

PARTE II
GIURISPRUDENZA

Francesco Pallante (*)

LA DUBBIA INAMMISSIBILITÀ DEL REFERENDUM SUI LIMITI ALLA TUTELA REALE CONTRO I LICENZIAMENTI ILLEGITTIMI

SOMMARIO: 1. I motivi dell'inammissibilità: un quesito propositivo, non univoco e disomogeneo. — 2. Un quesito realmente propositivo? — 3. Un quesito realmente non univoco e disomogeneo? — 4. Conclusione.

1. — *I motivi dell'inammissibilità: un quesito propositivo, non univoco e disomogeneo* — La sentenza n. 26 del 2017, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile il referendum mirante ad abrogare «disposizioni in materia di licenziamenti illegittimi» (secondo l'intitolazione attribuita al quesito dall'Ufficio centrale per il referendum costituito presso la Corte di Cassazione), appoggia su una duplice argomentazione: il «carattere propositivo», anziché ablativo, del quesito (punti 5 e 6 del Considerato in diritto) e il «difetto di univocità e di omogeneità» dello stesso (punti 7-9 del Considerato in diritto).

La vicenda fattuale è agevolmente riassumibile. Il quesito presentato dai proponenti mirava all'abrogazione parziale dei commi 1, 4, 6 e 8 e integrale del comma 5 dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 (cd. Statuto dei lavoratori), così come modificati dall'art. 1, co. 42, della legge 28 giugno 2012, n. 92 (cd. legge Fornero), nonché dell'intero decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 (cd. *Jobs Act*). La prima abrogazione mirava a eliminare l'intervento legislativo che nel 2012 aveva modificato la normativa in materia di licenziamento individuale illegittimo riducendo le fattispecie di tutela reale tramite reintegrazione nel posto di lavoro e, di converso, aumentando le ipotesi di tutela obbligatoria tramite la corresponsione al lavoratore di un'indennità risarcitoria (peraltro, in misura ridotta rispetto a quanto in precedenza previsto). La seconda abrogazione aveva la finalità di ricondurre a unità il regime di garanzia dei lavoratori in caso di licenziamento illegittimo, posto che l'intervento del 2015 aveva ulteriormente spostato l'equilibrio a favore della tutela obbligatoria, anziché reale, per i

(*) Professore associato di Diritto costituzionale presso l'Università di Torino.

lavoratori assunti dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo messo in discussione. Grazie all'insieme di queste abrogazioni, in conseguenza dell'eventuale esito positivo del referendum tutti i lavoratori impiegati presso datori di lavoro con più di cinque dipendenti avrebbero ottenuto eguale trattamento giuridico – la reintegrazione nel posto di lavoro – in caso di licenziamento illegittimo, a prescindere dalla data di costituzione del rapporto lavorativo.

A giudizio della Corte, il carattere propositivo del quesito non ammesso risulterebbe dal «ritaglio» lessicale che i proponenti avrebbero voluto realizzare con riguardo, in particolare, al comma 8 dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, vale a dire la disposizione che sancisce il limite occupazionale al di sopra del quale opera la tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: più di cinque dipendenti per unità produttiva o per comune, per le imprese agricole; più di quindici dipendenti per unità produttiva o per comune, ovvero più di sessanta dipendenti nel complesso, per tutte le altre ipotesi. L'abrogazione della disciplina di carattere generale – quella valevole in tutti i casi eccetto che per le imprese agricole – avrebbe ottenuto, nelle intenzioni dei proponenti, il risultato di estendere a tutti i lavoratori la normativa originariamente prevista per i soli lavoratori agricoli, con l'effetto – dice la Corte – che un dato normativo sancito in vista di una specifica finalità (tutelare i lavoratori dipendenti da imprese agricole) sarebbe risultato rivolto a tutt'altra finalità (tutelare i lavoratori dipendenti da imprese anche non agricole). La sentenza stigmatizza con forza tale ipotesi, sino a cadere nell'eccesso argomentativo di imputare ai promotori di aver fortuitamente rinvenuto nell'art. 18 un numero, il «cinque», e di aver artificialmente operato, a partire da esso, un ritaglio normativo tale da farne «l'oggetto di una proposta al corpo elettorale di un nuovo e diverso assetto dimensionale della tutela reale» (punto 6 del Considerato in diritto): come se quel numero – il cinque, appunto – fosse stato originariamente inserito nella legge a scopo tutt'affatto diverso da quello di regolare, sia pure in un'ipotesi specifica, i limiti operativi della tutela reale.

Quanto al difetto di univocità e di omogeneità, la Corte ritiene necessario rilevare che il quesito referendario, pur unico, intendeva colpire due distinti profili della disciplina volta a tutelare i lavoratori contro i licenziamenti illegittimi: da un lato, viene infatti in rilievo il restringimento delle ipotesi di tutela reale sancito dalla legge n. 92 del 2012 con la modifica dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970; dall'altro lato, si pone invece la questione del limite occupazionale oltre il quale utilizzare tale strumento di protezione. Come si legge nella sentenza: «l'elettore [...] potrebbe de-

siderare che la reintegrazione torni a essere invocabile quale regola generale a fronte di un licenziamento illegittimo, ma resti confinata ai soli datori di lavoro che occupano più di quindici dipendenti in ciascuna unità produttiva o comune, o ne impiegano complessivamente più di sessanta. Oppure potrebbe volere che quest'ultimo limite sia ridotto, ma che, anche per tale ragione, resti invece limitato l'impiego della tutela reale, da mantenere nei casi in cui è attualmente prevista» (punto 9 del Considerato in diritto). A prescindere dalla scarsa plausibilità di tali ipotesi (1), per il momento è sufficiente rilevare che, a giudizio della Corte, l'impossibilità di pronunciarsi separatamente sulle due questioni avrebbe finito col mettere l'elettore nella condizione di «esprimere un voto bloccato su una pluralità di atti e di disposizioni diverse, con conseguente compressione della propria libertà di scelta», cosa che – come già precisato, tra le altre, nella sentenza n. 12 del 2014 – configurerebbe un ulteriore motivo di inammissibilità.

Entrambe le motivazioni addotte dalla Consulta a ragione della decisione di inammissibilità appaiono discutibili, in sé e per via delle argomentazioni attraverso cui risultano sorrette.

2. — *Un quesito realmente propositivo?* — Nell'argomentare l'inammissibilità del referendum in questione, la Corte costituzionale ne denuncia, anzitutto, il carattere propositivo.

Tale carattere risulterebbe connesso all'impiego della tecnica del ritaglio linguistico, anche se i giudici riconoscono che il ricorso a tale tecnica «non è di per sé causa di inammissibilità del quesito» (come anche già sancito, per esempio, nelle sentenze n. 47 del 1991, n. 32 del 1993 o n. 28 del 2011) e, anche, che il ritaglio «si rende a volte necessari[o] per consentire la riesplorazione di una compiuta disciplina già contenuta *in nuce* nel tessuto normativo, ma compressa per effetto dell'applicabilità delle disposizioni oggetto del referendum» (punto 5 del Considerato in diritto). Tuttavia – si sostiene nella sentenza – altro è il ritaglio volto a manipolare la normativa vigente al fine di «liberarne» potenzialità esistenti di per sé ma «imbrigliate» dalle disposizioni che si vogliono abrogare (2), altro è il ritaglio volto a manipolare la normativa vigente al fine di farne scaturire una disciplina giuridica innovativa, «da imputare diret-

(1) Così anche Arena 2017, 5-6.

(2) Come si legge nella sentenza n. 47 del 1991, gli interventi manipolativi sono ammissibili se «la situazione derivante dalla caducazione della normativa oggetto del quesito rappresenti un epilogo linearmente consequenziale» (punto 4.1. del Considerato in diritto).

tamente alla volontà propositiva di creare diritto manifestata dal corpo elettorale» (punto 5 del Considerato in diritto) (3). Insomma: la manipolazione del testo legislativo in sé nulla determina in ordine all'ammissibilità del referendum; ciò che conta è distinguere se si tratta di manipolazione propositiva (inammissibile) o di manipolazione non propositiva (ammissibile) (4).

Difficile non rilevare il carattere eminente retorico della distinzione proposta dalla Consulta (originariamente elaborata, peraltro, con riferimento alle peculiarità della legislazione elettorale). Si pensi al caso concreto oggetto della decisione in commento: è vero che il limite di cinque dipendenti, al di sopra del quale far valere la tutela reale contro tutti i casi di licenziamento illegittimo del dipendente, sarebbe stato certamente innovativo rispetto alla disciplina vigente, ma è altresì vero che – contrariamente a quel che dice la Corte – tale soglia era prevista nel tessuto normativo sui licenziamenti illegittimi come una delle possibili soglie al di sopra della quale far scattare la reintegrazione nel posto di lavoro. Com'è stato scritto, «con l'abrogazione parziale richiesta si [sarebbero rimossi] i limiti connessi per legge a una clausola considerata speciale solo per essere riferita a un novero più circoscritto di imprese (quelle agricole), ma dotata della medesima funzione di limite alla reintegrazione dei lavoratori illegittimamente licenziati» (5). Ma è la stessa Corte a riconoscerlo là dove, sia pure ad altri fini, scrive che «attraverso la soppressione di alcune parole si otterrebbe una norma del seguente tenore: "le disposizioni dei commi dal quarto al settimo si applicano al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che occupa alle sue dipendenze più di cinque dipendenti"» (punto 6 del Considerato in diritto). Pare davvero poco convincente una sentenza in cui, nel contempo, si sostiene che il limite dei cinque dipendenti fosse già presente nella legge e che l'applicazione di tale limite a tutti i lavoratori, anziché ai soli impiegati

(3) Come si legge nella sentenza n. 36 del 1997, la manipolazione è inammissibile quando si propone di introdurre una norma «che sicuramente non deriva dalla fisiologica espansione delle norme residue, o dai consueti criteri di autointegrazione dell'ordinamento» (punto 4 del Considerato in diritto).

(4) Arena 2017, 4. Va peraltro rilevato che il carattere normativo del referendum è sempre ben stato presente alla dottrina, anche qualora se ne ragionava in termini strettamente abrogativi, dal momento che, operando all'interno di un ordinamento giuridico, l'abrogazione non può mai essere considerata un fatto a sé isolato, ma implica sempre ripercussioni sulle disposizioni normative che rimangono vigenti (così Bin-Pitruzzella 2012, 157 ss., Guastini 1992, 255, Paladin 1996, 267 ss., Sorrentino 2009, 236 ss., Zagrebelsky 1988, 187 ss.).

(5) Cocozza 2017, 2.

nell'agricoltura, non configuri un'ipotesi di espansione di potenzialità già presenti nella legge (6).

A ciò va aggiunto l'ancor più grave disorientamento derivante dal passaggio della sentenza in cui si lascia intendere che, se i promotori avessero strutturato il quesito in modo tale da eliminare ogni limite numerico all'operare della tutela reale, il referendum sarebbe stato ammissibile. Così si esprime la Corte: «altro sarebbe stato se il quesito referendario avesse chiesto la integrale abrogazione del limite occupazionale, perché in questo caso si sarebbe mirato al superamento della scelta stessa del legislatore di subordinare la tutela reale a un bilanciamento con valori altri, nell'ambito di un'operazione meramente demolitoria di una certa opzione legislativa» (punto 6 del Considerato in diritto). L'affermazione pare doppiamente sorprendente.

Anzitutto, perché risulta difficilmente difendibile dal punto di vista logico, se solo si considera che, nella prospettiva dei promotori, l'obiettivo perseguito con la proposta referendaria era quello di contrastare lo scivolamento della tutela, nei casi di licenziamenti illegittimi, dalla reintegrazione al risarcimento. Così stando le cose, si comprende facilmente che per loro l'ideale sarebbe stato eliminare ogni riferimento al numero dei dipendenti impiegati e far valere in tutti i casi la reintegrazione nel posto di lavoro. Prevedere il limite dei cinque dipendenti appare, sempre dal punto di vista dei promotori, una soluzione di compromesso, che comporta la rinuncia all'integrità delle proprie convinzioni. Affermare che essi avrebbero legittimamente potuto pretendere più di quanto effettivamente richiesto, nel contempo sancendo l'illegittimità dell'aspirazione meno ampia, equivale ad affermare che il meno non sta nel più. Cosa che è – appunto – contraria alla logica (a ciò che gli studiosi dell'argomentazione giuridica chiamano ragionamento *a fortiori*) (7).

(6) Come si legge *ivi*, 9: «si può [...] affermare che la soglia dei cinque dipendenti non è arbitrariamente utilizzata perché appartenente ad altro [...], ma c'è ed è riferita alla stessa disciplina». E ancora: «le soglie esistono entrambe e trasferirle dall'una all'altra non sembra determini un *novum*, ma soltanto una differente valutazione delle esigenze che sono alla base della scelta».

(7) La contraddizione logica si attenua qualora – come fa Arena 2017, 4 – si immagini che la Corte avrebbe ammesso il referendum totalmente abrogativo della soglia numerica di operatività della tutela reale in vista, in caso di esito positivo, di un successivo immediato intervento del legislatore volto a rimodulare tale soglia nel senso segnato dall'esito del referendum, dunque al ribasso rispetto al numero di 15 (un'ipotesi simile pare prospettata anche da Calvano 2017, 3). Non è chiaro, tuttavia, come tale esigenza di integrazione normativa (che comporterebbe la reintroduzione, sia pure in misura inferiore rispetto al passato, di un limite appena abrogato per via referen-

Sorprende, inoltre, che la motivazione addotta dalla Corte a sostegno della sua posizione, anziché apprezzare lo sforzo compiuto dai proponenti nel farsi carico delle esigenze di bilanciamento tra i contrapposti valori costituzionali chiamati in causa, sostenga che sarebbe stata costituzionalmente ammissibile la proposta di superare del tutto tali esigenze. Se ne deve dedurre che – nonostante sulla vicenda convergessero valori costituzionali diversi e contrapposti (quelli espressi dai datori di lavoro, favorevoli alla tutela obbligatoria, e quelli espressi dai lavoratori dipendenti, favorevoli alla tutela reale) – per la Corte costituzionale sarebbe stato ammissibile assicurare piena prevalenza a una soltanto delle posizioni in conflitto. È sufficiente anche soltanto ricordare la dottrina che si è occupata di bilanciamento (8) per comprendere come, sul punto, la sentenza si allontani dalla prospettiva del costituzionalismo, di per sé ostile a qualsiasi assetto normativo che non rispetti, quantomeno nel suo contenuto minimo essenziale, un valore riconosciuto, sotto forma di principio, nella Costituzione. Quando, con formula evocativa, si dice che «nemico» del costituzionalismo è l'assolutismo, s'intende far riferimento non solo al sovrano, o comunque al potere politico, bensì anche ai valori/principi confluiti nella Carta costituzionale in virtù del compromesso costituente. Tanto più in società, come la nostra, basate sul pluralismo politico.

In effetti, è probabile che i giudici costituzionali si siano sentiti come «obbligati» a inserire il passaggio qui criticato nel tentativo di non creare una troppo stridente contraddizione tra l'emananda pronuncia di inammissibilità e la precedente sentenza n. 41 del 2003, che aveva ammesso una proposta di referendum totalmente abrogativo (con le sole eccezioni di lavoratori domestici, lavoratori ultrasessantenni in possesso dei requisiti pensionistici, dirigenti, lavoratori in prova) dei limiti all'operatività della tutela reale. Allora, nella sentenza con cui ammetteva la consultazione referendaria, la Consulta era stata molto chiara, non riscontrando ostacoli all'estensione pressoché generalizzata «della garanzia reale contro i licenziamenti ingiustificati ai lavoratori che attualmente, in conseguenza dei limiti numerici [...], godono esclusivamente della garanzia obbligatoria» (punto 2.3 del Considerato in diritto). Una posizione tanto netta non poteva essere facilmente smentita da una pronuncia successiva. Ecco allora – quasi come

daria) possa conciliarsi con la dottrina, peraltro contrastata, secondo la quale l'esito positivo della consultazione referendaria preclude successivi interventi legislativi di segno contrario (quanto meno, nel lasso di tempo immediatamente successivo alla consultazione stessa): così Modugno 1988, 7. Sulle peculiarità dell'abrogazione referendaria Marcenò 2013, 47 ss.

(8) Zagrebelsky 1992, 170 ss., e Morrone 2014.

un'*excusatio non petita* – il passaggio della sentenza in commento che, mentre realmente «condanna» il più blando referendum sulla tutela reale oltre i cinque dipendenti, ipoteticamente «assolve» il più radicale referendum sull'«integrale abrogazione del limite occupazionale» all'operare della reintegrazione. Risultato: nel tentativo di evitare che la sentenza del 2016 contraddicesse quella del 2003, si è finito col portare la contraddizione direttamente all'interno della sentenza in esame.

3. — *Un quesito realmente non univoco e disomogeneo?* — Collegata alla censura della propositività del quesito è la denuncia della sua non univocità e disomogeneità. È la Corte stessa a legare i due profili di inammissibilità, affermando, con considerazione suscettibile di assumere portata generale, che «il requisito della omogeneità del quesito e l'ammissibilità di operazioni manipolativo-propositive [...] sono aspetti di un'unica figura» (punto 7 del Considerato in diritto).

Dal punto di vista teorico, il passaggio sembra di non immediata evidenza, se solo si considera come non sia difficile immaginare un quesito abrogativo univoco e omogeneo esplicante effetti manipolativi: valga, a titolo d'esempio, l'ipotesi riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale nella sopra ricordata sentenza n. 41 del 2003.

Ciò che più rileva nel caso concreto, tuttavia, è la contraddittorietà delle motivazioni utilizzate dai giudici costituzionali a sostegno di tale ulteriore censura. Per un verso, infatti, la sentenza in esame riconosce che, intorno al tema dei licenziamenti illegittimi, è in atto da tempo un «animato dibattito politico» tra chi, attraverso una serie di successivi interventi legislativi, ha propugnato, e in parte ottenuto, il superamento della tutela reale sancita dallo Statuto dei lavoratori e chi, come i proponenti il referendum, vorrebbe invece invertire la rotta tornando a circoscrivere, se non del tutto eliminare, l'ambito della tutela obbligatoria (punti 8 e 9 del Considerato in diritto): due posizioni, dunque, nettamente contrapposte e distinguibili. Per altro verso, invece, la Consulta insiste sulla pluralità delle disposizioni legislative di cui si sarebbe voluta l'abrogazione, deducendone la possibile coartazione della volontà di un elettore che, in ipotesi, avesse voluto colpirne una soltanto, salvando l'altra: nello specifico, confermare il limite dei quindici dipendenti ma estendendolo anche ai lavoratori assunti dopo il 2015, in seguito all'entrata in vigore del cd. *Jobs Act*, o, al contrario, ridurre da quindici a cinque il numero dei dipendenti ma con effetto solo per i lavoratori assunti prima del 2015.

La contraddizione argomentativa è evidente: proprio mentre individua la concreta esistenza di un conflitto politico strutturato su due posizioni

limpidamente contrapposte, contemporaneamente la Corte ipotizza l'astratta configurabilità di posizioni mediane ulteriormente articolate e, dando maggior peso alle congetture che alla realtà, immagina un ipotetico elettore che, vittima delle sue contraddizioni, vorrebbe nel contempo seguire i legislatori degli ultimi anni nello «sfavore crescente [manifestato] nei confronti della tutela reale» (punto 9 del Considerato in diritto) e accodarsi ai promotori del referendum riconoscendosi nella loro volontà di «tornare» allo Statuto dei lavoratori.

Difficile seguire la Corte in queste ardite elucubrazioni, anche perché, a essere rigorosi, se ne dovrebbe dedurre che, per tutelare la libertà dell'elettore, sarebbe stata ritenuta ammissibile la proposizione di due quesiti referendari – l'uno rivolto contro l'art. 18 della legge n. 300 del 1970, come rivisto nel 2012, e l'altro contro il cd. *Jobs Act* – nonostante il rischio, in caso di approvazione del primo e non del secondo, di un ulteriore incremento nella diseguaglianza tra lavoratori assunti prima e dopo il 2015 (esito, per di più, frontalmente contrastante con la volontà dei proponenti). Assai meno complicata pare la realtà. Come è stato chiaramente scritto, il quesito referendario «veicolava un'opzione molto semplice: l'abrogazione delle disposizioni che nel tempo hanno sostituito, in una pluralità di ipotesi, la tutela obbligatoria a quella reale», con la «conseguente *reductio ad unum* della disciplina sanzionatoria per i licenziamenti illegittimi» (9). Su questo, essenzialmente, si sarebbe voluta misurare la posizione dell'elettorato (10).

Si può aggiungere che, in teoria, nulla vieta che la domanda rivolta agli elettori possa risultare univoca e omogenea pur interessando una pluralità di disposizioni di legge. Lo conferma la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale: a venire in rilievo può essere, ancora un volta, la sentenza n. 41 del 2003, nella quale si precisa che, ai fini della univocità e omogeneità della domanda, ciò che conta è che il coinvolgimento di un complesso di norme sia giustificato dalla presenza di una *ratio* unitaria. All'epoca tale *ratio* venne individuata nella «estensione della garanzia della reintegrazione e del risarcimento del danno contenuta nell'art. 18 dello Statuto dei lavora-

(9) Arena 2017, 5. Così anche Coccozza 2017, 3.

(10) C'è chi ritiene che proprio la chiarezza del quesito abbia indotto la Corte costituzionale, consapevole del prevalente orientamento dell'elettorato, a decidere per l'inammissibilità del referendum, nell'intento di togliere «le forze politiche di maggioranza [ostili alla tutela reale] da un grave "imbarazzo"»: evitare la consultazione popolare anticipando, per via legislativa, l'abrogazione delle disposizioni che ne sarebbero state oggetto o esporsi al concreto rischio di una sconfitta. L'accusa rivolta alla Corte, insomma, è di aver preso una decisione sostanzialmente politica (Arena 2017, 8).

tori» (punto 3.2 del Considerato in diritto), ed è evidente che analoga può essere considerata la *ratio* che ricorreva anche con riferimento al quesito presentato da ultimo, dal momento che lo scopo dei proponenti era proprio quello di estendere la tutela reale contro il licenziamento illegittimo anche ad alcune categorie di lavoratori esclusi: a quelli dipendenti da imprese con meno di 15 e più di 5 addetti e a quelli assunti dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 23 del 2015 (11).

Da quanto precede, risulta evidente la difficoltà del compito che grava sui promotori (12). Se è vero, infatti, che il quesito deve essere formulato in modo tale da non risultare disomogeneo, e dunque dev'essere circoscritto alle sole disposizioni legislative strettamente pertinenti (sentenza n. 16 del 1978), è altresì vero che il quesito non deve risultare nemmeno incompleto, tale cioè da lasciare in vigore disposizioni che, pur non risultando immediatamente rilevanti ai fini della realizzazione dell'intento abrogativo, possano comunque configurarsi come a queste collegate (sentenze n. 27 e n. 28 del 1981 e n. 47 del 1991). Il quesito, detto altrimenti, non deve chiedere troppo ma nemmeno troppo poco, configurandosi la disomogeneità e l'incompletezza come i due lati di una medesima, inammissibile, moneta (13): com'è stato detto, all'inammissibilità per eccesso si è, nel tempo, affiancata l'inammissibilità per difetto (14), con il risultato che i promotori si ritrovano spesso nell'impossibilità di «esercitare al meglio i compiti predittivi circa gli orientamenti di una spesso mutevole giurisprudenza costituzionale sui limiti di ammissibilità del referendum», tanto più quando si tratta, «tramite la formulazione di un quesito», di «riportare a coerenza un panorama legislativo caotico dove la produzione alluvionale di corpi normativi disorganici rende il compito dell'interprete sempre più arduo» (15).

4. — *Conclusione* — Il nodo della vicenda sembra essere la mancanza di chiarezza che connota la giurisprudenza della Corte sull'ammissibilità del referendum abrogativo.

Come sancito nelle sentenze n. 13 del 1999 e n. 33 del 2000, «la normativa di risulta» che, in esito al ritaglio lessicale, la Corte ritiene compatibile con l'art. 75 Cost. (così come da lei medesima integrato) è quella che appare frutto dello sviluppo di un «criterio specificamente esistente (sia pu-

(11) Sulla rilevanza dell'intenzione dei promotori nel giudizio di ammissibilità del referendum, cfr. Zagrebelsky, Marcenò 2012, 499-500, e Imarisio 2012.

(12) Calvano 2017, 3.

(13) Zagrebelsky, Marcenò 2012, 494-495.

(14) Chimenti 1999.

(15) Calvano 2017, 3.

re residuale) e rimasto in via di normale applicazione nella specifica parte di risulta della legge oggetto del referendum». «La ricomposizione del tessuto normativo rimanente» si deve, in altre parole, «determinare come effetto naturale e spontaneo», cosicché il testo normativo, pur sottoposto ad abrogazione, non risulti «snaturato» (così le sentenze n. 15 e n. 16 del 2008). Come non cogliere la difficoltà di trarre orientamenti pratici per le modalità di formulazione dei quesiti da indicazioni teoriche tanto vaghe da ricordare «formule esoteriche» (16)? Impossibile non andare con la mente a quanto sostenuto in dottrina circa l'«assurdità» della «ambigua» (se non «contraddittoria») giurisprudenza sul referendum sviluppatasi a partire dalla sentenza «costituente» (17) n. 16 del 1978 (18), in particolare a causa della «oscurità» dei criteri di ammissibilità elaborati dalla Corte e della «elasticità» con cui essi vengono poi utilizzati dalla Corte stessa, con il risultato di rendere il giudizio in materia non solo «incerto» ma addirittura massimamente «imprevedibile» (19).

Lo stesso richiamo dei precedenti operato dalla Consulta appare suggestivo, più che puntuale, certo in parte perché difficilmente le ipotesi referendarie si prestano a essere pacificamente sovrapposte l'una all'altra, ma senz'altro anche perché i giri di frase che ricorrono nelle diverse sentenze ben si prestano a essere «piegati» a finalità tutt'affatto diverse. Non stupisce che la sentenza in commento sia stata anche criticata per l'utilizzo poco «controllato» dei precedenti (20).

(16) Zagrebelsky, Marcenò 2012, 497-498.

(17) *Ivi*, 491. Insiste sull'incoerenza tra l'utilizzo di pronunce dichiaratamente manipolative da parte della Corte costituzionale e il divieto di operare tramite lo strumento referendario in senso manipolativo Arena 2017, 6-9.

(18) Moltissimi i commenti in dottrina, a partire da quelli di Baldassarre, Bartole, Crisafulli, Modugno, Onida, Rescigno e Tarello comparsi sul n. 1 del 1978 della *Giurisprudenza costituzionale*.

(19) I duri giudizi riportati nel testo ricorrono tutti in Zagrebelsky, Marcenò 2012, 496 e 502-504.

(20) Coccozza 2017, pp. 6-8, con riferimento in particolare alle sentenze n. 36 del 1997 (perché il quesito, nel proporre l'abrogazione dei limiti percentuali della pubblicità settimanale e oraria che poteva essere trasmessa dalla televisione pubblica, li ridefiniva utilizzando a tal fine una percentuale originariamente inserita nella legge a tutt'altro fine), n. 38 del 2000 (perché il quesito era strutturato in modo non da abrogare la disciplina vigente sulla responsabilità civile dei magistrati, ma da sostituirla con una diversa), n. 50 del 2000 (perché il quesito mirava a rimodulare la durata massima della custodia cautelare e i reati che ne giustificano l'applicazione) e n. 46 del 2003 (perché l'eventuale approvazione del quesito avrebbe esteso oltremisura l'ambito di applicazione della disciplina sui residui di prodotti tossici negli alimenti, con rilevanti implicazioni derivanti dalla conseguente estensione della connessa normativa penale).

A queste difficoltà di carattere generale, che investono l'istituto referendario in quanto tale, occorre sommare le problematichità specificamente sollevate dal quesito sulla tutela contro i licenziamenti illegittimi, in sé e con riferimento alle pronunce precedenti in materia (di cui si è sopra trattato). Sintomo evidente di tali problematichità è il passaggio della sentenza in cui si dà esplicitamente atto della sostituzione del giudice relatore ai fini della redazione delle motivazioni della sentenza. La distinzione tra ruolo del relatore e ruolo del redattore, benché espressamente prevista dalle «Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale» (art. 17, co. 4), sta conoscendo, in tempi recenti, un utilizzo relativamente più frequente e, per quanto la casistica risulti ancora piuttosto circoscritta, la dottrina è concorde nel leggervi il segnale di una radicale divergenza di opinioni (quantomeno) tra il giudice incaricato della relazione e il resto del collegio giudicante. L'idea, in breve, è che tramite la sostituzione anche nel nostro ordinamento si sia fatto strada un istituto analogo all'opinione dissenziente: «quando il giudice relatore [...] rifiuti di essere anche “redattore” della decisione [...], è lecito indurre l'esistenza di un dissenso. [...] Il rifiuto è eccezionale ed è espressione patologica di malessere. È una rottura della collegialità, un modo di prendere le distanze dalla Corte, separando la propria responsabilità e dandone segno all'esterno». Poiché si tratta di «una possibilità che si configura come un privilegio del tutto casuale» (dal momento che «solo chi ha avuto in sorte di essere stato scelto come relatore può avvalersene»), si può immaginare che i giudici costituzionali non facciano ricorso a tale «privilegio» con leggerezza: quando ciò accade, dev'essere perché la divergenza di orientamenti all'interno della Corte è ampia e profonda, al punto che una parte dei giudici ritiene impossibile non darne pubblicamente conto (21).

A rendere ulteriormente delicato il ruolo della Corte nel caso concreto è, poi, stato – inutile negarlo – l'elevato tasso di politicità della questione sottoposta al suo giudizio. Pur senza addivenire alle posizioni di chi ha letto nella sentenza una decisione eminentemente politica, volta a evitare alla maggioranza di governo una nuova sconfitta nel voto popolare, dopo quella patita il 4 dicembre 2016 sul referendum costituzionale (22), è innegabile che negli ultimi decenni il tema della natura – obbligatoria o reale – da assicurare ai lavoratori in caso di licenziamento illegittimo sia divenuto fortemente simbolico, al punto da incidere sulla stessa interpretazione – svalutativa o *magis ut valeat* – della parte della Costituzione dedicata alla

(21) In argomento Zagrebelsky, Marcenò 2012, 152-156 (154 in particolare).

(22) Cfr. *supra*, nota 10.

disciplina dei rapporti economici (23). Anche con riferimento a questo profilo, il rilievo vale tanto per l'istituto referendario in generale, quanto per lo specifico caso di referendum qui trattato. In generale, è stato affermato che «il referendum innesca logiche dualiste – sì o no; di qua o di là – alle quali la Corte non può sottrarsi», con la conseguenza che «in occasione della maggior parte delle decisioni assunte nella materia referendaria [la Corte costituzionale] è stata trascinata nel mezzo di forti tensioni politiche, apparendo ora agli uni ora agli altri (pro o contro i referendum) mossa da interessi di parte» (24). In specifico, è chiaro che la conquista, da parte degli operatori economici e finanziari, di una sempre maggiore libertà d'azione rispetto agli indirizzi un tempo stabiliti dalla «politica» rappresenta uno dei tratti distintivi della storia costituzionale degli ultimi trent'anni: una storia fatta di liberalizzazioni, privatizzazioni, dismissione delle partecipazioni statali, disconoscimento della centralità delle relazioni sindacali, superamento della contrattazione collettiva nazionale, precarizzazione dei rapporti di lavoro, contrazione della progressività fiscale, esplosione delle diseguaglianze economiche e sociali (25). In quest'ottica, coglie pienamente nel segno la considerazione formulata dalla difesa dei promotori, a mente della quale con il referendum si intendeva contrastare il «tentativo di ripristinare la facoltà datoriale di adottare il licenziamento *ad nutum* di codicistica memoria, scelta che il nostro ordinamen-

(23) Sui diversi modi di interpretare la Costituzione, vd. Dogliani 1982, in particolare 65 ss.

(24) Zagrebelsky, Marcenò 2012, 486.

(25) Sono i temi a cui Luciano Gallino ha dedicato gli ultimi anni della sua ricerca scientifica (per tutti Gallino 2011 e 2012). Dal punto di vista costituzionalistico, Zagrebelsky (2013) argomenta come l'impostazione costituzionale sia andata incontro a una serie di veri e propri capovolgimenti, tali per cui mentre «la Costituzione pone il lavoro a fondamento, come principio di ciò che segue e ne discende: dal lavoro, le politiche economiche; dalle politiche economiche, l'economia», «oggi, assistiamo a un mondo che, rispetto a questa sequenza, è rovesciato: dall'economia dipendono le politiche economiche; da queste i diritti e i doveri del lavoro». In argomento anche Rescigno (2017), il quale, tra l'altro, coraggiosamente si chiede: «potrebbe il Parlamento italiano stabilire un tetto massimo al reddito individuale e alla proprietà? In astratto penso di sì [...]: pensate a una legge tributaria che nel modulare la progressione dell'Irpef arriva fino al 100%, e cioè stabilisce il tetto massimo del reddito, oltre il quale tutto va allo Stato; pensate a una legge sulle successioni ereditarie che azzerà in pratica i patrimoni individuali e/o a una legge tributaria sui patrimoni costruita in modo che i patrimoni che superano un determinato tetto vengano privati del tutto della parte eccedente, che viene incamerata dallo Stato o comunque appropriata da soggetti pubblici nell'interesse pubblico. La Costituzione vieta misure di questo genere? Secondo lettera no».

to aveva definitivamente escluso sin dall'introduzione della legge n. 604 del 1966» (punto 8 del Considerato in diritto).

Tutto ciò considerato – la contraddittorietà della giurisprudenza costituzionale sul referendum, l'incertezza dei precedenti, la divergenza di opinioni interna alla Corte, la intrinseca politicità della questione e le sue implicazioni costituzionali – una domanda finale pare ragionevole: in tutti i casi in cui i due possibili esiti del giudizio di ammissibilità del referendum risultano entrambi sostenibili con argomenti tutto sommato equivalenti (o, il che è lo stesso: in tutti i casi in cui nessuno dei due possibili esiti appare in grado di imporsi con evidenza sull'altro), non sarebbe saggio che la Corte costituzionale si sottraesse a ogni sospetto di politicizzazione della contesa ammettendo la consultazione e rimettendo ogni valutazione di merito direttamente al corpo elettorale? *In dubio* – si potrebbe dire – *pro democratia*.

[CORTE COSTITUZIONALE, 27.12.2017, n. 26](#) – Pres. Grossi, Est. Lattanzi – Comitato promotore del referendum (avv.ti Angiolini, Andreoni) c. Presidente del Consiglio dei ministri (avv. Nunziata).

Licenziamento individuale – D.lgs. n. 23/2015 sul contratto a tutele crescenti – Norma sulla tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo – Referendum abrogativo – Inammissibilità della richiesta.

È inammissibile la richiesta di referendum popolare per l'abrogazione del d.lgs. 4.3.2015, n. 23 – Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti –, e dell'art. 18 della legge 20.5.1970, n. 300 (richiesta dichiarata legittima con ordinanza del 9.12.2016 dell'Ufficio centrale per il referendum, costituito presso la Corte di Cassazione). (1)

Riferimenti bibliografici

- Arena A. (2017), *Brevi considerazioni sulla discrezionalità del legislatore e sulla legge di mercato (a partire dalla lettura della sent. n. 26 del 2017)*, in *Osservatorio costituzionale della Rivista Aic*, n. 2, 1-11.
- Bin R., Pitruzzella G. (2012), *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino.
- Calvano R. (2017), *Ad impossibilia nemo tenetur. L'inammissibilità del quesito referendario sull'art. 18*, in *Menabò di Etica ed Economia*, n. 58, 1-3.
- Chimenti A. (1999), *Storia dei referendum. Dal divorzio alla riforma elettorale*, Laterza, Roma-Bari.

- Cocozza V. (2017), *Il quesito referendario sull'art. 18 della l. 300/1970 è veramente propositivo?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 1-10.
- Dogliani M. (1982), *Interpretazioni della Costituzione*, FrancoAngeli, Milano.
- Gallino L. (2011), *Finanzcapitalismo*, Einaudi, Torino.
- Gallino L. (2012), *La lotta di classe dopo la lotta di classe*, Laterza, Roma-Bari.
- Guastini R. (1992), *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino.
- Imarisio L. (2012), *Referendum elettorale e reviviscenza, tra fine intrinseco del quesito e intenzione dei proponenti*, in «*Nomos*», n. 1.
- Marcenò V. (2013), *La legge abrogata. Esistenza, validità, efficacia*, Giappichelli, Torino.
- Modugno F. (1988), voce *Abrogazione*, in *EGT*, vol. 1, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1-8.
- Morrone A. (2014), *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Giappichelli, Torino.
- Paladin L. (1996), *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna.
- Rescigno G.U. (2017), *Intorno alle costituzioni, all'economia ed altre questioni collegate*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1.
- Sorrentino F. (2009), *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padova.
- Zagrebelsky G. (1988), *Manuale di diritto costituzionale*, vol. 1, *Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino.
- Zagrebelsky G. (1992), *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino.
- Zagrebelsky G. (2013), *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'articolo 1*, Einaudi, Torino.
- Zagrebelsky G., Marcenò V. (2012), *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna.

Giuseppe Cannati (*)

ITINERARI GIURISPRUDENZIALI SUI LICENZIAMENTI «RITORSIVI-DISCRIMINATORI» E NOVITÀ NORMATIVE

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. L'indirizzo tradizionale. — 3. La giurisprudenza sull'art. 18 St. lav. novellato. — 4. Il *Jobs Act*. È proprio vero che il legislatore è riuscito a isolare le fattispecie discriminatorie da quelle ritorsive? — 5. Ritorsioni e convinzioni personali. — 6. Le sentenze di Cass. n. 14206/2013 e n. 6575/2016. — 7. Le decisioni di merito che seguono quest'ultimo indirizzo. — 8. Ancora sul licenziamento «ritorsivo-discriminatorio». Critica. — 9. Note finali sull'art. 2, d.lgs. n. 23/2015.

1. — *Premessa* — L'emancipazione del licenziamento discriminatorio dal paradigma dell'unicità del motivo illecito di cui all'art. 1345 c.c., realizzata dalla Cassazione nella sentenza n. 6575/2016, è ormai ben conosciuta (1). Il suo *dictum* ha già trovato e troverà diversi giudici di merito disposti a seguirlo, mentre è molto probabile che lo stesso Collegio di legittimità continuerà a esprimersi in senso opposto. Ed è quanto ha già fatto la Suprema Corte in alcune sentenze successive (2).

Con questo scritto s'intende offrire una panoramica sulla più recente giurisprudenza espressasi sul licenziamento discriminatorio e su quello ritorsivo. Non tutte le questioni poste da queste fattispecie naturalmente potranno essere affrontate e l'attenzione sarà rivolta solo ad alcune pro-

(*) Dottore di ricerca in Diritto del lavoro.

(1) La pronuncia è stata pubblicata in varie riviste talvolta con i contributi di chi ha più approfondito questa tematica. Vd. tra l'altro, in *RIDL*, 2016, n. 3, II, 714, con nota di M.T. Carinci, Gottardi, Tarquini; in *giustiziacivile.com*, 2016, 12 settembre, con nota di Bolego; in *DLRI*, 2016, n. 3, 855, con nota di Crotti; in *FI*, 2016, n. 5, I, 1687, con nota di Perrino. Vanno anche segnalati il saggio di Ballestrero (2016, 231), e le recenti monografie dedicate al licenziamento per motivo illecito e a quello discriminatorio di Biasi 2017 (spec. 162 ss.), e Marinelli 2017 (spec. 99 ss).

(2) Cass. 14.11.2016, n. 23149; Cass. 3.11.2016, n. 22323; Cass. 21.9.2016, n. 18508; Cass. 5.7.2016, n. 13674. Va segnalato, però, che nella prima sentenza la Suprema Corte ha ritenuto corretto il ragionamento del giudice di merito volto a svalutare la ragione espressa dal datore di lavoro, posta alla base del licenziamento.

blematiche, in gran parte sollecitate dalle recenti riforme, privilegiando peraltro il piano giurisprudenziale (3).

2. — *L'indirizzo tradizionale* — La disciplina che emerge dall'indirizzo consolidatosi da decenni è abbastanza nota. Nell'art. 1345 c.c., da applicarsi agli atti unilaterali in forza degli 1324 c.c., sono stati compresi i licenziamenti ritorsivi ovvero quelli che costituiscono un'arbitraria reazione alle condotte o agli interessi espressi dal lavoratore (o da una persona a questi legata) non graditi dal lavoratore. I licenziamenti riconducibili alle diverse ipotesi di discriminazione, tipizzate nel tempo, sarebbero a loro volta anch'essi un'esemplificazione non necessaria della più ampia fattispecie di cui si occupa l'art. 1345 c.c.

Da qui, la validità del licenziamento discriminatorio e di quello ritorsivo quando l'atto riveli un concomitante motivo lecito. Per contro, questo stesso indirizzo applica per via estensiva alle ritorsioni la seconda parte dell'art. 3, l. n. 108/1990, riguardante i licenziamenti discriminatori e, dunque, la regola dell'irrelevanza delle soglie dimensionali dell'impresa (4).

(3) Tra le questioni molto importanti che andrebbero viste, ad es., vi è quella relativa alla possibilità di trarre dall'infondatezza o dalla mancata prova della g.c. o del g.m. la dimostrazione o almeno un indizio del carattere ritorsivo/discriminatorio dell'atto. Su tale questione già ci si è soffermati in sede di commento di Cass. 8.8.2011, n. 17087, e si rinvia quindi a Cannati 2012, 332. Qui ci si limita ad aggiornare i dati già offerti segnalando le ultime decisioni meno favorevoli per i lavoratori: Cass. 22.6.2016, n. 12898; Cass. 27.2.2015, n. 3986; T. Roma 9.1.2017, in *Ilgiuslavorista.it*, 12 maggio 2017; T. Asti 22.2.2016, in *Ilgiuslavorista.it*, 2016, 6 aprile; *contra*, T. Trento 9.4.2015, in *GiustiziaCivile.com*, 2016, 12 gennaio, con nota di Bolego. Vd. anche nota 30.

(4) Cass. 3.12.2015, n. 24648, e Cass. 8.8.2011, n. 17087, e le molte altre citate in nota 2. Per completezza, si ricorda come per il licenziamento ritorsivo la dottrina abbia fornito altre ricostruzioni, come quella autorevole che predilige la visuale offerta dall'art. 1344 c.c. (Nogler 2007, 610; Lassandari 2010, 116 ss.; Bolego 2011, 207 s.; *contra*, Pera 1996, 3; nel primo senso, Tribunale S. Maria Capua V. 10.2.2015, n. 598, in *GiustiziaCivile.com*, 2016, 12 gennaio). Inoltre, sebbene richiamino la disciplina del motivo di cui all'art. 1345 c.c., per una visuale unitaria degli atti illeciti Bavaro, D'Onghia 2016, 7 ss., che evidenziano come tale disposizione e gli artt. 1343 e 1344 c.c. siano «tre facce dello stesso dogma: la nullità del negozio deriva dalla illiceità del suo presupposto». Quest'ultima impostazione è ispirata a un indirizzo giurisprudenziale formatosi soprattutto in materia di frode alla legge e in relazione a materie non sempre riguardanti il licenziamento (da ultimo, per tutte, Cass. 17.3.2015, n. 5201, e Cass. 2.5.2006, n. 10108; in materia di licenziamenti, Tribunale Trento 9.4.2015, in *GiustiziaCivile.com*, 2016, 12 gennaio). Per un recente studio che richiama invece l'ordine pubblico e la teorica delle clausole generali, Biasi 2017, 128 ss., e ivi ulteriori riferimenti.

I costi e i benefici di quest'operazione si colgono agevolmente, ma vale la pena ricordarli. Ciò ha implicato un certo vantaggio per i dipendenti delle piccole imprese colpiti da atti ritorsivi, potendo beneficiare degli effetti reintegratorio-indennitari di cui all'art. 18 St. lav. (per gli altri lavoratori vi era comunque la cd. forza espansiva di questa stessa norma). Tuttavia, una simile utilità non va enfatizzata. Anche senza l'estensione di cui si sta parlando, tali dipendenti avrebbero beneficiato degli effetti di diritto comune, i quali non sono molto lontani dalle conseguenze derivanti dalla norma statutaria (una volta respinte le letture che vi vedevano un'*astreinte*). In pari tempo, quest'impostazione ha comportato un *notevole svantaggio* per i lavoratori colpiti da licenziamenti discriminatori, poiché onerati della prova dell'esclusività del motivo discriminatorio-illecito secondo il paradigma dell'art. 1345 c.c.

Quest'assimilazione ha origine nel fatto che, per decenni, quando era vigente il recesso *ad nutum*, la sanzione per il licenziamento illecito andava trovata nelle norme di diritto comune. E, forse, un effetto di quest'impostazione è la tendenza, ancora presente, a parlare indifferentemente di licenziamento discriminatorio e di licenziamento per motivi discriminatori, favorita a dire il vero dal tenore degli artt. 4, l. n. 604/1966, e 15 St. lav. («il licenziamento *determinato da ragioni...*») (5).

Oggi, però, le cose sono molto cambiate. Ai sensi degli artt. 3, l. n. 108/1990, e 4, l. n. 604/1966, il licenziamento discriminatorio è nullo *independentemente* dalla motivazione adottata (6). Inoltre, il sistema si è arricchito delle ulteriori norme di cui si dirà, che rendono ancora più sicura la distinzione tra la fattispecie discriminatoria e quella di cui si occupa l'art. 1345 c.c. A seguito di quest'ultima evoluzione, dunque, il lavoratore deve dimostrare solo l'esistenza di una discriminazione senza dover provare an-

(5) Nel senso che le norme antidiscriminatorie avrebbero «tipizzato gran parte delle ipotesi di motivo illecito», di recente, Lepore 2014, 544; per la critica a parlare indifferentemente di licenziamenti discriminatori e di licenziamenti per motivi discriminatori, per tutti, Ballestrero 2016, 242. Vd. anche gli ultimi due Autori citati nella nota 1.

(6) Si potrebbe, è vero, distinguere la «motivazione» dai «motivi» che abbiano indotto al licenziamento e si potrebbe sostenere che queste disposizioni rendono irrilevante la sola motivazione espressa dal datore di lavoro (così Lepore 2014, 549 s.), disinteressandosi dei motivi che, a loro volta, potrebbero legittimare il piano valutativo di cui all'art. 1345 c.c. Tuttavia, l'intento del legislatore era senz'altro quello di assicurare la tutela massima contro i licenziamenti discriminatori al di là dei «motivi» che abbiano «determinato» il datore di lavoro al licenziamento (art. 2, l. n. 604/1966). E, comunque, se la motivazione adottata è irrilevante, a maggior ragione deve ritenersi irrilevante il motivo eventualmente inespresso (ma in qualche modo percettibile) dal datore di lavoro.

che l'unicità del tratto illecito e il datore di lavoro non può sperare di farla «franca» attraverso una concorrente motivazione lecita.

Al più, una certa assonanza tra tali fattispecie avrebbe potuto stimolare l'operazione inversa, cioè epurare anche il licenziamento ritorsivo dall'unicità del motivo illecito. Ma, come si vedrà in chiusura, si tratta di un piano difficilmente percorribile.

3. — *La giurisprudenza sull'art. 18 St. lav. novellato* — All'indomani della riscrittura del 2012 dell'art. 18, St. lav., che per la prima volta ha tipizzato il licenziamento per motivo illecito, la dottrina si è schierata su due posizioni opposte quanto al trattamento da riservare a esso.

Da un lato, vi è chi ha intravisto nella novella l'idea che anche la nullità di quest'ultimo licenziamento prescinde dalla motivazione addotta, sia perché la disposizione richiama il solo tratto determinante del motivo illecito e non la sua unicità, sia perché la irrilevanza di tale motivazione è enunciata in chiusura dalla norma per tutti i licenziamenti nulli. Dall'altro lato, vi è chi molto più convincentemente ha rimarcato che un conto è il licenziamento nullo *ai sensi* dell'art. 3, l. n. 108/1990, e un altro conto è il licenziamento nullo *ai sensi* dell'art. 1345 c.c. (come testualmente è indicato dall'art. 18 St. lav.), e ha altresì rilevato che il motivo illecito determinante è quello unico, svalutando così il riferimento all'irrilevanza della motivazione addotta (da considerarsi una sorta di refuso che riguarda le sole discriminazioni). Tale ultima impostazione, dunque, finisce per negare che la novella abbia introdotto una nozione autonoma, distinta da quella del diritto comune, dell'atto per motivo illecito valevole per i licenziamenti (7).

In ogni caso, la novella del 2012 non brilla per chiarezza, e ciò ha agevolato l'affermazione da parte della giurisprudenza che *nulla è cambiato*. L'ha detto molto lapidariamente la Cassazione nella sentenza n. 4506/2016 quando ha precisato che «gli enunciati principi valgono [...] anche all'esito della radicale riscrittura delle tutele a fronte del licenziamento ingiustificato o altrimenti illegittimo, in seguito all'entrata in vigore della l. n. 92 del 2012, dal momento che la disciplina del licenziamento per motivi di discriminazione non trova alcuna sostanziale modificazione nella legge citata» (8).

(7) Per gli opportuni richiami di queste due diverse posizioni, si rinvia per tutti a Barbieri 2013, 20, nota 20, e ivi ampi riferimenti, e in aggiunta Ballestrero 2015, 70. Più recentemente Biasi 2017, 166 s., e Marinelli 2017, 77 ss., e ivi ulteriori citazioni.

(8) Cass. 8.3.2016, n. 4506.

Questa stessa conclusione si legge inoltre in una pronuncia della Corte d'Appello di Roma dell'anno prima (9) e anche in una decisione del Tribunale di Asti (che va segnalata perché, a differenza delle altre, si è soffermata un po' più sulla questione) (10).

4. — *Il Jobs Act. È proprio vero che il legislatore è riuscito a isolare le fattispecie discriminatorie da quelle ritorsive?* — L'attenzione va ora spostata all'art. 2, d.lgs. n. 23/2015, e sulla tanto discussa formula secondo cui la reintegrazione opera quando il recesso è nullo perché discriminatorio ai sensi dell'art. 15 St. lav. o perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge.

È ormai noto come parte della dottrina abbia sostenuto che in tal modo i licenziamenti ritorsivi sono stati sottratti alla disciplina di cui all'art. 2, perché ivi non richiamati e perché comunque non vi sono norme che esplicitino la nullità proprio del licenziamento ritorsivo (se si eccettua l'art. 18 St. lav. che, per i neoassunti, è inapplicabile e la cui disciplina è appunto sostituita dall'art. 2). Esiste, per converso, un indirizzo opposto che è quello preferibile (11).

(9) C. App. Roma 22.5.2015, in *DeJure*.

(10) La lettura tradizionale è riproposta da T. Busto Arsizio, 29.10.2014, inedita a quanto consta; T. Milano 28.6.2014, in *GiustiziaCivile.com*, 2015, 27 aprile, con nota di Toschi; T. Roma 5.3.2015, inedita a quanto consta; T. Roma 16.10.2015, inedita a quanto consta (almeno laddove richiede che la decisione aziendale «sia univocamente motivata da un intento ritorsivo o discriminatorio nei confronti del lavoratore»), e similmente T. Biella 30.10.2015, in *Ilgiuslavorista.it*, 2016, 4 aprile. Per altre decisioni, Barbieri 2013, 20, nota 36. Il T. Asti 22.2.2016, cit., ha così motivato sul punto: «è pur vero che il primo comma del novellato art. 18 non si limita a un mero richiamo dell'art. 1345 c.c., ma richiede che il motivo sia determinante [...]». Ciò tuttavia non significa che il legislatore abbia inteso creare una nuova figura che si discosta da quella civilistica. La formulazione utilizzata dal legislatore è palesemente infelice (determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c.), ma per confutare la fondatezza della tesi è sufficiente rilevare che il legislatore ha fatto espresso richiamo all'art. 1345 c.c. che, per l'appunto, prescrive la sussistenza dei suddetti requisiti che devono congiuntamente essere presenti per l'applicabilità della norma. A tacere del fatto che diversamente si avrebbe una impressionante dilatazione in ordine alla applicabilità della fattispecie che urterebbe con l'intenzione prefissasi dal legislatore del 2012 di limitare la tutela reintegratoria». La prima parte di questa motivazione si allinea all'indirizzo più plausibile. Non convince però l'ultima parte. Dall'art. 18 emerge l'intenzione di estendere la reintegrazione a ogni ipotesi di nullità e di restringerla quando l'atto non è nullo.

(11) Ogni richiamo appare ormai superfluo vista la vastità di studi sull'argomento. In ogni caso, per la lettura restrittiva della norma, tra i tanti, Ballestrero 2016, 243;

In tal senso pare decisiva l'affermazione secondo cui l'art. 1418, c. 2, c.c. comunque prevede *espressamente* la nullità dell'atto nel caso stabilito dall'art. 1345 c.c. (12). Ed è questa l'interpretazione che si coglie tra le righe in una decisione del Tribunale di Roma dell'ottobre dello scorso anno (che già qualche mese prima era giunto a tale risultato, ma senza offrire alcun chiarimento) (13). Su tale impostazione si tornerà in chiusura.

C'è, poi, un'altra strada per allargare le maglie dell'art. 2. Essa è meno nota e merita maggiore attenzione, se non altro perché fino a oggi pare che sia completamente sfuggita ai primi commentatori della disposizione. Secondo la Cassazione, il motivo illecito, quello ritorsivo, è «contrario ai casi espressamente previsti dalla legge, pur suscettibili di interpretazione estensiva» (14): formula *sovrapponibile* al tenore dell'art. 2 («... ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge»).

È forse una coincidenza. Quanto ripetutamente precisato dalla Cassazione, però, rimane e si allinea molto bene al testo della disposizione. Si potrebbe infatti osservare che, da un lato, vi è il licenziamento nullo perché discriminatorio; dall'altro lato, esiste il licenziamento *non propriamente discriminatorio*, ma che va dichiarato nullo in quanto in qualche modo «riconducibile» a tale ipotesi, come chiarito dalla giurisprudenza.

Inoltre, nel tornare all'art. 18 St. lav., chi svaluta il richiamo dell'art. 1345 c.c. e sostiene che il motivo illecito per i licenziamenti può anche non essere unico, da quanto si è appena detto potrebbe trovare lo stimolo per leggere la riforma del 2015 su di un piano di continuità. Il legislatore delegato potrebbe aver precisato la piena assimilazione tra le due fattispecie, rimasta molto equivoca nella norma statutaria. E se così fosse, questa parte

Treu 2015, 14; Perulli 2015, 38 ss.; *contra*, Bavaro, D'Onghia 2016, 7 ss., Speciale 2015, 22 ss., e gli Autori di cui alla nota che segue.

(12) Cester 2015, 38, e Musella 2015, 32. Vd. anche Bavaro, D'Onghia 2016, 10 ss., Ballestrero 2016, 243; Romei 2015, 566 s. Ulteriori riferimenti in Biasi 2017, 172, note 226 e 227, e Marinelli 2017, 85.

(13) T. Roma 4.10.2016, in *DeJure*, e T. Roma 24.6.2016, in *GiustiziaCivile.com*, 2016, 9 novembre, con nota di Cannito. Sulla prima decisione si tornerà tra poco. Per il momento si osserva che in tale occasione si discuteva di una discriminazione compiuta ai danni di una «madre che fruiva dei congedi parentali per malattia di figlio minore dei tre anni». Al riguardo, il giudice ha precisato che «è palese che tale situazione non sia riconducibile ad alcuna delle ipotesi di discriminazione esemplificate positivamente» e ha analizzato la fattispecie nell'ottica delle ritorsioni, accertando la mancata prova dell'unicità del motivo. Nella pronuncia però non si è tenuto conto del divieto *ex art.* 54, c. 6, d.lgs. n. 151/2001.

(14) Cass. 31.3.2016, n. 6260; Cass. 8.3.2016, n. 4506; Cass. 13.10.2015, n. 20534; Cass. 27.2.2015, n. 3986.

dell'art. 2 potrebbe avere un valore ricognitivo o interpretativo dell'art. 18 circa l'irrelevanza *in tutti i casi* dell'eventuale concorrente motivo lecito (lettura questa che, tra l'altro, ridimensionerebbe in parte i problemi riguardanti l'eccesso di delega del d.lgs. n. 23/2015) (15).

Quest'ultimo percorso interpretativo, fermo restando quanto si è detto a proposito dell'art. 1418, c. 2, c.c., però, non convince, innanzitutto perché appare criticabile l'assimilazione compiuta dalla giurisprudenza secondo quanto si dirà meglio *infra*. Nel tralasciare per il momento le ragioni di questo dissenso, va comunque osservato che, se l'intenzione del legislatore del 2015 era forse quella di respingere quelle letture definite «pandiscriminatorie» dei licenziamenti determinati da motivi illeciti (16), l'operazione potrebbe non essergli riuscita perfettamente. D'altro canto, la giurisprudenza di questi ultimi decenni ha sempre trascurato l'irrelevanza della motivazione addotta dall'imprenditore più volte cristallizzata dal legislatore, ed è probabile che ciò avvenga anche per l'art. 2, d.lgs. n. 23/2015.

5. — *Ritorsioni e convinzioni personali* — Per completezza, è utile fare qualche brevissimo cenno alle norme antidiscriminatorie e soffermarsi un po' di più su di una recente proposta interpretativa.

Chi scrive ha già evidenziato come non sia possibile pensare che la ritorsione sia stata tipizzata in via autonoma dalle varie norme contenute nel diritto antidiscriminatorio che si occupano anche di tale aspetto, ma solo per presidiare i fattori già tipizzati (ad es., artt. 25, c. 2-*bis*, e 26, d.lgs. n. 198/2006). Inoltre, ho anche evidenziato che non è possibile farlo nemmeno attraverso una disposizione, come quella contenuta nell'art. 10, d.lgs. n. 276/2003, dettata in un ambito ben specifico e molto circoscritto. Lo spazio di questo scritto impone di rinviare alle considerazioni a suo tempo espresse (17).

Una particolare considerazione merita invece il licenziamento collegato alle convinzioni personali, che di per sé è discriminatorio, ma che può ave-

(15) Quanto si è appena detto coincide in parte con l'idea di Pessi (2015, 26), secondo cui, pur non potendo intervenire sui casi di nullità del licenziamento, il legislatore avrebbe dato un segnale su come andasse letta la precedente riforma. Nel senso invece che è la novella del 2012 a dover condizionare la lettura del d.lgs. n. 23/2015, Musella 2015, 30.

(16) Le parole tra virgolette sono di Ballestrero (2016, 243). In questa direzione, per tutti, anche Gottardi (2016, 729 ss.) quando ritiene che la riforma ha reso più agevole il riferimento ai rimedi contro le discriminazioni, in contrapposizione alla nullità civilistica.

(17) Cannati 2012, 331. In linea con quanto accennato, da ultimo Voza 2015, 583; *contra*, Lassandari 2010, 118 s. e 180 ss.

re dei punti di contatto con quello ritorsivo. Secondo la proposta di cui si diceva, che richiama l'art. 21 della Carta di Nizza-Strasburgo, in tale categoria si potrebbe ricondurre «oltre la discriminazione sindacale (come già avvenuto nel caso delle assunzioni discriminatorie alla Fiat) anche il trattamento sfavorevole subito dal lavoratore scomodo che dissente, protesta o rifiuta di rinunciare all'azione in giudizio; il lavoratore che manifesta cioè convinzioni personali sgradite non “consonanti” con quelle del datore di lavoro» (18).

Questa lettura va apprezzata. Va, comunque, sottolineato che, probabilmente, l'intenzione di tale dottrina era quella di far emergere quanto è spesso trascurato – molti casi di ritorsione non hanno il loro referente nell'art. 1345 c.c., ma direttamente nell'art. 2, d.lgs. n. 23/2015 – ma non di affermare che tutti i licenziamenti ritorsivi sono discriminatori.

L'ambito delle convinzioni personali e delle opinioni in effetti è molto esteso. Si pensi alle condotte punitive tenute nei riguardi di un lavoratore che sia ambientalista. Quell'ambito presidia la libertà ideologica (19) o, secondo la ricostruzione offerta dalla Corte d'Appello di Roma nel caso della Fiat, il «credo» o il «dover essere» della persona (20). E, come s'intuisce, quando si parla di atti ritorsivi, ci si trova spesso davanti ad altre situazioni.

Significativa è una sentenza del Tribunale di Ariano Irpino (21). In essa si è precisato che qui vengono in rilievo «non le mere idee che ciascuna persona esprime sui diversi fatti del vivere quotidiano, bensì le sue convinzioni politico-ideologiche, vale a dire quel bagaglio di esperienze, convincimenti ideologici, politici, morali e sociali, che concorre a formare la personalità di un individuo, differenziandolo e al tempo stesso qualificandolo come tale nella generalità dei rapporti sociali». Pertanto, secondo questa ricostruzione, una semplice opinione può non bastare.

La tematica andrebbe approfondita. Quel che è certo, comunque, è che l'atto punitivo deve aver a oggetto una questione controvertibile, che sia suscettibile di convincimenti e ricostruzioni diverse, cioè un'opinione. Non è quanto accade in diversi casi. Si pensi alla ritorsione che derivi dall'attività concorrenziale svolta da un familiare del dipendente o all'ipotesi molto più ricorrente dell'atto punitivo conseguente alla mera richiesta di pagamento dello straordinario.

Dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia proviene del resto l'osser-

(18) Ballestrero 2016, 242.

(19) Per tutti, Aimo 2007, 47, e ivi ampi richiami.

(20) C. App. Roma 9.10.2012, in *D&L*, 2012, n. 3, 661, con nota di Guariso.

(21) T. Ariano Irpino 3.2.2004, in *Giurisprudenza di merito*, 2007, n. 3, 662, con nota di Vaccari.

vazione che le ipotesi di discriminazioni predefinite dall'Ue hanno un carattere tassativo (22); e almeno la dottrina da cui si è preso lo spunto ha precisato che non vi sono elementi sufficienti per ritenere che il nostro ordinamento abbia accolto una diversa impostazione (23).

6. — *Le sentenze di Cass. n. 14206/2013 e n. 6575/2016* — A questo punto, occorre dar conto della giurisprudenza che ha abbandonato l'impostazione tradizionale.

Non molto nota è una sentenza del 2013 con cui la Cassazione aveva già affermato che l'art. 15 St. lav. «sanziona con la nullità qualsiasi patto o atto diretto a discriminare un lavoratore, tra l'altro, nell'assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari e dunque caratterizzato *ex lege* da un motivo illecito anche al di là degli specifici e ulteriori presupposti richiesti dall'art. 1345 c.c. (non occorrendo che il motivo discriminatorio sia esclusivo, né che sia comune alle parti essendo rilevante l'intento discriminatorio del solo datore di lavoro)» (24). Il *dictum* va senz'altro apprezzato, anche se il riferimento all'«intento» dell'imprenditore si scontra con la visuale oggettiva di cui si diceva, accolta dalla decisione n. 6575/2016, che su questo tema è più esauriente.

In quest'ultima pronuncia, il ragionamento espresso dalla Cassazione si basa innanzitutto sulla regola dell'irrilevanza della motivazione addotta, enunciata nell'art. 4, l. n. 604/1966, e nell'art. 15 St. lav., e in ciò il Collegio ha colto la distanza dalla teorica dei motivi e la superfluità della «mediazione dell'art. 1345 c.c.».

Inoltre, ha aggiunto il Collegio, ai sensi dell'art. 4, l. n. 125/1991, e oggi dell'art. 28, d.lgs. n. 150/2011, il lavoratore può limitarsi a fornire il riscontro di elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, idonei a presumere l'esistenza della discriminazione. Non deve, cioè, dimostrare né quelli che si chiamano i motivi, né l'assenza di eventuali e concorrenti motivi leciti.

(22) Corte di Giustizia 11.7.2006, C-13/05, *Chacón Navas*, e Corte di Giustizia 18.12.2014, C-354/13, *Karsten Kaltoft* (dove, pur richiamando il divieto di analogia e senza esprimersi su di una possibile interpretazione estensiva, è chiaramente cristallizzata la regola della tassatività). Una certa apertura verso una soluzione più duttile si può cogliere in Corte di Giustizia 17.7.2008, C-303/06, *Coleman*, nella quale, pur ribadendosi la tassatività, si afferma la possibilità di letture non restrittive; qui, però, si discuteva pur sempre di una discriminazione per disabilità, conseguente alle condizioni del figlio della lavoratrice. In tema anche Corte di Giustizia 7.7.2011, C-310/10, *Ministerul Justiției*.

(23) Ballestrero 2016, 238, e ivi ampi riferimenti. Si rinvia altresì alle note 43 e 44.

(24) Cass. 5.6.2013, n. 14206.

Infine, per la Corte, l'impossibilità di tener conto di quanto stabilito dall'art. 1345 c.c. deriva dalla distinzione tra le discriminazioni dirette e quelle indirette di cui alla Direttiva n. 76/207 poiché solo per queste ultime può rilevare una finalità legittima, come potrebbe essere un «motivo economico» che sia alla base del licenziamento.

Questi tre passaggi appaiono molto lineari e convincenti. Le riflessioni svolte da tempo da autorevole dottrina lo confermano, così come lo confermano i primi commenti di questa pronuncia (25). Salvo quanto si sta per dire, è dunque sufficiente rinviarvi.

La Cassazione fa prevalere le ragioni della parità rispetto all'interesse dell'impresa, che è proprio quanto predicato dall'art. 41 Cost., e lo fa in modo rigoroso. Quegli effetti implicano un *facere* come il mantenimento del lavoratore o della lavoratrice all'interno del proprio organico, nonostante sia antieconomico. Pertanto, se a seguito di ciò il posto di lavoro va soppresso, quando si paventano gli effetti discriminatori, l'imprenditore dovrà astenersi dal licenziamento. Egli dovrà mantenere il posto o al più dovrà escogitare altre scelte organizzative. In caso contrario rischia la massima sanzione. E su questo piano riecheggia il tema delle azioni positive.

Ma questi effetti valgono anche nella materia disciplinare. Il lavoratore che si sia reso colpevole di un illecito più o meno grave potrebbe schivare gli effetti del recesso offrendo la prova anche presuntiva della discriminazione subita. È questo un effetto ancor più intollerabile per l'impresa, ma coerente con le premesse (26).

Al quadro fin qui illustrato, secondo la Cassazione, fanno eccezione le discriminazioni indirette, perché qui sussiste il varco della finalità legittima che può aver determinato il licenziamento. In realtà, qui il discorso si fa molto più complesso rispetto a quanto è stato brevemente illustrato dalla Suprema Corte. Tra l'altro, non c'è solo l'esigenza di definire meglio i parametri della necessità e appropriatezza, ma c'è anche altro. Chi ha già commentato quella sentenza ha avvertito che, al di fuori delle discrimina-

(25) Vd. nota 1.

(26) Si pensi alla lavoratrice che per delle lievissime mancanze sia più volte ripresa dal datore di lavoro con chiare allusioni alla sua condizione di donna lavoratrice e sia anche sanzionata con una multa e che, dopo un paio di giorni, sia adibita in via stabile a mansioni più onerose, in precedenza affidate sempre agli altri colleghi di grado inferiore e con una turnazione tra loro a settimane alterne. Potrebbe accadere che la lavoratrice critichi in modo piuttosto vivace la sua nuova assegnazione e sia quindi licenziata per insubordinazione. In tal caso, potrebbe sostenersi che ella sarà legittimata a far valere il carattere discriminatorio del recesso, anche attraverso il dato statistico e con irrilevanza dell'indagine sulla finalità legittima insita nell'insubordinazione.

zioni per sesso, vi sono cause di giustificazione che operano anche per le discriminazioni dirette (27). Inoltre, anche per quelle riguardanti il sesso, vi è l'ipotesi in cui la scelta sia lecita a seguito di quel requisito essenziale che è stato enunciato sia per le discriminazioni indirette, sia più generale dall'art. 27, c. 5, d.lgs. n. 198/2006 (28).

Le questioni da esplorare sono dunque tante e non è questa la sede per farlo. Ma probabilmente è inutile procedervi poiché i profili ai quali si è accennato non sembrano inficiare i tratti fondamentali del ragionamento espresso dalla Cassazione. Semmai è più opportuno tornare sugli artt. 4, l. n. 604/1966, e 15 St. lav. e sul discorso generale che si stava facendo circa la distinzione tra fattispecie ritorsive e discriminatorie.

Il tenore di queste ultime disposizioni, come si diceva, potrebbe essere stato influenzato dall'art. 1345 c.c.; ma esse sanciscono la nullità del licenziamento indipendentemente dalla ragione addotta dall'imprenditore e, a dire il vero, non contengono alcuna distinzione tra discriminazioni dirette e indirette. E oggi queste disposizioni vanno lette congiuntamente all'impostazione ancora più chiara – il cd. *disparate impact* – che emerge dal sistema e, in particolare, dalle norme subentrate successivamente. Ed è quanto ha fatto la Suprema Corte nella sentenza da ultimo richiamata.

7. — *Le decisioni di merito che seguono quest'ultimo indirizzo* — È ora opportuno fornire una breve panoramica anche delle pronunce di merito.

Innanzitutto, va citata un'ordinanza del Tribunale di Livorno: uno dei pochi ad accorgersi della sentenza di legittimità del 2013 (29). La decisione riguardava la particolare fattispecie dei congedi parentali (art. 54, c. 6, d.lgs. n. 151/2001) e in giudizio era stato comunque paventato il carattere discriminatorio del licenziamento correlato a quei congedi. In ogni caso, il giudice toscano si è soffermato anche sulle distanze che corrono tra i licenziamenti discriminatori e ritorsivi, etichettando l'altra giurisprudenza come

(27) Come ricorda in sede di commento di questa decisione di legittimità Carinci (2016, 720 ss.).

(28) In proposito, in effetti, andrebbero fatte ulteriori riflessioni. Può accadere, ad es., che un'impresa che si occupi di pubblicità licenzi gran parte del suo personale femminile, a seguito della sopravvenuta esistenza di commesse delle sole aziende che si occupano di abbigliamento maschile. Si potrebbe parlare di un criterio apparentemente neutro se nella lettera di licenziamento sia richiamata la perdita di quelle commesse; ma se l'azienda si limita a scrivere genericamente che il suo organico non prevede più fotomodelle ed eventualmente non si costituisce in giudizio chiarendo questa motivazione, la discriminazione deve ritenersi diretta.

(29) T. Livorno 27.7.2015, in www.osservatorioidiscriminazioni.org, citato anche da Ballestrero 2016, 240, nota 23.

tralaticia, e ha rilevato l'estraneità di quelli discriminatori alla fattispecie di cui all'art. 1345 c.c.

Vi è poi una decisione resa nel 2014 dal Tribunale di Roma che ha anticipato quanto statuito dalla Cassazione nell'aprile dello scorso anno e che si è occupata di una discriminazione per età (30). In essa, subito dopo aver richiamato l'opposto indirizzo, il giudice ha posto l'attenzione sui «plurimi indici normativi [...] dai quali è desumibile una propensione del legislatore per l'abbandono della concezione soggettivistica di discriminazione, in favore di una concezione oggettivistica che guarda al solo effetto pregiudizievole dell'atto e non all'intento». Il Tribunale ha, poi, rimarcato che, quando il lavoratore ha fornito elementi idonei a integrare la presunzione di cui all'art. 4, c. 4, d.lgs. n. 216/2003, spetta al convenuto provare l'inesistenza della discriminazione. Infine, il giudice ha posto l'accento sull'art. 3, l. n. 108/1990, sia per evidenziare che la motivazione addotta dall'imprenditore non è rilevante, sia per sostenere un altro profilo. A suo giudizio, l'art. 3 «attribuisce valore indiziario di discriminazione al fatto che il datore di lavoro non abbia addotto alcuna formale motivazione del licenziamento, diversa da quella fondata sul fattore tipico di discriminazione» (31).

In seguito, nell'ottobre 2016, il giudice capitolino ha ribadito il suo indirizzo. In particolare, ha richiamato la sentenza di legittimità n. 3821/2011 e ha sottolineato che per le discriminazioni rileva il «mero fatto oggettivo che il lavoratore non avrebbe subito il trattamento sfavorevole se non si fosse trovato a integrare il fatto di rischio contemplato dall'ordinamento», mentre nel licenziamento ritorsivo occorre l'esclusività del motivo illecito (32).

Quasi del tutto analoga è infine un'ordinanza del Tribunale di Pescara che, per una discriminazione di genere, ha valorizzato anch'essa l'art. 4, l. n. 604/1966, e la decisione di legittimità n. 3821/2011 per concludere, poi, che la fattispecie discriminatoria va considerata «dimostrata nel processo se, pur provata la causa legittima del recesso *ex art.* 1, l. n. 604/66, vi sia riscontro agli atti della sussistenza del cd. fattore di rischio e del dato

(30) T. Roma 14.10.2014, in *DeJure*, che valorizza anche Cass. 8.8.2011, n. 1707, dove si rimarca come tra gli indizi a favore del lavoratore «presenta un ruolo non secondario anche la dimostrazione della inesistenza del diverso motivo addotto a giustificazione del licenziamento o di alcun motivo ragionevole». Al riguardo, vd. nota 3.

(31) In realtà, a parte il problema delle cause di giustificazioni, l'art. 3 non si occupa della prova e sancisce l'irrelevanza della stessa motivazione.

(32) T. Roma 4.10.2016, cit. Nell'ulteriore decisione T. Roma 24.6.2016, cit., è espresso questo stesso indirizzo, ma in modo meno marcato.

oggettivo» (33). È da segnalare, pur tuttavia, che nella stessa controversia a esso sottoposta, in fase di opposizione, il giudice pescarese ha evitato di richiamare questo piano e ha compiuto un altro passo indietro – molto criticabile – affermando che la prova statistica deve essere vista «in un’ottica di affiancamento agli elementi fattuali connotanti la fattispecie (o di chiarificazione, occorrendo, della loro portata)» e che tale prova non ha una efficacia «sostitutiva» (34).

Inoltre, a parte le considerazioni già svolte e quelle che si faranno, è opportuno precisare che nella sentenza del 2011, richiamata nelle pronunce del 2016 del Tribunale pescarese e di quello capitolino, la Cassazione ha convalidato un licenziamento disciplinare perché l’addebito non dissimulava una discriminazione, mentre il profilo oggettivo di tale fattispecie era stato semplicemente sottolineato dal difensore del lavoratore nei motivi di impugnazione.

In ogni caso, è evidente come i giudici di merito siano molto più propensi a seguire le orme delle pronunce di legittimità indicate nel precedente paragrafo (35). Al contrario, nelle sentenze citate in apertura, rese della Cassazione dopo l’aprile dello scorso anno, sorprende che non vi sia il minimo accenno a questo innovativo indirizzo (36).

(33) T. Pescara 2.8.2016, inedita a quanto consta. In tale ordinanza, il giudice ha, poi, escluso il profilo discriminatorio del licenziamento guardando, contraddittoriamente, alla motivazione espressa dall’imprenditore.

(34) T. Pescara 4.8.2017, inedita a quanto consta. Il Tribunale ha particolarmente valorizzato la congiunzione «anche» contenuta nell’art. 4, l. n. 125/1991, e, oggi, nell’art. 40, d.lgs. n. 198/2006 («quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti *anche* da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi...»), riprendendo pedissequamente quanto già affermato da Cass. 26.7.2016, n. 15435. Tuttavia, quella congiunzione esprime un’*ulteriore possibilità* che arricchisce l’armamentario a disposizione di chi si ritiene vittima di una discriminazione che, notoriamente, è quasi sempre nella difficoltà di fornire una prova sul punto. Nel riprendere quanto è scritto, ad es., nel Considerando n. 15 della Direttiva n. 2000/43/Ce e della Direttiva n. 2010/78/Ce, «l’evidenza statistica» è un «mezzo» già da solo adeguato per dimostrare la discriminazione subita e, una volta fornita tale evidenza, sarà, poi, il convenuto a dover difendersi portando in giudizio elementi sull’assenza del tratto discriminatorio.

(35) A queste pronunce vanno aggiunte quelle segnalate da Carinci (2016, 720 ss., nota 10): T. Pisa 16.4.2015, inedita a quanto consta, e T. Aosta 12.5.2016, in *www.wikilabour.it* (in quest’ultima, si rimarca la centralità del dato obiettivo della discriminazione, ma soprattutto con riferimento all’irrelevanza del tratto prettamente soggettivo della condotta).

(36) Vd. nota 2.

8. — *Ancora sul licenziamento «ritorsivo-discriminatorio». Critica.* — Dopo questa rapida rassegna giurisprudenziale, si vuole offrire qualche chiarimento in più sulle ritorsioni.

Nella sentenza n. 6575/2016, la Cassazione ha affermato che le discriminazioni vanno tenute distinte dall'«area dei motivi». In pari tempo, dopo aver richiamato la giurisprudenza di segno opposto, ha precisato che «la ricerca dell'intento illecito è tuttavia rilevante al solo fine di estendere l'area di protezione delineata da specifiche disposizioni di legge».

Anche se non l'ha detto espressamente, sembra che la Suprema Corte abbia guardato a quell'area disegnata dall'art. 3, l. n. 108/1990. E a dire il vero in ciò si avverte una sorta di residuo dell'impostazione tradizionale (la lettura dell'art. 3 sulla falsariga dell'art. 1345 c.c.).

In realtà, nel compiere un altro passo in avanti, si deve osservare che l'estensione della tutela reintegratoria ai licenziamenti ritorsivi, indipendentemente dalle dimensioni dell'impresa, è oggi un effetto tutto interno all'art. 18 St. lav. (cfr. cc. 1 e 8). E lo stesso, per quanto si dirà, vale per i licenziamenti ritorsivi soggetti al d.lgs. n. 23/2015, una volta che si valorizzi l'art. 9 e l'omogeneità con quanto stabilito dalla norma statutaria. Insomma, almeno per quanto qui ci interessa, oggi non c'è nemmeno bisogno di richiamare l'art. 3, il cui testo, per la vicinanza all'art. 1345 c.c., può creare solo fraintendimenti.

Nell'avvicinarci alle conclusioni, occorre ora vagliare una possibile ipotesi ricostruttiva per gli atti ritorsivi. Fermo restando quanto si è detto, che porta ad abbandonare o a ridimensionare la concezione soggettiva dei licenziamenti discriminatori, vale comunque la pena di chiedersi se non sia possibile compiere una sorta di mediazione tra gli opposti indirizzi fin qui visti, prendendo dagli stessi quanto vi è di «più buono» per il lavoratore. Si allude alla possibilità che *anche* il licenziamento ritorsivo, da intendersi come una «discriminazione, intesa in senso lato» (37), sia considerato nullo indipendentemente dalla motivazione addotta. Una ricostruzione, questa che oggi potrebbe trovare aiuto nelle letture meno tradizionali della novella dell'art. 18 St. lav. (38).

In realtà, una simile prospettiva incontra diversi ostacoli. Il primo, quello più evidente, è correlato alla distanza che separa gli atti ritorsivi nulli ai sensi dell'art. 1345 c.c. dagli atti discriminatori nulli ai sensi delle varie norme che si occupano delle discriminazioni, che sia pure con qualche equivoco è ribadita dall'art. 18 St. lav.

(37) Per tutte, Cass. 9.7.2009, n. 16155, e Cass. 6.5.1999, n. 4543.

(38) L'argomento relativo all'art. 18 viene evocato anche da Barbera 2015, 70.

A questo si aggiungono altri ostacoli che potrebbero interessare di meno, ma che vale la pena di esaminare, anche per fare un po' d'ordine, in questa delicata materia. Quanto si sta per dire, del resto, consentirà di respingere più energicamente quell'interpretazione che prima si è data dell'art. 2, d.lgs. n. 23/2015, sulla falsariga della giurisprudenza.

Almeno nelle sentenze di questi ultimi vent'anni, la Cassazione è condizionata da un profilo non troppo visibile. Ogni limitazione che soffre l'autonomia privata ha un sapore eccezionale e per quanto possibile va evitata (39). Ed è proprio ciò che accadrebbe se si sposasse l'ipotesi ricostruttiva che si sta vagliando. L'atto dovrebbe ritenersi nullo quando invece, per l'esistenza di un motivo lecito, sarebbe perfettamente valido. L'effetto *eccezionale*, rispetto all'art. 1345 c.c., è evidente.

Come si diceva, tutto ciò non viene mai esplicitato dalla Cassazione, la quale, però, è ferma a negare quest'ultima conseguenza. La Suprema Corte prima compie l'assimilazione di cui si è parlato e impiega quant'è scritto nell'art. 3, l. n. 108/1990; poi, compie una sorta di *torsione* e presta ossequio al diritto comune, includendovi (indebitamente) le discriminazioni.

Una simile opzione ricostruttiva è inattendibile, sia per quanto si diceva a proposito della ricostruzione oggettiva di quest'ultima fattispecie, sia per altre ragioni.

Si allude non tanto al problema della tassatività delle ipotesi discriminatorie, risolto troppo sbrigativamente dalla Suprema Corte (40), ma anche a un altro profilo. Si ha la forte sensazione che la Cassazione mascheri con l'interpretazione estensiva un'operazione che sa di analogia, in questo caso *vietata*. Da un lato, vi è infatti l'effetto eccezionale di cui si diceva, ma che, poi, viene escluso dalla Corte, tornando all'art. 1345 c.c. ed estendendo la sua applicazione anche agli atti discriminatori. Dall'altro lato, per gli atti ritorsivi non vi è un vuoto normativo, nemmeno per quanto concerne gli effetti conseguenti alla loro nullità.

In effetti, i richiami che il giudice di legittimità svolge a vari elementi esterni all'art. 3, l. n. 108/1990 – la giurisprudenza della Corte di Giustizia,

(39) Invero «le norme che pongono limiti o divieti all'attività negoziale dei privati sono, per loro natura, eccezionali, e [...] come tali insuscettibili di interpretazione analogica» (Carresi 1987, 339).

(40) In effetti, anche nelle pronunce più recenti, manca un aggiornamento della giurisprudenza della Corte di Giustizia (vd. nota 22). Inoltre, non pare che per sostenere l'idea che una «tipizzazione non sarebbe necessaria» sia esauriente il richiamo di C. cost. 26.3.1993, n. 109 (per tutte, Cass. 21.9.2016, n. 18508, e Cass. 3.12.2015, n. 24648), trattandosi di una pronuncia nella quale molto difficilmente potrebbe cogliersi la traccia seguita dal Collegio di legittimità.

l'art. 3 Cost. ecc. –, e la sua ricerca, volta a chiarire la *ratio* o la giustificazione delle norme antidiscriminatorie, sono parametri del ragionamento analogico (41). E, nel tornare a quanto si diceva, a volte non si tratta di espandere il più possibile il significato di certi fattori discriminatori o di cogliere le affinità tra le categorie tipizzate con situazioni simili, ma di fare altro. È il caso dell'atto punitivo che derivi dalla causa intentata dal lavoratore per il pagamento degli straordinari. Qui il fattore delle convinzioni o delle opinioni personali è del tutto insoddisfacente e si deve guardare al di là dell'elencazione contenuta nella legge, alla sua *ratio* e a elementi esterni al suo dettato. Si compie, cioè, un'interpretazione estensiva non facile (*rectius*: analogia) (42).

Certo, la valorizzazione delle condizioni personali di cui si parla nell'art. 3 Cost. potrebbe spingere l'interprete a una visione in un certo senso unitaria del fenomeno e a ritenere che nel nostro ordinamento le ipotesi discriminatorie non sono un *numerus clausus* (43). Inoltre, per gli atti retorici sussistono spesso esigenze di tutela di ugual spessore. Tuttavia, non solo vale quanto si è detto, ma si ha l'impressione che ci si spinga un po' troppo oltre le maglie del diritto antidiscriminatorio, il quale, non a caso, sia in ambito Ue sia nel nostro ordinamento, è stato di volta in volta arricchito con nuovi fattori discriminatori; e anche questo è un segno della tassatività di quelle ipotesi (44).

È ora necessario tirare le fila del discorso, cercando anche di fare un po' ordine nelle affermazioni ripetute in questi anni dalla Cassazione.

(41) Sull'interpretazione estensiva, ad es., Cass. 21.9.2016, n. 18508; Cass. 5.7.2016, n. 13674; Cass. 3.12.2015, n. 24648; Cass. 3.8.2011, n. 16925 (che ha respinto l'impugnazione che s'incentrava sull'inapplicabilità analogica dell'art. 3, l. n. 108/1990). Di segno un po' diverso Cass. 8.8.2011, n. 17087, dove si parla di «analogia di struttura». Nel senso della tassatività delle ipotesi discriminatorie, di recente, T. Roma 9.1.2017, in *Ilgiuslavorista.it*, 12 maggio 2017. Per la giurisprudenza della Corte di Giustizia si rinvia alla nota 22. Infine, sui tratti del ragionamento analogico Bobbio, 1993, 269, e Gianformaggio, 1987, 327 ss.

(42) Gianformaggio 1987, 327 ss.

(43) Per tutti, Villalón De La Cruz 2003, 358; Lassandari 2010, 118 s. e 180 ss.; Barbera 2015, 70; Perulli 2015, 430. Una considerazione a parte merita il pensiero di Carinci (2012, 647), che fa coincidere il licenziamento illegittimo con quello discriminatorio pensiero che è rimasto isolato.

(44) In questo senso, per tutti, Lepore 2014, 536 (che presta particolare attenzione al problema della salvaguardia dell'autonomia negoziale), e Ballestrero 2016, 238. Per la giurisprudenza della Corte di Giustizia la quale, tuttavia, come chiarito da quest'ultimo Autore non è di ostacolo a una diversa impostazione, rimanendo impregiudicata una possibile e opposta scelta del legislatore nazionale, si rinvia a nota 22. Nel senso della tassatività si sono espressi recentemente T. Roma 9.1.2017, in *Ilgiuslavorista.it*, 12 maggio 2017, e T. Livorno 27.7.2015, cit.

Innanzitutto, si può dire che l'art. 3, l. n. 108/1990, contiene due distinte norme: l'una detta la regola dell'*irrilevanza del motivo*; l'altra prevede l'*irrilevanza delle dimensioni* dell'impresa ai fini della tutela reintegratorio-indennitaria. Ai licenziamenti ritorsivi – almeno a quelle ipotesi per così dire più classiche, come nell'esempio degli straordinari – non sembra applicabile la *prima norma* per le ragioni appena viste (effetto eccezionale e inesistenza di un vuoto normativo). A tali licenziamenti, invece, è applicabile la *seconda norma*, come si dirà meglio nel successivo punto; ma ciò solo se si ritenga possibile accostare le due fattispecie e si ponga nell'ombra la concezione oggettiva dei licenziamenti di cui si occupa l'art. 3; operazione che, per le ragioni più volte esposte, è criticabile. E, comunque, a quest'ultimo proposito, si ripete, oggi è *tutto* scritto nell'art. 18, cc. 1 e 8, l. n. 300/1970, e non vi è bisogno di «scomodare» l'art. 3.

9. — *Note finali sull'art. 2, d.lgs. n. 23/2015* — Qualche altra notazione va svolta sull'art. 2, d.lgs. n. 23/2015.

Nelle pagine precedenti, la disposizione è stata letta sulla falsariga di quella parte della giurisprudenza che include le ritorsioni tra le condotte discriminatorie previste espressamente dalla legge, per via d'interpretazione estensiva. Alla luce dei rilievi svolti nel precedente punto, questo percorso è inattendibile. Non è necessario ripetersi. D'altro canto, la sovrapposizione delle due fattispecie per trasferire anche le ritorsioni nell'art. 2, d.lgs. n. 23/2015, è un'operazione inutile e macchinosa. Tale risultato, come si è accennato all'inizio, è realizzabile attraverso l'art. 1418, c. 2, c.c.

Semmai, anche con riguardo a quest'ultimo percorso, è utile isolare le *due norme* che compongono il dettato dell'art. 2. La prima è quella sull'irrilevanza dei motivi addotti (regola scolpita anche in tale disposizione: «indipendentemente dal motivo formalmente addotto»). Qui, una volta incluse le ritorsioni nell'art. 2, si potrebbe essere spinti a sostenere l'irrilevanza dei motivi, non solo per le discriminazioni, ma anche per gli atti ritorsivi. Questa lettura però è troppo frettolosa. A parte l'esigenza di omogeneità con l'art. 18 St. lav., non è plausibile pensare che attraverso il filtro del diritto comune – l'art. 1418, c. 2, che richiama l'art. 1345 c.c. – si giunga a un effetto che per quest'ultimo è eccezionale. Diverso è il discorso che va fatto per la tutela reintegratorio-indennitaria stabilita dall'art. 2. Essa condivide la trama essenziale degli effetti della nullità e del diritto all'adempimento, propria del diritto comune, e non la contraddice (45).

(45) Si potrebbe, è vero, discutere sull'*eccezionalità* dell'ordine di reintegrazione nell'invertire le posizioni diritto/obbligo del rapporto di lavoro (così Speciale 1992,

Nel concludere, si può dire che l'auspicio è che non si continui a fare di tutta l'erba un fascio. Un conto sono le fattispecie vendicative; un altro conto sono le discriminazioni. Inoltre, anche se vi fossero dei punti di contatto, è impensabile che per queste ultime si continui a predicare la necessaria sussistenza dell'esclusività del motivo illecito e che il lavoratore sia onerato a dimostrarla. Si spera, dunque, che la Cassazione cambi definitivamente il proprio indirizzo o almeno che la questione sia rimessa alle S.U., prima che sia troppo tardi.

Riferimenti bibliografici

- Aimo M. (2007), *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convizioni personali*, in Barbera M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 43 ss.
- Ballestrero M.V. (2016), *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione*, in *DLRI*, n. 150, 231 ss.
- Barbera M. (2015), *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, I, Cacucci, Bari, 70 ss.
- Barbieri M. (2013), *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in Barbieri M., Dalfino D., *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 11 ss.
- Bavaro V., D'Onghia M. (2016), *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, in *csdle.lex.unict.it*, n. 305.
- Biasi M. (2017), *Saggio sul licenziamento per motivo illecito*, Cedam, Padova.
- Bobbio N. (1993), *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 269.
- Bolego G. (2011), *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova.
- Cannati G. (2012), *La ritorsione indiretta*, in *RGL*, n. 2, II, 331 ss.
- Carinci M.T. (2012), *Il licenziamento discriminatorio o per motivo illecito determinante alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale tra vivi a contenuto patrimoniale*, in *RGL*, I, 647 ss.
- Carinci M.T. (2016), *Il licenziamento discriminatorio alla luce della disciplina nazionale: nozioni e distinzioni*, in *RIDL*, n. 3, II, 720 ss.
- Carresi F. (1987), *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, II, Giuffrè, Milano.
- Cester C. (2015), *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *csdle.lex.unict.it*, n. 273.
- Gianformaggio L. (1987), *Analogia*, in *DDPCiv.*, I, Utet, Torino, 1987, 327 ss.
- Gottardi D. (2016), *L'attesa decisione sulla nozione oggettiva di discriminazione, in un caso di annunciata procreazione medicalmente assistita*, in *RIDL*, n. 3, II, 729 ss.

206 s. e nota 71). Tuttavia, la questione appare superata da ciò che potrebbe ritenersi ormai diritto vivente. Per tutte, vd. Cass. 30.7.2014, n. 17372, e Cass. 10.1.2006, n. 141, S.U., e in dottrina Nogler 2007, 660, e ivi ampi richiami.

- Musella C. (2015), *I licenziamenti discriminatori e nulli*, in Ferraro G. (a cura di), *Il licenziamento nel contratto a tutele crescenti*, in *ADL*, suppl. 14, 13 ss.
- Lassandari A. (2010), *Le discriminazioni nel lavoro*, in Galgano F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, LVI.
- Lepore A. (2014), *Non discriminazione, licenziamento discriminatorio ed effettività delle tutele*, in *RGL*, n. 3, I, 531 ss.
- Marinelli F. (2017), *Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito*, Giuffrè, Milano.
- Nogler L. (2007), *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in *DLRI*, n. 4, 592 ss.
- Pera G. (1996), voce *Licenziamenti individuali*, in *EGT*, XIX.
- Perulli A. (2015), *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di paradigma per il diritto del lavoro?*, in Fiorilli L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 3 ss.
- Pessi R. (2015), *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, in *ADL*, I, 26 ss.
- Romei R. (2015), *La nuova disciplina del licenziamento: qualche spunto di riflessione*, in *DLRI*, n. 4, 564 ss.
- Speziale V. (1992), *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari.
- Treu T. (2015), *Jobs Act: prime riflessioni sui decreti attuativi*, in *GLav.*, n. 3, 14 ss.
- Voza R. (2015), *Licenziamenti illegittimi e reintegrazione: la nuova mappa del Jobs Act*, in *DLRI*, n. 4, 2015, 583 ss.
- Villalón De La Cruz J. (2003), *Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario*, in *DLRI*, n. 3-4, 351 ss.

RAPPORTO DI LAVORO

[CORTE DI GIUSTIZIA, 19.7.2017, C-143/16, Prima Sezione](#) – Avv. Gen. Bobek – Abercrombie & Fitch Italia Srl (avv.ti Di Garbo, Brocchieri, Iorio Fiorelli, Ceracchi) c. Antonino Bordonaro (avv. Guariso).

Discriminazioni – Rinvio pregiudiziale – Direttiva n. 2000/78/Ce – Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro – Art. 2, par. 1 – Art. 2, par. 2, lett. a – Art. 6, par. 1 – Discriminazione fondata sull'età – Contratto di lavoro intermittente che può essere concluso con soggetti con meno di 25 anni di età – Cessazione automatica del contratto quando il lavoratore compie 25 anni.

L'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, nonché l'art. 2, par. 1, l'art. 2, par. 2, lett. a, e l'art. 6, par. 1, della Direttiva n. 2000/78 del Consiglio, del 27.11.2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una disposizione, quale l'art. 34, c. 2, d.lgs. n. 276/2003, che autorizza un datore di lavoro a concludere un contratto di lavoro intermittente con un lavoratore che abbia meno di 25 anni, qualunque sia la natura delle prestazioni da eseguire, e a licenziare detto lavoratore al compimento del venticinquesimo anno, giacché tale disposizione persegue una finalità legittima di politica del lavoro e del mercato del lavoro e i mezzi per conseguire tale finalità sono appropriati e necessari. (1)

(1) IL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONI PER ETÀ ALLA DERIVA:
NOTE SUL CASO *ABERCROMBIE*

SOMMARIO: 1. Una sentenza eclatante. — 2. Helter Skelter: la confusione sull'ambito di applicazione e sull'ambito di comparazione. — 3. La valutazione della legittimità delle finalità perseguite dal legislatore nazionale. — 4. L'immaginaria adeguatezza e necessità della discriminazione. — 5. Conclusioni: c'è un giudice a Roma?

1. — *Una sentenza eclatante* — Con il caso *Abercrombie*, la Corte di Giustizia si pronuncia a favore della legittimità del contratto di lavoro intermittente per giovani minori di 25 anni a seguito del rinvio operato dalla Corte di Cassazione (1): rinvio ritenuto dai più opportuno (2) soprattutto in ragione dei margini di incertezza, quanto meno in termini di estensibilità della soluzione giudiziale, derivanti dal ricorso da parte dei giudici di merito nazionali alla disapplicazione della norma italiana per contrasto con il divieto di discriminazioni per età di cui alla Direttiva n. 2000/78.

La decisione dei giudici europei ha già suscitato un certo clamore, in ragione dell'inatteso esito. Erano in molti, infatti, a considerare la disposizione che consente l'assunzione degli *under 25* con contratto di lavoro intermittente, a prescindere dalla sussistenza di una ragione oggettiva giustificatrice, discriminatoria (3). Al di là della sorpresa, la decisione in effetti desta parecchio sconcerto, non tanto per l'esito in sé, che non sembra affatto chiudere la questione (vd. parr. 4 e 5), quanto per il percorso argomentativo costruito nella sentenza, che sui principali punti qualificanti del diritto antidiscriminatorio disattende ogni orientamento precedente.

A deludere non è il fatto che si sia persa un'occasione per porre dei limiti alla più discussa e criticata forma di lavoro precario prevista dall'ordinamento italiano (4), quanto il passo indietro che la Corte di Giustizia segna rispetto all'elaborazione di una complessa, e non ancora assestata, dottrina dell'eguaglianza: non solo sulla questione della disapplicazione, ma soprattutto sui temi centrali della definizione dell'ambito di applicazione del divieto, sulle modalità con cui effettuare la comparazione nonché sulle giustificazioni addotte a sostegno della legittimità della disparità di trattamento, la decisione si caratterizza per approssimazione e confusione.

La vicenda che ha portato, prima, alla disapplicazione dell'art. 34, c. 2, d.lgs. n. 276/2003, da parte della Corte d'Appello di Milano (5), poi, al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia da parte della Cassazione è nota ed è già stata oggetto di numerosi commenti; pertanto nell'economia di questo contributo la si darà per acquisita e ci si concentrerà solamente sulla decisione dei giudici europei, salvo ritornare su alcuni passaggi delle decisioni nazionali ove rilevanti.

Peraltro, la pronuncia ha una rilevanza europea che va ben oltre l'annoso dibattito nazionale relativo alla legittimità e all'opportunità di contratti di lavoro a così alto tasso di precarietà. Il problema della regolazione delle più flessibili e minori forme di lavoro è stato infatti più volte sottoposto all'attenzione dei giudici europei, interessando le diverse forme di contratto a chiamata, a zero ore e i cd. lavori minori, ma la Corte non ha sinora fornito risposte sufficientemente chiarificatrici. E non lo ha fatto nemmeno in questa occasione, lasciando insoluti (e anzi – come si evidenzierà qui – gettando maggiori ombre su) i profili più controversi della materia.

(1) Cass. 26.2.2016, n. 3982.

(2) Calafa 2017; Pasqualetto 2016, 613; Gragnoli 2016, 1111.

(3) Vd., tra i molti: De Simone 2004, 528; Novella 2004, 557; Guaglianone 2014, 621; Izzi 2015; Zitti 2016; Pasqualetto 2016; considera la previsione discutibile Sciarra 2006, 26.

(4) Discussa e criticata al punto di essere oggetto di abrogazione e reviviscenza tra il 2007 e il 2008. Vd. Leccese 2008 e Alessi 2012.

(5) C. App. Milano, 3.7.2014, in *RGL*, 2014, II, 613.

2. — *Helter Skelter: la confusione sull'ambito di applicazione e sull'ambito di comparazione* — La prima questione affrontata dai giudici nel caso *Abercrombie* è quella relativa all'applicabilità del divieto di discriminazioni per età al contratto di lavoro intermittente. La decisione della Corte sul punto è netta nel senso di ritenere la fattispecie di cui all'art. 34, c. 2, d.lgs. n. 276/2003, soggetta al divieto di discriminazioni per età. L'argomentazione dei giudici però desta perplessità. La Corte non si interroga sull'ambito di applicazione della Direttiva n. 2000/78, così come definito dal suo art. 3, bensì sulla possibilità di considerare il ricorrente lavoratore a norma dell'art. 45 del TfUE. Il radicamento del divieto di discriminazione sulla nozione di lavoratore rilevante ai fini della libera circolazione appare un fuor d'opera (6). Anzitutto, perché la Direttiva n. 2000/78 ha un ambito di applicazione più ampio, in quanto ricomprende anche l'accesso al lavoro autonomo. In secondo luogo, perché, almeno secondo il sinora radicato orientamento giurisprudenziale, il principio di parità di trattamento esige che le deroghe ed eccezioni siano interpretate in modo restrittivo, onde le uniche eccezioni ammissibili devono essere quelle specificatamente indicate dalla direttiva stessa (7), ovvero quelle relative alla nazionalità e, limitatamente ai settori delle forze armate, all'età e alla disabilità (art. 3, par. 4). La via percorsa dai giudici rischia di aprire le porte a un processo di esclusione di rapporti di lavoro altamente precari caratterizzati dall'autonomia della prestazione lavorativa. Se si considera il dibattito circa la qualificazione del lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata quale contratto o meno e circa la riconducibilità dello stesso al lavoro subordinato piuttosto che a quello autonomo, ci si accorge di come il divieto di discriminazioni per età sancito a livello europeo possa essere così esposto alla qualificazione di volta in volta accolta al livello nazionale. Ma questioni ben più ampie potrebbero porsi con riferimento alle nuove forme di lavoro digitale, ove i lavoratori sono per prassi considerati «imprenditori di sé stessi».

La questione della tutela dei lavori minori e della loro qualificazione giuridica solleva il problema più spinoso, e non affrontato adeguatamente dai giudici nel caso *Abercrombie*, dell'individuazione del *tertium comparationis*. Le differenze di trattamento dei lavori minori che emergono nel panorama europeo intersecano il principio di parità di trattamento sia sul piano della loro legittimità rispetto alle direttive in materia di lavoro a tempo parziale, a termine e in somministrazione, sia sul piano delle discriminazioni per età, per genere e per disabilità.

Il più rilevante precedente è il caso *Wippel*; in questo, si era chiesto ai giudici se un contratto di lavoro nel quale la durata del lavoro e l'organizzazione dell'orario di lavoro siano correlate al fabbisogno di lavoro e siano determinate soltanto caso per caso rientrasse nell'ambito di applicazione delle Direttive n. 76/207 sulla parità di sesso nelle condizioni di lavoro e n. 97/81 sul lavoro a tempo parziale. In quel caso, i giudici di Lussemburgo hanno individuato il lavoratore comparabile, ai sensi della Direttiva n.

(6) Ma nello stesso senso vd. già C. Giust. 1.10.2015, C-432/14, *O.*

(7) Vd., tra le più recenti: C. Giust. 26.9.2013, C-546/11, *Dansk Industri*, C. Giust. 26.9.2013, C-476/13, *Hk Danmark*; C. Giust. 12.1.2010, C-341/08, *Petersen*. Ma vd. anche le decisioni che, in materia di lavori minori, definiscono l'ambito di applicazione dei divieti di discriminazione facendo riferimento al concetto di popolazione attiva: C. Giust. 14.12.1995, C-317/93, *Nolte*; C. Giust. 27.6.1989, C-48/88, C-106/88 e C-107/88, *Achteberg-te Riele e a.*; C. Giust. 12.10.2004, C-313/02, *Wippel*.

97/81, nel «lavoratore a tempo pieno», ma hanno poi ritenuto che il rapporto a chiamata della sig.ra Wippel avesse oggetto e causa diversi da quelli indicati ai fini della comparazione e hanno conseguentemente escluso l'applicabilità del principio di non discriminazione.

Definita l'argomentazione della Corte come un «mero espediente formale» (8) e criticata perché affronta il tema in modo elusivo, non indicando alternative ipotesi di inquadramento dogmatico del lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata, la suddetta decisione dei giudici Ue viene considerata per lungo tempo un «caso isolato» (9). In effetti, è da ritenere che l'esclusione della possibilità di effettuare una comparazione sia stata indotta più dalle circostanze del caso concreto, in cui la lavoratrice – pur avendo lavorato per un tempo ridotto – richiedeva il versamento delle retribuzioni corrispondenti al lavoro a tempo pieno, che da un'adeguata riflessione sul punto. Il nodo centrale dell'individuazione del *tertium comparationis* rimane dunque ancora da sciogliere (10).

Nella sentenza resa nel caso *Abercrombie*, la Corte ha ritenuto che la situazione del giovane assunto con contratto di lavoro intermittente e licenziato (ma formalmente si tratta di una cessazione di diritto del contratto) per superamento del limite massimo di età al 25° anno «è oggettivamente comparabile con quella dei lavoratori che rientrano in un'altra fascia di età» (punto 27).

La comparazione qui viene effettuata non con riferimento al normale contratto di lavoro subordinato, bensì in relazione, da un lato, alla disciplina del contratto intermittente per cause oggettive e, dall'altro, alla condizione dei lavoratori intermittenti che rientrano in un'altra fascia di età. Si tratta, ad avviso di chi scrive, di una conclusione molto discutibile, perché la scelta di effettuare la comparazione tutta all'interno dell'istituto del lavoro intermittente si discosta rispetto alle altre fattispecie di lavoro flessibile, per le quali la comparazione si effettua rispetto ai rapporti che costituiscono «la forma comune dei rapporti di lavoro e contribuiscono alla qualità della vita dei lavoratori interessati» (11). Tale scelta apre le porte a quella divisione tra categorie di lavoratori precari a cui si è accennato sopra e che è in grado di eludere sostanzialmente il divieto di discriminazioni per età, ritagliando spazi di eccezione che la Direttiva n. 2000/78 non ha inteso consentire.

È pur vero che la definizione del *tertium comparationis* nelle direttive sul lavoro a termine e a tempo parziale è operata direttamente dal legislatore, ma non si intravede, d'altra parte, un'adeguata motivazione idonea a sorreggere la diversa scelta effettuata dai giudici europei nel caso *Abercrombie*. Seguendo il ragionamento della Corte, infatti, ove il contratto di lavoro intermittente fosse possibile solo con i giovani con meno di 25 anni di età, oppure solo per gli *over 45*, ne discenderebbe una situazione di insussistenza di altre fasce di lavoratori soggette alla medesima disciplina con cui effettuare la comparazione, come avvenuto nel caso *Wippel*. La scelta dei giudici desta

(8) Bavaro 2005, 782.

(9) Alessi 2017.

(10) Per una più generale analisi della definizione dell'ambito di comparazione sia consentito rinviare a Bonardi, Meraviglia 2017.

(11) È la formula utilizzata dal Considerando 6 della Direttiva n. 99/70 in materia di contratto a termine.

perplexità soprattutto perché la comparazione deve essere effettuata tra le persone che sono potenzialmente affette dallo svantaggio e coloro che non lo sono. Nel caso *Abercrombie* lo svantaggio di poter essere assunti senza limitazioni oggettive è posto anche con riferimento ai lavoratori *over 55*, onde non avrebbe davvero senso una comparazione tra due gruppi egualmente svantaggiati.

La decisione dei giudici smentisce il precedente *Mangold* (12), in quanto, nel giudicare la legittimità dell'assunzione dei lavoratori anziani con contratto a termine in assenza di altre causali, il raffronto veniva effettuato rispetto ai lavoratori assunti a tempo indeterminato. Smentisce anche il precedente di *Commissione c. Ungheria*, nel quale, con riferimento alla cessazione *ex lege* del rapporto dei docenti universitari, il raffronto viene effettuato rispetto «al complesso delle altre persone in attività» (13).

Certo l'individuazione del *tertium comparationis* costituisce una delle questioni più complesse dei procedimenti antidiscriminatori (14); tuttavia, nell'operazione occorre avere riguardo all'ambito di applicazione della disposizione, criterio o prassi soggetti a scrutinio e all'interno di questo effettuare il raffronto tra i soggetti che sono portatori del fattore discriminatorio e quelli che non lo sono (15). Il che esigerebbe, con riferimento al caso *Abercrombie*, che si andasse a verificare di quali disposizioni esattamente si lamenta la discriminatorietà; cosa che non risulta del tutto chiara, per vero anche in ragione della troppo sintetica domanda formulata dal giudice rimettente, che non chiarisce affatto se si riferisca alla mera possibilità di stipulare un contratto di lavoro intermittente o se essa coinvolga anche gli elementi di disciplina del rapporto, e in particolare il licenziamento. Occorrerebbe cioè chiarire se si debbano prendere in considerazione tutti o soltanto alcuni degli svantaggi del lavoro intermittente, ovvero: 1) se la situazione di svantaggio da considerare sia solo quella di poter essere assunti con contratto di lavoro intermittente senza ulteriori limitazioni (come in *Mangold*), nel qual caso lo svantaggio deriva dal pregiudizio derivante dalle minori opportunità di essere assunti con contratto a tempo pieno e indeterminato, e dunque la comparazione dovrebbe essere effettuata rispetto all'ambito di applicazione delle regole generali in materia di assunzione con il contratto standard; 2) se le disparità da valutare riguardino anche la disciplina del rapporto di lavoro e i singoli istituti che la compongono, dovendosi in tale caso avere riguardo all'ambito di applicazione di ciascuno di essi; 3) se esse discendano dal mero divieto di prosecuzione del rapporto oltre il 25° anno di età, dovendosi operare il raffronto rispetto all'ambito di applicazione della disciplina relativa alla cessazione dei rapporti di lavoro.

La questione è evidentemente strettamente connessa alla definizione delle modalità con cui si effettua la comparazione. La Corte di Giustizia ha più volte precisato, e ribadito nella sentenza che qui si commenta, che «l'esame di tale comparabilità deve essere condotto non in maniera globale o astratta, bensì in modo specifico e concreto in riferimento alla prestazione di cui trattasi» (16). Da questo punto di vista, è agevole

(12) C. Giust. 22.11.2005, C-144/04, *Mangold*.

(13) C. Giust. 6.11.2012, C-286/12, *Commissione c. Ungheria*, punto 51.

(14) In questo senso, vd. in particolare Izzi 2004 e Barbera 2017.

(15) Si rinvia a Bonardi, Meraviglia 2017 e Borelli 2017.

(16) Per giurisprudenza ormai costante. Vd. C. Giust. 1.4.2008, C-267/06, *Maruko*; C. Giust. 10.5.2011, C-147/08, *Römer*; C. Giust. 12.12.2013 C-267/12, *Hay*; C. Giust. 1.10.2015,

osservare come con riferimento al lavoro intermittente il tema della comparabilità richiederebbe una diversa valutazione a seconda di quale delle quattro varianti – derivanti dalla combinazione delle due opzioni tra lavoro a termine e a tempo indeterminato e tra lavoro con o senza obbligo di rispondere alla chiamata – sia soggetta a scrutinio di legittimità sotto il profilo del divieto di discriminazioni per età. In quest’ottica ci si dovrebbe infatti domandare non solo se la possibilità di ricorrere all’istituto in assenza di causali oggettive e in ragione della sola età sia discriminatoria, ma se vi sia una differenza tra la modalità a termine e a tempo indeterminato, o, ad esempio, se non siano solo specifiche deroghe alla disciplina generale del lavoro subordinato a essere discriminatorie.

La Corte di Giustizia in *Abercrombie* affronta la questione in modo tutt’altro che convincente. Pur avendo ribadito la necessità di un confronto specifico e concreto, procede di fatto a una «valutazione globale» del rapporto prendendo in considerazione gli elementi relativi «non solo alla durata del rapporto e al livello della retribuzione», ma anche «all’eventuale diritto alle ferie retribuite, alla continuità della retribuzione in caso di malattia, all’applicabilità al contratto di lavoro di un contratto collettivo, al versamento di contributi» (punti 20 ss.). Istituti, questi, che però presentano, anche nella formulazione di cui al d.lgs. n. 81/15, significative deviazioni – non considerate dai giudici – rispetto alla disciplina del normale rapporto di lavoro subordinato. Basti pensare alla mancata maturazione dei trattamenti economici e normativi durante i periodi di non lavoro o all’esclusione dall’indennità di disponibilità dal computo di ogni istituto di legge o di contratto collettivo. La Corte infatti non analizza in dettaglio la disciplina del rapporto, non si preoccupa di verificare se ciascuna delle disposizioni speciali sia una disparità giustificata o no, rendendo il giudizio una sorta di prendere o lasciare dell’intero pacchetto contrattuale. In particolare, questo approccio impedisce di valutare autonomamente la modifica apportata dalla l. n. 92/2012 laddove prevede che le prestazioni di lavoro non possano proseguire oltre il 25° anno. Sino a quel momento si sarebbe potuta sostenere l’interpretazione restrittiva, secondo cui l’art. 34, c. 2, poneva il limite dei 25 anni di età al solo fine della costituzione del rapporto (in ragione della finalità di favorire l’occupazione dei giovani), ma non al suo svolgimento, che sarebbe potuto proseguire anche oltre tale termine. L’approccio «tutto o niente» dei giudici si riverbera anche sulla valutazione della sussistenza o meno di una giustificazione alla disparità di trattamento, rispetto alla quale – come vedremo – si registra un pericoloso slittamento.

3. — *La valutazione della legittimità delle finalità perseguite dal legislatore nazionale* — Ancora più approssimativo e deludente è il giudizio che la Corte effettua sulla giustificazione della disparità di trattamento subita dai lavoratori intermittenti *under 25*. Si tratta di una delle questioni più dibattute e più delicate, in quanto, come noto, il diritto europeo ammette la possibilità di giustificare le differenze di trattamento direttamente basate sull’età. Il giudizio su questo profilo è articolato in più fasi, richiedendo la valutazione della legittimità del fine perseguito dal legislatore e, ove questa sia considerata legittima, la ponderazione del mezzo – ovvero il trattamento differen-

C-432/14, *O.* Sul tema, con riferimento al principio di parità di trattamento dei lavoratori flessibili, vd. Alessi 2017.

ziato – impiegato per realizzarla sulla base dei due requisiti della sua appropriatezza e della sua necessità.

Si tratta di un «processo argomentativo complesso» (17), non esente da difficoltà derivanti dalla dimensione politica che assume la valutazione degli effetti delle riforme del lavoro (18). Certo le finalità di politica del mercato del lavoro e di promozione dell'occupazione sono, oltre che espressamente previste dall'art. 6 della Direttiva n. 2000/78/Ce, anche riconosciute dalla giurisprudenza costante della Corte di Giustizia, che concede agli Stati membri ampia discrezionalità nel determinare sia le finalità di politica del lavoro, sia le misure atte a realizzarle (19), e ha già espresso un giudizio di legittimità delle misure volte a creare occupazione a favore dei giovani (20), a garantire un'equa ripartizione delle opportunità di lavoro tra giovani e anziani (21), a garantire un equilibrio occupazionale tra le generazioni (22). Tuttavia, nel decennio successivo all'entrata in vigore del divieto di discriminazioni per età la Corte di Giustizia ha mostrato non solo di «varia(re) più volte il suo parametro valutativo» (23), tenendo conto solo a fasi alterne della delicatezza che tale giudizio comporta, in quanto implicante un bilanciamento del diritto all'eguaglianza con altri valori e con altri diritti (24) e, anche quando si tratta di un bene nell'interesse dello stesso soggetto trattato non paritariamente, come nel caso che qui si discute, della necessità che nessuno dei due diritti sia radicalmente compromesso (25).

Come ha fatto notare la Corte di Cassazione nell'ordinanza di rinvio, la norma che consente in assenza di altre giustificazioni di ricorrere al lavoro intermittente dei giovani *under 25* «mostra di non contenere alcuna esplicita ragione rilevante ai sensi dell'art. 6, n. 1, comma 1, della citata Direttiva n. 2000/78». La stringatissima argomentazione merita qualche precisazione. Occorre infatti anzitutto sottolineare che secondo giurisprudenza costante della Corte di Giustizia non è affatto necessario che le finalità di una norma che introduce una disparità di trattamento siano preventivamente esplicitate e nemmeno che restino invariate nel tempo. In particolare, ai Governi nazionali è consentito addurre giustificazioni *ex post*, ed è altresì consentito addurre motivazioni plurime, purché non in contraddizione tra loro (26), e anche giustificazioni diverse da quelle che originariamente avevano determinato l'introduzione della misura oggetto di scrutinio, ove nel corso del tempo il contesto in cui esse si calano sia cambiato (27).

(17) Calafà 2015, 548, e sul tema vd. Ferrara 2016, 926, Pasqualetto 2012.

(18) Lassandari 2017.

(19) C. Giust. 16.10.2007, C-411/05, *Palacios de la Villa*; C. Giust. 26.9.2013, C-546/11, *Dansk Industri*; C. Giust. 29.9.2013, C-476/11, *Hk Danmark*; C. Giust. 13.11.2014, C-416/13, *Vital Perez*; C. Giust. 11.11.2014, C-530/13, *Schmitzer*.

(20) C. Giust. 5.7.2012, C-141/11, *Hörmfeldt*; C. Giust. 13.11.2014, C-416/13, *Vital Perez*, 10.11.2016 C-548/15, *De Lange*.

(21) C. Giust. 6.11.2012, C-286/12, *Commissione c. Ungheria*.

(22) C. Giust. 16.10.2007, C-411/05, *Palacios de la Villa*; C. Giust. 12.10.2010, C-45/09, *Rosenbladt*; C. Giust. 18.11.2010, C-250/09 e C-268/09, *Georgiev*; C. Giust. 21.7.2011, C-159/10 e C-160/10, *Fuchs e Köhler*.

(23) Guaglianone 2014, 613.

(24) Calafà 2017.

(25) Bonardi 2007, 125.

(26) C. Giust. 18.6.2009, C-88/08, *Hütter*.

(27) Per un'analisi della giurisprudenza sul punto si rinvia a Pasqualetto 2012, 213.

Le finalità addotte dal Governo italiano a sostegno della legittimità del lavoro intermittente dei giovani *under 25* innanzi alla Corte di Giustizia sono fondate sulla necessità di promuovere l'occupazione, declinata in più modi: attraverso la valorizzazione della flessibilità del mercato del lavoro, l'incentivo all'accesso al mercato del lavoro, la necessità di favorire l'acquisizione di esperienza professionale da parte dei giovani. Si fa riferimento anche alla metafora del lavoro flessibile e limitato nel tempo quale «trampolino verso nuove possibilità d'impiego» (punto 33). Ancora più in specifico, le osservazioni del Governo italiano hanno mirato a chiarire che «l'obiettivo non è quello di consentire ai giovani un accesso al mercato del lavoro su base stabile, bensì unicamente quello di riconoscere loro una prima possibilità di impiego [...] una prima esperienza per poi metterli in una situazione di vantaggio concorrenziale» in una fase che sarebbe «antecedente al pieno accesso al mercato del lavoro» (punto 34). Sarebbe stato quanto meno necessario chiedersi se l'esclusione dell'obiettivo dell'accesso al lavoro stabile non sia in contraddizione con il concetto contestualmente evocato del lavoro intermittente come trampolino di lancio verso quello stabile.

In realtà, le finalità perseguite dal legislatore con il lavoro intermittente non sono mai state chiare. Già dalla prima formulazione della disposizione, infatti, si faceva riferimento ai due diversi obiettivi della promozione dell'occupazione e dell'emersione del lavoro sommerso; se poi si guarda alle finalità che hanno animato gli interventi successivi ci si rende conto del processo di eterogenesi dei fini che ha subito l'istituto. In particolare, il provvedimento di cui alla l. n. 92/2012 aveva l'obiettivo del contenimento del lavoro intermittente al fine di evitare gli abusi. Come detto, le motivazioni possono mutare nel tempo e può essere che allo stato attuale quelle istanze di emersione dal sommerso e di prevenzione degli abusi siano passate in secondo piano nel contesto della ridefinizione degli obiettivi di politica del lavoro del Governo. Ma ciò avrebbe richiesto quanto meno che si analizzasse la questione delle concrete finalità perseguite non in astratto, ma al tempo in cui si è realizzata la disparità di trattamento nel caso *Abercrombie*, ovvero tra il 2010 e il 2012 (dovendo comunque una giustificazione sorreggere la norma sospetta di discriminatorietà dal momento della sua istituzione e per tutto il periodo della sua vigenza) (28).

Rispetto a questa problematica sarebbe stato dunque necessario interrogarsi sul cambiamento che la disposizione ha subito nel 2012, attraverso l'inserimento della previsione della cessazione del rapporto di lavoro al compimento del 25° anno di età del lavoratore, i cui effetti sono stati considerati «controversi» (29) e non in grado di fornire una «razionalizzazione dell'istituto» (30). Il Governo italiano in proposito specifica che lo scopo di quest'ultima previsione è quello di garantire «che il maggior numero possibile di giovani possa far ricorso a tale tipo di contratto». Anche qui si cade in contraddizione: il legislatore vuole limitare gli abusi ma prevede la cessazione del rapporto al 25° anno e si giustifica poi con l'esigenza di consentire il più ampio accesso dei giovani al lavoro intermittente. A ben vedere, del resto, anche nel contesto attuale le giustificazioni sembrano inconsistenti: le analisi dottrinali hanno a più riprese sottolineato la laconicità dei criteri indicati espressamente nella legge delega n. 183/2014,

(28) C. Giust. 9.2.1999, C-167/97, *Seymour-Smith e Perez*.

(29) Marazza 2012, 681.

(30) Mattarolo 2012, 957.

e la confusione e la carenza di chiarezza circa le finalità dell'istituto nel d.lgs. n. 81/2015 riprendono in tutti i profili più qualificanti la disciplina previgente.

4. — *L'immaginaria adeguatezza e necessità della discriminazione* — Ancora più sorprendente è la valutazione dei requisiti di adeguatezza e necessità del lavoro intermittente dei giovani *under 25* rispetto alle già ambigue finalità perseguite dal legislatore; una valutazione sulla quale si riverbera anche la confusione già rilevata con riferimento alla definizione del corretto ambito entro cui effettuare la comparazione. Anche in ragione del carattere politico che caratterizza sotto questo il profilo il giudizio, la Corte di Giustizia ha mostrato nel tempo grandi oscillazioni, portando la maggior parte dei commentatori a osservare come essa «proced[a] in modo scomposto» (31), alternando valutazioni più flessibili ad altre più rigorose e rendendo così «incerti i confini del giudizio multilivello» (32).

Nel caso *Abercrombie* la valutazione dell'adeguatezza viene sinteticamente effettuata al solo punto 41, ove si afferma che «una misura che autorizza i datori di lavoro a concludere contratti di lavoro meno rigidi [...] può essere considerata come idonea a ottenere una certa flessibilità sul mercato del lavoro. È immaginabile, infatti, che le aziende possano essere sollecitate dall'esistenza di uno strumento poco vincolante e meno costoso rispetto al contratto ordinario e, quindi, incentivate ad assorbire maggiormente la domanda d'impiego proveniente da giovani lavoratori». Si tratta forse del punto più sconcertante della sentenza, che si discosta dalla precedente giurisprudenza secondo la quale «semplici affermazioni generiche, riguardanti l'attitudine di un provvedimento determinato a partecipare alla politica del lavoro, del mercato del lavoro o della formazione professionale, non sono sufficienti affinché risulti che l'obiettivo perseguito da tale provvedimento possa essere tale da giustificare una deroga al principio in discorso, né costituiscono elementi sulla scorta dei quali poter ragionevolmente ritenere che gli strumenti prescelti siano atti alla realizzazione di tale obiettivo» (33).

Rispetto a questo tipo di valutazione la sentenza che si commenta è distante anni luce. L'espressione utilizzata dai giudici «è immaginabile che...» proietta il giudizio di adeguatezza verso un orizzonte nel quale qualsiasi asserzione non suffragata da alcuna verifica potrebbe essere considerata sufficiente.

I dati forniti dal Governo per dimostrare l'idoneità del lavoro intermittente a favorire l'occupazione dei giovani sono del tutto inconsistenti. Si citano, nel corso del giudizio, i numeri relativi al calo avvenuto negli ultimi anni della disoccupazione giovanile senza ulteriori specificazioni. Dati che, oltre a essere oggetto di serie contestazioni sul piano generale, nulla dicono circa la quantità di giovani che effettivamente ha trovato un'occupazione grazie al lavoro intermittente, e che appaiono quindi del tutto inconferenti rispetto a ciò di cui si discute nel giudizio. I dati disponibili sul ricorso al lavoro intermittente in Italia sono caratterizzati da ampi margini di incertezza e comunque non consentono una valutazione positiva. Nei rapporti ufficiali del Ministero basati sulle comunicazioni di assunzione, il lavoro intermittente è accorpato

(31) Izzi 2012, 134.

(32) Ferrara 2016, 926.

(33) C. Giust. 9.2.1999, C-167/97, *Seymour-Smith e Perez*; C. Giust. 5.3.2009, C-388/07, *Age Concern England*; C. Giust. 26.9.2013, C-476/13, *Hk Danmark*.

in un'unica categoria «altro» insieme ai contratti di somministrazione della p.a., ai contratti di agenzia, e al lavoro autonomo nello spettacolo. Secondo i dati ufficiali del 2013, le assunzioni indicate sotto la tipologia «altro» sono state il 10,9 %, e il 19,2% nella classe fino a 24 anni (34); nel 2016 le assunzioni inserite nella medesima categoria hanno costituito rispetto al totale delle assunzioni il 5,1% e nella fascia sotto i 25 anni le assunzioni sono state l'8,8%. Un dato modesto, che dovrebbe tenere conto anche degli effetti di travaso, esplicitamente sottolineati anche dai rapporti del ministero del Lavoro tra un tipo di contratto e l'altro, che hanno sicuramente coinvolto il lavoro intermittente in diverse occasioni: dopo l'entrata in vigore della l. n. 92/2012, che ha segnato un passaggio consistente dai rapporti di lavoro coordinato e continuativo e dal lavoro intermittente verso il contratto a termine; con l'entrata in vigore degli incentivi all'occupazione nel 2015 e poco dopo, con la riforma delle collaborazioni organizzate dal committente, che hanno determinato un consistente passaggio da diverse fattispecie verso il lavoro a tempo indeterminato; da ultimo, nel 2017, con l'abolizione del lavoro accessorio, che ha determinato un incremento notevole del lavoro intermittente, anche se è prevedibile che si tratti di un fenomeno transitorio, in considerazione della recentissima reintroduzione dell'istituto. Peraltro, gli stessi rapporti del Ministero indicano come l'effetto maggiore in termini di lotta alla disoccupazione giovanile sia derivato non dalle forme di lavoro non standard, bensì dal lavoro a tempo indeterminato (35).

Ma a ben vedere la decisione *Abercrombie* non risponde nemmeno all'orientamento, più criticato perché lassista, che si accontenta di considerare soddisfatti i requisiti di adeguatezza e necessità quando la disposizione oggetto di scrutinio, pur comprimendo il diritto a non essere discriminati in funzione dell'obiettivo occupazionale perseguito, sia bilanciata da una adeguata compensazione. Nel caso *Abercrombie* i giudici non si chiedono se il lavoratore intermittente *under 25* possa accedere a un'indennità di disoccupazione adeguata o ad altre misure di politica attiva del lavoro specifiche per la categoria in questione. Si afferma che «in un contesto di perdurante crisi economica e di crescita rallentata, la situazione di un lavoratore che abbia meno di 25 anni e che, grazie a un contratto di lavoro flessibile e temporaneo, quale il contratto intermittente, possa accedere al mercato del lavoro è preferibile rispetto alla situazione di colui che tale possibilità non abbia e che, per tale ragione, si ritrovi disoccupato. Già questa prima affermazione suscita fortissime perplessità, in quanto sembrerebbe spostare l'ambito di comparazione, già molto confuso, dalla situazione di chi lavora a quella di chi è disoccupato, innescando un potenziale raffronto al ribasso che potrebbe trovare fondo solo al limite della miseria umana. La seconda giustificazione addotta dai giudici, secondo i quali se i contratti di lavoro intermittente «fossero stabili, le imprese non potrebbero offrire lavoro a tutti i giovani, con la conseguenza che un numero considerevole di giovani non potrebbe accedere a tali forme di lavoro», segna una ulteriore

(34) Vd. le tabelle 2.6 allegate ai Rapporti annuali comunicazioni obbligatorie del 2013 e del 2016, in <https://www.cliclavoro.gov.it/Barometro-Del-Lavoro/Pagine/Andamento-Mercato-Lavoro.aspx>.

(35) Nel Quaderno di monitoraggio n. 1-2016 del ministero del Lavoro, *I contratti di lavoro dopo il Jobs Act*, si parla di 325.000 posti di lavoro stabili che hanno riguardato i giovani tra i 15 e i 24 anni e si osserva che la quota degli avviamenti a tempo indeterminato sul totale delle attivazioni nel corso dell'anno è salita dal 9,4 % al 17,0 % tra gli *under 25*.

distanza siderale rispetto a quanto poteva sinora considerarsi il già misero *acquis communautaire* in materia di discriminazioni per età. Anche la più blanda giurisprudenza successiva aveva ritenuto che i criteri di distinzione basati esclusivamente sull'età fossero illegittimi in assenza di adeguate misure di bilanciamento. I giudici europei hanno così ritenuto illegittime sia le misure relative alla cessazione del rapporto di lavoro al raggiungimento di una determinata età a prescindere dalla sussistenza di altri requisiti e della possibilità di accedere ad adeguati trattamenti pensionistici (36), sia le misure che prevedono criteri di calcolo diversi per età ai fini del calcolo dell'anzianità di servizio e ai fini retributivi (37), sia le disposizioni che prevedono la libertà di assunzione a termine dei lavoratori rientranti in determinate fasce di età (38). Qualcosa, nel corso del giudizio *Abercrombie*, è andato terribilmente storto. Nella valutazione «globale» si inseriscono argomentazioni che non rispecchiano affatto la realtà dell'istituto del lavoro intermittente. La Corte dà per scontato che la norma si applichi «ai giovani alla ricerca di primo impiego» (punto 35), mentre l'ambito di applicazione effettivo è più ampio, essendo basato solo sul requisito dell'età e tale da comprendere anche chi ha già avuto altre esperienze lavorative; afferma che la disposizione opererebbe in uno «stadio precedente al pieno accesso al mercato del lavoro», mentre tale affermazione è totalmente in contraddizione con la disciplina giuridica dell'istituto. Dunque, al di fuori del caso del primo impiego, il lavoro intermittente del giovane con meno di 25 anni deve ritenersi legittimo o discriminatorio? Tutta la giurisprudenza precedente milita verso la seconda delle risposte possibili.

5. — *Conclusioni: c'è un giudice a Roma?* — Come si è accennato, vi erano alcune buone ragioni per considerare opportuno il rinvio della questione alla Corte di Giustizia, e tra queste sicuramente l'esigenza di una soluzione più stabile, rispetto al rimedio della disapplicazione giudiziale dell'art. 34, c. 2. Col senno di poi forse quella valutazione meriterebbe di essere in parte riconsiderata, in ragione soprattutto dei margini di incertezza che residuano e del fatto che la decisione apre più problematiche di quante pretenda di risolvere, senza per vero riuscirvi. La Corte omette di precisare che la verifica della rispondenza della conformità della norma interna alla direttiva non è, almeno nel caso del rinvio pregiudiziale (ben diversa è la situazione nel ricorso della Commissione per inadempimento, ma in quel caso diversa è anche la procedura) (39) di competenza della Corte di Giustizia, bensì del giudice nazionale. Lo dice chiaramente il Considerando 15 della Direttiva n. 2000/78/Ce; lo dice la struttura dell'ordinamento europeo, che affida ai giudici nazionali il compito di assicurarne il rispetto, in assenza di una struttura giudiziale europea diffusa; lo dice un consolidato orientamento

(36) C. Giust. 16.10.2007, C-411/05, *Palacios de la Villa*; C. Giust. 12.10.2010, C-250/09, *Rosenblad*; C. Giust. 12.10.2010, C-499/08, *Ingeniørforeningen i Danmark*; C. Giust. 5.7.2012, C-141/11, *Hörnfeldt*; C. Giust. 6.11.2012, C-286/12, *Commissione c. Ungheria*; e C. Giust. 19 aprile 2016 C-441/14, *Dansk Industri*.

(37) C. Giust. 18.6.2009, C-88/08, *Hütter*; C. Giust. 19.1.2010, C-555/07, *Küçükdeveci*; C. Giust. 11.11.2014, C-530/13, *Schmitzer*.

(38) C. Giust. 22.11.2005, C-144/04, *Mangold*, C. Giust. 13.11.2014, C-416/13, *Vital Perez*; ma vd. anche C. Giust. 1.10.2015, C-432/14, *O*, in cui si ribadisce il principio pur ritenendolo non applicabile al caso di specie.

(39) Sul ruolo delle parti vd. Calafà 2017.

della Corte di Giustizia. Spetta al giudice nazionale l'apprezzamento dei fatti e la valutazione delle circostanze concrete in cui questi si verificano. Spetta al giudice nazionale valutare se il criterio, la prassi o la disposizione sospetti di discriminatorietà rispondano ai criteri stabiliti dal legislatore europeo e all'interpretazione di questo fornita dalla Corte di Giustizia. Il mancato approfondimento e gli errori interpretativi commessi dai giudici europei circa l'effettiva portata e l'evoluzione che ha subito la normativa nazionale sul lavoro intermittente impongono una riflessione sul punto. Il ruolo della Corte di Giustizia è quello di interpretare le norme europee, e il lascito di *Abercrombie* sotto questo profilo è nel senso della conformità al diritto europeo di un contratto di lavoro intermittente per giovani inoccupati, in cerca della prima esperienza professionale. Ove queste circostanze non si verificano, ove si sia in presenza di una persona che abbia avuto pregresse esperienze di lavoro, ove si tratti di un secondo o di successivi contratti, si fuoriesce dai limiti di conformità all'ordinamento europeo ritagliati, peraltro maldestramente, dalla Corte di Giustizia nel caso *Abercrombie*. Di nuovo al giudice nazionale spetterà il compito di valutare le circostanze del caso concreto; di valutare se, in situazioni diverse da quelle enunciate dalla sentenza, la norma nazionale sia conforme al diritto europeo; se la previsione della cessazione del rapporto al raggiungimento del 25° anno di età in sé considerata risponda alle finalità perseguite e sia appropriata e necessaria; se la sospensione dei diritti durante gli intervalli tra una chiamata e l'altra non ecceda quanto necessario per realizzare l'obiettivo perseguito (e anche se non sia in contrasto con il principio di parità di trattamento dei lavoratori a termine e a tempo parziale). Spetterà al giudice nazionale altresì valutare se procedere alla disapplicazione della normativa o se rimettere nuovamente la questione alla Corte di Giustizia, esplicitando in modo più chiaro quali siano i dubbi interpretativi del diritto europeo. Peraltro, la disapplicazione non sembra affatto costituire un rimedio «estremo» (40), ben potendosi considerare lo strumento naturale predisposto dall'ordinamento europeo, nonché la risposta a un invito «sempre più stringente» (41) della Corte di Giustizia al suo utilizzo, secondo un consolidatissimo orientamento che, a partire da *Defrenne II* (42), ha trovato significativi riscontri negli storici casi *Barber* (43), *Römer* (44) e *Maruko* (45), e che, con riferimento all'età, è stato esplicitato, oltre che nel caso *Mangold* (46), in *Kucukdeveci* (47), *Schmitzer* (48), e *Dansk Industri* (49). Né parrebbe consistente l'obiezione costituita dalla necessità di garantire l'affidamento dei privati sulla validità della norma interna, sia perché tale esigenza non può far venir meno l'operatività di un di-

(40) Così Calafà 2015, 541.

(41) Bronzini 2016, 999.

(42) C. Giust. 8.4.1976, C-43/75, *Defrenne*.

(43) C. Giust. 17.5.1990, C-262/88, *Barber*.

(44) C. Giust. 10.5.2011, C-147/08, *Römer*.

(45) C. Giust. 1.4.2008, C-267/06, *Maruko*.

(46) L'aspetto eclatante e fortemente discusso del caso *Mangold* non era infatti la disapplicazione della norma nazionale contrastante con il diritto europeo, quanto il fatto che essa operava in assenza di una direttiva che esplicitasse il divieto di discriminazione, ricavato dalla Corte, all'epoca, dalle tradizioni costituzionali comuni e dai principi generali dell'ordinamento.

(47) C. Giust. 19.1.2010, C-555/07, *Küçükdeveci*.

(48) C. Giust. 11.11.2014, C- 530/13, *Schmitzer*.

(49) C. Giust. 19.4.2016, C-441/14, *Dansk Industri*.

ritto fondamentale, se non attraverso un attento bilanciamento, sia perché esso non può comunque giustificare l'applicazione di una norma contraria al diritto europeo (50), sia perché il problema dell'incertezza non si pone in termini sostanzialmente diversi rispetto a tutti i casi in cui si registri un contrasto giurisprudenziale interno all'ordinamento nazionale, sia, infine, perché sussistono, anche a livello europeo, diversi strumenti con i quali il legislatore e i giudici possono temperare i danni derivanti dall'affidamento fatto dalle parti su di una norma illegittima, ad esempio, limitando al futuro gli effetti di una decisione o mediante strumenti risarcitori.

Per altro verso, si potrebbe altresì osservare come sia stata piuttosto la l. n. 92/2012 a ledere l'affidamento che le parti nella causa *Abercrombie* avevano fatto sulla continuità del rapporto di lavoro. E vi sarebbe ancora da chiedersi se la previsione della cessazione del rapporto di lavoro non sia di per sé irragionevole e in contrasto con l'art. 3 Cost. anche alla luce della giurisprudenza della nostra Corte costituzionale, che ha dichiarato illegittimo l'art. 86, c. 1, d.lgs. n. 276/2003, laddove prevedeva la cessazione degli effetti dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa non a progetto in ogni caso non oltre un anno dalla data di entrata in vigore del decreto stesso. La norma è stata ritenuta intrinsecamente irragionevole e in violazione dell'art. 3 Cost., sia in considerazione del sacrificio degli interessi che le parti avevano regolato nel rispetto della disciplina all'epoca vigente e sia in quanto una norma finalizzata all'aumento dell'occupazione non può «ragionevolmente determinare l'effetto esattamente contrario (perdita del lavoro)» (51).

Sul piano del diritto europeo, l'immagine che esce dalla decisione *Abercrombie* è sconsolante. Essa è stata non a torto considerata la dimostrazione più evidente della «difficoltà per i giudici di sindacare le decisioni degli attori politici nazionali in periodi di crisi del processo di integrazione europea e di rinascita di nazionalismi» (52). Con questa decisione trovano altresì conferma tutte le critiche volte alla nozione di eguaglianza puramente formale e riduttiva accolta dalla Corte di Giustizia: una nozione che esige di trattare in modo eguale ma non egualmente bene (53), che dimentica la funzione di protezione contro l'esclusione e lo svantaggio e perde di vista altresì le coordinate entro cui effettuare la comparazione. In questo contesto si inseriscono anche le problematiche relative alle specifiche deroghe ammesse dall'art. 6 della Direttiva n. 2000/78/Ce per l'età: l'esperienza concreta ha dimostrato purtroppo che la formula ampia, corredata da un elenco esemplificativo vastissimo, ha consentito un uso assai disinvolto del potere di deroga da parte degli Stati. Quel che è peggio, tuttavia, è che a ciò si è accompagnato un uso altrettanto disinvolto del test di legittimità da parte dei giudici europei, troppo inclini ad assecondare le scelte nazionali, anche quando queste si rivelino in contrasto con quelle esigenze di interpretazione rigorosa che il principio di parità e la garanzia dei diritti fondamentali esigono. Mi pare giunto il momento di prendere atto che la stessa formula dell'art. 6 si sta rivelando contraria alla realizzazione dell'obiettivo della parità di trattamento e debba pertanto essere rivista.

(50) *Ivi.*

(51) C. cost. 5.12.2008, n. 399.

(52) Barbera 2017.

(53) Barnard 2006, 334.

Riferimenti bibliografici

- Alessi C. (2012), *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Torino, Giappichelli.
- Alessi C. (2017), *Il principio di non discriminazione nei rapporti di lavoro atipici: spunti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in Bonardi O. (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Roma, Ediesse, in corso di pubblicazione.
- Barbera M. (2017), *Il cavallo e l'asino. Ovvero dalla tecnica della norma inderogabile alla tecnica antidiscriminatoria*, in Bonardi O. (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Roma, Ediesse, in corso di pubblicazione.
- Barnard C. (2006), *EC Employment Law*, III ed., Oxford Ec Law Library.
- Bavaro V. (2005), *Lavoro a chiamata e Corte di Giustizia a proposito di fattispecie ed effetti discriminatori*, in RIDL, II, 777 ss.
- Bonardi O. (2007), *Le discriminazioni per età nel diritto del lavoro*, in Barbera M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, Giuffrè, 125 ss.
- Bonardi O., Meraviglia C. (2017), *Dati statistici e onere della prova nel diritto antidiscriminatorio*, in Bonardi O. (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Roma, Ediesse, in corso di pubblicazione.
- Borelli S. (2017), *Principi di non discriminazione, forme di utilizzo indiretto della manodopera e interdipendenza tra imprese*, in Bonardi O. (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Roma, Ediesse, in corso di pubblicazione.
- Bronzini G. (2016), *La Corte di Giustizia e il principio di non discriminazione per età: al giudice ordinario il compito di chiudere il sistema*, in RIDL, 999 ss.
- Calafà L. (2015), *Lavoro intermittente e discriminazione diretta in base all'età: prove di disapplicazione*, in RIDL, II, 541 ss.
- Calafà L. (2016), *Tra norma inderogabile e diritto antidiscriminatorio: il caso della tutela dei lavoratori intermittenti in attesa della Corte di Giustizia*, in RGL, II, 692 ss.
- Calafà L. (2017), *Teoria e pratica del diritto antidiscriminatorio del lavoro nel caso Abercrombie Fitch*, in Bonardi O. (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Roma, Ediesse, in corso di pubblicazione.
- Ferrara M.D. (2016), *La tutela e il giudizio multilevel in crisi di identità: discriminazione per età e lavoro intermittente*, in ADL, 926 ss.
- Guaglianone L. (2014), *Il caso Abercrombie: contratto intermittente e discriminazioni per età*, in RGL, II, 613 ss.
- Izzi D. (2005), *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli.
- Izzi D. (2012), *La Corte di Giustizia e le discriminazioni per età: scelte di metodo e di merito*, in RGL, I, 125 ss.
- Izzi D. (2015), *Il lavoro a chiamata per ragioni anagrafiche è messo fuori gioco dal diritto dell'Unione europea?*, in www.giustiziaivile.com, n. 6/2015, approfondimento del 3 giugno 2015.

- Lassandari A. (2017), *Considerazioni sul licenziamento discriminatorio*, in Bonardi O. (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Roma, Ediesse, in corso di pubblicazione.
- Leccese V. (2008), *Le innovazioni in materia di lavoro a tempo parziale e lavoro intermittente nella l. n. 247 del 2007*, in *LD*, 2008, 475 ss.
- Marazza M. (2012), *Il lavoro intermittente per periodi predeterminati dall'autonomia individuale*, in *RIDL*, I, 681 ss.
- Mattarolo M.G. (2012), *Misure di contrasto all'uso improprio del lavoro intermittente con la l. n. 92/2012*, in *LG*, 957 ss.
- Pasqualetto E. (2012), *Da Mangold a Hornfeldt: il giudizio di proporzionalità sulle differenziazioni per età in materia di lavoro nella giurisprudenza comunitaria*, in Aa.Vv., *Principio di proporzionalità e dialogo tra Corti*, Padova, Cleup, 213 ss.
- Pasqualetto E. (2016), *Il potere del datore di lavoro di licenziare il lavoratore «vecchio» e pensionabile alla luce della normativa antidiscriminatoria, tra disapplicazione della normativa interna e certezza del diritto*, in *RIDL*, I, 613 ss.
- Sciarra S. (2006), *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».INT, n. 44.
- Zitti S. (2016), *Lavoro intermittente e principio di non discriminazione in base all'età*, in *RGL*, II, 351 ss.

Olivia Bonardi
Professoressa associata di Diritto del lavoro
presso l'Università di Milano

CASSAZIONE, 15.6.2017, n. 14862 – Pres. Di Cerbo, Est. Negri della Torre, P.M. Mastroberardino (conf.) – G.F. (avv. Moscati) c. Aviva Italia Spa (avv.ti Carnevale, Terenzio).
Conf. Corte d'Appello di Bologna, 24.9.2015.

Controlli sul lavoratore – Controlli difensivi – Indebiti accessi a internet – Licenziamento disciplinare – Art. 4 St. lav. – Violazione della privacy – Non sussiste.

L'indebita connessione a internet risultante dalle fatture telefoniche aziendali legittima il licenziamento del dipendente, senza che rilevi la disciplina dell'art. 4, c. 2, l. n. 300 del 1970 (nel testo anteriore alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 151 del 2015). Ciò in quanto sono esclusi dal campo di applicazione della citata norma i controlli difensivi volti a individuare la realizzazione di comportamenti illeciti del dipendente, idonei a ledere il patrimonio aziendale. (1)

(1) LA CORTE DI CASSAZIONE IN TEMA DI CONTROLLI DIFENSIVI:
IL CASO DEGLI INDEBITI ACCESSI ALLA RETE MEDIANTE USO
DELLA CHIAVETTA AZIENDALE PER LA NAVIGAZIONE INTERNET

1. — La Corte di Cassazione, con la sentenza in epigrafe, interviene sul tema dei controlli difensivi fornendone una interpretazione conforme a quella risultante dall'art. 4 St. lav., novellato dall'art. 23 del d.lgs. n. 151/2015.

Il caso di specie trae origine da un licenziamento per giusta causa intimato a un dipendente per l'uso della chiavetta fornita dalla azienda per la connessione a internet (27 accessi risultanti dalla fattura del traffico internet aziendale).

Il lavoratore impugna il licenziamento deducendo che la connessione sarebbe avvenuta al di fuori dell'orario di lavoro e in giorni festivi. Avverso l'ordinanza, che ne conferma la legittimità, il lavoratore presenta dapprima opposizione al Tribunale di Bologna, che la rigetta, e poi reclamo alla Corte d'Appello di Bologna.

Quest'ultima conferma la legittimità del recesso riconducendo però la motivazione del licenziamento al giustificato motivo soggettivo, stante la mancanza di precedenti contestazioni a carico del lavoratore e la scarsa rilevanza – da un punto di vista patrimoniale – del danno arrecato alla società.

Il dipendente ricorre in Cassazione con nove motivi di ricorso lamentando, tra gli altri, la violazione degli artt. 7, l. n. 300/1970, e 24 Cost., la mancata preventiva conoscenza del regolamento aziendale sull'utilizzo degli apparati mobili aziendali, la violazione e falsa applicazione della disciplina sulla privacy e la mancata applicazione delle garanzie procedurali in tema di controlli a distanza.

La Corte rigetta integralmente il ricorso, con condanna alle spese.

2. — Con riferimento alla mancata consegna del regolamento aziendale, la Cassazione, confermando un orientamento consolidato, ritiene infondata la questione

inerente alla presunta violazione dell'art. 7 St. lav. posto che l'onere di pubblicità del regolamento aziendale non rileva quando il datore contesti un comportamento integrante la violazione di una norma penale o di un comportamento manifestamente contrario all'etica comune e ai doveri fondamentali connessi al rapporto di lavoro, come nel caso di indebita connessione alla rete internet aziendale.

Con riferimento alla violazione delle garanzie procedurali richieste per i controlli a distanza, la Corte conferma un orientamento giurisprudenziale consolidato (Cass. 3.4.2002, n. 4746, in *GLav.*, 2002, 21, 10; Cass. 17.7.2007, n. 15892; Cass. 23.2.2010, n. 4375; Cass. 23.2.2012, n. 2722, in *Diritto e Giustizia online*, 2012, 137; Cass. 1.10.2012, n. 16622; Cass. 27.5.2015, n. 10955, in *FI*, 2015, II, 2316, e in *DRI*, 2015, n. 3, 833), secondo il quale non trovano applicazione le garanzie procedurali dell'art. 4 St. lav. ogni qualvolta l'attività del datore sia tesa a sanzionare comportamenti del dipendente idonei a ledere il patrimonio aziendale, sotto il profilo della sua integrità, del regolare funzionamento e sicurezza degli impianti.

I giudici richiamano anche una recente pronuncia conforme (Cass. 27.5.2015, n. 10955, cit.) intervenuta in relazione a ripetuti accessi di un dipendente alla rete internet per visualizzare il proprio *account* facebook, noncurante del fatto che avesse mandato in blocco il macchinario (una pressa) a cui era addetto. In questo caso, la Corte ha ritenuto legittimo il controllo difensivo occulto, ossia l'attivazione di un falso profilo facebook da parte del datore per indurre il dipendente a una conversazione durante l'orario di lavoro.

In tutte le ipotesi sopra indicate, i controlli difensivi sono ritenuti legittimi, liberi da ogni vincolo autorizzatorio e soprattutto utilizzabili ai fini disciplinari, a nulla rilevando che le modalità di controllo comportino indirettamente un controllo a distanza sullo svolgimento della prestazione. Per questo motivo, parte della dottrina non condivide gli esiti della giurisprudenza ora ricordata.

Alcuni Autori (Vd. Zoli 2009, 500; Lambertucci 2015, 11) sottolineano infatti la difficoltà di separare situazioni in cui il controllo sulla condotta illecita del dipendente si traduca, indirettamente, in un controllo occulto sulla prestazione lavorativa, rendendo pertanto necessario anche in questi casi il rispetto delle procedure autorizzatorie prescritte dall'art. 4 St. lav. A sostegno di questa opinione si può richiamare la giurisprudenza che ritiene necessario l'accordo sindacale previsto dall'art. 4 St. lav. anche nel caso di monitoraggio degli accessi a internet (Vd.: Cass. 23.2.2010, n. 4375, in *RGL*, 2010, II, 462; Cass. n. 16622/2012) a fini difensivi.

Nel bilanciamento degli interessi in gioco sembra prevalere, anche nella decisione che qui si commenta, l'esigenza di tutelare l'integrità del patrimonio aziendale, soprattutto quando le condotte illecite siano in contrasto con i basilari doveri di diligenza nell'esecuzione della prestazione oltre che del più generale canone di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto di lavoro.

Quanto alle censure relative alla violazione della disciplina a tutela della privacy, la Corte di Cassazione al pari della Corte d'Appello ritiene che i dati utilizzati dall'azienda nella lettera di contestazione disciplinare (data, ora, durata connessione e importo del traffico internet) non sono ascrivibili alla nozione di dati personali di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 196/2003.

Essi non rientrano neppure nella sottocategoria dei dati sensibili poiché non comportano alcuna indicazione di elementi riferibili alla persona dell'utente, alle sue scelte

e attitudini politiche, religiose, culturali, sessuali; essi rimangono confinati, al contrario, in una sfera meramente numerico-quantitativa applicabile in concreto a un numero indistinto di utenti della rete, senza alcuna capacità di individuazione degli stessi.

Risulta inoltre che il datore di lavoro abbia mantenuto la segretezza dei singoli accessi effettuati dal lavoratore e non abbia registrato o utilizzato i contenuti di tali accessi per giustificare il licenziamento.

3. — Ne segue che i controlli effettuati dalla azienda sulle fatture telefoniche, al fine di rilevare indebite connessioni a internet (quanto a orari, durata e costo della connessione), sono legittimi pur in mancanza delle procedure di cui all'art. 4 St. lav. preriforma del 2015.

Ad analogo esito si può giungere applicando il c. 2 del nuovo art. 4 St. lav. modificato nel 2015. L'art. 4 St. lav. recepisce gli esiti di un lungo percorso giurisprudenziale elaborato sin dagli anni settanta (Si vd. Marazza 2016; Maio 2015, 1194) ed esce «dall'ipocrisia della vecchia definizione di controlli a distanza» (Così Del Punta, 2017).

Dai lavori preparatori emerge la volontà del legislatore di regolamentare l'utilizzo di strumenti da cui derivi la possibilità di controllo a distanza dei lavoratori anche ai fini della tutela del patrimonio aziendale, riconosciuta, fino a ora, soltanto dalla giurisprudenza e in modo non univoco.

La norma è stata variamente interpretata in dottrina, e c'è chi ritiene che la previsione contenuta nel citato c. 1 rischi di limitare eccessivamente i poteri di controllo del datore imbrigliando i controlli difensivi nelle maglie di preventivi controlli autorizzatori (Sul punto, Marazza 2016, 18, e nello stesso senso Maresca 2016, il quale ritiene che si debba distinguere tra i controlli a difesa del patrimonio aziendale di cui al c. 1 dell'art. 4 e i controlli difensivi in senso stretto «mirati ad accertare selettivamente condotte illecite – anche di aggressione al patrimonio aziendale – di cui si presume, in base a indizi concreti, siano autori singoli dipendenti, anche se ciò avviene in occasione dello svolgimento della prestazione lavorativa». Si vd. anche Ricci 2016, il quale ritiene che l'art. 4, c. 1, St. lav. abbia cristallizzato la soluzione elaborata in passato dalla giurisprudenza e, in tal modo, superato la categoria dei controlli difensivi).

La rigidità dell'art. 4, c. 1, St. lav., è in realtà attenuata dal c. 2 dello stesso articolo. Se, da un lato, il c. 1 prevede che gli strumenti che non siano «di lavoro» e consentano il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori «possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale» e che la loro installazione sia condizionata all'esperimento della procedura che richiede l'accordo sindacale o, in via subordinata, un'autorizzazione amministrativa, dall'altro, il c. 2 statuisce che quanto stabilito al c. 1 non trova applicazione con riferimento agli strumenti di lavoro, vale a dire quelli utilizzati per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze.

Il c. 2 è disposizione eccezionale che configura una deroga piena al c. 1, non soltanto quanto alla non necessità di preventive procedure autorizzatorie, ma anche con riferimento alle finalità del controllo che in questo caso non sono predeterminate.

La difficoltà applicativa del c. 2 è però legata alla nozione di «strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa», difficilmente interpretabile perché non è sempre agevole individuare «il discrimine tra strumenti conferiti dal datore

al lavoratore per il loro diretto impiego nella resa della prestazione lavorativa e strumenti che – pur conferiti al lavoratore – possono essere solo indirettamente correlati all'attività lavorativa» (Dagnino 2015, 988).

Ad esempio, un caso che fa discutere è l'utilizzo dei dispositivi di geolocalizzazione, ritenuti dall'Ispettorato del lavoro (circolare n. 2/2016) veri e propri strumenti di lavoro sottratti alle procedure autorizzatorie del c. 1 dell'art. 4 St. lav. soltanto nel caso in cui siano installati per consentire l'attuazione della prestazione lavorativa.

Al contrario, nel caso in cui gli strumenti di geolocalizzazione siano un elemento «aggiunto» agli strumenti di lavoro, non utilizzati in via primaria ed essenziale per l'esecuzione della attività lavorativa, ma per rispondere a esigenze di carattere assicurativo, produttivo, organizzativo, è necessario l'accordo sindacale.

Ritornando al caso di specie, è da ritenere che i giudici della Corte di Cassazione, ove chiamati a decidere il caso in esame alla luce del nuovo art. 4 St. lav., avrebbero applicato il c. 2 della citata norma; ciò in quanto la chiavetta internet aziendale, quale strumento per mezzo del quale il lavoratore svolge la propria prestazione di lavoro, rende legittimi i controlli anche di tipo difensivo in assenza di preventive procedure autorizzatorie.

4. — A conclusioni diverse da quelle sin qui prospettate si può giungere ove l'episodio oggetto della sentenza in commento sia valutato alla luce dell'art. 4 St. lav. come riformato nel 2015, in relazione al c. 3 della citata norma.

Esso prevede l'utilizzabilità ai fini connessi al rapporto di lavoro (dunque anche disciplinari) dei dati raccolti nell'ambito dei controlli effettuati ai sensi del c. 1 e del c. 2 soltanto qualora sia data al lavoratore adeguata preventiva informazione circa le modalità d'uso degli strumenti, l'effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dalla disciplina a tutela della privacy.

Si tratta di informative, almeno per quanto concerne quella sull'effettuazione dei controlli, parzialmente coincidenti con quella di cui all'art. 13 del Codice della privacy.

In dottrina c'è chi ritiene che si tratti di vere e proprie integrazioni dell'informativa sul trattamento dei dati personali *ex art.* 13, d.lgs. n. 196/03 (Del Punta 2016).

Da un punto di vista formale, la norma non obbliga il datore a vincoli specifici: questi potrà inserire le informative sull'uso di strumenti elettronici e modalità di controllo a distanza anche in documenti autonomi rispetto alla documentazione sulla privacy (In tal senso Marazza 2016). In questo senso si esprime in precedenza anche il Garante che con deliberazione n. 13/2007, Linee guida per la posta elettronica e internet, invita i datori di lavoro all'adozione di un vero e proprio codice disciplinare interno sull'uso di internet e sugli eventuali controlli connessi.

In ogni caso, il c. 3 dell'art. 4 St. lav. indica quale ulteriore condizione per l'utilizzabilità dei dati che alle informative sugli strumenti e modalità di controlli si associ anche il rispetto delle regole e dei principi previsti dal codice della privacy.

Nel caso di specie, nessuna preventiva informativa è stata consegnata al lavoratore in ordine all'utilizzo degli apparati mobili aziendali (e dunque anche della chiavetta internet), né alcun codice disciplinare interno sulle modalità di utilizzo della rete internet aziendale è stato adottato dall'azienda, secondo quanto indicato dalle Linee guida del Garante della privacy per la posta elettronica e internet (Vd. deliberazione del Garante della privacy n. 13 del 1° marzo 2007).

Se ci si attiene, dunque, alla lettera della norma, il licenziamento intimato al lavoratore dovrebbe ritenersi illegittimo.

Pur tuttavia, tale esito non appare convincente in considerazione del fatto che nel caso di specie l'indebita connessione alla rete internet aziendale mediante uso della chiavetta in giornate festive e al di fuori dell'orario di lavoro configura una condotta illecita, integrante la violazione del dovere di buona fede e correttezza nell'esecuzione della prestazione di lavoro, oltre che del principio di diligenza (art. 2104 c.c.) cui ogni lavoratore è tenuto nei confronti del proprio datore.

A ciò si aggiunga che, come rilevato dai giudici della Corte di Cassazione, nessuna violazione della privacy è stata concretizzata poiché il tipo di controllo realizzato dal datore non ha in alcun modo interessato dati personali o sensibili del lavoratore.

Riferimenti bibliografici

- Del Punta R. (2016), *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro* (art. 23, d.lgs. n. 151/2015), in *RIDL*, n. 1, I, 77 ss.
- Del Punta R. (2017), *Un diritto per il lavoro 4.0*, in Cipriani A. et al. (a cura di), *Il lavoro 4.0. La IV Rivoluzione Industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, di prossima pubblicazione presso Firenze University Press, 2017.
- Dagnino E. (2015), *Tecnologie e controlli a distanza*, in *DRI*, 988 ss.
- Lambertucci P. (2015), *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli a «distanza» tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014 (cd. Jobs Act)*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 255.
- Maio V. (2015), *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in *ADL*, n. 6, I, 1186 ss.
- Marazza M. (2016), *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 300.
- Maresca A. (2016), *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, n. 4, I, 512 ss.
- Zoli C. (2009), *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, l. n. 300/1970, tra attualità ed esigenze di riforma*, in *RIDL*, n. 4, I, 485 ss.

Milena Talarico
*Dottore di ricerca in Diritto del lavoro
presso la «Sapienza» Università di Roma*

CASSAZIONE, 6.6.2017, n. 13978, S.U. – Pres. Amoroso, Est. Manna, P.M. Matera (rigetto) – Alenia Aermacchi Spa (avv.ti Morrico, Cosentino) c. Fiom Cgil comprensorio territoriale di Pomigliano d'Arco (avv.ti Garzilli, Lauri).
Conf. Corte d'Appello di Napoli, 27.7.2012.

Rappresentanze sindacali unitarie – Diritto a indire l'assemblea da parte del singolo componente – Sussistenza.

Rappresentanze sindacali unitarie – Tutela del pluralismo – Principio di maggioranza – Limiti.

L'Accordo interconfederale 20.12.1993 sulle Rsu va interpretato in modo da favorire la massima coerenza interna fra le diverse clausole che lo compongono ai sensi dell'art. 1345 c.c. Alla luce della struttura complessiva dell'accordo citato, l'art. 4, c. 5, va inteso nel senso che la legittimazione a indire le assemblee spetta sia alla Rsu quale organismo collegiale, sia alle sue singole componenti. (1)

Nulla osta a che la Rsu e il principio di maggioranza convivano con limitate prerogative di singole componenti dell'organismo medesimo, dal momento che il principio di maggioranza, da un lato, è proprio di quello democratico nel momento decisionale, dall'altro, è estraneo al momento del mero esercizio di diritti che non importino decisioni vincolanti nei confronti di altri. In tal senso, mentre il referendum di cui all'art. 21 St. lav. dev'essere richiesto da tutta la rappresentanza sindacale, l'assemblea può invece essere richiesta singolarmente ovvero congiuntamente, dal momento che il referendum, diversamente dall'assemblea, implica sempre una votazione che a sua volta è retta dal principio di maggioranza, mentre al di fuori del momento strettamente decisionale la democrazia intesa come confronto dialettico di posizioni e interessi prescinde dalla regola maggioritaria, e anzi viene potenziata proprio dal diverso principio della tutela del dissenso. (2)

(1-2) LA NATURA «BIFRONTALE» DELLA RSU

E IL DIRITTO ALL'ASSEMBLEA DELLE SINGOLE COMPONENTI

SOMMARIO: 1. Natura monistica ovvero pluralistica della rappresentanza sindacale unitaria: un dibattito di lunga lena. — 2. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione: l'irrinunciabile tutela del dissenso. — 2.1. Il diritto alla convocazione dell'assemblea e la salvaguardia delle singole «voci» della Rsu. — 3. Il Testo Unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014 e i suoi effetti sulla natura e sul funzionamento della Rsu. — 4. Alcune considerazioni sulla legittimazione ad agire ex art. 28 St. lav. anche in una prospettiva *de iure condendo*.

1. — *Natura monistica ovvero pluralistica della rappresentanza sindacale unitaria: un dibattito di lunga lena* — La Rappresentanza sindacale unitaria (Rsu), sin dalla sua introduzione a opera della regolamentazione pattizia di inizio anni novanta (1), ha alimentato un ampio dibattito sotto molteplici profili relativi alla sua natura, struttura e funzionamento, anche in ragione del non semplice coordinamento tra fonte legale e contrattuale nonché del necessario contemperamento tra interesse collettivo non sempre omogeneo rappresentato dalle varie organizzazioni sindacali e dai singoli componenti (2).

Se è vero che gli accordi istitutivi delle Rsu hanno previsto il trasferimento di diritti, prerogative e agibilità sindacali stabiliti dalle norme dello Statuto dei lavoratori, tali partizioni si contraddistinguono non solo per l'investitura elettiva a opera dei lavoratori, ma anche per una serie di eccezioni e regole speciali dalle quali discende una disciplina tesa, da un lato, a garantire la «rendita di posizione» delle federazioni associate alle confederazioni storiche e, dall'altro, a non impedire l'ingresso nel circuito della rappresentanza a quelle organizzazioni che abbiano comunque una certa soglia di rappresentatività (3).

In tal senso, non si può di certo prescindere dal principio di libertà sindacale, che presuppone e valorizza un effettivo pluralismo delle posizioni e degli interessi anche nei luoghi di lavoro, con il limite della necessità di addivenire a una sintesi efficace in vista della regolazione contrattuale del conflitto nel momento decisionale.

Se da un lato, infatti, c'è chi sostiene che la rappresentanza sindacale costituisca un organismo indivisibile e dotato quindi di natura necessariamente collegiale il cui funzionamento è retto dalla regola della maggioranza così che le varie agibilità sindacali andrebbero richieste e fruite in maniera congiunta, d'altro canto vi è chi ne predica la natura essenzialmente pluralistica, così che le varie prerogative di legge e contratto sarebbero esigibili dal singolo componente a prescindere dal consenso degli altri. Tale classificazione si intreccia poi con la questione relativa alla dissolvenza delle singole Rsa in un nuovo organismo costituito dalle Rsu e alla conseguente perdita di soggettività delle sigle che lo compongono; questione che viene diversamente declinata a seconda che si acceda alla tesi secondo la quale alle rappresentanze delineate dallo Statuto dei lavoratori vada riconosciuta la qualità di organi del sindacato con poteri di rappresentanza collegiale (4) ovvero di strutture con una rilevanza autonoma e soggettività distinta dalle associazioni sindacali (5).

Sennonché, rispetto a tale dilemma, un approccio funzionalista e attento a garantire l'effettività dei diritti sindacali, prestando attenzione alla loro irriducibile diversità,

(1) Sulla genesi si rinvia a Di Stasi 1994a, 54; Id. 1994b, 383.

(2) L'articolazione dei ragionamenti e la ricchezza di spunti derivanti dalla disciplina in tema di rappresentanze sindacali unitarie è ben testimoniata, sin dai primi anni della loro introduzione, da Aa.Vv. 1996.

(3) Fontana (2004) ragiona sui vari aspetti della disciplina sulla rappresentanza in relazione ai principi in gioco nell'ottica della garanzia di una effettiva libertà sindacale.

(4) Cfr. Cass. 4.12.1995, n. 12467, in *MGL*, 1996, 10; Pret. La Spezia 15.7.1981, in *GC*, 1982, I, 325; Pret. Modena 3.6.1976, in *OGI*, 1976, 615. In dottrina, Simi (1970, 333) riteneva che le Rsa fossero l'istanza di base del sindacato, ragionando a partire dall'inciso di cui all'art. 20, penultimo comma, St. lav., dove di parla espressamente di «sindacato che ha costituito la rappresentanza sindacale aziendale».

(5) Cfr. Cass. 29.12.1999, n. 14686, in *RGL*, 2000, n. 1, II, 148 ss.

senza farsi ammalare da questioni strettamente qualificatorie, indica una via intermedia che discerne di volta in volta tra prerogative della rappresentanza ad attivazione e fruizione necessariamente collettiva, nelle quali è implicata l'unitarietà dell'azione, e altre a impulso anche disgiunto da parte dei singoli delegati, là dove venga in rilievo il momento più strettamente dialettico e democratico.

E invero, anche ammettendo che la Rsu sia un organismo collegiale ciò non escluderebbe il riconoscimento in capo a ciascuna organizzazione sindacale confluyente nella rappresentanza di una identità distinta e allo svolgimento di poteri in via autonoma rispetto agli altri componenti (6). Condivisibilmente, quindi, è stato affermato che dal momento che la Rsu poggia inesorabilmente su due principi eterogenei, uno associativo e uno elettivo (7), prospettare ricostruzioni sbilanciate in un senso o nell'altro rischia di indicare soluzioni suggestive ma non del tutto convincenti (8).

La disciplina in materia di rappresentanza deve quindi riuscire a bilanciare la garanzia di un'ampia discussione e di un vasto confronto tra posizioni diverse, secondo un approccio il quanto più possibile ispirato al pluralismo, e la formazione di una volontà spendibile nei confronti dei terzi sorretta da un criterio maggioritario, così da assicurare effettiva cogenza al frutto della contrattazione collettiva aziendale (9), con tutte le problematiche sottese a una applicazione *erga omnes* e amplificate dal meccanismo «pasticciato» e non privo di criticità costituzionali di cui all'art. 8, l. n. 148/2011.

D'altro canto, qualora i diritti sindacali fossero necessariamente esercitati solo congiuntamente, si assisterebbe alla completa privazione di prerogative in capo alle organizzazioni sindacali più deboli a tutto vantaggio dei sindacati più forti, che potrebbero così imporre la propria volontà e monopolizzare l'esercizio dei diritti promozionali (10), tanto che spesso gli interpreti si sono interrogati su quali siano i criteri che presiedono alla formazione della volontà della rappresentanza unitaria, se a essa possa applicarsi una regola maggioritaria e quali siano le forme di tutela dei membri dissenzienti (11).

Il nesso tra garanzia della libertà sindacale e quesito relativo alla natura delle rappresentanze in azienda, al di là della fonte di regolamentazione legale o pattizia e della origine elettiva o da nomina, rimane un tema di primario rilievo nella riflessione giuridica sin dalla entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori (12), tanto da continuare

(6) Cfr. Pret. Nola, S. di Pomigliano d'Acro, 19.4.1995, in *FI*, 1996, I, 723; Pret. Nola, S. di Pomigliano d'Arco, 28.3.1996, in *RIDL*, 1996, II, 671, con nota di Bolognesi; Pret. Varese 14.2.1997, in *RCDL*, 1997, 507, con nota di Capurro; Pret. Milano 19.11.1998, *ivi*, 1999, 61; T. Milano 16.10.1999 e 9.12.1999, *ivi*, 2000, 112, con nota di Franceschinis; T. Milano 11.12.2000, *ivi*, 2001, 89; T. Crema 8.2.2001, *ivi*, 2001, 387; T. Monza 20.3.2001, *ivi*, 2001, 385; T. Milano 11.4.2001, *ivi*, 2001, 636.

(7) Tale specificazione va intesa soprattutto con riferimento ai soggetti titolari del diritto a presentare liste per l'elezione e non con riferimento alla quota del terzo dei componenti la Rsu inizialmente riservato ai sindacati firmatari gli accordi istitutivi della nuova rappresentanza in azienda.

(8) Di Stasi 2012, 105.

(9) Riflette sul rapporto tra Rsu e contrattazione collettiva in azienda Gragnoli (2005, 286).

(10) Di Stasi 2000, 197.

(11) Cfr. Gragnoli 2005, 286; Ferraro 1995, 211; Perone 1994, 3; Inglese 2000, 487.

(12) In tal senso attestano la complessità della discussione intorno alla natura delle Rsa negli anni più vicini alla entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori Grandi (1971, 37); Treu (1975, 199); Persiani (1984, 3).

a stimolare l'elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale e da richiedere il necessario intervento dirimente da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

2. — *La soluzione adottata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione: l'irrinunciabile tutela del dissenso* — Nel caso sottoposto all'attenzione della Suprema Corte si controverte sulla correttezza della sentenza di appello che ha confermato la natura antisindacale della condotta datoriale di diniego della richiesta di assemblea proveniente da una sola componente della Rsu presente in azienda e non dalla sua composizione unitaria.

Il dilemma della titolarità del diritto di convocare l'assemblea in capo al singolo rappresentante (13) ovvero all'organo in composizione collegiale (14), frutto dei due diversi orientamenti tesi a riconoscere ora il carattere indivisibile della rappresentanza, ora la sua natura parcellizzabile, è stato oggetto di arresti discordanti anche in seno al giudice di legittimità, mentre d'altra parte il tema della rappresentanza si lega a doppio filo alla questione del rapporto con le organizzazioni sindacali nel cui ambito possono essere costituite le rappresentanze (15), in un dibattito arricchito dalla pronuncia da parte della Corte costituzionale della sentenza n. 231 del 2013 avente a oggetto lo scrutinio di legittimità dell'art. 19 St. lav., che da un lato valorizza la partecipazione alle trattative negoziali ai fini del riconoscimento in capo all'associazione sindacale della rappresentatività utile per la designazione delle rappresentanze, mentre dall'altro prescinde dalla firma dei contratti collettivi applicati nell'unità produttiva (16).

La *quaestio iuris* alla base della sentenza consiste quindi nel discernere se la legittimazione collegiale all'interno della Rsu, conseguente al subentro di queste ultime alle Rsa e alla loro natura elettiva, sia compatibile o meno con la permanenza di una legittimazione anche del singolo componente a chiedere l'assemblea, come previsto dall'art. 20 St. lav., che parla espressamente di una indizione che può avvenire singolarmente ovvero congiuntamente (17).

Nella soluzione prospettata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con un'opzione ispirata a un orientamento mediano e pragmatico, si supera a ben vedere la necessità di qualificare le Rsu come aventi natura collegiale o meno, limitandosi a verificare se accanto alle competenze delle suddette rappresentanze proprie di tale organismo persistano prerogative delle singole componenti, che in quanto tali possono essere esercitate anche dai membri in via autonoma.

A prescindere quindi dalla natura collegiale delle Rsu, che potrebbe inferirsi alla stregua della loro composizione, durata e dal successivo rinnovo, l'analisi andrà circonscritta a verificare se, accanto alle competenze delle Rsu proprie di tale organismo, sus-

(13) Cfr. Cass. n. 1892/2005; Cass. n. 15437/2014; Cass. n. 17458/2014.

(14) Cfr. Cass. 26.2.2002, n. 2855, in *RIDL*, 2002, II, 504, con nota di Ferrante.

(15) Approfondisce il tema del legame tra rappresentanza unitaria e organizzazione sindacale Cester (2005, 159).

(16) Sul tema, tra gli altri, vedi: Lunardon 2013, 340; Caruso 2013, 900; Cella 2013, 509; Aa.Vv. 2013; Rusciano 2013, 527; Leccese 2013, 539; De Luca Tamajo 2014, 45; Del Punta 2013, 527.

(17) Cass. 15.10.2009, n. 21909, richiama il dibattito tra i sostenitori del subentro della Rsu rispetto alle prerogative dei dirigenti delle Rsa come singoli e chi invece sostiene un subentro «totale» nelle relative attribuzioni.

sistano anche prerogative attivabili dai singoli ovvero dalle singole componenti, che in quanto tali possono essere esercitate anche singolarmente e non necessariamente in via congiunta.

Si impone pertanto l'esame della disciplina che regola le agibilità riconosciute a dette rappresentanze, e in tal senso, già secondo un approccio interpretativo strettamente letterale, sembrerebbe dirimente la previsione da parte dell'art. 4, comma 5, dell'Accordo interconfederale del 20 dicembre 1993 del riconoscimento del diritto all'indizione congiunta ovvero disgiunta dell'assemblea dei lavoratori durante l'orario di lavoro. Tale interpretazione, d'altra parte, si giustificerebbe anche in relazione alla funzione propria dell'istituto assembleare, consistente nel garantire e incentivare il dibattito tra posizioni differenti su impulso anche della singola componente della rappresentanza (18).

2.1. — *Il diritto alla convocazione dell'assemblea e la salvaguardia delle singole «voci» della Rsu* — Il diritto alla convocazione dell'assemblea di cui all'art. 20 St. lav., previsto dal Titolo III in favore delle rappresentanze sindacali aziendali e poi recepito nella regolamentazione pattizia per le rappresentanze sindacali unitarie – parafrasando l'ambiguo testo dell'Accordo interconfederale contenuto nel comma 1 dell'art. 4 –, è parte delle prerogative oggetto di subentro, pur con la previsione di eccezioni e puntualizzazioni, dei componenti delle Rsu ai dirigenti della Rsa nella titolarità di diritti, permessi, libertà sindacali e tutele spettanti per effetto delle disposizioni del Titolo III della legge n. 300 del 1970, tanto che l'art. 4, comma 5, dell'Accordo interconfederale del 20 dicembre 1993 prevede il diritto di indire in maniera congiunta o disgiunta l'assemblea dei lavoratori durante l'orario di lavoro (*passim*).

Tale soluzione pattizia evidenzia come una determinata associazione sindacale, malgrado la sua presenza all'interno della Rsu, possa anche singolarmente indire l'assemblea (almeno per la quota di 3 ore) e che non tutti i diritti riconosciuti dalla legge alla singola rappresentanza aziendale sono stati attratti all'interno delle Rsu, come affermato anche dalla sentenza annotata.

D'altra parte, se l'Accordo interconfederale lega il diritto di indire assemblee alla stipula da parte delle associazioni sindacali del Ccnl applicato nell'unità produttiva, sulla scorta del previgente art. 19 della legge n. 300 del 1970 che invece riconduce alla stipula di contratti collettivi applicati all'unità la rappresentatività utile ai fini della costituzione di Rsa, tale riferimento, a seguito della sentenza n. 231/13 della Corte costituzionale, andrà letto nel senso della partecipazione alla relativa negoziazione, così lasciando inalterata la *ratio* di salvaguardare le condizioni di miglior favore maturate in via di contratto collettivo ovvero di disposizione normativa (19).

(18) La Corte di Cassazione, con sentenza del 30.10.2010, n. 18838, ha stabilito che il diritto all'indizione dell'assemblea dei lavoratori durante l'orario di lavoro per 3 delle 10 ore annue retribuite ai sensi dell'art. 4 dell'Accordo interconfederale del 20 dicembre 1993 spetta alle organizzazioni aderenti alle associazioni stipulanti il Ccnl applicato nell'unità produttiva, che possono esercitarlo disgiuntamente o congiuntamente. Qualora in caso di più richieste si superasse il monte ore, varrebbe il criterio dell'ordine di precedenza, secondo quanto previsto dal comma 2 dell'art. 20 St. lav.: cfr. Curzio (2012, 259).

(19) Carinci 2013, 899; Ghera 2013, 185; Persiani 2013, 1837; Magnani 2014, 388; Maresca 2013; Pessi 2013, 950; Zoppoli 2013, 3; Lambertucci 2013, 992.

Sebbene in dottrina si sia sostenuto che l'affermazione di legittimazioni concorrenti in capo sia alla Rsu quale organismo collegiale sia alla sua singola componente sindacale urti contro il principio democratico, sciogliendo il legame tra rappresentanza, rappresentatività e democrazia sindacale nonché riducendo la Rsu a mera sommatoria di distinte rappresentanze associative (20), la sentenza annotata sottolinea come la limitata eccezione prevista dall'art. 4, comma 5, non snatura la Rsu né pregiudica il principio maggioritario previsto dall'art. 6, comma 3, e dall'art. 7 dell'Accordo.

Correttamente la Corte di Cassazione ha dunque rilevato che nulla osta a che la Rsu e il principio di maggioranza convivano con limitate prerogative di singole componenti dell'organismo medesimo, dal momento che il principio di maggioranza, da un lato, è proprio di quello democratico nel momento decisionale e, dall'altro, è estraneo al momento del mero esercizio di diritti che non importino decisioni vincolanti nei confronti di altri, ma «siano meramente preparatori delle fasi decisionali vere e proprie», per usare le parole della sentenza in commento.

In tale senso, è significativo che mentre il referendum di cui all'art. 21 St. lav. deve essere richiesto da tutte le Rsa, l'assemblea può invece essere richiesta singolarmente ovvero congiuntamente, e ciò si giustifica col fatto che il referendum, diversamente dall'assemblea, implica sempre una votazione che a sua volta è retta da un principio di maggioranza (21), mentre al di fuori del momento strettamente decisionale la democrazia, intesa come confronto dialettico di posizioni e interessi, prescinde dalla regola maggioritaria, e anzi viene potenziata proprio dal diverso principio della tutela del pluralismo.

Dunque, in virtù di un approccio funzionalista, attento a cogliere la finalità e il funzionamento degli istituti, a prescindere dalla tentazione di classificare la rappresentanza sindacale secondo schemi che enfatizzano il carattere monistico piuttosto che quello pluralistico, le Sezioni Unite hanno condivisibilmente individuato il principio di diritto per il quale è connaturata all'assemblea, in quanto momento di riflessione e discussione collettiva tra punti di vista diversi tutti meritevoli di tutela, la sua necessaria riconduzione all'interno dei diritti azionabili dai singoli membri della Rsu.

3. — *Il Testo Unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014 e i suoi effetti sulla natura e sul funzionamento della Rsu* — Sebbene alla fattispecie oggetto di giudizio non si applichi *ratione temporis* l'Accordo interconfederale del 10 gennaio 2014 sottoscritto da Confindustria, Cgil, Cisl e Uil, pare invero interessante verificare se la soluzione della Suprema Corte possa reggere anche di fronte alle previsioni del cd. Testo Unico del 10 gennaio 2014 (22) con il quale Confindustria, Cgil, Cisl e Uil hanno regola-

(20) Da Perone (2012, 19), l'applicazione del principio maggioritario nella Rsu viene analizzata in maniera problematica e con particolare attenzione agli spunti di maggiore criticità di una disciplina in cerca di equilibrio tra eteronomia e autonomia, libertà sindacale ed esigibilità degli impegni assunti.

(21) Cfr. T. Pinerolo 23.1.2001, in *MGL*, 2001, n. 3, 168; T. Cassino 12.7.2001, in *OGL*, 2001, I, 475 ss. Identica *ratio* sussiste con riferimento alle procedure di comunicazione e consultazione che andranno inviate alla Rsu nel suo complesso. Cfr. Pret. Livorno, 28.4.1998, in *NGCC*, 1999, I, 295, con nota di Monaco.

(22) La cui applicabilità al caso di specie è stata esclusa *ratione temporis* dalla sentenza annotata.

mentato vari aspetti delle relazioni sindacali, anche con riferimento al sistema di rappresentanza (23), nel tentativo di riappropriarsi dell'ambito di azione nella contrattazione cd. di prossimità e di quella tradizionale, a seguito dell'intervento eteronomo da parte della legge n. 148 del 2011 (24).

Dalla comparazione di queste ultime previsioni con quelle precedenti di cui all'Accordo del 20 dicembre 1993 si evince che viene mantenuto il principio di maggioranza come criterio di funzionamento della rappresentanza sindacale quando essa opera come organo collegiale, secondo quanto già visto in precedenza, essendo il funzionamento e le prerogative della Rsu rimasti sostanzialmente invariati.

Se, da un lato, si conferma il subentro dei componenti delle Rsu ai dirigenti delle Rsa nella titolarità di diritti, permessi, libertà sindacali e tutele già loro spettanti e la salvezza delle condizioni di miglior favore eventualmente già previste nei confronti delle associazioni sindacali dai Ccnl o accordi collettivi di diverso livello, in materia di numero dei dirigenti della Rsa, diritti, permessi e libertà sindacali, si prevede altresì che nelle stesse sedi negoziali si procederà, nel principio dell'invarianza dei costi, all'armonizzazione nell'ambito dei singoli istituti contrattuali, anche in ordine alla quota eventualmente da trasferire ai componenti della Rsu, anche questa volta in linea con le previsioni dell'Accordo interconfederale del 20 dicembre 1993.

Non sfugge certo che rimane in capo alle confederazioni storiche (firmatarie) una sorta di primazia rappresentativa, tanto che le parti si impegnano a definire in via prioritaria soluzioni in base alle quali le singole condizioni di miglior favore dovranno permettere alle organizzazioni sindacali con le quali si erano convenute di mantenere una specifica agibilità sindacale (25).

D'altra parte, una via agevolata alla rappresentanza viene riconosciuta sempre alle organizzazioni sindacali di categoria firmatarie il Ccnl applicato nell'unità produttiva, con i seguenti diritti di indizione dell'assemblea, ai permessi non retribuiti e all'affissione ai sensi dello Statuto dei lavoratori.

In particolare, la titolarità del diritto alle assemblee viene riconosciuta in maniera esplicita «singolarmente o congiuntamente» alle rappresentanze, così confermando la correttezza del ragionamento della Corte di Cassazione anche a fronte delle novità del Testo Unico.

Dall'altro lato, è stato sostenuto che con il cd. Testo Unico vi sia stata una riappropriazione della rappresentanza sindacale da parte delle associazioni, e ciò sarebbe ben visibile nella previsione, in ipotesi di dimissione del singolo componente, della sua sostituzione con il primo dei non eletti appartenente alla medesima lista (26).

Se tale prospettazione può apparire effettivamente aderente alla previsione dell'accordo e all'intenzione delle parti stipulanti di esercitare una sorta di egemonia sulle rappresentanze nei luoghi di lavoro, d'altra parte ciò non sembrerebbe far venir meno

(23) Vd. *funditus* Carinci 2014; Zampini 2014, 3; De Mozzi 2014; Bellocchi 2014, 147; Lunardon 2014, 201; Valente 2014, 454; Tosi 2014, 2; Scarpelli 2014, 651; Del Punta 2014, 673.

(24) Del Punta 2012, 31; Preteroti 2012, 2454; Santoro Passarelli 2011, 1224.

(25) Mette in guardia dalle possibili involuzioni «autocratiche» del sistema di rappresentanza delineato nel Testo Unico Alleva (2014, 2).

(26) Esamina le prime pronunce giurisprudenziali in applicazione del Testo Unico Lambertucci (2015, 381).

le considerazioni sopra esposte in tema di azionabilità dei diritti di carattere non deliberativo da parte della singola componente di Rsu, che potrebbe richiedere la convocazione dell'assemblea autonomamente ovvero su indicazione del sindacato di appartenenza, a prescindere dall'attivazione della decisione collegiale a maggioranza.

4. — *Alcune considerazioni sulla legittimazione ad agire ex art. 28 St. lav. anche in una prospettiva de iure condendo* — Quanto delineato dalla Suprema Corte in termini di distinzione tra istituti a necessaria collegialità e istituti ad attivazione da parte del singolo componente appare rilevante, in un'ottica *de iure condendo*, anche sotto il diverso profilo della tutela giudiziaria avente a oggetto libertà e diritti sindacali, che trova nella previsione del procedimento per la repressione della condotta antisindacale *ex art. 28 St. lav.* il baricentro del diritto di «protezione sindacale».

La legittimazione ad attivare il suddetto procedimento è posta dallo Statuto dei lavoratori in capo agli organismi locali dei sindacati nazionali, che possono agire ogni qual volta siano impediti o limitati i diritti fondamentali dell'ordinamento sindacale, in presenza di comportamenti rivolti nei confronti delle organizzazioni sindacali ovvero diretti contro le rappresentanze in azienda (27).

In tale ultimo caso, la legittimazione esclusiva dell'organismo locale si spiega con la struttura tipica della Rsa, che ai sensi dell'art. 19 St. lav. viene istituita sì a iniziativa dei lavoratori, ma nell'ambito di associazioni dotate di rappresentatività secondo i criteri dettati dal citato art. 19. Ciononostante, la scelta di affidare al livello locale dell'organizzazione l'esperibilità della tutela giudiziale costituisce una delle possibili opzioni normative, che sicuramente garantisce un buon punto di equilibrio tra interessi collocati in un determinato ambito aziendale e necessario collegamento con la struttura sindacale esterna più vicina a essi (28), mentre la considerazione che l'esclusività della legittimazione trovi il proprio fondamento nell'esigenza di porre il sindacato a più stretto contatto con le reali condizioni di lavoro ha spinto una parte della giurisprudenza a negare la legittimazione alle strutture regionali del sindacato e a tutti gli organismi di livello superiore a quello provinciale (29), nonché degli organismi locali di organizzazioni che non facciano parte di un sindacato di categoria nazionale (30) e

(27) Per Simi (1975), il legislatore si sarebbe ispirato alla distinzione tra sindacati di primo grado (ai quali sono iscritti i singoli lavoratori, quali sono certamente gli «organismi locali») e sindacati di secondo grado (composti da associazioni e non da persone, come i sindacati nazionali). Sulla base di tale distinzione, avrebbe attribuito il potere di agire solo ai primi, che direttamente operano nei luoghi di lavoro; il termine «organismi», infine, presupporrebbe la sussistenza di una propria soggettività giuridica.

(28) Il tema della individuazione dei soggetti legittimati ad agire nel procedimento di repressione della condotta antisindacale è stato oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali. Vd., tra le altre, Cass. 17.6.1998, n. 6058, in *NGL*, 1998, 544; Cass. 8.8.1997, n. 7368, in *MGL*, 1998, 43 ss., con nota di Papaleoni; Cass. 17.3.1995, n. 3105, S.U., in *Corriere giuridico*, 1995, 943, con nota di Carbone. Sul tema, tra gli altri, vd. anche Papaleoni 1996, 357; Monaco 1999, 843.

(29) Cfr. Cass. 17.6.1998, n. 6058, in *MGC*, 1998, 1345; Cass. 20.4.2002, n. 5765, in *RIDL*, 2003, II, 426.

(30) Sempre sulla legittimazione all'azione *ex art. 28 St. lav.*, cfr. Cass. 23.3.2006, n. 6429; Cass. 24.1.2006, n. 1307; Cass. 24.1.2006, n. 1307, in *GC*, 2007, n. 12, 2928, con nota di De Mozzi. Tali arresti giurisprudenziali negano, rispettivamente, a Sin Cobas e a Slai Cobas la le-

che risultino anche privi di interesse ad agire non rientrando nei loro compiti istituzionali la tutela di una specifica categoria (31).

In quest'ottica, occorrerebbe enfatizzare il contenuto degli statuti associativi come strumento di identificazione della legittimazione *ex art. 28 St. lav.* sia per il rispetto dell'autonomia e libertà sindacale, che nell'organizzazione trova un momento qualificante, sia perché così si realizzerebbe meglio la volontà legislativa di valorizzare le articolazioni periferiche dell'organizzazione sindacale, più vicine alle concrete situazioni aziendali (32), mentre invece, nel caso di condotta lesiva delle prerogative in sede di trattativa a livello nazionale, dovrebbe escludersi la possibilità di esperire la procedura *ex art. 28 St. lav.*, perché tale strumento ha lo scopo di apprestare una tempestiva tutela nei casi di lesioni dell'attività o delle libertà sindacali circoscritti in un ambito territoriale delimitato.

D'altra parte, con riguardo alla possibilità di ricondurre le Rsu all'interno della categoria degli organismi locali la giurisprudenza è divisa. Chi nega a queste ultime il potere di agire *ex art. 28 St. lav.* argomenta che esse non avrebbero le connotazioni di organismi locali di associazioni sindacali nazionali, mentre i sostenitori della legittimazione ad agire delle rappresentanze aziendali, invece, motivano a partire dalla considerazione che, se viene leso un diritto della Rsu, la legittimazione spetterebbe a essa perché dotata di interesse ad agire (33). Non si vede, infatti, per quale ragione le Rsu non potrebbero essere configurate come organismi locali dei sindacati (34) che partecipano alle elezioni secondo le clausole dell'A.I.

Inoltre, non si dovrebbe aprioristicamente escludere che il soggetto legittimato ad agire ai sensi dell'art. 28 St. lav. possa invocare una protezione che riguarda direttamente anche il singolo rappresentante sindacale, ovvero la rappresentanza in quanto tale, in una serie di ipotesi che vanno dal licenziamento di uno o più delegati al trasferimento di essi senza il preventivo nulla osta ai sensi dell'art. 22 St. lav. fino ad arrivare alla violazione degli obblighi di consultazione e informazione nei confronti della rappresentanze sindacali in azienda.

In tali ipotesi, evidentemente, l'interesse sindacale per il quale si agisce non è circoscrivibile esclusivamente in capo all'organismo locale del sindacato, essendo piuttosto variegato, implicando anche l'interesse al contempo individuale e sindacale posto in capo ora al singolo rappresentante ora alla rappresentanza nella sua interezza, così

gittimazione a proporre ricorso per la repressione della condotta antisindacale, non essendo stato provato l'effettivo svolgimento di attività sindacale a dimensione nazionale da parte del sindacato federato. Sullo stesso tema vd. anche Cass. 29.7.2011, n. 16787, in *GI*, 2012, n. 6, 1360 ss. con nota di Giuliani.

(31) Cfr. Cass. 29.3.1979, n. 1826; Cass. 17.3.1995, 3105, S.U., in *MGC*, 1995, 630.

(32) Cfr. Cass. 17.6.1998, n. 6058, cit. In ipotesi di comportamento antisindacale posto in essere sull'intero territorio nazionale, gli organismi locali delle associazioni sindacali sarebbero legittimati ad agire solo se la denunciata condotta si sia frazionata in atti rilevanti sul piano locale, e perciò si sia effettivamente sostanziata in un ostacolo concreto per gli organismi locali del sindacato (Cass. 11.1.2008, n. 520, in *Ced Cassazione*).

(33) Per una trattazione approfondita della questione, cfr. T. Civitavecchia 11.5.2000; Pret. Livorno 28.4.1998, in *NGCC*, 1999, I, 295; Pret. Brescia 9.5.1997, in *RCDL*, 1997, 763, con nota di Chiusolo; Pret. Pisa 30.3.1999, *ivi*, 1999, 519; Pret. Milano 5.8.1995, *ivi*, 1995, 865.

(34) Come affermato da Proto Pisani (1987, 564), il livello di effettività al quale fa riferimento tutto l'art. 28 St. lav. induce a ritenere che con l'espressione organismi locali si debba considerare non già l'organismo più periferico, ma quell'organismo che in concreto gestisce l'attività sindacale e che in concreto ne subisce la limitazione.

che parrebbe prospettabile una soluzione normativa che a fianco della tradizionale legittimazione in capo all'articolazione periferica dell'organizzazione ne preveda anche una in capo a soggetti diversi portatori anch'essi di un interesse di carattere sindacale (35). L'interesse di cui è portatrice ciascuna componente della rappresentanza prescinde infatti dall'adozione di decisioni a maggioranza ed è suscettibile di essere oggetto di giustizia su iniziativa anche della componente di Rsu lesa sì nel proprio diritto, ma con ripercussioni più in generale sul corretto esercizio dei diritti sindacali.

Si tratterebbe, a ben vedere, di una opzione che tiene in giusta considerazione il fatto che sono implicati più attori in senso sostanziale, che hanno tutti parimenti diritto ad attivare una procedura rapida finalizzata proprio alla tutela delle posizioni tipiche del diritto sindacale di fronte all'aggressione da parte del datore di lavoro, nell'ottica della valorizzazione della norma cardine del diritto sindacale – l'art. 28 St. lav. – che di fronte al generale declino del diritto del lavoro «forte» appare ancora uno strumento idoneo a garantire alla rappresentanza dei lavoratori un contropotere utili ai fini della dialettica di interessi sui luoghi di lavoro.

Riferimenti bibliografici

- Aa. Vv. (1996), *Poteri dell'imprenditore, rappresentanze sindacali unitarie e contratti collettivi*. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Pisa, 26-27 maggio 1995, Giuffrè, Milano.
- Aa. Vv. (2013), *La Rsa dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231*, Adapt labour studies, e-book series.
- Alleva P.G. (2014), *I pericoli dell'Accordo interconfederale sulla rappresentanza*, in www.dirittisocialie cittadinanza.org, febbraio.
- Bellocchi P. (2014), *Divisione e unità sindacale nel Testo Unico sulla rappresentanza*, in Carinci F. (a cura di), *Il Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, Adapt labour studies, e-book series, in www.moodle.adaptland.it, 147 ss.
- Carinci F. (2013), *La tenuta del sistema delle relazioni industriali alla prova del legislatore e della magistratura. Il buio oltre la siepe: Corte cost. 23 luglio 2013, n. 231*, in *DRI*, 899 ss.
- Carinci F. (2014), *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale*, in Carinci F. (a cura di), *Il Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, Adapt labour studies, e-book series, in www.moodle.adaptland.it.
- Caruso B. (2013), *La Corte costituzionale tra don Abbondio e il passero solitario: il sistema di rappresentanza sindacale dopo la sentenza n. 231/13*, in *RIDL*, n. 4, I, 900 ss.
- Cella G.P. (2013), *Una sentenza sulla rappresentanza sindacale (o del lavoro)?*, in *LD*, 509 ss.
- Cester C. (2005), *Membri della rappresentanza sindacale unitaria e vincolo sindacale*, in Aa.Vv., *Rappresentanza, rappresentatività, sindacato in azienda e altri studi: scritti in onore di Mario Grandi*, Cedam, Padova, XXI, 159 ss.
- Curzio P. (2012), *Rassegna della giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di lavoro (settembre 2010-agosto 2011). Seconda parte: il diritto sindacale e processuale*, in *DLRI*, 259 ss.
- De Luca Tamajo R. (2014), *La sentenza n. 231/2013 della Corte costituzionale sullo sfondo della crisi del sistema sindacale anomico*, in *RGL*, n. 1, I, 45 ss.

(35) Ferma restando la doppia giustiziabilità, sia in sede ordinaria che con il procedimento speciale.

- De Mozzi B. (2014), *Regole generali delle forme di rappresentanza in azienda*, in Carinci F. (a cura di), *Il Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, Adapt labour studies, e-book series, in www.moodle.adaptland.it.
- Del Punta R. (2012), *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148 del 2011, e dintorni)*, in *LD*, n. 1, 31 ss.
- Del Punta R. (2013), *L'art. 19 Statuto dei lavoratori davanti alla Consulta: una pronuncia condivisibile ma interlocutoria*, in *LD*, n. 4, 527 ss.
- Del Punta R. (2014), *Il cantiere aperto delle relazioni sindacali. Note sparse sul Testo Unico sulla rappresentanza*, in *DRI*, n. 3, 673 ss.
- Di Stasi A. (1994 a), *La rappresentanza sindacale unitaria tra accordi sindacali e proposte di legge*, in *DL*, I, 54 ss.
- Di Stasi A. (1994 b), *L'autonomia negoziale delle rappresentanze sindacali unitarie*, in *DPL*, 383 ss.
- Di Stasi A. (2000), *Le rappresentanze sindacali unitarie nel pubblico impiego*, Giappichelli, Torino.
- Di Stasi A. (2012), *Il potere sindacale nell'ordinamento (debole) del lavoro. Vicende e prospettive*, Giappichelli, Torino.
- Ferraro G. (1995), *Morfologia e funzione delle nuove rappresentanze aziendali nell'Accordo interconfederale del dicembre 1993*, in *RGL*, I, 211 ss.
- Fontana G. (2004), *Profili della rappresentanza sindacale: quale modello di democrazia per il sindacato?*, Giappichelli, Torino.
- Ghera E. (2013), *L'art. 19 dello Statuto, una norma da cambiare*, in *DLRI*, 185 ss.
- Giuliani A. (2012), *Ancora sulla legittimazione attiva alla proposizione del ricorso ex art. 28 St. lav.*, in *GI*, n. 6, 1359 ss.
- Gragnoli E. (2005), *Le rappresentanze sindacali unitarie e i contratti collettivi aziendali*, in Aa.Vv., *Rappresentanza, rappresentatività, sindacato in azienda e altri studi: scritti in onore di Mario Grandi*, Cedam, Padova, 286 ss.
- Grandi M. (1971), *Rappresentanza e rappresentatività sindacale*, in Riva Sanseverino L., Mazzoni G. (a cura di), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Padova, 37 ss.
- Inglese I. (2000), *Rilevanza e implicazioni del carattere unitario delle rappresentanze sindacali unitarie*, in *MGL*, 487 ss.
- Lambertucci P. (2013), *L'art. 19 dello Statuto dei lavoratori dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013: brevi riflessioni*, in *RIDL*, n. 4, II, 992 ss.
- Lambertucci P. (2015), *La rappresentanza sindacale del 10 gennaio 2014: i primi esiti giurisprudenziali*, in *RIDL*, n. 1, I, 381 ss.
- Leccese V. (2013), *Partecipazione alle trattative, tutela del dissenso e art. 19 dello Statuto dei lavoratori*, in *LD*, n. 4, 539 ss.
- Lunardon F. (2013), *La sentenza 23 luglio 2013, n. 231 della Corte costituzionale e la riscrittura in senso «materiale» dell'art. 19 St. lav.*, in *Nuovo notiziario giuridico*, 340 ss.
- Lunardon F. (2014), *Regole della contrattazione collettiva e governo del conflitto*, in Carinci F. (a cura di), *Il Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, Adapt labour studies, e-book series, in www.moodle.adaptland.it, 201 ss.
- Magnani M. (2014), *Il Protocollo d'intesa e la sentenza sull'art. 19 St. lav.*, in *Il libro dell'anno del Diritto Treccani*, 388 ss.
- Maresca A. (2013), *Prime osservazioni sul nuovo art. 19 St. lav.: connessioni e sconnessioni sistemiche*, in Aa.Vv., *La Rsa dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231*, Adapt labour studies, e-book series.
- Monaco M. (1999), *La nozione di «organismi locali» nel procedimento per la repressione della condotta antisindacale*, in *Studium Juris*, 843 ss.

- Papaleoni M. (1996), voce *Repressione della condotta antisindacale*, in *DDPComm.*, Torino, Utet, XII, 357 ss.
- Perone G. (1994), *L'Accordo sul costo del lavoro del 3 luglio 1993: i soggetti della negoziazione*, in *DL*, I, 3 ss.
- Perone G. (2012), *Guardare all'attuale crisi e al futuro del sindacato con equilibrio e lungimiranza*, in *DLM*, 19 ss.
- Persiani M. (1984), *Il problema della rappresentanza e della rappresentatività del sindacato in una democrazia neo-corporativa*, in *DL*, I, 3 ss.
- Persiani M. (2013), *Illegittimità costituzionale sopravvenuta dell'art. 19 della legge n. 300/1970*, in *GI*, I, 1837 ss.
- Preteroti A. (2012), *L'efficacia del contratto aziendale dopo l'art. 8, d.l. n. 138/2011, convertito in legge n. 148/2011*, in *GI*, n. 11, 2454 ss.
- Pessi R. (2013), *Rappresentanza e rappresentatività sindacale tra contrattazione collettiva e giurisprudenza costituzionale*, in *DRI*, n. 4, 950 ss.
- Proto Pisani (1987), *La partecipazione delle associazioni sindacali al processo*, in Aa.Vv., *Le controversie in materia di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 564 ss.
- Rusciano M. (2013), *Sindacato «firmatario» o «trattante», purché «rappresentativo»*, in *RGL*, n. 4, II, 527 ss.
- Santoro Passarelli G. (2011), *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8, d.l. n. 138/2011 conv. con modifiche l. n. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, in *ADL*, n. 6, I, 1224 ss.
- Scarpelli F. (2014), *Dissensi e consensi sul Testo Unico sulla rappresentanza: un bilancio tra politica e diritto*, in *RGL*, n. 3, I, 651 ss.
- Simi V. (1970), *La disciplina delle rappresentanze sindacali aziendali e la Costituzione*, in *DL*, 1970, I, 333 ss.
- Simi V. (1975), *Repressione della condotta antisindacale*, in Prosperetti U. (diretto da), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano.
- Torsello L. (2009), *Rsu e comportamento antisindacale*, in *ADL*, n. 3, II, 765 ss.
- Tosi P. (2014), *I diritti sindacali tra rappresentatività e rappresentanza*, in *ADL*, I, 2 ss.
- Treu T. (1975), *Il sindacato fuori della Costituzione: riconoscimento e rappresentatività*, in *Ius*, 199 ss.
- Valente L. (2014), *Rappresentanza sindacale: l'accordo tra le parti sociali*, in *DPL*, n. 8, 454 ss.
- Zampini G. (2014), *Il T.U. 10 gennaio 2014. Misura e certificazione della rappresentanza sindacale tra Costituzione e autonomia collettiva*, in Carinci F. (a cura di), *Il Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, Adapt Labour studies, e-book series, in www.moodle.adaptland.it, 3 ss.
- Zoppoli L. (2013), *Impresa e relazioni industriali dopo la guerra dei tre anni: verso una nuova legge sindacale?* Considerazioni svolte a valle di C. cost. n. 231/2013, in Convegno Aidlass «Le rappresentanze sindacali in azienda: contrattazione collettiva e giustizia costituzionale», Roma, 16 settembre 2013, in www.aidlass.it, 3 ss.

Antonio Di Stasi

Professore ordinario di Diritto del lavoro
presso l'Università Politecnica delle Marche

CASSAZIONE, 26.5.2017, n. 13379, S. civ. – Pres. Di Cerbo, Est. Patti, P.M. Sanlorenzo (accoglimento) – B.M. (avv.ti Lacagnina, Piccinino) c. M.D. Srl (avv.ti Magrini, Pisa, Cantone).
Cassa Corte d'Appello di Venezia, 16.1.2014.

Licenziamento individuale – Giustificato motivo oggettivo – Art. 3, l. n. 604/1966 – Soppressione del posto di lavoro – Obbligo di *repechage* – Mansioni inferiori promiscue – Illegittimità del licenziamento.

*In caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, l'obbligo di *repechage* a carico del datore di lavoro deve estendersi alla verifica della possibilità di adibizione del lavoratore a mansioni inferiori se il dipendente esercitava, promiscuamente alle mansioni soppresse, anche compiti non riconducibili alla propria qualifica, sebbene in misura minore. (1)*

(1) IL REPECHAGE IN MANSIONI INFERIORI DOPO IL JOBS ACT:
OBBLIGO O FACOLTÀ?

1. — La modifica della norma sullo *ius variandi* (articolo 2103 c.c., come novellato dal d.lgs. n. 81/2015) ha inevitabili ricadute anche sull'obbligo di *repechage* che, proprio in virtù delle nuove disposizioni, risulta sicuramente dilatato sia in senso orizzontale che verticale, dovendo tale obbligo avere, come parametro di riferimento, non solo tutte le mansioni riferibili al livello di inquadramento del dipendente ma anche quelle di livello inferiore.

Sino all'entrata in vigore del citato decreto, l'orientamento giurisprudenziale in tema di *repechage* in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo è stato condizionato dal principio dell'equivalenza ex art. 2103 c.c. e, in un certo senso, «imbrigliato» dall'inderogabilità delle disposizioni ivi contenute (la nullità dei patti contrari) e, quindi, dal limite legale posto dal rispetto del bagaglio professionale del prestatore. Su tale limite, ritenuto invalicabile, si era quindi fondato il prevalente indirizzo giurisprudenziale che riteneva ammissibile l'obbligo di ricollocamento del lavoratore solo con riferimento in posizioni di lavoro equivalenti (In tal senso, *ex multis*: Cass. 12.2.2014, n. 3224, in *NGL*, 2014, 522; Cass. 8.11.2013, n. 25197, in *LG*, 2014, 181; Cass. 1.8.2013, n. 18416, in *MGL*, 2014, n. 1-2, 35. Cass. 23.6.2005, n. 13468, in *OGI*, 2005, 647).

Si è però discusso in dottrina e giurisprudenza sull'ammissibilità dello spostamento del lavoratore a mansioni inferiori – in deroga al citato art. 2103 c.c. – qualora ciò risultasse necessario per evitare il licenziamento e vi fosse il consenso del lavoratore (Sull'obbligo di *repechage* in mansioni inferiori si vedano, tra le tante: Cass. 1.8.2013, n. 18416, in *MGL*, 2014, n. 1, 35, nonché in *RIDL*, 2014, n. 2, II, 231, con nota di Frasca; Cass. 23.10.2013, n. 24037, in *RIDL*, 2014, n. 2, II, 296, con nota di Zanetto, nonché Cass. 15.5.2012, n. 7515, in *RIDL*, 2013, n. 1, II, 73, con nota di Falsone). In particolare, i giudici di legittimità hanno ritenuto che l'adibizione a compiti inferiori in caso di licenziamento fosse consentita solo incidentalmente e marginalmente, per ragioni di efficienza ed economia del lavoro, o addirittura di sicurezza. In tale ricostru-

zione ermeneutica risulta fondamentale tenere in considerazione l'arresto delle Sezioni Unite: la sentenza n. 7755 del 1998 (In *RIDL*, 1999, n. 1, II, 170, con nota Pera), che rappresenta un importante paradigma di riferimento nell'elaborazione giurisprudenziale – consolidatasi poi nel tempo – sull'ammissibilità del declassamento del lavoratore ai fini della tutela del posto di lavoro. Successivamente a tale decisione si segnala, tra le tante, la sentenza di Cassazione n. 21579 del 2008 (In *MGL*, n. 3, 2009, 162, con nota di Pisani, nonché in *RGL*, 2009, n. 2, II, 98, con nota di Raffi), che, discostandosi dall'allora prevalente orientamento giurisprudenziale sull'obbligo di *repechage* (ritenuto possibile solo per mansioni equivalenti), ribadisce il principio secondo cui il datore di lavoro, in caso di licenziamento per soppressione del posto di lavoro, ha l'onere di provare di aver prospettato al lavoratore licenziato, senza ottenerne il consenso, l'impiego in mansioni inferiori. Ciò sempre sulla base del presupposto che tali mansioni fossero compatibili sia con l'assetto organizzativo aziendale sia con il bagaglio professionale del lavoratore. Nel bilanciamento tra diversi diritti, la tutela della professionalità sembrava così soccombere di fronte alla tutela del posto di lavoro (In tal senso Raffi 2009, 106).

Occorre però evidenziare sul punto che il legislatore *ante* d.lgs. n. 81/2015 aveva già previsto alcune specifiche eccezioni al divieto *ex* art. 2103 c.c. di assegnazione a mansioni inferiori. Era possibile, infatti, dequalificare il lavoratore solo in alcune ipotesi tipiche previste dalla legge, come, ad esempio, nel caso della lavoratrice madre nell'interesse della medesima e del bambino (art. 3, l. n. 1204/71, come modificato dall'art. 7, d.lgs. n. 151/2001), o per la tutela della salute del lavoratore quando sia dichiarato non idoneo alla mansione specifica (art. 42, d.lgs. n. 81/2008) o nel caso di licenziamenti collettivi (art. 4, c. 11, l. n. 223/1991).

Alla luce, però, delle recenti modifiche legislative in tema di mansioni, ove appare superato il limite del necessario rispetto della professionalità del lavoratore, il compito degli interpreti è quello di comprendere quali siano le effettive conseguenze sul rapporto di lavoro e sulla conservazione dello stesso a causa della caduta del «muro» dell'equivalenza *ex* art. 2103 c.c., che inibiva per legge l'obbligo per il datore di lavoro del ripescaggio del dipendente in mansioni inferiori. È necessario, infatti, dare soluzione alle seguenti questioni: da una parte, se sia o meno legittima la dequalificazione professionale del lavoratore quale rimedio alternativo al licenziamento per giustificato motivo oggettivo; dall'altra, se tale opzione, finalizzata alla salvaguardia del posto di lavoro, sia riconducibile a una semplice facoltà o a un preciso obbligo per il datore di lavoro.

2. — Appare di rilevante interesse verificare quale sia attualmente l'esegesi della giurisprudenza sulla questione del *repechage* in mansioni inferiori dopo la modifica dell'art. 2103 c.c. Le recenti sentenze emesse dalla Cassazione dopo l'entrata in vigore del cosiddetto *Jobs Act*, seppur riguardanti il vecchio testo dell'art. 2103 c.c., richiamano nei propri passaggi motivazionali le nuove disposizioni del d.lgs. n. 81/2015, sostenendo come la nuova disciplina risulti confermativa della sussistenza dell'obbligo di *repechage* da estendersi anche ai compiti inferiori.

La Suprema Corte, con il provvedimento in commento, torna nuovamente a pronunciarsi sulla sussistenza dell'obbligo datoriale di ripescaggio anche in mansioni inferiori, confermando così un filone giurisprudenziale che a oggi, a distanza di due anni dall'entrata in vigore del *Jobs Act*, appare ormai consolidato e prevalente. In tal senso,

infatti, si segnala la decisione n. 4509 dell'8.3.2016 (inedita a quanto consta), che ha posto in capo al datore di lavoro l'onere di provare non solo «che non sussisteva alcuna posizione di lavoro analoga a quella soppressa, ma anche di aver prospettato al licenziato, senza ottenerne il consenso, la possibilità di un suo impiego in mansioni inferiori». Invero, che la richiamata tesi risulti essere la più aderente alla nuova disciplina in tema di mansioni lo dimostrano anche altre tre recenti sentenze della Cassazione. La prima è quella del 9.11.2016, n. 22798 (In *RGL*, n. 2, II, 245, con nota di Calvellini, nonché in *ilgiuslavorista.it*, 2017, con nota di Spagnuolo), che si pronuncia sul tema dell'obbligo di *repechage* affermando che, sempre con riferimento alla fattispecie della soppressione del posto di lavoro in conseguenza di una riorganizzazione aziendale, è ravvisabile una nuova situazione di fatto inerente al nuovo assetto dell'impresa che legittima il consequenziale adeguamento del contratto mediante l'adibizione a mansioni inferiori che consentano, appunto, la conservazione del posto di lavoro. La seconda è la decisione n. 26467 del 21.12.2016 (In *RGL*, n. 2, II, 245, con nota di Calvellini), in cui i giudici di legittimità hanno ribadito il principio secondo cui «nei casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo l'onere del datore di lavoro di provare l'adempimento all'obbligo di *repechage* va assolto anche in riferimento a posizioni di lavoro inferiori», affermando altresì in merito che «il datore di lavoro, in conformità al principio di correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto, è tenuto a prospettare al lavoratore la possibilità di un impiego in mansioni inferiori quale alternativa al licenziamento e a fornire la relativa prova in giudizio». L'ultima pronuncia di legittimità da tenere in considerazione è la n. 160 del 5.1.2017 (In *RGL*, n. 2, II, 245, con nota di Calvellini), che si è attestata su principi analoghi sostenendo che l'onere della prova circa l'impossibilità di adibire il dipendente licenziato per ragioni oggettive in mansioni analoghe (o inferiori) a quelle svolte in precedenza spetta al datore di lavoro «con esclusione di ogni incombenza, anche solo in via mediata, a carico del lavoratore». Dunque, in base all'orientamento giurisprudenziale sin qui esposto, se il licenziamento viene irrogato senza che sia stata previamente svolta una verifica di posizioni alternative per il lavoratore anche in compiti inferiori (ovviamente ove esistenti), il recesso, anche alla luce del nuovo testo dell'art. 2103 c.c., risulta illegittimo per violazione del cd. obbligo di *repechage*.

Così richiamati i precedenti giurisprudenziali, è necessario esaminare le peculiarità della vicenda della pronuncia oggetto di commento. Si tratta di un recesso per giustificato motivo oggettivo ove il dipendente licenziato per soppressione del posto di lavoro esercitava, congiuntamente alle mansioni sopresse di rilevatore dei prezzi di prodotti venduti dalle società concorrenti, anche compiti non riconducibili alla propria qualifica e genericamente riferibili all'attività del punto vendita, sebbene in misura minore. La promiscuità dell'attività del prestatore, a parere della Suprema Corte, si pone in contrasto con la mancanza di una disponibilità del prestatore a un patto di dequalificazione pur di salvaguardare il posto di lavoro. Conseguentemente, secondo i giudici di legittimità, l'obbligo di *repechage* della società si sarebbe dovuto estendere anche a posizioni di lavoro di natura inferiore, perfettamente esigibili in quanto ordinariamente rese. Per le suestese motivazioni, la Cassazione ha accolto il ricorso del lavoratore e ha cassato la sentenza della Corte territoriale, ritenuta sul punto non corretta per aver considerato esente il datore di lavoro da un onere che, invece, doveva ritenere sussistente.

3. — Ebbene, se nell'evoluzione giurisprudenziale si è affermato e consolidato nel tempo l'obbligo *repechage* in mansioni inferiori in presenza del dettato dell'art. 2103 c.c. *ante* riforma introdotta dall'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015, a maggior ragione, alla luce della novella legislativa, deve ammettersi un onere datoriale in tema di *repechage* ancora più stringente. Tale assunto, oltre che confermato dai recenti orientamenti giurisprudenziali sin qui evidenziati, è avvalorato anche da due espresse previsioni legislative dell'art. 2103: da una parte, il c. 2, che prevede la possibilità di assegnare il dipendente a mansioni di un livello inferiore in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incidano sulla posizione dello stesso; dall'altra, il c. 6, che consente di stipulare con i lavoratori patti di dequalificazione. Tali disposizioni evidenziano come il datore di lavoro, in caso di licenziamento per motivo oggettivo, non sia più «ancorato» ai fini del *repechage* al rispetto della regola dell'equivalenza delle mansioni dettata dalla precedente formulazione dell'art. 2103 c.c.

Sicuramente la recente riforma legislativa in tema di mansioni permette agli interpreti di avere una visuale prospettica del tutto nuova nell'approccio esegetico della fattispecie del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e di quella del *repechage*, consentendo inevitabilmente di adottare soluzioni più ampie per la conservazione del lavoro. Come anticipato, il tema è quindi se sussista per il datore (in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo) un obbligo o una mera facoltà di ricercare posizioni alternative per la tutela dell'occupazione anche in compiti di tipo inferiore.

Le prime interpretazioni della dottrina su tale aspetto – a differenza degli orientamenti giurisprudenziali sopra richiamati che invece propendono per la tesi dell'obbligo – hanno mostrato opinioni discordanti. A parere di alcuni Autori, proprio in ragione delle nuove disposizioni dell'art. 2103 c.c., sorge per il datore di lavoro un obbligo di *repechage* anche in mansioni inferiori (In tal senso, Brollo 2015, 42, Amendola 2015, 511; Pileggi 2016, 71 ss.).

La dottrina prevalente, per contro, ha sostenuto che non sia rinvenibile in virtù del nuovo art. 2103 c.c. un obbligo per il datore di lavoro di esercitare lo *ius variandi in peius* ex cc. 2 e 4 per evitare il recesso del lavoratore, «essendo inammissibile che il “può” di cui al c. 2 diventi un deve in quanto l'esercizio di quel potere rientra nella libera scelta dell'imprenditore» (Pisani 2015, 151). Secondo tale tesi, una diversa impostazione potrebbe incorrere in una pronuncia di incostituzionalità in quanto il c. 5 della norma imporrebbe al datore, in caso di adibizione del lavoratore a mansioni inferiori, di mantenere la stessa retribuzione. In tal modo, il datore di lavoro verrebbe onerato di costi aggiuntivi concedendo «al dipendente una sorta di qualifica convenzionale o un super-minimo per salvargli il posto» (Pisani 2015, 152), conservando però il lavoratore il medesimo trattamento retributivo, con ciò dimostrando l'onerosità di una tale scelta per il datore di lavoro (In tal senso si veda anche Sordi 2016, 132). In merito, si è anche sostenuto che «sarebbe irrazionale per non dire paradossale addossare al datore di lavoro un obbligo di *repechage* su mansioni inferiori con conservazione del maggior costo retributivo delle superiori mansioni in precedenza svolte» (Ciucciiovino 2016, 43). L'imprenditore, quindi, in caso in cui decida di sopprimere il posto di lavoro, avrebbe solo un onere prima di intimare il recesso, ossia quello di «proporre al lavoratore interessato la stipula di un accordo ai sensi del sesto comma dell'art. 2103 c.c.» e, solo nel caso di rifiuto da parte del dipendente a stipulare il patto di declassamento, potrebbe procedere legittimamente al licenziamento (Sordi 2016, 132. In dottrina, sul punto, si veda anche Ferraresi 2016, 856).

A parere di chi scrive, le tesi sulla non configurabilità di un obbligo di *repechage* anche in mansioni inferiori alla luce del riformato art. 2103 c.c. non appaiono condivisibili.

I presupposti di tali assunti si scontrano con due principi: da una parte, l'obbligo di *repechage* e, dall'altra, quello di correttezza e buona fede *ex* artt. 1175 e 1375 c.c., entrambi connessi eziologicamente e che, proprio in virtù di tale collegamento funzionale, impongono al datore di vagliare ogni soluzione possibile tesa alla conservazione del posto di lavoro (licenziamento quale *extrema ratio*) proprio al fine di dare corretta esecuzione al contratto individuale di lavoro, compresa quella di assegnare il dipendente anche a mansioni inferiori. Senza dimenticare che vi è un orientamento giurisprudenziale, seppur minoritario, secondo cui sebbene il giustificato motivo oggettivo determinato da ragioni tecniche, organizzative e produttive sia rimesso alla valutazione del datore di lavoro, come espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost., esso tuttavia incorre nel limite della «utilità sociale» di cui al c. 2 dell'art. 41 della Cost. (In tal senso si veda Cass. 27.10.2010, n. 21967, in *RIDL*, 2012, II, 86, con nota di Pallini). Pertanto, secondo tale impostazione della Suprema Corte, il recesso deve essere pur sempre temperato con il rispetto della dignità umana, trattandosi di diritto fondamentale della persona richiamato dalla stessa norma costituzionale nonché dalla legislazione del lavoro anche in relazione al diritto alla conservazione del posto di lavoro sul quale si fondano sia l'art. 18 St. lav. sia l'art. 30 del Trattato di Lisbona del 31.12.2007, entrato in vigore dal 1° gennaio 2009. Tale indirizzo riprende il principio costituzionale per cui l'iniziativa imprenditoriale non è libera in termini assoluti, traendosi in tal senso un apposito limite dall'utilità sociale prevista appunto dal c. 2 dell'art. 41 Cost. (Sull'utilità sociale quale limite oggettivo agli atti del potere organizzativo datoriale si veda in dottrina Perulli 1992, 172).

Pertanto, non va sottaciuto che la salvaguardia del posto di lavoro trova un fondamento costituzionale nell'art. 4, che persegue tale obiettivo, quantomeno quale finalità del nostro ordinamento. Al riguardo, si è però sostenuto in dottrina come «non esista nel nostro ordinamento un diritto alla stabilità o un diritto al lavoro inteso come criterio in grado di integrare i precetti di legge ordinaria» (Romei 2017, 29). È pur vero che la stabilità del lavoro non è un obbligo, ma la sua conservazione trova presupposti costituzionali ed è eziologicamente connessa alla tesi del licenziamento quale *extrema ratio* (In dottrina, sulla teoria del licenziamento per giustificato motivo oggettivo quale *extrema ratio* in ragione di una valorizzazione della tutela del lavoro e dei limiti costituzionali alla libertà economica si veda Speciale 2012, 45, Tullini 2013, 167).

Conseguentemente, anche in considerazione dell'orientamento giurisprudenziale e dottrinale che fa leva su un bilanciamento di valori costituzionali tra il potere d'iniziativa imprenditoriale e l'utilità sociale, il datore di lavoro deve tutelare il posto di lavoro non solo in adempimento dell'obbligo derivante dalla corretta esecuzione del contratto di lavoro, ma anche in virtù delle nuove disposizioni *ex* art. 2103 c.c. che gli consentono di salvaguardare l'occupazione adibendo il lavoratore a mansioni inferiori; possibilità, questa, in passato giuridicamente preclusa se non in presenza di eccezioni tipizzate dalla legge.

Il licenziamento per essere legittimo, quindi, come affermato da autorevole dottrina, deve risultare quale *extrema ratio* (Mancini 1972, 243) avendo l'imprenditore l'onere di dimostrare di aver tentato ogni soluzione alternativa al recesso, tra le quali rientra anche quella, oggi giuridicamente praticabile, di adibire il lavoratore a mansio-

ni inferiori ai sensi dell'art. 2103 c.c., secondo comma, o, in ogni caso, proponendo al medesimo patti di dequalificazione ai sensi del sesto comma, incorrendo il datore, altrimenti, in una violazione dei doveri di correttezza e buona fede ex artt. 1175 e 1375 c.c. e dei principi costituzionali tesi alla conservazione del posto di lavoro.

Riferimenti bibliografici

- Amendola F. (2015), *La disciplina delle mansioni nel d.lgs. del 15 giugno 2015, n. 81*, in *DLM*, 511 ss.
- Brollo M. (2015), *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in Carinci F. (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo ius variandi*, Modena, 42 ss.
- Calvellini G. (2017), *Obbligo di repechage: vecchi e nuovi problemi all'esame della Cassazione*, in *RGL*, n. 2, II, 246 ss.
- Ciucciiovino S. (2016), *Giustificato motivo di licenziamento e repechage dopo il Jobs Act*, in *MGL*, 43 ss.
- Falsone M. (2013), *Sul cd. obbligo di repechage e la dequalificazione contrattata*, in *RIDL*, n. 1, II, 73 ss.
- Ferraresi M. (2016), *L'obbligo di repechage tra riforme della disciplina dei licenziamenti e recenti pronunce di legittimità*, in *Variazioni su Temi Diritto del Lavoro*, Torino, n. 4, 856 ss.
- Frasca N. (2014), *Giustificato motivo oggettivo e «repechage»: quando il datore procede a nuove assunzioni dopo il licenziamento*, in *RIDL*, n. 2, II, 231 ss.
- Mancini G.F. (1972), *Statuto dei diritti dei lavoratori, sub art. 18*, a cura di Ghezzi G., Mancini G.F., Montuschi L., Romagnoli U., in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja A., Branca G., Zanichelli, Bologna, 243 ss.
- Pera G. (1999), *Della licenziabilità o no del lavoratore divenuto totalmente inabile*, in *RIDL*, n. 1, II, 170 ss.
- Pileggi A. (2016), in Piccinini I. et al. (a cura di), *La nuova disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, ed. LPO, 71 ss.
- Pisani C. (2009), *Il licenziamento impossibile: ora anche l'obbligo di modificare il contratto*, in *MGL*, n. 3, 162 ss.
- Pisani C. (2015), *La nuova disciplina delle mansioni*, Torino, 151 ss.
- Raffi A. (2009), *Per evitare il licenziamento si può dequalificare*, in *RGL*, n. 1, II, 106 ss.
- Romei R. (2017), *Natura e struttura dell'obbligo di repechage*, articolo pubblicato nell'ambito del Convegno promosso dalla Commissione di certificazione dei contratti di lavoro dell'Università Roma Tre, 29 ss.
- Sordi P. (2016), in Piccinini I. et al. (a cura di), *La nuova disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, ed. LPO, 132 ss.
- Spagnuolo R. (2017), *Obbligo di repechage per mansioni inferiori?*, in *ilgiuslavorista.it*.
- Tullini P. (2013) *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *RIDL*, n. 1, I, 167 ss.
- Zanetto D. (2014), *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e controllo da parte del giudice*, in *RIDL*, n. 1, II, 296 ss.

Michelangelo Salvagni
Avvocato in Roma

CASSAZIONE, 25.5.2017, n. 13196 – Pres. Macioce, Est. Blasutto, P.M. Finocchi Gheri (diff.) – P.S. (avv. Cardile) c. E.C. (avv. Giampà). Cassa Corte d'Appello di Messina, 8.10.2014.

Lavoro a tempo parziale – Altra attività lavorativa – Interpretazione del regolamento aziendale – Valutazione in concreto dell'incompatibilità – Art. 2104 c.c. – Art. 2105 c.c.

Lavoro a tempo parziale – Altra attività lavorativa – Valutazione in concreto dell'incompatibilità – Licenziamento disciplinare – Controllo giudiziale.

Il datore di lavoro non può disporre della facoltà del proprio dipendente di reperire un'occupazione diversa in orario compatibile con la prestazione di lavoro a tempo parziale. In presenza di un regolamento aziendale che contempla il divieto assoluto, per il proprio dipendente, di svolgere ogni altra attività di lavoro, l'unica lettura interpretativa della previsione regolamentare coerente con il dettato costituzionale di cui agli artt. 4 e 35 Cost. è quella che legittima la verifica dell'incompatibilità in concreto della diversa attività con le finalità istituzionali e con i doveri connessi alla prestazione, ai sensi degli artt. 2104 e 2105 c.c., mentre sarebbe nulla una previsione regolamentare che riconoscesse al datore un potere incondizionato di incidere unilateralmente sul diritto del lavoratore in regime di part-time di svolgere un'altra attività lavorativa. (1)

Ammettere che il datore di lavoro abbia una facoltà incondizionata di negare l'autorizzazione o di sanzionare in sede disciplinare il fatto in sé dell'esercizio di un'altra attività lavorativa al di fuori dell'orario di lavoro sarebbe in contrasto con il principio del controllo giudiziale di tutti i poteri che il contratto di lavoro attribuisce al datore di lavoro, e proprio con riferimento ad aspetti incidenti sul diritto al lavoro. L'incompatibilità dev'essere verificata caso per caso, restando tale valutazione suscettibile di controllo, anche giudiziale. (2)

(1-2) IL DIRITTO DEL DIPENDENTE DI SVOLGERE UN'ULTERIORE ATTIVITÀ LAVORATIVA

1. — La sentenza in commento affronta la tematica inerente al diritto del lavoratore, assunto in regime di *part-time*, di svolgere un'ulteriore attività lavorativa, nonché i limiti, valutabili in concreto, all'esercizio di tale diritto.

La vicenda trae origine dal licenziamento per giusta causa irrogato a un lavoratore a tempo parziale presso un Patronato. In particolare, il datore di lavoro aveva contestato al dipendente di aver intrapreso un'altra attività lavorativa, così violando una specifica disposizione del Regolamento organico del personale in forza presso l'Ente.

Il lavoratore, dunque, impugnava il licenziamento innanzi al Tribunale competente. La Corte d'Appello, poi, accogliendo il gravame del datore di lavoro, riformava la sentenza di primo grado sulla scorta del divieto, per l'impiegato dell'Ente, di espletare qualsivoglia ulteriore attività lavorativa. Il summenzionato Regolamento aziendale, secondo la Corte d'Appello, contemplerebbe infatti un'incompatibilità di carattere assoluto tra la qualità di dipendente del Patronato e qualsiasi altra occupazione; pertanto il lavoratore, avendo esercitato una diversa attività lavorativa, avrebbe posto in essere un comportamento illecito integrante un grave inadempimento degli obblighi contrattuali, legittimamente sanzionabile con il licenziamento disciplinare per giusta causa.

Il lavoratore proponeva ricorso per cassazione denunciando, per quel che qui interessa, la violazione e falsa applicazione dell'art. 7 della l. n. 300/1970 e deducendo, in particolare, che: lo svolgimento di un'altra attività lavorativa, da parte del dipendente in regime di *part-time*, non poteva integrare un comportamento illecito poiché il lavoratore percepiva, per la propria attività presso la controparte datoriale, un reddito (cinquecento euro al mese) insufficiente a garantirgli un'esistenza libera e dignitosa; la norma regolamentare andava interpretata in modo da consentire una valutazione in concreto dell'incompatibilità tra il lavoro svolto presso il Patronato e una differente occupazione, risultando una diversa opzione ermeneutica in contrasto con l'art. 4 Cost.; il datore non aveva dimostrato, nel giudizio di merito, la sussistenza di alcuno specifico comportamento, da parte del dipendente, tale da incidere negativamente sul corretto svolgimento della prestazione lavorativa presso l'Ente.

La Suprema Corte accoglie tale motivo di ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d'Appello competente.

2. — La pronuncia qui analizzata — che non consta, per quanto noto, di specifici precedenti giurisprudenziali — verte attorno alla corretta interpretazione da accordare al Regolamento aziendale nella parte in cui prevede espressamente che l'attività lavorativa presso il Patronato è incompatibile con «qualunque altro impiego sia pubblico che privato» nonché con «ogni altra occupazione o attività che non sia ritenuta conciliabile con l'osservanza dei doveri di ufficio e con il decoro dell'Ente».

La Corte d'Appello, come detto, aveva interpretato tali previsioni regolamentari optando per un divieto assoluto a svolgere ulteriori attività lavorative, salva la possibilità per il lavoratore di munirsi di un'apposita autorizzazione, non richiesta dal dipendente nel caso di specie.

Nella sentenza in commento, però, la Corte di Cassazione afferma che «siffatta lettura della disposizione regolamentare non può essere accolta, se riferita a un prestatore di lavoro in regime di *part-time*, non potendo il datore di lavoro disporre della facoltà del proprio dipendente di reperire un'occupazione diversa in orario compatibile con la prestazione di lavoro parziale». I giudici, con il principio di diritto ivi espresso, chiariscono che il lavoratore non è soggetto al potere illimitato del datore, specialmente al di fuori dell'orario di lavoro per come stabilito dal contratto. In tal senso, sembrano ribadire l'inconciliabilità della nozione di subordinazione con forme di regolazione del lavoro di stampo feudale che si sostanziano in una condizione di tipo meramente servile del dipendente; condizione che involgerebbe l'intera vita, anche privata, di quest'ultimo (Si vd. Bavaro 2009, 17 ss., e Di Stasi 2012, 1182 ss.). Com'è noto, infatti, la subordinazione, *ex art. 2094 c.c.*, è meramente di carattere tecnico-funzionale e non

può tradursi in una subordinazione della persona (Sul punto, si vd. Ghera 1997, 132 ss.): il lavoratore è tenuto a svolgere la propria attività alle dipendenze e sotto la direzione del datore, nei limiti della prestazione dovuta (Sulla subordinazione come dipendenza entro i limiti contrattuali si vd., tra gli altri, Magrini 1973, 397, e Grandi 1987, 323). Di contro, il datore di lavoro non può esercitare i propri poteri, *ex artt.* 2104 e 2106 c.c., al di fuori dell'ambito strettamente strumentale al corretto adempimento, da parte del dipendente, dell'obbligazione di lavoro (Sulla connessione dei poteri dell'imprenditore alla dimensione tecnico-funzionale del vincolo di subordinazione si vd. Grandi 1987, 349 ss.). Già il solo richiamo alla nozione di cui all'art. 2094 c.c., qui accennata senza pretesa di esaustività, rende evidente come l'interpretazione del Regolamento aziendale in discorso, accolta dalla Corte d'Appello, potrebbe rendere i poteri del datore eccedenti rispetto all'ambito tecnico-funzionale della subordinazione. Difatti, in virtù di tale opzione ermeneutica, le disposizioni impartite dal Patronato ai dipendenti, attraverso il documento da questi unilateralmente predisposto, potrebbero riguardare anche aspetti estranei alla prestazione lavorativa dovuta: allorché un lavoratore si dedichi a un'altra occupazione non violando gli obblighi scaturenti dal contratto di lavoro, l'ulteriore attività lavorativa non inciderebbe in alcun modo sul rapporto subordinato in essere. In tali casi, dunque, il datore non dovrebbe avere alcun potere limitativo delle libere scelte di vita del proprio dipendente.

Pertanto, va evidenziato come, con riferimento al rapporto di lavoro privato, non esista alcuna norma che vieti al dipendente, in via generale e assoluta, di svolgere una diversa e ulteriore attività lavorativa, sicché in dottrina vi sono posizioni tese a ritenere che la scelta di avere più occupazioni rientrerebbe «nella espressione costituzionalmente garantita del diritto al lavoro, che è anche il diritto di procurarsi tutto il lavoro di cui [la persona, *n.d.a.*] ha bisogno» (Di Stasi 2012, 1206).

Tale diritto, per i lavoratori *part-time*, viene tutelato dall'ordinamento in modo ancor più stringente. La Corte costituzionale, in una nota pronuncia sulle cd. clausole elastiche, afferma che la possibilità per il prestatore di lavoro a tempo parziale di dedicarsi ad altre occupazioni deve sempre «essere salvaguardata, poiché soltanto essa rende legittimo che dal singolo rapporto il lavoratore possa ricevere una retribuzione inferiore a quella sufficiente ad assicurare a lui e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa» (C. cost. 15.5.1992, n. 210, in *GI*, 1993, n. 1, I, con nota di Brollo, 277). Il contratto di lavoro a tempo parziale è, quindi, costituzionalmente legittimo, *ex art.* 36, comma 1, Cost., nella misura in cui venga effettivamente consentito al dipendente, ove lo desideri, di svolgere ulteriori attività lavorative per poter così ottenere una retribuzione complessiva sufficiente (Si vd. Cass. 6.9.2012, n. 14965, in *FI*, 2012, n. 10, I, 2623. Sulla questione inerente alla compatibilità tra art. 5, c. 3, del d.lgs. n. 81/2015 e art. 36, c. 1, Cost. si vd. Voza 2015, 1115 ss., e Bavaro 2015, 219 ss.). Giova ribadire a riguardo che, nel caso di specie, il lavoratore percepiva per la propria attività presso il Patronato una retribuzione insufficiente, poiché pari a cinquecento euro mensili. La Cassazione, nella pronuncia in epigrafe, richiama espressamente, però, solo le previsioni costituzionali sul diritto al lavoro e sulla sua tutela. Difatti, sottolinea come l'interpretazione del suddetto Regolamento tesa a riconoscere un'incompatibilità assoluta tra la qualità di dipendente dell'Ente, anche se *part-time*, e qualunque altro impiego conduca la disposizione regolamentare in discorso alla nullità, perché in contrasto con gli artt. 4 e 35 della Costituzione.

La previsione regolamentare, perciò, è legittima solo se interpretata in modo da consentire la valutazione in concreto dell'eventuale incompatibilità tra lavoro a tempo parziale e una diversa attività, prestata fuori dall'orario di lavoro. In particolare, occorre verificare se l'ulteriore occupazione incida negativamente (o meno) sul corretto svolgimento della prestazione lavorativa e se, più in generale, si ponga in contrasto con gli interessi del datore. Correttamente la Corte specifica, in linea anche con l'anzidetta dimensione tecnico-funzionale della subordinazione, che tale accertamento vada effettuato alla luce degli artt. 2104 e 2105 del codice civile: l'incompatibilità sussiste, in concreto, solo se il lavoratore, in ragione dell'ulteriore occupazione, violi gli obblighi posti a suo carico di diligenza, obbedienza e fedeltà (Sugli obblighi di diligenza e di obbedienza, si vd. Ghera 1997, 119 ss. Sull'obbligo di fedeltà, si vd. Di Stasi 2012, 1194 ss., e in giurisprudenza si vd., tra le altre: Cass. 23.4.1997, n. 3528, in *RIDL*, 1997, n. 4, II, con nota di Conte, 790; Cass. 23.3.2012, n. 4707, in *RGL*, 2012, n. 3, II, con nota di Siotto, 518).

Pertanto, il rispetto di tali obblighi, da verificarsi caso per caso, si pone come unico limite al diritto del lavoratore, in regime di *part-time*, di svolgere un'altra attività lavorativa.

3. — D'altro canto, la verifica in concreto dell'incompatibilità appare funzionale anche al corretto accertamento, in sede giudiziale, del legittimo esercizio del potere disciplinare. Alla luce di quanto fin qui esposto, infatti, l'ordinamento non può riconoscere al datore il potere incondizionato di sanzionare il proprio lavoratore subordinato per la sola circostanza, di per sé non biasimevole, di aver esercitato una differente attività fuori dall'orario di lavoro, perché ciò sarebbe, oltretutto, non rispondente alla nozione di subordinazione desumibile dall'art. 2094 c.c., in contrasto con le previsioni costituzionali sopra indicate. Essendo riconosciuta al lavoratore a tempo parziale la possibilità di dedicarsi ad altre occupazioni, questi non può essere destinatario di provvedimenti disciplinari in conseguenza all'esercizio di un suo diritto. Può, invece, legittimamente essere sanzionato allorquando egli ponga in essere dei comportamenti eccedenti i limiti entro i quali tale diritto gli viene riconosciuto: come detto, quando contravviene agli obblighi di diligenza e fedeltà in ragione della diversa attività lavorativa, essendo quest'ultima, in tal caso, incompatibile in concreto con l'occupazione a tempo parziale.

Perciò, secondo la Corte, occorre sempre verificare se sussiste, nel caso di specie, una reale incompatibilità tra il rapporto di lavoro *part-time* e la differente occupazione svolta fuori dall'orario di lavoro, tale da giustificare il licenziamento disciplinare del lavoratore: ciò in ossequio al principio del controllo giudiziale di tutti i poteri del datore di lavoro (Sul punto, si vd. Perulli 2015, 83 ss.).

Nella vicenda in esame, però, il Patronato non ha mai contestato al lavoratore alcuna circostanza specifica dalla quale possa desumersi una concreta violazione degli obblighi posti dagli artt. 2104 e 2105 c.c. (ad esempio, lo sviamento di clientela, l'attività concorrenziale, le assenze dal posto di lavoro per lo svolgimento dell'altra attività). Mancando la relativa allegazione da parte del datore, nel giudizio di merito non si è mai operato un accertamento giudiziale avente a oggetto l'esistenza di comportamenti del dipendente contrari agli interessi dell'Ente e tali da rendere legittimo il recesso datoriale per giusta causa.

Pertanto, l'erronea interpretazione, da parte della Corte d'Appello, del Regolamento aziendale si riverbera anche sulla valutazione circa l'esistenza di una giusta causa del licenziamento: i giudici di secondo grado hanno ritenuto che l'inosservanza, da parte del dipendente in regime di *part-time*, del divieto – reputato come assoluto – di dedicarsi a ulteriori occupazioni costituisse, *ex se*, un inadempimento contrattuale del lavoratore, così specificando la norma elastica in discorso (La giusta causa, nella pronuncia esaminata, viene qualificata pure come clausola generale; sul punto si vd. Bellomo 2015, 45 ss.). La Suprema Corte, dunque, conclude anche per la necessità della rinnovazione dell'operazione di sussunzione, compiuta dal giudice di merito, della fattispecie concreta nella giusta causa.

Riferimenti bibliografici

- Bavaro V. (2009), *Tesi sullo statuto giuridico del tempo nel rapporto di lavoro*, in Veneziani B., Bavaro V., *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Cacucci Editore, Bari, 13 ss.
- Bavaro V. (2015), *Il lavoro part-time dopo il d.lgs. n. 81/2015*, in Ghera E., Garofalo D., *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci Editore, Bari, 215 ss.
- Bellomo S. (2015), *Autonomia collettiva e clausole generali*, in *DLRI*, n. 145, I, 45 ss.
- Di Stasi A. (2012), *La crisi del principio di esclusività nel rapporto di lavoro pubblico e privato*, in *ADL*, n. 6, I, 1181 ss.
- Ghera E. (1997), *Diritto del lavoro*, Cacucci Editore, Bari.
- Grandi M. (1987), voce *Rapporto di lavoro*, in *ED*, vol. XXXVIII, Giuffrè, Milano, 313 ss.
- Magrini S. (1973), voce *Lavoro (contratto individuale)*, in *ED*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 369 ss.
- Perulli A. (2015), *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *RIDL*, n. 1, I, 83 ss.
- Voza R. (2015), *Il «riordino» del contratto di lavoro a tempo parziale*, in *LG*, n. 12, I, 1115 ss.

Lucia Viola
Dottore in Giurisprudenza

CASSAZIONE, 24.5.2017, n. 13019 – Pres. Napolitano, Est. De Marinis, P.M. Mastroberardino (conf.) – L'ancora Srl (avv.ti Maresca, Morrico, Boccia, Tavilla, Gianni) c. A.C.F. (avv. Notarianni).
Conf. Corte d'Appello di Messina, 16.10.2014.

Controlli sul lavoratore – Licenziamento disciplinare – Art. 4 St. lav. – Controlli difensivi – Utilizzabilità delle prove – Tutela del patrimonio aziendale.

Anche per i cd. controlli difensivi trovano applicazione le garanzie dell'art. 4, c. 2, St. lav.; ne consegue che se, per l'esigenza di evitare attività illecite, il datore di lavoro installa senza autorizzazione impianti e apparecchi di controllo che rilevinano anche dati relativi alla attività lavorativa dei dipendenti, tali dati non possono formare oggetto di prova. (1)

(1) I CONTROLLI DIFENSIVI E L'(IN)UTILIZZABILITÀ DELLA PROVA

1. — Il presente contributo mira a fornire uno spunto di riflessione sul ruolo della giurisprudenza di legittimità rispetto al tema dei controlli difensivi e all'utilizzabilità delle prove raccolte dal datore di lavoro, tramite detti controlli, al fine di dimostrare l'illiceità della condotta dei suoi dipendenti, necessaria per comminare loro eventuali sanzioni disciplinari (Per un commento, si vd., *ex multis*, Gamba 2016, 122 ss.). Il riferimento normativo è il controverso art. 4 St. lav., oggi novellato dall'art. 23, d.lgs. 14.9.2015, n. 151.

La pronuncia in commento trae origine dal ricorso proposto da una società avverso la sentenza della Corte d'Appello di Messina che ha accolto la domanda di un dipendente, avente a oggetto la declaratoria di illegittimità del licenziamento disciplinare, intimatogli per aver incassato il ricavo dei prodotti venduti.

Più nel dettaglio, un dipendente di una società che fornisce cibi e bevande a bordo di navi traghetto, in servizio sullo stretto di Messina, ha incassato il corrispettivo dei prodotti venduti quale banconista, reiterando l'omissione del rilascio dello scontrino ai clienti all'atto di vendita della merce, senza versarlo alla società. La modalità fraudolenta di appropriazione dell'incasso della merce venduta ha avuto luogo grazie all'ingegnosa attività di acquisto della merce *aliunde* e a minor costo e del suo rimpiazzo, in modo tale da non alterare il quantitativo di merce a disposizione.

Proprio a causa degli scarsi ricavi dovuti ai pochissimi scontrini emessi, in contrasto con la fervida attività lavorativa, la società datrice ha assunto un'agenzia investigativa, che ha provveduto all'installazione di una telecamera mirata a monitorare costantemente l'attività del dipendente. Dalle riprese di detta telecamera si è evinta la condotta illecita dello stesso, fornendo alla società datrice una causa, ritenuta giusta, per licenziarlo.

2. — Il caso in esame, sottoposto al vaglio del giudice in un periodo appena precedente alle modifiche apportate dal *Jobs Act* all'art. 4 St. lav., affronta il discusso tema dei controlli difensivi, con i quali i datori di lavoro intendono verificare eventuali con-

dotte illecite dei dipendenti, volte alla lesione del patrimonio aziendale (Si vd., per tutti, Tullini 2017, e ivi ulteriori riferimenti bibliografici).

La sentenza degli Ermellini è piuttosto lapidaria nel motivare il rigetto del ricorso proposto dalla società datrice e si segnala, infatti, per aver dichiarato inutilizzabili le prove, poiché raccolte tramite un mezzo di ricerca inidoneo, nel caso di specie una telecamera di fatto non autorizzata, disapplicando il principio, finora prevalente in giurisprudenza, del *male captum bene retentum* (Vd., ad es., Cass. 17.2.2015, n. 3122, in *Pluris*, Cass. 4.3.2014, n. 4984, in *RGL*, 2014, III, 444, ma anche Cass. 2.3.2002, n. 3039, in *RIDL*, 2002, II, 873, Cass. 26.2.1994, n. 1974, in *Pluris*).

La Suprema Corte, infatti, nell'esaminare i motivi di gravame intesi a censurare, sotto il profilo della violazione di legge e dell'*error in procedendo*, la pronuncia della Corte territoriale circa l'inutilizzabilità delle riprese effettuate dall'agenzia investigativa, li ritiene infondati giacché le stesse sono mirate a monitorare costantemente l'attività dei lavoratori senza salvaguardare la «zona personale di riservatezza» dei lavoratori stessi (Ichino 2003, 230).

Sebbene sia difficile, per il datore di lavoro, porre in essere una forma di controllo finalizzata meramente alla tutela del patrimonio, senza che l'attività dei dipendenti venga ingerita dal controllo stesso, per la giurisprudenza di legittimità non è impossibile, anzi, è doveroso: occorre, infatti, osservare le prescrizioni di legge necessarie a evitare una forma di «spionaggio» verso gli stessi (Dello stesso avviso è Cass. 1.10.2012, n. 16622, in *LG*, 2013, con nota di Barraco, Sitzia, 383 ss.).

L'art. 4, c. 2, St. lav. prescrive, di fatti, la necessità di un accordo sindacale ovvero di un'autorizzazione da parte dell'Ispettorato nazionale del lavoro. In assenza di queste condizioni di procedibilità, secondo la Suprema Corte, le prove raccolte sono inutilizzabili; cioè, riprendendo le parole dei giudici, vi è un vero e proprio «difetto di prova dell'addebito contestato, rappresentato dall'appropriazione dell'incasso, ma altresì in relazione alla sproporzione tra sanzione espulsiva irrogata e la condotta consistita nella mancata emissione dello scontrino per ogni singolo acquisto». Sinteticamente, seguendo la logica della Corte, se l'installazione delle telecamere di videosorveglianza è illegittima, perché non sono state osservate le guarentigie di cui al c. 2 dell'art. 4 St. lav., le prove raccolte sono illegittime.

Invero, il sillogismo utilizzato dalla Cassazione non trova manforte nell'orientamento giurisprudenziale, soprattutto penale (Si vd. Cass. 22.1.2015, n. 2890, S. pen.; Cass. 12.7.2011, n. 34842, S. pen.; Cass. 18.3.2010, n. 20722, S. pen., in *Ced Cassazione*), secondo cui, allorché il controllo sia di tipo difensivo, cioè giustificato dall'interesse del datore di difendere il proprio patrimonio aziendale dalla commissione di illeciti, «le prove sono sempre utilizzabili, legittimando i controlli difensivi, a prescindere dal loro grado di invasività» (Cass. 3.4.2002, n. 4746, in *MGL*, 2002, con nota di Bertocchi, 644 ss.). Nel processo penale, infatti, nonostante l'art. 191 c.p.p. stabilisca che «le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate», al fine di determinarne comunque l'ammissibilità, l'art. 189 c.p.p. può legittimare le prove cd. atipiche, cioè non tipizzate, appunto, dal legislatore, e l'utilizzabilità si motiva in quanto, «non essendosi verificata alcuna ipotesi di lesioni di diritti costituzionalmente garantiti», deve ritenersi «prevalente, sul diritto alla riservatezza e all'autonomia del lavoratore, la esigenza di ordine pubblico relativa alla prevenzione dei reati» (Cass. 14.12.2009, n. 47429, S. pen., in *DPL*, 2010, n. 451).

Nei giudizi civili, invece, non esiste una norma che imponga al giudice di espungere dal giudizio le prove ritenute illegittime. Per cui, a un tradizionale e consolidato orientamento che dalla violazione del difetto di autorizzazione *ex art. 4, c. 2, St. lav.* fa discendere la sanzione processuale dell'inutilizzabilità delle prove raccolte (Cass. 17.7.2007, n. 15892, in *Pluris*; Cass. 17.6.2000, n. 8250, in *OGI*, 2000, I, 613. Nel merito, T. Milano 18.3.2006, in *RCDL*, 2006, 752), se ne contrappone un altro che – muovendo dall'inesistenza di un principio di inutilizzabilità delle prove illegittimamente precostituite – rimette al libero apprezzamento del giudice le risultanze delle videoregistrazioni non autorizzate (la Suprema Corte, sul tema, ha pronunciato il principio di diritto secondo cui «l'art. 4 dello Statuto dei lavoratori implica l'accordo sindacale a fini di riservatezza dei lavoratori nello svolgimento dell'attività lavorativa, ma non implica il divieto dei controlli difensivi del patrimonio aziendale da azioni delittuose da chiunque provenienti. Pertanto, in tal caso non si ravvisa inutilizzabilità ai sensi dell'articolo 191 c.p.p. di prove di reato acquisite mediante riprese filmate, ancorché sia perciò imputato un lavoratore subordinato» (Cass. 1.6.2010, n. 20722, in *LG*, 2010, con commento di Barraco, Sitzia, 991. Così anche C. App. Milano 30.9.2005, in *NGL*, 2006, 100; T. Torino 28.9.2007, in *ADL*, 2008, II, con nota di Iarussi, 1256 ss.; T. Milano 31.3.2004, in *OGI*, 2004, 108).

Solo recentemente, la giurisprudenza di legittimità è tornata a rivalutare la necessità di far rientrare la categoria dei controlli difensivi nell'alveo dell'art. 4 St. lav., poiché le apparecchiature predisposte dal datore di lavoro, che possano controllare l'attività dei lavoratori senza alcuna autorizzazione, sono illegittime, così come lo sono le prove raccolte, in quanto l'esigenza di evitare condotte illecite non può assumere portata tale da giustificare un annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore (Cass. 13.5.2016, n. 9904, in *RGL*, 2017, II, con nota di Trojsi, Mellace, 28 ss. Si vd. anche Cass. 9.9.2016, n. 18302, in *Pluris*).

La sentenza in commento, seguendo questo più recente filone, è *tranchant* nel dichiarare illegittimo il licenziamento comminato al dipendente, in quanto illegittima è l'installazione di una videocamera atta a monitorare lo svolgimento della sua attività lavorativa, senza alcuna forma di autorizzazione. Precisa la Corte, infatti, che la società avrebbe dovuto agire diversamente per appurare la commissione dell'illecito «procedendo con un controllo a campione realizzato attraverso la simulazione di un acquisto da parte del personale ispettivo che si presentasse alla cassa in veste di cliente, verificando direttamente se al mancato rilascio dello scontrino a fronte della vendita del prodotto corrispondesse effettivamente il trattenimento del relativo prezzo incassato». Pertanto, ritenendo congruamente motivata sul piano logico e giuridico la conclusione cui perviene la Corte territoriale, ritiene infondati i motivi di ricorso della società, in riferimento al difetto di prova dell'addebito contestato.

3. — Tanto premesso, è inevitabile ravvisare una certa corrispondenza tra le più recenti pronunce della Cassazione e la novella dell'art. 4 St. lav. (Si vd. Cass. 8.11.2016, n. 22662, Cass. 13.5.2016, n. 9904, e Cass. 9.9.2016, n. 18302, che ritengono illegittimi gli impianti di rilevazione dei dati quando, in assenza di autorizzazione o di accordo sindacale, realizzano in concreto un controllo sull'attività dei lavoratori). Si precisa, infatti, che lo stesso art. 4 St. lav., così come novellato dal d.lgs. n. 151/2015, impone al datore di lavoro di ricorrere alla procedura collettiva o ammini-

strativa a tutela del patrimonio aziendale, quando da uno strumento possa derivare la possibilità di controllo sulla prestazione lavorativa, dunque dinanzi a esigenze difensive del datore di lavoro (Zoli 2016).

È chiara, dunque, l'opera di adeguamento della giurisprudenza rispetto alla volontà del legislatore di provare a tutelare entrambi i soggetti del rapporto di lavoro, senza che nessuno dei due resti sguarnito di tutele (Per un commento sul nuovo art. 4 St. lav. si vd., per tutti, Pizzuti 2017, 454 ss.). Non a caso, la tardività del legislatore nel riformare una norma che sopravviveva dagli anni settanta e gli orientamenti giurisprudenziali in costante mutamento ci consegnano una realtà incontrovertibile: è un problema, ancora attuale, riuscire a trovare un reale punto di equilibrio, un senso di giustizia, tra le esigenze datoriali di salvaguardare il patrimonio e il diritto dei lavoratori alla riservatezza e alla non invadenza del capo. E questa pronuncia, che sembrerebbe privilegiare un eccessivo formalismo a scapito delle effettive ragioni del datore di lavoro, probabilmente non fa eccezione.

Riferimenti bibliografici

- Gamba C. (2016), *I controlli a distanza delle attività dei lavoratori e l'utilizzabilità delle prove*, in *Labour & Law Issues*, 122 ss.
- Ichino P. (2003), *Il contratto di lavoro*, in Cicu A., Messineo F. (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 230 ss.
- Pizzuti P. (2017), *Controlli a distanza e organizzazione aziendale*, in *MGL*, 454 ss.
- Tullini P. (a cura di) (2017), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino.
- Zoli C. (2016), *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori e la nuova struttura dell'art. 4, legge n. 300/1970*, in *VTDL*, 635 ss.

Maria Elena Sauro
*Dottore in Giurisprudenza
presso l'Università di Foggia*

CASSAZIONE, 23.5.2017, n. 12919, S. IV civ. — Pres. Spena, Est. Lorito, P.M. Sanlorenzo (conf.) — M.A. (avv. Petrozziello) c. Irpiniambiente Spa (avv. Pignataro, Canetti).
Cassa Corte d'Appello di Napoli, 13.4.2015.

Trasferimento di azienda — Successione nei rapporti di lavoro — Consenso del lavoratore — Necessità — Esclusione.

A differenza della ipotesi di mera esternalizzazione di servizi, configurabile quale cessione dei contratti di lavoro, che richiede per il suo perfezionamento il consenso dei lavoratori ceduti ex art. 1406 c.c., nelle ipotesi di cessione di azienda si realizza, con riferimento alla posizione del lavoratore, una successione legale nel contratto che non richiede il consenso del contraente ceduto, il quale potrà successivamente esercitare il proprio diritto di recesso nei termini sanciti dal c. 4 dell'art. 2112 c.c., posto che né il diritto dell'Unione Europea né l'attuale normativa interna riconoscono in capo al lavoratore un diritto di opposizione al trasferimento, rimanendo irrilevante il suo consenso a quest'ultimo. (1)

(1) ATTUALE ASSENZA DI UN DIRITTO DI OPPOSIZIONE DEL LAVORATORE
AL TRASFERIMENTO EX ART. 2112 C.C.

1. — La Cassazione, con la sentenza riportata in epigrafe, ha accolto il primo di tre motivi di ricorso, con il quale il lavoratore aveva censurato la violazione dell'art. 2112 c.c. per contrarietà con il principio di automaticità del trasferimento di azienda, laddove era stato ritenuto che il ricorrente avesse rifiutato l'instaurazione del rapporto di lavoro con la società cessionaria di azienda per *facta concludentia*. In particolare, viene stigmatizzata la decisione della Corte territoriale che, valutando legittimo il licenziamento comminato dalla società cessionaria poco tempo dopo la cessione, aveva ritenuto come il rifiuto reiterato del lavoratore di concludere il contratto di lavoro con la stessa società cessionaria non fosse in contrasto con il principio di automaticità del trasferimento d'azienda.

L'*iter* argomentativo che ha portato la Corte di Cassazione a ritenere fondato il ricorso è incentrato sulla natura inderogabile dell'art. 2112 c.c. In tal senso, i giudici hanno, dapprima, osservato la differenza sistematica tra tale disposizione e l'art. 2558 c.c. nella disciplina della successione nei rapporti in caso di trasferimento di azienda. Invero, i due articoli, sebbene condividano la medesima *ratio*, cioè la continuazione dei contratti afferenti all'impresa indipendentemente dalla titolarità della stessa, si differenziano per la loro diversa natura: il subentro dell'acquirente nei rapporti di lavoro è inderogabile, mentre negli altri casi ha carattere dispositivo (secondo l'art. 2558 c.c., solo «se non è pattuito diversamente, l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale»).

I giudici di legittimità, poi, hanno ricostruito l'evoluzione storica dell'art. 2112 c.c., affermando che, dapprima, esso era prioritariamente rivolto all'alienante e all'acquirente assicurando, al primo, «il massimo ricavato possibile dalla cessione» e, al secondo,

«un'attività di impresa idonea a bene operare nel mercato», tant'è che, in base alla disciplina vigente fino al 1990, l'alienante poteva recedere dai rapporti di lavoro con il solo rispetto dei termini di preavviso. Poi, a partire dalla modifica introdotta con l'art. 47 della l. n. 428/1990 (di attuazione della Direttiva n. 77/187/Cee, poi modificata dalle Direttive n. 98/50/Ce e n. 01/23/Ce), la successione del cessionario nel contratto di lavoro ha assunto carattere imperativo, con «l'obiettivo di impedire che le ristrutturazioni nell'ambito del mercato comune si effettuassero a danno dei lavoratori delle imprese coinvolte garantendo la salvaguardia dei loro diritti in caso di cambiamento di datore di lavoro» (In tal senso, la Corte richiama C. Giust. 11.7.1985, *Foreningen af Arbejdslere i Danmark c. Fall. A. S. Danmols*, in *Racc.*, 1985, 469 ss.).

Il carattere imperativo della continuazione del rapporto, da un lato, impedisce al datore di lavoro di utilizzare il trasferimento di azienda o di un suo ramo quale motivo di licenziamento e, dall'altro, impone che la successione del cessionario nel contratto di lavoro si realizzi *ex lege*, senza il consenso del dipendente (In questo senso, per la giurisprudenza di legittimità si vedano Cass. 22.7.2002, n. 10701, in *RIDL*, 2002, II, 148 ss., con nota di Scarpelli, e Cass. 6.8.2003, n. 11908, in *NGL*, 2004, 85 ss., e, invece, per la giurisprudenza europea, C. Giust., 25.7.1991, C-362/89, *D'Urso e altri c. Ercole Marelli Elettromeccanica Generale Spa e altri*, in *Racc.*, 1991, I-4105, e C. Giust. 24.1.2002, C-51/00, *Temco Service Industries c. Samir Imzilyen e altri*, in *Racc.*, 2002, I-969 ss.).

La sentenza annotata, inoltre, nel cassare la pronuncia di secondo grado, chiarisce che la decisione *Katsikas* della Corte Ue (C. Giust. 16.12.1992, C-132/91, C-137/91 e C-139/91, *Grigorios Katsikas c. Angelos Konstantinidis e altri*, in *Racc.*, 1992, I-6577), richiamata dai giudici di merito, è lungi dal consentire al lavoratore di rifiutare la cessione del contratto al cessionario, come, invece, erroneamente ritenuto nella decisione impugnata. Con il precedente comunitario, infatti, i giudici europei si sono limitati ad affermare che non osta all'art. 3, par. 1, della Direttiva n. 77/187/Cee (confermato, nella sua formulazione, dalla Direttiva n. 01/23/Ce attualmente in vigore) una normativa nazionale (nel caso di specie, della Germania) che preveda un diritto di opposizione del lavoratore al trasferimento del proprio contratto al cessionario, con la conseguente cessazione del rapporto di lavoro ovvero con la sua continuazione presso il cedente. La direttiva Ue, infatti, «non può essere interpretata nel senso che essa obbliga il lavoratore a proseguire il rapporto di lavoro col cessionario», perché «un obbligo del genere comprometterebbe i diritti fondamentali del lavoratore, il quale dev'essere libero di scegliere il suo datore di lavoro».

Tuttavia, nell'ordinamento italiano, non è dato rinvenire un diritto di opposizione del lavoratore al trasferimento del proprio rapporto come quello appena descritto. Infatti, il comma 4 dell'art. 2112 c.c., inserito dal d.lgs. n. 18/2001, prevede solamente che il prestatore «le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda può rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all'art. 2119, primo comma», ossia per giusta causa e, dunque, avere diritto all'indennità sostitutiva del preavviso.

La disciplina in esame sembra aver realizzato un equo temperamento degli interessi in gioco, nel caso di cessione integrale di azienda. Infatti, poiché con quest'ultima il cedente e il cessionario hanno interesse a conservare l'intero complesso produttivo, «le condizioni di inserimento professionale, le prospettive di stabilità occupazio-

nale, gli equilibri di potere collettivo, l'area di applicazione dei trattamenti contrattuali» non subiscono gravi alterazioni (Così, Scarpelli 2004, e Voza 2015).

Con il trasferimento del cd. ramo di azienda, invece, le ripercussioni negative sui rapporti di lavoro sono assai più probabili. Alla luce di questa considerazione, devono essere letti gli sforzi di una parte della dottrina (Tra cui Scarpelli 1999, Lepore 2001 e De Marchis 2002), tesi a configurare un diritto di opposizione del lavoratore alla cessione del ramo e che, tuttavia, non sono riusciti a influenzare la giurisprudenza.

Al lavoratore che non intenda essere ceduto al cessionario, allora, possono presentarsi queste alternative: dimostrare in giudizio che il ramo ceduto non include il proprio rapporto di lavoro oppure contestare che i beni oggetto del trasferimento costituiscono, ai sensi dell'art. 2112 c.c., comma 5, un'«articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata», cioè un ramo di azienda (Per la nozione di ramo accolta dalla giurisprudenza, si rinvia a Cass. 9.12.2009, n. 21481, in *Massimario del Foro italiano*, 2009, 1258 ss., e Cass. 7.3.2013, n. 5678, in *MGC*, 2013, 475 ss., entrambe citate nella sentenza in commento).

A quest'ultimo proposito, la Corte, con la sentenza in commento, ha ribadito (Richiamando Cass. 4.12.2012, n. 21711, in *RGL*, 2013, II, con nota di Aiello) che, qualora la cessione dei singoli beni configuri una mera esternalizzazione dell'attività aziendale e non, invece, il trasferimento di un ramo di azienda, alla successione nel contratto di lavoro non trova applicazione il principio di automaticità sancito dall'art. 2112 c.c., ma la disciplina dell'art. 1406 c.c., con la conseguenza che per il completamento della fattispecie traslativa è necessario il consenso del dipendente.

L'art. 2112 c.c., infatti, come l'art. 2558 c.c., rappresenta un'eccezione alla generale norma codicistica per la quale «ciascuna parte può sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti da un contratto con prestazioni corrispettive» solamente «purché l'altra parte vi consenta» (art. 1406 c.c.).

Ne consegue che «il lavoratore ha interesse ad accertare in giudizio la non ravvisabilità di un ramo di azienda in un complesso di beni oggetto del trasferimento e, quindi, l'inefficacia di questo nei suoi confronti in difetto del suo consenso, per l'inapplicabilità dell'art. 2112 c.c. e l'operatività della regola generale di cui all'art. 1406 c.c., non essendo indifferente per il lavoratore, quale creditore della prestazione retributiva, il mutamento della persona del debitore, ossia del datore di lavoro, che può offrire garanzie più o meno ampie di tutela dei diritti dei lavoratori» (Così Cass. 18.2.2014, n. 11832, in *ADL*, 2015, II, 420 ss., con nota di Cangemi).

Da un punto di vista processuale il lavoratore gode, in un tale giudizio, di una posizione favorevole, in quanto la prova dei requisiti del trasferimento grava sul datore di lavoro, stante la natura eccezionale degli effetti che discendono dall'art. 2112 c.c., rispetto al principio generale del necessario consenso del lavoratore ceduto (Cass. 6.3.2015, n. 4601, in *MGC*, 167 ss.).

Dall'accoglimento della domanda discendono la nullità della cessione del contratto, la prosecuzione del rapporto con il cedente e il risarcimento del danno subito, da quantificarsi secondo i canoni civilistici (Il danno non sussiste se il rapporto di lavoro è continuato con il cessionario alle stesse condizioni, secondo Cass. 10.4.2015, n. 7281, in *GI*, 2015, 2166 ss., nota di D'Addio).

In conclusione, la sentenza annotata ribadisce l'orientamento della Corte di Cassazione in tema di consenso del lavoratore nel trasferimento d'azienda, conferman-

do che l'attuale legislazione non prevede un diritto di opposizione del dipendente alla cessione del proprio contratto.

Riferimenti bibliografici

- Aiello F. (2013), *Autonomia e preesistenza del ramo d'azienda ceduto: al datore di lavoro una mera facoltà ricognitiva*, in *RGL*, n. 4, II, 641 ss.
- Cangemi V. (2015), *Trasferimento di ramo d'azienda e interesse ad agire dei lavoratori*, in *ADL*, n. 2, II, 420 ss.
- D'Addio F. (2015), *Il danno da illegittimo trasferimento di azienda*, in *GI*, n. 10, 2166 ss.
- De Marchis C. (2002), *Aspetti vecchi e nuovi del trasferimento d'azienda alla luce del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 18*, in *RGL*, n. 1, I, 121 ss.
- Lepore A. (2001), *Trasferimento del ramo di azienda e diritto di opposizione del lavoratore alla sua cessione (anche con riferimento al nuovo art. 2112 c.c. in attuazione della Direttiva comunitaria n. 98/50)*, in *RGL*, II, 356 ss.
- Scarpelli F. (1999), *Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *DRI*, n. 3, 351 ss.
- Scarpelli F. (2003), *Nozione di trasferimento di azienda e rilevanza del consenso del lavoratore*, in *RIDL*, n. 1, II, 148 ss.
- Scarpelli F. (2004), *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi*, in *QDLRI, Il trasferimento di azienda*, 97 ss.
- Voza R. (2015), *La tutela del contraente forte nel diritto del lavoro*, in *RIDL*, n. 1, I, 13 ss.

Alessandro Curcio
Dottore in Giurisprudenza
presso l'Università di Roma Tre

CASSAZIONE, 5.5.2017, n. 11027 – Pres. Amoroso, Est. Manna, P.M. Mastroberardino (conf.) – S.K.I. Spa (avv.ti Pafundi, Moncalvo) c. A.S. (avv. Frezza).

Conf. Corte d'Appello di Roma, 23.9.2015.

Licenziamento individuale – Licenziamento disciplinare – Previsioni del contratto collettivo – Derogabilità da parte del giudice – Non sussiste.

È illegittimo il licenziamento comminato al lavoratore a seguito di avvenimenti che lo stesso Ccnl punisce con l'applicazione di una mera sanzione conservativa. Il giudice non può estendere il catalogo delle giuste cause o dei giustificati motivi soggettivi di licenziamento oltre quanto stabilito dall'autonomia delle parti. (1)

(1) LICENZIAMENTI DISCIPLINARI E PREVISIONI CONTRATTUALI

1. — La Corte di Cassazione, con la recente sentenza n. 11027 del 5.5.2017, è tornata a occuparsi nuovamente della tematica relativa al valore del codice disciplinare contenuto nei contratti collettivi.

Il tema di fondo è il seguente: il giudice, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di un licenziamento intimato dal datore di lavoro per giusta causa o giustificato motivo, in che misura è vincolato a rispettare le previsioni contenute nella contrattazione collettiva di riferimento?

Nella fattispecie in esame, il lavoratore, all'esito di un diverbio intercorso con un suo superiore, ha rivolto direttamente a quest'ultimo un'espressione ingiuriosa all'interno dello stabilimento ma non durante l'orario di lavoro.

La Società ricorrente ha qualificato tale comportamento come una vera e propria insubordinazione, sanzionando il dipendente con il relativo licenziamento disciplinare.

Orbene, la Corte d'Appello di Roma, in totale riforma della sentenza di rigetto della domanda del lavoratore emessa in primo grado, ha dichiarato illegittimo il licenziamento disciplinare del dipendente, ordinando la reintegrazione di quest'ultimo ai sensi e per gli effetti dell'art. 18 della l. n. 300 del 1970.

Impugnata la sentenza, i giudici di legittimità hanno ritenuto eccessivo il provvedimento adottato dall'azienda, confermando quanto già precedentemente statuito nel secondo grado di giudizio.

L'episodio, quindi, sebbene considerato come un fatto accertato e censurabile, nonché qualificato alla stregua di alterco, non sarebbe sufficiente per intimare un licenziamento disciplinare, poiché non previsto dalla contrattazione collettiva applicabile.

Nel caso *de quo*, l'art. 38 del Ccnl dell'industria della carta e del cartone prevede che l'alterco, non seguito da vie di fatto, comporti l'applicazione della sanzione conservativa della multa o della sospensione.

2. — In mancanza di una nozione unitaria di «insubordinazione», la giurisprudenza ha tentato di delineare i confini della sua nozione (*Ex multis*, Cass. 17.9.1993, n. 9572, in *MGC*, 1993, 1407).

Sul punto, è di particolare interesse una recente pronuncia della S.C. (Cfr. Cass. 11.5.2016, n. 9635, in *GI*, 2017, I, con nota di Nicolosi, 142), peraltro, espressamente richiamata dalla sentenza oggetto della presente analisi.

In tale circostanza, l'insubordinazione contestata al dipendente è coincisa con la classica fattispecie delle espressioni ingiuriose e diffamatorie rivolte al superiore gerarchico e, in maniera indiretta, a tutta la dirigenza. I giudici di legittimità hanno cassato la sentenza, dimostrando di aderire a una nozione ampia del concetto di insubordinazione.

Il principio alla base di tale pronuncia risiede nella considerazione per cui l'efficienza dell'organizzazione aziendale si basa «sull'autorevolezza di cui godono i suoi dirigenti e quadri, e tale autorevolezza non può non risentire un pregiudizio allorché il lavoratore, con toni ingiuriosi attribuisca loro qualità manifestamente disonorevoli».

Pertanto, tale sentenza ha ritenuto legittimo il licenziamento intimato per insubordinazione solo nel caso di aggressione verbale, mentre, la contrattazione collettiva ritiene necessaria, al fine dell'applicazione del recesso, anche l'aggressione di tipo fisico.

La Cassazione ha affermato che «la “giusta causa” di licenziamento è nozione legale e il giudice non può ritenersi vincolato dalle previsioni dettate al riguardo dal contratto collettivo, potendo e dovendo ritenere la sussistenza della giusta causa per un grave inadempimento o per un grave comportamento del lavoratore contrario alle norme della comune etica o del comune vivere civile, ove tale grave inadempimento o tale grave comportamento abbia fatto venire meno il rapporto fiduciario tra datore di lavoro e lavoratore, e potendo e dovendo specularmente escludere che il comportamento del lavoratore costituisca di fatto una giusta causa, pur essendo qualificato tale dal contratto collettivo, in considerazione delle circostanze concrete che lo hanno caratterizzato» (Cfr., da ultimo, Cass. 18.2.2011, n. 4060, in *MGC*, 2011, n. 2, 273).

Secondo tale ragionamento, quindi, il giudice, in base a un apprezzamento di fatto e non sindacabile in sede di legittimità se espressamente motivato, potrebbe ritenere sussistente una giusta causa di licenziamento per un grave inadempimento ovvero comportamento del lavoratore contrario alle «norme della comune etica o del comune vivere sociale» nell'ipotesi in cui il grave inadempimento o grave comportamento determinino il venir meno del rapporto fiduciario tra lavoratore e datore di lavoro. Al contrario, il giudice potrebbe escludere che il comportamento del lavoratore costituisca di fatto una giusta causa, pur essendo qualificato tale dal contratto collettivo, in considerazione delle circostanze concrete che lo hanno caratterizzato (Cfr. Cass. 18.2.2011, n. 4060, in *MGC*, 2011, n. 2, 273).

Tuttavia, tale pronuncia non ha tenuto conto del disposto di cui all'art. 12 della l. n. 604 del 1966, che, come si avrà modo di evidenziare più avanti, preclude al giudice di poter ritenere giustificato un licenziamento, ai sensi della norma legale, nelle ipotesi in cui il contratto collettivo applicabile preveda una sanzione di tipo conservativo.

Tale sentenza risulta essere rilevante anche per quanto riguarda il tema della vincolatività della tipizzazione di un determinato illecito da parte della contrattazione collettiva e dei poteri del giudice di discostarsene.

3. — Orbene, le parti firmatarie dei Ccnl disciplinano l'esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro, attraverso l'esercizio della loro autonomia contrattuale.

Le norme di legge non sono derogabili né dal contratto individuale, né dal contratto collettivo. Anzi, non sono derogabili *in peius*, ma sono sempre derogabili *in melius* (Cfr. Magnani 2017, 1).

La deroga *in melius* concretizza la finalità protettiva del lavoratore contenuta nelle stesse disposizioni di legge (Cfr. De Luca Tamajo 1976, 192 ss.).

Nei Ccnl sono indicati, in maniera più o meno specifica, quali condotte del lavoratore sono considerate illegittime, indicando per ognuna la rispettiva sanzione disciplinare che il datore di lavoro può irrogare al lavoratore (Cfr. Comandè 2017, 275).

Pertanto, ci si è chiesti in dottrina e in giurisprudenza quale valore giuridico abbiano tali clausole e, in particolare, se il giudice sia vincolato, e in che misura, a rispettare le previsioni contenute nel Ccnl di riferimento, quando è chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di un licenziamento per giusta causa o giustificato motivo.

La Cassazione, nella sentenza n. 11027 del 2017, è intervenuta nuovamente sulla questione, affermando, in primo luogo, che giusta causa e giustificato motivo soggettivo sono nozioni legali. In particolare, si tratta di clausole generali, che contengono norme elastiche di limitato contenuto e delineano un «modulo generico» che richiede di essere specificato in sede interpretativa a opera del giudice (Cfr. Cass. 25.10.2011, n. 22129, in *Diritto e giustizia online*, 2011, 28 ottobre). Pertanto, compito del giudice è quello di verificare la rispondenza della normativa di settore al disposto di cui all'art. 2106 c.c.

Inoltre, la Cassazione prosegue affermando che le eventuali previsioni difformi della contrattazione collettiva non vincolano il giudice di merito. In tal senso, quindi, il giudice ha il dovere di controllare la rispondenza delle pattuizioni collettive al dettato di cui all'art. 2106 c.c. e dichiarare la nullità di quelle clausole che prevedono come giusta causa o giustificato motivo di licenziamento delle condotte che, ai sensi di legge, sono ascrivibili esclusivamente a sanzioni conservative.

Mentre, quando uno specifico comportamento del lavoratore contestato dal datore di lavoro come giusta causa di licenziamento sia punito dal contratto collettivo con una sanzione di tipo conservativo, è da escludersi che questo possa formare oggetto di un'autonoma valutazione da parte del giudice (*Ex multis*, cfr. Cass. 30.3.2016, n. 6165, in *DRI*, 2016, n. 2, con nota di Pelusi, 554).

La motivazione sottesa alla pronuncia in esame si basa proprio sul principio cardine dell'inderogabilità *in peius* della legge da parte della contrattazione collettiva o individuale e, al contempo, della derogabilità *in melius* della legge da parte dell'autonomia privata (Centamore 2015, 491 ss.).

Come è stato correttamente osservato, l'inderogabilità rimane un principio intramontabile, sia legale sia contrattuale, caratterizzante il diritto del lavoro, su cui il dibattito scientifico non si sospende (Si veda De Luca Tamajo 2016, 321).

In definitiva, se le parti hanno previsto un trattamento favorevole per il lavoratore, ossia sanzioni conservative per condotte che astrattamente sarebbero sanzionabili con il licenziamento, tale previsione non è superabile dal giudice.

Invece, se la deroga pattizia comporta un trattamento peggiorativo per il lavoratore e lo espone al licenziamento in caso di condotte astrattamente sanzionabili solo attraverso sanzioni conservative, tale previsione sarà nulla e il giudice non sarà affatto vincolato nella decisione giudiziale.

Ne consegue che il dipendente non può essere licenziato per motivi disciplinari se

la condotta è punita dal Ccnl solo con una sanzione conservativa (A tal riguardo si vedano Cass. 11.9.2017 n. 21062, in *Redazione Giuffrè*, 2017; Cass. 21.3.2017, n. 7166, in *Diritto & Giustizia*, 2017; Cass. 30.3.2016, n. 6165, in *GI*, 2016, n. 11, 2455; Cass. 6.7.2016, n. 13787, in *Redazione Giuffrè*, 2016; Cass. 18.3.2014, n. 6222, in *Diritto & Giustizia*, 2014, 19 marzo).

Tuttavia, una recente sentenza della S.C. ha evidenziato come qualsiasi codice disciplinare, nel contemplare e graduare ogni sanzione, non possa prevedere tutte le possibili condotte concretamente ascrivibili al lavoratore. Pertanto, nelle ipotesi in cui la contrattazione collettiva non sia dotata di un sufficiente grado di specificità, il giudice può, anzi deve sopperire a tale genericità attraverso l'applicazione del criterio legale di proporzionalità previsto all'art. 2106 c.c., che, quindi, non potrà essere applicato solo in senso più favorevole al lavoratore. In tal senso, il giudice dovrà rapportarsi a vari elementi che qualificano la vicenda disciplinare (Cfr. Cass. 26.1.2017, n. 2007, in *Redazione Giuffrè*, 2017).

Un ulteriore aspetto, invece, riguarda la possibilità per il giudice di affiancare, alle ipotesi di giusta causa di licenziamento previste dai singoli Ccnl, altri casi non espressamente previsti, ma contrari alle norme di legge. Non può, in tal caso, assumere alcuna rilevanza il fatto che il Ccnl applicato non preveda tale fattispecie tra le ipotesi di giusta causa di recesso dal rapporto di lavoro. Anzi, la giusta causa di licenziamento non può essere vincolata dalle previsioni dettate dal contratto collettivo. Ne consegue allora che il giudice è libero di ritenere sussistente la fattispecie ogni volta che rilevi un grave inadempimento del lavoratore, contrario alle norme della comune etica o del comune vivere civile, ove tale grave inadempimento abbia compromesso il rapporto fiduciario con il datore di lavoro (Cfr. Cass. 11.5.2016, n. 9635, in *GI*, 2017, I, con nota di Nicolosi 142).

Come noto, sulla medesima questione è intervenuto anche il legislatore con la l. n. 183 del 2010, che contiene una serie di disposizioni anche in materia di licenziamenti.

Orbene, il terzo comma dell'art. 30 del Collegato lavoro rimette la possibilità di tipizzare i concetti di giusta causa e di giustificato motivo sia alla contrattazione collettiva di qualsiasi livello sia all'autonomia individuale certificata [Miscione (2011, 9), secondo il quale la norma in esame pone un divieto per il giudice di tener conto dei contratti collettivi firmati da sindacati non comparativamente più rappresentativi].

Il legislatore ha tentato di limitare i poteri attribuiti al giudice in materia disciplinare, attraverso il principio di «tipizzazione» della giusta causa e del giustificato motivo soggettivo, ma sembra aver rinunciato a operare la tipizzazione di ogni possibile ipotesi, facendo rinvio alle disposizioni contenute nei contratti collettivi.

La giurisprudenza ha sostenuto che tale normativa non avrebbe vincolato il giudice, poiché pur essendo tenuto alla loro osservanza restava, di fatto, libero di applicare i principi di «ragionevolezza e di proporzionalità», valutando altresì l'aspetto intenzionale della condotta tenuta dal lavoratore (*Ex multis*, Cass. 21.6.2012, n. 10337, in *Redazione Giuffrè*, 2012).

Successivamente, con la cd. riforma Fornero (l. n. 92 del 2012), il legislatore ha inteso modificare l'art. 18 dello St. lav. (l. n. 300 del 1970), limitando la reintegrazione del lavoratore nei licenziamenti disciplinari ai casi di nullità del recesso e alle ipotesi in cui il giudice accerta l'«insussistenza del fatto materiale contestato», ovvero che «il

fatto contestato rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili».

La modifica dell'art. 18 St. lav. ha ridefinito il ruolo centrale del giudice attraverso la revisione delle forme di controllo del potere datoriale.

In particolare, il procedimento giudiziale risulta essere scomposto in due fasi: la constatazione del fatto posto alla base del licenziamento e la sua qualificazione giuridica. Nella prima fase, la verifica materiale non implica alcun apprezzamento da parte del giudice; mentre, l'attività qualificatoria della seconda fase richiede una valutazione di tipo discrezionale. Sennonché, due sono i vizi di legittimità del licenziamento che il giudice potrà riscontrare all'esito del procedimento appena descritto: la «manifesta insussistenza» della causale ovvero la semplice «insussistenza» della causale.

Ne consegue che il grado della colpa e la relazione di proporzionalità rispetto al licenziamento disciplinare sarebbero elementi da considerare solo dopo il controllo in punto di fatto, potendo agire sul piano della «semplice» ingiustificatezza anziché influire sull'efficacia estintiva (Cfr. Tullini 2013, 147).

Tuttavia, ai sensi dell'art. 18, c. 4, St. lav., quando l'inidoneità estintiva della causale è stata individuata dal contratto collettivo o dal codice disciplinare aziendale e il fatto-presupposto è punibile con una misura conservativa, il giudizio di proporzionalità, richiesto dall'art. 2106 c.c., risulterebbe «bloccato» tanto per il datore di lavoro quanto per il giudice. In effetti, il vincolo normativo agirebbe in senso più favorevole per il lavoratore ed escluderebbe ogni incertezza e la temuta discrezionalità valutativa del fatto (Cfr. Romei 2012, II, 1080).

Come è stato osservato, se la contrattazione collettiva ha stabilito che per determinate infrazioni il provvedimento disciplinare adottabile sia di tipo conservativo (sanzionabile con multa o sospensione dal lavoro e dalla retribuzione), l'eventuale licenziamento è illegittimo per violazione del principio di proporzionalità (C. App. Brescia 12 maggio 2015, n. 173, S. lav., in *Il giuslavorista.it*, 2015).

Alla luce dell'analisi sin qui svolta, dunque, dalla sentenza in commento emergono tre principi fondamentali.

In primo luogo, la Cassazione ha ribadito il principio per il quale giusta causa o giustificato motivo soggettivo sono nozioni di origine legale e, pertanto, il contratto collettivo non potrà prevedere il licenziamento per una condotta che, ai sensi di legge, può essere punita solo con una sanzione conservativa.

In secondo luogo, il giudice non può effettuare l'operazione inversa, ossia estendere il suddetto catalogo oltre quanto stabilito dall'autonomia delle parti. Pertanto, la contrattazione collettiva ha il potere di sanzionare meno gravemente una condotta che, in base alle nozioni legali di giusta causa o giustificato motivo soggettivo, determinerebbe, al contrario, il licenziamento disciplinare.

Infine, il terzo principio enunciato dalla pronuncia in esame riguarda la possibilità per il giudice di estendere il novero delle infrazioni passibili di licenziamento nell'ipotesi in cui un Ccnl le indichi solo in modo esemplificativo, ma non può trasformare in giusta causa di recesso una condotta che l'autonomia collettiva ha espressamente considerato come una sanzione di tipo conservativo.

Riferimenti bibliografici

- Centamore G. (2015), *Legge e autonomia collettiva: una critica della dottrina dell'inderogabilità bilaterale*, in *LD*, n. 2, 491 ss.
- Comandè D. (2017), *I contratti collettivi tra inderogabilità e sistema di competenze*, in *RIDL*, n. 2, I, 275 ss.
- De Luca Tamajo R. (1976), *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli.
- De Luca Tamajo R. (2016), *La (in)derogabilità della normativa lavoristica ai tempi del Jobs Act*, Labor, 321 ss.
- Magnani M. (2017), *Il rapporto tra legge e autonomia collettiva*, in *DRI*, n. 1, 1 ss.
- Miscione M. (2011), *Il Collegato lavoro 2010 proiettato al futuro*, in *LG*, 9 ss.
- Nicolosi M. (2017), *Giusta causa e giustificato motivo di licenziamento e insubordinazione. Insubordinazione del lavoratore, licenziamento illegittimo e rimedi esperibili*, in *GI*, I, 142 ss.
- Pelusi L.M. (2016), *Il licenziamento disciplinare in violazione del Ccnl applicabile: Statuto dei lavoratori e tutele crescenti a confronto*, in *DRI*, n. 2, 554 ss.
- Romei R. (2012), *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*, in *RIDL*, II, 1080 ss.
- Tullini P. (2013), *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *RIDL*, n. 1, I, 147 ss.

Oscar Genovesi

*Dottore di ricerca in Business, Institutions, Markets
presso l'Università di Chieti-Pescara «G. d'Annunzio»*

CORTE D'APPELLO TORINO, 19.5.2017 – Pres. Girolami, Est. Baisi – S.S. (avv.ti Bonino, Giusti) c. O.F.D. (avv. Bruno).

Controversie di lavoro e previdenza – Licenziamento individuale – Giudizio ex art. 1, commi 47 ss., l. n. 92/2012 – Giudizio di opposizione ex art. 1, c. 51, l. n. 92/2012 – *Mutatio libelli* – *Emendatio libelli*.

Nell'ambito del cd. rito Fornero, la possibilità per le parti di proporre con il ricorso in opposizione domande nuove, nonché di svolgere nuove attività probatorie ed eccezioni in deroga a preclusioni processuali, deve attuarsi all'interno del perimetro costituito dalla causa petendi dell'azione di impugnazione già esercitata, ossia in relazione ai motivi di illegittimità del licenziamento dedotti nel ricorso originario di cui all'art. 1, c. 48, l. n. 92/2012. (1)

(1) IL RAPPORTO TRA IL DEDOTTO E IL DEDUCIBILE
NELLA FASE DI OPPOSIZIONE DEL RITO FORNERO

1. — La pronuncia in epigrafe offre l'occasione per chiarire il rapporto tra il dedotto e il deducibile nella seconda fase del cd. rito Fornero.

A seguito di licenziamento intimato per «notevole calo di rendimento nell'attività lavorativa, conseguente a frequenti assenze ingiustificate», S.S. ricorreva al Tribunale di Torino, ai sensi dell'art. 1, cc. 47 ss., l. n. 92/2012, per sentir dichiarare la nullità del recesso, in quanto ritorsivo e, comunque, privo di giusta causa o giustificato motivo, chiedendo la condanna del datore alla reintegrazione nel posto di lavoro e al pagamento delle retribuzioni *medio tempore* maturate ex art. 18, commi 1 e 2, St. lav. Deduceva la ricorrente che il licenziamento le era stato intimato quale illegittima reazione del datore alla propria assenza legittima per malattia e che, comunque, il datore aveva accettato le predette assenze, senza richiedere alcuna giustificazione. Si costituiva il datore di lavoro, O.F.D., contestando quanto *ex adverso* dedotto e chiedendo, in via riconvenzionale, la condanna della lavoratrice al risarcimento dei danni derivanti dalla prolungata assenza dal lavoro. Il giudice di prime cure rigettava la domanda attorea con ordinanza, non avendo la ricorrente fornito elementi idonei a provare lo stato di malattia, né dimostrato l'accettazione da parte del datore delle assenze o la mancata richiesta di giustificazioni.

S.S., allora, proponeva opposizione, ai sensi dell'art. 1, comma 51, l. n. 92/2012, avverso l'emanata ordinanza, deducendo vizi del licenziamento ulteriori rispetto a quelli lamentati nel ricorso introduttivo. In particolare, l'opponente rilevava la violazione dell'obbligo di affissione del codice disciplinare e di preventiva contestazione disciplinare, ex art. 7 St. lav., nonché del principio di proporzionalità della sanzione. Il Tribunale di Torino, tuttavia, rigettava il ricorso in opposizione di S.S., la quale, dunque, proponeva reclamo presso la Corte d'Appello di Torino, che veniva parzialmente accolto.

2. — Come è noto, l'art. 1, c. 51, l. n. 92/2012, nel disciplinare la seconda fase del cd. rito Fornero, dispone che avverso l'ordinanza di accoglimento o di rigetto emanata nella fase «urgente» è possibile proporre opposizione con ricorso avente i requisiti di cui all'art. 414 c.p.c., a mezzo del quale non possono formularsi «domande diverse da quelle di cui al comma 47 del presente articolo, salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi o siano svolte nei confronti di soggetti rispetto ai quali la causa è comune o dai quali si intende essere garantiti». Ci si è dunque chiesti se il ricorso in opposizione debba contenere le stesse domande proposte con il ricorso introduttivo della fase «urgente» — ossia gli stessi motivi di licenziamento già dedotti — oppure se siano ammissibili domande nuove (Cfr. Sordi 2013).

Per rispondere a tale interrogativo è necessario chiarire se il cd. rito Fornero «sia qualificabile come “bifasico-monoprocessuale” ovvero come “bifasico-biprocessuale”» (Dalfino 2015, 718). La prima tesi, che sostiene la struttura unitaria del procedimento, con una prima fase a cognizione semplificata e priva di formalità, simile al rito sommario di cognizione *ex art. 702-bis c.p.c.*, e una seconda di opposizione, sul modello del procedimento avverso condotta antisindacale, di cui all'art. 28 St. lav. (Cfr. Amoroso 2016; Cass. 18.9.2014, n. 19674, S.U., ord., in *FI*, 2015, I, 539, con nota di Dalfino; C. App. Milano 13.12.2013, in *DeJure*; T. Siena 16.8.2013, ord., in *ADL*, 2014, n. 2, II, con nota di Vanz; T. Milano 19.6.2013 e T. Treviso 15.5.2013, in *MGL*, 2013, n. 7, 700, con nota di Buonocore; T. Bologna 27.11.2012, in *DeJure*), ha finito per prevalere sul secondo orientamento, il quale, al contrario, concepisce l'opposizione come fase autonoma, di carattere impugnatorio, quantomeno *lato sensu* (Cfr. Terenzio 2016; Dalfino 2015; Giorgi 2016, Id. 2015a e Id. 2015b; Borghesi 2012; T. Milano 10.3.2014, in *DeJure*; T. Monza 25.7.2013, in *GC*, 2013, n. 11-12, I, 2608, con osservazione di D'Amora; T. Milano 11.7.2013, ord., in *MGL*, 2013, n. 7, 700, con nota di Buonocore). La fase di opposizione, quindi, costituisce la prosecuzione della prima fase e comporta una riespansione delle garanzie della cognizione piena, attesa l'istruttoria sommaria e deformalizzata della fase «urgente» (Cfr. Cass. 11.12.2015, n. 25046, in *RIDL*, 2016, n. 3, II, 675, con nota di Simeone; Cass. 17.7.2015, n. 15066, in *DeJure*; Cass. 17.2.2015, n. 3136, in *RGL*, 2016, n. 1, II, 60, con nota di Terenzio; Cass. 20.11.2014, n. 24790, S. VI, *ivi*, 753, con nota di Zuffi; Cass. n. 19674/2014, cit.; Cass. 31.7.2014, n. 17443, S.U., ord., in *DeJure*). In questo senso, l'opposizione *de qua* non può qualificarsi come mezzo di impugnazione, non essendo la seconda fase del rito Fornero una *revisio prioris instantiae*, ma facendo parte entrambe le fasi del medesimo grado di giudizio (Cfr. Cass. 23.9.2016, n. 18711, in *DeJure*; Cass. 6.5.2015, n. 9115, in *RGL*, 2015, n. 4, II, 638, con nota di Raimondi; Cass. 16.4.2015, n. 7782, in *RGL*, 2016, n. 1, II, 60, con nota di Terenzio; Cass. n. 25046/2015, cit.; Cass. n. 3136/2015, cit.; T. Modena 15.1.2014, in *DeJure*; C. cost. 13.5.2015, n. 78, in *RGL*, 2016, n. 1, II, con nota di Terenzio, e in *RIDL*, 2015, n. 3, II, 704, con note di Colella e Dalfino; Cass. n. 24790/2014, cit.). Tale conclusione è avvalorata dalla possibilità di appellare la sentenza resa all'esito dell'opposizione con reclamo e di ricorrere in Cassazione avverso la decisione di secondo grado (Cfr. C. cost. n. 78/2015, cit.). Del resto, conferire all'opposizione natura impugnatoria condurrebbe a configurare quattro gradi di giudizio (tre di merito e uno di legittimità), non coerenti con le finalità acceleratorie del rito Fornero (Cfr. Raimondi 2015; Ortis 2014).

3. — Venendo al cuore della decisione, ossia ai limiti di ammissibilità di domande nuove in opposizione, alcuni Autori premettono due limitazioni generali e «scontate»: la preclusione maturata per il decorso della decadenza di cui all'art. 6, l. n. 604/1966, e il principio di obbligatorietà del rito Fornero, *ex art.* 1, c. 48, l. n. 92/2012, secondo il quale la prima fase dovrebbe svolgersi sempre, non essendo possibile una opposizione *per saltum* (Giorgi 2016; Amoroso 2016; *contra*, T. Roma 13.2.2013, ord., in *DeJure*; T. Roma 28.11.2013, ord., in *RIDL*, 2013, n. 1, II, 288 ss., con nota di Pacchiana Parravicini).

La negazione della natura impugnatoria dell'opposizione ha generato due tesi distinte in ordine all'esistenza di un divieto di *ius novorum* nel rito Fornero.

Una prima tesi, prevalentemente dottrinarica, ritiene che domande nuove, in sede di opposizione, sarebbero ammissibili, non potendosi applicare a tale fase le regole sulle impugnazioni e, segnatamente, sul cd. «filtro» in appello. Con l'espressione «identici fatti costitutivi», di cui all'art. 1, c. 51, l. n. 92/2012, pertanto, il legislatore avrebbe inteso impedire la proposizione di domande diverse da quelle di cui al comma 47 e non da quelle dedotte nel ricorso *ex* comma 48 (Cfr. Raimondi 2015; Colella 2015 e Id. 2014). Del resto, se il legislatore avesse voluto impedire la presentazione con opposizione di domande diverse da quelle già presentate con l'atto introduttivo, lo avrebbe semplicemente vietato (Cfr. Sordi, 2013). In sostanza, è stato fatto utilizzo del medesimo criterio indicato per accedere alla fase «urgente», ossia all'identità dei fatti costitutivi delle domande di cui al comma 47 (Raimondi 2015; Sordi 2013). La possibilità di proporre domande nuove svolgerebbe anche una funzione di economia processuale, non potendosi escludere la deduzione delle stesse, da parte del lavoratore, mediante ricorso autonomo *ex art.* 414 c.p.c. (Cfr. Sordi 2013).

Una seconda tesi, diffusa in giurisprudenza, invece, assimilando il rito speciale a quello ordinario del lavoro, ritiene inammissibile una *mutatio libelli* in opposizione, nonostante si neghi natura impugnatoria di tale fase (Cfr. Cass. 28.9.2015, n. 19142, in *DeJure*). In questo senso, il riferimento agli «identici fatti costitutivi» di cui all'art. 1, c. 51, l. n. 92/2012, deve intendersi diretto ai motivi di licenziamento dedotti nel ricorso di cui al comma 48, cosicché sarebbe vietato il mutamento della *causa petendi*, ossia l'introduzione di un tema dell'indagine di fatto completamente diverso (Cfr. Cass. 8.11.2016, n. 22671, in *DeJure*; Cass. n. 19142/2015, cit.), come del *petitum* di cui all'atto introduttivo, anche per il richiamo agli artt. 414 e 416 c.p.c. *ex* commi 51 e 53 (Cfr. Amoroso 2016; Colella 2015 e Id. 2014). Del resto, interpretare gli «identici fatti costitutivi» come quelli *ex* comma 47 renderebbe pleonastico il comma 48, atteso che il divieto di estendere il rito a motivi non attinenti al licenziamento è già espresso dal comma 47 stesso (Giorgi 2016). Ma ciò non significa che il legislatore abbia proibito l'*emendatio libelli*. Una modificazione delle domande articolate con il ricorso introduttivo della fase «urgente» è invece pienamente ammissibile, potendosi ampliare il *thema decidendum* della prima fase, sia oggettivamente, sia soggettivamente (Cfr. Colella 2015 e Id. 2014; Raimondi 2015; Curzio 2012; C. cost. n. 78/2015, cit.; C. App. Milano 13.12.2013, cit.; T. Modena 15.1.2014, cit.). E infatti, diversamente da ciò che avverrebbe in un giudizio di impugnazione (Cfr. Raimondi 2015), oltre a poter proporre domande fon-

date su «identici fatti costitutivi», con l'opposizione è possibile presentare domande «nei confronti di soggetti rispetto ai quali la causa è comune o dai quali si intende essere garantiti», ma anche chiamare in causa terzi e spiegare domande riconvenzionali, sempre senza modificare la *causa petendi* dell'azione di impugnazione già esercitata, dovendo altrimenti il giudice disporre la separazione della domanda riconvenzionale, ai sensi del comma 56, con mutamento del rito (Cfr. Rivero 2013). Inoltre, stante la mancanza di preclusioni in tal senso e l'inoperatività nella fase «urgente» dell'art. 416 c.p.c., non vi sono limiti alla formulazione di eccezioni in senso stretto, quale quella di decadenza dall'impugnazione del licenziamento (Cfr. Cass. n. 25046/2015, cit.; Giorgi 2016; Giorgi 2015b; Romeo 2016). Al contrario, le nuove difese in senso lato e ogni nuova questione rilevabile d'ufficio sono soggette alla medesima regola valevole per le nuove domande, sia per l'applicazione del principio di immodificabilità dei motivi di licenziamento, sia del principio del contraddittorio e di non contestazione (Cfr. Giorgi 2016 e Id. 2015b; Rivero 2013). Peraltro, la cognizione piena della seconda fase consente un ampliamento anche del *thema probandum* (Romeo, 2016), atteso che, nella fase «urgente», il giudice procede «agli atti di istruzione indispensabili» (art. 1, comma 49, l. n. 92/2012), mentre, in sede di opposizione, a quelli «ammissibili e rilevanti» (art. 1, comma 57, l. n. 92/2012), cosicché lo stesso *thema decidendum* delle due fasi non è sovrapponibile, diversamente da quanto accadrebbe in un giudizio di impugnazione (Cfr. Amoroso 2016; C. cost. n. 78/2015, cit.; Cass. 15066/2015, cit.; C. App. Milano 13.12.2013, cit.; *contra*, Terenzio 2016; Giorgi 2016, Id. 2015a e Id. 2015b).

4. — La Corte d'Appello di Torino, inserendosi nell'ultimo filone menzionato, fornisce le coordinate per comprendere se i motivi dedotti in opposizione nel rito Fornero travalichino i limiti della *emendatio libelli*. A tal fine è necessario identificare la *causa petendi* dell'impugnazione del licenziamento. Essa, secondo la costante giurisprudenza di legittimità, consiste «nello specifico motivo di illegittimità dell'atto dedotto nel ricorso introduttivo», perché ogni vizio del recesso deriva da fatti la cui allegazione è onere del ricorrente, cosicché si ha *mutatio libelli*, con inammissibilità della domanda, laddove venga prospettato un profilo di illegittimità non tempestivamente dedotto con il ricorso introduttivo (Cass. 24.3.2017, n. 76, in *DeJure*; Cass. 22.6.2016, n. 12898, in *DeJure*; Cass. 3.7.2015, n. 13673, *ivi*; Cass. 19142/2015, cit.). Sulla scorta di ciò, la Corte qualifica come *mutatio libelli* la proposizione con opposizione dei motivi di licenziamento della mancata affissione del codice disciplinare, dell'omessa preventiva contestazione dell'addebito e del difetto di proporzionalità della sanzione espulsiva, in quanto vizi attinenti a circostanze di fatto diverse da quelle dedotte nel ricorso introduttivo, ossia la ritorsività e l'assenza di giusta causa o di giustificato motivo.

L'orientamento della Corte, quindi, per un verso avvicina l'opposizione all'appello del rito ordinario del lavoro, mantenendo, per un altro verso, alcuni caratteri peculiari del deducibile, riconducibili alla specialità del rito Fornero.

Riferimenti bibliografici

- Amoroso G. (2016), *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in Amoroso G., Di Cerbo V., Foglia M., Maresca A., *Diritto del lavoro. Il Processo*, vol. IV, ed. III, Giuffrè, Milano, 1325 ss.
- Borghesi D. (2012), *Conciliazione e procedimento speciale dei licenziamenti per la riforma Fornero*, in *LG*, n. 10, 910 ss.
- Colella F. (2014), *Il cd. rito Fornero e l'incompatibilità del giudice dell'opposizione: terzietà vs ragionevole durata*, in *RIDL*, n. 4, II, 911 ss.
- Colella F. (2015), *Corte costituzionale e rito Fornero: un punto e qualche spunto*, in *RIDL*, n. 3, II, 710 ss.
- Curzio P. (2012), *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 158.
- Dalfino D. (2015), *La Corte costituzionale e il rito Fornero: il giudice dell'opposizione non deve astenersi*, in *RIDL*, n. 3, II, 717 ss.
- Giorgi F.M. (2015a), *La Consulta si pronuncia sulla legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 51, del rito Fornero*, in *LG*, n. 8-9, 788 ss.
- Giorgi F.M. (2015b), *Le Sezioni Unite offrono un primo quadro ricostruttivo del «rito Fornero»*, in *LG*, n. 3, 269 ss.
- Giorgi F.M. (2016), *Rito Fornero: la giurisprudenza di legittimità sul rapporto tra le due fasi e cenni sull'interferenza del rito fallimentare*, in *LG*, n. 7, 637 ss.
- Ortis S. (2014), *Sull'alterità soggettiva fra il giudice della fase sommaria e quello del giudizio di opposizione nel rito Fornero*, in *RIDL*, n. 4, II, 919 ss.
- Raimondi E. (2015), *Rito Fornero: la natura bifasica del giudizio di primo grado*, in *RGL*, n. 4, II, 638 ss.
- Riverso R. (2013), *Indicazioni operative sul rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, in *LG*, n. 1, 17 ss.
- Romeo C. (2016), *Effetto devolutivo dell'opposizione prevista dal rito Fornero*, in *LG*, n. 4, 347 ss.
- Sordi P. (2013), *Il nuovo rito per le controversie in materia di licenziamenti*, in Di Paola L. (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, Giuffrè, Milano, 361 ss.
- Terenzio E.M. (2016), *Il giudizio di opposizione nel cd. rito «Fornero» non riveste natura impugnatoria*, in *RGL*, n. 1, II, 62 ss.

Marco Tufo
Dottore di ricerca in Relazioni di lavoro
presso l'Università di Siena

TRIBUNALE MILANO, 30.5.2017, ord. – Est. Mariani – X.X. (avv. X.) c. Y.Y. (avv.ti Compagnino, Primerano).

Licenziamento individuale – Reintegrazione nel posto di lavoro – Risarcimento del danno – Opzione alla reintegrazione – Ingiunzione in materia civile – Prova scritta.

L'ordinanza immediatamente esecutiva (art. 1, c. 49, l. 28.6.2012, n. 92), se è titolo per l'esecuzione immediata della reintegra, può ben essere considerata «prova scritta», unitamente alla dichiarazione di opzione, per il rilascio della ingiunzione relativa alla indennità di cui al c. 3 dell'art. 18 St. lav. (1)

(1) EQUIPARAZIONE TRA ORDINANZA E SENTENZA AI FINI DELL'ESERCIZIO DEL DIRITTO DI OPZIONE A NORMA DELL'ART. 18, C. 3, ST. LAV.

1. — L'ordinanza del Tribunale di Milano affronta un tema nuovo per la giurisprudenza, emerso a seguito delle novità normative introdotte dalla l. 28.6.2012, n. 92 (cd. legge Fornero).

Si tratta di valutare se, ai fini dell'esercizio del diritto di opzione di cui all'art. 18, comma 3, l. 20.5.1970, n. 300, l'ordinanza di reintegra nel posto di lavoro emessa a seguito del cd. rito Fornero (art. 1, comma 48, l. 28 giugno 2012, n. 92) sia o meno equiparabile alla sentenza di condanna alla medesima reintegrazione di cui all'art. 18, comma 5, l. 20.5.1970, n. 300.

Questi i fatti: il Tribunale di Milano accoglie il ricorso di un lavoratore illegittimamente licenziato e condanna la società datrice di lavoro – rimasta contumace in sede sommaria – a reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro e a corrispondergli un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento alla effettiva reintegrazione, nonché alla regolarizzazione contributiva e fiscale e alla rifusione delle spese di lite.

Immediatamente dopo il deposito dell'ordinanza, il lavoratore comunica alla società datrice di lavoro di avvalersi della facoltà di optare per l'indennità sostitutiva della reintegra pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in luogo della reintegrazione nel posto di lavoro, a norma dell'art. 18, comma 3, l. 20.5.1970, n. 300. La società datrice di lavoro non adempie a detta richiesta del lavoratore e conseguentemente lo stesso Tribunale emette decreto ingiuntivo con formula di immediata esecuzione.

La società propone ricorso al Tribunale di Milano in opposizione al decreto ingiuntivo a norma dell'art. 645 c.p.c., posto, a suo dire, che l'ordinanza emessa in seguito alla fase sommaria del procedimento di cui all'art. 1, comma 48, l. 28 giugno 2012, n. 92, non può essere considerata prova idonea al rilascio del decreto ingiuntivo in quanto l'art. 18, comma 3, St. lav. parla espressamente di sentenza e non di ordinanza.

Il Tribunale rigetta l'opposizione della società.

2. — La l. n. 92/2012, rubricata «Riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita» (Per un maggiore approfondimento sulle finalità della riforma si vd. Ghera 2013, 21), modifica significativamente la disciplina delle tutele conseguenti alla pronuncia di illegittimità del licenziamento; i primi tre capoversi dell'art. 1, c. 42, lett. b, sostituendo integralmente i commi 1, 2 e 3 dell'art. 18, l. n. 300/1970, ridisegnano la disciplina sanzionatoria del licenziamento nullo. In particolare, la novella introduce rilevanti novità sia in tema di risarcimento del danno sia rispetto alla disciplina del cd. diritto di opzione (Sulla disciplina delle diverse ipotesi di nullità del licenziamento *ex lege* Fornero, vd. Cannati 2013, 199; Chieco 2013, 277 ss.).

Come è noto, l'art. 18, c. 3, l. n. 300/1970, nel disciplinare l'esercizio del diritto di opzione, afferma che il lavoratore illegittimamente licenziato può richiedere, in luogo della reintegrazione nel posto di lavoro e fermo restando il diritto al risarcimento del danno, la risoluzione del rapporto di lavoro e il pagamento di un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in questo caso non assoggettata a contribuzione previdenziale.

Dalla lettura del nuovo testo dell'art. 18, comma 3, un primo elemento di novità è rappresentato dalla previsione che l'esercizio del diritto di opzione per l'indennità sostitutiva da parte del lavoratore determina *ipso iure* la risoluzione del rapporto di lavoro.

La norma supera definitivamente il contrasto interpretativo della disciplina previgente (art. 18, comma 5), che aveva dato adito a un nutrito contenzioso giurisprudenziale, risolto dalla Corte costituzionale nel senso di ritenere l'opzione una obbligazione con facoltà alternativa sul lato del creditore, che necessita dell'effettivo pagamento per l'estinzione del rapporto di lavoro (C. cost. 4.3.1992, n. 81, in *RIDL*, 1993, II, 20; C. cost. 2.4.1992, n. 160, in *FI*, 1992, I, 2044; C. cost. 22.7.1996, n. 291, in *MGL*, 1996, 489; cfr. Balletti 1993, 20; D'Antona 1992, 2045; Mannaccio 1992, 556). Su questa linea si pone anche la giurisprudenza di legittimità, secondo la quale il rapporto di lavoro si estingue non con la mera comunicazione del lavoratore di optare per l'indennità monetaria, bensì solo al momento e per effetto del pagamento della stessa da parte del datore di lavoro, vd. Cass. 19.10.2011, n. 21618; Cass. 4.9.2009, n. 19244; Cass. 16.3.2009, n. 6342, in *RIDL*, 2010, II, 80; Cass. 17.2.2009, n. 3775; cfr. Vincieri 2010, 80; Aiello, 2009, 779).

Come abbiamo detto, l'art. 18, comma 3, come novellato nel 2012, supera detta soluzione giurisprudenziale, disponendo che l'estinzione del rapporto di lavoro si concretizza nel momento in cui il datore di lavoro riceve la comunicazione da parte del lavoratore della scelta di optare per l'indennità monetaria in luogo della reintegrazione nel posto di lavoro. Da questo momento cessa l'obbligo di reintegrazione sancito dalla pronuncia giudiziale a carico del datore di lavoro, che viene sostituito dalla obbligazione monetaria (Chieco 2013, 295).

La dichiarazione del lavoratore esercitata a norma dell'art. 18, comma 3, ha carattere recettizio ed è irrevocabile; l'irrevocabilità della scelta è rinvenibile nell'apposizione del termine decadenziale di trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza dichiarativa dell'invalidità del licenziamento contenente l'ordine di reintegrazione (Tosi 2006, 428).

In conclusione, è possibile affermare che con l'esercizio della facoltà di opzione da parte del lavoratore il rapporto di lavoro si estingue; ne consegue che il mancato e/o ritardato pagamento dell'indennità sostitutiva è da ricondursi a una tipica situazione

di *mora debendi*, con obbligo del debitore (datore di lavoro) di corrispondere al creditore (lavoratore) il pagamento degli interessi e della rivalutazione monetaria per tutto il periodo della mora (Chieco 2013, 296). Alla stessa stregua, al lavoratore spetta il risarcimento del danno di cui all'art. 18, c. 2, solo fino al momento in cui il datore di lavoro riceve la domanda di opzione e non fino all'effettivo pagamento delle quindici mensilità.

3. — Come abbiamo detto (si vd. par. 1), il tema affrontato dal Tribunale di Milano concerne la possibilità per il lavoratore illegittimamente licenziato di esercitare il diritto di opzione all'esito del procedimento sommario introdotto dalla l. n. 92/2012 concluso con ordinanza.

L'art. 18, c. 3, nell'individuare i termini e le modalità per l'esercizio del diritto di opzione, dispone che la richiesta di indennità deve essere formulata, a pena di decadenza, «entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla predetta comunicazione». Il *dies a quo* del termine di trenta giorni entro cui il lavoratore può esercitare il diritto di opzione decorre, dunque, dalla comunicazione del deposito della sentenza che, nel dichiarare l'illegittimità del licenziamento, ordina la sua reintegrazione nel posto di lavoro.

La disciplina del nuovo rito per i licenziamenti, ridisegnata dall'art. 1, cc. 47-69, l. n. 92/2012 (Curzio 2013, 407), dispone che per le controversie aventi a oggetto l'impugnativa del licenziamento il giudice provvede all'accoglimento o al rigetto della domanda, con ordinanza immediatamente esecutiva (art. 1, c. 49) che chiude la fase sommaria, avverso la quale può essere proposta opposizione con ricorso.

L'ordinanza, con la quale il giudice definisce la fase sommaria e necessaria, non può essere sospesa e, ove non opposta, non può essere né revocata né modificata in quanto definisce il giudizio.

Tanto premesso, si rileva come l'art. 18, c. 3, l. n. 300/1970, ai fini dell'esercizio della facoltà di opzione, prevede che la richiesta del lavoratore deve essere effettuata entro trenta giorni dal deposito della sentenza. La norma non parla di ordinanza.

È, dunque, necessario trovare un punto di equilibrio, che faccia da collante tra la disciplina dell'esercizio del diritto di opzione, esercitabile solo a seguito di deposito di una sentenza, e il nuovo rito dei licenziamenti, che prevede l'ordinanza quale atto immediatamente esecutivo a chiusura della fase sommaria del procedimento.

Nella pronuncia in commento, il datore di lavoro opponente individua quale unica ragione della sua opposizione la circostanza che «l'ordinanza emessa in esito alla fase sommaria del procedimento di cui all'art. 1, c. 48, l. 28.6.2012, n. 92, non costituisce prova scritta per l'emissione del decreto ingiuntivo». Nello specifico, a fondamento di tale motivo la società opponente sostiene che, poiché l'art. 18, c. 3, parla di sentenza e non anche di ordinanza, quest'ultimo atto che chiude semplicemente la fase sommaria «non può essere considerata prova idonea al rilascio del decreto ingiuntivo».

Il Tribunale di Milano, nel rigettare l'opposizione della società datrice di lavoro, evidenzia come rientra certamente tra le prove scritte idonee all'ammissibilità della domanda di ingiunzione. Il giudice del lavoro, con un ragionamento logico-deduttivo, ritiene che se l'ordinanza immediatamente esecutiva è titolo per l'esecuzione immediata alla reintegra, allo stesso modo può essere considerata «prova scritta» idonea, uni-

tamente alla dichiarazione di opzione, al rilascio dell'ingiunzione relativa all'indennità sostitutiva della reintegrazione (Costituisce in giurisprudenza *ius receptum* il principio secondo cui è da ritenersi prova scritta idonea alla ammissibilità della domanda di ingiunzione – oltre ai documenti indicati dagli artt. 634-636 c.p.c. – qualsiasi documento, proveniente dal debitore o da un terzo, dal quale risulti l'esistenza del diritto di credito e che il giudice ritenga meritevole di fede quanto ad autenticità e a efficacia probatoria; *ex multis*: Cass. 21.2.2013, n. 4334; Cass. 25.7.2011, n. 16199; Cass. 13.2.2009, n. 3646; Cass. 28.6.2006, n. 14980).

In definitiva, la circostanza che l'art. 18, comma 3, menzioni unicamente la sentenza e non l'ordinanza è mera questione lessicale che, a parere del Tribunale di Milano, si può risolvere alla luce del combinato disposto dei commi 1 e 3 dell'art. 18.

Il comma 1 dell'art. 18 prevede che il rapporto di lavoro è da intendersi risolto quando, a seguito dell'ordine di reintegrazione, il lavoratore non riprenda servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo richiesta di indennità di cui al comma 3. Poiché l'ordine di reintegrazione può essere sancito in una ordinanza, in base a un'interpretazione sistematica si può ritenere che quest'ultima costituisca atto idoneo all'esercizio del diritto di opzione e, dunque, all'emissione del decreto ingiuntivo (Per maggiore approfondimento, si vd. T. Milano 7.1.2015, n. 7129; Cass. 1.12.2010, n. 24350).

La decisione del Tribunale di Milano è condivisibile: è evidente che il termine «sentenza» è impropriamente utilizzato dal legislatore della riforma Fornero, proprio in virtù del nuovo rito dalla stessa introdotto.

Tale orientamento è in linea anche con la nuova disciplina delle ipotesi di nullità del licenziamento di cui al d.lgs. 4.3.2015, n. 23, che, nell'introdurre la disciplina del contratto a tutele crescenti, modifica il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. In particolare, l'art. 2 riscrive la cd. tutela reale per le ipotesi di licenziamento nullo (Cester 2017, 726; Recchia 2015, 87).

Orbene, l'art. 2, c. 3, d.lgs. n. 23/2015, nel disciplinare la facoltà di opzione dell'indennità sostitutiva della reintegra, correttamente sostituisce il termine «sentenza», contenuto nell'art. 18, comma 3, con quello di «pronuncia»; si tratta certamente di un termine di ampia portata, che può riferirsi sia alle sentenze sia alle ordinanze.

Detta modifica lessicale operata dal legislatore del *Jobs Act* costituisce uno spunto utile per orientare l'interprete circa la possibilità di esercitare il diritto di opzione anche a seguito di ordinanza di reintegra.

Riferimenti bibliografici

- Aiello F. (2009), *Esercizio di opzione ex art. 18 St. lav.: solo con il pagamento si estingue il rapporto di lavoro*, in RGL, n. 2, II, 779 ss.
- Balletti E. (1993), *L'indennità sostitutiva della reintegrazione e il tentativo di conciliazione ex artt. 1 e 5 l. n. 108/1990 al vaglio della Corte costituzionale*, in RIDL, n. 2, I, 20 ss.
- Canati G. (2013), *Profili di incostituzionalità della riforma sui licenziamenti*, in RIDL, n. 1, I, 199 ss.

- Cester C. (2017), *Le tutele*, in Gragnoli E. (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 726 ss.
- Chieco P. (2013), *Il licenziamento nullo*, in Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 277 ss.
- Curzio P. (2013), *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 407 ss.
- D'Antona M. (1992), *Licenziamento illegittimo e indennità sostitutiva della reintegrazione: la Corte costituzionale gioca d'anticipo*, in *FI*, I, 2045 ss.
- Ghera E. (2013), *Le finalità della riforma del mercato del lavoro Monti-Fornero*, in Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 21 ss.
- Mannaccio G. (1992), *La Corte costituzionale sull'indennità sostitutiva della reintegrazione*, in *MGL*, 556 ss.
- Recchia G.A. (2015), *Il licenziamento nullo e inefficace*, in Ghera E., Garofalo G. (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 87 ss.
- Tosi P. (2006), *L'indennità in «sostituzione della reintegrazione» tra diritto speciale e diritto comune delle obbligazioni*, in *ADL*, I, 428 ss.
- Vincieri M. (2010), *Sull'esercizio del diritto di opzione quale momento risolutivo del rapporto di lavoro*, in *RIDL*, n. 1, II, 80 ss.

Maria Antonietta Carbone
Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro
presso la «Sapienza» Università di Roma

I

TRIBUNALE ROMA, 18.5.2017, [ord.](#) – Est. Buconi – X.X. (avv. Rizzo) c. Y. Spa (avv. Maresca).

Trasferimento del lavoratore – Art. 33, c. 5, l. n. 104/1992 – Mobilità orizzontale ai sensi dell’art. 2103, c. 1, c.c. – Onere della prova.

Nel caso in cui un lavoratore deduca in giudizio l’illegittimità di un trasferimento o di un diniego al trasferimento ai sensi della l. n. 104/1992, avvenuti in data successiva al 25.6.2015, la verifica della fondatezza della domanda va effettuata in relazione ai parametri stabiliti dal nuovo art. 2103 c.c. in tema di mobilità orizzontale. In tal caso, va accertata la sussistenza di posizioni disponibili relativamente a mansioni corrispondenti al livello e categoria legale di inquadramento del lavoratore sia presso la sede sia presso la regione di provenienza e l’onere della prova circa la loro insussistenza grava sul datore di lavoro. (1)

II

TRIBUNALE ROMA, 27.4.2017, [ord.](#) – Est. Emili – Leonardo Spa (avv.ti Cosentino, Morrico) c. L.C. (avv. Rossi).

Trasferimento del lavoratore – Domanda trasferimento ai sensi dell’art. 33, c. 5, l. n. 104/1992 – Mobilità orizzontale ai sensi dell’art. 2103, c. 1, c.c. – *Ius variandi* – Onere della prova.

La nuova regola di cui al c. 1 dell’art. 2103 c.c., così come introdotta dall’art. 3 del d.lgs. n. 81/2015, modifica il parametro legale in base al quale deve essere verificata la legittimità dell’esercizio dello ius variandi da parte del datore di lavoro e condiziona, quale effetto riflesso, anche gli istituti che presuppongono l’utilizzo del medesimo concetto, quali il trasferimento e il cd. repechage. (2)

III

TRIBUNALE ROMA, 28.2.2017, [ord.](#) – Est. Casari – L.C. (avv. Rossi) c. Leonardo Spa (avv.ti Cosentino, Morrico).

Trasferimento del lavoratore – Domanda trasferimento ai sensi dell’art. 33, c. 5, l. n. 104/1992 – Mobilità orizzontale ai sensi dell’art. 2103, c. 1, c.c. – Onere della prova.

In tema di assistenza a portatori di handicap ex art. 33, c. 5, l. n. 104/1992, il familiare lavoratore può scegliere la sede di lavoro anche in costanza di rapporto, purché il posto sia esistente e vacante: circostanza che dev'essere provata dal datore di lavoro alla luce del nuovo criterio di cui al c. 1 dell'art. 2103 c.c., così come modificato dal d.lgs. n. 81/2015, e tenuto conto delle esigenze economiche e organizzative dell'impresa. (3)

(1-3) ASSISTENZA AI DISABILI: TRASFERIMENTO
E DISCIPLINA DELLE MANSIONI

1. — Il Tribunale di Roma, con le sentenze in commento, si è pronunciato in tema di trasferimento del lavoratore che assiste un familiare portatore di handicap ai sensi dell'art. 33, c. 5, della l. n. 104/1992. Le decisioni sono di particolare interesse perché affrontano il tema della individuazione del parametro da utilizzare per valutare la legittimità del trasferimento del lavoratore che assiste un disabile, alla luce della nuova disciplina delle mansioni di cui al comma 1 dell'art. 2103 c.c., così come introdotto dall'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015.

La legge, come è noto, attribuisce al lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste con continuità una persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, sia il «diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere» sia quello a non essere «trasferito senza il suo consenso ad altra sede».

Fermo quest'ultimo diritto, che assicura al lavoratore l'impossibilità per il datore di modificare la sede di lavoro già assegnatagli (cd. «diritto oppositivo»), salvo il suo consenso, occorre comprendere quando debba essere riconosciuto al lavoratore che beneficia della citata legge il diritto a essere trasferito ad altra sede e su quale parte incomba il relativo onere della prova.

2. — Con la prima sentenza, il Tribunale di Roma è stato chiamato a pronunciarsi sulla legittimità o meno del trasferimento disposto dalla società datrice di lavoro, e sul diritto del lavoratore a fruire del beneficio di cui all'art. 33, c. 5, della l. n. 104/1992, maturato in un momento successivo a tale trasferimento. Nel caso di specie, il ricorrente chiedeva l'accertamento dell'illegittimità del suo trasferimento, disposto presso una sede operativa situata a più di 50 km dalla sede di servizio, per l'esistenza e la vacanza di posti disponibili presso sedi di lavoro dislocate nella medesima regione, in relazione a mansioni riconducibili al proprio livello di inquadramento; nonché il riconoscimento del diritto a essere trasferito presso una sede più vicina al domicilio del familiare disabile: diritto maturato dopo il detto trasferimento e negato dal datore. Nel merito, il giudice romano ha accolto il ricorso, dichiarando illegittimo il trasferimento per insussistenza di ragioni tecniche, organizzative o produttive, e, accertato il diritto a fruire del beneficio di cui sopra, ha ordinato l'assegnazione del ricorrente presso una delle sedi richieste.

Con la seconda sentenza in commento, invece, il Tribunale di Roma è stato chiamato a pronunciarsi sul reclamo proposto dal datore di lavoro avverso l'ordinanza cautelare oggetto della terza pronuncia. Nella fattispecie, il dipendente contestava il rigetto

della propria domanda di trasferimento presso una delle sedi lavorative di Roma, che egli aveva avanzato per assistere la madre disabile. Il Tribunale, confermando il contenuto dell'ordinanza cautelare, ha dichiarato illegittimo il diniego del datore di lavoro, non avendo quest'ultimo assolto correttamente all'onere della prova circa l'insussistenza di posizioni lavorative disponibili e vacanti presso la sede oggetto di domanda.

3. — In particolare, con dette pronunce, i giudici hanno chiarito che, stante la nuova disciplina delle mansioni *ex c.* 1 dell'art. 2103 c.c., nel caso in cui venga dedotta in giudizio la illegittimità di un trasferimento disposto dal datore di lavoro, o di un diniego al trasferimento ai sensi della citata l. n. 104/1992, avvenuti in epoca successiva al 25 giugno 2015, data di entrata in vigore della novella legislativa, la verifica della fondatezza della domanda non può prescindere dai nuovi parametri indicati dall'art. 2103 c.c. in tema di mobilità orizzontale. Nei casi di specie, pertanto, andava accertata la sussistenza di posizioni disponibili relativamente a mansioni corrispondenti «al livello e alla categoria legale di inquadramento del lavoratore» non solo presso la sua sede, ma anche presso la regione di provenienza, e non relativamente a mansioni «equivalenti».

Con dette pronunce, i giudici romani hanno dunque stabilito l'ambito di applicazione temporale della nuova disciplina delle mansioni, conformemente a quanto già affermato dalla dottrina: in mancanza di diversa disposizione circa il carattere retroattivo della norma, la legittimità della condotta/atto datoriale dovrà essere verificata in base al parametro dell'equivalenza sino al 24.6.2015 e, dal giorno successivo, in base al nuovo criterio, indipendentemente dalla data di instaurazione del rapporto di lavoro (T. Ravenna 30.9.2015 e T. Roma 30.9.2015, in *ADL*, 2016, n. 1, II, 109, con nota di Gramano).

Il «parametro» dell'equivalenza, introdotto dal legislatore con l'art. 13 della l. n. 300/1970, era privo di una definizione chiara e univoca; motivo per il quale dottrina e giurisprudenza hanno tentato di riempire di significato tale termine, al fine di limitare lo *ius variandi* del datore di lavoro, inteso come il potere di modificare unilateralmente le mansioni assegnate al lavoratore. Infatti, quest'ultimo poteva essere adibito soltanto alle mansioni di assunzione o a quelle considerate di «egual valore» professionale rispetto alle precedenti. Pertanto il giudice chiamato a verificare la corretta applicazione dell'art. 2103 c.c. non poteva e non doveva guardare al solo «requisito formale», inteso come medesimo livello di inquadramento delle mansioni precedenti e successive, ma anche a quello «sostanziale», ossia al livello professionale raggiunto dal lavoratore, tenuto conto del contenuto, della natura e delle modalità di svolgimento delle medesime, e garantendone l'accrescimento (Cass. 3.2.2015, n. 1916, in *Pluris*, rv. 634197).

Con la nuova disciplina delle mansioni di cui al nuovo c. 1 dell'art. 2103 c.c., il legislatore sostituisce il parametro dell'equivalenza con il riferimento al «livello e categoria legale di inquadramento», cercando di garantire una maggiore flessibilità nell'impiego della manodopera. Per effetto della novella occorrerà soltanto verificare che le mansioni di nuova adibizione siano previste nel livello di inquadramento delle precedenti e appartengano alla stessa categoria legale (Pisani 2016, 20).

La riforma del 2015, come sottolineato anche nella seconda sentenza in commento, se da una parte determina una dilatazione dei confini dell'area del debito del lavo-

ratore e del potere di *ius variandi* del datore di lavoro (Falsone 2016, 5; Garilli 2016, 137), dall'altra aumenta l'ambito di ricerca di posizioni lavorative disponibili cui adibire il lavoratore che sia soggetto a un trasferimento o che, beneficiando del diritto della citata l. n. 104/1992, richieda il trasferimento in altra sede.

La medesima sentenza, inoltre, offre un ulteriore spunto di riflessione, dal momento che mette in rilievo come la riformulazione del parametro legale dello *ius variandi* abbia ampliato, quale effetto riflesso, il contenuto dell'obbligo di *repechage* (Brollo 2015, 54). Questo obbligo, di origine giurisprudenziale, impone al datore di lavoro di fornire la prova dell'inevitabilità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ossia l'impossibilità di adibire il lavoratore in mansioni diverse da quelle precedentemente svolte. Infatti, se sotto la vigenza dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori tale prova era circoscritta alle mansioni equivalenti (Cass. 8.2.2011, n. 3040, in *MGC*, n. 2, 198) o inferiori, purché compatibili con il suo bagaglio professionale (Cass. 16.11.2015, n. 23698, in *RGL*, 2016, n. 2, II, 182), ora, alla luce del nuovo art. 2103 c.c., i primi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sostengono che il licenziamento intimato dopo il 25 giugno 2015 potrà essere considerato «giusto» solo nel caso in cui non ci sia un posto vacante riconducibile alla medesima categoria legale e livello di inquadramento del lavoratore (*ex* comma 1), o in quello immediatamente inferiore (*ex* c. 2), a prescindere dalla specifica professionalità pregressa del lavoratore, con conseguente riduzione del potere del datore di licenziare per giustificato motivo oggettivo (Liso 2015, 9; Ianniruberto 2016, 267; e T. Milano 16.12.2016, in *Pluris*, 2017; Cass. 26.5.2017, n. 13379, in *Diritto e giustizia online*, 2017, n. 91, 10).

4. — Tutte le pronunce in oggetto ribadiscono, inoltre, due importanti principi.

In primo luogo, le decisioni hanno affermato che il familiare lavoratore che beneficia della citata l. n. 104/1992 può esercitare il diritto di scegliere la sede di lavoro (cd. «diritto pretensivo») non solo al momento della assunzione, ma anche in costanza di rapporto (Così: Cass. 3.8.2015, n. 16298, in *Pluris*, rv. 636720). Sul punto, il Tribunale di Roma ritiene che tale diritto non sia assoluto o illimitato, ma esercitabile solo «ove possibile», perché condizionato al bilanciamento tra le esigenze del lavoratore e quelle economiche, produttive e organizzative dell'impresa, e che grava sul datore di lavoro l'onere di dimostrare le circostanze ostative all'esercizio di tale diritto (Cass. 27.3.2008, n. 7945, S.U., in *RGL*, 2008, n. 4, II, 886, con nota di Calafà).

In secondo luogo, stante il «principio della vicinanza», nel caso in cui la prova vera sull'esistenza o meno di posizioni disponibili nell'organigramma aziendale, l'onere della prova incombe sul datore di lavoro. È quest'ultimo, difatti, ad avere gli strumenti e le informazioni necessarie per farlo. Imporre tale onere al lavoratore significherebbe, pertanto, imporgli una «*probatio diabolica*».

5. — Con le tre decisioni in commento il Tribunale di Roma ha dunque affrontato aspetti fondamentali concernenti il trasferimento del lavoratore in generale, il diritto di scelta della sede di lavoro spettante a chi fruisce del beneficio di cui all'art. 33, c. 5, della l. n. 104/1992 e il loro rapporto con la nuova disciplina delle mansioni *ex* art. 2103 c.c., e ha altresì sancito un principio fondamentale in tema di onere della prova, accollando al datore di lavoro l'onere di dimostrare l'esistenza o meno di posizioni disponibili ai sensi del nuovo parametro di «equivalenza formale».

Ad avviso di chi scrive le sentenze in commento hanno altresì offerto un ulteriore spunto di riflessione. Il diritto di scelta di cui sopra potrebbe essere infatti considerato un interesse tale da legittimare un patto di demansionamento ai sensi del c. 6 dell'art. 2103 c.c., al fine di evitare un diniego datoriale della domanda di trasferimento presso la sede di lavoro «scelta», fermo restando l'indisponibilità di posizioni vacanti e disponibili presso quella sede, a parità di livello e categoria legale di inquadramento. Difatti, e sempre ad avviso di chi scrive, se il c. 2 dell'art. 2103 c.c., nella versione statutaria, sanciva un divieto espresso di demansionamento, il nuovo comma 6 del novellato articolo sembrerebbe offrire al lavoratore e datore di lavoro la possibilità di stipulare un accordo individuale di modifica delle mansioni, anche in *peius*, finalizzato, nel caso di specie, al proficuo inserimento del lavoratore nella sede da lui richiesta. Occorrerebbe, però, poi capire se tale diritto possa comportare un onere del datore di lavoro di modificare l'organizzazione produttiva e aziendale ai fini di un eventuale demansionamento, oltre a oneri di tipo formativo.

Riferimenti bibliografici

- Brollo M. (2015), *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in Carinci F. (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt labour studies, e-book series, n. 48, 29 ss.
- Calafà L. (2008), *Disabilità e lavoro: il diritto di scelta della sede del lavoratore (non solo) pubblico*, in RGL, n. 4, II, 890 ss.
- Falsone M. (2016), *Ius variandi e ruolo della contrattazione collettiva*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona», n. 308.
- Garilli A. (2016), *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, in DLRI, n. 149, 129 ss.
- Gramano E. (2016), *Sull'applicabilità temporale del nuovo art. 2103 c.c.*, in ADL, n. 1, II, 109 ss.
- Ianniruberto G. (2016), *Jus variandi orizzontale e nuovo art. 2103 c.c.*, in MGL, n. 5, 260 ss.
- Liso F. (2015), *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporti di lavoro*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona», n. 257.
- Pisani C. (2016), *I nostalgici dell'equivalenza delle mansioni*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona», n. 310.

Michele Valerio Di Tanna
*Dottorando di ricerca in Business, Institutions and Markets
presso l'Università di Chieti-Pescara «G. D'Annunzio»*

TRIBUNALE MILANO, 14.3.2017 – Est. Cassia – M.A.R. (avv. Tagliabue)
c. Log On Srl (avv. Fortunat).

**Controversie di lavoro e previdenza – Licenziamento individuale –
Licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo –
Art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23/2015 – Principio della vicinanza della prova –
Art. 5, l. n. 604/1966.**

La disposizione di cui all'art. 3, c. 2, del d.lgs. n. 23/2015 presenta elementi di irrazionalità, dal momento che addossare al lavoratore la prova diretta di un fatto negativo contrasta con il principio di vicinanza della prova e con l'art. 5 della l. n. 604/1966. Pertanto, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma, il lavoratore può avvalersi della prova presuntiva e indiretta, e la mancata prova del fatto positivo allegato da parte del datore di lavoro a fondamento del licenziamento equivale alla dimostrazione in giudizio del fatto negativo (onere di per sé talmente gravoso da rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto alla reintegra). (1)

(1) L'INSUSSISTENZA DEL FATTO MATERIALE
E LA RIPARTIZIONE DELL'ONERE PROBATORIO:
UN'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA

1. — La pronuncia in commento fornisce un interessante contributo interpretativo al vivace dibattito sorto con l'introduzione della fattispecie di «insussistenza del fatto contestato» (di cui all'art. 18, comma 4, St. lav., come modificato dalla l. n. 92/2012); dibattito che ha assunto toni ancor più accesi dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, che all'art. 3, c. 2, ha rimodulato tale ipotesi sanzionatoria in senso maggiormente restrittivo.

Il caso sottoposto al vaglio del Tribunale di Milano riguarda il licenziamento per giusta causa di un lavoratore subordinato addetto al caricamento notturno delle merci presso un grande magazzino. Il ricorrente era stato assunto nel 1998 e poi, a seguito dell'intervenuta terziarizzazione del servizio, era passato alle dipendenze di diverse società appaltatrici, l'ultima delle quali, a far data dal 1° gennaio 2016, con l'applicazione del nuovo contratto a tutele crescenti di cui al d.lgs. n. 23/2015, era proprio la resistente.

Il 29.6.2016, la datrice di lavoro contesta per iscritto al dipendente di essersi indebitamente appropriato di alcuni prodotti sottratti dagli scaffali del supermercato; sospendendolo dal servizio in via cautelativa e licenziandolo infine il 7.7.2016.

Il lavoratore impugna tempestivamente il provvedimento espulsivo e, nell'atto introduttivo del giudizio, dichiara che l'addetto alla vigilanza che lo aveva fermato al *metal detector* posto all'uscita del luogo di lavoro lo aveva accusato di furto prima ancora che egli varcasse il sistema di rilevazione antitaccheggio, che gli aveva mostrato la presunta refurtiva estraendola da un cestino della spazzatura, senza nemmeno per-

quisirlo, e che, in ogni caso, la contestazione mossagli dalla società, oltre a essere infondata, non individuava un fatto materiale specifico. Per tali ragioni, egli ricorreva in giudizio, affinché venisse accertata l'illegittimità del suddetto licenziamento e, per l'effetto, la datrice di lavoro venisse condannata a reintegrarlo nel proprio organico e a versargli un'indennità risarcitoria dal giorno dell'estromissione sino a quella di effettivo reintegro.

La società resistente si costituiva tardivamente in giudizio, contestando la ricostruzione dei fatti di parte avversaria ma decadendo dalla possibilità di dedurre la prova per testi, nonché di produrre documentazione a supporto della propria versione dell'accaduto, ai sensi dell'art. 416 c.p.c. In tal caso, infatti, come puntualizza la sentenza, non avrebbe potuto sopperire nemmeno il potere d'ufficio dell'organo giudicante ai sensi dell'art. 421 c.p.c., dal momento che quest'ultimo – se pure deve temperare il principio dispositivo con quello di ricerca della verità reale (Cass. 2.10.2009, n. 21124, in *MGC*, 2009, n. 10, 1401) –, per poter esercitare le proprie facoltà istruttorie, necessita comunque di «elementi probatori già obiettivamente presenti nella realtà del processo», i quali richiedano unicamente un approfondimento indispensabile ai fini della decisione: circostanza evidentemente esclusa nel caso in esame, in virtù della costituzione in giudizio del convenuto oltre i termini previsti dall'art. 416, c. 1, c.p.c., dovendo viceversa il tribunale risolvere la controversia «allo stato degli atti».

2. — Una volta precisato il quadro processuale ed evidenziata l'applicabilità del d.lgs. n. 23/2015 *ratione temporis*, il giudice è quindi passato a verificare la sussistenza dei presupposti richiesti dall'art. 3, c. 2.

Prendendo le mosse da tale disposizione, a mente della quale il tribunale può annullare il licenziamento illegittimo e condannare il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, oltre che al versamento di un'indennità risarcitoria, «esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore», il ragionamento interpretativo si è soffermato su due snodi fondamentali, entrambi relativi all'onere della prova che la lettera della norma parrebbe concentrare in capo al dipendente.

Innanzitutto, si ritiene doveroso elidere l'avverbio «direttamente» dal testo di legge, e ciò in quanto, nel processo civile in generale, l'unico modo di dimostrare un fatto non avvenuto consiste nel fornire la prova di uno specifico fatto positivo incompatibile con l'avvenimento di cui si afferma l'insussistenza, ovvero mediante l'allegazione di presunzioni semplici da cui si possa desumere il fatto negativo. Una simile operazione risulta, a tutta evidenza, talmente ardua che impedire al lavoratore di avvalersi della prova presuntiva o indiretta integrerebbe una violazione del diritto di difesa costituzionalmente garantito.

Il giudice di prima istanza è consapevole di porsi così in contrasto con la probabile volontà del d.lgs. n. 23/2015, volta a limitare al minimo le ipotesi di tutela reale in caso di licenziamento illegittimo, e che nella fattispecie di cui all'art. 3, c. 2, tale obiettivo viene perseguito proprio addossando sul prestatore di lavoro l'onere della prova di un fatto negativo; eppure la doverosa prevalenza dei principi costituzionali lo induce a optare per l'unica ricostruzione interpretativa in grado di riequilibrare la posizione processuale delle parti.

Il medesimo percorso logico-argomentativo sorregge, altresì, la successiva statuizione interpretativa: la pronuncia in esame, infatti, prosegue richiamando il principio di diritto in forza del quale, secondo la disciplina della ripartizione dell'onere della prova, il giudice è tenuto a considerare non vero il fatto rimasto obiettivamente incerto all'esito della fase istruttoria del procedimento.

Il Tribunale cala quindi tale principio (da ritenersi di doverosa applicazione in forza di un'interpretazione sistematica rispettosa del dettato dell'art. 12 delle preleggi) nel caso di specie, al dichiarato fine di non rendere «eccessivamente difficile, se non impossibile, l'esercizio del diritto alla reintegra»: passati in rassegna gli elementi probatori emersi dal giudizio, l'insufficienza degli stessi a dimostrare, da un lato, l'insussistenza del fatto materiale contestato (onere del lavoratore) ma altresì, dall'altro, la sussistenza del medesimo episodio (circostanza che avrebbe legittimato la contestazione disciplinare e il successivo licenziamento irrogati dalla datrice di lavoro), viene pertanto posta a svantaggio della società, comportando la vittoria in giudizio del ricorrente.

Per chiarire ulteriormente la riflessione giuridica compiuta, il giudice ne riassume i passaggi salienti affermando che il disposto di cui all'art. 3, c. 2, del d.lgs. n. 23/2015 deve essere interpretato nel senso che alla dimostrazione del fatto negativo – richiesta espressamente dalla norma – equivalga la mancata prova del fatto positivo, in forza dei principi generali in materia di ripartizione dell'onere della prova, specificati in materia di licenziamento dall'art. 5 della legge n. 604/1966, che richiede al datore di lavoro di fornire evidenza della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo e che costituisce, a sua volta, regola di applicazione generale in campo giuslavoristico, non esplicitamente derogata dal testo del *Jobs Act*.

3. — Come accennato, la sentenza oggetto di disamina si inserisce a pieno titolo all'interno dell'ormai ingente contenzioso sorto sin dal 2012, riguardante ipotesi di pretesa insussistenza del fatto.

Senza alcuna pretesa di esaustività (Si vedano Piccinini 2016 e Giubboni, Colavita 2017), si rammenta che molto presto si sono contrapposte due scuole di pensiero quanto all'interpretazione della locuzione «insussistenza del fatto», tratta dal lessico del diritto penale in tema di formule assolutorie e ancora intrisa delle relative suggestioni: se, da una parte, vi era chi riteneva di dover prendere in considerazione solo il cd. fatto giuridico, da intendersi quale ipotesi disciplinarmente rilevante caratterizzata dalla compresenza tanto dell'elemento oggettivo (la condotta censurata) quanto di quello soggettivo (Dolo o colpa del lavoratore: T. Bologna 15.10.2012, in *RGL*, 2012, n. 2, II, 271 ss., con nota di Fabbri), dall'altra, non mancavano i fautori di una lettura più formalista e restrittiva della norma, secondo i quali per integrare la fattispecie era sufficiente l'accertamento del cd. fatto materiale, nella sua dimensione puramente fenomenica e storica, e non anche la sua antigiuridicità (Maresca 2012).

A tale seconda opzione ricostruttiva, a lungo minoritaria, aderiva successivamente la Suprema Corte, in toni piuttosto decisi pur se sotto forma di *obiter dictum* (Cass. 6.11.2014, n. 23699, in *FI*, 2014, I, 3418, con nota di De Luca), nonché il legislatore della legge delega n. 183/2014, destinata a essere attuata – tra gli altri – proprio dal d.lgs. n. 23/2015.

La nuova formulazione della norma, di cui all'art. 3, c. 2, del citato decreto ha altresì espunto il riferimento alle previsioni dei contratti collettivi, nonché alla valuta-

zione sulla proporzionalità della sanzione rispetto alla condotta, mirando a limitare quanto più possibile il margine di manovra interpretativa (e in qualche misura sempre discrezionale) riservato alla magistratura. Al contempo, il legislatore ha tentato così di ridurre drasticamente i casi di reintegra, prevista – oltre che nell'ipotesi in parola – sostanzialmente solo per i licenziamenti nulli o inefficaci in quanto irrogati oralmente.

È stata poi la stessa giurisprudenza di legittimità (Si vedano, a mero titolo esemplificativo, Cass. 13.10.2015, n. 20540 e n. 25045, in *RGL*, 2016, n. 1, II, 31, con nota di Federici, nonché Cass. 16.2.2017, n. 4125) a fornire dei correttivi per una più equa applicazione dell'art. 18, c. 4, St. lav., in senso estensivo, distaccandosi da una lettura eccessivamente rigida, appiattita sulla lettera della disposizione, anche per fornire gli strumenti ermeneutici necessari ai giudici del merito nell'affrontare i primi casi di licenziamento rientranti nella disciplina del *Jobs Act*.

A tal proposito, la pronuncia in commento presenta un'originale prospettiva ricostruttiva, in particolar modo nei richiami operati alle regole generali dell'ordinamento civile che disciplinano la ripartizione dell'onere probatorio. Chiave di volta dell'intero sistema è il principio racchiuso nell'art. 2697 c.c., in virtù del quale l'attore sarà tenuto a dimostrare i cd. fatti costitutivi della sua pretesa, mentre spetterà al convenuto provare gli eventuali fatti impeditivi, modificativi o estintivi (ritenendo di giustizia non addossare a chi fa valere in giudizio un proprio diritto altresì l'attestazione della mancanza di elementi di ostacolo a tale esercizio).

In caso di licenziamento asseritamente ingiustificato, la prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo posti alla base del recesso deve essere fornita dal datore di lavoro, in forza dell'espressa previsione di cui all'art. 5 della l. n. 604/1966: secondo i più regola che discende direttamente dal principio di cui all'art. 2697 c.c. Se nei casi in cui il legislatore nulla dice è ragionevole attendersi un certo contrasto di posizioni tra gli operatori del diritto (Come in passato per la ripartizione dell'onere della prova, in tema di requisito dimensionale necessario al fine di rientrare nel regime di tutela reale, si veda Santini 2007; ovvero, relativamente alla *vexata quaestio* del *repechage*, si rimanda al recente articolo di Ferraresi 2016), appare ben diversa l'ipotesi di una (almeno apparente) antinomia tra due disposizioni di legge.

Tuttavia, come è stato già rilevato dalla più attenta dottrina, soprattutto di matrice processualistica (Borghesi 2016), la suddetta contraddizione può risolversi ove si rifletta più attentamente sulla terminologia utilizzata (ai sensi della quale la locuzione «direttamente dimostrata» non equivarrebbe per forza a «dimostrata per il tramite di una prova diretta», ben potendo l'interprete temperarne la portata – come nel caso di specie – e consentendo così al dipendente di avvalersi anche delle prove cd. secondarie) e sulla doverosa applicabilità anche al diritto del lavoro della normativa probatoria generale: in particolare il principio secondo cui la prova di un fatto negativo (quale l'insussistenza del fatto materiale contestato) può ottenersi altresì mediante la prova di un fatto positivo uguale e contrario al primo, in combinato disposto con il principio di prossimità della prova, che assicura il rispetto del dettato di cui all'art. 24 Cost. e allevia una tecnica probatoria altrimenti piuttosto ardua (Cass. 30.10.2001, n. 13533, S.U.).

Appare, in conclusione, del tutto condivisibile il ragionamento proposto dal Tribunale di Milano, che conduce a ritenere che «l'unica interpretazione razionale e costituzionalmente orientata sia quella che fa salva la regola sull'onere della prova da

ritenersi dettata in via generale dall'art. 5, l. n. 604/1966», peraltro mai esplicitamente derogata dall'art. 3, c. 2, del d.lgs. n. 23/2015. Sulla base della regola della vicinanza e della disponibilità della prova, inoltre, non si può dubitare che – qualsiasi significato si voglia attribuire al «fatto materiale» – della dimostrazione del relativo accadimento debba essere onerato il datore di lavoro.

Riferimenti bibliografici

- Borghesi D. (2016), *L'onere della prova nei licenziamenti disciplinari e discriminatori*, in *RGL*, n. 4, I, 867 ss.
- De Luca M. (2014), *Il fatto nella riforma della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia della Corte di Cassazione*, in *FI*, I, 3418 ss.
- Fabbri F. (2012), *Alcune considerazioni sulla insussistenza del fatto addebitato e sulle incongruenze del nuovo art. 18 St. lav.*, in *RGL*, n. 4, II, 761 ss.
- Federici A. (2016), *In tema di insussistenza del fatto nel licenziamento disciplinare*, in *RGL*, n. 1, II, 31 ss.
- Ferraresi M. (2016), *L'obbligo di repechage tra onere di allegazione e onere della prova: il revirement della Cassazione*, in *DRI*, n. 3, 843 ss.
- Giubboni S., Colavita A. (2017), *La valutazione della proporzionalità nei licenziamenti disciplinari: una rassegna ragionata della giurisprudenza, tra legge Fornero e Jobs Act*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 332, 8 ss.
- Maresca A. (2012), *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, I, 415 ss.
- Piccinini A. (2016), *Licenziamento disciplinare: il fatto materiale tra legge Fornero e Jobs Act*, in *LG*, n. 4, 339 ss.
- Santini F. (2007), *Tutela reale e onere della prova del requisito dimensionale*, in *DRI*, I, 194 ss.

Giulia Negri
*Dottore di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Milano «Bicocca»*

TRIBUNALE BARI, 8.3.2017 – Est. Pazienza – C.F. (avv.ti Sbarra, Netti) c. Rai Radiotelevisione italiana (avv. Persiani).

Ferie – Mancato godimento – Indennità sostitutiva – Prescrizione – Termine – Decorrenza – Risoluzione del rapporto di lavoro.

In tutte le ipotesi in cui al lavoratore residuino giornate di ferie e riposi non goduti al momento della cessazione del lavoro, stante il carattere irrinunciabile del diritto al riposo, va assicurato il compenso sostitutivo, e il relativo termine di prescrizione inizia a decorrere dal momento della risoluzione del rapporto. (1)

(1) «VIVA LA RAI!»: ANCORA SULL'INDENNITÀ SOSTITUTIVA DELLE FERIE NON GODUTE E SULLA DECORRENZA DELLA PRESCRIZIONE

1. — La pronuncia in epigrafe si segnala per aver affrontato, con esiti in parte innovativi, alcune questioni connesse all'indennità sostitutiva per ferie non godute (Su cui cfr. Olivieri 2017, 211). Il giudice del lavoro di Bari, infatti, ha ribadito con chiarezza che in tutte le ipotesi in cui «per una qualsiasi ragione» al momento della cessazione del lavoro residuino giornate di ferie e riposi non goduti, stante il carattere irrinunciabile del diritto al riposo, vada assicurato al lavoratore il compenso sostitutivo, il cui relativo termine di prescrizione decorre dal momento della risoluzione del rapporto.

La vicenda prende le mosse dal ricorso di un giornalista Rai che, dopo aver dedotto che al momento del licenziamento aveva maturato un gran numero di giornate di ferie, permessi e festivi non goduti, chiedeva al giudice del lavoro la condanna della società al pagamento dell'indennità sostitutiva delle ferie non godute e della retribuzione spettante per il mancato godimento degli altri istituti contrattuali. Dal canto suo, la Rai, costituitasi in giudizio, chiedeva il rigetto delle domande del ricorrente, lamentando la violazione del diritto di difesa per via delle «scarne allegazioni contenute nel ricorso e la assoluta genericità della domanda *ex adverso* formulata».

Orbene, il giudice del lavoro di Bari, superate rapidamente le censure formali della resistente, nell'accogliere le domande avanzate dal giornalista, ha provveduto alla ricostruzione della «cornice normativa» della materia, analizzando la disciplina collettiva applicabile al caso concreto e dirimendo le *res dubiae* alla luce della legislazione ordinaria e costituzionale in materia di ferie.

Punto di partenza dell'*iter* logico adottato dal giudicante è stato una disposizione del contratto collettivo nazionale di lavoro dei giornalisti (di seguito: Cnlg), secondo cui «nel caso di cessazione del rapporto i giornalisti hanno diritto al compenso sostitutivo delle ferie per il periodo delle ferie maturate e non godute» (art. 23). Altra tesera di questo *puzzle* è il «Testo coordinato Accordo integrativo Rai-Usigrai per i giornalisti dipendenti della Rai – Radiotelevisione italiana», con il quale è stata estesa la disciplina del Cclg anche ai rapporti di lavoro dei giornalisti dipendenti dell'azienda radiotelevisiva, che all'art. 13 prevede che, «in merito allo smaltimento delle ferie, dei riposi e dei “mancati non lavorati”, le parti confermano la vigenza della disciplina concordata con l'Accordo del 18 luglio 1995». Proprio quest'ultimo accordo, infine, al

punto 6 sancisce che, «per i giornalisti che superano i 200 giorni di arretrati, saranno stabiliti d'intesa con l'interessato e il Sindacato piani di smaltimento individuali che terranno conto degli anni ancora da trascorrere in servizio».

Ricostruita così la disciplina collettiva, il giudice del lavoro ha ritenuto che in capo all'azienda vi fosse un vero e proprio «obbligo» di disporre piani per lo smaltimento delle ferie arretrate del lavoratore. Nel caso di specie, invece, la resistente non aveva mai «ordinato» al ricorrente di smaltire le ferie non godute, ma si era limitata a rivolgergli un «semplice invito» solo cinque mesi prima della cessazione del rapporto di lavoro.

A sostegno della «prescrittività» della disposizione collettiva – invero già desumibile dalla forma verbale utilizzata dalle parti sociali nel 1995 («saranno stabiliti») –, il giudice barese ha riportato un passaggio di una pronuncia della Cassazione (Cass. 15.9.2011, n. 18833, in *DeJure*) che, in un caso analogo, nel ribadire «il principio di irrinunciabilità del diritto alle ferie e del diritto del lavoratore alla relativa indennità sostitutiva in caso di definitivo mancato godimento delle stesse, anche in assenza di responsabilità al riguardo del datore di lavoro» (Così, tra le altre, Cass. 29.11.2007, n. 24905, in *FI*, 2008, n. 2, I, 509; Cass. 25.9.2004, n. 19303, in *MGL*, 2005, 60; Cass. 19.5.2003, n. 7836, in *NGL*, 2004, 58), ha affermato che anche in caso di un'eventuale effettiva e immotivata inosservanza da parte del lavoratore delle direttive aziendali sul godimento delle ferie la conseguenza non potrebbe mai essere la perdita del «diritto», «salva la facoltà del datore di lavoro di impartire ordini specifici e, se del caso, di procedere in via disciplinare» (Nello stesso senso Cass. 12.1.2016, n. 276, in *DeJure*).

Ben altre, invece, sembrano, ad avviso del giudicante, le ragioni che hanno impedito al giornalista di fruire delle ferie arretrate; l'ascolto, in qualità di testi, del caporedattore e vice caporedattore della sede nella quale il giornalista prestava servizio ha fatto emergere che l'impossibilità di godere delle ferie arretrate era dovuta alla «indispensabile» presenza in servizio del ricorrente (con qualifica di inviato), poiché nell'organico della redazione su ventotto operatori erano presenti solo quattro inviati. Tale circostanza, peraltro, dimostrava l'infondatezza di quanto affermato dalla resistente nella memoria difensiva, secondo cui l'azienda aveva «sempre assicurato le misure organizzative e necessarie a consentire a ciascun dipendente di poter fruire delle ferie e dei riposi maturati» e che il numero dei giornalisti in forza consentisse «di far fronte alle esigenze informative nel rispetto delle disposizioni di legge e della normativa aziendale in materia di ferie».

A dare ulteriore forza alla tesi del giudicante, infine, dalle prove testimoniali raccolte emergeva che in un caso analogo l'azienda aveva disposto il collocamento in ferie di un lavoratore sino alla data del pensionamento, a dimostrazione del fatto che nella fattispecie in esame il mancato smaltimento dell'arretrato fosse addebitabile esclusivamente all'inerzia dell'azienda, atteso che la presenza del giornalista era indispensabile per garantire il normale funzionamento del servizio di informazione (Così anche in Cass. 29.1.2016, n. 1756, in *GI*, 2016, n. 5, 1178).

Ulteriore elemento di riflessione offerto dalla pronuncia *de quo* scaturisce dall'eccezione di prescrizione sollevata dalla resistente: la Rai, partendo dal presupposto che il termine di prescrizione decorrerebbe in costanza del lavoro, sosteneva che – sia nel caso di prescrizione quinquennale o di quella decennale (Implicitamente richiamando il mai sopito dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla natura dell'indennità di ferie

non godute, su cui, tra i più recenti: Lunardon 2016, 1180; Puliatti 2014, 306; Testa 2013, 2077) – al lavoratore sarebbe spettata l'indennità sostitutiva solo per un numero esiguo di giorni di ferie non goduti rispetto alle diverse centinaia richieste nel ricorso. Tale eccezione, peraltro, veniva suffragata da alcune pronunce della S.C. che, nel sostenere la natura risarcitoria dell'indennità spettante al lavoratore per la mancata fruizione delle ferie e dei riposi, sancivano che il termine ordinario decennale di prescrizione decorresse in costanza del rapporto di lavoro (Cass. 29.4.2009, n. 9999, in *FI*, 2009, n. 9, I, 2352, e Cass. 11.5.2011, n. 10341, in *FI*, 2011, n. 7-8, I, 2044).

Di tutt'altro avviso è stato il giudice del lavoro di Bari, che, nel sottolineare come le pronunce in oggetto si riferissero a questioni sorte prima dell'approvazione del d.lgs. n. 66/2003, ha affermato che la risoluzione della questione avrebbe dovuto ispirarsi al principio della «indisponibilità» del diritto alle ferie in costanza di rapporto di cui all'art. 36 Cost., atteso che il suddetto limite trova il suo fondamento «nell'esigenza di tutela dell'equilibrio psicofisico e delle condizioni di salute» del lavoratore.

La stessa Cassazione, alla luce di tale principio, ha chiarito come, dal mancato godimento delle ferie, derivi il diritto del lavoratore al pagamento dell'indennità sostitutiva «solo allorché tale possibilità di fruizione effettiva sia divenuta impossibile per il datore di lavoro, anche senza sua colpa» (Di questo avviso Cass. 25.9.2002, n. 13937, in *RIDL*, 2003, II, 347; Cass. 9.11.2002, n. 15776, in *FI*, 2003, I, 491. Sulla possibilità del risarcimento per equivalente – e non solo in forma specifica – anche in corso di rapporto, invece, Cass. 24.10.2000, n. 13980, in *RIDL*, 2001, II, 504).

Tale ricostruzione, ad avviso del giudice del lavoro, ha avuto una «definitiva cristallizzazione normativa» nell'art. 10, d.lgs. n. 66/2003, ai sensi del quale il periodo di ferie «non può essere sostituito dalla relativa indennità per ferie non godute, salvo il caso di risoluzione del rapporto di lavoro». Il legislatore, con tale disposizione, avrebbe «reso esplicito quel principio in precedenza desumibile solo dalla suddetta interpretazione dell'art. 36 Cost., per cui, durante la relazione lavorativa, il diritto alle ferie è *indisponibile, irrinunciabile e non monetizzabile*, potendo essere sostituito dalla relativa indennità per ferie non godute solo nel caso di risoluzione del rapporto» (corsivo mio). Così argomentando, secondo il giudice del lavoro, la disposizione del 2003 ha «definito il momento in cui sorge il diritto alla monetizzazione delle ferie e dunque anche il *dies a quo* del termine prescrizione *ex art. 2935*», a mente del quale «la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere». Sicché, pur se l'art. 23 del Cnlg dispone che, «nel caso che il giornalista, per esigenze di servizio, non abbia potuto godere in tutto o in parte delle ferie maturate, il relativo compenso sostitutivo, fermo restando quanto previsto nei d.lgs. 8.4.2003, n. 66, e 19.7.2004, n. 213, dovrà essere corrisposto al momento in cui il mancato godimento è certo e comunque non oltre il 31 dicembre», nella parte finale si prevede che, «nel caso di cessazione del rapporto, i giornalisti hanno il diritto al compenso sostitutivo delle ferie per il periodo delle ferie maturate non godute».

Ad avviso del giudicante, la citata disposizione convenzionale non può che essere interpretata alla luce della legislazione costituzionale e primaria che pone un divieto di monetizzazione delle ferie in costanza del rapporto. La diversa opzione ermeneutica che facesse derivare l'ammissibilità della monetizzazione nel corso del rapporto di lavoro «sarebbe nulla per contrarietà a una norma imperativa di legge» (In dottrina, Olivieri 2017, 227).

Alla luce del dato normativo di cui all'art. 10, il periodo di ferie non è monetizzabile nel corso dell'attività lavorativa e, pertanto, il diritto al compenso sostitutivo non può sorgere nel corso del rapporto di lavoro, ma solo al momento della cessazione dello stesso. Sulla scorta di tale interpretazione, la tesi difensiva della Rai, secondo cui il termine prescrizionale si applicherebbe non al diritto dell'istante a richiedere l'indennità sostitutiva bensì al diritto al godimento delle giornate di ferie, «appare davvero ardata».

Ricostruiti i profili di maggiore interesse della pronuncia, è ora possibile, pur nell'economia del presente commento, effettuare alcune brevissime considerazioni conclusive. Se c'è una parte delle argomentazioni nella sentenza in commento che riprende, confermandolo, sostanzialmente l'orientamento maggioritario in tema di indennità sostitutiva delle ferie, ce n'è un'altra che si caratterizza per la sua portata innovativa: si tratta di quella sulla decorrenza del termine di prescrizione, in cui si è affermato che lo stesso inizi a decorrere solo al momento della cessazione del rapporto di lavoro. Come si è visto *supra*, al contrario, alcune pronunce della S.C. ne avevano affermato – prima dell'attuazione nel nostro ordinamento delle direttive sull'orario di lavoro – la decorrenza in costanza di rapporto.

La soluzione offerta dal giudice pugliese – almeno nelle sue risultanze – sembra più rispettosa dei principi in materia di prescrizione nell'ambito del sistema normativo del diritto del lavoro (Su cui, anche per gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali e bibliografici, cfr.: Pera 1995, 206; Maresca 1991; Centofanti 1987; Carabelli 1975, 1026): essa si fonda sul dato positivo (art. 10, d.lgs. n. 66/2003) che pone il divieto della monetizzazione delle ferie «salvo il caso di risoluzione del rapporto». Il diritto all'indennità sostitutiva delle ferie, quindi, sorge nel momento della cessazione della relazione lavorativa, come, del resto già affermato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 7.10.2008, n. 24712, S.U., in *GC*, 2009, n. 7-8, 1754) e ribadito anche più di recente (Cass. 5.5.2017, n. 11016, in *FI*, 2017, n. 9, I, 2683): solo in quel momento la prescrizione, quale istituto di certezza del diritto, inizia il suo decorso.

Certo non è stata ancora scritta la parola fine; bisognerà ora monitorare gli eventuali sviluppi della vicenda per verificare se la soluzione adottata dal giudice di prime cure reggerà nei successivi gradi di giudizio e se, su di essa, la Corte di Cassazione si esprimerà magari mutando il proprio orientamento.

Riferimenti bibliografici

- Carabelli U. (1975), *Osservazioni in tema di diritto alla «maggiore qualifica» e di prescrizione dei crediti del lavoratore*, in *RGL*, II, 1026 ss.
- Centofanti S. (1987), *Prescrizione e lavoro subordinato*, Esi, Napoli.
- Lunardon F. (2016), *La natura mista (retributiva e risarcitoria), anzi «prevalentemente» risarcitoria dell'indennità sostitutiva delle ferie*, in *GI*, n. 5, 1180 ss.
- Maresca A. (1991), voce *Prescrizione*, II) *Diritto del lavoro*, in *EGT*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma.
- Olivieri A. (2017), *La monetizzazione del diritto alle ferie: il tempo libero non è denaro*, in *VTDL*, n. 1, 211 ss.
- Pera G. (1995), voce *Prescrizione nel diritto del lavoro*, in *DDPComm.*, Utet, Torino, 206 ss.

- Puliatti P. (2014), *La vexata questio della natura giuridica dell'indennità sostitutiva per ferie non godute: soluzioni e conseguenze in materia di regime prescrizione e probatorio*, in *ADL*, n. 1, II, 306 ss.
- Testa F. (2013), *Inerzia del lavoratore ed esercizio del diritto alle ferie non godute e all'indennità sostitutiva*, in *GI*, n. 10, 2077 ss.

Francesco Di Noia
*Dottore di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Bari «A. Moro»*

TRIBUNALE TARANTO, 20.2.2017, ord. – Est. De Napoli – M.M. (avv. Grippa) c. B.d.A. di L.P. (avv. Falciglia).

Licenziamento individuale – Insussistenza del g.m.o. – Rivendicazione delle differenze retributive – Licenziamento ritorsivo – Nullità.

È nullo il licenziamento formalmente intimato per crisi aziendale, ma comminato per ritorsione a seguito della rivendicazione di differenze retributive derivanti da ore di lavoro eccedenti quelle contrattualmente stabilite, laddove il datore di lavoro non dimostri la sussistenza dell'addotto g.m.o., costituito dalla crisi aziendale. (1)

(1) IL LICENZIAMENTO PER RITORSIONE O PER RAPPRESAGLIA

1. — Il Tribunale di Taranto ha accolto il ricorso di M.M. avverso il licenziamento comminato dal B.d.A. di L.P., in quanto nullo *ex art.* 18, c. 1, l. n. 300/70, come modificato dall'art. 1, c. 42, l. n. 92/2012, sul combinato disposto degli artt. 1418, 1345 e 1324 c.c., «perché intimato per ritorsione a seguito della rivendicazione di differenze retributive derivanti dall'osservanza di un orario di lavoro eccedente quello di venti ore settimanali contrattualmente stabilito».

Il giudice ha precisato che «il divieto di licenziamento discriminatorio, sancito dall'art. 4, l. n. 604/1966, dall'art. 15 dello Statuto dei lavoratori e dall'art. 3, l. n. 108 del 1990, è suscettibile di interpretazione estensiva, sicché l'area dei singoli motivi vietati comprende anche il licenziamento per ritorsione o rappresaglia, ossia dell'ingiusta e arbitraria reazione a un comportamento legittimo del lavoratore quale unica ragione del provvedimento espulsivo, essendo necessario, in tali casi, dimostrare, anche per presunzioni, che il recesso sia stato motivato esclusivamente dall'intento ritorsivo».

Considerati i richiami operati dal giudice, appare opportuno chiarire se il licenziamento ritorsivo sia ascrivibile al motivo illecito (ricavabile dall'interpretazione dell'art. 1345 c.c.) oppure al licenziamento discriminatorio o, ancora, se costituisca un'ipotesi diversa.

Va detto che il legislatore non disciplina in maniera autonoma la fattispecie del licenziamento ritorsivo, ma parte della giurisprudenza ha ricondotto quest'ultimo alla nozione di discriminatorio, considerando tale quello intimato per vendetta (anche se, come si vedrà, tale posizione non è pacifica né in dottrina né in giurisprudenza); ciò risulta più interessante laddove si tiene conto del ridimensionamento dell'area di accesso alla reintegrazione, dopo l'opera di smantellamento dell'art. 18 St. lav.

Ripercorrendo brevemente l'evoluzione normativa in materia, occorre ricordare che l'art. 4 della l. n. 604/66 e l'art. 15 St. lav., come modificato dalla l. n. 903/77 e dal d.lgs. n. 216/2003, hanno ritenuto discriminatorio il licenziamento per ragioni, attinenti al sesso, alla razza, alla politica, alla lingua, all'età, all'handicap, all'orientamento sessuale, alle convinzioni personali, all'iscrizione al sindacato e alla partecipazione a uno sciopero.

Inoltre, l'art. 3 della l. n. 108/90 ha stabilito che il licenziamento dettato da ragioni discriminatorie «è nullo indipendentemente dalla motivazione addotta e comporta,

quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro, le conseguenze previste dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300».

In tema di motivo illecito, invece, è nullo il licenziamento determinato ai sensi degli artt. 1418, 1345 e 1324 c.c., che ha finalità vietata dall'ordinamento, perché contraria a norme imperative, ai principi dell'ordine pubblico o del buon costume, o perché diretta a eludere una norma imperativa (Cass. 4.10.2010, n. 20576, in *GC*, 2011, 379 ss.).

Nel tentativo di chiarire se il licenziamento discriminatorio costituisce una *species* di quello per motivo illecito (In dottrina, vd. Papaleoni 1991, 131 ss.; in giurisprudenza, Cass. 4.2.1997, n. 3837, in *MGL*, 1997, 614 ss.) oppure una fattispecie diversa, va ricordato che sul finire degli anni settanta una giurisprudenza maggioritaria si era orientata nel ritenere il licenziamento per motivo illecito *genus* della *species* discriminatorio, attribuendogli una propria connotazione (Vd. T. Frosinone 6.12.1977, in *GC*, 1977, I, 1359; Cass. 9.7.1979, n. 3930, in *DL*, 1980, II, 401; T. Agrigento 11.6.2002, ord., in *RCDL*, 2002, 715).

Interpretazione, quest'ultima, che, quando estremizzata (Vd. Cass. 17.8.1977, n. 3781, in *DL*, 1978, II, 147; in dottrina, Napoletano 1966, 70), ha portato a risultati contraddittori, perché poneva a base del ragionamento la necessaria esclusività del motivo discriminatorio ai fini della configurazione dell'ipotesi di cui agli artt. 4, l. n. 604/66, e 15 St. lav., insieme alla natura esemplificativa dei fattori ivi contemplati, arrivando a estendere al licenziamento discriminatorio, considerato una specificazione del licenziamento per motivo illecito di diritto comune, tutti i requisiti di quest'ultimo, eliminando di fatto il rapporto di specialità tra le due fattispecie.

Con la l. n. 903/77 in tema di parità di trattamento tra uomini e donne sul posto di lavoro, si inaugurava la cd. legislazione antidiscriminatoria, che all'art. 1 definiva come atto discriminatorio «qualsiasi discriminazione fondata sul sesso» anche se indiretta e priva di riferimenti all'*animus discriminandi*, e all'art. 13 introduceva come nuovi fattori discriminatori la razza, la lingua e il sesso.

In tale contesto, dottrina e giurisprudenza ritenevano non più sostenibile, poiché esplicitazione dell'art. 1345 c.c., la tesi per cui l'elencazione delle ragioni discriminatorie avesse mero valore esemplificativo (In dottrina, vd. Triggiani 1979, 214; in giurisprudenza, Pret. Trento 9.5.1980, in *OGL*, 1980, 670).

Pertanto, con l'introduzione di definizioni di discriminazioni e di puntuali fattispecie di esse si giunse a negare che il licenziamento discriminatorio fosse specie del genere motivo illecito, con spostamento dell'attenzione dall'*animus* del soggetto agente, ovvero dal controllo motivazionale posto alla base del licenziamento per motivo illecito, agli effetti prodotti.

In sintesi, prima della riforma Fornero e delle successive novelle, la materia si presentava articolata sulla sola ipotesi derivante (in via interpretativa) dall'art. 1345 c.c., sanzionata con la tutela reale in applicazione della disciplina di diritto comune o con quella dell'art. 18 St. lav.

Per il licenziamento discriminatorio, il legislatore, pur contemplando diverse ipotesi (Vd. art. 4, l. n. 604/66, l'art. 15 St. lav., l'art. 5, c. 5, l. n. 135/90, circa il licenziamento per infezione da Hiv, l'art. 43, d.lgs. n. 286/98, l'art. 2, d.lgs. n. 216/2003, e gli artt. 25 e 26, d.lgs. n. 198/2006), estendeva a tutte la tutela reintegratoria accordata dall'art. 18 St. lav. E invero, l'impugnazione per discriminazione era circoscritta

per lo più a motivi sindacali e di genere, considerato che sul lavoratore incombeva la prova delle ragioni e/o degli effetti discriminatori del licenziamento, restando invece più agevole, ai fini della reintegra, sostenere che il recesso non fosse sorretto da giusta causa o da giustificato motivo con conseguente spostamento sul datore di lavoro dell'onere di provarne la sussistenza *ex art. 5, l. n. 604/66*.

Questione ancora aperta è se l'elenco dei fattori rinvenibili nelle diverse fonti sia tassativo o esemplificativo; appagante è la tesi che ritiene l'elencazione tassativa, soprattutto se si guarda all'art. 15 St. lav., con la precisazione che tassatività non è sinonimo di esaustività (Ballestrero 2016).

Le diverse fonti sono richiamate dalla l. n. 92/2012, che all'art. 1, c. 42, disponendo la tutela reintegratoria piena per il «licenziamento [...] discriminatorio ai sensi dell'art. 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108, ovvero [...] riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo del codice civile», introduce per la prima volta la dicitura «per motivo illecito» richiamando l'art. 1345 c.c. Inoltre, lo stesso articolo sembra distinguere il motivo illecito sia da quello discriminatorio identificato nella previsione dell'art. 3, l. n. 108/1990, sia da tutti gli altri casi di nullità previsti dalla legge.

Quanto al motivo illecito bisogna chiedersi se, mediante il riferimento all'art. 1345 c.c., il legislatore abbia voluto richiamare l'intero contenuto della norma oppure solo una parte di essa, posto che questa si riferisce ai contratti e non agli atti unilaterali com'è l'atto di recesso.

Sul punto si registrano contrastanti indirizzi dottrinali tra chi ritiene che l'ipotesi prevista dalla legge Fornero ricalchi esattamente il licenziamento per motivo illecito *ex art. 1345 c.c.* (In dottrina: Vallebona 2012, 51 ss.; Zoli 2013, 667; Marinelli 2017, 79. In giurisprudenza: Cass. 31.1.2017, n. 2499, in *www.tcnnotiziario.it*; T. Roma 28.11.2012, ord., in *RIDL*, 2013, II, 305 ss., con nota di Bussolaro) e chi ritiene (Aiello 2013, 154 ss.; Tatarelli 2015, 208 ss.) diverse le due figure di licenziamento illecito *pre* e *post* Fornero, basandosi sulla terminologia utilizzata dal legislatore, che all'art. 1, c. 42, della l. n. 92/2012 considera tale quello «determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 del codice civile», non menzionando in maniera espressa l'esclusività di cui all'art. 1345 c.c.

Con il primo degli indirizzi riportati si ottiene una perfetta corrispondenza tra il motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c. richiamato nella legge Fornero e quello di stampo codicistico.

Si può quindi concludere che la riforma Fornero non ha creato una nuova ipotesi di licenziamento per motivo illecito ma ne ha generata una di stampo lavoristico, identica, quanto a struttura e contenuto, a quella ricavata in via interpretativa dall'art. 1345 c.c.

Quanto al licenziamento «riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge», la tesi più convincente collega tale previsione solo alle ipotesi di nullità testuali, ossia a quei casi in cui l'atto contrasti con norme di legge che vietano espressamente il licenziamento, restando esclusi quelli di nullità virtuali rinvenibili allorché il recesso contrasti con i principi generali dell'ordinamento o con norme attuative dei principi costituzionali o imperative (Vd. Tatarelli, 2015, 412 ss.).

La violazione di una norma imperativa, infatti, non genera automaticamente nullità del recesso, in virtù dell'inciso «salvo che la legge disponga diversamente» conte-

nuto nell'art. 1418, c. 1, c.c., il quale esclude tale conseguenza in presenza di un meccanismo in grado di raggiungere gli effetti sottesi alla norma, indipendentemente dalla sua concreta esperibilità e dal conseguimento reale degli effetti voluti (Cass. 19.12.2007, n. 26724 e n. 26725, in *Corriere giuridico*, 2008, n. 10, 223 ss., con nota di Mariconda, e *Ivi*, 2008, 449 ss., con nota di Scognamiglio).

Tra le altre ipotesi vi sono il recesso in frode alla legge *ex art.* 1344 c.c. e quello con causa illecita *ex art.* 1343 c.c. La prima tipologia si realizza quando si ottiene, indirettamente, un risultato vietato dalla legge, poiché questo diverge dalla tutela accordata dal legislatore; è il caso, ad esempio, di un provvedimento del datore all'interno della gestione del rapporto di lavoro teso a creare le premesse del licenziamento che, al netto di quel provvedimento, sarebbero inesistenti.

Quanto al recesso ai sensi dell'art. 1343 c.c., occorre precisare che la causa del contratto corrisponde alla sintesi degli interessi che in concreto questo è diretto a realizzare; pertanto dovrà valutarsi la causa in concreto che il negozio è teso a realizzare al fine di stabilire se quest'ultima sia o meno contraria al dettato della norma, anche al di là del requisito dell'esclusività.

Da ultimo, un cenno merita la normativa di attuazione del *Jobs Act*, in particolare l'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015, che ha previsto la reintegrazione solo per «il licenziamento discriminatorio a norma dell'art. 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge».

Con la novella richiamata il legislatore quanto al licenziamento discriminatorio rinvia all'art. 15 St. lav. e ai fattori di discriminazione ivi previsti; così facendo sembrerebbe aver eliso le letture pandiscriminatorie di ogni tipologia di licenziamento nullo, riconducibile al motivo illecito e/o alla violazione di norme di carattere imperativo.

A tanto si aggiunga che il d.lgs. n. 23/2015 sembrerebbe introdurre un'ulteriore innovazione, che riguarda le ipotesi di nullità (*sic* cui segue la reintegrazione), finalizzata a escludere le interpretazioni «estensive» del licenziamento discriminatorio, mediante il richiamo ai «solì casi di nullità espressamente previsti dalla legge» e omettendo il riferimento all'art. 1345 c.c.

Orbene il quesito che si pone è se il mancato riferimento al motivo illecito debba leggersi come volontà del legislatore di eliminare la reintegrazione piena *ex art.* 18 St. lav. per le ipotesi di licenziamento per motivo illecito o se, piuttosto, si sia trattato di una «goffa» riscrittura di quanto già contenuto nella legge Fornero.

La prima delle due soluzioni appare meno convincente, perché il mancato riferimento al motivo illecito nell'art. 2, d.lgs. n. 23/2015, deve essere letto insieme alla statuizione della tutela reintegratoria piena negli «altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge» (In dottrina, vd. anche Santoro Passarelli 2016, 13 ss.).

L'omissione, pertanto, può ascriversi alla seconda soluzione prospettata, ossia a una riconferma di quanto contenuto nella legge Fornero probabilmente tesa a evitare un ampliamento dell'ambito di applicazione della tutela reintegratoria forte mediante l'ampliamento dell'area del licenziamento nullo (Vd. Marinelli 2017, 84 ss.).

In virtù di ciò, pur dopo le ultime novelle, l'ordinamento in tema di licenziamento discriminatorio non ha registrato modifiche.

Circa il motivo illecito, che si distingue tra l'ipotesi dell'art. 1345 c.c. e quella pre-

vista dalla l. n. 92/2012, anche per il d.lgs. n. 23/2015 il profilo sanzionatorio consiste nella tutela reintegratoria piena *ex art.* 18 St. lav.

Sul punto, una recente pronuncia della Suprema Corte si è espressa sulla differenza ontologica tra le due tipologie di licenziamento, ritenendo discriminatorio il licenziamento dettato da ragioni determinate dal disvalore attribuito alle disuguaglianze nascenti da elementi costitutivi dell'identità soggettiva della persona; in tali casi è la condotta discriminatoria, di per sé sola, a determinare la nullità del licenziamento (In dottrina, vd. anche Bavaro, D'Onghia 2016, 9).

Per altro verso, la Corte ha ascritto al motivo illecito determinante *ex art.* 1345 c.c. il licenziamento basato su finalità vietate dall'ordinamento in virtù della sua contrarietà a norme imperative, ai principi dell'ordine pubblico o del buon costume o perché tesa a eludere una norma imperativa.

In tale categoria rientra il licenziamento «ritorsivo», dettato da un'ingiusta e arbitraria reazione del datore a un legittimo esercizio di un diritto o prerogativa da parte del lavoratore (Cass. 5.4.2016, n. 6575, in *Banca dati Pluris*. A proposito di questa sentenza vd. Ballestrero 2016, 231 ss.; Servidio 2016, 1219 ss.), con assimilazione resa possibile dalla non tassatività, ovvero dalla non esaustività dell'elenco dei fattori discriminatori *ex artt.* 4, l. n. 604/66, 15 St. lav., e 3, l. n. 108/90, sebbene gravi sempre sul lavoratore l'onere di provare che il recesso sia stato motivato esclusivamente dall'intento ritorsivo (Cass. n. 3986/2015, in *Ced Cassazione*, 2015; Cass. n. 16155/2009, in *Ced Cassazione*, 2009).

Nel caso in commento, considerata la consequenzialità tra la rivendicazione delle differenze retributive, la mancata accettazione dell'offerta transattiva datoriale e il successivo licenziamento, che di per sé costituiscono un significativo indice dell'ingiusta reazione del datore, il giudicante ha ritenuto decisiva, ai fini della determinazione della natura ritorsiva del licenziamento, la mancata dimostrazione dell'effettiva sussistenza della crisi aziendale addotta dal datore di lavoro.

Il Tribunale di Taranto, pertanto, ha dichiarato nullo il licenziamento di M.M., ascrivendolo a quelle ipotesi di illiceità dei motivi ritenuti ritorsivi, ma non fondati su un fattore di discriminazione, com'è stata considerata la rivendicazione delle differenze retributive.

Riferimenti bibliografici

- Aiello F. (2013), *Il licenziamento nullo (per discriminazione, per motivo illecito, per ragioni tipiche o per «altre ipotesi di nullità») e il licenziamento orale*, in Giorgi F.M. (coordinato da), *La riforma del mercato del lavoro. Aspetti sostanziali e processuali*, Jovene, Napoli, 154 ss.
- Ballestrero M.V. (2016), *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione*, in *DLRI*, 231 ss.
- Bavaro V., D'Oonghia M. (2016), *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 305, 1 ss.
- Marinelli F. (2017), *Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito*, Giuffrè.
- Napoletano D. (1966), *Il licenziamento dei lavoratori alla stregua della nuova disciplina legislativa (Legge 15 luglio 1966, n. 604)*, Unione tipografico-editrice torinese, Torino.

- Papaleoni M. (1991), *La fine del libero licenziamento*, FrancoAngeli, Milano.
- Santoro Passarelli G. (2016), *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il Jobs Act*, in WP Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 290, 13 ss.
- Seridio S. (2016), *Parità uomo-donna e licenziamento discriminatorio*, in DPL, n. 20.
- Tatarelli M. (2015), *Il licenziamento individuale e collettivo. Lavoro privato e pubblico*, Cedam, Padova, ed. V.
- Triggiani E. (1979), *Art. 15 – Atti discriminatori*, in Giugni G. (diretto da), *lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Giuffrè, Milano, 214 ss.
- Vallebona A. (2012), *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Zoli C. (2013), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela in-dennitaria*, in RIDL, II, 667 ss.

Francesco Simeone
Dottore in Giurisprudenza

DIRITTO SINDACALE

I

TRIBUNALE NAPOLI, 4.7.2017, ord. – Pres. Papa, Est. Coppola – Telecom Italia Spa e Fistel Cisl c. C.H., A.C., N.M., F.S. e C.S.

Rappresentanze sindacali unitarie – Decadenza del componente per cambiamento di appartenenza sindacale – Iscrizione ad altro sindacato – Esclusione.

Il «cambiamento di appartenenza sindacale» del componente di Rsu, che ai sensi dell'art. 6 dell'Accordo interconfederale del 10.1.2014 ne determina la decadenza dall'organismo, è costituito da un mero cambio di identità, che può consistere anche nella sopravvenuta assenza di una qualsivoglia appartenenza sindacale e non presuppone l'iscrizione ad altro sindacato. (1)

II

TRIBUNALE NAPOLI, 18.5.2017, ord. – Giudice Marchese – C.H., A.C., N.M., F.S. e C.S. c. Fistel Cisl Campania, Telecom Italia Spa e Unione Industriali di Napoli.

Rappresentanze sindacali unitarie – Decadenza del componente per cambiamento di appartenenza sindacale – Iscrizione ad altro sindacato – Necessità.

Ai sensi dell'art. 6 dell'Accordo interconfederale del 10.1.2014, il «cambiamento di appartenenza sindacale» del componente di Rsu che ne determina la decadenza dall'organismo si configura con le dimissioni da un sindacato e l'iscrizione a un altro. (2)

(1-2) TESTO UNICO SULLA RAPPRESENTANZA E DECADENZA DA MEMBRO DELLA RSU: LA PROBLEMATICHE IPOTESI DEL «CAMBIO DI APPARTENENZA»

1. — Le due ordinanze in epigrafe sono state rese nelle due fasi di un procedimento cautelare promosso da cinque lavoratori, già componenti della rappresentanza sindacale unitaria aziendale, che avevano apertamente e pubblicamente manifestato il radicale dissenso dall'organizzazione nella cui lista erano stati eletti senza tuttavia formalizzare la successiva adesione ad altro sindacato.

La società datrice, sul presupposto dell'intervenuta decadenza automatica *ex art.* 6 del T.U. sulla rappresentanza del 10.1.2014 («Il cambiamento di appartenenza sindacale da parte di un componente della Rsu ne determina la decadenza dalla carica»), negava loro il riconoscimento delle relative prerogative sindacali, impedendo lo svolgimento delle funzioni di rappresentanza.

I lavoratori, quindi, ricorrevano *ex art.* 700 c.p.c. al Tribunale di Napoli contestando l'intervenuta determinazione di decadenza da membri della Rsu. Il giudice adito, nell'accogliere il ricorso promosso dai lavoratori, osservava come la citata clausola di cui all'art. 6 del T.U. non poteva interpretarsi in senso estensivo sino al punto da ricomprendervi l'ipotesi in cui un componente si fosse dimesso dal sindacato nella cui lista risultava eletto senza aderire ad altra organizzazione, ostandovi il tenore letterale, a giudizio del Tribunale inequivocabile, della menzionata previsione contrattuale. La stessa ordinanza definiva l'appartenenza a un sindacato come la condizione di chi vi partecipa in modo istituzionale, ossia attraverso il legame costituito dall'«iscrizione allo stesso», facendone derivare come conseguenza che «la sola ipotesi di cambio di appartenenza integrata dall'art. 6» avrebbe dovuto ritenersi quella costituita dalle dimissioni da un sindacato con successiva iscrizione ad altra organizzazione sindacale; circostanza, quest'ultima, non emersa nella vicenda processuale.

Pur muovendo dalle medesime premesse, secondo cui l'unica fattispecie astrattamente riconducibile alla clausola del T.U. del 2014 sarebbe rappresentata dal mutamento formale di sigla sindacale, in sede di reclamo il Collegio è invece giunto a conclusioni opposte rispetto a quelle dell'ordinanza conclusiva della prima fase, attraverso un percorso argomentativo sganciato dalla stretta interpretazione dell'art. 6 del T.U. Nel disattendere la tesi dei lavoratori, infatti, i giudici hanno osservato come il mancato formale passaggio ad altra organizzazione non sia di impedimento al legittimo diniego da parte del datore di lavoro del riconoscimento delle prerogative sindacali rivendicate dai lavoratori, poiché in assenza di qualsivoglia appartenenza sindacale mancherebbe lo stesso presupposto per rivestire la carica di Rsu. A fondamento della decisione sul reclamo, il Collegio ha evidenziato come il richiamato art. 6 del T.U., non diversamente dalla legislazione succedutasi in tema di costituzione, diritti e prerogative delle Rsa (Vd. gli artt. 20 e 22 St. lav. e, più recentemente, l'art. 8 del d.l. n. 138/2011, conv. dalla l. n. 148/2011), ha configurato come necessario requisito la sussistenza di un legame — tra componenti delle Rsa e/o Rsu e associazioni di lavoratori — non necessariamente nelle forme dell'iscrizione. Dalla motivazione dell'ordinanza resa in fase di reclamo, in sostanza, si evince come il Collegio abbia esaminato il caso da un angolo visuale diverso rispetto al primo giudice, soffermandosi su un profilo, ossia la necessità di una qualsivoglia appartenenza sindacale, che costituisce un antecedente logico-giuridico rispetto alla esatta definizione della fattispecie disegnata dal richiamato art. 6.

Va evidenziato come il Collegio, pur non esaminando *funditus* il legame tra rappresentante, platea dei rappresentati e organizzazioni sindacali di riferimento, non abbia rinunciato a esprimersi in ordine alla definizione di «appartenenza» sotto il profilo del legame tra eletto e organizzazione sindacale. In proposito, i giudici hanno affermato che esso non coincide esclusivamente con il requisito formale dell'iscrizione all'organizzazione nelle cui liste il membro della Rsu è risultato eletto, rilevando di contro il «legame identitario» con quella medesima organizzazione sindacale.

Quali siano, tuttavia, gli elementi per accertare la sussistenza di questo «legame identitario» tra eletto e sigla sindacale, ovvero il suo irreversibile venir meno, non è stato indagato dai giudici, anche perché nella fattispecie in esame tale questione risultava superata per effetto della candida condotta dei lavoratori, i quali avevano pubblicamente manifestato la personale incompatibilità con la linea politico-sindacale assunta dell'organizzazione di (precedente) appartenenza. Tale aperto comportamento, d'altro canto, ha fatto sì che rimanesse fuori dall'ambito del giudizio il problema relativo all'esatta definizione della linea di confine tra scissione del «legame identitario» e fisiologico dissenso espressione di una dialettica democratica in seno all'organizzazione; dissenso che, diversamente dalla scissione, non potrebbe riverberare alcun effetto sulla permanenza in carica del membro della Rsu (Sul tema, vd. Imberti 2014).

Come già rilevato, l'evidenziato percorso argomentativo ha lasciato nell'ombra il tema (che diversamente sarebbe stato pregiudiziale per una coerente lettura dell'art. 6, cit.) circa la natura prevalentemente elettiva o associativa dell'organismo unitario di rappresentanza; tema già ampiamente dibattuto antecedentemente al T.U. 10.1.2014.

Come è noto, il precedente Accordo interconfederale sulla rappresentanza del 20.12.1993 circoscriveva unicamente all'ipotesi di dimissioni i casi di decadenza anticipata dei componenti della Rsu dalla relativa carica, mentre nulla prevedeva in ordine al passaggio di un membro di nomina elettiva da una sigla sindacale a un'altra. Nondimeno, tale problematica era stata a più riprese affrontata dalla giurisprudenza, rilevandosi al riguardo due indirizzi contrapposti riconducibili alla duplice natura della Rsu «come organo di rappresentanza dei lavoratori iscritti e non iscritti al sindacato e, nello stesso tempo, come organo comune ed esclusivo di rappresentanza dei sindacati nell'azienda, come tale sostitutivo delle Rsa di cui all'art. 19 St. lav.» (Così testualmente Ferraro, Mutarelli 2010, 624). Da un lato, infatti, valorizzando prevalentemente il fondamento universalistico della carica elettiva, si è giunti ad affermare che il rappresentante sindacale recedente dal rapporto con la lista di elezione avrebbe mantenuto la propria carica quale designato dall'insieme dei lavoratori (Cass. 7.3.2012, n. 3545, in *RFI*, 2012, n. 33, voce *Sindacati*, 6260; Cass. 20.3.2008, n. 7604, in *ADL*, 2009, n. 3, 785 ss.; T. Milano 5.4.2007, in *D&L*, 2007, n. 2, 397 ss.; T. Milano 27.4.2006, in *ADL*, 2007, n. 2, 482 ss.); in questo senso, quanto meno nell'ambito della vigenza dell'A.I. del 1993, il carattere elettivo delle Rsu era rilevante nel rendere meno strutturato il collegamento tra l'organismo rappresentativo e il sindacato associazione, e ciò tutto a favore del legame con la generalità dei lavoratori (Campanella 2001). Dall'altro lato, in preminente considerazione della fondamentale funzione delle Rsu di garantire la presenza delle organizzazioni sindacali al-

l'interno dei luoghi di lavoro, si è affermato che l'interruzione del rapporto di affiliazione tra il rappresentante e l'organizzazione nella cui lista lo stesso era stato eletto determinasse automaticamente la decadenza dalla carica di componente della Rsu (Cass. 12.8.2000, n. 10769, in *RIDL*, 2001, n. 2, II, 192 ss.), non essendo peraltro assimilabili i rappresentanti sindacali, soggetti a un mandato vincolato, a quelli politici per i quali vige il divieto di mandato imperativo (In termini, Santini 2014). Il secondo orientamento ricordato appariva maggiormente in linea con il metodo elettorale rigidamente imperniato sul voto proporzionale di lista e con la selezione a monte di associazioni sindacali qualificate come unici soggetti legittimati a poter presentare le liste: elementi che il T.U. sulla rappresentanza del 2014 ha sostanzialmente riaffermato in continuità con l'Accordo del 1993.

Quanto appena osservato consente di evidenziare come le parti sociali abbiano inteso fondare il mandato dei membri delle Rsu – oggi, come già nel sistema previgente – su una elezione collegata alla appartenenza a una lista di candidature promosse da uno specifico soggetto sindacale, esprimendosi per tal via una prevalenza del vincolo associativo rispetto alle preferenze raccolte dai singoli candidati. Anche chi ha posto in evidenza il rilievo del metodo universalistico delle votazioni come strumento di legittimazione delle Rsu ha precisato come, già nel previgente assetto negoziale il momento genetico elettorale, non fosse comunque idoneo a escludere la persistenza della dimensione associativa, concludendo per una necessaria doppia legittimazione dell'organismo rappresentativo ed escludendo, di contro, la sussistenza di un mero rapporto tra membri eletti e base dei lavoratori (Scarponi 2005, 375). La contraria opinione sembra ormai del tutto destituita di fondamento proprio alla luce dell'art. 6 del T.U. del 2014 (In questo senso Ballestrero 2014, 19), che, seppur in un assetto evolutivo che ha esteso la democraticità del sistema di selezione, ha comminato la decadenza del componente Rsu in caso di «cambiamento di appartenenza sindacale», mirando chiaramente a rendere «organico» e definitivo il legame tra la struttura unitaria di rappresentanza e le organizzazioni sindacali esterne.

In conclusione, di là dall'*iter* argomentativo seguito dai giudici anche in relazione alle concrete emergenze del caso, la soluzione accolta dal Collegio appare condivisibile viepiù in un'ottica di interpretazione complessiva della clausola del T.U. del 2014 alla luce dei criteri ermeneutici dettati dagli artt. 1362 e 1363 c.c.: la maggiore rilevanza del vincolo associativo rispetto al fondamento elettorale, evincibile dalle modalità strutturate di presentazione delle candidature e di attribuzione dei voti alle liste, conferma la collocazione della fattispecie scrutinata nell'alveo della disciplina decadenziale di cui all'art. 6, senza la necessità, una volta accertata la scissione del legame di appartenenza, dell'ulteriore requisito costituito dal passaggio ad altra organizzazione sindacale.

Riferimenti bibliografici

- Ballestrero M. (2014), *Diritto Sindacale. Aggiornamento*, Giappichelli, Torino.
Campanella P. (2011), *Sulla decadenza di un membro elettivo di rsu per revoca del mandato associativo*, in *RIDL*, n. 2, II, 192 ss.

- Ferraro G., Mutarelli M.M. (2010), *Rappresentanze sindacali in azienda*, in Lambertucci P. (a cura di), *Diritto del lavoro*, in Irti N. (promossi da), *Dizionari del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 608 ss.
- Imberti L. (2014), *Singolo componente di Rsu, rilevanza dell'appartenenza sindacale e contrattazione collettiva aziendale*, in Barbera M., Perulli A. (a cura di), *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, Cedam, Padova, 331 ss.
- Santini F. (2014), *Ancora sulla decadenza del membro di rsu per revoca dell'iscrizione al sindacato*, in *DRI*, n. 4, 1111 ss.
- Scarponi S. (2005), *Rappresentatività e organizzazione sindacale*, Cedam, Padova.

Dario Manna
Avvocato in Roma

CONTROVERSIE DI LAVORO

[TRIBUNALE LIVORNO, 26.1.2017](#) – Est. Calò – Inail (avv. Pappalardo) c. Fincantieri Spa (avv. Pucci, Morricone, di Rosa, Carleo).

Infortuni e malattie professionali – Responsabilità del datore di lavoro o dei terzi – Rivalsa dell'ente assicuratore – Azione di regresso per le prestazioni erogate – Termine triennale – Natura – *Overruling* – Effetti – Decadenza – Non sussiste – Riqualficazione dell'eccezione a opera del giudice – Sussiste.

Una volta indicata nella memoria di costituzione la norma invocata a sostegno dell'eccezione e le ragioni della sua applicabilità alla fattispecie oggetto di causa, la questione della natura del termine – Oggetto di overruling – Ha valenza prettamente nominalistica e dunque non decisiva, ben potendo il giudice (ri)qualificare detta eccezione, chiaramente sollevata dalla parte. (1)

(1) PER UN «GIUSTO REGRESSO»: *OVERRULING*
E POTERE DEL GIUDICE DI RIQUALIFICARE
L'ECCEZIONE RELATIVA ALL'ESTINZIONE DEL DIRITTO

1. — La sentenza del Tribunale di Livorno torna sulla *vexata quaestio* della natura del termine triennale dell'azione di regresso esperibile dall'Inail nel caso di assenza di un procedimento penale che accerti la responsabilità del datore di lavoro e sui risvolti processuali derivanti dal mutamento di interpretazione giurisprudenziale di detta natura nel corso del giudizio. In particolare, il giudice livornese ha precisato che la qualificazione, a opera della parte, dell'eccezione relativa all'estinzione dell'azione per decorso del termine triennale previsto dall'art. 112, d.P.R. n. 1124/1965 in termini di decadenza, secondo l'orientamento al tempo consolidato, in luogo di quella di prescrizione, successivamente affermata a seguito di *revirement* giurisprudenziale, ha una valenza esclusivamente nominalistica potendo il giudice riqualficarla.

Il diritto di regresso, previsto in favore degli istituti preposti ad assicurare le indennità di legge, veniva esercitato, inizialmente, per ottenere il rimborso delle somme pagate a titolo di indennità nei confronti dei soggetti civilmente responsabili assoggettati a condanna penale. Tuttavia, a partire da C. cost. 19.6.1981, n. 102 (In *FI*, 1981, I,

2639), e poi C. cost. 31.3.1988, n. 372 (In *GI*, 1989, I, n. 1, 16), è stata affermata l'autonomia dell'azione di regresso rispetto al processo penale, come confermato dalla riforma del codice di procedura penale del 1990 e dalla legge 3 agosto 2007, n. 123, poi modificata dal d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (Sul rapporto tra procedimento civile e quello penale in dottrina cfr.: Vallebona, 2000; Vidiri 2007, 904; per il superamento della prevalenza del giudicato penale si veda: Cass. 1.12.1999, n. 13377, in *MGC*, 1999, 2416; Cass. 18.8.2000, n. 10950, in *OGL*, 2001, n. 1, 410; Cass. 2.2.2007, n. 2242, in *MGC*, 2007, 2). Venuta meno la cd. pregiudiziale penale, la giurisprudenza ha chiarito che non è di ostacolo all'esercizio dell'azione di regresso la circostanza che il giudice penale non sia stato investito della cognizione del fatto da cui è derivato l'infortunio del lavoratore, giacché presupposto dell'azione dell'ente – che ha lo scopo pratico di incentivare l'adozione da parte del datore di lavoro di tutte le misure idonee a prevenire i sinistri (In questi termini C. cost. 22.6.1971, n. 134) – non è più l'esistenza di un provvedimento del giudice penale quanto l'astratta configurabilità della responsabilità penale del datore di lavoro o di un suo incaricato per l'infortunio sofferto dall'assicurato (C. cost. 9.3.1967, n. 22).

Anche se nel corso del tempo la normativa ha subito non poche modifiche, anche a opera della Corte costituzionale, il diritto dell'Inail ad agire in regresso, pur se criticato dalla dottrina («Relitto storico» secondo Marando, 1997, 353; critico anche Persiani, 1986, 571), è stato sempre ritenuto conforme a Costituzione (Tra le tante, cfr.: C. cost. 29.10.1999, n. 405, in *RIMP*, 1999, II, 100).

In particolare, l'azione di regresso è configurata, secondo la consolidata ricostruzione giurisprudenziale, come una speciale e autonoma azione spettante *iure proprio* all'Inail ai sensi degli artt. 10 e 11 della legge 30 giugno 1965, n. 1124 (In tal senso: Cass. 18.5.2017, n. 12561, in *Red. Giuffrè*; T. Pescara 22.5.2013, inedita a quanto consta).

Il caso di specie riguarda l'azione di regresso proposta dall'Inail nei confronti di una società per le somme erogate a titolo di prestazioni economiche ai congiunti di un lavoratore rimasto vittima di un infortunio sul lavoro. Costituitasi in giudizio, la società datrice di lavoro ha eccepito, in via preliminare, l'intervenuta decadenza dell'ente previdenziale dalla possibilità di agire in via di regresso essendo decorso il termine triennale previsto dal d.P.R., cit., decorrente dalla liquidazione dell'indennizzo assicurativo. Nelle more del giudizio, sulla questione del termine triennale di cui all'art. 112, comma 5, d.P.R. n. 1124/1965, sono intervenute le Sezioni Unite della Cassazione (Sentenza 16.3.2015, n. 5160, in *RIMP*, 2015, n. 2, II, 60) affermando la natura di prescrizione di detto termine. All'esito di tale pronuncia, la società convenuta ha modificato le proprie conclusioni eccependo l'intervenuta prescrizione del diritto dell'Inail ad agire in regresso per il recupero delle prestazioni economiche erogate in favore dei congiunti del lavoratore. L'Inail si è difeso evidenziando che quella di prescrizione è un'eccezione in senso stretto, non tempestivamente sollevata dalla parte, che si sarebbe limitata a eccepire l'intervenuta decadenza, e che, di conseguenza, l'eccezione sulla prescrizione sarebbe tardivamente formulata e non potrebbe essere posta a fondamento della decisione del giudice. Con la sentenza in epigrafe, il Tribunale ha rigettato l'azione di regresso dell'Inail in quanto infondata per intervenuta prescrizione ritenendo di poter riqualificare l'eccezione di estinzione del diritto all'azione sollevata dalla società convenuta.

La questione della natura, decadenziale o prescrizione, del termine triennale previsto dall'art. 112 del d.P.R. n. 1124/1965 è stata a lungo controversa, in dottrina come

in giurisprudenza (Per il dibattito dottrinale cfr.: Marando 1997, 363; Giovagnoli 1997, 449; Rossi 1998, 815; De Matteis, Giubboni 2005, 1003; sulla posizione della giurisprudenza in materia appare significativo segnalare Cass. 3.10.2007, n. 20736, in *GC*, 2008, n. 12, 2048, secondo la quale, «nel dubbio, deve propendersi per la prescrizione»). Si tratta, invero, di una questione di non poco conto ove si consideri che la prescrizione è suscettibile di atti interruttivi mentre la decadenza può essere impedita solo dal compimento dell'atto previsto, ai sensi dell'art. 2966 c.c. (Ferrucci 1968, 642).

In materia sono intervenute le Sezioni Unite della Cassazione (Sentenza 16.4.1997, n. 3288, in *MGL*, 1997, 441), che, componendo il contrasto in giurisprudenza, hanno affermato: «l'ultimo comma, art. 112, d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 (secondo cui il giudizio civile di cui al precedente art. 11 non può istituirsi dopo trascorsi tre anni dalla sentenza penale che ha dichiarato di non doversi procedere per le cause indicate dallo stesso articolo, quali la morte dell'imputato o l'intervenuta amnistia del reato, e l'azione di regresso di cui all'art. 11 si prescrive in ogni caso nel termine di tre anni dal giorno nel quale la sentenza penale è divenuta irrevocabile), contempla, nelle sue due disposizioni anzidette, due fattispecie diverse, delle quali la prima è caratterizzata dalla mancanza di un accertamento del fatto-reato da parte del giudice penale e la seconda, invece, dall'esistenza di tale accertamento con sentenza penale di condanna (pronunciata nei confronti del datore di lavoro o di suoi dipendenti o dello stesso infortunato); correlativamente, l'azione di regresso dell'Inail soggiace nella prima ipotesi (ai sensi della prima parte, ultimo comma, art. 112, cit.) a termine triennale di decadenza, che (insuscettibile di interruzione) decorre dalla data di emissione della sentenza penale di non doversi procedere, e nella seconda ipotesi (ai sensi dell'ultima parte, ultimo comma, stesso art. 112, cit.) a termine triennale di prescrizione, che decorre dal giorno nel quale è divenuta irrevocabile la sentenza penale di condanna».

Tuttavia, anche dopo detta pronuncia, a fronte di alcune sentenze che affermavano la natura decadenziale del primo termine dell'art. 112, cit. (Così: Cass. 18.5.2007, n. 11625, inedita a quanto consta; Cass. 18.8.2014, n. 18025, in *Ced Cassazione*, 2014; T. Perugia 7.5.2014, inedita a quanto consta), ve ne erano altre che ne affermavano la natura prescrizioneale (Cfr: Cass. 21.1.2004, n. 968, in *MGL*, 2004, 325; Cass. 3.10.2007, n. 20736, in *GD*, 2007, 46, 78; Cass. 29.11.2012, n. 21269, in *Ced Cassazione*, 2012). Stante il permanere del contrasto giurisprudenziale, sono intervenute nuovamente le Sezioni Unite evidenziando che anche nel caso della mancata instaurazione del procedimento penale, dovendo parimenti colmarsi una lacuna nel sistema, creatasi a seguito delle pronunce della Corte costituzionale e dei mutamenti processuali evidenziati, «il termine non può che ritenersi di prescrizione, stante il principio di stretta interpretazione delle previsioni legislative di decadenza, con la conseguenza che il detto termine deve ritenersi suscettibile di interruzione in base ai principi generali. Del resto, essendo quantomeno dubbia, nella specie, la natura del termine, deve ritenersi che, in ogni caso, vada preferita la tesi della prescrizione, che rende meno difficile l'esercizio, anche in via giudiziale, del diritto di regresso dell'istituto» e precisando, altresì, che nell'ipotesi in cui non sia iniziato alcun procedimento penale «il termine triennale (che, come sopra, va ritenuto di prescrizione) decorre dal momento di liquidazione dell'indennizzo al danneggiato» (Così Cass. 16.3.2015, n. 5160, S.U., cit.).

Chiarito il quadro normativo di riferimento e la giurisprudenza di legittimità formatasi in materia, il Tribunale ha ritenuto tempestiva l'eccezione del superamento del

termine triennale previsto dall'art. 112 d.P.R., cit., avente decorrenza dal momento della liquidazione dell'indennizzo, sollevata dalla società datrice di lavoro. Invero, essendo stata indicata nella memoria di costituzione la norma invocata a sostegno dell'eccezione (art. 112, d.P.R. n. 1124/1965, che prevede detto termine triennale) e le ragioni della sua applicabilità alla fattispecie oggetto di causa (l'essere trascorso un arco temporale superiore al triennio tra la liquidazione dell'indennizzo e la prima richiesta formulata dall'Inail), la questione della natura del termine è stata ritenuta prettamente nominalistica e, dunque, non decisiva potendo il giudice (ri)qualificare detta eccezione, chiaramente sollevata dalla parte, alla luce della giurisprudenza per la quale «il giudice adito può qualificare correttamente non solo le domande ma anche le eccezioni proposte» (Così Cass. 5.11.2015, n. 22602, S. VI, in *Ced Cassazione*, 2015; Cass. 25.7.2016, n. 15346, S. I, in *IlSocietario.it*, 2016, 6 settembre; Cass. 13.7.2009, n. 16326, in *MGC*, 2009, n. 7-8, 1085). Tanto più che, come osservato sopra, se, da un lato, non sussiste dubbio alcuno sull'oggetto dell'eccezione formulata e sulla norma che ne costituisce fondamento, dall'altro, sulla natura del termine in argomento si è assistito negli ultimi anni a un importante contrasto giurisprudenziale. Di talché, laddove si escludesse il potere-dovere del giudice di riqualificare l'eccezione nei termini sopra detti, si finirebbe per adottare una soluzione in contrasto con i principi del giusto processo, la cui portata «non si esaurisce in una mera sommatoria delle garanzie strutturali formalmente enumerate nel secondo comma dell'art. 111 Cost. (contraddittorio, parità delle parti, giudice terzo e imparziale, durata ragionevole di ogni processo), ma rappresenta una sintesi qualitativa di esse (nel loro coordinamento reciproco e nel collegamento con le garanzie del diritto di azione e difesa), la quale risente anche dell'effetto espansivo dell'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e della corrispondente giurisprudenza della Corte di Strasburgo» (In questo senso cfr.: Cass. 11.7.2011, n. 15144, S.U., in *Rivista di diritto processuale*, 2012, n. 1, 6 con nota di G. Verde; Cass. 17.6.2010, n. 14627, S. II, in *Ced Cassazione*, 2010; Cass. 2.7.2010, n. 15811, S. II, in *Corriere giuridico*, 2010, n. 11, 1473).

La sentenza precisa, inoltre, che la riqualificazione della eccezione sollevata dalla convenuta non può essere considerata lesiva dei diritti della parte ricorrente, la quale ben avrebbe potuto eccepire, dopo la pronuncia delle Sezioni Unite e la conseguente presa di posizione della convenuta, l'esistenza di validi atti interruttivi della prescrizione e non l'ha fatto, consentendo per tale via al giudice di ritenere provata l'inerzia dell'Inail protrattasi per oltre un triennio dopo la liquidazione della prestazione.

D'altra parte, se in via ipotetica si volesse, invece, ritenere la questione della denominazione del termine rilevante ai fini della causa e, dunque, volesse escludersi la possibilità per il giudice di riqualificare l'eccezione sollevata, la questione dovrebbe essere decisa alla luce delle regole processuali applicabili nel caso di «*overruling*», tra cui la remissione in termini, conformemente ai principi sanciti da Cass. 11.7.2011, n. 15144, S.U., cit. Pertanto, a fronte della sentenza delle S.U. nel 2015 (che potrebbe essere qualificato come un mutamento di orientamento interpretativo, rispetto alla precedente decisione a Sezioni Unite del 1997 e, dunque, un «*overruling*») potrebbe ritenersi che, avendo la parte convenuta fatto affidamento su una consolidata, al tempo della costituzione in giudizio, giurisprudenza di legittimità sulle norme regolatrici del processo, successivamente travolta dal mutamento di orientamento interpretativo, la stessa debba essere rimessa in termini ai sensi dell'art. 153 c.p.c. (che ha sostituito

l'abrogato art. 184-*bis* c.p.c.; in questo senso Cass. 2.7.2010, n. 15811, cit.), con la conseguenza di ritenere tempestiva l'eccezione di prescrizione sollevata dalla società.

Alla luce di ciò, la sentenza in esame appare condivisibile in quanto risolve il caso *de quo* «secondo giustizia» in conformità degli orientamenti giurisprudenziali che ormai possono ritenersi consolidati, poiché sebbene l'azione di regresso tenda a incentivare l'adozione da parte del datore di lavoro di tutte le misure e gli accorgimenti necessari a garantire la sicurezza del lavoratore sui luoghi di lavoro e, quindi, evitare gli infortuni, questa non può considerarsi *sine die*. Insomma, come dice il brocardo latino: «*Adelantibus et non dormientibus iura* [e aggiungerei, *iudex*] *succurrunt*».

Riferimenti bibliografici

- Crippa L., Rossi A. (2015), *L'estinzione dell'azione di regresso per decorso del termine triennale di cui all'art. 112 d.P.R. n. 1124/65 in caso di mancato esercizio dell'azione penale*, in *RIMP*, II, 66 ss.
- De Matteis A., Giubboni S. (2005), *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Giuffrè, Milano.
- Ferrucci R. (1968), voce *Prescrizione estintiva (Diritto civile)*, in *NDI*, Torino, 642.
- Fontana A. (2011), *Azione di regresso. Aspetti e problematiche attuali*, in *RIMP*, I, 411 ss.
- Giovagnoli R. (1997), *Sul termine per l'esercizio dell'azione di regresso*, in *MGL*, n. 3, 441 ss.
- Ludovico G. (2014), *Per una rilettura costituzionalmente coerente delle azioni di rivalsa Inail*, in *RIMP*, I, 611 ss.
- Marando G. (1997), *Reato-infortunio del dipendente e amnistia: surroga, regresso, prescrizione, decadenza. Una storia infinita*, in *RCP*, 353 ss.
- Persiani M. (1986), *Rischio professionale e regresso dell'Inail*, in *MGL*, 572 ss.
- Rossi A. (1998), *La qualificazione giuridica dell'azione di rivalsa dell'Inail*, in *RIMP*, I, 815 ss.
- Vallebona A. (2000), *Rapporti tra processo penale e processo civile per il risarcimento del danno alla persona*, in *RIDL*, I, 241 ss.
- Verde G. (2012), *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 1, 6 ss.

Barbara Caponetti

Dottore di ricerca

presso l'Università di Roma «Tor Vergata»

SICUREZZA SOCIALE

[CORTE DI GIUSTIZIA, 27.4.2017, C-620/15, Sezione Prima](#) – Avv. Gen. Saugmandsgaard Øe – A-Rosa Flussschiff GmbH (avv. Schlingmann) c. Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale e d’allocations familiales d’Alsace (Urssaf) (avv. Gatineau).

Distacco transnazionale – Contribuzione previdenziale – Regolamento n. 1408/71 – Art. 14, par. 2, lett. a – Regolamento n. 574/72 – Art. 12-bis, punto 1-bis – Lavoratori distaccati in altro Stato membro – Succursale svizzera – Certificato E101 – Forza probatoria.

L’art. 12-bis, punto 1-bis, del Regolamento n. 574/72 del Consiglio, del 21.3.1972, che stabilisce le modalità di applicazione del Regolamento n. 1408/71 del Consiglio, del 14.6.1971, relativo all’applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all’interno della Comunità, nella versione modificata e aggiornata dal Regolamento n. 118/97 del Consiglio, del 2.12.1996, come modificato dal Regolamento n. 647/2005 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13.4.2005, dev’essere interpretato nel senso che un certificato E101, rilasciato dall’istituzione designata dall’autorità competente di uno Stato membro, ai sensi dell’art. 14, par. 2, lett. a, del Regolamento n. 1408, nella versione modificata e aggiornata dal Regolamento n. 118/97, come modificato dal Regolamento n. 647/2005 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13.4.2005, vincola tanto le istituzioni di sicurezza sociale dello Stato membro in cui l’attività lavorativa viene svolta quanto i giudici del medesimo Stato membro, anche qualora questi ultimi rilevino che le condizioni di svolgimento dell’attività del lavoratore interessato esulino palesemente dalla sfera di applicazione ratione materiae di tale disposizione del Regolamento n. 1408. (1)

(1) L'EFFICACIA VINCOLANTE DEL CERTIFICATO E101 NEI CONFRONTI
DELLO STATO MEMBRO OVE SI RECA IL LAVORATORE DISTACCATO
E I POTERI RICONOSCIUTI ALLO STESSO DALL'ORDINAMENTO EUROPEO

1. — La Corte di Giustizia conferma, con la sentenza in commento, il suo costante e univoco orientamento (1) in tema di efficacia vincolante del modello E101 rilasciato dall'istituzione dello Stato membro ove ha sede l'impresa che procede al distacco del proprio lavoratore presso altro Stato membro dell'Unione europea.

L'occasione di tale nuovo intervento è stato dato dalla Corte di Cassazione francese che, con un'ordinanza di rinvio pregiudiziale resa a Sezioni Unite (2), ha dubitato della forza cogente riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia allorché è «manifesta l'insussistenza delle condizioni necessarie per il rilascio di un certificato E101».

La peculiarità del caso di specie è stata costituita dalla circostanza che i giudici francesi chiamati a decidere la controversia avevano accertato, con un'istruttoria in fase di merito che non si è in grado di verificare dalla lettura della decisione e delle conclusioni rese dall'Avv. Gen., che vi era la *manifesta insussistenza* delle condizioni legittimanti l'utilizzo dell'istituto del distacco.

Manifesta infondatezza che, sulla scorta di quanto si attesta nel modello E101, non poteva che riguardare la verifica a posteriori fatta dal giudice francese del concreto successivo svolgimento del rapporto di lavoro nello Stato membro ove il lavoratore è stato distaccato e non la veridicità delle attestazioni contenute nel predetto modello (3).

La questione di diritto, pertanto, era tesa a verificare se un certificato E101 rilasciato ai sensi dell'art. 14, par. 2, lett. a, del Regolamento n. 1408/71 (Regolamento sostituito dal Regolamento n. 883/04 e dal Regolamento attuativo n. 987/09) era vincolante sia per le istituzioni di sicurezza sociale dello Stato membro ove si svolgeva l'attività lavorativa, sia per i giudici dello stesso Stato membro, anche se questi ultimi avevano verificato che le condizioni dell'attività svolta dal lavoratore distaccato esulavano manifestamente dalla sfera di applicazione *ratione materiae* del predetto Regolamento.

(1) La prima decisione risale al 10.2.2002 nel procedimento *Fitzwilliam Executive Search Ltd*, C-202/97; ancorché nel procedimento *Calle Grenzshop Andresen GmbH & Co. KG*, C-425/93.

(2) La *Cour de Cassation* a Sezioni Unite il 6.11.2005 aveva reso tre decisioni (si vd. la nota di Fillon 2016a), e una di queste, resa nel procedimento n. 13-25.467, ha costituito il presupposto giuridico dell'intervento del giudice europeo.

(3) Il modello in questione, rilasciato dall'istituzione dello Stato membro ove il datore di lavoro svolge la propria attività imprenditoriale, costituisce (*recte* costituiva, essendo stato sostituito ora dal modello A1) un'attestazione relativa alla legislazione applicabile, suddiviso in cinque riquadri, ove erano contenuti rispettivamente: a) i dati del lavoratore; b) del datore di lavoro; c) le indicazioni dei periodi in cui il lavoratore interessato sarà occupato, o se lavoratore autonomo svolgerà attività di lavoro autonomo; d) il riferimento legislativo interno al Regolamento n. 1408/71 applicabile al caso di specie; e) l'individuazione dello Stato membro alla cui legislazione è soggetto il lavoratore predetto. L'individuazione del contenuto di tale attestazione evidenzia che i dati da esso evinti costituiscono la mera trasposizione di elementi del rapporto di lavoro e del rapporto previdenziale in essere, senza che vi sia un controllo in concreto sulle modalità di svolgimento del distacco. Controllo in concreto che non potrà che essere operato esclusivamente dallo Stato ove si svolge l'attività lavorativa e non già dallo Stato di rilascio del certificato.

Prima di procedere nella disamina della questione sottoposta al vaglio della Corte di Giustizia è opportuno in questa sede evidenziare, per sommi capi, che l'istituto del distacco – ovvero sia dello svolgimento di un'attività lavorativa, in uno Stato membro diverso da quello ove ha sede il datore di lavoro od ordinariamente svolge la propria attività il lavoratore autonomo – ha in ambito europeo una duplice disciplina: l'una riguardante l'aspetto di diritto del lavoro (profilo, si ricordi, che, con riguardo al distacco all'interno dello Stato italiano, invece trova la sua disciplina nell'art. 30 del d.lgs. n. 276/03) e l'altra riguardante l'aspetto previdenziale.

Nonostante la differente disciplina europea applicabile, a seconda che si tratti di normare i profili lavoristici o i profili previdenziali, il presupposto di fatto è identico; ovvero sia la prestazione di un'attività lavorativa al di fuori del territorio dello Stato membro ove ordinariamente è prestata e dove è sorto il rapporto di lavoro e, in parallelo, il rapporto previdenziale. Il peso economico di questo fenomeno, a far data dal 2010, è aumentato nella misura del 44,4%, soprattutto nei settori ad alto tasso di manualità (edilizia, servizi sociali), con un totale complessivo di 1,92 milioni di lavoratori distaccati (4).

Con riguardo al primo versante, il punto finale di approdo è costituito dal d.lgs. n. 136/2016, che ha recepito la Direttiva n. 2014/67 del 15.5.2014 relativa al distacco dei lavoratori, che ha modificato il Regolamento n. 1024/12. Testo legislativo che fra l'altro, all'art. 3, fissa degli indici di autenticità del distacco, recependo il dettato dell'art. 4 della Direttiva.

Si osservi che, da ultimo, i ministri del Lavoro e degli Affari Sociali degli Stati membri sono pervenuti a un accordo in merito alla proposta di modifica della Direttiva sul distacco dei lavoratori, avanzata dalla Commissione europea l'8.3.2016, sulla base di quanto si legge nelle «Linee guida politiche e nel Programma di lavoro del 2016». Tale proposta di modifica del 23 ottobre 2017 (n. 13612/17) ha quale obiettivo: l'estensione del principio di trattamento a tutte le ipotesi di distacco transnazionale, la definizione del trattamento economico riconosciuto al lavoratore distaccato, l'introduzione di un periodo massimo di distacco, superato il quale il rapporto di lavoro rientra nell'ambito applicativo (5).

Con riguardo al secondo versante – la disciplina previdenziale del distacco in seno al diritto europeo (l'unico rilevante e affrontato nella sentenza in commento) –, la stessa la si rinviene nel Regolamento n. 883 del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale vigenti in ciascuno Stato membro, agli artt. da 11 a 16; e nel successivo Regolamento n. 987 del 16 settembre 2009, agli artt. da 14 a 21 (6).

Il primo Regolamento prevede in caso di distacco, in deroga alla regola generale che sottopone il datore di lavoro e il lavoratore alla legge del luogo ove si svolge il lavoro, la permanente applicabilità della legislazione previdenziale dello Stato membro ove è sorto il rapporto di lavoro e ordinariamente si svolge lo stesso, ma a condizione

(4) Si vd. la relazione del giugno 2016 della Direzione generale per le politiche interne della Comunità.

(5) Si vd., per la dottrina, da ultimo: Allamprese 2012; Bano 2015; Buoso 2015; De Marco 2007; Giubboni 2015; Orlandini 2008; Putignano 2009; Venturi 2015.

(6) Utile appare la consultazione della guida pratica «La legislazione applicabile nell'Unione europea».

che la durata prevedibile del distacco non superi i 24 mesi e che il lavoratore inviato in distacco non sostituisca un altro lavoratore (7).

La cennata separatezza fra disciplina del distacco in sede lavoristica e in sede di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale pare trovare un'incrinatura nella proposta di modifica dei Regolamenti n. 883/04 e n. 987/09 laddove si prevede, con la modifica dell'art. 12 del Regolamento di base, che il termine «lavoratore distaccato» ha il significato indicato nella Direttiva n. 96/71, allineando i concetti utilizzati in tali regolamenti.

La Corte di Giustizia, nella sentenza in commento (8), interpretata la precedente disciplina dell'istituto contenuta nei Regolamenti n. 1408/71 e n. 584/27, pur prendendo atto che era pacifica la circostanza che vi era la manifesta insussistenza delle condizioni legittimanti il distacco, ha ritenuto che anche in un caso come questo resta ferma la regola che preclude allo Stato membro, ove si svolge l'attività di lavoro da parte del lavoratore distaccato, di non tenere conto della certificazione di diritto europeo sia in via stragiudiziale sia in sede giudiziaria e di verificare in concreto se il distacco sia genuino o meno.

La riaffermazione di tale principio di diritto passa attraverso la ripetizione di passaggi argomentativi sedimentati che possono così sintetizzarsi.

1) Il certificato E101 mira, al pari della disciplina di diritto sostanziale prevista dall'art. 14, par. 2, lett. *a*, del citato Regolamento, ad agevolare la libera circolazione dei lavoratori e la libera prestazione dei servizi (punto 37).

2) Il certificato, rilasciato dall'istituzione competente dello Stato membro in cui ha sede l'impresa datrice di lavoro dei lavoratori distaccati, dichiara che questi sono soggetti al proprio regime previdenziale, con esclusione pertanto dell'applicazione del regime previdenziale dello Stato membro ove si svolge l'attività lavorativa (punto 38).

3) L'istituzione che ha rilasciato siffatta certificazione, in forza del principio di leale collaborazione fissato dall'art. 4, par. 3, TUE, deve procedere a una corretta valutazione dei fatti pertinenti per l'applicazione delle norme relative alla determinazione della normativa applicabile in materia previdenziale e quindi garantire l'esattezza delle indicazioni contenute nel predetto certificato (punto 39).

4) Il certificato, una volta rilasciato, crea una presunzione di regolarità dell'iscrizione del lavoratore interessato al regime previdenziale dello Stato membro in cui ha sede l'impresa presso cui lo stesso lavora, ed è vincolante per l'organo competente dello Stato membro in cui tale lavoratore svolge l'attività lavorativa (punto 41).

5) Tale ricostruzione garantisce il principio di certezza del diritto e, fino a che il certificato non è posto nel nulla dall'ente emittente, l'ente ove è prestata l'attività lavorativa ne deve tener conto e non può richiedere la contribuzione previdenziale (punto 43).

6) Qualora però l'ente competente dello Stato membro ove si svolge il distacco «manifesti riserve in ordine all'esattezza dei fatti che sono alla base del certificato E101 e, pertanto, delle indicazioni in esso contenute, in particolare perché non corrispondenti ai requisiti di cui all'art. 14, paragrafo 2), lettera a) del Regolamento ult. cit.», l'ente che ha rilasciato ha l'obbligo giuridico di riconsiderare la correttezza di tale rilascio (punto 44).

(7) Si vd., per la dottrina, da ultimo: Allamprese 2007; Chiaromonte 2014; Fillon 2016b; Jorens 2011; Sgroi 2011.

(8) Si vd., sulla stessa, anche Guichaoua 2017.

7) Qualora gli enti degli Stati membri non raggiungano un accordo sulla legge applicabile al caso di specie, lo Stato membro nel cui territorio il lavoratore distaccato presta la propria attività ha la facoltà, senza pregiudizio degli eventuali rimedi giurisdizionali esistenti nello Stato membro a cui appartiene l'organo emittente, di promuovere un procedimento per inadempimento ai sensi dell'art. 259 TfUE.

In forza di tale reticolato argomentativo, pertanto, la Corte di Giustizia ha concluso che un giudice dello Stato membro ospitante non è legittimato a conoscere della validità di un modello E101, con riguardo agli elementi in base ai quali esso è stato rilasciato (n. 49 della sentenza), e il predetto modello vincola conseguentemente tanto le istituzioni, quanto i giudici stessi al pari del soggetto che fruisca dei servizi dei lavoratori distaccati (punto 51).

L'approdo a cui è pervenuto il Collegio lussemburghese e l'argomentare che lo sorregge, come detto ripetitivo di un orientamento costante della Corte, lascia in ombra considerazioni fatte dall'Avv. Gen., al pari di quel che è accaduto con le precedenti decisioni sulla medesima questione. Considerazioni fatte dagli Avvocati Generali nelle loro rispettive conclusioni che invece conducono a ritenere che i termini della questione non siano così netti come prospettati dal giudice, lasciando pertanto prefigurare spazi di operatività ancorché in presenza della nuova disciplina dettata dall'art. 5 del Regolamento n. 987/09, che, recependo in sede legislativa l'orientamento giurisprudenziale, afferma che i documenti rilasciati dall'istituzione di uno Stato membro sono accettati dagli altri Stati membri fintantoché non siano ritirati o dichiarati non validi dallo Stato membro in cui sono stati rilasciati.

In questa sede, pertanto, appare opportuno soffermarsi su ciascuna delle precedenti decisioni sulla questione, verificando il grado di corrispondenza fra le conclusioni dell'Avv. Gen. e le argomentazioni di queste.

2. — L'esame della giurisprudenza europea sulla questione evidenzia che la stessa è stata affrontata in sede giudiziaria, per la prima volta, dalle conclusioni rese dall'Avv. Gen. Lenz nel procedimento C-425/93; ma la conseguente sentenza resa il 16.2.1995 non l'ha affrontata in quanto assorbita in forza delle soluzioni accolte con riferimento alle precedenti questioni pregiudiziali (9).

L'Avvocato Generale, innanzitutto, esamina il profilo degli effetti giuridici del modulo E101 allorché lo stesso sia stato rilasciato sulla base di informazioni corrette. Egli prende le mosse dalla disamina del predetto modulo e conclude che, per mezzo di esso, l'autorità competente di uno Stato membro designa la legislazione applicabile; e il rilascio del modulo a opera della predetta autorità che lo sottoscrive attesta la valutazione giuridica del fatto concreto.

Il modulo, sempre secondo la ricostruzione fatta dall'Avvocato Generale, ha il fine di evitare, in casi ben determinati individuati dal legislatore nell'art. 14 del Regola-

(9) Si osservi che nel predetto procedimento giudiziario si era costituito anche il Governo italiano e aveva sostenuto che la certificazione E101 era provvista di efficacia vincolante e aveva valore legale nei confronti dei soggetti ai quali era stata rilasciata ed era pertanto idonea a vincolare l'ente di un altro Stato membro. Da tale efficacia di accertamento della certificazione, sempre il Governo italiano faceva discendere l'efficacia retroattiva della certificazione, nell'ipotesi che la stessa fosse stata rilasciata non già prima dell'inizio del distacco, ma durante il distacco e anche dopo.

mento n. 1408/71, conflitti di competenza, sia positivi sia negativi, fra gli Stati coinvolti nel distacco.

Qualora si ipotizzasse la possibilità in capo a uno Stato membro di rimettere in discussione quanto certificato nel modello dall'autorità di un altro Stato membro, sempre secondo l'Avv. Gen. Lenz, verrebbe meno il fine stesso della formale assunzione di prova tramite una dichiarazione vincolante, relativa alla legislazione applicabile, mettendosi in pericolo uno dei principi basilari del Regolamento n. 1408/71, cioè l'applicabilità della legislazione di un solo Stato membro.

Da tali considerazioni, pertanto, l'Avv. Gen. ne fa conseguire l'affermazione che il modulo E101 rilasciato in condizioni regolari vincoli le autorità di un altro Stato membro quanto agli effetti giuridici attestati nel medesimo (n. 62 delle conclusioni).

La questione è diversa se il modulo E101 è stato rilasciato sulla base di elementi oggettivamente non corrispondenti alla realtà (10). In questo caso, pur essendo vero che un modulo stabilito per facilitare l'amministrazione dei mezzi probatori non può creare diritti, esso crea tuttavia «una parvenza di legalità e costituisce *prima facie* una prova». Ma la sua efficacia non può andare oltre, e pertanto, secondo l'opinione dell'Avv. Gen., si deve poter annullare un'attestazione materialmente erronea con i normali mezzi probatori previsti dalle norme di procedura degli Stati membri.

Qualora poi lo Stato membro che ha rilasciato la certificazione si rifiuti di annullarla, allo Stato ove si svolge o si è svolto il distacco non resta come ulteriore possibilità che quella di deferire la questione alla commissione amministrativa. Se anche tale tentativo non porta alcun risultato, l'ultimo rimedio interno al diritto europeo è costituito dal ricorso per inadempimento innanzi all'autorità giudiziaria.

La soluzione accolta dall'Avv. Gen. Lenz, in ipotesi di E101 rilasciato sulla base di elementi oggettivamente non corrispondenti alla realtà, pertanto, è tutta interna al diritto europeo, affidandosi dapprima a un meccanismo di conciliazione amministrativa e, in caso di esito negativo dello stesso, al giudice comunitario, il compito di adeguare il dato giuridico alla realtà. Ma nelle predette conclusioni nulla si dice in merito agli eventuali poteri degli organi dello Stato membro ove si svolge il distacco di disapplicare il modello E101, ogni qual volta il dato documentale non corrisponda al concreto svolgersi del rapporto.

Le conclusioni dell'Avv. Gen. Lenz, a ogni buon conto, hanno delineato il modello di tutela poi costantemente fatto proprio dalla Corte di Giustizia, ogni qual volta è stata sottoposta al suo vaglio la questione dell'efficacia del modulo E101.

La Corte di Giustizia ha l'occasione di pronunciarsi sulla questione, per la prima volta, con la sentenza resa il 10.2.2000, nel procedimento C-202/97 (11).

(10) L'affermazione che si deve trattare di elementi oggettivamente non corrispondenti alla realtà non è un'espressione univoca perché, in via di prima approssimazione, certamente comprende le ipotesi di non corrispondenza fra quanto certificato e quanto realmente esistente, a titolo esemplificativo i dati del lavoratore o i dati del datore di lavoro, o il periodo di distacco e in favore di chi sarà svolta l'attività lavorativa. Ma se ci si allontana da tale perimetro ci si deve chiedere se è oggettivamente non corrispondente alla realtà la verifica compiuta dagli organi ispettivi dello Stato membro ove si svolge il distacco che porta ad affermare che non vi è distacco, perché si è superato il termine previsto dalla legislazione comunitaria o, ancor più in là, il concreto svolgimento dell'attività porta a ritenere che non vi sia stato distacco e la prestazione è stata resa esclusivamente nell'interesse del datore di lavoro che l'ha utilizzata e non del distaccante.

(11) Fra le note alla predetta decisione, si vd.: Adobati 2000; Rodière 2003; Marette 2000.

Si rilevi che sin da quel giudizio di rinvio il giudice di merito aveva ben presente la circostanza che la regola del distacco dei lavoratori avrebbe potuto dar luogo ad abusi commessi dai datori di lavoro che forniscono servizi in uno Stato, ma intendono stabilirsi in un altro Stato nel quale gli oneri previdenziali sono più bassi.

Le questioni attinenti al modello E101, in ordine gradato, riguardavano: a) la vincolatività del modello per le autorità di un altro Stato membro; b) il valore probatorio dello stesso; c) quale tipo di intervento possa compiere l'autorità che lo ha rilasciato.

L'Avv. Gen. Jacobs, nelle sue conclusioni, si allinea alle conclusioni rese dall'Avv. Gen. Lenz e a quelle rese in altro coevo procedimento giudiziario da Colomer (si vd. *infra*). Egli conclude che le autorità dello Stato membro che rilasciano il certificato E101 devono garantire che siano soddisfatti i presupposti per il suo rilascio, mentre le autorità dello Stato ospitante non devono unilateralmente disconoscere il valore di un certificato che è stato rilasciato. E in conformità di tale dovere di collaborazione sancito dall'articolo 5 del Trattato, incombe agli Stati membri il dovere di consultarsi in caso di disaccordo circa la normativa applicabile. Se in seguito alla consultazione risulta ancora impossibile pervenire a un accordo, la questione può essere sottoposta al vaglio della commissione amministrativa. Nell'ipotesi, poi, che la questione non trovi soluzione in sede di commissione, la controversia potrà essere sottoposta alla Corte di Giustizia.

La novità delle conclusioni risiede nella disamina di un ulteriore profilo, che consiste nella circostanza che il certificato possa essere stato ottenuto in maniera fraudolenta. In questa ipotesi, l'Avv. Gen. ritiene che «l'autorità dalla quale il certificato promana non dovrebbe avere problemi a revocarlo», ma qualora ciò non accada il modello di tutela resta sempre quello delineato, ovverosia quello interno all'ordinamento comunitario.

L'Avv. Gen. affronta poi la questione del riparto di competenze fra autorità giudiziarie nazionali e conclude che solo i giudici dello Stato che ha rilasciato il certificato possono controllare la decisione del rilascio. Mentre la competenza dei giudici dello Stato ospitante deve essere limitata a far sì che sia posta nel nulla qualsiasi decisione di questo stesso Stato la quale disconosca il certificato e miri a trattare il lavoratore come se fosse assoggettato al regime previdenziale dello Stato ospitante.

All'autorità giudiziaria dello Stato ove si svolge il distacco è pertanto riconosciuto solo un potere di controllo del rispetto da parte di tutti i soggetti dell'ordinamento della certificazione europea e null'altro.

La Corte si pone sulla scia delle conclusioni dell'Avvocatura Generale e afferma che:

a) il certificato E101 crea una presunzione di regolarità dell'iscrizione dei lavoratori distaccati al regime previdenziale dello Stato membro in cui ha sede l'impresa (nel caso di specie era un'impresa di collocamento temporaneo);

b) il certificato E101 è vincolante per l'ente competente dello Stato membro presso cui i lavoratori sono distaccati;

c) fino a quando il certificato non è revocato o invalidato dall'ente dello Stato membro che lo ha rilasciato, l'ente dello Stato membro ove si svolge l'attività lavorativa non può assoggettare i lavoratori distaccati al regime previdenziale proprio;

d) l'ente dello Stato membro che ha rilasciato il certificato ha l'obbligo di «riconsiderare la correttezza del rilascio e, eventualmente, revocare il certificato qualora l'ente competente dello Stato membro, nel quale i lavoratori sono distaccati, manifesti riser-

ve in ordine all'esattezza dei fatti che sono alla base del detto certificato e, pertanto, delle indicazioni in esse figuranti»;

e) se gli enti competenti di ciascuno Stato non raggiungono un accordo, essi hanno dapprima la facoltà di investire la commissione amministrativa e poi, in caso di esito negativo anche di tale procedimento, hanno la facoltà di promuovere un procedimento per dichiarazione di inadempimento.

Conclusivamente, pertanto, il Collegio afferma che il certificato rilasciato dall'ente designato dalla competente autorità di uno Stato membro vincola gli enti previdenziali degli altri Stati membri in quanto attesta l'iscrizione dei lavoratori distaccati da un'impresa al regime previdenziale dello Stato membro in cui quest'ultima ha sede.

La Corte nulla dice in merito alla forza che il certificato ha nei confronti delle autorità giudiziarie di ciascuno degli Stati coinvolti, né tanto meno dice quale sia il compito a essi affidato dal diritto europeo, e ciò in ragione del fatto che la questione ruotava attorno alla forza della certificazione del modello E101 nei confronti degli enti previdenziali ove si svolgeva l'attività lavorativa e delle possibilità dei predetti enti di contestare l'efficacia della certificazione medesima.

La questione è affrontata, dopo poco più di un mese, nella successiva sentenza del 30.3.2000, resa in conseguenza di un rinvio pregiudiziale del Tribunale del lavoro di Bruxelles (12). Il giudice nazionale chiedeva al giudice comunitario:

a) se il modello E101 vincolasse, oltre che l'ente competente dello Stato membro ove si svolge il lavoro (nel caso di specie autonomo), anche il soggetto che si avvale dell'attività lavorativa resa dal lavoratore distaccato;

b) di conoscere quale fosse la durata del tempo nel corso del quale tale certificato esplica i suoi effetti vincolanti.

L'Avv. Gen. Colomer riprendeva sostanzialmente le conclusioni dell'Avv. Gen. Lenz rese nel giudizio citato *supra*.

Sull'efficacia del modello E101, quello aggiunge ulteriori aspetti argomentativi a corredo della soluzione prospettata da quest'ultimo, quale, a titolo esemplificativo, l'affermazione che un modulo che presenti tutte le caratteristiche previste dal diritto europeo, pur producendo effetti dichiarativi e non costitutivi, gode di una presunzione di validità *iuris tantum* rispetto alle informazioni che attesta e ha efficacia vincolante nei confronti dell'ente competente dello Stato membro nel quale si svolge il lavoro.

E ancora, qualora il predetto modello contenga errori materiali o se lo stesso sia stato rilasciato dall'ente competente sulla scorta di fatti che non corrispondono alla realtà, il certificato deve essere annullato dall'ente emittente (13).

Il profilo argomentativo nuovo attiene alla durata nel tempo dell'efficacia vincolante del modello E101, in considerazione del fatto che né i regolamenti, né le decisioni della Commissione amministrativa prevedono un termine per il rilascio del certificato relativo alla normativa applicabile, né un termine entro il quale esso produce effetti.

(12) Si tratta del procedimento *Barry Banks e altri*, C-178/97.

(13) Si noti la differenza fra questa conclusione e quella dell'Avv. Gen. Jacobs. Questi, in caso di certificato ottenuto in maniera fraudolenta, non parla di obbligo ma, usando il condizionale, prospetta in capo all'ente emittente la possibilità di annullare o revocare il certificato medesimo.

L'Avv. Gen. Colomer, partendo dal presupposto che si tratta di una dichiarazione che riguarda un periodo determinato (quello del distacco), conclude che non vi è ragione per ritenere che i suoi effetti siano limitati nel tempo, nel senso che esso cessi di avere efficacia dopo il decorso di un certo periodo di tempo.

Lo stesso ragionamento è esteso anche per gli eventuali effetti retroattivi del modello, e pertanto l'attestato rilasciato dopo l'inizio del distacco o anche dopo la fine dello stesso, sempre che si tratti di un'attività di durata molto breve, avrà effetti retroattivi per il periodo indicato nello stesso (14).

La Corte di Giustizia, nella sentenza del 30.3.2000, fa proprie le conclusioni dell'Avvocato Generale per entrambe le questioni. Ma con riguardo alla seconda – effetti retroattivi della certificazione –, dopo un'affermazione di principio secondo la quale è preferibile che la certificazione intervenga prima del distacco, afferma che questa possa essere emessa nel corso o anche dopo la fine del distacco, senza però accogliere il distinguo fatto dall'Avv. Gen. con riguardo ai distacchi con attività di lavoro «di durata molto breve».

Nell'ultima delle decisioni rese dalla Corte di Giustizia (15), prima di quella in commento, il giudice che ha proposto il rinvio pregiudiziale si chiedeva, per la prima volta, quale dovesse essere il valore giuridico da assegnare al modello E101 da parte dei giudici nazionali dello Stato membro che ospita i lavoratori interessati.

In questa decisione, la Corte ripete pedissequamente i motivi che secondo la sua precedente giurisprudenza vincolano l'ente previdenziale dello Stato ove si svolge il distacco. Dopodiché, con un passaggio argomentativo che rappresenta una cesura rispetto al ragionamento sino a quel momento condotto, afferma che tale certificato vincola fino a quando non venga revocato o invalidato «l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro in cui sono distaccati i lavoratori interessati e, pertanto, vincola i suoi organi. Ne deriva che un giudice dello Stato membro ospitante non può verificare la validità di un modello E101 per quanto riguarda l'attestazione degli elementi in base ai quali un tale certificato è stato rilasciato, in particolare l'esistenza di un legame organico tra l'impresa che effettua il distacco di un lavoratore e il lavoratore distaccato» (16).

(14) Si osservi che l'Avvocato Generale riconosce la legittimità di una certificazione rilasciata dopo l'inizio del lavoro o anche alla fine dello stesso, ma in quest'ultimo caso solo se si tratta di «un'attività di lavoro di durata molto breve». Questa limitazione dovrebbe condurre a ritenere precluso il rilascio di un certificato alla fine del distacco quando lo stesso non ha avuto una durata che al più non può essere superiore a un mese.

(15) Si tratta della decisione resa il 26.1.2006 nel procedimento *Rijksdienst voor Sociale Zekerheid*, C-2/05, che non è stata preceduta dalle conclusioni dell'Avvocato Generale.

(16) Il salto di qualità compiuto dalla Corte di Giustizia non è di poco conto perché – utilizzando un procedere argomentativo che sino a quel momento aveva legittimato l'efficacia vincolante del modello E101 nei soli confronti dell'ente previdenziale dello Stato ove si svolgeva il distacco e non di altri organi dello Stato al fine di precludere allo stesso di arrogarsi il diritto di creare altra e diversa posizione previdenziale in favore del lavoratore distaccato – estende la forza vincolante di tale certificazione amministrativa nei confronti di tutti gli organi dello Stato membro ove si svolge il lavoro, ivi comprese l'autorità giudiziaria.

Antecedentemente, la questione dell'efficacia del modello E101, si ricordi, era stata affrontata solo dall'Avv. Gen. Jacobs, che aveva riconosciuto in capo allo Stato ove si svolgeva il distacco il compito di difendere la certificazione al fine di garantire che il lavoratore non sia si-

La decisione ora in commento ha quale suo presupposto una domanda di rinvio della Corte di Cassazione francese tesa a chiarire se l'efficacia vincolante del modello E101 anche nei confronti dell'autorità giudiziaria dello Stato ove si svolge il distacco si estende anche al caso in cui in sede giudiziaria si è riscontrato che le condizioni dell'attività svolta dal lavoratore distaccato «esulino manifestamente dalla sfera di applicazione *ratione materiae* dell'articolo 14, par. 2, lettera *a*, del Regolamento n. 1408/71».

L'Avv. Gen. Saugmandsgaard Øe innanzitutto limita le sue conclusioni alla disposizione contenuta nell'articolo 14, par. 2, lett. *a*, punto i, del Regolamento n. 1408/71, con l'evidente intenzione di non dare un senso di generalità alle conclusioni con riferimento alla questione sottoposta al suo vaglio.

Ancora l'Avv. Gen. limita ulteriormente il suo punto di osservazione, allorché rileva «che il giudice del rinvio non ha fornito alcuna indicazione nel senso che si sarebbe in presenza, nella specie, di un caso di frode o di abuso del diritto da parte del datore di lavoro che ha distaccato i lavoratori marittimi in Svizzera per utilizzarli nella navigazione fluviale» (17).

All'interno di queste due precisazioni si dipana il ragionamento dell'Avvocato Generale che, a questo punto, è nel solco della tradizione con delle piccole novità rappresentate:

a) dall'affermazione che non è stato dimostrato che le procedure istituite dal Regolamento n. 1408/71 non siano in grado di garantire la corretta applicazione delle norme sui conflitti di legge previste da tale Regolamento, neanche in una situazione come quella oggetto del procedimento principale, sempreché tali procedure siano portate a termine dalle istituzioni competenti (18);

multaneamente assoggettato a due regimi previdenziali, in contrasto con l'obiettivo perseguito dal Regolamento n. 1408/71; e si aggiunga al fine di garantire il datore di lavoro dal rischio di dovere pagare la contribuzione previdenziale sia all'ente previdenziale dello Stato che ha rilasciato la certificazione, sia all'ente previdenziale dello Stato ove si svolge il distacco.

Ma da questa affermazione a concludere che la certificazione amministrativa rilasciata da uno Stato membro in ossequio a un regolamento abbia una forza giuridica che si estende a tutti gli organi degli altri Stati membri senza distinzione di sorta alcuna, il passaggio appare oltre modo ardito.

(17) Appare evidente l'intenzione dell'Avvocato Generale, da un verso, di evitare che le conclusioni alle quali perviene possano essere estese a tutte le ipotesi di distacco disciplinate dall'art. 14 del Regolamento, consentendo pertanto in casi futuri, che ricadono sotto la disciplina dello stesso articolo e i cui fatti rientrino in quelli evidenziati dal giudice del rinvio, che si possa accogliere altra soluzione.

Da altro verso, in modo ancor più palese, che se si fosse affermata la prova nel caso di specie che si era in presenza di una frode o di un abuso del diritto la soluzione sarebbe potuta essere altra. Ovverosia il riconoscimento in capo all'autorità giudiziaria dello Stato ove si svolge il distacco di dichiarare *incidenter tantum* l'illegittimità sopravvenuta, sulla scorta del concreto svolgersi del rapporto di lavoro in modalità distacco, con le conseguenze connesse a tale declaratoria interne all'ordinamento dello Stato membro. Tant'è che lo stesso Avvocato Generale, nel penultimo paragrafo delle conclusioni, afferma testualmente che su questo aspetto non può escludersi che possa risultare necessario, in futuro, apportare talune precisazioni in relazione all'applicabilità della giurisprudenza relativa agli effetti cogenti del certificato E101 alle situazioni in cui siano stati accertati frode o abuso.

(18) Pare però che tale profilo argomentativo prospettato dall'ente francese sia sterile perché, anche se fosse stata dimostrata l'inermità del procedimento amministrativo delineato dal di-

b) dall'affermazione che gli obiettivi di diritto europeo della concorrenza sleale e del *dumping* sociale non possano essere utilmente fatti valere, nella specie, per giustificare un'eccezione agli effetti cogenti del certificato E101.

La sentenza della Corte ignora i distinguo operati dall'Avvocato Generale, riprende pedissequamente la propria giurisprudenza, limitandosi ad aggiungere che gli argomenti invocati dal Governo francese e dall'ente competente di questo Stato sull'inefficacia della procedura di composizione delineata dal diritto europeo e sulla necessità di evitare la concorrenza sleale, nonché il *dumping* sociale non possono in alcun modo giustificare la violazione della procedura stessa né, a maggior ragione, la decisione di ignorare in certificato E101.

Conseguentemente, pertanto, l'efficacia vincolante del predetto certificato resta confermata anche in presenza di elementi di fatto accertati in un processo che si è svolto davanti al giudice dello Stato membro ove si svolge il distacco, che dimostrano la manifesta insussistenza delle condizioni necessarie per il rilascio di un certificato E101.

Il modello così delineato, conclude la Corte, trova conferma nel Regolamento n. 987/2009, che ha codificato la regola giurisprudenziale della vincolatività del certificato (ora denominato A1) e la competenza esclusiva dell'organo emittente riguardo alla valutazione della validità di tale certificato.

Il confronto fra conclusioni degli Avvocati Generali e decisioni assunte dalla Corte di Giustizia, nei limiti dell'odierno esame, sulla questione dell'efficacia del modello E101, allorché lo stesso è stato rilasciato sulla base di elementi non corrispondenti alla realtà, o è stato rilasciato dopo l'inizio del distacco o una volta che lo stesso si è concluso, evidenzia una parziale disomogeneità fra le prime e le seconde.

Disomogeneità che, con riguardo all'efficacia retroattiva del modello E101, si accentua allorché l'Avv. Gen. Colomer afferma che un modello rilasciato dopo la fine del distacco può trovare una sua giustificazione solo quando la durata del distacco sia molto breve e non come regola generale.

Disomogeneità, o forse consapevolezza da parte degli Avvocati Generali della difficoltà di tenere ferma sempre e comunque la regola dell'impossibilità da parte dell'autorità giudiziaria nazionale di disapplicare la certificazione, che emerge consapevolmente nelle conclusioni rese in connessione alla sentenza in commento, allorché l'Avvocato Generale espressamente dichiara che la soluzione prospettata riguarda la specifico caso di distacco sottoposto al vaglio del giudice europeo e limitatamente ai fatti così come prospettati dal giudice nazionale, che non ha mai introdotto il tema della frode o dell'abuso del diritto.

Allo stato dell'arte sinora descritto, si deve infine aggiungere che la Corte del Lussemburgo, su sollecitazione della Corte di Cassazione belga, dovrà affrontare proprio la questione che non era sottoposta al suo scrutinio nella sentenza in commento.

ritto europeo, questo non può avere quale conseguenza giuridica quella di consentire all'autorità giudiziaria dello Stato francese di decidere la concreta fattispecie. Invece è più logico immaginare che la constatata inutilità dell'esperimento di siffatte procedure, in specie se reiterata nel tempo, deve spingere gli Stati membri a interventi di altro tipo in seno all'ordinamento europeo tesi a garantire l'effettività della tutela, così come delineata in questo ordinamento. Ed è questa la conclusione alla quale è pervenuto anche l'Avvocato Generale allorché afferma che tale problematica rientra nella competenza del legislatore europeo.

Questione che riguarda il rilievo giuridico da assegnare alla frode o all'abuso del diritto, nel coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, allorché si pone in essere il distacco (si tratta del procedimento C-359/16, *Altun e altri*). In questo procedimento, l'Avvocato Generale, sempre Saugmandsgaard Øe, ha pertanto idealmente proseguito il ragionamento che ha iniziato nelle sue precedenti conclusioni, prendendo atto che nella concreta fattispecie si è davanti a un distacco in frode alla legge (19) e che lo Stato membro che aveva rilasciato il modello E101, pur interessato dal Belgio, non ha dato risposta di sorta alla richiesta di annullamento del predetto. Sulla scorta di tale ricostruzione della concreta fattispecie, ha concluso che il giudice dello Stato membro ove si svolge l'attività lavorativa oggetto del distacco abbia il potere di disapplicare il modello E101, e conseguentemente dichiarare che l'obbligo previdenziale da parte del datore di lavoro o da parte dello stesso lavoratore autonomo deve essere assolto nello Stato membro ove si svolge il distacco.

L'Avvocato Generale, a sostegno delle conclusioni rassegnate, prende le mosse dalla giurisprudenza costante della stessa Corte di Giustizia, che costituisce principio generale del diritto dell'Unione, secondo la quale i soggetti del diritto non possono avvalersi in modo fraudolento o abusivo delle norme di diritto dell'Unione e i giudici nazionali possono tener conto, caso per caso, basandosi su elementi obiettivi, del comportamento abusivo o fraudolento degli interessati per negare loro, eventualmente, la possibilità di fruire delle disposizioni di detto diritto, tenendo presente le finalità perseguite dalle disposizioni del diritto dell'Unione, caso per caso applicabile (20).

Compiuta questa affermazione, il successivo passaggio consiste nell'individuare i fatti costitutivi della fattispecie frode o abuso del diritto che si bipartiscono, sulla scia della costante giurisprudenza della Corte del Lussemburgo, in un elemento oggettivo e in un elemento soggettivo.

(19) Si osservi che la stessa Commissione amministrativa per il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale è consapevole del possibile utilizzo non conforme a diritto del distacco, tant'è che con la decisione n. H5 del 18.3.2010 ha previsto una forma di collaborazione amministrativa fra le autorità e gli Stati membri nella lotta alla frode.

Ma c'è di più: in sede di proposta di modifica del Regolamento attuativo si prevede l'inserimento di nuovi Considerando e di nuove disposizioni per combattere la frode o l'abuso del distacco.

(20) L'utilizzo di siffatta categoria da parte della giurisprudenza Ue si rinviene in sede di applicazione della disciplina fiscale: vd., per tutte, la decisione resa dalla C. Giust. il 13.3.2014 nella causa C-115/13, *Società italiana commercio e servizi Srl (Sices)*, ove si afferma che secondo una giurisprudenza costante i singoli non possono avvalersi fraudolentemente o abusivamente delle norme dell'Unione e che l'accertamento di una pratica abusiva richiede che ricorrano un elemento oggettivo e un elemento soggettivo (punti 29 e 30). La stessa affermazione si rinviene in una fattispecie in tema di parità di trattamento in materia di occupazione (C. Giust. 28.7.2016, C-423/15, *Nils-Johannes Kratzer*, punti da 37 a 41). Senza alcuna pretesa di esaudività, si constata che le parole abuso e frode appaiono essere utilizzate dalla Corte di Giustizia come sinonimi (ancorché l'Avvocato Generale, nelle sue conclusioni del 9.11.2017, affermi che la frode si distingue dall'abuso del diritto: cfr. nota 45), contrariamente all'ordinamento nazionale ove il negozio in frode alla legge e l'abuso del diritto disciplinano fattispecie non omologhe (vd., per tutti: Morello 1992; Balestra 2017). Per un utilizzo in ambito lavoristico della categoria abuso del diritto da parte della giurisprudenza nazionale vd. Cass. 25.1.2016, in *GI*, 2016, n. 10, 2209 ss. con nota di E. Puccetti; Cass. 4.3.2014, in *GI*, 2014, n. 11, 2515, con nota di E. Balletti.

Se la ricostruzione operata dall'Avvocato Generale sarà accolta dalla Corte di Giustizia, quanto meno per la fattispecie di frode o abuso del diritto nell'utilizzo del distacco e dopo che lo Stato membro ove lo stesso si svolge avrà inutilmente tentato di modificare l'attestazione amministrativa, il giudice nazionale potrà disapplicare il certificato A1 e conseguentemente dichiarare l'inefficacia del distacco ai fini previdenziali.

A fronte di questo stato dell'arte, con riguardo al versante giurisprudenziale, è nel frattempo mutato il quadro legislativo di riferimento che ora è costituito dai Regolamenti n. 883/04 e n. 987/09. L'art. 5 di quest'ultimo testo legislativo, recependo l'orientamento della giurisprudenza, afferma che i documenti rilasciati dall'istituzione di uno Stato membro sono accettati dalle istituzioni degli altri Stati membri fino a quando essi non siano ritirati o dichiarati non validi dallo Stato membro in cui sono stati rilasciati. In caso di dubbio sulla validità del documento o sull'esattezza dei fatti su cui si basano le certificazioni, l'istituto dello Stato membro che riceve il documento chiede all'istituzione emittente i chiarimenti necessari e, se del caso, il ritiro del documento. In mancanza di accordo fra le istituzioni degli Stati membri, la questione può essere sottoposta all'esame della commissione amministrativa, per conciliarla.

3. — Il quadro legislativo di riferimento in tema di modello A1 trova le regole applicative nel Regolamento di esecuzione, che prevede:

a) il rilascio di un attestato da parte dell'istituzione competente dello Stato membro la cui legislazione è applicabile, su richiesta della persona interessata o del datore di lavoro;

b) che l'attestazione certifica quale è la legislazione previdenziale applicabile e, se del caso, fino a quale data e a quali condizioni tale legislazione è applicabile (art. 19, par. 2);

c) l'individuazione di obblighi del datore di lavoro (art. 21);

d) un obbligo di cooperazione fra istituzioni degli Stati membri interessati al distacco (art. 20);

e) la forza giuridica dell'attestazione e il modello amministrativo di composizione del dissidio fra istituzioni (art. 5) – nulla si dice in merito alle modalità giudiziarie di composizione della lite fra Stati membri – qualora il modello amministrativo non abbia avuto esito positivo.

Il modello A1, al pari del precedente modello E101, attesta in positivo la legislazione di sicurezza sociale applicabile e in negativo che non vi è obbligo di pagamento della contribuzione nello Stato membro ove si svolge il distacco.

Il modello è composto da sei riquadri:

– il primo contiene i dati del lavoratore interessato;

– il secondo individua lo Stato membro di cui si applica la legislazione, nonché la data di inizio e fine di tale applicazione;

– il terzo indica il tipo di lavoro che si svolgerà in forza del distacco;

– il quarto indica gli estremi del datore di lavoro;

– il quinto indica gli estremi del datore di lavoro ove si svolgerà la prestazione o, in caso di lavoro autonomo, l'indirizzo temporaneo nello Stato ove si svolge la prestazione lavorativa;

– il sesto fornisce gli estremi dell'istituzione che compila il modello.

La disamina, nei limiti del presente scritto, del contenuto del modello A1 evidenzia come i dati contenuti costituiscono la mera formalizzazione di elementi documentali riferiti ai soggetti interessati al distacco e null'altro; al pari di quel che accadeva con il precedente modello E101.

Tutto ciò pertanto lascia immutati i termini della questione così come posta all'attenzione del giudice europeo con riferimento a quest'ultimo modello. Ovverosia che succede se la concreta verifica delle modalità del distacco, da parte degli organi ispettivi dello Stato ove lo stesso si svolge, porta a ritenere che non si tratti di distacco ma di un negozio indiretto che ha quale suo fine quello di sottoporre alla legislazione di sicurezza sociale più favorevole per il datore di lavoro o per lo stesso lavoratore autonomo il rapporto di lavoro che si svolge in uno Stato membro diverso da quello in cui è stato instaurato?

La patologia interna al modello A1, ovverosia la circostanza che i dati in esso riportati, quali a titolo esemplificativo i dati personali del lavoratore o i dati dell'impresa che distacca e di quella che utilizza il lavoratore distaccato, è meramente recessiva rispetto alla precedente ipotesi, e in tali casi ovviamente il modello delineato dal legislatore comunitario non soffre deroghe ed è pienamente efficace. Infatti, in tali casi ci si dovrà limitare a emettere un nuovo modello A1, con indicazione dei dati corretti.

La situazione si fa altra e diversa se si indica nel modello A1 un datore di lavoro che distacca o che fruisce della prestazione inesistente sotto il profilo operativo, dato che al momento di rilascio della certificazione l'ente che compila e sottoscrive il modello non compie alcuna concreta verifica con riferimento all'impresa sita sul territorio nazionale che distacca e non può compiere alcuna concreta verifica con riferimento all'impresa sita sul territorio di altro Stato membro presso cui il lavoratore sarà distaccato.

Ma la situazione si fa ulteriormente complicata qualora si prefigura un'alterazione non genetica del distacco ma nel corso del rapporto, pur restando ferme in quanto veritiere le certificazioni contenute nel modello A1 (21).

Nelle ultime due ipotesi delineate, qual è la reazione dell'ordinamento a tutela degli operatori economici leali, a tutela dei lavoratori coinvolti nel distacco e a tutela della libera circolazione dei lavoratori migranti e dei servizi?

Nel primo dei casi delineati, accertata l'inesistenza a posteriori da parte degli organi degli Stati membri coinvolti dei datori di lavoro, si può ritenere ancora interno al sistema europeo il modello di rimozione della patologia. Con eliminazione del modello A1 e, in caso di concreto svolgimento del lavoro in altro Stato, sottoposizione alla legislazione di sicurezza sociale di quello Stato e pagamento della contribuzione da parte del datore di lavoro che ne ha tratto utilità.

Nel secondo dei casi, ovverosia quando si è davanti a un rapporto di lavoro con distacco e si accerti da parte dell'autorità dello Stato membro che esistono concreti elementi deponenti a favore dell'utilizzo dell'istituto del distacco con finalità fraudolenta o di abuso del diritto, non si crede possa ancora predicarsi l'applicabilità del modello descritto dal Regolamento di esecuzione. E questo innanzitutto perché il modello A1

(21) In questa sede e a titolo esemplificativo, basti menzionare il contenzioso sul distacco che ha coinvolto vari Stati membri, nonché i lavoratori, nei confronti della compagnia aerea Ryanair: vd., da ultimo, C. Giust. 14.9.2017, C-168/16 e C-169/16, *Nogueira*; per la giurisprudenza nazionale vd. Proseccchi 2016.

non certifica, né lo potrebbe, la veridicità ed effettività del distacco, *recte* del reale svolgersi di un'attività lavorativa con distacco, ma si limita a prendere atto dell'esistenza dello svolgimento di un lavoro tramite l'istituto del distacco perché è presentato un contratto, intercorso fra lavoratore e datore di lavoro, e un altro contratto intercorso fra le imprese per l'utilizzo del distacco, e su tale presa d'atto provvede a stilare la certificazione, con il fine legislativamente fissato di individuare l'unica legislazione di sicurezza sociale applicabile.

Se questa è l'attività svolta in sede di rilascio del modello A1 – attività che non è, né, si aggiunga, lo potrebbe essere, di verifica dapprima della veridicità dei patti contenuti nei due contratti dei quali si è fatto cenno e poi della corrispondenza del concreto svolgersi del distacco a quanto pattuito fra le parti –, ne discende che tali aspetti esulano dal modello A1 e pertanto su questi aspetti resta ferma la competenza dell'autorità giudiziaria di ciascuno Stato membro. Autorità giudiziaria che, nel caso sia quella ove si è svolto il distacco, potrà accertare la concreta inesistenza dello stesso, in sede di svolgimento del rapporto di lavoro, individuare il reale datore di lavoro, individuare l'ente nazionale al quale è dovuto il pagamento della contribuzione e infine condannare il datore di lavoro che ha fruito del distacco o lo stesso lavoratore autonomo al pagamento della predetta contribuzione.

All'interno di quest'ultima ricostruzione si pone poi la questione dell'utilizzo fraudolento o abusivo del distacco, così come dapprima accennata dall'Avvocato Generale nelle conclusioni della sentenza in commento e poi esaminata nelle successive conclusioni rese il 9.11.2017 nella causa C-359/16. Frode alla legge o abuso del diritto nell'utilizzo dell'istituto del distacco che, secondo quanto ritenuto dallo stesso Avvocato Generale, conduce, se preceduto da un comportamento omissivo o non conforme alla realtà dei fatti da parte dell'autorità dello Stato membro che ha rilasciato la certificazione amministrativa, a disapplicare il certificato E101 e ora l'A1 da parte dell'autorità giudiziaria dello Stato membro ove si svolge il distacco. Ma la soluzione prospettata dall'Avv. Gen. è comunque una soluzione di diritto europeo, nel senso che si potrebbe abilitare l'autorità giudiziaria nazionale a disapplicare nel caso di specie la certificazione, una volta verificato se in concreto non vi è stato il regolare utilizzo del distacco di lavoratori, per la conclamata esistenza di una frode o di un abuso del diritto secondo le regole di diritto europeo. Regole che l'Avvocato Generale individua, rinviando a una decisione sempre della Corte di Giustizia ove si afferma che, secondo costante giurisprudenza della Corte, i soggetti dell'ordinamento non possono avvalersi fraudolentemente o abusivamente delle norme dell'Unione europea (22). E continua la Corte europea indicando le modalità da seguire per accertare la pratica abusiva o fraudolenta. Accertamento che consiste nell'individuazione di un elemento oggettivo e di un elemento soggettivo.

Elemento oggettivo che deve risultare da un insieme di circostanze oggettive che,

(22) Si tratta della decisione resa il 28.7.2016, nel procedimento C-423/15, *Kratzer*. La medesima affermazione si rinviene nella precedente decisione del 13.3.2014, resa nel procedimento C-155/13, *Società italiana commercio e Servizi (Sices)*. Sentenza, quest'ultima, ove si legge che l'applicazione della normativa dell'Unione non può estendersi fino a comprendere i comportamenti abusivi degli operatori economici, vale a dire le operazioni realizzate non nell'ambito di transazioni commerciali normali, bensì al solo scopo di beneficiare abusivamente dei vantaggi previsti dal diritto dell'Unione europea.

nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa dell'Unione, l'obiettivo perseguito da tale normativa non è stato raggiunto.

Elemento soggettivo che deve risultare da un insieme di elementi oggettivi dal quale si evinca che lo scopo essenziale delle operazioni controverse è il perseguimento di un vantaggio indebito.

Se si percorre la strada individuata dall'Avv. Gen., ne discende che:

a) viene meno in tal caso la forza vincolante del modello A1 che potrà essere disapplicato dal giudice nazionale nella concreta fattispecie;

b) al giudice nazionale è affidato un compito di verifica in concreto dell'esistenza della frode o dell'abuso del diritto non già secondo i parametri legislativi nazionali, bensì secondo i parametri giurisprudenziali fissati dalla Corte di Giustizia nell'individuare il predetto fenomeno (23).

Questa soluzione, anche se dovesse essere accolta dalla Corte di Giustizia nell'emananda sentenza, a parere di chi scrive, è una soluzione di ripiego che limita la possibilità da parte dell'autorità giudiziaria dello Stato membro ove si svolge il distacco di verificare il concreto svolgimento dello stesso al fine di tutelare i lavoratori e i datori di lavoro che correttamente usano l'istituto, e al fine di garantire non già il formale rispetto di un atto amministrativo, bensì la corrispondenza fra quanto certificato e la realtà. Verifica che pertanto dovrebbe essere spinta anche in mancanza dell'elemento soggettivo, del quale fa cenno l'Avvocato Generale nel ricostruire la frode o l'abuso del diritto, ben potendosi prefigurare una fattispecie di utilizzo non conforme del distacco ogni qual volta si riscontra l'esistenza del solo elemento oggettivo, così come individuato dalla giurisprudenza europea, ovvero sia che le condizioni richieste ai fini dell'ottenimento del vantaggio, che si concretizza per il datore di lavoro nell'assolvimento dell'obbligo contributivo sempre presso l'ente previdenziale ove è stato instaurato il rapporto di lavoro e per il lavoratore nella continuità del rapporto previdenziale con il medesimo ente, non sono in realtà soddisfatte. Tale espressione, in chiusura, appare di per sé di difficile concretizzazione, lasciando alla giurisprudenza di ciascuno Stato membro il compito di individuare quali concreti elementi della fattispecie sottoposta al proprio vaglio portino a ritenere che in concreto l'attività svolta dal lavoratore subordinato non abbia le caratteristiche del distacco così come delineato dalla legislazio-

(23) È da chiedersi come tale verifica possa operare con riferimento al distacco in specie con riguardo all'utilizzo dell'istituto da parte delle compagnie aeree *low cost*. Potrebbero essere utili strumenti di investigazione gli stessi accertamenti in fatto, omogenei su tutto il territorio europeo e utilizzati per tutti i contratti stipulati, che hanno condotto la Corte di Giustizia (si vd. nota 16) ad affermare che la giurisdizione competente per i giudizi promossi dai dipendenti della compagnia aerea Ryanair nei confronti di questa era, nel caso di specie, quella belga e non quella irlandese? Ancorché si tratti di una decisione tesa a individuare il giudice competente a conoscere del giudizio promosso dal lavoratore, in essa vi è una ricostruzione del modello di lavoro utilizzato dalla Ryanair, così come dalla stessa delineato, per il suo personale navigante. La conclusione alla quale sono pervenuti i giudici europei è che, sulla base di tale modello, il luogo abituale di esecuzione del rapporto di lavoro è quello da dove si decolla e si atterra, e non già la sede legale del datore di lavoro e/o la sede ove si è stipulato il contratto (si vd. i punti da 96 a 106 delle conclusioni rese dall'Avvocato Generale, lo stesso che ha reso le conclusioni nella decisione in commento, il 27.4.2017).

Con riguardo al distacco di diritto europeo si vd.: Sgroi 2011; Chiaromonte 2014. Con riguardo alla frode sociale in ambito europeo si vd.: Chopin 2017; Jorens 2013; Rodière 2016.

ne europea. Utile strumento legislativo a tal fine, in specie se si arriverà all'unicità del concetto di distacco sia in ambito lavoristico sia in ambito di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale come proposto in sede di modifica del Regolamento base e del Regolamento attuativo (24), pare possa essere la Direttiva del 15 maggio 2014, n. 2014/67/UE, recepita nel nostro ordinamento dal decreto legislativo n. 136/2016, ove si prevedono e disciplinano indici di autenticità del distacco utilizzabili dagli organi di vigilanza di ciascuno Stato membro (si vd., rispettivamente, l'art. 4 della Direttiva e l'art. 2 del d.lgs.). Se dalla valutazione complessiva di siffatti indici si dovesse inferire il venir in essere di una frode o di un abuso nell'utilizzo del distacco, la sanzione in ambito previdenziale non dovrebbe che essere quella di prevedere che l'obbligo dell'assolvimento della contribuzione previdenziale sia assolto presso l'ente previdenziale ove si è svolto o si svolge il rapporto di lavoro.

Antonino Sgroi

Avvocato. Avvocatura centrale Inps

Riferimenti bibliografici

- Adobati E. (2000), *La sicurezza sociale: una garanzia per i lavoratori che si spostano all'interno della Comunità*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 559 ss.
- Allamprese A. (2007), *Distacco di lavoratori stranieri in Italia nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale: profili previdenziali*, in Aa.Vv., *Lavoratore extra-comunitario e integrazione europea*, Cacucci, Bari, 289 ss.
- Allamprese A. (2012), *La proposta di Direttiva sul distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi*, in *LG*, n. 11, 1028 ss.
- Balestra L. (2017), *Rilevanza, utilità (e abuso) dell'abuso del diritto*, in *RDC*, n. 3, 541 ss.
- Balletti E. (2017), *Controllo «occulto» e sanzionabilità dell'utilizzo improprio dei permessi assistenziali*, in *GI*, n. 11, 2517 ss.
- Bano F. (2015), *La territorialità del diritto. Distacco transnazionale di manodopera a basso costo*, in *LD*, n. 4, 583 ss.
- Buoso S. (2015), *La portata della nozione di «tariffe minime salariali» tra Direttiva europea sul distacco di lavoratori e disciplina nazionale applicabile*, in *FA*, n. 3, 898 ss.
- Chiaromonte W. (2014), *Attività lavorative transnazionali e legislazione applicabile: recenti orientamenti dei giudici di Lussemburgo*, in *RDSS*, n. 4, 595 ss.
- Chopin F. (2017), *Les récentes mesures de lutte contre le détachement illégal*, in *Gazette du Palais*, n. 10, *Gazette spécialisée*, 74 ss.
- Directorate general for internal Policies, *Posting of Workers Directive – current situation and challenges*, IP/A/EMPL/2016-07.
- Fillon J.C. (2016a), *Valeur des certificats E101 désignant la législation applicable en France à des travailleurs d'entreprise établies dans un autre État de l'Union européenne*, in *La semaine juridique – Edition générale*, n. 1-2, 34 ss.
- Fillon J.C. (2016b), *Le détachement de travailleurs salariés version sécurité sociale (coordination des systèmes): la loi de l'État d'envoi*, in *Droit social*, n. 7/8, 609 ss.

(24) Si tratta della proposta del 13.12.2016, 2016/0397 (Cod).

- Frosecchi G. (2016), *La legge previdenziale applicabile ai lavoratori di compagnie aeree internazionali. I casi Ryanair*, in RGL, n. 1, II, 104 ss.
- Giubboni S. (2015), *Libertà economiche fondamentali e diritto del lavoro*, in EDP, 2015, n. 2, 493 ss.
- Guichaoua H. (2017), *Le certificat de détachement est-il devenu un obstacle à la lutte contre le travail dissimulé et le dumping social du fait des entreprises étrangères*, in *Droit ouvrier*, n. 287, 329 ss.
- Jorens Y. (2011), *Le détachement des travailleurs en droit européen*, in *Journal de droit européen*, 89 ss.
- Jorens Y. (2013) *The fight against social fraud: balancing on a European tightrope. The Belgian example*, in *European Journal of social law*, n. 4, 257 ss.
- Maretti S. (2000), *La legislazione previdenziale applicabile ai lavoratori temporanei distaccati all'estero*, in MGL, 538 ss.
- Morello U. (1992), *Frode alla legge, DDPCiv.*, aggiornamento.
- Orlandini G. (2008), *Considerazioni sul disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in RIDL, I, 59 ss.
- Puccetti E. (2016), *Il dipendente molesto: licenziamento per abuso del diritto*, in GI, n. 10, 2209.
- Putignano V. (2009), *Il distacco dei lavoratori*, in DRI, n. 3, 680 ss.
- Rodière P. (2003), *Coordination des droits nationaux, loi applicable, compétence juridictionnelle*, in *Reveu trimestreille de droit européen*, 529 ss.
- Rodière P. (2016), *Le droit européen du détachement de travailleurs: fraude ou inapplicabilité?*, in *Droit social*, n. 7/8, 598 ss.
- Sgroi A. (2011), *Il distacco dei lavoratori nel quadro del Regolamento Cee n. 1408/71 e del Regolamento Ce n. 663/04*, in Foglia R., Cosio R. (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 199 ss.
- Venturi D. (2015), *La nozione di tariffe minime salariali nel distacco transnazionale*, in DRI, n. 2, 552 ss.

CASSAZIONE, 13.3.2017, n. 6405 – Pres. D’Antonio, Est. D’Oronzo, P.M. Sanlorenzo (conf.) – Grun.sa.co. Srl (avv. Gualtierotti) c. Inps (avv.ti Sgroi, D’Aloisio, Caliulo, Maritato, Mittoni) e Inail (avv.ti Puglisi, Frascònà).

Conf. Corte d’Appello di Brescia, 18.1.2011.

Contribuzione previdenziale – Contratto di lavoro a progetto fittizio ed effettivo rapporto di subordinazione – Evasione degli obblighi contributivi – Sanzioni – Cartelle di pagamento.

In tema di obbligazioni contributive nei confronti delle gestioni previdenziali e assistenziali, l’accertamento dell’esistenza tra le parti di un contratto di lavoro subordinato in luogo di uno di lavoro a progetto per la mancanza di uno specifico progetto, benché regolarmente denunciato e registrato, concretizza l’ipotesi di «evasione contributiva» di cui alla l. n. 388/2000, art. 116, c. 8, lett. b, e non la meno grave fattispecie di «omissione contributiva» di cui alla lett. a della medesima norma. La stipulazione di un contratto di lavoro a progetto privo dei requisiti prescritti dalla legge costituisce occultamento dei rapporti o delle retribuzioni o di entrambi e fa presumere l’esistenza della volontà del datore di lavoro di realizzare tale occultamento allo specifico fine di non versare i contributi o i premi dovuti. (1)

(1) L’EVASIONE CONTRIBUTIVA MEDIANTE LA SIMULAZIONE
CONTRATTUALE COME IPOTESI SPECIALE DI EVASIONE FISCALE

1. — Con la decisione in commento, la Cassazione, confermando la sentenza di secondo grado, è tornata a puntualizzare gli elementi costitutivi della fattispecie di «evasione contributiva» ex art. 116, c. 8, lett. b, l. n. 388/2000, rispetto alla diversa ipotesi di «omissione contributiva» ex lett. a della medesima norma. Oggetto di causa sono le cartelle di pagamento relative alle sanzioni irrogate proprio ai sensi della citata lett. b dell’art. 116, c. 8.

La vicenda vede coinvolta la società ricorrente, la quale aveva perfezionato tre contratti di lavoro a progetto procedendo all’adempimento di tutti gli obblighi di legge conseguenti: obbligatoria denuncia dei lavoratori all’Inps, richiesta di iscrizione degli stessi alla gestione separata Inps nonché versamento dei contributi, redazione buste paga e Cud.

Nel corso del giudizio di merito, la Corte d’Appello aveva, però, accertato la fittizietà di tali contratti «in quanto il progetto non possedeva alcuna delimitazione funzionale rispetto all’attività aziendale e i progetti individuati erano, in realtà, privi del necessario requisito di specificità», come invece previsto dagli artt. 61, c. 1, e 62 del d.lgs. n. 276/2003 novellati dapprima dalla l. n. 92/2012 e, in seguito, dal d.l. n. 76/2013, convertito con modifiche nella l. n. 99/2013.

I giudici di secondo grado avevano, inoltre, accertato che l’unica ragione alla base

della stipula dei tre contratti a progetto era da ricercarsi nel vantaggio, per il datore di lavoro, di pagare contributi in forma ridotta rispetto a quelli previsti per il contratto di lavoro subordinato e di conseguire, per l'effetto, un indebito risparmio (di imposta).

Dunque, la condotta della società ricorrente è stata qualificata come *evasione contributiva*: perciò le cartelle contestate sono state dichiarate legittime dai giudici di appello con conseguente debenza delle sanzioni irrogate.

La Cassazione con la decisione in commento conferma tale decisione puntualizzando gli elementi costitutivi della fattispecie di evasione contributiva.

Il primo di essi è individuato nella condotta tipica del datore consistente nell'occultare alla p.a. competente i rapporti di lavoro che costituiscono il presupposto per l'obbligazione contributiva; sul punto la Corte specifica che tale condotta «sussiste non solo quando vi sia l'assoluta mancanza di un qualsivoglia elemento documentale che renda possibile l'accertamento della posizione lavorativa o delle retribuzioni, ma anche quando ricorra un'incompleta o non conforme al vero denuncia obbligatoria, attraverso la quale viene celata all'ente previdenziale (e, quindi, occultata) l'effettiva sussistenza dei presupposti fattuali dell'imposizione».

Nel caso di specie si è proprio realizzata la seconda ipotesi di denuncia obbligatoria mendace mediante una comunicazione all'Inps riguardante tre contratti di lavoro a progetto simulati quali paravento per altrettanti effettivi rapporti di lavoro subordinato. Questi ultimi, come già detto, soggetti a un regime contributivo economicamente più oneroso per il datore rispetto ai primi.

Del resto, già in passato la Corte di Cassazione si era espressa sul punto chiarendo che il termine occultamento (di cui alla lett. *b* dell'art. 116, c. 8) non indica necessariamente l'assoluta mancanza di qualsivoglia elemento documentale che renda possibile l'eventuale accertamento della posizione lavorativa o delle retribuzioni, posto che anche soltanto attraverso la mancata (o incompleta o non conforme al vero) denuncia obbligatoria viene celata all'ente previdenziale (e, quindi, occultata) l'effettiva sussistenza dei presupposti fattuali dell'imposizione (Cass. 27.12.2011, n. 28966, in *LG*, 2012, 1181).

Viceversa, escludere dalla nozione di omissione le ipotesi in cui l'ente previdenziale sia comunque riuscito ad accertare gli inadempimenti contributivi anche dopo diverso tempo dalla loro commissione o in ritardo rispetto alle scadenze periodiche di legge «aggraverebbe la posizione dell'Ente previdenziale, imponendo allo stesso un'incessante attività ispettiva, laddove il sistema postula, anche nel suo aspetto contributivo, per la sua funzionalità, una collaborazione spontanea tra i soggetti interessati» (Cass. 7.3.2005, n. 4808, S.U., in *MGL*, 2005, n. 10, 771).

Pertanto, sussiste la fattispecie di evasione contributiva anche nell'ipotesi in cui, a seguito di ispezione dell'Ente previdenziale, il datore di lavoro abbia esibito agli ispettori il libro paga e matricola in cui siano stati registrati i lavori dipendenti per i quali, però, sia stata omessa la denuncia all'Inps e il versamento dei contributi oppure per i quali la denuncia risulti non veritiera.

«Né a contrario avviso può condurre il rilievo che, in ipotesi di registrazione dei rapporti e delle effettive retribuzioni, l'ente impositore potrebbe venire a conoscenza della situazione effettiva, atteso che tale conoscenza resterebbe, in difetto di una denuncia periodica veritiera, meramente eventuale, collegata cioè a un altrettanto eventuale accertamento (ovvero al raffronto tra i dati di cui alla denuncia obbligatoria e

quelli ricavabili dai Cud consegnati ai lavoratori), e non farebbe quindi venir meno, in relazione alla denuncia infedele, l'occultamento dei rapporti o delle retribuzioni» (Cass. 27.12.2011, n. 28966, cit.; Cass. 7.3.2005, n. 4808, S.U., cit.).

Venendo al secondo elemento costitutivo della fattispecie omissiva, esso ha natura soggettiva ed è rappresentato dalla intenzione del datore di ottenere un illegittimo vantaggio fiscale consistente nel mancato o minore versamento di contributi; nella vicenda di causa, tale scopo è stato raggiunto mediante l'artificio della simulazione di contratti a progetto in realtà privi dei requisiti di legge, primo tra tutti quello della specificità del progetto stesso.

Proprio l'elemento soggettivo rappresenta «un criterio discrezionale ben più netto tra la pura e semplice morosità e l'evasione vera e propria» (Cass. 7.3.2005, n. 4808, S.U., cit.), essendo proprio l'intenzione di conseguire un indebito risparmio di imposta il carattere distintivo della condotta di evasione contributiva; l'elemento soggettivo, specificano i giudici con la decisione in commento, è oggetto di presunzione *iuris tantum* «consentendo, anche in ipotesi di denunce omesse o non veritiere, di escludere l'ipotesi dell'evasione: la suddetta presunzione (proprio perché non assoluta) può essere vinta, con onere probatorio a carico del datore di lavoro inadempiente, attraverso l'allegazione e prova di circostanze dimostrative dell'assenza del fine fraudolento».

Infatti, «è agevole rilevare che, stante il suddetto collegamento funzionale tra denunce mensili obbligatorie e pagamento dei contributi dovuti, l'omissione o l'infedeltà della denuncia è di per sé sintomatica (ove non meramente accidentale, episodica, strettamente marginale) della volontà di occultare i rapporti e le retribuzioni al fine di evitare, nella auspicata (beninteso dal datore di lavoro infedele) e non implausibile possibilità che la mancanza di successivi accertamenti o riscontri (da attuarsi per di più nell'ambito temporale dei termini prescrizionali) consentano *de facto* di sottrarsi all'adempimento contributivo ovvero di effettuare il pagamento della contribuzione in misura inferiore al dovuto; né, d'altra parte, potrebbe altrimenti comprendersi, se non appunto ove dettata da tale fine, l'omissione nelle denunce obbligatorie di dati di cui comunque il datore di lavoro è evidentemente a conoscenza, per averli, in tesi, già altrimenti registrati» (Cass. 27.12.2011, n. 28966, cit.).

In definitiva, l'omissione contributiva si realizza quando il datore omette unicamente il versamento dei contributi dovuti e determinati nel *quantum*, avendo, però, dichiaratone fedelmente il presupposto di imposta mediante denuncia all'Inps dei rapporti di lavoro realmente perfezionati.

Viceversa, la violazione di cui alla lett. *a* – cd. *evasione contributiva* – consiste nell'inadempimento all'obbligo di fedele dichiarazione del presupposto di imposta, in tal modo sottraendo materia imponibile a imposizione al fine di conseguire un indebito risparmio di imposta.

Dunque sotto il profilo oggettivo, quello della condotta di evasione, vi è una sostanziale equivalenza tra la condotta di omessa denuncia dei rapporti di lavoro e quella di infedele denuncia dei rapporti stessi: in entrambi i casi il datore di lavoro altera la verità e completa rappresentazione del presupposto fattuale all'obbligo contributivo.

Per tale ragione, sotto l'aspetto civilistico, la stipula simulata di un contratto a progetto e la sua conseguente riqualificazione come contratto di lavoro subordinato, unitamente all'accertamento del requisito soggettivo, integra la fattispecie di evasione *ex* art. 116, c. 8, lett. *b*, con l'applicazione del regime sanzionatorio più rigido ivi previsto.

Quanto all'elemento intenzionale, deve rilevarsi un diverso orientamento (Intorcia, Morrone 2008; Cass. 27.1.2015, n. 1476, in <http://www.quotidianolavoro.ilsole24ore.com>) per il quale graverebbe sull'ente accertatore l'onere di provare la fattispecie di evasione in base ai dati in proprio possesso. Ciò con la conseguenza che anche l'elemento intenzionale dovrebbe essere accertato in concreto e non ricavato unicamente dalla diversa qualificazione civilistica dei rapporti di lavoro per altro denunciati all'Inps.

Ulteriore spunto di riflessione è offerto dalla natura tributaria riconosciuta al contributo previdenziale quale prestazione patrimoniale imposta, collegata, cioè, a un fatto economico e attraverso cui si realizza il concorso di tutti al finanziamento della spesa pubblica.

«Infatti i contributi non costituiscono parte integrante del salario ma un tributo, in quanto tale da pagare comunque e in ogni caso, indipendentemente dalle vicende finanziarie dell'azienda. Ciò trova la sua "ratio" nelle finalità, costituzionalmente garantite, cui risultano preordinati i versamenti contributivi e anzitutto la necessità che siano assicurati i benefici assistenziali e previdenziali a favore dei lavoratori» (Cass. 25.5.2011, n. 20845, S. III pen., inedita a quanto consta).

Dunque, anche il pagamento dei contributi risponde alla finalità solidaristica e redistributiva assegnata dalla Carta costituzionale (artt. 53, cc. 3 e 2) all'adempimento dell'inderogabile dovere tributario il quale sintetizza in sé il valore della tolleranza e della integrazione finalizzati a creare una società più omogenea rispetto alle condizioni di partecipazione politica, economica e sociale di ciascuno dei consociati alla vita del paese (Antonini 1996).

In particolare, i contributi previdenziali, proprio in ragione della loro funzione, esaltano quel principio di «liberazione dalla privazione» contenuto in Costituzione e inscindibilmente legato al concetto di dignità umana e uguaglianza sostanziale di cui agli artt. 2 e 3 (Baldassare 1989): essi, infatti, sono somme accantonate durante il periodo lavorativo e finalizzate alla erogazione di prestazioni sociali a beneficio del lavoratore al termine della sua vita lavorativa.

Ciò significa che imposta e contributo previdenziale condividono la medesima natura tributaria e godono della stessa copertura costituzionale.

Tuttavia, non può non rilevarsi come il contributo previdenziale sia sottoposto a una disciplina che lo rende un tributo speciale rispetto a «le altre imposte»: specialità priva di alcuna giustificazione costituzionale.

Innanzitutto, sotto il profilo della tutela giurisdizionale, mentre *ex art. 2, d.lgs. n. 546/1992*, «appartengono alla giurisdizione tributaria tutte le controversie aventi a oggetto i tributi di ogni genere e specie comunque denominati», l'art. 24, c. 5, *d.lgs. n. 46/1999*, isola la materia contributiva attribuendola alla giurisdizione ordinaria.

Tale sistema binario lascia più di qualche dubbio sul concreto rispetto del diritto a una effettiva ed efficace tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) del cittadino-contribuente nonché, guardando al lato attivo del rapporto, sull'efficacia ed efficienza (art. 97 Cost.) dell'attività di tutela dei crediti erariali da parte delle amministrazioni competenti.

Accade, per esempio, che l'avviso di accertamento con cui l'Agenzia delle entrate accerta il maggior reddito sia rilevante anche ai fini contributivi, cosicché il soggetto accertato dovrà proporre ricorso in Commissione tributaria per contestare la pretesa

fiscale di cui è titolate l'Agenzia delle entrate e dovrà adire il giudice ordinario per i debiti previdenziali nei confronti dell'Inps, sperando due differenti tipi di azione, soggette a due riti processuali diversi nell'ambito di due giurisdizioni che non comunicano tra loro. Specularmente l'Inps non è legittimata a partecipare al giudizio tributario né l'amministrazione fiscale al processo civile.

L'esigenza di coerenza complessiva dell'ordinamento imporrebbe di ricondurre i contributi previdenziali alla giurisdizione tributaria in forza della loro natura di tributi.

Un altro profilo di eccentricità dei contributi rispetto alla normativa fiscale riguarda l'assetto complessivo dei rapporti tra tutti i soggetti coinvolti nel sistema fiscale: contribuente, legislatore, p.a.

Ci si riferisce al d.l. n. 70/2011, art. 7, n. 2, lett. *d*, con cui il legislatore ha esteso lo Statuto dei diritti del contribuente (l. n. 212/2000) anche all'attività di controllo degli enti previdenziali.

Tuttavia, l'estensione è limitata all'art. 12, c. 7, e non a tutte le disposizioni statutarie, le quali, «in attuazione degli artt. 3, 23, 53 e 97 della Costituzione, costituiscono principi generali dell'ordinamento tributario» (art. 1, l. n. 212/2000) e, come tali, sono regolatrici di qualsiasi rapporto di natura tributaria a prescindere da quale sia l'ente accertatore (Inps, Agenzia delle entrate, Ente locale) o la tipologia di tributo.

Al contrario, il legislatore pare abbia voluto isolare, ancora una volta, la materia contributiva negando l'integrale applicazione dello Statuto, che pure si configura come legge fiscale generale contenente dei vincoli sia per il legislatore (artt. 1-4) che per la p.a. (artt. 5 ss.).

Riferimenti bibliografici

- Antonini L. (1996), *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Giuffrè, Milano, 196 ss.
Baldassarre A. (1989), voce *Diritti sociali*, in *EGT*, XI, 10.
Intorcchia M., Morrone A. (2008), *Omissioni contributive e sanzioni*, in Fonzo F. *et al.* (a cura di), *La Contribuzione previdenziale*, Giuffrè, Milano, 301 ss.

Riccardo Barletta
*Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale
presso l'Università di Parma*

INDICE

ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

CONTRIBUZIONE PREVIDENZIALE

Contratto di lavoro a progetto fittizio ed effettivo rapporto di subordinazione – Evasione degli obblighi contributivi – Sanzioni – Cartelle di pagamento. 663

CONTROLLI SUL LAVORATORE

Controlli difensivi – Indebiti accessi a internet – Licenziamento disciplinare – Art. 4 St. lav. – Violazione della privacy – Non sussiste. 560

Licenziamento disciplinare – Art. 4 St. lav. – Controlli difensivi – Utilizzabilità delle prove – Tutela del patrimonio aziendale. 588

CONTROVERSIE DI LAVORO E PREVIDENZA

Licenziamento individuale – Giudizio *ex art.* 1, commi 47 ss., l. n. 92/2012 – Giudizio di opposizione *ex art.* 1, c. 51, l. n. 92/2012 – *Mutatio libelli* – *Emendatio libelli*. 602

Licenziamento individuale – Licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo – Art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23/2015 – Principio della vicinanza della prova – Art. 5, l. n. 604/1966. 617

DISCRIMINAZIONI

Rinvio pregiudiziale – Direttiva n. 2000/78/Ce – Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro – Art. 2, par. 1 – Art. 2, par. 2, lett. *a* – Art. 6, par. 1 – Discriminazione fondata sull'età – Contratto di lavoro intermittente che può essere concluso con soggetti con meno di 25 anni di età – Cessazione automatica del contratto quando il lavoratore compie 25 anni. 545

DISTACCO TRANSNAZIONALE

Contribuzione previdenziale – Regolamento n. 1408/71 – Art. 14, par. 2, lett. *a* – Regolamento n. 574/72 – Art. 12-*bis*, punto 1-*bis* – Lavoratori distaccati in altro Stato membro – Succursale svizzera – Certificato E101 – Forza probatoria. 645

FERIE

Mancato godimento – Indennità sostitutiva – Prescrizione – Termine – Decorrenza – Risoluzione del rapporto di lavoro. 622

INFORTUNI E MALATTIE PROFESSIONALI

Responsabilità del datore di lavoro o dei terzi – Rivalsa dell'ente assicuratore – Azione di regresso per le prestazioni erogate – Termine triennale – Natura – Overruling – Effetti – Decadenza – Non sussiste – Riqualficazione dell'eccezione a opera del giudice – Sussiste. 639

LAVORO A TEMPO PARZIALE

Altra attività lavorativa – Interpretazione del regolamento aziendale – Valutazione in concreto dell'incompatibilità – Art. 2104 c.c. – Art. 2105 c.c. 583

Altra attività lavorativa – Valutazione in concreto dell'incompatibilità – Licenziamento disciplinare – Controllo giudiziale. 583

LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

D.lgs. n. 23/2015 sul contratto a tutele crescenti – Norma sulla tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo – Referendum abrogativo – Inammissibilità della richiesta. 523

Giustificato motivo oggettivo – Art. 3, l. n. 604/1966 – Soppressione del posto di lavoro – Obbligo di *repechage* – Mansioni inferiori promiscue – Illegittimità del licenziamento. 577

Insussistenza del g.m.o. – Rivendicazione delle differenze retributive – Licenziamento ritorsivo – Nullità. 627

Licenziamento disciplinare – Previsioni del contratto collettivo – Derogabilità da parte del giudice – Non sussiste. 596

Reintegrazione nel posto di lavoro – Risarcimento del danno – Opzione alla reintegrazione – Ingunzione in materia civile – Prova scritta. 607

RAPPRESENTANZE SINDACALI UNITARIE

Decadenza del componente per cambiamento di appartenenza sindacale – Iscrizione ad altro sindacato – Esclusione. 633

Decadenza del componente per cambiamento di appartenenza sindacale – Iscrizione ad altro sindacato – Necessità. 633

Diritto a indire l'assemblea da parte del singolo componente – Sussistenza.	565
Tutela del pluralismo – Principio di maggioranza – Limiti.	565
TRASFERIMENTO DEL LAVORATORE	
Art. 33, c. 5, l. n. 104/1992 – Mobilità orizzontale ai sensi dell'art. 2103, c. 1, c.c. – Onere della prova.	612
Domanda trasferimento ai sensi dell'art. 33, c. 5, l. n. 104/1992 – Mobilità orizzontale ai sensi dell'art. 2103, c. 1, c.c. – <i>Ius variandi</i> – Onere della prova.	612
Domanda trasferimento ai sensi dell'art. 33, c. 5, l. n. 104/1992 – Mobilità orizzontale ai sensi dell'art. 2103, c. 1, c.c. – Onere della prova.	612
TRASFERIMENTO DI AZIENDA	
Successione nei rapporti di lavoro – Consenso del lavoratore – Necessità – Esclusione.	592

