effetti (nella specie, la S.C. ha ritenuto che l'intimazione a corrispondere le differenze retributive dovute ad un lavoratore, fatta da un rappresentante sindacale che dichiari di agire nell'interesse del lavoratore, è idonea ad interrompere la prescrizione) (Sez. L, n. 7097, Rv. 622705).

In ordine al trattamento di fine rapporto, si è precisato (Sez. L, n. 11778, Rv. 623278) che il lavoratore ancora in servizio, qualora vi abbia interesse concreto ed attuale, può proporre azione di mero accertamento avente ad oggetto le quote annuali del trattamento di fine rapporto, ancorché le quote stesse non siano ancora esigibili e, come tali, non possano formare oggetto di un'azione di condanna.

Quanto al calcolo del t.f.r. ed all'onnicomprensività della retribuzione, si è ribadito (Sez. L, n. 5591, Rv. 621940) che, in tema di retribuzione nel lavoro subordinato, ai fini della determinazione della base di calcolo degli istituti indiretti (mensilità aggiuntive, ferie, malattia e infortunio), non vige nell'ordinamento un principio di onnicomprensività, sicché il compenso per lavoro straordinario va computato, a tali fini, solo ove previsto da norme specifiche o dalla disciplina collettiva. Ne consegue che, con riferimento al personale dipendente delle aziende grafiche e affini e delle aziende editoriali (nella specie, l'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato), per il calcolo della tredicesima e della quattordicesima mensilità non sono inclusi i compensi per lavoro straordinario, in quanto l'art. 19 del c.c.n.l. di settore del 1986 e l'art. 21 del c.c.n.l. di settore del 1989 (applicabili *ratione temporis*) non prevedono l'inserimento di tale compenso variabile nella base di calcolo degli istituti indiretti, né può ritenersi consentita, da parte dell'interprete, l'introduzione di un criterio "di riempimento" della clausola contrattuale. In senso diverso quanto alla configurabilità di un principio di onnicomprensività, ma con analoga soluzione del caso concreto per effetto dell'applicazione delle previsioni collettive, si è affermato (Sez. L, n. 4708, Rv. 621606) che la contrattazione collettiva può derogare al principio della omnicomprensività della retribuzione agli effetti della determinazione del trattamento di fine

rapporto, limitando la base di calcolo, anche con modalità indirette, purché con volontà chiara, ed è libera di stabilire il parametro retributivo per le mensilità aggiuntive, in ordine alle quali neppure sussiste un criterio legale tendenzialmente omnicomprensivo; pertanto, con riferimento al personale dipendente delle aziende grafiche ed editoriali (nella specie, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato), riferendosi l'art. 21 del c.c.n.l. del 1° novembre 1992 alla retribuzione per "orario normale", il trattamento di fine rapporto e la tredicesima mensilità vanno determinati, per il periodo successivo alla decorrenza del medesimo c.c.n.l., con esclusione dei compensi per lavoro straordinario.

Secondo altra pronuncia (Sez. L, n. 7987, Rv. 623009) le maggiorazioni retributive e le indennità erogate in corrispettivo di prestazioni di lavoro notturno, non occasionali, costituiscono parte integrante dell'ordinaria retribuzione globale di fatto giornaliera e, come tali, concorrono – ai sensi della nozione omnicomprensiva di retribuzione, recepita dagli art. 2120 e 2121 cod. civ., ed in assenza di deroghe introdotte successivamente all'entrata in vigore della legge n. 297 del 1982 – alla composizione della base di computo dell'indennità di anzianità e del trattamento di fine rapporto.

Infine, in tema di cosiddetto prepensionamento, si è affermato (Sez. L, n. 4425, Rv. 621409) gli incentivi all'esodo vanno determinati in conformità agli scopi perseguiti dalla singola disciplina. Ne consegue che, nel caso dell'assegno straordinario di sostegno al reddito di cui all'art. 5, comma 1, lett. *b)*, del d.m. n. 158 del 2000, mirandosi ad incentivare l'esodo con l'erogazione di un reddito pari al trattamento pensionistico netto, virtualmente determinato col computo dell'anzianità contributiva mancante, l'importo delle "ritenute di legge", che il successivo art. 10, comma 9, impone di sommare all'importo netto del trattamento pensionistico, quale componente dell'assegno straordinario, va calcolato con lo stesso criterio applicabile all'intero assegno, e cioè con l'aliquota agevolata *ex* art. 17, comma 4-*bis*, del Testo unico delle imposte sui redditi, anziché con l'aliquota ordinaria di cui all'art. 17, comma 2. (Principio affermato in fattispecie relativa ai dipendenti del Banco di Napoli).

***8. Organizzazione sindacale.*** La sentenza Sez. L, n. 3545, Rv. 621280, in tema di rappresentanze sindacali unitarie, ha precisato che l'accordo collettivo interconfederale del 22 luglio 1993 ne disciplina l'elezione a suffragio universale, per cui i lavoratori, una volta eletti, non sono più legati al sindacato nelle cui liste si sono presentati alle elezioni stesse, ma fondano la loro carica sul voto, universale e segreto, dell'intera collettività dei dipendenti aziendali. In coerenza, non è

prevista la decadenza dall'incarico per effetto delle dimissioni dell'eletto dal sindacato nelle cui liste si sia presentato, che non determinano né la perdita dei diritti sindacali connessi alla qualifica di rappresentante sindacale aziendale ed eventualmente di rappresentante della sicurezza, né la perdita dei diritti a usufruire dei permessi sindacali – anche in relazione alla diversa associazione sindacale a cui il lavoratore abbia successivamente aderito – secondo quanto previsto dagli art. 23 e 24 dello Statuto dei lavoratori.

***9. Cessazione del rapporto per dimissioni.*** Il rapporto di lavoro a tempo indeterminato può essere risolto dal lavoratore con una dichiarazione di volontà unilaterale e recettizia (dimissioni), per la quale vige il principio della libertà di forma, a meno che le parti non abbiano espressamente previsto nel contratto, collettivo o individuale, una forma convenzionale, quale la forma scritta; in tal caso, quest'ultima si presume voluta per la validità dell'atto di dimissioni, a norma dell'art. 1352 cod. civ., applicabile anche agli atti unilaterali, con la conseguenza che le dimissioni rassegnate oralmente, anziché per iscritto come richiesto dalla contrattazione collettiva applicabile (nella specie, art. 130 del c.c.n.l. 8 luglio 1982 per i dipendenti del settore turismo), sono invalide per difetto della forma *ad substantiam* (Sez. L, n. 14343, Rv. 623525). Secondo la sentenza Sez. L, n. 6342, Rv. 622142, la dichiarazione di recesso del lavoratore, una volta comunicata al datore di lavoro, è idonea *ex se* a produrre l'effetto dell'estinzione del rapporto, che è nella disponibilità delle parti, a prescindere dai motivi delle dimissioni (purché non inficiate da minaccia di licenziamento e perciò viziate come atto di volontà) ed anche in assenza di una giusta causa, atteso che l'effetto risolutorio si ricollega pur sempre, a differenza di quanto avviene per il licenziamento, all'atto negoziale del lavoratore, preclusivo di un'azione intesa alla conservazione del rapporto; ne consegue che il lavoratore a termine, receduto anticipatamente senza giusta causa, non ha diritto alla riammissione in servizio, né al pagamento delle retribuzioni fino alla scadenza naturale del rapporto, neppure qualora abbia costituito in mora il datore di lavoro.

Sempre con riferimento alla cessazione del rapporto di lavoro per dimissioni, si è precisato (Sez. L, n. 11676, Rv. 623144), in tema di dimissioni del lavoratore padre, che l'estensione delle tutele previste per il caso di licenziamento in periodo di fruizione del congedo e fino al compimento di un anno di età del bambino anche al padre lavoratore, per il caso di dimissione volontarie presentate durante il periodo di divieto di licenziamento, è condizionata alla fruizione del congedo di paternità, in quanto altrimenti il datore di lavoro, che

normalmente non conosce la situazione familiare del dipendente se non a seguito della fruizione del congedo, non potrebbe, in contrasto con il principio della certezza dei rapporti giuridici, accettare le dimissioni del lavoratore senza cautelativamente disporne la convalida dinanzi al Servizio ispettivo del Ministero del Lavoro.

***10. Licenziamento individuale.*** Con riferimento alla cessazione del rapporto per recesso datoriale, relativamente al licenziamento individuale, resta confermata la giurisprudenza relativa al licenziamento per giustificato motivo oggettivo ed al licenziamento per giusta causa, che riposa su principî ormai consolidati.

Quanto al licenziamento per **giustificato motivo oggettivo** determinato da ragioni tecniche, organizzative e produttive, compete al giudice – che non può, invece, sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost. – il controllo in ordine all'effettiva sussistenza del motivo addotto dal datore di lavoro, in ordine al quale il datore di lavoro ha l'onere di provare, anche mediante elementi presuntivi ed indiziari, l'effettività delle ragioni che giustificano l'operazione di riassetto (nella specie, il recesso era stato motivato sul presupposto della soppressione del posto cui era addetta la lavoratrice, le cui mansioni erano però state assegnate ad altra dipendente, assunta con contratto a termine per più volte, ed avente diverso inquadramento; la S.C., nell'escludere l'effettività delle ragioni indicate dal datore in ragione dell'identità delle mansioni delle lavoratrici, ha ritenuto l'illegittimità del recesso) (Sez. L, n. 7474, Rv. 622620). Si è aggiunto altresì (Sez. L, n. 11402, Rv. 623171) che, ai fini della configurabilità della soppressione del posto di lavoro integrante giustificato motivo oggettivo di licenziamento non è necessario che vengano soppresse tutte le mansioni in precedenza attribuite al lavoratore licenziato, ben potendo le stesse essere quelle prevalentemente esercitate in precedenza e quindi tali da connotare la posizione lavorativa del prestatore di lavoro; tuttavia, ove le mansioni diverse da quelle soppresse rivestano, nell'ambito del complesso dell'attività lavorativa svolta, una loro oggettiva autonomia, e non risultino quindi intimamente connesse con quelle prevalenti soppresse, può ravvisarsi la possibilità di un utilizzo parziale del lavoratore nella medesima posizione lavorativa, se del caso ridotta con l'adozione del part-time.

Con riferimento al recesso datoriale per **giusta causa**, questa (secondo Sez. L, n. 6498, Rv. 622158) deve rivestire il carattere di grave negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro e, in particolare, dell'elemento fiduciario, dovendo il giudice valutare, da un lato, la gravità dei fatti addebitati al lavoratore, in relazione alla portata

oggettiva e soggettiva dei medesimi, alle circostanze nelle quali sono stati commessi e all'intensità del profilo intenzionale, dall'altro, la proporzionalità fra tali fatti e la sanzione inflitta, per stabilire se la lesione dell'elemento fiduciario, su cui si basa la collaborazione del prestatore di lavoro, sia tale, in concreto, da giustificare la massima sanzione disciplinare; quale evento «*che non consente la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto*», la giusta causa di licenziamento integra una clausola generale, che richiede di essere concretizzata dall'interprete tramite valorizzazione dei fattori esterni relativi alla coscienza generale e dei principî tacitamente richiamati dalla norma, quindi mediante specificazioni che hanno natura giuridica e la cui disapplicazione è deducibile in sede di legittimità come violazione di legge, mentre l'accertamento della ricorrenza concreta degli elementi del parametro normativo si pone sul diverso piano del giudizio di fatto, demandato al giudice di merito e incensurabile in cassazione se privo di errori logici e giuridici. Nella specie, la Corte territoriale, nel dichiarare illegittimo per difetto di proporzionalità il licenziamento di un impiegato di banca trovato in possesso di sostanze stupefacenti, aveva evidenziato trattarsi di droghe "leggere", detenute per uso personale, e non a fini di spaccio, in circostanze di tempo e luogo compatibili con l'ipotesi del consumo non abituale; la S.C., ritenendo tale motivazione inadeguata rispetto alla clausola generale di cui all'art. 2119 cod. civ., ha cassato la sentenza.

Nella giurisprudenza di legittimità, mentre è pacifico che l'impugnativa stragiudiziale *ex* art. 6 legge n. 604 del 1966 può efficacemente essere eseguita in nome e per conto del lavoratore licenziato dal suo difensore previamente munito di apposita procura – applicandosi all'impugnativa del licenziamento, ai sensi della norma menzionata, in quanto esso costituisce un atto giuridico (non negoziale) unilaterale tra vivi a carattere patrimoniale, le norme sui contratti in quanto compatibili –, è controverso se il suddetto rappresentante abbia l'onere di comunicarla o documentarla, nel termine dell'impugnativa, al datore di lavoro, essendosi ritenuto da una pronuncia (Sez. L, n. 7866, Rv. 623057) l'assenza di un onere siffatto, salvo che il datore di lavoro non faccia richiesta dell'atto ai sensi dell'art. 1393 cod. civ., applicabile *ex* art. 1324 cod. civ. anche agli atti unilaterali (la stessa pronuncia ha affermato che, a sua volta, l'anteriorità della procura rispetto all'impugnativa manifestata dal rappresentante può dimostrarsi in giudizio con ogni mezzo), ed essendosi invece affermato da altra decisione (Sez. L, n. 15888, Rv. 623967) che, mentre deve escludersi la retroattività della ratifica dell'impugnativa fatta dal rappresentante senza poteri, anche la preventiva specifica procura o la successiva ratifica, cui è equiparata la proposizione del ricorso giudiziario con cui è impugnato il recesso

datoriale, devono essere portate a conoscenza del datore di lavoro entro il termine di decadenza applicabile all'impugnativa del licenziamento.

In tema di effettività della **reintegra** del lavoratore, si è considerato che l'ordine di reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato non è suscettibile di esecuzione specifica, in quanto l'esecuzione in forma specifica è possibile per le obbligazioni di fare di natura fungibile, mentre la reintegrazione nel posto di lavoro comporta non soltanto la riammissione del lavoratore nell'azienda (e cioè un comportamento riconducibile ad un semplice *pati*) ma anche un indispensabile ed insostituibile comportamento attivo del datore di lavoro di carattere organizzativo-funzionale, consistente, fra l'altro, nell'impartire al dipendente le opportune direttive, nell'ambito di una relazione di reciproca ed infungibile collaborazione. Ciò posto, si è rilevato che l'incoercibilità non comporta la non applicabilità della sanzione specifica prevista dall'art. 18, comma 10, in quanto quest'ultima disposizione non è collegata alla coercibilità dell'ordine di reintegrazione, ma semplicemente alla "inottemperanza" dell'ordine di reintegrazione. Si è quindi affermato che l'ordine previsto dalla norma di legge ha ad oggetto la «*reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro*» e che "reintegrare" significa "restituire in integro" la relazione del lavoratore col "posto di lavoro", in ogni suo profilo, anche non retributivo, poiché il lavoro non è solo un mezzo di sostentamento economico, ma anche una forma di accrescimento della professionalità e di affermazione dell'identità, personale e sociale, tutelata dagli art. 1, 2 e 4 Cost. Questa integralità della posizione da ripristinare insita nel concetto di reintegrazione è poi ulteriormente rafforzata dall'utilizzo della espressione "nel posto di lavoro", che esclude ogni dubbio sul fatto che la ricostruzione debba riguardare l'integralità della posizione del lavoratore e non solo i profili retributivi ed eventualmente sindacali. Ne consegue che non ottempera all'ordine giudiziale di reintegrazione del dirigente sindacale illegittimamente licenziato, e deve pagare la sanzione al Fondo adeguamento pensioni *ex* art. 18, decimo comma, St. lav., l'imprenditore il quale, facendo leva sull'incoercibilità specifica dell'ordine medesimo, si limiti a versare al lavoratore la retribuzione e a consentirgli l'ingresso in azienda per lo svolgimento dell'attività (Sez. L, n. 9965, Rv. 622978).

***11. C.i.g. e licenziamenti collettivi.*** Va preliminarmente ricordato che in caso di esuberi di personale la legge prevede una serie di oneri del datore anche in relazione ai benefici sociali previsti a sostegno dei lavoratori. Infatti, il datore di lavoro ha l'obbligo di attivare correttamente il procedimento di ammissione alla cassa

integrazione guadagni una volta appurata la sussistenza delle condizioni legittimanti ed è tenuto, ai sensi dell'art. 7 della legge n. 164 del 1975, a corrispondere ai lavoratori l'equivalente dell'integrazione salariale non percepita, ove non provi che l'inadempimento dell'obbligo di corretta attivazione (nella specie, per erronea formulazione della domanda amministrativa) non gli è imputabile *ex* art. 1218 cod. civ. (Sez. L, n. 11776, Rv. 623277). In tema di procedimento per la concessione della c.i.g.s., la comunicazione di apertura della procedura di trattamento di integrazione salariale, assolutamente generica in ordine ai criteri in base ai quali pervenire all'individuazione dei dipendenti interessati alla sospensione ed in ordine all'adozione di meccanismi di rotazione o di criteri specifici alternativi, tale da rendere impossibile qualunque valutazione coerente tra il criterio indicato e la selezione dei lavoratori da sospendere, viola l'obbligo di comunicazione previsto dall'art. 1, comma 7, della legge 23 luglio 1991, n. 223, e tale violazione non può ritenersi sanata dall'effettività del confronto con le organizzazioni sindacali, trovandosi queste ultime a dover interloquire sul tema senza essere a conoscenza del contenuto specifico dei dati da trattare (nella specie, la S.C., nel cassare la sentenza impugnata enunciando l'anzidetto principio, ha ritenuto l'illegittimità dei criteri di scelta e di rotazione dei lavoratori operate secondo le «*esigenze tecniche, organizzative e produttive*», non essendo consentito che l'individuazione dei singoli destinatari dei provvedimenti datoriali venga lasciata all'iniziativa ed al mero potere discrezionale dell'imprenditore, in quanto ciò pregiudicherebbe l'interesse dei lavoratori ad una gestione trasparente ed affidabile della mobilità e della riduzione del personale: Sez. L, n. 7459, Rv. 622618).

Il potere di recesso datoriale è, come noto, procedimentalizzato. Sotto tal profilo, in tema di collocamento in mobilità e licenziamento collettivo, la comunicazione di avvio della procedura *ex* art. 4, comma 3, della legge n. 223 del 1991 rappresenta una cadenza essenziale per la proficua partecipazione alla cogestione della crisi da parte del sindacato e per la trasparenza del processo decisionale del datore di lavoro; ne consegue che il lavoratore è legittimato a far valere l'incompletezza della comunicazione quale vizio del licenziamento e che il successivo raggiungimento di un accordo sindacale, pur essendo rilevante ai fini del giudizio retrospettivo sull'adeguatezza della comunicazione, non sana *ex se* il *deficit* informativo, atteso che il giudice di merito può accertare che il sindacato partecipò alla trattativa, sfociata nell'intesa, senza piena consapevolezza dei dati di fatto (Sez. L, n. 5582, Rv. 621791). La comunicazione in questione deve specificare i "profili professionali del personale eccedente" e non può limitarsi all'indicazione generica delle categorie di personale in esubero (operai,

intermedi, impiegati, quadri e dirigenti), non essendo tale generica indicazione sufficiente a concretizzare il piano di ristrutturazione aziendale, mentre la successiva conclusione di un accordo sindacale, nell'ambito della procedura di consultazione non sana il menzionato difetto della comunicazione iniziale se anche l'accordo non contiene la specificazione dei profili professionali dei lavoratori destinatari del licenziamento (Sez. L, n. 10424, Rv. 622971).

Si è infine precisato (Sez. L, n. 13705, Rv. 623531) che, qualora il progetto di ristrutturazione aziendale si riferisca in modo esclusivo ad una singola unità produttiva o ad uno specifico settore dell'azienda, la comparazione, al fine di individuare i lavoratori da avviare alla mobilità, può essere limitata – ove sia giustificata dalle ragioni tecnico-produttive che hanno condotto alla scelta di riduzione del personale – agli addetti delle singole unità produttive interessate alla ristrutturazione, dovendosi intendere come tali ogni articolazione dell'azienda che si caratterizzi per condizioni imprenditoriali di indipendenza tecnica e amministrativa ove si esaurisca per intero il ciclo relativo ad una frazione o ad un momento essenziale dell'attività, con esclusione delle articolazioni aziendali che abbiano funzioni ausiliari o strumentali. (Nella specie, la S.C., in applicazione dell'anzidetto principio, ha ritenuto giustificata la scelta di limitare il licenziamento ai dipendenti dell'unità che, producendo macchinari non più richiesti dal mercato, veniva chiusa, tanto più che le loro posizioni erano solo apparentemente fungibili rispetto ai dipendenti delle altre unità produttive, tutte distanti a più di duecentocinquanta chilometri).

Da ultimo, sul tema, con riferimento alla **liquidazione del danno** da licenziamento illegittimo, va ricordato (Sez. L, n. 9023, Rv. 623186) che la misura del risarcimento dovuto ai sensi dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970 n. 300 – commisurato alle retribuzioni non percepite dal lavoratore per il periodo successivo al licenziamento – non può essere ridotta, in applicazione del principio di cui all'art. 1227, secondo comma, cod. civ., con riguardo alle conseguenze dannose riferibili al tempo impiegato per la tutela giurisdizionale da parte del lavoratore, stante l'esistenza di norme che consentono ad entrambe le parti del rapporto di promuovere il giudizio ed interferire nell'attività processuale (nella specie la S.C., in accoglimento del ricorso incidentale, ha rilevato che il lavoratore aveva ritualmente messo in mora la società datrice di lavoro e che il giudice di merito aveva omesso ogni verifica con riguardo al tempo trascorso al fine di ritenere l'esistenza di una colpevole inerzia del lavoratore). Si è pure affermato sul tema (Sez. L, n. 16076, Rv. 624106) che, in tema di risarcimento del danno cui è tenuto il datore di lavoro in conseguenza del licenziamento illegittimo e con riferimento alla limitazione dello stesso

*ex* art. 1227, secondo comma cod. civ., è correttamente motivata la sentenza che riduce il danno risarcibile, in considerazione della mancata iscrizione del lavoratore nelle liste di collocamento e del mancato impegno dello stesso nella ricerca di occupazione, e che esclude il danno per il periodo successivo al decorso di un periodo di tre anni dal licenziamento, ritenendo tale periodo sufficiente – avuto riguardo alle condizioni di mercato ed a quelle soggettive del lavoratore, ed in particolare alla sua giovane età – per reperire una nuova occupazione.

***12. Trasferimento di azienda.*** In tema di trasferimento di azienda, Sez. L, n. 20422, in corso di massimazione, ha affermato che l'art. 2112 cod. civ. presuppone che il trasferimento dei beni, materiali ed immateriali, destinati all'esercizio dell'impresa – nella loro funzione unitaria e strumentale e non nella loro autonoma individualità – sia effettivo e reale, sicché non vi è un legittimo trasferimento di ramo d'azienda ove vi sia la sua creazione fittizia proprio in vista della cessione (nella specie, la corte territoriale aveva escluso l'effettività del trasferimento evidenziando non soltanto l'inconsistenza dei beni materiali ceduti, sostanzialmente inidonei a consentire lo svolgimento dell'attività produttiva del cessionario, ma anche la mancanza di autonomi rapporti tra fornitori e cessionario, la mancata attribuzione di *software* e di strumentazione informatica autonoma allo stesso – come dimostrato dalla circostanza che per accedere al sistema del preteso cessionario bisognava prima accedere alla rete *intranet* del cedente –, nonché infine la circostanza che nemmeno i lavoratori coinvolti dal trasferimento risultavano costituire un gruppo coeso per professionalità, precisi legami organizzativi preesistenti alla cessione e specifico *know how* tale da individuarli come una struttura unitaria funzionalmente idonea e non come una mera sommatoria di dipendenti; la S.C., nel confermare la sentenza impugnata, ha affermato il principio su esteso).

***13. Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.*** In materia di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, all'esito del processo di contrattualizzazione del rapporto e di devoluzione del relativo contenzioso al giudice ordinario (esaminato nella parte della *Rassegna* relativa alla giurisdizione), fondamentale, con riferimento alla costituzione del rapporto, è la distinzione tra le qualifiche ed i livelli retributivo-funzionali per i quali non è richiesto titolo di studio superiore a quello della scuola dell'obbligo e gli altri, atteso che nel primo caso l'assunzione è

effettuata sulla base di selezioni dalle liste di collocamento e di mobilità, nel secondo caso sulla base di procedura concorsuali.

La giurisprudenza di legittimità nell'anno si è occupata di entrambe le fattispecie.

13.1. Con riferimento alla prima, si è affermato che, ai sensi dell'art. 16 della legge n. 56 del 1987, e successive modificazioni, l'assunzione da parte di ente pubblico non economico di lavoratori da inquadrare nei livelli retributivo-funzionali per i quali non è richiesto titolo di studio superiore a quello della scuola dell'obbligo è effettuata sulla base di selezioni cui gli iscritti nelle liste di collocamento e di mobilità sono avviati numericamente secondo l'ordine delle graduatorie risultante dalle liste medesime. Ne consegue che coloro che sono utilmente collocati nella graduatoria hanno un diritto soggettivo all'avviamento a selezione atteso che la legge non attribuisce all'amministrazione una potestà discrezionale nell'accertamento dei relativi presupposti , trattandosi di attività meramente tecnico-esecutiva, né autorizza l'ente pubblico a sospendere l'efficacia delle graduatorie (n. 3549, Rv. 621213).

13.2. Quanto alle procedure concorsuali, le Sezioni unite hanno precisato (ord., Sez. Un., n. 8522, Rv. 622518) che, nel pubblico impiego privatizzato, l'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001 si interpreta, alla stregua dei principî enucleati dalla giurisprudenza costituzionale sull'art. 97 Cost., nel senso che le «*procedure concorsuali per l'assunzione*», riservate alla giurisdizione del giudice amministrativo, sono quelle preordinate alla costituzione *ex novo* dei rapporti di lavoro, involgente l'esercizio del relativo potere pubblico, dovendo il termine "assunzione" intendersi estensivamente, comprese le procedure riguardanti soggetti già dipendenti di pubbliche amministrazioni ove dirette a realizzare la novazione del rapporto con inquadramento qualitativamente diverso dal precedente e dovendo, di converso, il termine "concorsuale" intendersi restrittivamente con riguardo alle sole procedure caratterizzate dall'emanazione di un bando, dalla valutazione comparativa dei candidati e dalla compilazione finale di una graduatoria di merito (nella specie, in applicazione dell'enunciato principio, la S.C. ha dichiarato la giurisdizione del giudice amministrativo, trattandosi di una procedura concorsuale in senso proprio, finalizzata all'assunzione presso un consiglio regionale, seppur riservata a chi già vi avesse lavorato per un certo tempo).

Una volta espletate le procedure concorsuali, matura il diritto del candidato vincitore all'assunzione (diritto che radica la giurisdizione in capo al giudice ordinario). L'approvazione della graduatoria è, ad un

tempo, provvedimento terminale del procedimento concorsuale e atto negoziale di individuazione del contraente, da essa discendendo, per il partecipante collocatosi in posizione utile, il diritto all'assunzione e, per l'amministrazione che ha indetto il concorso, l'obbligo correlato, quest'ultimo soggetto al regime di cui all'art. 1218 cod. civ.; sicché, in caso di ritardata assunzione, spetta al vincitore del concorso il risarcimento del danno, salvo che l'ente pubblico dimostri che il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione, derivante da causa ad esso non imputabile (ord., Sez. 6-L, n. 9807, Rv. 622927).

Secondo Sez. Un., n. 16728 (Rv. 623427), non si tratta peraltro di un diritto incondizionato, essendosi precisato che il diritto del candidato vincitore all'assunzione ad assumere l'inquadramento previsto dal bando di concorso, espletato dalla P.A. per il reclutamento dei propri dipendenti, è subordinato alla permanenza, al momento dell'adozione del provvedimento di nomina, dell'assetto organizzativo degli uffici in forza del quale il bando era stato emesso.

Resta fermo invece (come ricordato da Sez. L, n. 1639, Rv. 621085) che il rapporto di lavoro subordinato instaurato da un ente pubblico non economico per i suoi fini istituzionali, affetto da nullità perché non assistito da regolare atto di nomina o addirittura vietato da norma imperativa, rientra nella sfera di applicazione dell'art. 2126 cod. civ., con conseguente diritto del lavoratore al trattamento retributivo e alla contribuzione previdenziale per il tempo in cui il rapporto stesso ha avuto materiale esecuzione.

In materia, si segnala, benché si tratti di rapporto formalmente privato, ord., Sez. 6-L, n. 3831 (Rv. 621266), la quale ha affermato, in tema di reclutamento del personale da parte di società a partecipazione pubblica totale o di controllo, che è affetta da nullità assoluta la clausola del contratto aziendale che subordini il reclutamento del personale all'esistenza di vincoli di parentela tra nuovo assunto e dipendenti dell'azienda, dovendosi ritenere che condizionare l'assunzione ad una circostanza estranea alla professionalità del lavoratore integri violazione del principio di imparzialità *ex* art. 18, comma 2, del d.l. n. 112 del 2008, conv. in legge n. 133 del 2008 (sulle società pubbliche, v. pure il cap. XIX, § 13.2).

Sempre in materia di procedure concorsuali della P.A. preordinate all'assunzione dei dipendenti, e con riferimento alla posizione degli idonei non vincitori, si è affermato (Sez. L, n. 19595, Rv. 624231) che l'istituto del cosiddetto "scorrimento della graduatoria" presuppone necessariamente una decisione dell'amministrazione di coprire il posto; pertanto l'obbligo di servirsi della graduatoria entro il termine di efficacia della stessa preclude all'amministrazione di bandire una nuova procedura concorsuale ove

decida di reclutare personale, ma non la obbliga all'assunzione dei candidati non vincitori in relazione a posti che si rendano vacanti e che l'amministrazione stessa non intenda coprire, restando inoltre escluso che la volontà dell'amministrazione di coprire il posto possa desumersi da un nuovo bando concorsuale poi annullato ovvero da assunzioni di personale a termine.

13.3. Interessanti le pronunce rese dalla Sezione Lavoro con riferimento al contratto a tempo determinato nel pubblico impiego privatizzato: in tema, si è precisato (Sez. L, n. 392, Rv. 620269) che la disciplina di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001, pur escludendo, in caso di violazione di norme imperative in materia, la conversione in contratto a tempo indeterminato, introduce un proprio e specifico regime sanzionatorio con una accentuata responsabilizzazione del dirigente pubblico e il riconoscimento del diritto al risarcimento dei danni subiti dal lavoratore e, pertanto è speciale ed alternativa rispetto alla disciplina di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 368 del 2001, ma pur sempre adeguata alla direttiva 1999/70/CE, in quanto idonea a prevenire e sanzionare l'utilizzo abusivo dei contratti a termine da parte della pubblica amministrazione. Si è quindi fatta applicazione del principio con riferimento ai lavoratori a termine del settore scolastico, affermandosi (Sez. L, n. 10127, Rv. 622748) che la disciplina del reclutamento del personale a termine del settore scolastico, contenuta nel d.lgs. n. 297 del 1994, non è stata abrogata dal d.lgs. n. 368 del 2001, essendone disposta la salvezza dall'art. 70, comma 8, del d.lgs. n. 165 del 2001, che le attribuisce un connotato di specialità, ribadito dall'art. 9, comma 18, del d.l. n. 70 del 2011, conv. in legge n. 106 del 2011, tramite la conferma dell'esclusione della conversione in contratto a tempo indeterminato dei contratti a termine stipulati per il conferimento delle supplenze. Lo speciale *corpus* normativo delle supplenze, integrato nel sistema di accesso ai ruoli *ex* art. 399 del d.lgs. n. 297 del 1994, modificato dall'art. 1 della legge n. 124 del 1999, consentendo la stipula dei contratti a termine solo per esigenze oggettive dell'attività scolastica, cui non fa riscontro alcun potere discrezionale dell'amministrazione, costituisce "norma equivalente" alle misure di cui alla direttiva 1999/70/CE e, quindi, non si pone in contrasto con la direttiva stessa, come interpretata dalla giurisprudenza comunitaria. Ne consegue che la reiterazione dei contratti a termine non conferisce al docente il diritto alla conversione in contratto a tempo indeterminato, né il diritto al risarcimento del danno, ove non risulti perpetrato, ai suoi danni, uno specifico abuso del diritto nell'assegnazione degli incarichi di supplenza.

13.4. In tema di mansioni del dipendente pubblico contrattualizzato, la sentenza Sez. Un., n. 8520 (Rv. 622465), ha affermato che la disciplina collettiva costituisce la fonte esclusiva per valutare se un dipendente sia stato assegnato a mansioni superiori, a tal fine rilevando, per gli effetti di cui all'art. 52 del d.lgs. n. 165 del 2001, l'emanazione di uno specifico ordine di servizio per un'attribuzione a titolo di supplenza, che esclude la fungibilità dell'attribuzione stessa nell'area funzionale del supplente (la pronuncia ha ritenuto che, nel sistema di classificazione del personale adottato dal c.c.n.l. del comparto Ministeri 1998-2001, la posizione economica C2 si riferisce alla direzione e al coordinamento di unità organiche, mentre la posizione economica C3 alla direzione e al coordinamento di strutture complesse nonché all'assunzione temporanea di funzioni dirigenziali in assenza del titolare; nella specie, la S.C. ha respinto il ricorso avverso la decisione di merito, che aveva riconosciuto il diritto al trattamento economico dell'area C3 del dipendente, in servizio presso un tribunale amministrativo regionale, il quale, classificato in area C2, aveva tuttavia svolto funzioni di direttore di una segreteria composta da più uffici e aveva ricevuto l'incarico, con apposito ordine di servizio, di sostituire il segretario generale in caso di impedimento del titolare).

Quanto allo svolgimento di mansioni superiori rispetto a quelle della qualifica di appartenenza, sempre nel rapporto di lavoro alle dipendenza delle pubbliche amministrazioni, lo svolgimento di mansioni superiori non ha effetto ai fini della progressione di carriera; ciò non implica tuttavia la sua irrilevanza giuridica. Si è così ritenuto (Sez. L, n. 9646, Rv. 622799) che l'indennità di buonuscita dei dipendenti statali, pur realizzando una funzione previdenziale, ha natura retributiva e, alla luce del principio di proporzionalità sancito dall'art. 36 Cost., deve essere commisurata all'ultima retribuzione anche se percepita per lo svolgimento di mansioni superiori, purché queste ultime siano esercitate, sotto il profilo qualitativo e quantitativo, con pienezza di poteri e responsabilità. Ne consegue che, ove sia stata conferita la reggenza per un posto di dirigente con attribuzione del relativo trattamento economico e tali mansioni siano state effettivamente esercitate per lungo tempo (tre anni), ai fini del contributo dell'indennità di buonuscita del dipendente, che, nel frattempo, abbia maturato i requisiti per il collocamento a riposo, si deve considerare, quale ultimo trattamento economico percepito, quello corrisposto per l'incarico svolto a titolo di reggenza.

La fattispecie del danno da revoca di incarico dirigenziale è stata esaminata da altre decisione (Sez. L, n. 4479, Rv. 622118), secondo la quale, in caso di revoca illegittima di un incarico dirigenziale da parte del datore di lavoro pubblico, il diritto del lavoratore al risarcimento

del danno non patrimoniale non può prescindere da una specifica allegazione sulla natura e sulle caratteristiche del danno medesimo, ma la sua dimostrazione in giudizio può essere fornita con tutti i mezzi offerti dall'ordinamento, assumendo peraltro precipuo rilievo la prova per presunzioni, alla luce della complessiva valutazione di precisi elementi in tal senso significativi – quali le ragioni dell'illegittimità del provvedimento di revoca, le caratteristiche, durata, gravità e conoscibilità nell'ambiente di lavoro dell'attuato demansionamento, la frustrazione di ragionevoli aspettative di progressione, le eventuali reazioni poste in essere nei confronti del datore di lavoro comprovanti l'avvenuta lesione dell'interesse relazionale – la cui isolata considerazione si risolverebbe in una lacuna del procedimento logico e valutativo seguito dal giudice di merito.

13.5. In tema di sicurezza sul lavoro, con riferimento alla responsabilità datoriale nel pubblico impiego privatizzato, si è esaminato il tema dell'individuazione del soggetto qualificabile quale datore di lavoro e, ove si tratti di magistrato, dell'applicabilità della norma derogatoria della competenza. Va ricordato in proposito l'art. 30 del d.lgs. 19 marzo 1996, n. 242 (recante *Modifiche ed integrazioni al d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626*) il quale assegnava agli organi di vertice della amministrazioni pubbliche di cui al d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, art. 1, comma 2, sessanta giorni di tempo per l'individuazione, nell'ambito dei propri uffici, delle figure di datore di lavoro ai fini della normativa sulla sicurezza. In attuazione di tale disposizione, l'art. 1, lett. *g)* del d.m. Grazia e Giustizia del 18 novembre 1996 individuò, tale figura nei capi degli uffici giudiziari e quindi, per i tribunali, nei presidenti degli stessi. Tale situazione non è mutata per effetto del d.lgs. 25 luglio 2006, n. 240, che individua le competenze dei capi degli uffici e dei dirigenti amministrativi preposti all'ufficio medesimo, il quale, pur assegnando a questi ultimi i compiti relativi alla gestione del rapporto di lavoro dei dipendenti dell'ufficio, non appare incidere sulla materia della individuazione del responsabile quanto alla sicurezza del lavoro, come del resto confermato dalla circolare 31 ottobre 2006 del Ministro di giustizia. Ciò posto, a norma dell'art. 30-*bis* cod. proc. civ., «*Le cause in cui sono comunque parti i magistrati, che, secondo le norme del presente capo sarebbero attribuite alla competenza di un ufficio giudiziario compreso nel distretto di corte d'appello in cui il magistrato esercita le proprie funzioni, sono di competenza del giudice, ugualmente competente per materia, che ha sede nel capoluogo del distretto di corte d'appello determinato ai sensi dell'art. 11 cod. proc. civ.*». Tale norma è stata dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale con la sentenza del 25 maggio 2004 n. 444, «*ad eccezione della parte riguardante le azioni civili concernenti le restituzioni e il risarcimento del*

*danno da reato, di cui sia parte un magistrato, nei termini di cui all'art. 11 cod. proc. pen.*». Sul tema, ord., Sez. 6-L, n. 2382 (Rv. 620910), ha affermato che, agli effetti della normativa sulla sicurezza dei luoghi di lavoro di cui al d.lgs. n. 626 del 1994, "datore di lavoro" del personale di un ufficio giudiziario è il capo dell'ufficio medesimo e, quindi, nel tribunale, il relativo presidente, secondo l'individuazione operata dal d.m. 18 novembre 1996, in attuazione dell'art. 30 del d.lgs. n. 242 del 1996, immutata pur a fronte delle competenze gestionali assegnate ai dirigenti amministrativi degli uffici giudiziari dal d.lgs. n. 240 del 2006. Ne consegue che, per la domanda di risarcimento del danno da reato proposta da un cancelliere di tribunale a motivo delle lesioni personali cagionategli dall'inosservanza delle norme di sicurezza sul lavoro, la competenza territoriale si determina, in deroga all'art. 413 cod. proc. civ., con riguardo al foro per le cause in cui è parte un magistrato *ex* art. 30-*bis* cod. proc. civ. e 11 cod. proc. pen., anche se, in concreto, il presidente del tribunale non sia stato sottoposto a procedimento penale.

13.6. In tema di retribuzione, nel (solo) settore pubblico, è configurabile un principio di parità retributiva: in proposito, il principio di parità di trattamento tra i lavoratori, sancito dall'art. 45 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, impone alla P.A. di remunerare in modo uguale i lavoratori che svolgano uguali mansioni. Ne consegue la legittimità della previsione del contratto collettivo che accordi ai lavoratori in posizione intermedia una progressione economica diversa e deteriore rispetto a quella prevista per i lavoratori della medesima area, ma addetti a posizioni apicali od iniziali. Sez. L, n. 3034 (Rv. 621258). Si è anche aggiunto che il principio espresso dall'art. 45 del d.lgs. n. 165 del 2001, secondo il quale le amministrazioni pubbliche garantiscono ai propri dipendenti parità di trattamento contrattuale, opera nell'ambito del sistema di inquadramento previsto dalla contrattazione collettiva e vieta trattamenti migliorativi o peggiorativi a titolo individuale, ma non costituisce parametro per giudicare le differenziazioni operate in quella sede, restando quindi vietato, non ogni trattamento differenziato per singole categorie di lavoratori, ma solo quello contrastante con specifiche previsioni normative. (Nella specie, la decisione di merito aveva ritenuto contrario al principio di parità il prolungato mantenimento di differenze nell'indennità di amministrazione corrisposta ai dipendenti del Ministero delle Infrastrutture, provenienti dai soppressi Ministeri dei Trasporti e dei Lavori Pubblici; la S.C., enunciando la massima, ha cassato la decisione) (Sez. L, n. 4971, Rv. 621602).

Sempre in tema di pubblico impiego, si è confermato che (Sez. L, n. 5959, Rv. 622210) l'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001, che riconduce il passaggio diretto di personale da amministrazioni diverse alla fattispecie della "cessione del contratto", comporta, per i dipendenti trasferiti, l'applicazione del trattamento giuridico ed economico previsto dai contratti collettivi del comparto dell'Amministrazione cessionaria, salvi gli assegni *ad personam* attribuiti al fine di rispettare il divieto di *reformatio in peius* del trattamento economico già acquisito, che sono destinati ad essere riassorbiti negli incrementi del trattamento economico complessivo spettante ai dipendenti dell'Amministrazione cessionaria.

In materia, si è peraltro confermato (Sez. L, n. 10034, Rv. 622916) che, per il personale insegnante teorico-pratico trasferito dagli enti locali nei ruoli del personale dello Stato, ai sensi dell'art. 8, comma 3, della legge n. 124 del 1999, in analogia col personale ATA (amministrativo, tecnico, ausiliario), il legislatore, come precisato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea con la sentenza del 6 settembre 2011 in procedimento C-108/10, deve attenersi allo scopo della direttiva 77/187/CEE, consistente «*nell'impedire che i lavoratori coinvolti in un trasferimento siano collocati in una posizione meno favorevole per il solo fatto del trasferimento*». Ne consegue che il giudice di merito deve valutare, ai fini dell'esercizio del potere-dovere di immediata applicazione della norma europea provvista di effetto diretto, se, all'atto del trasferimento, il lavoratore abbia subito un peggioramento retributivo sostanziale rispetto alla condizione goduta immediatamente prima del trasferimento, in base ad un apprezzamento globale, non limitato cioè ad uno specifico istituto, e senza che assumano rilievo eventuali disparità coi lavoratori che, all'atto del trasferimento, già erano in servizio presso il cessionario.

13.7. Interessanti, da ultimo, alcune pronunce in tema di indennità sostitutiva delle ferie dei dipendenti. In proposito, Sez. L, n. 17353, in corso di massimazione, che ha affermato che dal mancato godimento delle ferie – una volta divenuto impossibile per il datore di lavoro, anche senza sua colpa, adempiere l'obbligo di consentirne la fruizione – deriva il diritto del lavoratore al pagamento dell'indennità sostitutiva, che ha natura retributiva, in quanto rappresenta la corresponsione del valore di prestazioni non dovute e non restituibili in forma specifica, in misura pari alla retribuzione. Ne deriva che le clausole del contratto collettivo (nella specie, l'art. 18, comma 9, c.c.n.l. Regioni ed enti locali, triennio 1994-1997), che pur prevedono che le ferie non sono monetizzabili, vanno interpretate – in considerazione dell'irrinunciabilità del diritto alla ferie, ed in applicazione del principio

di conservazione del contratto – nel senso che, in caso di mancata fruizione delle ferie per causa non imputabile al lavoratore, non è escluso il diritto di quest'ultimo all'indennità sostitutiva.

Nello stesso senso, più recentemente, Sez. L, n. 21028, in corso di massimazione, secondo la quale, con riferimento alle ferie del lavoratore, allorché il lavoratore, assentatosi dal lavoro a causa di una lunga malattia, non abbia goduto – in tutto o in parte – delle ferie annuali di propria spettanza entro il periodo stabilito dalla contrattazione collettiva in assenza di alcuna determinazione al riguardo da parte del datore di lavoro, non può desumersi dal silenzio serbato dall'interessato alcuna rinuncia – che, comunque, sarebbe nulla per contrasto con norme imperative (art. 36 Cost. e art. 2109 cod. civ.) – e quindi il datore di lavoro è tenuto a corrispondergli la relativa indennità sostitutiva delle ferie non godute. Ne deriva che le clausole di contratti collettivi (nella specie, art. 51 del CCNL dei dipendenti ferroviari) che prevedono, nel corso del rapporto, esclusivamente il diritto al godimento delle ferie e non anche all'indennità sostitutiva, in applicazione del principio di conservazione del contratto, devono essere interpretate nel senso che in ogni caso la mancata fruizione delle ferie per causa non imputabile al lavoratore, non può escludere il diritto di quest'ultimo all'indennità sostitutiva delle ferie, in considerazione della irrinunciabilità del diritto stesso, costituzionalmente garantito.