

TRIBUNALE DI NAPOLI — 21 luglio 1983 — Pres. Baccari — Est. Amato — Fragalà e D'Errico (avv. Ferraro, Mutarelli) c. Banco di Napoli (avv. Marin, D'Acunto).

[1652/664] Lavoro (rapporto di) - Sospensione del rapporto - Diritti e doveri - Servizio militare di leva - Computabilità ai fini della progressione in carriera - Fattispecie.
(Cost., art. 52).

La sospensione della prestazione lavorativa per effetto del servizio militare, mentre pone in stato di quiescenza gli aspetti inerenti allo stretto sinallagma del rapporto, non impedisce il sorgere del diritto del lavoratore a computare il periodo di leva nell'anzianità di servizio, al fine di evitare ingiustificate discriminazioni. Ne consegue che se in sede di regolamentazione collettiva siano riconosciute a categorie costituzionalmente protette (invalidi, mutilati, ecc.), nell'ammissione ai concorsi interni, agevolazioni consistenti nella determinazione di periodi di effettivo lavoro inferiori a quelli richiesti agli altri dipendenti, l'imprenditore è tenuto, in attuazione delle finalità sottese al disposto dell'art. 52 comma 2 cost., a riconoscere analogo trattamento ai fini della progressione in carriera anche a chi ha adempiuto agli obblighi di leva (1).

(Omissis). — Le censure dedotte in appello dal Fragalà e dal D'Errico avverso le sentenze del pretore di Napoli vanno congiuntamente esaminate.

Certamente non esaustiva è la ricognizione circa la mancanza di una norma regolamentare *ad hoc* per il caso di neo-assunti che ritardino l'immissione in servizio tanto

[1652/664] (1) Servizio militare e progressione in carriera.

1. La sentenza annotata appare di particolare interesse perché affronta una tematica di notevole importanza, quella cioè relativa ai vari riflessi che il servizio militare determina nello svolgimento del rapporto lavorativo.

Al fine di meglio affrontare i difficili problemi che sul piano giuridico prospetta la fattispecie oggetto della decisione in esame conviene riassumerne brevemente gli estremi.

Due dipendenti del Banco di Napoli hanno in via giudiziaria chiesto ed ottenuto che la loro nomina a cassiere aggiunto venisse fatta risalire non all'epoca in cui, cessato il periodo di leva, avevano di fatto intrapreso la loro attività lavorativa (rispettivamente nel luglio e nel settembre 1972) ma alla precedente data in cui erano stati assunti tutti coloro che, come essi, erano risultati vincitori di concorso (e cioè all'aprile 1972).

In un successivo e distinto giudizio, quello appunto definito con la decisione commentata, gli stessi dipendenti hanno dedotto una ulteriore violazione dell'art. 52 cost., ed il mancato rispetto da parte del Banco dei principi di eguaglianza (art. 3 cost.) e di imparzialità e buona amministrazione (art. 96 e 97 cost.). Hanno infatti esposto di non avere potuto partecipare nel 1974 ad un concorso interno per la promozione al grado superiore perché l'ammissione alla relativa prova, consistente in un colloquio, richiedeva una doppia nota di « ottimo » ed il giudizio di idoneità al grado superiore, mentre essi non avevano potuto conseguire per l'anno 1972 la relativa nota di qualifica, che per disposizione regolamentare poteva essere concessa solo a coloro che avevano effettivamente espletato un periodo di servizio di almeno sei mesi.

I ricorrenti hanno dunque lamentato che la maggior parte dei colleghi, assunti nel 1972, all'esito del colloquio erano pervenuti al grado superiore ed essi avevano invece conseguito analoga promo-

da non cumulare sei mesi di lavoro effettivo nel primo anno di servizio. D'altro canto, è sostanzialmente accettabile la tesi dell'appellato Banco, secondo la quale le posizioni particolari richiamate dagli appellanti, ultragibilità o retroagibilità della nota di qualifica e situazione dei mutilati o equiparati, non soffrono applicazione analogica per l'intima eccezionalità di esse.

Queste due iniziali considerazioni, tuttavia, non possono ritenersi appaganti. Soprattutto alla luce della lettura attenta e approfondita della norma costituzionale, cardine nel problema: l'art. 52 cost. Il concetto ivi contenuto di salvaguardia della « posizione di lavoro » del cittadino chiamato alle armi deve essere inteso nel senso vasto e generico di tutela di quanto è funzionalizzato alla garanzia effettiva dell'altro rilevante principio costituzionale del diritto al lavoro (art. 4), tanto che la giurisprudenza è giunta ad affermare la rilevanza del precetto costituzionale qui invocato anche nella fase preliminare al rapporto di lavoro (così Cass., Sez. un., 2 aprile 1980 n. 2128, *Foro it.* 1980, I, 1320, che è proprio la decisione *inter partes* che

prelude al presente giudizio). L'altro parametro di riferimento concreto, per l'individuazione delle posizioni tutelate, è stato esplicitato dalla Corte costituzionale (sent. 28 luglio 1976 n. 124, *ivi* 1977, I, 23) ed è richiamato dalla citata decisione delle Sezioni unite: è l'equilibrio da trovarsi tra garanzia del lavoratore e interessi generali ove — in ultima analisi — devono intendersi ricompresi gli interessi del datore di lavoro a non vedersi accollare oneri sproporzionati tanto, ad esempio, da confliggere con altrettanti diritti costituzionalmente garantiti (art. 41 cost.)

Nell'ipotesi concreta la Corte Suprema esplicitò che, anche per colui che si trovi ancora sotto le armi, la data di assunzione deve essere quella generale di tutti gli assunti attraverso il medesimo concorso.

Il Banco appellato sollecita l'attenzione sul successivo passaggio della motivazione, che dichiara « ogni altra conseguenza » discendere naturalmente dalla prima impostazione oppure essere « ricavabile dai principi generali e dalla specifica disciplina collettiva o regolamentare del rapporto ».

zione solo nel 1979, con effetti sicuramente negativi per la loro progressione in carriera.

Il Tribunale di Napoli, riformando la decisione di primo grado, ha accolto la domanda dei ricorrenti, riconoscendo il loro diritto a partecipare « ora per allora » al colloquio, che era stato rifiutato ad essi nel 1974 per la promozione al superiore grado 9°.

2. La decisione in esame ha fatto corretta applicazione del precetto di cui al comma 2 dell'art. 52 cost., in base al quale l'adempimento del servizio militare non può pregiudicare « la posizione di lavoro » del cittadino.

Con sentenza del 16 febbraio 1962 n. 8, la Corte costituzionale, dichiarando l'illegittimità del comma 2 dell'art. 1 del d.lgs. C.p.S. 13 settembre 1946 n. 303 — ratificato con l. 5 gennaio 1953 n. 35 — in riferimento alla norma contenuta nell'art. 52 comma 2 cost., ha precisato che il concetto di « posizione di lavoro » non deve essere considerato equivalente a quello di posto di lavoro, così da attribuire alla norma costituzionale il solo significato di garanzia di conservazione dall'occupazione, ma è un concetto molto più ampio, che comprende senza dubbio anche il diritto all'indennità di anzianità, quale che sia la natura o la funzione di tale indennità e la sua misura (1).

Se lodevole è stato lo sforzo di tentare una indagine contenutistica dell'espressione « posizione di lavoro », tale tentativo però, come è stato osservato, è rimasto nelle buone intenzioni piuttosto che essere calato in una precisa formulazione (2), sicché la scarsa chiarezza ha contribuito ad alimentare dubbi ed incertezze in ordine all'effettiva incidenza del servizio militare sul rapporto di lavoro.

Ed infatti mentre un indirizzo giurisprudenziale, dando una interpretazione restrittiva alla pronunzia della Corte, ha affermato che il periodo di servizio militare è computabile solo ai fini della indennità di anzianità e non ai fini delle ferie, dei premi di anzianità e di altri aumenti retributivi periodici (3), un distinto indirizzo invece, valorizzando la portata del principio fissato nell'art. 52

(1) La sentenza n. 8 del 1962 della Corte costituzionale si legge in *Mass. giur. lav.* 1963, 9, con nota di SERMONTI, ed ancora in *Riv. giur. lav.* 1963, II, 1 ed in *Giust. civ.* 1963, II, 84.

(2) Così NALETTO, *Computabilità del periodo di leva nell'anzianità di servizio*, *Riv. dir. lav.* 1969, II, 56.

(3) Vedi al riguardo Cass. 1 marzo 1965 n. 755, *Mass. giur. lav.* 1966, 26 con nota di ZANINI, e da ultimo Pret. Lucca 25 marzo 1981, *Orient. giur. lav.* 1981, 1083, secondo cui legittimamente viene escluso dalla contrattazione collettiva il computo del servizio militare di leva ai fini degli scatti di anzianità.

Il testo suggerisce una lettura restrittiva della portata concreta dell'applicazione dell'art. 52 cost., mancando sicuramente ogni dettaglio ulteriore e specifico nella disciplina regolamentare a cui debba farsi rinvio.

Ma arrestarsi qui non è sufficiente, atteso l'esplicito e — in omaggio alla inconfutabile gerarchia delle fonti — prodromico rinvio ai principi generali dell'ordinamento. Peraltro, si deve ammettere che, a prima vista e richiamando il più ovvio e banale corollario del rapporto lavorativo — la controprestazione retributiva —, talune aree di operatività del rapporto stesso non possono dirsi coperte o garantite dalla disposizione costituzionale. È perfettamente condivisibile, infatti, che tutto quanto è attinente allo stretto sinallagma del rapporto non trovi reale operatività e non costituisca fonte di obbligazioni, laddove viene ad esser sospesa l'obbligazione della prestazione lavorativa. Al contrario, tutto quello che attiene — pur derivante da un rapporto sospeso, ma esistente — in termini di non discriminazione (in virtù della tutela costituzionale) alle posizioni egualmente scaturenti dall'esistenza del rapporto

(in termini ed ai fini dell'anzianità di servizio), deve logicamente essere preso in considerazione e viene a formare oggetto di precisi diritti del lavoratore che stia assolvendo gli obblighi di leva. La tutela dell'art. 52 si ridurrebbe a mera finzione se potesse fraporsi lo schermo ineludibile della norma collettiva o regolamentare che sbarri la strada, non già ad un'immotivata tutela, ma alla penetrante ed efficace garanzia della complessiva e completa « posizione di lavoro del cittadino ». Nel rapporto di lavoro, che è per sua natura un rapporto di durata, cioè nel quale l'esecuzione si protrae nel tempo che viene così ad assumere un rilievo strutturale nell'interdipendenza soggettiva, gli effetti futuri di atti (negozi, provvedimenti) vanno costantemente tenuti presenti e pienamente valutati al fine di non limitarsi alla verifica istantanea e montanea della legittimità/congruità dell'atto stesso che deve continuare a rispondere ai criteri di validità per esso fissato.

Si vuol dire che, pertanto, nella fattispecie in esame, una volta riscontrata l'illegittimità della nomina postdata e ricondotta quindi

comma 2 cost., è pervenuto ad opposte conclusioni in base alla considerazione che l'adempimento di un obbligo imposto dalla Costituzione non può in alcun modo incidere sulla situazione giuridica del lavoratore (4).

Il Tribunale di Napoli si inserisce con la sua decisione nel solco del secondo orientamento, che appare meritevole di essere seguito.

La disposizione dell'art. 52 cost. è stata ritenuta di immediata applicazione, tanto da essere inserita da autorevole dottrina costituzionalistica tra le c.d. norme principio, dotate oltre che di una efficacia interpretativa anche di una efficacia integrativa, da intendersi « quale capacità di offrire la regolamentazione di tutti quei casi concreti della vita reale cui non corrispondono (o non corrispondono ancora) norme specifiche » (5).

Sulla base di tale premessa e della idoneità dell'art. 52 cost. a riempire gli spazi lasciati vuoti dalla normativa sul lavoro subordinato, si è poi sostenuto che del periodo di servizio militare deve tenersi conto in relazione a tutti quegli istituti (quali ferie, trattamento per malattia, scatti periodici di retribuzione, periodo di preavviso ecc.) che per legge e per contratto sono comunque collegati all'anzianità di servizio (6).

Tale conclusione importante una interpretazione lata del concetto di « posizione di lavoro » si impone per la necessità di escludere ogni discriminazione ai danni di chi presta il servizio militare (7).

A nostro avviso, non può infatti dubitarsi che il disposto dell'art. 52 comma 2 cost. va interpre-

(4) In questi termini tra le altre App. Milano 24 settembre 1971, *Mon. trib.* 1972, 144, con nota di ALIBRANDI, *Servizio militare di leva del lavoratore e computo della durata ai fini della anzianità*; Cass. 26 giugno 1972 n. 2164, *Mass. giur. lav.* 1972, 505; Trib. Milano 29 novembre 1978, *Orient. giur. lav.* 1979, 181; Trib. Milano 27 ottobre 1979, *ivi* 1980, 40; Cass. 28 novembre 1981 n. 6373, *Giust. civ.* 1982, I, 1299.

(5) In tali esatti sensi CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, 40.

(6) Cfr. NALETTO, *op. cit.*, 59-60; SANDULLI, *Servizio militare (trattamento dei lavoratori)*, *Nuoviss. dig. it.*, vol. XVII, Torino 1970, 208-209.

(7) Vedi al riguardo NALETTO, *op. cit.*, 60-61; MOSCA, *Sulla computabilità del servizio militare di leva ai fini degli scatti di anzianità*, *Giust. civ.* 1981, I, 2106.

essa nomina al momento temporale corretto (eguale per tutti), è da questo precedente momento che iniziano a sorgere in capo ai lavoratori interessati i diritti connessi con l'anzianità.

Uno di questi, nel settore produttivo che si sta esaminando è costituito dall'attribuzione al personale delle note di qualifica, ossia il diritto a vedere valutata la propria prestazione lavorativa nei termini a cui poi si ricollegano altri diritti a contenuto economico e/o normativo.

L'autonomia contrattuale delle parti sociali, peraltro, torna a dirsi, è certamente legittimata a bilanciare gli interessi sottesi, ad escogitare istituti nuovi rispetto alle formulazioni legali (tipico il caso degli scatti di anzianità) ovvero a risistemare istituti d'origine legale soltanto tratteggiati dalla fonte primaria; tutto ciò però con un limite insormontabile dato o dalle norme inderogabili (tipologia così cara al diritto del lavoro) ovvero, in maniera definitivamente penetrante, dai precetti costituzionali.

In seconda approssimazione, non vi è ragione di limitare il campo di applicazione di

detto elementare principio testé enunciato ai soli comportamenti commissivi, ossia alle sole regole positivamente dettate dai contraenti collettivi.

Anche un comportamento omissivo, per continuare ad utilizzare terminologia di stampo penalistico, cioè che ometta di considerare (per ciò stesso venendo a ledere un imprescindibile principio di eguaglianza/non-discriminazione) una singola particolare posizione, che pure ha meritato la tutela o di norme inderogabili di legge o costituzionale, va nello stesso modo sanzionato come illegittimo.

Si è vista l'ampia prospettiva in cui va inserito l'art. 52 cost.

Spetta alle parti sociali, o — in ulteriore ipotesi — è fatto obbligo all'imprenditore di rendere effettiva quell'ampia tutela. Nella specie, così come si è fatto per funzionalizzare la ragionevole disciplina per il conferimento delle note di qualifica (e, di conseguenza, per l'esercizio di ulteriori diritti dall'attribuzione delle note scaturenti, esempio, partecipazione al colloquio per la promozione al 9° grado) a posizioni particolari,

tato in collegamento con l'art. 3 cost., e che la sua *ratio* va identificata nell'esigenza di evitare in relazione al regolamento del rapporto di lavoro una disparità di trattamento tra uomini e donne e più in generale tra chi presta, ed invece chi non, il servizio militare, non potendo l'adempimento di un obbligo, costituzionalmente imposto, fungere da elemento condizionante in senso negativo lo svolgimento del rapporto lavorativo.

Proprio a questi principi si è attenuta la normativa sul pubblico impiego, che con il comma 3 del d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3 ha puntualmente previsto che « il tempo trascorso in aspettativa per servizio militare è computato per intero ai fini della progressione in carriera, della attribuzione degli aumenti periodici di stipendio e del trattamento di quiescenza e di previdenza ».

3. Dalle considerazioni sinora svolte consegue che allorché la progressione in carriera avvenga per « automatismo », essendo collegata alla mera anzianità di servizio, non può prescindere dall'includere in tale anzianità anche il periodo di servizio militare (8).

Né tale opinione determina, sul piano pratico, inconvenienti ai fini dell'organizzazione imprenditoriale, atteso che le promozioni per automatismo vengono previste a livelli, impiegatizi od operai, solitamente modesti.

Più delicati e complessi problemi sorgono invece allorché l'avanzamento in carriera sia condizionato oltre che all'effettiva e continuativa prestazione di servizio, quale presupposto per l'acquisizione dell'esperienza e della professionalità necessarie allo svolgimento di più qualificate mansioni, anche all'espletamento di un concorso (o di altra forma di selezione) tendente ad accertare il possesso delle doti richieste per l'ottenimento della promozione.

Evidenti esigenze di efficienza aziendale impediscono in queste ipotesi l'equiparazione *tout court* al periodo lavorativo di quello trascorso nell'adempimento del servizio militare, senza però che ciò debba necessariamente importare un irreversibile pregiudizio nello svolgimento della carriera del lavoratore.

Una valorizzazione del disposto dell'art. 52 comma 2 cost. potrebbe suggerire l'accoglimento della tesi secondo cui incombe sul datore di lavoro l'obbligo di sperimentare, nei limiti di compati-

(8) Per tale opinione vedi ancora NALETTO, *op. cit.*, 60; SANDULLI, *op. cit.*, 209, nota 3; PERA, *Computabilità del servizio militare di leva nell'anzianità del lavoratore*, *Giust. civ.* 1982, I, 1301, che richiama, a conforto del suo assunto, il principio della parità dei lavoratori dei due sessi, osservando come altrimenti gli uomini risulterebbero ingiustamente svantaggiati.

espressione di altre situazioni soggettive pure costituzionalmente garantite (mutilati, invalidi), oppure a situazioni nelle quali si è voluto evitare una palese ed ingiustificata discriminazione (nei casi di passaggio di funzioni durante l'anno solare), così si imponeva per la efficace ed effettiva traduzione concreta del precetto dell'art. 52 cost., la prefigurazione regolamentare della particolare fattispecie del chiamato alle armi che, nel primo anno solare di servizio, prestì meno di sei mesi di attività effettiva. In via di fatto non è contestato che, almeno per l'anno successivo, Fragalà e D'Errico abbiano ottenuto la nota di « ottimo » e sian stati giudicati idonei al grado superiore, di talché restava al Banco o di ritenere sufficiente questa unica nota e giudizio (per il 1973) oppure farli fittiziamente retroagire, oppure ricavare un diverso sistema che comunque non penalizzasse, sul punto, l'anzianità di servizio venutasi a maturare non dal settembre o dal luglio 1972, ma dall'aprile di quell'anno.

È, peraltro, evidente che questo diritto all'ammissione al colloquio non può di riflesso comportare ora il riconoscimento del grado

9°, in virtù a quanto sembrano indicare gli appellati — di un *id quod plerumque accidit*, riferito agli altri colleghi e rimasto assolutamente sfornito di prova.

Per altro verso non è sufficiente a negare il diritto ora menzionato la circostanza secondo la quale il regolamento del 1975 ha abolito il colloquio/concorso per il passaggio dal 10° al 9° grado rendendolo aperto per mera anzianità.

Resta, infatti, l'altra circostanza di un vero e proprio inconciliabile diritto acquisito (sulla base della disciplina precedente) dagli appellanti a quel sistema di promozione; né certo vi ostano adesso risolvibili problemi di tipo organizzativo. La categoria del diritto quesito sembra la più opportuna per individuare la posizione soggettiva del Fragalà e del D'Errico quando nel 1974 (alla vigilia del colloquio) avevano maturato i requisiti di fatto e di diritto (opportunamente integrati dagli accertamenti giudiziari del precedente e del presente giudizio) per la loro partecipazione al concorso per la promozione al 9° grado.

Nell'equilibrato contemperamento degli

lità con le esigenze vitali dell'impresa, assetti organizzativi idonei ad eliminare, o riassorbire nel tempo, i negativi riflessi sulla carriera scaturenti dall'adempimento del servizio militare, così da riportare su di una posizione di effettiva parità tutti i propri dipendenti. L'impraticabilità di questa soluzione, correlata alla ancora incompleta individuazione dei limiti del potere privato datoriale e delle conseguenze scaturenti dalla loro violazione (9), non deve far credere che allo stato rimangano per il lavoratore che ha prestato il servizio militare spazi di tutela del tutto marginali. Ed invero nei casi in cui l'imprenditore riconosca, in sede di regolamento o di analoghe procedure autolimitative dei suoi poteri, a determinate categorie di lavoratori meritevoli di particolare protezione (ad es.: donne in maternità, invalidi, ecc.) forme di agevolazioni legittimanti la partecipazione a concorsi (o ad esami) a seguito di un periodo di effettivo lavoro inferiore a quello richiesto agli altri dipendenti, tali agevolazioni vanno estese anche a chi, avendo in ossequio ad un precetto costituzionale adempiuto al servizio militare, appare egualmente meritevole di particolare tutela. Se infatti si osserva che un giudizio di compatibilità con le esigenze di efficienza aziendale è implicito nella predeterminazione di trattamenti preferenziali e si considera altresì che proprio in relazione alla tematica delle promozioni si è ormai consolidato l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale il comportamento del datore di lavoro deve attenersi ai principi di equità, buona fede ed imparzialità considerati come « clausole generali del sistema », interessanti « non soltanto l'adempimento degli obblighi tipicamente contrattuali, ma anche l'esercizio del potere discrezionale » (10), non può poi negarsi che le conclusioni a cui si è pervenuti, oltre a comportare una concreta attuazione del dettato costituzionale, rispondono ad evidenti esigenze di giustizia e di razionalità.

Esattamente dunque il Tribunale di Napoli ha riconosciuto il diritto a partecipare al colloquio per la nomina al grado nono ai due ricorrenti, sottolineando come ad essi non poteva essere negata una tutela analoga a quella assicurata nel regolamento del Banco a situazioni soggettive costituzionalmente garantite (mutilati, invalidi) ed altresì a situazioni nelle quali si era voluto evitare una palese ed ingiustificata discriminazione.

GUIDO VIDIRI

(9) Per tale problematica vedi per tutti CESSARI e DE LUCA TAMAJO, *Dal garantismo al controllo*, Milano 1982.

(10) In questi sensi tra le altre Cass. 4 gennaio 1980 n. 1, *Giur. it.* 1980, I, 1, 426; Cass. 10 aprile 1981 n. 2092, *Giust. civ. Rep.* 1981, v. *Enti pubblici*, n. 80; Cass. 27 maggio 1983 n. 3685, *Giust. civ.* 1983, I, 2267.

interessi in gioco questa appare la soluzione più equa perché rimette al Banco la definitiva valutazione di merito, consente ai lavoratori ingiustamente estromessi di dar corpo concreto alla altrimenti beffarda garanzia costituzionale.

Dunque, in riforma delle decisioni impugnate e in accoglimento della prima subordi-

nata spiegata dai ricorrenti, il Banco ora per allora deve far svolgere a costoro il colloquio negato nel 1974, dar corso alle altre valutazioni e introdurre nella graduatoria allora compilata per il passaggio dal 10° al 9° grado le posizioni del Fragalà e del D'Erri-co. (*Omissis*)