

PARTE II
GIURISPRUDENZA

IL CASO

Lorenzo Giasanti (*)

IL LICENZIAMENTO DEL LAVORATORE NELLE IMPRESE SEQUESTRATE E CONFISCATE

SOMMARIO: 1. La questione. — 2. Alcune problematiche processuali. — 3. Il lavoro nel contesto delle misure patrimoniali nel procedimento di prevenzione di cui al d.lgs. n. 159/2011. — 4. L'art. 56 del d.lgs. n. 159/2011 e i rapporti di lavoro delle imprese sequestrate. — 5. Fallimento e tutela del lavoro. — 6. Principi costituzionali e necessità di bilanciamento.

1. — *La questione* — I casi in commento riguardano due licenziamenti nell'ambito di esercizi commerciali: un noto hotel e un bar facente parte di una conosciuta catena nella zona di Roma. In entrambi i casi i provvedimenti di recesso non hanno seguito il normale *iter* procedimentale in materia di licenziamento, trattandosi di imprese che, nel momento in cui sono stati risolti i rapporti di lavoro (1), erano sottoposte a misure patrimoniali nell'ambito del procedimento di prevenzione di cui al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (2), e al controllo di un amministratore giudiziario nominato dal tribunale.

Entrambi i provvedimenti sono particolarmente interessanti perché fanno emergere una singolare situazione di supposta non applicabilità della normativa in materia di licenziamento, che appare correlata, più che alla situazione soggettiva del prestatore di lavoro, come accade negli eccezionali casi di libera recedibilità tuttora ammessi dall'ordinamento, alla situazione contingente in cui l'impresa si trova a operare.

(*) Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Milano «Bicocca».

(1) Tale specificazione non è casuale, posto che il noto hotel di Roma è stato recentemente oggetto di dissequestro e restituito ai proprietari (Cfr. L. Musolino, in <https://www.Ilfattoquotidiano.it>, 9.12.2017; R. Galullo, in <https://ilsole24ore.it>, 22.4.2016).

(2) Il Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, oggetto anche di recente modifica a opera della l. 17 ottobre 2017, n. 161, e del d.l. 25 luglio 2018, n. 91, convertito in l. 21 settembre 2018, n. 108.

Si tratta, in realtà, di una situazione che non sembra fondarsi su di un chiaro ed esplicito riferimento normativo, ma derivante da un orientamento interpretativo della giurisprudenza consolidatosi negli ultimi anni (3), che ritiene applicabile anche ai rapporti di lavoro la facoltà che l'art. 56, comma 1, del d.lgs. n. 159/2011 riconosce all'amministratore giudiziario (4) di risolvere «un contratto relativo all'azienda sequestrata» (5).

E al contrario di quanto accade nelle procedure fallimentari, in cui comunque la giurisprudenza è prevalente nel ritenere che «la dichiarazione di fallimento di una società non costituisca di per sé motivo sufficiente a giustificare la risoluzione dei rapporti di lavoro in essere» (6), nel caso di sequestro dell'azienda operato ai sensi del d.lgs. n. 159/2011, secondo la giurisprudenza «è legittima la risoluzione del rapporto di lavoro disposta dall'amministratore giudiziario [...] sicché il licenziamento non ha natura disciplinare e non trovano applicazione le relative garanzie, ferma soltanto la necessità della specificazione dei motivi del recesso, che resta tuttavia soddisfatta dal richiamo alla procedura e al decreto del tribunale» (7).

Come affermato dal Tribunale di Roma «il procedimento ex art. 56 del d.lgs. n. 159/2011, con i suoi presupposti, deve ritenersi integralmente sostitutivo del complesso normativo a tutela dei licenziamenti» (8). Si tratta,

(3) Oltre ai due provvedimenti in commento, vd. Cass. 9.3.2018, n. 21166, S. pen., inedita a quanto consta; Cass. 27.4.2017, n. 10439, inedita a quanto consta; Cass. 10.7.2015, n. 14467, in *MGL*, 2015. *Contra*, C. App. Palermo 20.3.2014, inedita a quanto consta.

(4) Con il provvedimento con il quale dispone il sequestro dell'azienda, il tribunale nomina un amministratore giudiziario, che quando deve occuparsi di un complesso aziendale deve essere scelto tra gli iscritti nella sezione di esperti in gestione aziendale dell'Albo nazionale degli amministratori giudiziari (art. 35, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 159/2011, come modificato dalla l. 17 ottobre 2017, n. 161).

(5) Ai sensi dell'art. 56, comma 1, d.lgs. n. 159/2011: «Se al momento dell'esecuzione del sequestro un contratto relativo all'azienda sequestrata o stipulato dal proposto in relazione al bene in stato di sequestro deve essere in tutto o in parte ancora eseguito, l'esecuzione del contratto rimane sospesa fino a quando l'amministratore giudiziario, previa autorizzazione del giudice delegato, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del proposto, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di risolvere il contratto, salvo che, nei contratti a effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto. La dichiarazione dell'amministratore giudiziario deve essere resa nei termini e nelle forme di cui all'articolo 41, commi 1-*bis* e 1-*ter*, e, in ogni caso, entro sei mesi dall'immissione nel possesso».

(6) Cass. 11.1.2018, n. 522, in *RIDL*, n. 3, II, 529 ss. Vd. *infra* una sintesi dell'ampio dibattito sul punto.

(7) Così Cass. 19.10.2018, n. 26478, in commento, che richiama Cass. 10.7.2015, n. 14467, cit.

(8) T. Roma 19.10.2018, in commento.

in sostanza, del riconoscimento da parte dei giudici che nell'ambito della procedura di sequestro di un'azienda possa ritenersi legittimo il licenziamento di un lavoratore senza giusta causa o giustificato motivo. Tutto questo in virtù «della natura di normativa speciale e di ordine pubblico» dell'art. 56, d.lgs. n. 159/2011, che «concede legittimità al fatto risolutivo negoziale proprio in ragione della fonte "*iure imperii*" dell'atto genetico di tale potere ed esclude pertanto l'applicabilità della normativa lavoristica della l. n. 604 del 1966» (9). E se da un lato si riconosce la necessità «dell'obbligo di adeguata motivazione dell'atto di risoluzione del rapporto che costituisce, invero, il precipitato di un principio di ordine generale dell'ordinamento», dall'altro si ammette però che la motivazione «si può anche ricavare *per relationem* dal contenuto del provvedimento autorizzativo del giudice delegato» (10).

Tale posizione non convince, e nel prosieguo si tenterà di argomentare le ragioni che inducono a ritenere che anche in tali casi debba applicarsi per intero la normativa in materia di licenziamento.

2. — *Alcune problematiche processuali* — In realtà un primo ripensamento sulla disciplina applicabile è stato già operato dalla giurisprudenza in relazione alla normativa processuale.

In un primo momento, infatti, la giurisprudenza sembrava orientata per una completa autonomia della gestione dei rapporti di lavoro nell'ambito del sequestro in prevenzione. Si era infatti inizialmente ritenuto applicabile in tali casi il procedimento di cui all'art. 40, comma 4, d.lgs. n. 159/2011, con il riconoscimento della competenza funzionale del giudice delegato dal tribunale per la gestione del bene sequestrato anche nei casi di licenziamento. Secondo tale orientamento «argomentare diversamente, nel senso cioè che le violazioni commesse dall'amministratore giudiziario nell'applicazione delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 159/2011 possano essere giudicate da un giudice differente da quello individuato dall'art. 40, comma 4, dello stesso d.lgs., e secondo modalità alternative, comporterebbe peraltro l'inammissibile conseguenza dell'aggiramento del termine decadenziale ivi previsto, con sostanziale sua vanificazione» (11), riferendosi al termine di 15 giorni stabilito dall'art. 40, comma 4, d.lgs. n. 159/2011.

Come emerge da entrambe le pronunce in commento, invece, tale orientamento è stato infine superato dalla Suprema Corte, che ha condivi-

(9) Cass. 9.3.2018, n. 21166, S. pen., cit.

(10) *Ivi*.

(11) T. Roma 14.1.2016, in *ilgiuslavorista.it*, 16 febbraio 2016.

sibilmente ritenuto competente a giudicare la questione il giudice del lavoro, posto che «non vi è dunque norma che consenta di ritenere sussistente una competenza funzionale esclusiva della Sezione misure di prevenzione del tribunale penale in ordine al recesso, da parte dell'amministratore giudiziario, nei confronti di un dipendente di impresa sottoposta ad amministrazione giudiziaria» (12). Seppur non venga esplicitamente affermato dal giudice di legittimità, sembrerebbe coerente con tale impostazione ritenere che, per l'impugnazione di tale recesso, anche per la Suprema Corte sia comunque implicitamente applicabile il termine di decadenza di 60 più 180 giorni di cui all'art. 6, l. n. 604/1966, e non quello di 15 giorni di cui all'art. 40, comma 4, d.lgs. n. 159/2011, come invece aveva suggerito il Tribunale di Roma nel 2016.

Particolarmente interessante risulta la motivazione dell'ordinanza in commento laddove sottolinea come la posizione del lavoratore che richiama la reintegrazione nel posto di lavoro non possa considerarsi assimilabile ai diritti di credito dei terzi di cui all'art. 52, comma 1, d.lgs. n. 159/2011, visto che ciò che il lavoratore invoca è «la tutela di un interesse ulteriore e distinto rispetto ai meri diritti patrimoniali di credito che concorrono, ai sensi dell'art. 52, comma 2, al riparto sul valore dei beni o dei compensi aziendali» (13). Tale interesse ulteriore e distinto del lavoratore viene, però, valutato unicamente sul piano processuale, con l'esclusione di «una onnicomprensiva competenza funzionale esclusiva del giudice delegato o del tribunale di prevenzione» e il conseguente riconoscimento del giudice del lavoro quale organo competente.

3. — *Il lavoro nel contesto delle misure patrimoniali nel procedimento di prevenzione di cui al d.lgs. n. 159/2011* — Per quanto concerne il merito della questione, invece, la giurisprudenza si è attestata sull'applicabilità *sic et simpliciter* dell'art. 56, d.lgs. n. 159/2011, anche ai rapporti di lavoro e la conseguente facoltà per l'amministratore giudiziario di risolvere qualunque rapporto di lavoro in essere senza dover applicare la normativa in materia di licenziamento. Per verificare la tenuta giuridica di tale posizione è innanzitutto opportuno circoscrivere il contesto di riferimento della legge ritenuta applicabile.

(12) Cass. 27.4.2017, n. 10439, cit. Nello stesso senso: Cass. 19.10.2018, n. 26478, cit.; Cass. 10.7.2015, n. 14467, cit. Si tenga presente che anche in merito alle procedure concorsuali il giudice del lavoro rimane competente per le liti sui licenziamenti.

(13) T. Roma 19.10.2018, che richiama il precedente di T. Roma 26.1.2015, inedita a quanto consta.

Il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (14), consiste in un articolato provvedimento che rappresenta l'attuale preminente riferimento normativo di tutte le misure di prevenzione *ante delictum*, personali e patrimoniali, applicabili a specifici soggetti in relazione a una loro pericolosità generica (15) ovvero qualificata (16).

L'utilizzo dello strumento ablativo del sequestro e della confisca dei beni è stato da tempo considerato uno dei migliori strumenti per un più fattivo contrasto al fenomeno mafioso (17), anche se l'attuale ampio allargamento dell'ambito applicativo delle misure social-preventive è stato oggetto di forti perplessità, in dottrina come in giurisprudenza (18), vista la rilevante e delicata compressione di diritti fondamentali, giustificabile soltanto allorché si tratti della necessaria «tutela di interessi primari rispetto a fenomeni criminali di straordinaria pericolosità (su tutti, crimine organizzato di tipo mafioso o eversivo-terroristico)» (19).

Nell'attuale assetto normativo le misure di prevenzione patrimoniali sono ora disposte e disciplinate agli artt. 16 ss. del d.lgs. n. 159/2011. Una delle attuali caratteristiche di tale disciplina è senza dubbio l'attenzione attribuita alla gestione e alla destinazione dei beni sequestrati e confiscati, che comincia a emergere nell'ordinamento a partire dalla l. n. 109/1996 e si è

(14) Su cui vd., per tutti, Cassibba 2019.

(15) Si tratta dei casi previsti dall'art. 1, d.lgs. n. 159/2011, senza un riferimento a particolari fattispecie di reato: a) coloro che debbano ritenersi abitualmente dediti a traffici delittuosi; b) coloro che per la condotta e il tenore di vita debba ritenersi che vivono abitualmente con i proventi di attività delittuose; c) coloro che per il loro comportamento debba ritenersi che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica.

(16) Correlata a coloro che sono indiziati di aver commesso specifici reati. L'art. 4, d.lgs. n. 159/2011, oltre ai casi di pericolosità generica, contempla gli indiziati «di appartenere alle associazioni di cui all'art. 416-bis c.p.», o gli indiziati di aver commesso diverse altre tipologie di reato molto eterogenee fra loro, tra cui i reati con finalità di terrorismo, banda armata o sequestro di persona, ma anche tipologie di gravità molto meno marcata, come lo *stalking*, o coloro che siano «dediti alla commissione di reati che mettono in pericolo l'ordine e la sicurezza pubblica, ovvero l'incolumità delle persone in occasione o a causa dello svolgimento di manifestazioni sportive».

(17) Già nella legge n. 575/1965 (cd. legge antimafia) era stata introdotta una cauzione patrimoniale. È con la legge Rognoni-La Torre, l. n. 646/1982, che vengono introdotti gli strumenti di sequestro e confisca a fini di prevenzione.

(18) Si vd., ad esempio, l'intervento della C. Edu 23.2.2017, *de Tommaso c. Italia*, che ha espresso forti dubbi sulle fattispecie a pericolosità generica, o le recenti pronunce della C. cost. n. 24 e n. 25 del 27.2.2019, in *GDir.*, 2019, 15, 56 ss..

(19) Lanzi, 2019, 72.

accentuata nel corso degli anni, con la creazione dell'Agencia per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata (di seguito, Anbsc) nel 2010, che vede prevalere il chiaro ed esplicito intento del legislatore di restituire tali beni, costituiti in molti casi da imprese (20), alla collettività, attraverso l'introduzione di strumenti regolativi necessari per una loro gestione razionale ed efficace.

L'attività affidata all'amministratore giudiziario, anche dopo le modifiche introdotte dalla recente legge n. 161/2017, è ora improntata a una vera e propria gestione paraimprenditoriale del bene sequestrato, soprattutto quando si tratta di imprese, per via del forte impatto «sul tessuto economico-produttivo e sull'occupazione, nonché per la scommessa simbolica costituita dalla capacità di mantenerle sul mercato in un contesto di legalità» (21).

E la tutela del lavoro, e dei lavoratori occupati in tali imprese, appare un elemento non secondario della finalità sottesa al procedimento stesso, improntato prima di tutto alla rivitalizzazione delle imprese sequestrate e alla loro restituzione al territorio (22).

4. — *L'art. 56 del d.lgs. n. 159/2011 e i rapporti di lavoro delle imprese sequestrate* — Già nel contesto sopra delineato appare dubbio che l'art. 56 possa considerarsi applicabile ai rapporti di lavoro e che possa concedere all'amministratore giudiziario l'enorme potere di recedere, sostanzialmente *ad nutum*, dai rapporti di lavoro di coloro che sono occupati nell'impresa sottoposta a sequestro, senza una espressa previsione in tal senso.

Il dubbio si rafforza dall'analisi testuale dello stesso articolo 56 e dei rinvii in esso operati. Innanzitutto i riferimenti contenuti nel comma 1 dell'art. 56 paiono già indicativi. Ci si riferisce a un contratto «relativo all'azienda sequestrata» o stipulato «in relazione al bene in stato di sequestro»

(20) Se infatti si guardano i dati in possesso dell'Anbsc risulta che il numero di immobili confiscati in gestione all'Agencia sono cresciuti da quasi 3.000 nel 2010 a più di 17.000 nel 2018, mentre le aziende oggetto di confisca sono passate da circa 1.300 nel 2010 a più di 2.900 nel 2018. Se dai dati emerge come gran parte di queste siano società a responsabilità limitata o imprese individuali, e quindi normalmente piccole o piccolissime imprese, non mancano i casi di imprese grandi o medio-grandi che occupano molti lavoratori. Secondo le stime della Fondazione dei commercialisti, al 31 dicembre 2015 poteva contarsi un numero di lavoratori dipendenti di imprese attive superiore alle 8.300 unità (D'amore *et al.* 2016, 6).

(21) Anbsc 2011, 36.

(22) In tal senso l'art. 34, l. n. 161/2017, aveva previsto una esplicita delega, attuata con d.lgs. n. 72/2018, per introdurre nel Codice antimafia norme più specifiche per la tutela dei lavoratori.

che debba essere «in tutto o in parte ancora eseguito», con l'esclusione dei contratti a effetti reali quando «sia già avvenuto il trasferimento del diritto». Sembra, quindi, che i riferimenti siano a contratti civili o commerciali, traslativi di un diritto di credito o di un diritto di proprietà, quando il trasferimento non si sia ancora definitivamente compiuto.

Tale lettura si consolida ulteriormente quando si va a esaminare il contenuto dell'art. 41, comma 1-*ter*, a cui l'art. 56 esplicitamente rimanda. La norma, che contiene le principali indicazioni per l'amministratore giudiziario tenuto a predisporre la relazione da allegare sullo stato dell'impresa sequestrata, si compone di due periodi separati da un punto.

Nella prima parte sono contenuti i riferimenti ai contratti civili e commerciali. L'amministratore, infatti, «allega l'elenco nominativo dei creditori e di coloro che vantano diritti reali o personali, di godimento o di garanzia, sui beni ai sensi dell'articolo 57, comma 1, specificando i crediti che originano dai rapporti di cui all'articolo 56, quelli che sono collegati a rapporti commerciali essenziali per la prosecuzione dell'attività e quelli che riguardano rapporti esauriti, non provati o non funzionali all'attività d'impresa». Ecco che si rinviene lo specifico riferimento all'art. 56, il cui significato appare evidentemente correlato ai contratti relativi a diritti reali, personali, di godimento o di garanzia sui beni soggetti a sequestro, che non siano ancora stati eseguiti, e non ai rapporti di lavoro in essere.

È solo nella seconda parte dell'art. 41, comma 1-*ter*, che viene non casualmente separata dalla prima con un punto e con l'avverbio «altresì», che si fa riferimento ai rapporti di lavoro in essere nell'impresa sottoposta a sequestro. L'amministratore giudiziario è infatti tenuto ad allegare «altresì l'elenco nominativo delle persone che risultano prestare o avere prestato attività lavorativa in favore dell'impresa, specificando la natura dei rapporti di lavoro esistenti nonché quelli necessari per la prosecuzione dell'attività; riferisce in ordine alla presenza di organizzazioni sindacali all'interno dell'azienda alla data del sequestro e provvede ad acquisire loro eventuali proposte sul programma di prosecuzione o di ripresa dell'attività, che trasmette, con il proprio parere, al giudice delegato».

Ma non è tutto. Il successivo art. 41-*ter*, comma 4, inserito dall'articolo 16, comma 1, della legge 17 ottobre 2017, n. 161, nell'ambito di una norma che disciplina l'istituzione di tavoli permanenti sulle imprese sequestrate a livello provinciale presso le prefetture a cui partecipano rappresentanti delle associazioni sindacali più rappresentative, appare aggiungere un ulteriore tassello sul piano interpretativo. Secondo tale norma, infatti, «il prefetto, su richiesta di una delle associazioni dei datori di lavoro o delle organizzazioni sindacali dei lavoratori più rappresentative sul piano nazionale interessate,

può convocare apposite riunioni tra le medesime associazioni e organizzazioni sindacali e l'amministratore. Le parti sono tenute a operare nel rispetto delle norme in materia di diritto del lavoro e di relazioni sindacali».

Si tratta di una norma inserita con evidente riferimento a casi in cui l'impresa sequestrata possa essere significativa sul piano locale o nazionale, dal punto di vista del numero dei lavoratori impiegati o dell'importanza dell'impresa nel mercato di riferimento. Appare, però, difficile ritenere che il necessario rispetto delle norme lavoristiche possa essere riferito soltanto alle riunioni prefettizie con la presenza delle organizzazioni sindacali. O, anche, pensare che si possa applicare la normativa in materia di diritto del lavoro nei limitati casi in cui siano intervenute le organizzazioni sindacali più rappresentative interessate a una specifica azienda sequestrata. O ancora ritenere che il riferimento possa valere per la disciplina dei licenziamenti collettivi e non per quella dei licenziamenti individuali. Del resto, l'amministratore giudiziario è sempre tenuto a verificare le eventuali proposte delle organizzazioni sindacali presenti all'interno dell'impresa sequestrata in merito alla prosecuzione dell'attività indipendentemente dalla convocazione del prefetto, secondo quanto disposto dal comma 1-ter del precedente articolo 41.

A parere di chi scrive, al contrario, tale ultima parte del comma 4 dell'art. 41-ter ha un chiaro e importante significato: quello di ritenere applicabile la disciplina lavoristica quando l'amministratore giudiziario deve valutare le conseguenze sulla forza lavoro in essere nell'impresa. Il riferimento al necessario rispetto delle norme lavoristiche sembra, cioè, un generico monito riferito a tutti coloro che, nell'ambito del sequestro in prevenzione di un'azienda, si trovino innanzi lavoratori che nulla potrebbero aver a che fare con le ragioni che hanno portato al sequestro dell'azienda. Appare, quindi, più coerente sul piano interpretativo ritenere che il legislatore del 2017 abbia ritenuto di dover ribadire un concetto già desumibile dal testo ma da ribadire in sede di riforma, e cioè che per quanto concerne i rapporti di lavoro in essere nell'impresa sottoposta a sequestro e confisca sia sempre e comunque necessario applicare le norme in vigore in materia di diritto del lavoro e di diritto sindacale.

Anche solo da una prima analisi testuale del d.lgs. n. 159/2011 appare, quindi, più convincente ritenere che le questioni inerenti ai rapporti di lavoro siano del tutto estranee al contenuto dell'articolo 56, d.lgs. n. 159/2011. L'amministratore giudiziario, quale rappresentante *pro tempore* dell'impresa sequestrata, avrebbe la possibilità di recedere dai rapporti di lavoro applicando, tanto sul piano sostanziale quanto su quello processuale, l'ordinaria normativa in materia di licenziamento individuale o collettivo.

5. — *Fallimento e tutela del lavoro* — Una ulteriore prospettiva interpretativa passa necessariamente per una verifica circa la modalità con cui la tutela del lavoro è stata regolata nell'ambito delle procedure fallimentari.

Proprio perché sussistono evidenti somiglianze tra l'art. 56, d.lgs. n. 159/2011, e l'art. 72 della legge fallimentare (23), a cui con tutta evidenza l'art. 56 è ispirato, prevedendo entrambi la possibilità per la persona incaricata di gestire *pro tempore* l'impresa – amministratore giudiziario in un caso e curatore fallimentare nell'altro – di scegliere se subentrare nel contratto assumendone i relativi obblighi o sciogliersi dal rapporto contrattuale pendente.

E infatti, uno degli aspetti su cui la riforma del 2017 è intervenuta sul procedimento di sequestro in prevenzione è stato l'ambito relativo alla tutela dei terzi e i rapporti con le procedure concorsuali, che costituisce proprio l'intestazione del Titolo IV del d.lgs. n. 159/2011, nel quale è inserito l'articolo 56. Il ruolo dell'amministratore giudiziario, pur in situazioni in cui lo stato di insolvenza dell'impresa sequestrata è soltanto eventuale (24), è stato reso più simile a quello del curatore fallimentare. Egli deve, infatti, stilare un elenco dei creditori, fare le opportune verifiche, e predisporre un progetto con un piano di pagamento dei crediti da presentare al giudice delegato. Successivamente alla presentazione delle domande dei creditori, il procedimento prosegue, seguendo in sostanza il percorso previsto dalla procedura fallimentare, con l'amministratore giudiziario quale curatore.

In tale contesto un sintetico richiamo al complesso dibattito che ha attraversato nel corso del tempo il rapporto tra procedura fallimentare e tutela del lavoro può essere di aiuto nel caso in esame.

La sorte dei rapporti di lavoro nel momento in cui si apre la procedura fallimentare è sempre stata oggetto di ampio dibattito, non essendo previste delle norme specificamente applicabili al rapporto di lavoro nella legge

(23) Nella configurazione successiva alla modifica operata dall'art. 57 del d.lgs. n. 5/2006, che ha modificato il precedente riferimento a «un contratto di vendita» con un più generico «un contratto», estendendo l'ambito applicativo alla generalità dei rapporti pendenti.

(24) Il d.lgs. n. 159/2011, nel successivo art. 63, disciplina anche i casi in cui l'impresa sottoposta a sequestro si trova in concreto a essere insolvente. Ai sensi dell'art. 63, d.lgs. n. 159/2011, nel caso in cui il sequestro sia precedente allo stato di insolvenza può presentare istanza di fallimento davanti al giudice fallimentare il debitore, i creditori o il Pubblico Ministero, autonomamente o su segnalazione dell'amministratore giudiziario. Dopo la dichiarazione di fallimento i beni assoggettati a sequestro o confisca sono esclusi dalla massa fallimentare e consegnati all'amministratore giudiziario.

fallimentare (25), ferma comunque la previsione dell'art. 2119, comma 2, c.c., secondo cui non costituisce giusta causa di risoluzione il fallimento dell'imprenditore (26). I problemi interpretativi erano stati in parte mitigati sul piano applicativo dalla possibilità prevista dall'art. 3, l. n. 223/1991, dell'intervento della cassa integrazione straordinaria nel caso in cui l'attività d'impresa non fosse cessata e ci fossero prospettive di ripresa o continuazione dell'attività. Il venir meno di tale possibilità a partire dal 2016 (27) ha però fatto riemergere le problematiche legate all'articolo 72 della legge fallimentare.

L'applicabilità dell'art. 72 della legge fallimentare (di seguito, l. fall.) ai rapporti di lavoro subordinati è oggetto di differenti orientamenti in dottrina.

Un primo orientamento ritiene che l'art. 72, l. fall., debba applicarsi anche ai rapporti di lavoro subordinato, sebbene vi sia chi opta per ritenere che il curatore avrebbe la possibilità di scioglimento senza alcuna giustificazione (28), chi ritiene che la cessazione debba comunque essere qualificata quale licenziamento con l'applicazione della relativa disciplina limitativa (29), e chi sostiene la prevalenza della legislazione fallimentare, salvo specifiche ipotesi di prevalenza delle norme lavoristiche (30).

(25) Nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (in *G.U.*, 14 febbraio 2019, n. 38), in attuazione della legge delega n. 155/2017, è esplicitamente esclusa l'applicabilità della norma che consente al curatore di recedere dai contratti pendenti ai lavoratori subordinati (art. 97), che sono invece oggetto di specifica regolamentazione (art. 189). Tra i primi commentatori vd. Caiafa 2018.

(26) Il nuovo Codice della crisi d'impresa ha previsto la sostituzione del c. 2 dell'art. 2119 c.c., con effetto decorsi diciotto mesi dalla pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* del d.lgs. n. 14/2019. Ai sensi del nuovo testo: «Non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto la liquidazione coatta amministrativa dell'impresa. Gli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti di lavoro sono regolati dal Codice della crisi e dell'insolvenza».

(27) L'art. 3, l. n. 223/1991, è stato infatti abrogato dalla l. n. 92/2012 a far data dal 1° gennaio 2016. Peraltro, la l. n. 109/1996 aveva esteso la disciplina dell'intervento straordinario di integrazione salariale e di collocamento in mobilità di cui all'art. 3, l. n. 223/1991, anche ai lavoratori delle aziende sottoposte a sequestro o confisca, che è quindi venuto meno anche nei confronti di tali lavoratori, fino alla recente possibilità di uno specifico trattamento di sostegno al reddito introdotto dal d.lgs. n. 72/2018.

(28) Riva 2009, 313.

(29) Magnani 2017, 1378; Pessi 2010, 353.

(30) Marazza 2015, 11. In tale prospettiva viene ad esempio richiamato l'art. 50, d.lgs. n. 270/1999, in materia di amministrazione straordinaria, che prevede che il

Un secondo orientamento sostiene, al contrario, l'inapplicabilità dell'art. 72, l. fall., ai rapporti di lavoro subordinato (31). Alla base di tale opzione interpretativa si sottolinea la sostanziale inconciliabilità tra la disciplina prevista dalla legge fallimentare e le regole lavoristiche, che hanno quale presupposto principi fondamentali dell'architettura costituzionale, che risulterebbe «*in toto* contraddetto, dietro una apparenza superficiale di armonia, dall'applicazione dell'art. 72» (32).

In giurisprudenza, sebbene l'orientamento che esclude l'applicabilità *tout court* dell'art. 72 sia rimasto minoritario (33), si è consolidato nel tempo un approccio interpretativo intermedio che, pur ritenendo applicabile l'art. 72, l. fall., anche ai rapporti di lavoro, salvaguarda le esigenze di tutela del prestatore di lavoro, imponendo al curatore il rispetto della disciplina lavoristica. Per la giurisprudenza maggioritaria, quindi, a seguito della dichiarazione di fallimento anche il rapporto di lavoro entra in una fase di sospensione (34) *ex* art. 72, l. fall., in attesa che il curatore decida se subentrare nel rapporto di lavoro, diventando a tutti gli effetti parte del rapporto, ovvero se recedere dal contratto. Quando, però, il curatore decida di recedere dovrà applicare le norme in materia di licenziamento. Secondo tale lettura, infatti, «ove il curatore intenda sciogliersi dal rapporto di lavoro dovrà farlo nel rispetto delle norme limitative dei licenziamenti individuali e collettivi, non essendo in alcun modo sottratto ai vincoli propri dell'ordinamento lavoristico perché la necessità di tutelare gli interessi della procedura fallimentare non esclude l'obbligo del curatore di rispettare le norme in generale previste per la risoluzione dei rapporti di lavoro» (35).

A prescindere dalla posizione sostenuta in merito all'applicabilità dell'art. 72, l. fall., ai rapporti di lavoro, quindi, sembra prevalere la necessità di tenere in ogni caso in considerazione la normativa in materia di licen-

commissario possa sciogliersi dai contratti in essere, con l'esplicita esclusione dei «contratti di lavoro subordinato, in rapporto ai quali restano ferme le disposizioni vigenti».

(31) Lassandari 2018, 10; Tullini 2014, 217; Vallauri 2013, 64. Sulla precedente disciplina, cfr. Alleva 1975, 216.

(32) Lassandari 2018, 11.

(33) Cfr. C. App. Torino 29.11.2001, in *RCDL*, 2002, 197 ss.; T. Roma 18.11.1971, in *RGL*, 1972, II, 79 ss.

(34) Cass. 14.5.2012, n. 7473, in *FI*, 2012, n. 9, I, 2357 ss.

(35) Cass. 22.10.2018, n. 26671, in *GDir.*, 2018, n. 46, 68 ss.; Cass. 23.3.2018, n. 7308, in *RIDL*, 2018, n. 3, II, 490 ss.; Cass. 11.1.2018, n. 522, cit.; Cass. 11.11.2011, n. 23665, in *RCDL*, 2011, n. 4, 1005 ss.; Cass. 23.9.2011, n. 19406, in *GDir.*, 2011, n. 45, 56 ss.; Cass. 2.3.2009, n. 5033, in *GDir.*, 2009, n. 14, 59 ss.

ziamento, in grado di tutelare diritti fondamentali del lavoratore subordinato anche nel corso della procedura fallimentare (36).

Se questo è lo stato di fatto di un lungo e difficile percorso interpretativo che vede la necessità di trovare un punto di incontro tra principi divergenti propri del diritto fallimentare e del diritto del lavoro, in un caso in cui l'impresa si trova, comunque, in stato di insolvenza, appare difficilmente comprensibile come, nell'ambito del procedimento di sequestro in prevenzione, si possa dare una lettura dell'art. 56 del d.lgs. n. 159/2011 così netta come quella fatta propria dalle pronunce in commento, in casi in cui l'impresa sottratta al «proposto» (37) potrebbe non essere affatto insolvente, ma perfettamente in grado di continuare la propria attività economica.

Peraltro, mentre nel nuovo Codice della crisi d'impresa il legislatore si è specificamente occupato del coordinamento tra procedura fallimentare e regolazione dei rapporti di lavoro in essere nel nuovo art. 189, d.lgs. n. 14/2019, nulla è stato fatto nell'ambito del sequestro in prevenzione. Anzi, la legge 17 ottobre 2017, n. 161, che ha apportato profonde modifiche al Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, aveva previsto anche una delega al Governo per la tutela del lavoro nell'ambito delle imprese sequestrate e confiscate. È curioso notare che l'art. 34, l. n. 161/2017 (38), attuato con d.lgs. 18 maggio 2018, n. 72 (in *G.U.*, 21 giugno 2018, n. 142), si riferisca a problemi correlati agli ammortizzatori sociali, all'emersione del lavoro irregolare, al contrasto all'intermediazione illecita, allo sfruttamento del lavoro, agli incentivi alle imprese. Nulla si dice in relazione alla disciplina applicabile alla risoluzione dei rapporti di lavoro o a una eventuale necessità di coordinamento tra art. 56, d.lgs. n. 159/2011, e disciplina in materia di licenziamento. Il che sembrerebbe un ulteriore elemento che lascerebbe intendere che di ulteriori necessità di intervento per tutelare al meglio i lavoratori delle imprese sequestrate il legislatore non ne intraveda. Ciò appare più coerente con l'approccio interpretativo che vede l'art. 56 disinteressarsi della cessazione dei rapporti di lavoro, che rimarrebbero regolati dalla normale disciplina in materia di licenziamento.

(36) Diversa sembra essere la scelta del nuovo Codice della crisi d'impresa, che nel nuovo articolo 189 disciplina specificamente gli effetti della procedura di liquidazione sui rapporti di lavoro pendenti.

(37) Termine che indica il destinatario della misura di prevenzione.

(38) Su cui vd. Giasanti 2019, 255.

6. — *Principi costituzionali e necessità di bilanciamento* — In ogni caso le garanzie costituzionali che si ergono a tutela del lavoratore subordinato, ribadite peraltro anche di recente dall'intervento del giudice costituzionale, pongono diversi problemi di compatibilità con l'art. 56, d.lgs. n. 159/2011, con particolare riferimento agli effetti correlati, da un lato, all'automatica sospensione del rapporto e, dall'altro, alla possibilità di «risolvere il contratto» senza ulteriori precisazioni.

Con la sospensione automatica del rapporto il lavoratore sarebbe tenuto a restare comunque a disposizione, pur senza percepire alcuna retribuzione e senza la possibilità di usufruire della Naspi.

Appare poi stridere in modo evidente con gli articoli 3, 4 e 35 della Carta costituzionale la mancanza nell'art. 56 di qualunque riferimento alla «necessaria giustificazione del licenziamento» (39).

Il principio della necessaria giustificazione del licenziamento trova un concreto riferimento tanto in ambito di Unione europea, con riferimento all'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali Ue, quanto in ambito di Consiglio d'Europa, in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea (40).

Se anche tale aspetto non viene obliterato del tutto dal giudice di legittimità, che sottolinea la necessità di «adeguata motivazione dell'atto di risoluzione», appare in realtà dubbio quale concreta ed effettiva motivazione possa sussistere in concreto, posto che l'art. 56 si limita a parlare di risoluzione di diritto, senza neanche alcun vincolo di forma, e che lo stesso giudice di legittimità esclude l'applicazione della normativa in materia di licenziamento e sottolinea come il motivo si possa ricavare anche solo indirettamente dal contenuto del provvedimento autorizzativo del giudice, che però ha evidentemente come *focus* fondamentale l'intervento ablativo nei confronti del proposto, e cioè colui che era datore di lavoro nella relazione di lavoro, e non certo la posizione del lavoratore.

A tale centrale problematica se ne affiancano altre, come quella concernente il preavviso e la possibilità per il lavoratore di usufruire dell'indennità di mancato preavviso o quella correlata alla possibilità di dimissioni per giusta causa, senza parlare del fatto che anche le norme procedurali pre-

(39) C. cost. 8.11.2018, n. 194, punto 9.1, in *FI*, 2019, n. 1, I, 70 ss., che ha ribadito ancora una volta i limiti costituzionali ed *extra ordinem* al potere di recesso del datore di lavoro.

(40) La Carta sociale europea, firmata nel 1961 e rivista nel 1996, è stata peraltro ritenuta utilizzabile quale parametro interposto secondo i dettami dell'art. 117, c. 1, Cost. (C. cost. 13.6.2018, n. 120; C. cost. 8.11.2018, n. 194, cit.).

viste dall'ordinamento per le diverse tipologie di licenziamento non sono del tutto estranee ai principi costituzionali già richiamati.

Si tratta, in realtà, di questioni già emerse in dottrina in relazione all'art. 72, l. fall. (41), ma che in questo caso affiorano con più forza in relazione alla particolarità del procedimento di sequestro in prevenzione. Non è infatti un caso che entrambi i provvedimenti in oggetto si limitino a rifarsi a generici principi di «ordine pubblico» correlati alla procedura di sequestro in prevenzione, ma la cui esatta portata sfugge per un ponderato bilanciamento secondo i principi di proporzionalità e ragionevolezza.

Sono già stati segnalati i dubbi della dottrina penalistica sullo stesso procedimento in prevenzione, esteso oggi a sospettati di reati di minore gravità. Si tratta in ogni caso di un procedimento preventivo, che, come accaduto in uno dei casi in commento, può concludersi con la possibilità che l'impresa sequestrata venga riconsegnata ai titolari. Ma, soprattutto, se anche si guarda al sequestro e alla confisca preventiva come fondamentale dispositivo per colpire i patrimoni della criminalità organizzata, la *ratio* di tale strumento è proprio quella di riconsegnare alla legalità e al territorio l'impresa e i lavoratori ivi impiegati, che spesso sono del tutto estranei all'attività criminale dei titolari.

L'unica soluzione coerente appare quindi l'applicazione della disciplina in materia di licenziamenti individuali e collettivi.

Ciò ovviamente non significa che la procedura in sequestro preventivo e la valutazione dell'amministratore giudiziario non possano essere prese in considerazione nell'ambito della procedura di licenziamento. Si tratta, al contrario, di elementi che possono ben incidere tanto sul piano della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo, quanto su quello del motivo economico. Si pensi a quelle imprese la cui struttura organizzativa sia stata sovradimensionata, magari per ragioni clientelari, rispetto alle reali esigenze dell'impresa.

Vi sono però molti casi di lavoratori che si trovano a essere terzi e del tutto estranei al comportamento del proposto, e non si vede quale possa essere la ragione, di fatto e di diritto, per escluderli da elementari quanto fondamentali tutele.

(41) Lassandari 2013; Tullini 2014; Vallauri 2013; Alleva 1975.

I

CASSAZIONE, 19.10.2018, n. 26478, ord., S. civ. – Pres. Balestrieri, Est. Valle – B.F. (avv. Faralli) c. Hotel R.A. Sas (avv. Fabozzi).
Conf. Corte d'Appello di Roma, 21.4.2016.

**Licenziamento individuale – Azienda sequestrata – Risoluzione di diritto
– Disciplina del licenziamento – Non si applica.**

È legittima la risoluzione del rapporto di lavoro disposta dall'amministratore giudiziario su ordine del giudice delegato ai sensi del d.lgs. n. 159/2011, art. 35, trattandosi di disposizione di ordine pubblico applicabile a tutti i contratti relativi all'azienda sequestrata (e, dunque, anche a quelli di lavoro), sicché il licenziamento non ha natura disciplinare e non trovano applicazione le relative garanzie, ferma soltanto la necessità della specificazione dei motivi del recesso, che resta tuttavia soddisfatta dal richiamo alla procedura e al decreto del tribunale. (1)

II

TRIBUNALE ROMA, 19.10.2018, ord. – Est. Savignano – O.A. (avv.ti Panici, Guglielmi, Mancuso) c. V.C. (avv. Travaglini).

**Licenziamento individuale – Azienda sequestrata – Risoluzione di diritto
– Disciplina del licenziamento – Non si applica.**

Nell'ambito un'impresa sequestrata sottoposta a procedimento di prevenzione ai sensi del d.lgs. n. 159/2011 è valido il recesso datoriale intimato secondo le indicazioni dell'art. 56 di tale normativa speciale. Il procedimento ex art. 56 del d.lgs. n. 159/2011, che non ha natura disciplinare e non richiede l'osservanza delle garanzie procedurali prescritte dall'art. 7 della l. n. 300/1970, deve ritenersi integralmente sostitutivo del complesso normativo a tutela dei licenziamenti. (2)

Riferimenti bibliografici

- Alleva P.G. (1975), *Fallimento e tutela del lavoratore*, in *RTDPC*, 214, 216.
- Anbsc (2011), *Relazione sull'attività svolta*.
- Caiafa A. (2018), *I rapporti di lavoro nel Codice della crisi e della insolvenza. Tutela dell'occupazione, licenziamenti e misure di reimpiego*, in *Il nuovo diritto delle società*, vol. 16, fasc. 3, 609 ss.
- Cassibba F. (a cura di) (2019), *Il Codice antimafia riformato*, Giappichelli, Torino.
- D'amore L. et al. (2016), *La tutela dei lavoratori nelle aziende sequestrate e confiscate alla criminalità organizzata*, Fondazione nazionale commercialisti, Milano.
- Giasanti L. (2019), *La tutela del lavoro*, in Cassibba F. (a cura di), *Il Codice antimafia riformato*, Giappichelli, Torino, 155 ss.
- Lanzi M. (2019), *Le misure patrimoniali tra prevenzione, retribuzione e riscossione*, in Cassibba F. (a cura di), *Il Codice antimafia riformato*, Giappichelli, Torino, 43 ss.
- Lassandari A. (2018), *I licenziamenti e le procedure concorsuali*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 35.
- Magnani M. (2017), *Crisi d'impresa tra diritto del lavoro e mercato*, in *ADL*, n. 6, I, 1359 ss.
- Marazza M. (2015), *La disciplina (speciale) del rapporto di lavoro nell'impresa insolvente*, in Marazza M., Garofalo D. (a cura di), *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, Giappichelli, Torino.
- Pessi R. (2010), *Profili giuslavoristici delle procedure concorsuali*, in *LPO*, 353 ss.
- Riva A. (2009), *Fallimento e rapporti di lavoro*, in Sanzo S. (a cura di), *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, Zanichelli, Bologna, 313 ss.
- Tullini P. (2014), *Tutela del lavoro nella crisi dell'impresa e assetto delle procedure concorsuali: prove di dialogo*, in *RIDL*, I, 217 ss.
- Vallauri M.L. (2013), *Il lavoro nella crisi dell'impresa*, FrancoAngeli, Milano.

RAPPORTO DI LAVORO

CORTE COSTITUZIONALE, 7.12.2018, n. 232 – Pres. Lattanzi, Est. Sciarra – D.M. c. Ministero della Giustizia.

Congedi – Art. 42, c. 5, d.lgs. n. 151/2001 – Disabilità – Figlio non convivente con il disabile – Congedo straordinario retribuito – Condizione della previa convivenza – Mancanza, decesso o presenza di patologie invalidanti dei soggetti legittimati a richiedere il beneficio – Spettanza – Incostituzionalità.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 42, c. 5, del d.lgs. 26.3.2001, n. 151 (Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'art. 15 della l. 8.3.2000, n. 53), nella parte in cui non include nel novero dei soggetti legittimati a fruire del congedo ivi previsto, e alle condizioni stabilite dalla legge, il figlio che, al momento della presentazione della richiesta del congedo, ancora non conviva con il genitore in situazione di disabilità grave, ma che tale convivenza successivamente instauri, in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti del coniuge convivente, del padre e della madre, anche adottivi, dei figli conviventi, dei fratelli e delle sorelle conviventi, dei parenti o affini entro il terzo grado conviventi, legittimati a richiedere il beneficio in via prioritaria secondo l'ordine determinato dalla legge. (1)

(1) CONGEDO STRAORDINARIO AL FIGLIO NON CONVIVENTE DI DISABILE

1. — La Corte costituzionale si pronuncia, con intervento di carattere additivo, su questione di legittimità costituzionale sollevata dalla III Sezione del Tar Lombardia circa l'art. 42, c. 5, del d.lgs. 26.3.2001, n. 151, «nella parte in cui richiede, ai fini dell'ottenimento del congedo, la preesistente convivenza dei figli con il soggetto da assistere».

Nello specifico, il giudice *a quo* prendeva in esame il rigetto, da parte dell'organo amministrativo costituito dal dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, del-

l'istanza di un agente penitenziario richiedente congedo straordinario retribuito al fine di assistere il padre in condizioni di grave disabilità.

Il ricorrente poneva in rilievo il contrasto con la *ratio* dell'istituto, ossia «l'esigenza di garantire la continuità delle cure e dell'assistenza» sul presupposto della «legittimazione della famiglia nel suo insieme – come insieme di rapporti affettivi – a divenire strumento di assistenza del disabile», in antitesi a una concezione statica dei rapporti instaurati all'interno del nucleo familiare. Ne veniva quindi ricavata violazione degli artt. 2, 3, 4, 29, 32 e 35 Cost.

Interveniva il Presidente del Consiglio dei ministri, che portava all'attenzione del giudice *a quo* il difetto di descrizione della patologia del genitore del ricorrente, nonché il mancato inquadramento della patologia come grave.

Ravvisando l'indirizzo estensivo della giurisprudenza costituzionale circa le condizioni che legittimano il congedo straordinario, fermo restando il requisito della convivenza quale elemento di verifica di effettività della «funzione di supplenza affidata alla famiglia», il Tar, con ordinanza 12.2.2018, n. 402, rimetteva la questione alla Corte costituzionale, con richiesta di riconoscimento del requisito stesso non già *ex ante* (vale a dire al momento di avanzamento della domanda di congedo), bensì nel corso della fruizione del congedo. Una contraria interpretazione sarebbe parsa delineare «una visione statica e presuntiva dell'organizzazione familiare, che può rivelarsi incompatibile con la necessità di prendersi cura, dall'oggi al domani, di una persona divenuta gravemente disabile» e, più in generale, «con il moderno dispiegarsi dell'esistenza umana».

2. — L'art. 42, c. 5, d.lgs. n. 151/2001, rubricato «Riposi e permessi per i figli con handicap grave», prevedeva, nel testo vigente *ante* intervento della Corte, che «Il coniuge convivente di soggetto con handicap in situazione di gravità accertata ai sensi dell'art. 4, c. 1, della l. 5.2.1992, n. 104, ha diritto a fruire del congedo di cui al c. 2 dell'art. 4 della l. 8.3.2000, n. 53, entro sessanta giorni dalla richiesta. In caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti del coniuge convivente, ha diritto a fruire del congedo il padre o la madre anche adottivi; in caso di decesso, mancanza o in presenza di patologie invalidanti del padre e della madre, anche adottivi, ha diritto a fruire del congedo uno dei figli conviventi...». Con evidente rilevanza del requisito della convivenza in corso prima della richiesta di congedo straordinario, posta dal legislatore quale indice di salvaguardia della continuità delle relazioni affettive e dell'assistenza.

La Corte prende in esame: il contrasto con l'art. 2 Cost., enunciante l'inderogabilità dei doveri di solidarietà; la violazione dell'art. 3 Cost., in quanto si delineerebbe un trattamento diseguale tra «coloro che liberamente possono scegliere il luogo in cui risiedere (e dunque convivere con il genitore) e quanti, invece, per ragioni indipendenti dalla loro volontà, non possono compiere tale scelta»; il *vulnus* inferto ai diritti di solidarietà familiare e al diritto fondamentale all'integrità psico-fisica, *ex* artt. 29 e 32 Cost. Ritiene, invece, assorbite le domande concernenti il discrimine in ragione dell'attività lavorativa espletata, ai sensi degli artt. 4 e 35 Cost., e – correlativamente al precedente aspetto – la differenziazione dei requisiti previsti per il riconoscimento dei benefici dal medesimo art. 42, c. 5, e dell'art. 33, c. 3, della l. 5.2.1992, n. 104 (cd. «Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone han-

dicappate»), nonostante la comune *ratio* fondante («preordinati alla tutela dei medesimi valori costituzionali, attuati attraverso il medesimo strumento solidaristico della famiglia»).

Si perviene a una dichiarazione di incostituzionalità, in linea con l'ordinanza di rimessione, dell'art. 42, c. 5, nella parte in cui il riconoscimento del congedo straordinario viene ancorato a un requisito che il giudice delle leggi ritiene eccessivamente rigido, vale a dire la predetta convivenza *ex ante* del figlio.

In definitiva, a ritenere altrimenti, si creerebbe un cortocircuito proprio laddove l'esigenza di assistenza e cura del disabile risultano più impellenti: quando l'unico figlio, disposto a svolgere attività di ausilio al disabile grave, non sia già convivente. Delineandosi quell'eterogenesi dei fini a cui la Corte allude in modo eloquente, e che risulta in contrasto coi richiamati principi costituzionali enunciati *ex artt.* 2, 3, 29 e 32 Cost.

3. — Un tema, quello dei congedi straordinari, delicato in quanto punto di intersezione delle problematiche afferenti alle modalità di gestione del personale, con evidenti implicazioni sul piano dell'organizzazione aziendale e, d'altra parte, dei principi costituzionali posti a tutela della persona in ottica solidaristica.

Il *corpus* legislativo attuale (d.lgs. n. 151/2001, per l'appunto), in rapporto di *species a genus* rispetto alla disciplina dell'art. 2110 c.c. (Emarginato a fonte di disciplina, rispetto al carattere di «fonte esaustiva e autosufficiente» del decreto delegato, cfr. Del Punta 1992), è il prodotto di una stratificazione di modifiche legislative succedutesi in quasi un ventennio, intervallate da interventi della Corte costituzionale risalenti sino alla seconda metà degli anni ottanta (In particolare, vd. C. cost. 19.1.1987, n. 215, in *Corriere giuridico*, 1987, 817 ss.).

Sul primo versante, oltre alla seconda delega *ex l.* n. 53/2000 realizzata con d.lgs. 23.4.2003, n. 115 («Modifiche e integrazioni al decreto legislativo 26.3.2001, n. 151, recante Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'art. 15 della l. 8.3.2000, n. 53»), la l. n. 183/2010 ha a sua volta delegato circa la revisione della normativa su congedi, aspettative e permessi (art. 23), e inoltre sul piano degli ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, incentivi all'occupazione e apprendistato e di occupazione femminile (art. 46). È stato quindi emanato il d.lgs. n. 119/2011: un contributo, recependo gli orientamenti costituzionali degli anni precedenti, ad ascrivere «una portata via via più ampia, in armonia con l'esigenza di salvaguardare “la cura del disabile nell'ambito della famiglia e della comunità di vita cui appartiene” e così di “tutelarne nel modo più efficace la salute, di preservarne la continuità delle relazioni e di promuoverne una piena integrazione”» (Cfr. C. cost. 18.7.2018, n. 158). Seppure, a detta di una parte della dottrina (Come osservato da Calafà 2012), non abbia determinato una revisione incisiva del precedente assetto normativo.

Il più recente affidamento di delega dalla l. n. 183/2014 («Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro») è avvenuto nel solco degli interventi del decennio precedente (Cfr., in posizione critica sulle modalità di attuazione della delega, Gottardi 2016).

4. — Il combinato disposto con le pronunce della Corte costituzionale ha determinato una costante estensione del campo di applicazione della disposizione di cui all'art. 42, c. 5.

In origine inteso come «strumento di tutela rafforzata della maternità in caso di figli portatori di handicap grave» (Vd. C. cost. 18.7.2013, n. 203, in *GCost.*, 2013, 2840 ss., con nota di Longo), progressivamente l'istituto del congedo straordinario è divenuto pressoché onnicomprensivo, al fine di consentire «la cura del disabile nell'ambito della famiglia e della comunità di vita cui appartiene» e, altresì, «tutelarne nel modo più efficace la salute, di preservarne la continuità delle relazioni e di promuoverne una piena integrazione» (Cfr. C. cost. 18.7.2018, n. 158, cit.). Sottostando la potestà legislativa al «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» (Vd. C. cost. 9.7.2008, n. 251, in *FI*, 2009, I, 302 ss.), comportante un oculato contenimento di interessi rilevanti sul piano costituzionale. Difatti, i numerosi interventi della Corte costituzionale, precorsi dalla giurisprudenza di merito (Soprattutto amministrativa; *ex multis*: Tar Lazio n. 6609/2008; Tar Campania n. 5239/13; Cons. Stato n. 825/10 e n. 1005/13, in *D&G*, fasc. 0, 2013, 1531 ss.), sono accomunati dalla *ratio* di commisurare la continuità delle cure e dell'assistenza alla strutturazione del nucleo familiare di cui fa parte il soggetto portatore di handicap, con l'effetto di porre l'originaria elencazione dei familiari potenziali beneficiari come non tassativa.

Contrariamente al rigore con cui i giudici amministrativi hanno valutato le condizioni di applicabilità degli istituti di dispensa dal lavoro (Vd. Tar Marche 29.12.2017, n. 944, in *FI*, 2018, III, 97 ss.; Cons. Stato 9.10.2017, n. 4671, in *D&G online*, 13.10.2017), la giurisprudenza costituzionale non sembra ammettere un rigido appiattimento della convivenza sulla coabitazione: in caso di mancata sussistenza di quest'ultima, ciò che assume maggiore rilievo è la continuità dell'assistenza al portatore di handicap.

Quanto all'enumerazione dei beneficiari, in primo luogo la sentenza della Corte costituzionale n. 233/2005 (A riguardo vd. Tondi della Mura 2005, 2007 ss.) ha dichiarato l'illegittimità dello stesso art. 42, c. 5, nella parte in cui non riconosceva diritto al congedo straordinario per l'assistenza di uno dei fratelli o delle sorelle conviventi con soggetto in accertata condizione di grave disabilità, qualora risulti che i genitori non sono nelle condizioni di potervi provvedere.

Ha fatto seguito la sentenza della Corte costituzionale n. 158/2007 (In *GDir.*, 2007, 24 ss.), nella quale si ravvisa dichiarazione di illegittimità dello stesso comma, nella parte in cui non prevedeva il coniuge convivente nel novero dei soggetti beneficiari del congedo: stante handicap grave, il diritto va attribuito in via prioritaria. *Mutatis mutandis*, lo stesso dicasi per il figlio convivente, se non vi siano altri familiari in grado di prendersi cura del disabile (C. cost. n. 19/2009, in *MGL*, 2009, 910 ss.).

Altra tappa dell'*iter* estensivo si colloca nel 2013, quando la Corte (C. cost. n. 203/2013, cit.) statuisce che «il congedo straordinario è [...] espressione dello Stato sociale che si realizza, piuttosto che con i più noti strumenti dell'erogazione diretta di prestazioni assistenziali o di benefici economici, tramite facilitazioni e incentivi alle manifestazioni di solidarietà fra congiunti», riconoscendo al nipote ricorrente, unico familiare convivente, tanto i permessi retribuiti quanto i congedi straordinari, al fine di assistere lo zio disabile. E nello stesso solco di pone la sentenza n. 280 del medesimo anno (C. cost. n. 280/2013, in *D&G*, fasc. 0, 2013, 1531 ss., cit.), attribuendo diritto

al congedo anche al nipote per l'assistenza della nonna con grave handicap, senza figli e fruitrice dei benefici previsti *ex l. n. 104/1992*.

5. — In conclusione, la pronuncia presa in esame si posiziona nell'alveo tracciato dalla precedente giurisprudenza costituzionale. Non nel senso di un ulteriore accrescimento del novero dei possibili soggetti beneficiari, bensì determinando una traslazione del requisito della convivenza col portatore di handicap al momento in cui circostanze contingenti rendano di difficile attuazione i doveri di solidarietà sociale e familiare (come risulta nel caso di specie).

Di rilievo il profilo di deroga alla disciplina generale del rapporto di lavoro, che viene perseguita sulla base dell'anteposizione delle esigenze di tutela del soggetto disabile alla necessità di salvaguardare il rapporto di servizio. Del resto, gli esaminati interventi estensivi della Corte sembrano come incalzare il legislatore affinché prenda coscienza che, se a ragione la società contemporanea può definirsi – secondo la nota metafora delineata da Z. Bauman – liquida, ebbene, nello stesso senso deve inquadrarsi la compagine familiare.

Riferimenti bibliografici

- Calafà L. (2012), *Commento all'articolo 23, 24 e 26*, in Nogler L. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, Utet, Torino.
- Del Punta R. (1992), *La sospensione del rapporto di lavoro. Malattia, infortunio, maternità, servizio militare*, in Schlesinger P. (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano.
- Gottardi D. (2016), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d.lgs. n. 80/2015*, Giappichelli, Torino.
- Longo E. (2013), *La rilettura dei diritti sociali passa per il congedo straordinario a tutela di un parente disabile*, in *GCost.*, 2013, 2840 ss.
- Tondi della Mura V. (2005), *Diritto al congedo straordinario per l'assistenza al soggetto disabile: verso una preferenza estesa ai familiari diversi dai genitori?*, in *GCost.*, 2007 ss.

Alessio Giuliani
*Collaboratore della cattedra di Diritto del lavoro
presso la «Sapienza» Università di Roma*

CORTE DI GIUSTIZIA, 20.9.2018, C-466/2017 – Avv. Gen. Sharpston
– Motter c. Provincia autonoma di Trento.

Contratto a termine – Clausola 4, Direttiva n. 1999/70 – Settore pubblico – Ricostruzione della carriera – Anzianità di servizio – Computo parziale – Compatibilità.

La clausola 4 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che non osta, in linea di principio, a una normativa nazionale che per inquadrare un lavoratore in un livello retributivo in sede di assunzione dello stesso come dipendente di ruolo tenga conto dei periodi di servizio prestati nell'ambito di contratto a termine in misura integrale fino al quarto anno e poi, oltre tale limite, solo parzialmente, in misura pari ai due terzi. (1)

(1) LA SENTENZA MOTTER SULLA RICOSTRUZIONE
DELLA CARRIERA DEI DOCENTI PRECARI

1. — La sentenza in commento si aggiunge al ricco elenco di pronunce della Corte di Giustizia che costringono operatori, interpreti e studiosi a tenere viva l'attenzione nei confronti dei contratti a termine nel pubblico impiego, in particolare nel comparto Scuola. Nel caso di specie, parametro di valutazione della correttezza della norma interna, sulla quale si è fondato l'operato dell'amministrazione datrice di lavoro, è la clausola 4 dell'Accordo quadro europeo sul contratto a tempo determinato, recante il principio di parità di trattamento. A rilevare è la parte della clausola per cui i criteri di anzianità di servizio applicabili ai lavoratori a tempo determinato e a tempo indeterminato debbano essere gli stessi, eccetto quando criteri diversi siano motivati da giustificazioni oggettive.

Venendo al caso concreto, era capitato che in sede di ricostruzione della carriera di una docente di ruolo, finalizzata a inserirla nel livello d'inquadramento economico pertinente, l'amministrazione datrice avesse proceduto a una peculiare quantificazione dell'anzianità pregressa e in particolare delle mensilità di lavoro prestato in forza di precedenti contratti a termine. Segnatamente, benché in costanza dei ben otto contratti a termine consecutivi precedenti all'acquisizione del ruolo la lavoratrice avesse svolto le medesime mansioni espletate dai docenti di ruolo, la Provincia di Trento datrice aveva finito con il riconoscerle un'anzianità di soli 80 mesi sui 96 di lavoro effettivamente prestato in modalità «precaria».

Ad autorizzare tale incisiva decurtazione, tradottasi poi in un pregiudizio economico per la ricorrente, era stato peraltro il dato normativo nazionale, costituito dall'art. 485 del d.lgs. n. 297/1994. La disposizione prevede, infatti, che i servizi prestati in virtù di un contratto di lavoro a tempo determinato debbano essere computati integralmente solo relativamente ai primi quattro anni, mentre oltre tale li-

mite fino alla concorrenza dei due terzi; da qui il risultato finale del calcolo in grado di incidere sull'inquadramento, una volta che il docente sia diventato di ruolo (Sulle vicissitudini che hanno coinvolto l'art. 485 del d.lgs. n. 297/1994 si veda De Michele 2019).

2. — Per poter sindacare la compatibilità della norma italiana con la clausola 4 della Direttiva, la Corte ha dovuto necessariamente rispettare gli *step* di accertamento della natura discriminatoria del trattamento. In primo luogo, oggetto di sindacato è la comparabilità delle situazioni/parametro coinvolte; dopodiché deve essere cercata e individuata l'eventuale giustificazione oggettiva, necessaria perché possa essere applicata una disciplina diseguale tra precari e docenti di ruolo. Con riferimento al primo passaggio logico e argomentativo, dal giudizio *a quo* era emerso come la docente a termine avesse svolto mansioni identiche a quelle espletate da un dipendente di ruolo tenendo conto, come insegnato dagli stessi giudici di Lussemburgo, della natura del lavoro, delle condizioni di formazione e delle condizioni di impiego (Cfr.: C. Giust. 5.6.2018, C-677/2016, *Montero Mateos*, punto 51; C. Giust. 8.9.2011, *Rosado Santana* C-177/2010, punto 66; C. Giust. 18.3.2011, C-273/2010, *Montoya Medina*, punto 37). Tale circostanza di carattere fattuale aveva trovato conforto nell'istruttoria esperita dal giudice nazionale e vede un suo indiretto riscontro nella stessa disposizione oggetto di rinvio innanzi alla Corte. L'art. 485 del d.lgs. n. 297/1994, infatti, prevede che i primi quattro anni di servizio prestato «a termine» vengano computati *in toto*, dovendosi quindi dedurre la piena sovrapponibilità sostanziale delle mansioni svolte da docenti precari e da docenti di ruolo, quest'ultima corroborata dal massivo ricorso ai contratti a termine soprattutto nel comparto Scuola.

Accertata la comparabilità delle situazioni coinvolte, la Corte procede, con una certa difficoltà, alla ricerca di elementi distintivi che siano in grado di giustificare il trattamento diseguale applicato ai lavoratori precari, ai sensi della clausola 4. A questo fine la Corte indica il mancato superamento di un concorso pubblico nonché, seppur in modo generico e alquanto «atecnico», la circostanza che i docenti a termine, contrariamente a quelli di ruolo, siano chiamati a svolgere sostituzioni e a insegnare «svariate materie», in orari differenti (Cfr. punto 49). Tali ultime circostanze, in realtà contraddette dai fatti allegati e dimostrati dalla ricorrente nel giudizio *a quo* ma anche difficilmente conciliabili con la già appurata comparabilità tra le mansioni, sarebbero state legittimamente tradotte dal legislatore nazionale nel peculiare meccanismo di computo dell'anzianità, in conformità, ci dice sbrigativamente la Corte, con il principio del *pro rata temporis* di cui alla stessa clausola 4. A quest'ultimo proposito, infatti, tale difformità a valle sarebbe giustificata, a monte, dal fatto che l'annualità di un lavoratore a termine viene computata come completa anche a fronte di una prestazione lavorativa protrattasi per un minimo di 180 giorni.

3. — Dai precedenti menzionati nella sentenza in esame (I già citati casi *Rosado Santana* e *Montero Mateos*, ma anche C. Giust. 18.10.2012, C-302/2011, *Valenza*) e, più in generale, dalla ricca giurisprudenza sul principio di parità di trattamento —

negli anni ampliato grazie a una lettura estensiva della nozione di «condizioni d'impiego» e a una lettura restrittiva delle «ragioni oggettive» legittimanti la discriminazione (Aimo 2016) – ci si sarebbe potuti attendere un esito differente da quello in rassegna. I giudici hanno, infatti, tendenzialmente concentrato la loro prevalente attenzione sulle attività concretamente espletate dai lavoratori temporanei concludendo che, laddove detta attività fosse coincidente con quella svolta dai lavoratori standard, solo una ragione oggettiva, intesa in senso restrittivo – come insieme di elementi precisi e concreti che risponde a una reale necessità idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e che risulti a tal fine necessaria (*Rosado Santana*, punto 73) –, avrebbe potuto legittimare trattamenti diversi tra i due *genera* contrattuali. Il differente computo dell'anzianità, quindi, potrebbe, ad esempio, derivare dalle diverse funzioni svolte dal lavoratore negli anni di lavoro temporaneo o dal grado in cui le ha esercitate – elementi che devono quindi essere oggetto di accertamento da parte del giudice *a quo* –, ma non potrebbe mai essere dedotto dalla natura temporanea della prestazione svolta (Cfr. sentenza *Rosado Santana*, punti 81 e 84).

4. — Eppure nel caso in commento la Corte di Giustizia, da un lato, afferma che le mansioni svolte prima e dopo il ruolo sarebbero le medesime (comparabili) e, da un altro lato, statuisce che, tuttavia, esisterebbero tra precari e docenti di ruolo differenze «qualitative e quantitative» in grado di legittimare la discriminazione censurata. Tale contraddizione (Sul punto, cfr. Peruzzi 2018) induce il lettore a ritenere che, in realtà, nel convincimento dei giudici europei la circostanza che ha assunto rilievo assorbente sulle altre è proprio il mancato superamento di un concorso pubblico da parte dei precari (Cfr. punti 44, 45 e 46). In proposito, i giudici di Lussemburgo ricordano che le modalità selettive di accesso agli uffici pubblici sono espressione della discrezionalità degli Stati membri e che nell'ordinamento italiano la scelta del concorso in grado di garantire imparzialità ed efficacia dell'azione amministrativa assume «particolare rilevanza» (Cfr. punto 50). Ragion per cui, se è vero che le mansioni espletate da precari e docenti di ruolo sono comparabili, *ergo* sostanzialmente sovrapponibili, è altrettanto vero che nell'ottica della Corte il mancato superamento di una procedura selettiva pubblica da parte dei primi può legittimamente costituire una ragione oggettiva in grado di giustificare non l'omessa ma una differente valutazione del periodo di lavoro temporaneo in termini di anzianità.

5. — Va detto che quest'ultimo tema non è sconosciuto alla Corte di Giustizia, che l'ha recentemente affrontato (seppure in altra composizione) con la già citata sentenza *Valenza*, relativa alla stabilizzazione di precari alle dipendenze di Agcm. Ebbene, in tale occasione la Corte ha statuito come il mancato superamento del concorso non possa implicare che i lavoratori a termine, la cui situazione sia di fatto comparabile con quelli di ruolo, si trovino soggetti a un trattamento diverso (Cfr. C. Giust., *Valenza*, punto 45). Ovviamente anche con la pronuncia *Valenza* viene correttamente enfatizzato il ruolo del giudice di rinvio, incaricato di valutare concretamente se le mansioni svolte da precari e stabili siano comparabili e se sussistano effettivamente le ragioni oggettive contemplate dalla stessa clausola 4 (Punto 68). Di tal ché, alcune differenze sulle «condizioni di impiego» applicabili a lavoratori a ter-

mine e a tempo indeterminato possono essere ammesse purché esse riguardino le qualifiche richieste e la natura delle mansioni (Vd., in tal senso, C. Giust., *Rosado Santana*, punto 78), così da rispondere a una reale necessità (Cfr. C. Giust., *Motter*, in commento, punto 37). E ancora, tali differenze saranno ammesse quando il diverso trattamento derivi dalla «necessità di tener conto di esigenze oggettive attinenti all'impiego che deve essere ricoperto mediante la procedura di assunzione» (Testualmente *Valenza*, punto 61; cfr. anche *Rosado Santana*, punto 79), dalla particolare natura delle funzioni per l'espletamento delle quali sono stati conclusi contratti a termine, dalle caratteristiche inerenti alle funzioni stesse o dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale (Cfr. C. Giust., *Montero Mateos*, punto 57).

Sulla scia delle indicazioni offerte dal giudice di rinvio (Criticata in dottrina: cfr. De Michele 2019), la Corte di Giustizia è quindi (Nuovamente, cfr. Barbera 2017) giunta ad avallare la prassi delle amministrazioni pubbliche – motivata da mere ragioni di costo – di attutire gli effetti economici derivanti dall'abuso di contratti a termine nel comparto Scuola. Nel caso di specie il contenimento della spesa viene perseguito dalle amministrazioni – in particolare dalla Provincia di Trento – limitando il peso economico dell'anzianità preruolo.

Il richiamo alla portata «particolarmente rilevante» della selezione concorsuale nel nostro ordinamento, oltre a essere poco conciliabile con il citato precedente *Valenza*, è – da un punto di vista pratico – difficilmente compatibile con la patologica diffusione del lavoro a termine proprio nel comparto Scuola. A questo riguardo è utile ricordare che l'Aran ha reso recentemente noto che dal 2011 al 2016, a fronte di un calo complessivo delle assunzioni, il comparto Scuola ha registrato un aumento di 3.300 unità di lavoratori a termine tra docenti e personale Ata. Ebbene, proprio in tale contesto di massivo ricorso al lavoro precario per soddisfare esigenze strutturali, motivato dal fine di contenere i costi e aggirare il blocco concorsuale, avrebbero meritato per contro di essere valorizzati gli obiettivi della Direttiva e della clausola 4: primo tra questi il miglioramento della qualità del lavoro a tempo determinato ottenuto grazie al rispetto del principio di non discriminazione (Cfr. C. Giust., *Montero Mateos*, punto 39), espressione a sua volta di un principio di diritto sociale dell'Unione che non può essere interpretato in modo restrittivo (C. Giust., *Montero Mateos*, punto 41).

6. — La pronuncia in commento, così come le altre sentenze menzionate, valorizza il ruolo del giudice di rinvio nel verificare entrambi gli elementi: la comparabilità della situazione e la sussistenza di un'eventuale giustificazione oggettiva, badando a condizioni di formazione e di impiego dei lavoratori precari. Si tratta di una scelta inevitabile poiché entrambi gli elementi, evincibili dalla clausola 4, hanno rilievo ontologicamente «fattuale». Ebbene, è proprio ricorrendo a tale sindacato residuo che alcuni giudici di merito pronunciatisi sulla ricostruzione delle carriere di personale docente e personale Ata, successivamente alla sentenza *Motter*, hanno condivisibilmente offerto delle norme in questione (artt. 485 e 569 del d.lgs. n. 297/1994) una lettura differente da quella accolta dalla Corte di Giustizia e coerente con una precedente sentenza della Corte di Cassazione (Cass. 7.11.2016, n. 22558, in *DeJure*). Con la sentenza n. 22558/2016, la Suprema Corte ha, infatti,

chiarito che la clausola 4 dell'Accordo quadro sul rapporto a tempo determinato recepito dalla Direttiva n. 99/70/Ce esclude in generale e in termini non equivoci qualsiasi disparità di trattamento non obiettivamente giustificata nei confronti dei lavoratori a tempo determinato. Quanto ai giudizi di merito, a titolo esemplificativo, si segnala che il giudice di Roma, verificando in concreto le condizioni di lavoro e quindi il contenuto delle mansioni, ha esercitato il «potere-dovere» del giudice nazionale di «disapplicare» la norma nazionale (speculare a quella trattata nel caso *Motter*, riferita però al personale Ata, ossia l'art. 569 del d.lgs. n. 297/1994) in ragione del suo contrasto con la normativa europea (in particolare con la clausola 4 della Direttiva), e ha così imposto la ricostruzione della carriera della lavoratrice ricorrente in modo analogo a quella del personale scolastico di ruolo (T. Roma 5.11.2018, n. 8375, in *DeJure*). E ancora, sempre successivamente alla pronuncia *Motter*, il giudice di Velletri (T. Velletri 2.10.2018, in *DeJure*) ha esplicitamente aderito alla menzionata lettura della Corte di Cassazione (Cass. n. 22558/2016, in *www.leggiditalia.it*) secondo la quale il principio di non discriminazione di cui alla clausola 4 dell'Accordo quadro non può essere interpretato in modo restrittivo. Infine, meno di un mese dopo la pubblicazione della pronuncia in commento, T. Cassino 30.10.2018, n. 707, ha ravvisato «un palese e insanabile contrasto» tra la clausola 4 e la normativa interna speciale del settore scolastico (artt. 485 e 569 del d.lgs. n. 297/1994). Contrasto che non può che essere risolto in favore della norma europea in ragione, recita testualmente la sentenza, «della sua indubbia superiorità nella gerarchia delle fonti, e precisamente attraverso la disapplicazione della disciplina interna». Né vi sono ragioni oggettive che giustificino un trattamento diversificato, poiché, per l'appunto, il personale precario ha svolto il servizio preruolo con i medesimi requisiti soggettivi del personale di ruolo. Pur non entrando nel merito dell'effettiva sussistenza di un potere di disapplicazione della norma nazionale in capo al giudice ordinario in caso di contrasto con una direttiva (Trattandosi, preferibilmente, di interpretazione conforme alla disciplina europea, cfr. C. Giust. 19.1.2010, C-555/2007, *Kücükdeveci*, punto 48), si ritiene comunque utile segnalare che nei casi di merito menzionati i giudici hanno concluso accertando il diritto dei lavoratori al «riconoscimento come servizio di ruolo, sia ai fini giuridici che economici, dell'intero servizio non di ruolo svolto prima dell'assunzione a tempo indeterminato», fermo restando il limite di durata minima di cui all'art. 489, c. 1, d.lgs. n. 297/1994 (Cfr. anche T. Milano 20.11.2018, in *DeJure*, che però ha ritenuto inapplicabile *ratione temporis* la pronuncia *Motter*).

Riferimenti bibliografici

- Aimo M.P. (2016), *La disciplina sul lavoro a termine: punti di forza e di debolezza del diritto vivente*, in *DLM*, 553 ss.
- Barbera M. (2017), *Il cavallo e l'asino*, in Bonardi O. (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 28 ss.
- De Michele V. (2019), *La sentenza Sciotto della Corte Ue e la conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego nel nuovo scontro con la Consulta e nel recente dialogo con la Cassazione*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 383.

Peruzzi M. (2018), *Supplenti della scuola e normativa Ue sui contratti a termine: la Corte di Giustizia salva la legge italiana che prevede al passaggio in ruolo, il conteggio parziale dell'anzianità di servizio maturata*, in *Labor*, 662 ss.

Marta Giaconi
*Dottoressa di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Milano «Bicocca»*

CASSAZIONE, 17.12.2018, n. 32607 – Pres. Manna, Est. Lorito, P.M. Patrone (diff.) – P.G. (avv. Di Bacco) c. P.I. Spa (avv. Maresca).
Cassa Corte d'Appello di Roma, 5.6.2017.

Procedimento disciplinare – Licenziamento individuale – Violazione art. 7 St. lav.

Procedimento disciplinare – Termine di decadenza per l'esercizio del diritto di difesa.

In tema di procedimento disciplinare, il termine di cinque giorni dalla contestazione dell'addebito, prima del quale è preclusa, ai sensi dell'art. 7, c. 5, St. lav., la possibilità di irrogare la sanzione disciplinare, deve ritenersi funzionale a esigenze di tutela dell'incolpato. Pertanto, è illegittimo il provvedimento espulsivo che abbia ritenuto non tempestive le giustificazioni inviate dalla lavoratrice nel rispetto del termine di decadenza, ma pervenute successivamente e, in ogni caso, prima dell'irrogazione della sanzione del licenziamento. (1)

Qualora la norma collettiva, nel richiamare il termine nel corso del quale il lavoratore può presentare le proprie difese, faccia riferimento alla presentazione delle giustificazioni e non anche alla ricezione delle stesse da parte del datore di lavoro, deve ritenersi attribuito alle parti sociali l'intento di riferire il termine di decadenza per l'esercizio del diritto di difesa dell'incolpato al momento dell'invio delle giustificazioni, e non a quello della loro ricezione da parte del datore di lavoro. (2)

(1-2) QUESTIONI IN MATERIA DI SCADENZA DEL TERMINE DI DIFESA DEL LAVORATORE NEL PROCEDIMENTO DISCIPLINARE

1. — La sentenza affronta il tema, non nuovo, della corretta individuazione del termine di decadenza entro il quale il lavoratore può far pervenire le proprie giustificazioni nel corso del procedimento disciplinare.

Muovendo dal dato letterale degli artt. 7 St. lav. e 55 del Ccnl dei dipendenti Poste del 14.4.2011, la Cassazione annulla la sentenza di appello, che, accogliendo la tesi difensiva della società resistente, aveva considerato tardive le giustificazioni del lavoratore pervenute oltre il termine di cinque giorni, ancorché trasmesse prima dello spirare del termine stesso.

La Cassazione perviene a conclusioni opposte: sulla base del dato testuale del contratto di categoria che all'art. 55 richiede la sola «presentazione» delle giustificazioni (indipendentemente dalla loro ricezione da parte del datore di lavoro); in particolare, il Collegio evidenzia la volontà delle parti sociali di considerare correttamente adem-

piuta tale facoltà dell'incolpato con il semplice invio delle stesse e, quindi, indipendentemente dalla loro effettiva ricezione.

I giudici di legittimità censurano – in quanto non conforme a diritto – l'*iter* argomentativo dei giudici del merito, che hanno considerato tardive le giustificazioni scritte inviate dal lavoratore entro il termine sancito dal contratto collettivo ma ricevute dal destinatario dopo la scadenza del termine. Negare la tempestività delle giustificazioni inviate nel termine prescritto dal Ccnl «equivale a negare al lavoratore il suo diritto alla difesa e al contraddittorio, con violazione del procedimento sancito dall'art. 7 della l. n. 300/1970 non dissimile dalla violazione che si verifica quando il lavoratore abbia invano chiesto di essere ascoltato di persona». Diversamente ragionando, si rischia di addossare al lavoratore un onere eccessivamente gravoso, quale è quello dei tempi delle consegne da parte del sistema postale sottratto alla sua determinazione e alla sua ingerenza «in ragione di un equo e ragionevole bilanciamento degli interessi coinvolti».

La sentenza ribadisce, sia pure ampliandolo sotto gli aspetti che si evidenzieranno, i presupposti che legittimano la facoltà dell'incolpato di articolare la propria difesa nell'ambito del circuito privato in cui trova esplicazione il potere disciplinare.

Il potere disciplinare costituisce un potere indiscutibilmente privato e certamente inquadrabile nella categoria dei cd. diritti potestativi.

Mediante una dichiarazione unilaterale di volontà, il datore di lavoro può incidere sulla posizione lavorativa soggettiva dell'incolpato, senza dover azionare alcuna domanda giudiziale; mentre il lavoratore (colpito dal provvedimento espulsivo) deve attivarsi qualora intenda ottenere l'accertamento dell'insussistenza dei presupposti che hanno determinato l'irrogazione della sanzione.

Se è vero, tuttavia, che la *ratio* di questa «legittima sproporzione» tra i reciproci poteri in gioco trae origine dal potere organizzativo e direttivo riconosciuto al datore di lavoro espressamente qualificato come gerarchico (artt. 2086 e 2104, c. 2, c.c.), è pur vero che l'art. 2106 c.c., nel limitarsi a ribadire l'esigenza del rispetto del canone di gradualità della sanzione adottata (rinviando, per il resto, alla contrattazione collettiva che oggi sostituisce quel richiamo, ancora esistente, alle norme corporative), sembra porsi «maggiormente come disposizione sulla produzione normativa (di natura contrattuale collettiva) piuttosto che come disposizione recante essa stessa la disciplina sostanziale del potere disciplinare» (Santoro Passarelli 2014, 951).

L'individuazione della disciplina sostanziale è rimessa alla determinazione delle parti sociali, la cui volontà – racchiusa nell'intesa negoziale del contratto collettivo – permette di delineare il quadro normativo che tratteggia il perimetro del potere datoriale.

Il contratto collettivo individua la norma sostanziale che dovrà essere rispettata nel corso del procedimento disciplinare e che permette di rispettare il principio di tipicità e legalità della sanzione: ogni norma che regola il potere disciplinare, sia pure di matrice negoziale, dovrà necessariamente rispettare il duplice requisito della prevedibilità *ex ante* e della conoscibilità, mediante la pubblica affissione del codice disciplinare (Cass. 1.4.2003, n. 4932, in *DeG*, 2003, n. 16, 32 ss.; inoltre, sempre sul potere disciplinare, si veda Delfino 2010, 625. Per la tassatività dell'illecito anche Cass. 23.8.2006, n. 18377, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, 2014, 951 ss., con nota di Santoro Passarelli; Cass. 18.6.1996, n. 5583, in *MGC*, 1996, 875 ss., e in *LG*, 1996,

1050 ss.; Cass. 18.2.1995, n. 1747, in *MGC*, 1995, 372 ss., in *GI*, 1995, n. 1, I, 1656 ss., e in *OGL*, 1995, 408 ss.).

Ribadita l'inesistenza del requisito di forma in merito alla modalità di presentazione delle giustificazioni che possono essere enunciate anche verbalmente (come, tra l'altro, espressamente ribadito dall'art. 55 del Ccnl Poste del 2014, c. 3), la giurisprudenza scinde il momento in cui una manifestazione di volontà è espressa da quello in cui essa perviene al suo destinatario.

Invero, tale principio è stato ribadito sia in merito alla manifestazione di volontà di irrogare la sanzione (in favore del datore) sia in merito alla presentazione delle difese scritte da parte dell'incolpato (in favore del lavoratore).

Per i dipendenti delle aziende del commercio e del terziario, così come per le clausole analoghe contenute in altri contratti collettivi, la giurisprudenza di legittimità osserva che qualora «il contratto collettivo di lavoro imponga al datore l'onere di intimare la sanzione disciplinare, a pena di decadenza, entro un certo termine dalla data di ricezione delle giustificazioni fornite dal lavoratore, tale termine deve intendersi rispettato per il solo fatto che il datore abbia tempestivamente manifestato la volontà di irrogare la sanzione, a nulla rilevando che tale dichiarazione recettizia sia portata a conoscenza del lavoratore successivamente alla scadenza di quel termine» (Cass. 4.10.2010, n. 20566, in *MGC*, 2010, n. 10, 1287 ss., e negli stessi termini: Cass. 2.3.2011, n. 5093, in *MGC*, 2011, n. 3, 339 ss.; Cass. 10.9.2012, n. 15102, inedita a quanto consta; Cass. 20.3.2015, n. 5714, in *MGC*, 2015, 573 ss., con nota di Inglese, e in *Aziendaitalia - Il Personale*, 2015, 404 ss.).

È questo il principio della scissione tra manifestazione di volontà e produzione degli effetti a essa collegati che, affermato dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 8830 del 14.4.2010 in relazione all'impugnazione del licenziamento, è stato poi ampliato nella sua portata a qualsiasi fase del procedimento disciplinare nella quale l'esternazione della volontà «non coincida con quello della conoscenza da parte del destinatario, perché diversamente risulterebbe intaccato il parametro di ragionevolezza e uguaglianza formale e sostanziale tra i soggetti coinvolti» (Cass. 13.9.2017, n. 21260, in *Massimario del Foro italiano*, 2017, 719 ss.).

E ciò deve affermarsi con maggior fermezza nel momento in cui, alla luce del dato testuale del c. 2 dell'art. 55 del Ccnl in esame, il rinvio alla presentazione delle giustificazioni e non anche alla loro ricezione appaia talmente chiaro (anche se la Corte lo definisce «sufficientemente chiaro») da non dare adito a opzioni ermeneutiche alternative, tanto da doversi escludere qualsiasi ragionevole dubbio sull'interpretazione dell'inciso in esame.

La sentenza ribadisce i presupposti già enunciati in tema di decadenza imposta da norme collettive: e così riafferma il principio secondo il quale l'effetto impeditivo della decadenza si esaurisce con la realizzazione, da parte di colui che v'è onerato, di quell'attività idonea «ad avviare il procedimento di comunicazione demandato a un servizio – idoneo a garantire un adeguato affidamento – sottratto alla sua ingerenza, in ragione di un equo e ragionevole bilanciamento degli interessi coinvolti» (Cass. 16.7.2017, n. 18823, in *Massimario del Foro italiano*, 2017, 625 ss.; Cass. 14.4.2010, n. 8830, S.U., in *FI*, 2010, n. 12, I, 3416 ss., con nota di Rubino, e in *Il civilista*, 2011, n. 3, 82 ss. con nota di Cherubino; Cass. 24.3.2011, n. 6757, in *MGC*, 2011, n. 3, 457 ss.).

Il percorso logico giuridico perseguito dalla Corte muove da un dato fondamentale, ossia dall'individuazione dell'elemento caratterizzante dell'art. 7 St. lav. così come delineato dalla Corte costituzionale con la sentenza del 29.5.1995, n. 220: l'esigenza di garantire al lavoratore sottoposto al procedimento disciplinare il diritto di difesa e il rispetto del principio di proporzionalità (quale espressione del generale canone di ragionevolezza previsto dall'art. 3 Cost. in relazione alla tutela del lavoro e della dignità del lavoratore di cui agli artt. 4 e 35 Cost.) e della regola del contraddittorio (che comporta il rispetto durante l'intero procedimento della regola *audiatur et altera pars*).

L'art. 7 regola il procedimento disciplinare e in raccordo con l'art. 55 del Ccnl Poste garantisce il rispetto del principio del contraddittorio (Cass. 18.4.2018, n. 9596, in *Archivio giuridico della Cassazione*, rv. 648184), e quanto affermato da queste norme non può essere oggetto di deroga o di libera interpretazione da parte del datore di lavoro.

Il potere privato e potestativo datoriale deve essere esercitato nel rispetto del limite e delle garanzie a difesa dell'incolpato che, se disattese, rendono illegittima la sanzione disciplinare.

Non considerare valide e tempestive le giustificazioni pervenute dopo lo spirare del termine di cinque giorni per l'esercizio del diritto di difesa del lavoratore equivale a comprimere il diritto stesso alla difesa, poiché pregiudica una fase imprescindibile del procedimento disciplinare (quella dell'esercizio della difesa dell'incolpato) e determina l'illegittimità della sanzione che ne deriva: con effetti equiparabili alla violazione del diritto d'audizione del lavoratore sia che la richiesta d'esser ascoltati sia pervenuta nei termini, sia che sia pervenuta oltre questi, ma prima dell'adozione del provvedimento posto a chiusura dell'intero procedimento disciplinare (Cass. 9.1.2017, n. 204, in *MGC*, 2017, e in *D&G online*, 13 aprile 2017; Cass. 12.1.2015, n. 23140, in *Masimario del Foro italiano*, 2015, 780 ss.).

La sentenza equipara, in definitiva, violazioni diverse quali l'omessa valutazione delle giustificazioni e l'omessa concessione dell'audizione orale quando il procedimento non si sia ancora concluso e, quindi, sussista ancora quella remota ma auspicabile possibilità per il datore di lavoro di optare per la regolarità procedimentale e non per la arbitrarità della scelta.

Riferimenti bibliografici

- Delfino M. (2010), *Il potere disciplinare tra dimensione individuale e dimensione collettiva*, in *DLM*, 625 ss.
Santoro Passarelli G. (2014), *Il potere disciplinare come potere privato*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, 951 ss.

Daniela Fagnoli
*Phd in Autonomia privata, impresa, lavoro e tutela dei diritti
nella prospettiva europea e internazionale –
Curriculum di Diritto del lavoro presso la «Sapienza» Università di Roma.*

CASSAZIONE, 7.12.2018, n. 31763, ord. – Pres. Nobile, Est. Cinque, P.M. Mastroberardino (conf.) – R.E. (avv. De Marchis Gomez), c. Atac Spa (avv. Bibbolino).

Cassa con rinvio Corte d'Appello di Roma, 2.10.2017.

Licenziamento individuale – Malattia – Scarso rendimento – Periodo di comportamento – Mancato superamento – Nullità.

Le regole dettate dall'art. 2110 c.c. per le ipotesi di assenze da malattia del lavoratore prevalgono, in quanto speciali, sulla disciplina dei licenziamenti individuali e si sostanziano nell'impedire al datore di lavoro di porre fine unilateralmente al rapporto sino al superamento del limite di tollerabilità dell'assenza (cd. comportamento) predeterminato dalla legge, dalle parti o, in via equitativa, dal giudice, nonché nel considerare quel superamento unica condizione di legittimità del recesso, nell'ottica di un contemperamento tra gli interessi confliggenti del datore di lavoro (a mantenere alle proprie dipendenze solo chi lavora e produce) e del lavoratore (a disporre di un congruo periodo di tempo per curarsi, senza perdere i mezzi di sostentamento); ne deriva che lo scarso rendimento e l'eventuale disservizio aziendale determinato dalle assenze per malattia del lavoratore non possono legittimare, prima del superamento del periodo massimo di comportamento, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. (1)

(1) SCARSO RENDIMENTO PER MALATTIA

E MANCATO SUPERAMENTO DEL PERIODO DI COMPORTO

1. — Con la pronuncia in commento, la Sezione lavoro della Cassazione ha rinnovato, per la terza volta nell'arco del medesimo anno (Cfr. Cass. 22.5.2018, n. 12568, S.U., in *Ced Cass.*, 2018, e Cass. 13.6.2018, n. 15523, in *Quotidiano giuridico*, 2018, 28 ss.), la propria adesione a un indirizzo interpretativo, inaugurato con la sentenza n. 2072/1980 e successivamente consolidatosi, a mente del quale l'eccessiva morbilità del lavoratore non consentirebbe al datore di lavoro il ricorso alla sanzione espulsiva prima dell'intervenuto superamento del periodo cd. di comportamento ex art. 2110 c.c.

Nella vicenda che qui ci impegna, la Corte d'Appello di Roma accoglieva il gravame proposto dalla società appellante avverso la sentenza con la quale il Tribunale di Roma aveva accolto (sia nella fase sommaria che in quella a cognizione piena, con rigetto dell'opposizione avanzata della società) il ricorso ex artt. 47 ss., l. n. 92/2012, presentato da R.E. nei confronti dell'Atac Spa e avente a oggetto la declaratoria di illegittimità del licenziamento intimatole, con lettera del 22.5.2015, per asserito giustificato motivo oggettivo.

In sede di reclamo, i giudici della Corte d'Appello ritenevano, infatti, che il quantitativo di assenze effettuato dalla dipendente nell'arco temporale 1.1.2013-12.4.2015, pari a n. 157 giorni, sebbene rientrante nei limiti del periodo di comportamento fissato dalla

contrattazione collettiva, avesse cagionato alla società un obiettivo disservizio, riverberatosi sull'organizzazione aziendale e sulla corretta erogazione da parte della medesima del servizio pubblico di trasporto urbano. Tale provocata disfunzione organizzativa, secondo l'autorità giudicante, ben poteva costituire giustificato motivo oggettivo di licenziamento, coerentemente con quanto affermato da un appodo della giurisprudenza di legittimità (Cass. 4.9.2014, n. 18678, in *FI*, 2014, n. 12, I, 3474 ss.). Le reiterate assenze della lavoratrice, significativamente superiori rispetto alla media delle assenze del restante personale, comunicate all'ultimo e agganciate, nel 74% dei casi, a giorni di riposo e festività, avrebbero, cioè, reso le prestazioni da questa eseguite non proficuamente utilizzabili dalla società.

La Cassazione riforma la sentenza resa in appello richiamando il consolidato e costante orientamento giurisprudenziale secondo il quale, anche a fronte di reiterate assenze per malattia, il datore di lavoro non può licenziare il dipendente per giustificato motivo ai sensi della l. n. 604/66, art. 3, in ragione dell'efficacia impeditiva esercitata dall'art. 2110 c.c. entro i margini di operatività del periodo di comperto.

La suddetta norma si pone, infatti, in rapporto di specialità tanto nei confronti degli ordinari rimedi civilistici astrattamente richiamabili nel caso di specie, ossia l'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore *ex art.* 1256 c.c. (Delfino 2010, 183) e l'impossibilità parziale dell'obbligazione *ex art.* 1464 c.c. (Viscomi 1997, 298), quanto nei confronti della disciplina limitativa dei licenziamenti (Cfr. Cass. 23.1.2013, n. 1568, in *D&G online*, 2013, 24 gennaio), derogando a entrambi.

L'esercizio del potere datoriale di recesso è, pertanto, inibito fino all'intervenuto superamento del limite di tollerabilità individuato, in funzione del bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti del rapporto di lavoro, dalla contrattazione collettiva, ovvero, in difetto, dal giudice secondo equità. È stato, infatti, ritenuto che vi sia uno spazio in cui la valutazione dell'utilità della prestazione diviene recessiva rispetto alla garanzia solidaristica del mantenimento del posto di lavoro del dipendente (Baraschi, Proietti 2019, 169-170).

In caso di malattia, insomma, dell'insufficiente rendimento del lavoratore che integrerebbe il giustificato motivo oggettivo di licenziamento è dato parlare non in senso giuridico, ma solo «fattuale» (atteso che la prestazione lavorativa non è stata materialmente eseguita in ragione dello stato morboso), sicché ricorrere a tale parametro per sanzionare l'eccessiva morbilità del lavoratore, seppur inquadrata oggettivamente sotto il profilo del danno arrecato all'organizzazione dell'attività produttiva, significa elevare a criterio di valutazione della prestazione successiva il fatto stesso dell'assenza per malattia (Napoli 1980, 356-357).

Se ne ricava che il superamento del predetto periodo costituisca, di per sé, condizione necessaria e sufficiente a legittimare il recesso datoriale, tanto da non essere più richiesta, a tale scopo, la prova del giustificato motivo oggettivo, né della impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa, né della correlativa impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse (Cfr. Cass. 31.1.2012, n. 1404, in *LG*, 2012, n. 7, 689 ss.; Cass. 28.1.2010, n. 1861, in *Ced Cass.*).

Sul punto appare utile menzionare la distinzione operata dalla Cassazione fra l'ipotesi della malattia del lavoratore, avente carattere temporaneo e implicante la legittimità del licenziamento solo al superamento del periodo di comperto *ex art.* 2110

c.c., e quella della inidoneità al lavoro, avente carattere permanente o *quam minoris* durata indeterminata (o indeterminabile), nella quale è consentita, di converso, la risoluzione del contratto ai sensi degli artt. 1256 e 1463 c.c., indipendentemente dal superamento del periodo di comportamento (Cass. 31.1.2012, n. 1404, cit.; vd. Avondola 2015, 127 ss.). Ne discende che «la mera difficoltà nell'espletamento delle mansioni inerenti alla qualifica a causa di impedimenti fisici, che sia superabile mediante l'adozione di diverse modalità di esecuzione del lavoro, compatibili con l'organizzazione aziendale, cui il datore di lavoro è tenuto nell'ambito del suo dovere di cooperazione, anche a norma dell'art. 2087 c.c., non concreta giustificato motivo di recesso» (Cass. 3.3.2003, n. 3250, in *MGL*, 2004, n. 6, 99 ss.).

La Cassazione ha, così, talora ritenuto che le reiterate assenze per malattia del lavoratore possano integrare gli estremi dello scarso rendimento solo allorché costituiscano la diretta conseguenza di una oggettiva e permanente (purché comprovata, ad esempio, da certificazione medica) inidoneità allo svolgimento delle mansioni attribuitegli tale da rendere la prestazione inservibile, e non anche nelle ipotesi di temporaneo impedimento del lavoratore per motivi di malattia. La temporaneità assurge, dunque, a presupposto applicativo fondamentale dell'art. 2110 c.c., il quale, indicando un periodo di sospensione dell'attività lavorativa, presuppone che l'interruzione dell'attività possa avere termine con la regolare ripresa del rapporto di lavoro (Calcaterra 2005, 629).

La Corte d'Appello di Roma, nella sentenza cassata dalla pronuncia in commento, si è ispirata a un arresto della giurisprudenza di legittimità che, nel ravvisare la sussistenza di profili di scarso rendimento nel caso delle assenze del dipendente per malattia effettuate «a macchia di leopardo», vale a dire in modo frammentario, in prossimità di riposi e festività e comunicate con poco preavviso, ha ricondotto la fattispecie in esame nell'ambito applicativo della disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo (Cass. 4.9.2014, n. 18678, cit.).

La richiamata decisione della Cassazione ha ritenuto, cioè, che in simili casi la malattia non venga in rilievo di per sé, ma in quanto le assenze che ne conseguono, sebbene incolpevoli, diano luogo a scarso rendimento e determinino una prestazione non più utile per il datore di lavoro in quanto foriera, in ragione della sua discontinuità, di scompensi organizzativi tali da rendere la stessa un costo ragionevolmente non sostenibile da parte dell'azienda (Ichino 2003, 446). L'orientamento emergente da tale pronuncia espunge, così, dalla fattispecie in rilievo qualsiasi notazione ai profili soggettivi dello scarso rendimento, dal momento che alcun «notevole inadempimento» viene imputato al prestatore di lavoro.

La pronuncia in questione esprime, tuttavia, un orientamento rivelatosi minoritario, al punto da non potersi rinvenire né precedenti – se non assai risalenti (Cass. 29.12.1977, n. 5752, in *FI*, 1978, I, 2377 ss.; Cass. 28.8.1979, n. 4707, in *FI*, 1980, I, 729 ss.; Cass. 9.2.1980, n. 897, in *OGL*, 1980, 440 ss.) – a esso conformi, né significativi riscontri nella successiva produzione giurisprudenziale della stessa Cassazione. Le conclusioni ivi rassegnate sono state, del resto, a stretto giro confutate da un'altra pronuncia (Cass. 9.7.2015, n. 14310, in *MGC*, 2015), che ha, in coerenza con l'orientamento storicamente prevalente in materia (A suo tempo avallato dalle Sezioni Unite e poi rivelatosi maggioritario: Cass. 29.3.1980, n. 2072, S.U., in *FI*, 1980, I,

936 ss.; Cass. 29.3.1980, n. 2073, S.U., in *GC*, 1980, I, 1526 ss.; Cass. 29.3.1980, n. 2074, S.U., in *MGL*, 1980, 211 ss. e 419 ss.), ricondotto questo tipo di licenziamento nell'alveo del giustificato motivo soggettivo, disvelandone la natura sostanzialmente disciplinare.

Nel caso affrontato dalla pronuncia in esame, infatti, non si era verificata la soppressione del posto, requisito indefettibile del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, poiché le assenze del lavoratore – come, del resto, nella vicenda di cui alla sentenza in commento – erano coperte da un sostituto (Santoro Passarelli 2016, 44).

Se ne conviene che il cd. assenteismo «tattico», o «a macchia di leopardo», possa ragionevolmente fondare una sanzione espulsiva prima dello spirare del termine del periodo di comporto solo laddove parte datoriale dimostri la colpevole violazione degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore, allo scopo allegando, ad esempio, prova della falsità della malattia addotta a giustificazione dell'assenza (Santoro Passarelli 2016, 44).

La lavoratrice-ricorrente produceva, invece, a giustificazione delle assenze accumulate e a fondamento delle pretese avanzate, certificazione medica attestante la propria affezione da una forma di dismenorrea particolarmente debilitante.

Con il termine «dismenorrea» la scienza medica identifica una patologia comunemente associata ai dolori insorgenti in corrispondenza del ciclo mestruale femminile. Tali dolori, che nella normalità sono tali da indurre uno stato di spossatezza, più o meno intenso, in alcuni soggetti possono insorgere in maniera piuttosto violenta e acuta, tanto da impedire lo svolgimento dell'attività lavorativa nonché, del pari, di qualunque altra attività di vita quotidiana implicante l'impiego di energie fisiche e mentali. I sintomi della dismenorrea, peraltro, in quanto eziologicamente legati al ciclo femminile, possono non presentarsi con cadenza regolare.

La società focalizzava, tuttavia, le proprie difese sulla prova dello scarso rendimento in senso oggettivo della lavoratrice, omettendo di contestare la fedeltà della certificazione medica da questa addotta a giustificazione delle proprie assenze.

La notoria ambivalenza, sul piano qualificatorio, dello scarso rendimento, nitidamente emergente dalla non sempre lineare produzione giurisprudenziale in sede di legittimità, è stata ammessa, in tempi recenti, anche in dottrina. Essa si estrinseca attraverso l'idea che uno stesso fatto possa essere valutato sia come inadempimento che come fattore di disfunzione organizzativa, spostando, a seconda dell'opzione adottata, l'attenzione sui ben distinti problemi della imputabilità dell'inadempimento (o meglio, dell'imputabilità della causa che ha prodotto l'impossibilità ad adempiere) o della giustificazione delle ragioni oggettive del licenziamento, ferma restando, al netto delle prospettazioni datoriali, l'ultima parola del giudice (Del Punta 1998, 714; Calcaterra 2009, 208 ss.).

In merito a ciò, il Tribunale di Roma, mosso da intento chiarificatore, scriveva nell'ordinanza del 17.3.2016 che «delle due l'una: o lo "scarso rendimento" deve ritenersi ontologicamente connotato da una colpa del dipendente, il cui "assenteismo" implica un inadempimento tale da poter qualificare il provvedimento espulsivo come licenziamento disciplinare, oppure la malattia, in quanto tale, nei limiti del periodo di comporto, per il quale sussiste una presunzione di tolleranza *ex lege*, non può concorrere a integrare lo "scarso rendimento"» (T. Roma 17.3.2016, ord. – Est. Calvosa –, inedita a quanto consta).

Alla luce degli orientamenti passati in rassegna, si può ragionevolmente affermare che la pronuncia in commento aggiunga un nuovo *landmark* sull'impervio e intricato sentiero della qualificazione, in senso soggettivo ovvero oggettivo, dello scarso rendimento ai fini del licenziamento, tracciando, a delimitazione delle due ipotesi, confini sempre meno ambigui e sfumati, sì da fornire all'interprete canoni ermeneutici più solidi, a maggior ragione nell'ipotesi ancor più peculiare dell'assenteismo per malattia, per meglio far fronte alla risaputa natura «anfibia» e, per questo, assai sfuggente della fattispecie.

Riferimenti bibliografici

- Avondola A. (2015), *Lo scarso rendimento: una nuova frontiera del licenziamento per giustificato motivo oggettivo?*, in *RIDL*, n. 1, I, 127 ss.
- Baraschi F., Proietti M. (2018), *Il licenziamento per scarso rendimento*, Giuffrè, Milano.
- Calcaterra L. (2005), *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi nella giurisprudenza di legittimità*, in *DRI*, n. 3, 621 ss.
- Calcaterra L. (2009), *La giustificazione oggettiva del licenziamento tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, ES, Napoli, 208 ss.
- Del Punta R. (1998), *Disciplina del licenziamento e modelli organizzativi delle imprese*, in *DLRI*, n. 80, 714 ss.
- Delfino M. (2010), *Il licenziamento per scarso rendimento e la rilevante negligenza imputabile al lavoratore*, in *DRI*, n. 1, 183 ss.
- Ichino P. (2003), *Il contratto di lavoro*, vol. 3, Giuffrè, Milano.
- Napoli M. (1980), *La stabilità reale nel rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, Milano.
- Santoro Passarelli G. (2016), *La regolazione del mercato del lavoro dopo il Jobs Act – parte II*, in *DRI*, n. 1, 42 ss.
- Viscomi A. (1997), *Diligenza e prestazione di lavoro*, Giappichelli, Torino.

Antonio Alessandro Scelsi
Dottore in Giurisprudenza

CASSAZIONE, 5.12.2018, n. 31495 – Pres. Nobile, Est. Patti, P.M. Mastroberardino (diff.) – G.F. (avv.ti Vacirca, Napoli) c. Ilva Saronno Spa, Ilva Saronno Holding Spa (avv.ti Aliberti, Castiglioni).
Cassa con rinvio Corte d’Appello di Milano, 6.10.2016.

Licenziamento individuale – Licenziamento per g.m.o. – Soppressione posto di lavoro – Obbligo di *repêchage* – Onere della prova – Illegittimità del licenziamento.

Il datore di lavoro, che adduca a fondamento del licenziamento la soppressione del posto di lavoro cui era addetto il lavoratore licenziato, ha l’onere di provare che al momento del licenziamento non sussisteva alcuna posizione di lavoro analoga a quella soppressa alla quale sarebbe potuto essere assegnato il lavoratore licenziato per l’espletamento di mansioni equivalenti a quelle svolte, tenuto conto della professionalità raggiunta dal lavoratore medesimo, e deve inoltre dimostrare di non avere effettuato per un congruo periodo di tempo successivo al recesso alcuna nuova assunzione in qualifica analoga a quella del lavoratore licenziato. (1)

(1) L’OBBLIGO DI *REPÊCHAGE* VA ASSOLTO CON RIFERIMENTO
A UN CONGRUO ARCO TEMPORALE SUCCESSIVO AL LICENZIAMENTO

1. — La Corte di Cassazione torna nuovamente a pronunciarsi sull’obbligo datoriale di ripescaggio: in particolare, sui tempi e sulle modalità di esercizio dello stesso.

Il caso trae origine dal licenziamento per giustificato motivo oggettivo di un lavoratore motivato dalla soppressione dell’area del settore vini a cui era addetto, conseguente a una criticità del mercato nazionale tale da determinare un documentato calo delle vendite.

I giudici sia di primo grado sia di secondo grado avevano rigettato i ricorsi proposti dal lavoratore volti a impugnare il licenziamento. In particolare, la Corte d’Appello aveva ritenuto provata sia l’effettiva sussistenza della riorganizzazione aziendale – a causa della soppressione della posizione lavorativa del lavoratore – sia la mancanza, al momento del licenziamento, di posizioni alternative a cui poter adibire il lavoratore stesso; la società aveva provato, inoltre, di non poter offrire al lavoratore mansioni inferiori, in quanto quelle disponibili al momento del licenziamento erano riferibili ad attività oggettivamente non rientranti nel bagaglio professionale del lavoratore.

Il lavoratore ha quindi proposto ricorso per la cassazione della sentenza di secondo grado lamentando, tra gli altri motivi, la violazione e la falsa applicazione dell’articolo 5, l. 15.7.1966, n. 604, e degli articoli 1375 e 2697 c.c. per l’inosservanza dell’obbligo datoriale di *repêchage* del lavoratore, ritenendo errata e pretestuosa la valutazione della società circa l’impossibilità di affidare al lavoratore mansioni equivalenti poiché non disponibili al momento del licenziamento o di adibirlo a mansioni inferiori – per le quali erano già in programma assunzioni a tempo determinato – in quanto non pertinenti al bagaglio professionale del lavoratore stesso.

La Cassazione ha accolto il ricorso e cassato la sentenza con rinvio.

2. — Il tema affrontato dalla Cassazione con la pronuncia in commento concerne l'estensione dell'obbligo di *repêchage* del lavoratore la cui posizione lavorativa sia soppressa per ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa (articolo 3, l. 15.7.1966, n. 604).

In ragione di ciò, secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, l'onere della prova sull'impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse – anche inferiori – grava totalmente sul datore di lavoro (Cass. 22.3.2016, n. 5592, in *MGC*, 2016; Cass. 13.6.2016, n. 12101, in *RGL*, 2016, II, 302 ss., con nota di Monterossi, e in *DRL*, 2016, 843 ss., con nota di Ferraresi; *contra, ex multis*, Cass. 10.5.2016, n. 9467, in *MGL*, 2016, 481 ss.; sul punto, si vd. anche Ianniruberto, 2017, 397), al pari dell'onere di allegare l'insussistenza dei posti disponibili (Cass. 22.3.2016, n. 5592, in *RIDL*, 2016, II, 465 ss., con nota di Bellè).

Nel caso in esame, i giudici di merito accertano il positivo assolvimento dell'obbligo di *repêchage*, ritenendolo circoscritto al momento dell'intimazione del licenziamento. La sentenza della Cassazione giunge, invece, a conclusioni opposte, dichiarando illegittimo il licenziamento per errato espletamento dell'obbligo di *repêchage* da parte della società. Nello specifico, la Corte sostiene che il datore di lavoro che adduca a fondamento del licenziamento la soppressione del posto di lavoro ha l'onere di provare non solo che al momento del licenziamento non sussista alcuna posizione lavorativa alla quale il lavoratore licenziato sarebbe potuto essere assegnato, ma deve altresì «dimostrare di non avere effettuato per un congruo periodo di tempo successivo al recesso alcuna nuova assunzione in qualifica analoga a quella del lavoratore licenziato» (Cass. 13.8.2008, n. 21579, in *RIDL*, 2009, II, 664 ss.; Cass. 26.3.2010, n. 7381, in *MGC*, 2010, 448 ss.; Cass. 11.6.2014, n. 13112, in *DeJure*).

Ebbene, la valutazione circa l'impossibilità di adibire il lavoratore in altra posizione lavorativa non può essere «istantanea», ossia non può essere circoscritta al momento del licenziamento, bensì deve fare riferimento a un arco temporale successivo, che la Cassazione definisce «congruo», senza tuttavia specificare l'arco temporale cui riferire la congruità del termine. L'indisponibilità, sia al momento del recesso datoriale sia in congruo arco temporale successivo, di mansioni a cui il lavoratore interessato da licenziamento per giustificato motivo oggettivo potrebbe essere adibito assurge a «presunzione semplice di effettiva impossibilità di utile reimpiego del lavoratore». È, dunque, necessario che l'assolvimento dell'obbligo di *repêchage* sia riferito non solo al momento del recesso, ma anche a un congruo arco temporale successivo, nel quale non vi siano state nuove assunzioni nella stessa qualifica – oggi stesso livello e categoria legale di inquadramento – del lavoratore interessato (*Ex multis*, Cass. 24.6.2015, n. 13116, in *D&G*, 2015, 70 ss.).

Orbene, con la pronuncia in commento, la Cassazione, nell'obiettivo di definire le modalità temporali a cui il datore di lavoro deve attenersi per l'osservanza dell'obbligo di *repêchage*, precisa che la valutazione tecnico-organizzativa alla base del dovere di reimpiego non può limitarsi a una prospettiva di ricollocazione dell'unità lavorativa riferita al momento del licenziamento, ma deve far riferimento a un congruo periodo di tempo successivo al recesso.

In definitiva, seppure condividendo l'orientamento dei giudici di legittimità, il

termine «congruo» di definizione del parametro temporale potrebbe generare perplessità in termini di certezza del diritto. A parere di chi scrive, si potrebbe applicare, in via analogica, quale parametro di riferimento il periodo di sei mesi fissato per il diritto di precedenza alla riassunzione presso la medesima azienda del lavoratore licenziato (art. 15, l. 29.4.1949, n. 264). In tal senso, l'obbligo di *repêchage* potrà ritenersi soddisfatto se nell'arco temporale di sei mesi non risultino nuove assunzioni o queste ultime siano state effettuate per mansioni riconducibili a un livello e categoria legale di inquadramento diversi rispetto a quelle svolte dal lavoratore licenziato.

3. — La teorizzazione dell'obbligo di *repêchage* del lavoratore ha derivazione giurisprudenziale (per un maggiore approfondimento, si vd.: Scarpelli 1997, 29; Carabelli 2001, 217; *contra*, Nogler 2007, 648) ed è da ricondurre alla considerazione del licenziamento quale *extrema ratio* (Cass. 8.11.2013, n. 25197, in *DeJure*; Cass. 13.3.2013, n. 6333, in *D&G online*, 2013). Nell'obiettivo di bilanciare i contrapposti interessi costituzionalmente garantiti di tutela del lavoro e di garanzia della libertà dell'iniziativa economica privata (artt. 4 e 41 Cost.), la giurisprudenza prevalente [*ex multis*, Cass. 2.5.2018, n. 10435, con nota di Salvagni (2018, 481)] e la dottrina maggioritaria (Scarpelli 2013, 284; Vallebona 2013, 750) sostengono che il positivo espletamento dell'obbligo di *repêchage* sia presupposto costitutivo, unitamente alla sussistenza delle ragioni economiche di cui all'articolo 3, l. 15.7.1966, n. 604, del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il quale deve essere esercitato in attuazione del principio di buona fede (Cass. 8.3.2016, n. 4509, *MGC*, 2016; Cass. 20.10.2017, n. 24882, in *D&G online*, 2017).

Nello specifico, l'obbligo di *repêchage* consiste nel dovere sussistente in capo al datore di lavoro di fornire la prova dell'inevitabilità del licenziamento, ossia di non poter ricollocare il lavoratore – altrimenti licenziato per giustificato motivo oggettivo – in un'altra e diversa posizione, anche in altre sedi dell'azienda. In altri termini, il licenziamento può considerarsi legittimo soltanto se il datore di lavoro prova di non aver avuto altra possibilità di occupazione per il lavoratore in questione, ossia di aver verificato, prima di procedere con il recesso, che all'interno dell'organizzazione aziendale non esistano mansioni equivalenti, o anche inferiori, a quelle da ultimo svolte da poter assegnare al lavoratore stesso al fine di evitarne il licenziamento.

In questa prospettiva, è chiaro l'*exkursus* logico che ha portato a una crescente estensione dell'ambito dell'obbligo di *repêchage*, dapprima circoscritto alle sole mansioni equivalenti per poi essere ampliato anche alle mansioni inferiori (Cass. 21.12.2016, n. 26467, in *D&G online*, 2017), a ogni posizione lavorativa dislocata in qualsiasi unità produttiva dell'azienda nonché a quelle facenti capo ad altre società del medesimo gruppo (Cass. 31.5.2017, n. 13809, in *ilgiuslavorista.it*, 2017; Cass. 9.5.2018, n. 11166, in *MGC*, 2018).

Orbene, il contenuto dell'obbligo di *repêchage*, ovvero l'ambito delle mansioni libere che potrebbero essere assegnate al lavoratore in alternativa al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, è strettamente connesso alla disciplina dell'art. 2103 c.c. in quanto tale norma ne misura l'estensione.

Come è noto, l'articolo 2103 c.c. è stato riscritto integralmente dall'art. 3, d.lgs. 15.6.2015, n. 81, che ha modificato profondamente la disciplina del mutamento delle mansioni (Per un maggiore approfondimento, Pisani 2015), con due novità di parti-

colare rilievo: l'abrogazione del concetto di equivalenza – sostituito dal riferimento allo stesso livello di inquadramento e categoria legale – e l'attribuzione di un ruolo di rilevanza alla contrattazione collettiva dotata di ampi poteri derogatori.

Il nuovo articolo 2103, comma 2, c.c. estende l'esigibilità delle mansioni da parte del datore di lavoro a tutte quelle riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte, anche se espressione di una professionalità diversa da quella posseduta dal lavoratore; ne consegue un ampliamento, anche al di là dell'equivalenza, dell'ambito delle mansioni libere che potrebbero essere assegnate al lavoratore la cui posizione è stata soppressa (Pisani 2016, 537; Carinci 2017, 203; Cester 2017, 153).

Tema controverso è se, nell'esercizio dell'obbligo di *repêchage* del lavoratore, il datore di lavoro debba fare riferimento alle mansioni dello stesso livello e categoria legale di inquadramento o anche alle mansioni di livello inferiore. A seguito dell'introduzione dello *ius variandi in peius* a norma dell'articolo 2103, cc. 2 e 4, c.c., si riapre il tema secondo il quale l'adempimento dell'obbligo di ripescaggio si estenderebbe anche alle mansioni libere di valore inferiore, ovvero appartenenti al livello di inquadramento inferiore. Secondo l'orientamento della dottrina prevalente (Pisani 2015, 151; Ciucciovino 2016, 43; *contra*: Amendola 2015, 511; Brollo 2015, 42; Salvagni 2017, 577), è inammissibile che, al fine di evitare il licenziamento del lavoratore, il datore di lavoro debba obbligatoriamente sopportare il costo economico derivante dal demansionamento, in quanto quest'ultimo, oltre a un'eventuale formazione del lavoratore, sarebbe tenuto a sopportare anche un costo retributivo non corrispondente alle mansioni di assegnazione, bensì a quelle inquadrate nel livello superiore in virtù del principio dell'irriducibilità della retribuzione a norma del comma 5. Inoltre la disposizione di cui all'art. 2103, c. 6, c.c. perderebbe di ogni contenuto se si dovesse ritenere che, in caso di soppressione del posto di lavoro, il datore sia comunque tenuto ad assegnare al lavoratore interessato mansioni di valore inferiore con conservazione della retribuzione in godimento. In questo senso si sostiene che, in caso di soppressione del posto di lavoro di un dipendente, il datore di lavoro, laddove sussista la disponibilità di mansioni libere di livello inferiore, prima di procedere al licenziamento, ha l'onere di proporre al lavoratore interessato la stipula di un accordo ai sensi dell'art. 2103, c. 6, c.c., e soltanto in caso di rifiuto da parte del lavoratore possa procedere validamente a recedere il rapporto di lavoro (Sordi 2016, 132).

Riferimenti bibliografici

- Amendola F. (2015), *La disciplina delle mansioni nel d.lgs. n. 81 del 2015*, in *DLM*, 2015, n. 3, 511 ss.
- Bellè R. (2016), *Poteri datoriali e azioni a tutela del lavoratore. Il caso del repêchage tra vecchio e nuovo*, in *RIDL*, n. 3, I, 465 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*, Adapt, Modena, 42 ss.
- Carabelli U. (2001), *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, in Aa.Vv., *I licenziamenti per riduzione del personale in Europa*, Cacucci, Bari, 217 ss.

- Carinci M.T. (2017), *L'obbligo di «ripescaggio» nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, in RIDL, n. 1, II, 203 ss.
- Cester C. (2017), *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e difficoltà economiche: a proposito di una recente presa di posizione della Corte di Cassazione*, in RIDL, n. 1, II, 153 ss.
- Ciucciovino S. (2016), *Giustificato motivo di licenziamento e repêchage dopo il Jobs Act*, in MGL, 43 ss.
- Ferraresi M. (2016), *L'obbligo di repêchage tra onere di allegazione e onere della prova: il revirement della Cassazione*, in DRI, 843 ss.
- Ianniruberto G. (2017), *Licenziamento e repêchage: allegazione e prova*, in RIDL, n. 3, I, 397 ss.
- Monterossi L. (2016), *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e repêchage: nessun onere di allegazione*, in RGL, II, 302 ss.
- Nogler L. (2007), *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i principi costituzionali*, in DRI, n. 29, 648 ss.
- Pisani C. (2015), *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Giappichelli, Torino.
- Pisani C. (2016), *L'ambito del repechage alla luce del nuovo art. 2103 cod. civ.*, in ADL, I, 537 ss.
- Salvagni M. (2017), *Il repêchage in mansioni inferiori dopo il Jobs Act: obbligo o facoltà?*, in RGL, n. 4, II, 577 ss.
- Salvagni M. (2018), *La Cassazione in funzione nomofilattica: l'obbligo di repêchage fa parte del fatto e la sua violazione può comportare l'applicazione della tutela reale*, in LPO, n. 7/8, 481 ss.
- Scarpelli F. (1997), *La nozione e il controllo del giudice*, in Aa.Vv., *I licenziamenti collettivi*, in QDLRI, n. 19, 29 ss.
- Scarpelli F. (2013), *Giustificato motivo di recesso e divieto di licenziamento per rifiuto della trasformazione del rapporto a tempo pieno*, in RIDL, n. 1, I, 284 ss.
- Sordi P. (2016), *Il nuovo art. 2103 c.c. e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in Piccinini I. et al. (a cura di), *La nuova disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, edizioni Lpo, 132 ss.
- Vallebona A. (2013), *Il repêchage fa parte del «fatto»*, in MGL, n. 11, 750 ss.

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

CASSAZIONE, 15.11.2018, n. 29402, ord. – Pres. Bronzini, Est. De Gregorio – Amiu Spa (avv. Fusaro) c. R.G. (avv. Romeo).
Conf. Corte d'Appello di Lecce, S. distaccata di Taranto, 12.10.2016.

Licenziamento individuale – Superamento del termine di comporto – Tempestività – Malattia – Affidamento del lavoratore.

Il criterio della tempestività opera anche in caso di licenziamento per superamento del comporto. Tale criterio va commisurato non solo a un dato strettamente cronologico, ma con riferimento all'intero contesto di circostanze utili a valutare il contegno aziendale rispetto alla volontà o meno della risoluzione. (1)

(1) IL PRINCIPIO DI TEMPESTIVITÀ NEL LICENZIAMENTO
INTIMATO PER SUPERAMENTO DEL COMPORTO

1. — Il caso esaminato dalla Cassazione riguarda il licenziamento per superamento del cosiddetto comporto breve, intimato dal datore di lavoro oltre il periodo di scadenza della garanzia di stabilità prevista dal Ccnl di categoria applicato in ambito aziendale. Il termine di conservazione del posto di lavoro era scaduto il 4.11.2013, allorché la dipendente, nell'arco temporale di 1095 giorni a decorrere dall'ultimo nuovo episodio morboso, aveva accumulato 365 giorni di assenza dal posto di lavoro; il recesso, tuttavia, era stato comunicato con missiva del 10.3.2014, ovvero a distanza di quattro mesi dalla data oltre la quale il datore di lavoro era facoltizzato a esercitare il diritto di risoluzione del rapporto di lavoro.

La lavoratrice ha impugnato il licenziamento, eccependo l'intempestività del recesso, atteso che nelle più recenti vicende del rapporto il datore di lavoro avrebbe dimostrato una volontà incompatibile con la cessazione del medesimo.

Il giudice di prime cure, disattese le difese sollevate dalla ricorrente, ha affermato che il tempo trascorso tra il compiersi del termine massimo di conservazione del posto di lavoro e di intimazione del licenziamento fosse sì dilatato, ma non irragionevole né incompatibile col principio di affidamento, ben potendo spiegarsi coi tempi di riflessione e delibazione riservati alla datrice di lavoro.

La Corte d'Appello di Lecce, viceversa, in accoglimento del reclamo proposto dalla lavoratrice, riformava la sentenza di primo grado e annullava il licenziamento, con condanna della società alla immediata reintegrazione, nonché al pagamento in favore della stessa di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto percepita, a titolo di indennità risarcitoria.

Ad avviso della Corte territoriale, in primo luogo, la cessazione del rapporto per superamento del periodo di comporto opera automaticamente, nel senso che non richiede alcuna ulteriore motivazione che non sia, per l'appunto, l'accertamento del verificarsi della previsione contrattuale. Non si comprendeva, di conseguenza, quali necessità di riflessione giustificassero l'adozione del licenziamento a distanza di cinque mesi dalla realizzazione dell'ipotesi contrattuale. Né la gravità della sanzione poteva

giustificare un simile ritardo, non trattandosi di licenziamento disciplinare e non sussistendo quindi alcuna sanzione alternativa e meno grave da infliggere.

L'illegittimità dell'atto espulsivo, inoltre, secondo la Corte territoriale, emergeva anche dal fatto che il recesso era stato intimato a seguito di condotta aziendale ritenuta incompatibile con la volontà di cessazione del rapporto, essendo proseguito regolarmente dopo che il periodo di comporto breve era stato superato, come da comunicazioni della datrice di lavoro del 31.1.2013 e del 22.1.2014.

La società proponeva ricorso innanzi alla S.C. per la cassazione della sentenza di appello: lo stesso è stato rigettato con l'ordinanza in commento, in cui si afferma che «il criterio della tempestività opera anche in caso di licenziamento per superamento del comporto e va commisurato non solo a un dato strettamente cronologico, ma con riferimento all'intero contesto di circostanze utili a valutare il contegno aziendale rispetto alla volontà o meno della risoluzione».

La tempestività nel licenziamento per superamento del cosiddetto comporto, pur non essendo prevista legislativamente, trova la propria ragion d'essere in una copiosa produzione giurisprudenziale (Vd. Maio 2001, 303).

L'art. 2110 c.c., invero, pur prevedendo che «l'imprenditore ha diritto di recedere dal contratto a norma dell'art. 2118, decorso il periodo stabilito dalla legge, dagli usi o secondo equità», non individua il lasso temporale entro il quale può essere intimata validamente la risoluzione del rapporto di lavoro.

La Cassazione, sul punto, chiamata a pronunciarsi in merito alla tempestività del recesso per superamento del periodo di comporto, ha più volte affermato che il provvedimento irrogato nell'immediatezza della scadenza non desta alcuna perplessità ed è pacificamente considerato valido e legittimo; non può dirsi lo stesso, viceversa, laddove il licenziamento sia stato intimato a distanza di un certo lasso temporale dall'effettivo superamento.

La giurisprudenza, dunque, con orientamento granitico, ha ribadito che il datore di lavoro ha il diritto-dovere di irrogare il licenziamento al termine di scadenza del periodo di conservazione del posto di lavoro previsto dalla pattuizione collettiva applicata in azienda, posto che la tempestività è posta a tutela dell'interesse del lavoratore, il quale ha diritto «alla certezza della vicenda contrattuale». Tale principio, tuttavia, «va temperato con un ragionevole "*spatium deliberandi*" riconosciuto al datore di lavoro perché egli possa valutare convenientemente nel complesso la sequenza di episodi morbosi del lavoratore, ai fini di una prognosi di compatibilità della presenza in azienda del lavoratore in rapporto agli interessi aziendali» (Cfr., *ex plurimis*: Cass. 20.3.2019, n. 7849, inedita a quanto consta; Cass. 4.7.2017, n. 16392, in *LG*, 2018, n. 2, 169 ss.; Cass. 5.8.2015, n. 16462, inedita a quanto consta; Cass. 7.2.2014, n. 2835, in *GDir.*, 2014, n. 10, 50 ss.; Cass. 23.1.2008, n. 1438, in *FI*, 2009, n. 2, I, 501 ss., con nota di Carbone; Cass. 7.1.2005, n. 253, in *MGL*, 2005, n. 6, 480 ss.; Cass. 29.7.1999, n. 8235, in *RIDL*, 2000, n. 1, II, 62 ss., con nota di Bano).

La Cassazione, proprio nella pronuncia in commento, afferma che «la cessazione del rapporto per superamento del periodo di comporto opera automaticamente, nel senso che non richiede alcuna ulteriore motivazione che non sia per l'appunto l'accertamento del verificarsi della previsione contrattuale»; di talché, l'intempestività è da considerarsi un'eccezione, la cui ragione determinante deve essere allegata e provata

come causa giustificatrice, e comunque non deve essere irragionevole né incompatibile col principio di affidamento.

La giurisprudenza ha precisato, inoltre, che «pur non essendo possibile, in caso di superamento del comporta, che il rapporto rimanga in uno stato di risolubilità, in contrasto con il regime di stabilità previsto dalla legge, costituisce però onere del lavoratore provare che l'intervallo di tempo tra il superamento del periodo di comporta per malattia e la comunicazione del recesso da parte del datore di lavoro abbia superato i limiti di adeguatezza e ragionevolezza, sì da far ritenere – eventualmente in concorso con altre circostanze di fatto significative – la volontà tacita del datore di lavoro di rinunciare alla facoltà di recedere dal rapporto» (Cfr., *ex plurimis*: Cass. 23.5.2016, n. 10666, in *GL*, 2016, n. 27, 45 ss.; Cass. 29.7.1989, n. 3555, in *NGL*, 1989, 579 ss.; Cass. 11.4.1987, n. 3650, in *LPA*, 1987, 2350 ss.).

A tale *ratio* consegue che, in caso di licenziamento per superamento del cd. comporta, «la tempestività del licenziamento non può risolversi in un dato cronologico, fisso e predeterminato, ma costituisce valutazione di congruità che il giudice di merito deve fare caso per caso, con riferimento all'intero contesto delle circostanze significative, e la cui valutazione non è sindacabile in Cassazione ove adeguatamente motivata» (Cfr., tra le altre: Cass. 31.7.2015, n. 16267, in *LG*, 2015, n. 11, 1053 ss.; Cass. 7.1.2005, n. 253, in *MGL*, 2005, n. 6, 480 ss.).

Proprio con riferimento alla distinzione summenzionata, la Suprema Corte ha precisato che «in tema di licenziamento per superamento del periodo di comporta, inoltre, la valutazione del tempo decorso fra la data del superamento del periodo di comporta e quella del licenziamento, al fine di stabilire se la durata di esso sia tale da risultare oggettivamente incompatibile con la volontà di porre fine al rapporto, va condotta con criteri di minor rigore rispetto al licenziamento per giusta causa, apprezzando l'intero contesto delle circostanze all'uopo significative; tuttavia il giudizio sulla tempestività, o meno, del recesso non può conseguire alla rigida e meccanica applicazione di criteri temporali prestabiliti» (Cfr., *ex multis*, Cass. 12.10.2018, n. 25535, inedita a quanto consta, e Cass. 25.11.2010, n. 23920, in *DPL*, 2011, n. 5, 263 ss.).

La tutela del legittimo affidamento del prestatore, in relazione al carattere facoltativo del recesso del datore di lavoro, e l'esercizio di tale diritto in conformità ai canoni di correttezza e buona fede assurgono, dunque, a criteri indispensabili per l'accertamento della tempestività del licenziamento.

Ciò che muta e differisce rispetto al licenziamento disciplinare è che la valutazione circa la tempestività non è rigida e predeterminata come avviene nel primo caso, ma sarà il giudice a dover ravvisare che «l'intervallo di tempo tra il superamento del periodo di comporta per malattia e la comunicazione del recesso da parte del datore di lavoro abbia superato i limiti di adeguatezza e ragionevolezza, sì da far ritenere – eventualmente in concorso con altre circostanze di fatto significative – la volontà tacita del datore di lavoro di rinunciare alla facoltà di recedere dal rapporto» (Cfr., *ex plurimis*: Cass. 11.8.2015, n. 16683, inedita a quanto consta; Cass. 17.6.1998, n. 6057, in *ADL*, 2001, n. 1, II, 364 ss.; Cass. 29.7.1989, n. 3555, in *NGL*, 1989, 579 ss.; Cass. 11.4.1987, n. 3650, in *LPO*, 1987, 2350 ss.). Il licenziamento disciplinare, infatti, richiede «l'immediatezza del recesso, volta a garantire la pienezza del diritto di difesa all'incolpato» (Cfr. Cass. 25.11.2011, n. 24899, in *RIDL*, 2012, II, 676 ss.).

L'affidamento del lavoratore, invero, crescerà proporzionalmente con il decorso del tempo dal superamento del periodo di comperto, tenendo conto ovviamente di tutte le circostanze significative. Nel giudizio sulla tempestività, o meno, del recesso, dunque, va esaminata «ogni significativa circostanza idonea a incidere sulla valutazione datoriale circa la sostenibilità o meno delle assenze del lavoratore in rapporto, da un lato, con le esigenze del lavoratore medesimo alla certezza della vicenda contrattuale e, dall'altro, con le esigenze dell'impresa, in un'ottica delle relazioni aziendali improntata ai canoni della reciproca lealtà e buona fede» (Cfr., tra le altre: Cass. 28.11.2011, n. 7037, in *DPL*, 2011, n. 19, 916 ss.; Cass. 25.11.2010, n. 23920, cit.).

Costituiscono circostanze utili per tale disamina, ad esempio: il riconoscimento di periodi di ferie, l'intermittenza della malattia, le dimensioni dell'azienda, e così via. E in virtù di tali premesse, la Cassazione, nel caso in commento, ha confermato la decisione della Corte territoriale, con cui era stata accolta la domanda della lavoratrice.

A fondamento di tale declaratoria, il giudice di legittimità ha richiamato un precedente giurisprudenziale intervenuto tra le medesime parti e avente a oggetto la medesima questione giuridica. Nello stesso era stata affermata «la necessità che il criterio della tempestività operasse anche in caso di licenziamento per superamento del comperto, criterio da commisurarsi non solo a un dato strettamente cronologico, ma con riferimento all'intero contesto di circostanze utili a valutare il contegno aziendale rispetto alla volontà o meno della risoluzione». Il precedente, dunque, era noto alle parti, ma l'azienda non ne aveva tenuto conto nella condotta successivamente osservata, oggetto del secondo giudizio.

La Corte, da tale circostanza, ha dedotto che si era ingenerata «nuovamente nella lavoratrice l'aspettativa della prosecuzione del rapporto». Non solo. Risultava pacifica la prestazione lavorativa pure dopo il 4.11.2013, epoca di superamento del comperto, sicché non è stata ravvisata alcuna valida giustificazione nel ritardo con il quale l'azienda aveva intimato il recesso. Né le dimensioni aziendali, il numero di dipendenti occupati e il metodo di rilevazione delle assenze potevano invocarsi quali fattori scriminanti, proprio in considerazione della già intervenuta risalente maturazione del termine contrattualmente previsto per procedere alla risoluzione.

Proprio in virtù del principio per cui la tempestività va valutata caso per caso, i giudici di legittimità sono giunti a conclusioni apparentemente diverse, poiché muovono le mosse dal medesimo principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte in merito alla valenza giuridica della tempestività in tema di licenziamento per superamento del periodo di comperto. Si riportano alcuni casi emblematici di tale circostanza.

In un caso, la Cassazione ha evinto la volontà abdicativa del diritto di recesso da parte del datore, oltre che dal ritardo nella comunicazione del licenziamento, dall'accettazione del rientro in servizio e della prestazione lavorativa per un breve lasso di tempo, nonché dal riconoscimento di un ulteriore periodo di ferie e dalla fissazione della visita di sorveglianza sanitaria del dipendente (Cfr. Cass. 12.10.2018, n. 25535, cit.).

La Corte di legittimità ha, altresì, confermato la sentenza di appello, che aveva ritenuto legittimo il licenziamento intimato dopo circa un anno dal superamento del periodo massimo di comperto, perdurando in detto lasso di tempo l'assenza del lavoratore, che aveva sollecitato un'ulteriore verifica medico-legale (Cfr. Cass. 20.9.2016, n. 18411, e Cass. 25.11.2011, n. 24899, inedite a quanto consta).

In altro caso, invece, i giudici di legittimità, in virtù del medesimo principio, hanno ritenuto il decorso del termine di quattro anni dal superamento del periodo di comportamento non ostativo al legittimo recesso del datore di lavoro, avvenuto nella immediatezza della sentenza di primo grado dichiarativa della nullità di un precedente licenziamento intimato alla lavoratrice (Cfr. Cass. 15.9.2014, n. 19400, inedita a quanto consta).

Ancora, la Cassazione ha confermato la decisione con cui il giudice di merito aveva ritenuto legittima l'intimazione del licenziamento 19 giorni dopo il rientro in azienda del lavoratore: arco di tempo motivatamente valutato compatibile con le accertate dimensioni dell'impresa, ma anche con uno «*spatium deliberandi*» inteso alla concreta verifica di una possibile conservazione del rapporto (Cfr. Cass. 25.11.2011, n. 24899, cit.).

Sempre con riferimento alla medesima fattispecie, infine, la Cassazione ha confermato la sentenza impugnata, che aveva ritenuto il decorso del termine di circa dieci mesi dal superamento del periodo di comportamento non ostativo al recesso del datore di lavoro, avvenuto quando la morbilità del lavoratore era divenuta tale da rendere quest'ultimo non più utilmente e convenientemente reinseribile nell'apparato produttivo (Cfr. Cass. 28.3.2011, n. 7037, cit.).

Emerge, dagli arresti giurisprudenziali presi in esame, che al giudice di merito è conferito l'oneroso compito di qualificare la tempestività del licenziamento in ipotesi in cui né la legge, né la contrattazione collettiva individuano valori «fissi e predeterminati» per rendere agevole tale valutazione.

La giurisprudenza, talvolta, ha delineato dei criteri interpretativi, ma ciò non è sufficiente per creare una cornice certa e determinata nella quale il lavoratore, così come il datore di lavoro, possano muoversi e determinare le proprie sorti.

Riferimenti bibliografici

- Bano F. (2000), *Lo spatium deliberandi nel recesso per superamento del periodo di comportamento*, in *RIDL*, II, 62 ss.
Maio V. (2001), *Sulla «tempestività» del recesso per superamento del comportamento*, in *ADL*, n. 1, II, 303 ss.

Angela Gambardella
*Avvocata e Dottoressa di ricerca in Diritto del lavoro
presso la «Sapienza» Università di Roma*

CASSAZIONE, 14.11.2018, n. 29376 – Pres. Di Cerbo, Est. Tricomi, P.M. Celeste (conf.) – G.F. (avv.ti Siciliano, Mardegan, Conti) c. Agenzia delle entrate-Direzione regionale della Lombardia (Avvocatura Generale dello Stato).
Parz. diff. Corte d'Appello di Milano, 11.7.2016.

Lavoro pubblico – Procedimento penale – Procedimento disciplinare – Autonomia giudiziale – Riapertura per modificare o confermare l'atto conclusivo – Raccordo giudiziale – Illegittimità *ex tunc* – Art. 18 St. lav. – Illegittimità licenziamento.

Qualora la condotta del pubblico impiegato abbia rilevanza non solo disciplinare, ma anche penale, l'art. 55-ter, d.lgs. n. 165 del 2001, prevede un meccanismo di raccordo tra i due procedimenti al fine di evitare esiti contraddittori. In caso di sentenza irrevocabile di assoluzione, il dipendente pubblico può richiedere la riapertura del procedimento disciplinare, affinché la sanzione inizialmente irrogata possa essere eventualmente modificata. L'illegittimità della sanzione riconfermata, da accertare in sede giurisdizionale ai sensi dell'art. 18 St. lav. nella sua originaria formulazione, ha effetto dal primo procedimento disciplinare. (1)

(1) IL RAPPORTO TRA PROCEDIMENTO DISCIPLINARE
E PROCEDIMENTO PENALE ALLA LUCE
DELLA (MANCATA) PRIVATIZZAZIONE DEL PUBBLICO IMPIEGO

1. — La sentenza in esame merita particolare attenzione non solo per la tipicità del rapporto tra procedimento disciplinare e penale nel pubblico impiego, ma anche per il regime sanzionatorio applicato dai giudici nel corso dei vari gradi di giudizio.

Nel caso di specie, una pubblica dipendente, con ricorso *ex art. 1*, comma 48, l. n. 92/2012, aveva impugnato dinanzi al Tribunale di Pavia il provvedimento con cui l'Agenzia delle entrate, in esito alla riapertura del procedimento disciplinare *ex art. 55-ter*, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, aveva confermato la sanzione del licenziamento per giusta causa, intimato prima del passaggio in giudicato della sentenza che la assolveva dai reati ascrittile.

Il Tribunale, accogliendo parzialmente il ricorso del pubblico dipendente, dichiarava il licenziamento illegittimo, *ex art. 18*, c. 5, come modificato dalla riforma Fornero, con pagamento di un'indennità risarcitoria pari a dodici mensilità; in sede di opposizione lo stesso Tribunale confermava la decisione di cui alla fase sommaria.

La Corte d'Appello affermava, tuttavia, che le modifiche apportate all'art. 18 dalla riforma Fornero non trovano applicazione ai rapporti del pubblico impiego, continuando così a trovare applicazione per gli stessi l'art. 18 St. lav. nel testo antecedente alla riforma. I giudici di secondo grado reintegravano allora la lavoratrice e condannavano l'Agenzia delle entrate al pagamento delle differenze retributive con effetto *ex*

nunc dal secondo licenziamento: la riapertura del procedimento disciplinare faceva sorgere un nuovo e distinto procedimento, con oggetto il riesame del progresso licenziamento in relazione all'esito del giudizio penale.

La Suprema Corte, confermando l'illegittimità del licenziamento *ex art.* 18 St. lav. nel testo antecedente alla riforma, condannava la p.a. al pagamento delle differenze retributive con effetto però dalla prima sanzione irrogata; secondo i giudici di legittimità, infatti, l'art. 55-ter, d.lgs. n. 165/2001, prevede un procedimento unitario, articolato in due fasi, in cui il rinnovo della contestazione dell'addebito deve essere limitato ai medesimi fatti storici oggetto della prima contestazione disciplinare, per i quali è intervenuta una sentenza irrevocabile di assoluzione in sede penale. In ragione di ciò, se la determinazione di conferma o modifica della sanzione già irrogata ha effetto *ex tunc*, allora anche l'accertamento in sede giurisdizionale dell'illegittimità non può che operare *ex tunc*.

2. — L'art. 55-ter, d.lgs. n. 165 del 2001, così come modificato dalla riforma Brunetta, ha introdotto rilevanti novità in merito agli effetti del giudicato penale nei confronti dei procedimenti disciplinari delle amministrazioni pubbliche.

Il legislatore delegato, infatti, consentendo al procedimento disciplinare di proseguire e concludersi anche in pendenza di un procedimento penale, ha riconosciuto il principio di separazione e di autonomia dei due procedimenti; per evitare discrasie giudiziali, però, se il procedimento penale si è concluso con l'assoluzione, su istanza del lavoratore, il procedimento disciplinare deve essere riaperto con conseguente conferma o modifica della sanzione. La conferma o modifica della sanzione ha effetto dal primo procedimento disciplinare.

3. — Il novellato art. 55-ter, d.lgs. n. 165 del 2001, così come modificato dal d.lgs. n. 150/2009, ha soppresso la regola generale della pregiudizialità penale, prevista in precedenza *ex art.* 117, d.P.R. n. 3/1957. Prima della riforma, infatti, il procedimento disciplinare doveva essere necessariamente sospeso, qualora per il fatto addebitato al pubblico dipendente fosse pendente un giudizio penale (Art. 14 del Ccnl comparto Ministeri del 12.6.2003, rinnovellato dall'art. 27, comma 3, del Ccnl 14.9.2007).

Il regime previgente era finalizzato a evitare un contrasto tra le valutazioni operate in sede penale e disciplinare per fatti riguardo ai quali l'autorità giudiziaria ha mezzi d'indagine più incisivi rispetto a quelli dell'Ufficio procedimenti disciplinari.

Coerentemente a una visione beccariana dei tempi della giustizia penale, tuttavia, il rapporto tra procedimento penale e disciplinare mal si conciliava con le esigenze della pubblica amministrazione: le lungaggini temporali derivanti dal procedimento penale determinavano infatti un grave danno alla credibilità delle istituzioni pubbliche.

La riforma Brunetta ha pertanto modificato la previgente disciplina, permettendo che condotte di particolare gravità rimanessero impunte fino alla conclusione del procedimento penale a carico del pubblico dipendente.

Il legislatore delegato, premurandosi che il procedimento disciplinare proseguisse anche in pendenza di un giudizio penale, ha però individuato disposizioni specifiche anche riguardo la sorte del procedimento per le condotte di maggiore gravità.

La nuova formulazione dell'art. 55-ter ha relegato, infatti, a mera possibilità la sospensione del procedimento disciplinare, allorquando ne derivi una sanzione superio-

re alla sospensione fino a dieci giorni ovvero l'accertamento del fatto contestato risulti di particolare complessità; è dunque la p.a. a decidere, in tali casi, se sospendere o meno il procedimento disciplinare, a differenza del passato in cui era invece obbligata.

Per le infrazioni da cui derivi una sospensione dal servizio fino a dieci giorni non è più ammessa, invece, la sospensione del procedimento; in detti casi la p.a. non ha la facoltà di sospendere il procedimento disciplinare.

4. — In caso di mancata sospensione, l'art. 55-ter, cc. 2 e 3, d.lgs. n. 165/2001, ha disciplinato due diverse ipotesi di coordinamento degli esiti procedimentali, al fine di emettere pronunce coerenti tra loro.

Se il lavoratore è stato assolto perché il fatto non sussiste o perché il dipendente non lo ha commesso, il procedimento disciplinare deve essere archiviato; se invece il lavoratore è stato assolto perché il fatto imputatogli non costituisce illecito penale, il procedimento disciplinare, riaperto su istanza di parte, può confermare ovvero modificare la precedente sanzione applicata. In tal caso, infatti, la condotta del dipendente, pur non avendo più rilevanza penale, può avere comunque rilevanza tale da confermare la sanzione precedentemente irrogata.

Secondo il principio di immutabilità della contestazione, però, una volta riaperto il procedimento, la p.a. è vincolata, nel rinnovo della contestazione, al medesimo fatto addebitato originariamente al lavoratore; onde per cui il procedimento riaperto non costituisce un nuovo e distinto procedimento disciplinare, ma una rianalisi del precedente, con effetti dunque *ex tunc*.

Se, invece, il procedimento penale si conclude con una sentenza di condanna che accerti la sussistenza del fatto, ottiene efficacia di giudicato penale nel procedimento disciplinare. In tal caso il procedimento disciplinare deve adeguare le determinazioni conclusive all'esito del giudizio penale, fino a dover riaprire il procedimento se dalla sentenza di condanna risulti che il fatto addebitato comporti una sanzione più grave di quella in precedenza applicata.

5. — Se, da un lato, la riforma Brunetta ha raggiunto l'obiettivo di maggior speditezza del procedimento disciplinare, dall'altro, non essendo più necessario dover attendere l'esito del procedimento penale per comminare la sanzione, ha imposto una maggiore enfasi sull'analisi conoscitiva della condotta del lavoratore da parte della p.a.

La disciplina del pubblico impiego in materia è divenuta così, almeno in apparenza, coerente con quella del lavoro privato che obbliga il datore di lavoro ad accertare i fatti contestati nel procedimento disciplinare senza dover attendere l'esito del giudizio penale (Cass. 26.3.2010 n. 7410, in *MGC*, 2010, n. 3, 450 ss.; Cass. 28.11.2008, n. 28448, in *Ced Cassazione*; Cass. 30.1.2006, n. 2023, in *NGL*, 2006, 192 ss.).

A differenza però del settore privato, nel pubblico impiego la sentenza penale di condanna fa stato nel procedimento disciplinare. Il legislatore delegato del 2009 non ha voluto infatti lasciare alcuna discrezionalità all'agire della pubblica amministrazione.

6. — La normativa di riferimento in materia di pubblico impiego – il d.lgs. n. 165/2001 – non ha tuttavia una specifica regolamentazione in materia di risoluzione del rapporto di lavoro pubblico, risultando pacificamente applicabile al settore la disciplina del recesso prevista dalla legge n. 604/1966.

Il regime sanzionatorio applicabile è stato invece sin dall'origine parzialmente derogatorio rispetto alla disciplina privatistica.

Nel settore pubblico, infatti, indipendentemente dai requisiti dimensionali dell'amministrazione, ha sempre trovato applicazione generalizzata l'art. 18 St. lav. nella sua originaria formulazione.

In ragione di ciò, quando l'art. 18 St. lav. è stato modificato dalla riforma Fornero – con conseguente perdita di gran parte della sua forza reintegratoria –, si è dubitato che tale diminuzione di tutele potesse essere estesa anche ai pubblici dipendenti; alimentava tali dubbi l'incerto dettato normativo della riforma che, se da un lato concedeva l'applicabilità del nuovo art. 18 St. lav. anche alle pubbliche amministrazioni, dall'altro considerava le modifiche introdotte come principi direttivi non immediatamente applicabili al pubblico impiego. La l. n. 92/2012 demandava, infatti, al ministero della Pubblica Amministrazione uno specifico meccanismo di adeguamento della normativa, che, tuttavia, non è mai divenuto operativo nel nostro ordinamento.

Le incertezze interpretative del dettato normativo, corroborate dall'art. 51, d.lgs. n. 165/2001, che dispone l'integrale applicazione dello Statuto dei lavoratori nel settore pubblico, si sono tradotte nel corso del tempo in due indirizzi contrapposti della giurisprudenza.

In un primo momento la giurisprudenza di merito è stata favorevole all'applicazione nel pubblico impiego dell'art. 18 St. lav. così come modificato dalla riforma Fornero: secondo i giudici, infatti, l'art. 51, d.lgs. n. 165/2001, è una disposizione speciale che prevale su una disposizione generale come la l. n. 92/2012. Il ragionamento interpretativo di tale orientamento partiva dall'assunto che, se l'art. 51, d.lgs. n. 165/2001, rinvia a una diretta applicazione nel settore pubblico dello Statuto dei lavoratori «e successive modificazioni e integrazioni», anche le modifiche apportate dalla riforma Fornero all'art. 18 St. lav. dovrebbero trovare immediata applicazione al settore. Tale impostazione, basata sulla *ratione temporis*, è stata in un primo momento recepita anche dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 25.11.2015, n. 24157, in *RGL*, 2016, n. 1, II, 25 ss. con nota di Aiello).

In un secondo momento, invece, la Corte ne ha escluso l'applicabilità in virtù della incompatibilità con l'ordinamento pubblico delle esigenze di flessibilità dell'impresa privata, lasciando in vita solo nel settore pubblico l'originaria formulazione dell'art. 18 St. lav.: i giudici di legittimità hanno ritenuto che il rinvio dell'art. 51 del d.lgs. n. 165/2001, alle «successive modificazioni e integrazioni» dello Statuto o dei lavoratori fosse garantito solo tramite una ricezione automatica degli interventi normativi, del tutto assente nella riforma Fornero, che ne demandava l'applicazione a un apposito meccanismo di adeguamento per il pubblico impiego. La stessa sentenza, del resto, escludeva altresì anche l'applicabilità del rito Fornero al settore pubblico (Cass. 9.1.2016, n. 11868, in *FI*, 2016, n. 7-8, I, 2364 ss.).

La questione di estensione o meno del regime sanzionatorio al settore pubblico si è da ultimo riproposta e conclusa con i medesimi risultati con il *Jobs Act* per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015.

7. — La responsabilità disciplinare, come dimostrato nel corso della presente trattazione, costituisce una responsabilità che, al pari di quella penale, caratterizza gli inadempimenti contrattuali del pubblico dipendente.

Nel corso degli anni, l'attenzione del legislatore si è spesso rivolta nei confronti del potere disciplinare al fine di garantire un maggiore efficientamento della pubblica amministrazione: da una concezione discrezionale di potere disciplinare, si è arrivati a delineare un potere disciplinare molto più rigido e contrattualizzato.

La scelta di fondo della privatizzazione è perdurata anche con la riforma Brunetta, che ha segnato però una nuova fase di revisione del pubblico impiego.

Il legislatore delegato è intervenuto in materia di procedimento disciplinare prediligendo una speditezza tipica della cultura d'impresa del settore privato; la contrattualizzazione del rapporto di lavoro ha però subito così un palese ridimensionamento, poiché i poteri procedimentali sono stati ridisegnati dalla legge stessa, che, cercando di evitare condotte discrezionali, ha procedimentalizzato il più possibile il potere disciplinare del pubblico impiego.

La profonda differenza che permane però tra il settore pubblico e quello privato, in ragione dell'applicazione della tutela reale in caso di licenziamento illegittimo, ha determinato il conseguente abbandono del principio ispiratore sotteso alla privatizzazione del pubblico impiego, che mirava a una coerenza sistematica del modello regolativo del lavoro subordinato nella sua globalità; quanto affermato ha portato infatti a ritenere del tutto fallito il processo di privatizzazione del pubblico.

Paolo Iervolino
*Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Roma «Tor Vergata»*

CASSAZIONE, 12.11.2018, n. 28926 – Pres. Di Cerbo, Est. Patti, P.M. Fresa (parz. diff.) – C.P. (avv.ti Zampone, Cosattini) c. WD-40 Company Ltd. (avv. Limatola).
Cassa Corte d'Appello di Bologna, 3.2.2015 e 28.4.2016.

Licenziamento individuale – Divieto di licenziamento in concomitanza di matrimonio – Applicabilità dell'art. 35, d.lgs. n. 198/2006, esclusivamente alle lavoratrici – Non sussistenza della discriminazione di genere nei confronti dei lavoratori.

La previsione normativa di cui all'art. 35, d.lgs. n. 198/2006 – che limita il divieto di licenziamento per causa di matrimonio alle sole lavoratrici – è assolutamente legittima, in quanto rispondente a una diversità di trattamento giustificata da ragioni di tutela della maternità, costituzionalmente garantita alla donna lavoratrice in funzione della sua essenziale funzione familiare. (1)

(1) LICENZIAMENTO PER CAUSA DI MATRIMONIO:

UN CASO DI DISCRIMINAZIONE DI GENERE AL MASCHILE?

SOMMARIO: 1. Una questione antica e sempre nuova. — 2. La vicenda processuale, tra forma e sostanza. — 3. Divieto di licenziamento a causa di matrimonio: *ratio* e applicazione. — 4. Qualche riflessione su maternità, paternità e discriminazione di genere. — 5. Criticità e prospettive.

1. — *Una questione antica e sempre nuova* — L'art. 35 del Codice delle pari opportunità tra uomo e donna (1) sancisce il divieto di licenziamento per causa di matrimonio, trasfondendo nel vigente testo normativo la tutela già prevista dalla l. n. 7/1963 (2).

In base alla norma citata, il licenziamento intimato alla dipendente nel periodo intercorrente tra il giorno della richiesta delle pubblicazioni di matrimonio e un anno dalla celebrazione dello stesso si considera disposto «per causa di matrimonio» e, per tale ragione, è nullo (3).

(1) D.lgs. 11.4.2006, n. 198, che ha cercato di armonizzare il lungo e travagliato cammino normativo in materia di parità di genere, dalla l. 9.12.1977, n. 903, alla l. 10.4.1991, n. 125, recendo le istanze provenienti dall'Ue (in particolare, la Direttiva n. 2006/54).

(2) L. 9.1.1963, n. 7, sul divieto di licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio.

(3) Salvo che il datore di lavoro non dimostri, a norma del comma 5 del citato art. 35, la sussistenza di una delle ipotesi atte a scardinare la presunzione di nullità (colpa grave della lavoratrice, cessazione dell'attività dell'azienda, ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta o scadenza del termine). In giurisprudenza, vd.: Cass. 10.1.2005, n. 270, in *MGC*, 2005, n. 1; Cass. 19.9.2016, n. 18325, in *D&G online*, 20 settembre; T. Milano 31.3.2006, in *RCDL*, 2006, n. 3, 929 ss., con nota di Civitelli; T. Milano 7.6.2016, in *DeJure*, Giuffrè.

Si tratta, dunque, di una protezione *forte*, le cui radici sono risalenti nel tempo, in un periodo di vigenza della libera recedibilità dal rapporto di lavoro, e finalizzate a scongiurare la prassi delle cd. clausole di nubilato (4) e dei licenziamenti delle dipendenti nubende (5), sempre più diffusa in seguito all'introduzione delle misure di «tutela fisica ed economica» per le lavoratrici madri (6).

Il divieto di licenziamento per causa di matrimonio si presenta, quindi, come la risposta legislativa per riequilibrare una situazione di grave tensione nel mercato occupazionale e consentire alle donne di realizzarsi sia come lavoratrici sia come mogli e madri, senza dover operare alcuna rinuncia in favore dell'una o dell'altra dimensione esistenziale (7), così come auspicato dalla Costituzione (8). Adottando una chiave di lettura più *moderna*, la norma può essere interpretata come una delle prime espressioni della tutela antidiscriminatoria nei confronti delle donne lavoratrici, volta a liberarle dall'ostacolo del pregiudizio legato alla futura ed eventuale maternità.

A distanza di 56 anni dal suo inserimento nell'ordinamento giuridico italiano potrebbe insinuarsi la tentazione di accantonare la questione perché antica e, pertanto, assodata, ma, in realtà, appare quanto mai opportuna l'occasione – offerta dalla pronuncia in esame (9) – di verificare se la pedissequa riproposizione di tale tutela si innesti pacificamente nell'odierno contesto socio-economico o, piuttosto, rischi di creare qualche problema di compatibilità con il quadro normativo nazionale ed europeo in materia di parità di trattamento tra lavoratrici e lavoratori.

L'art. 35, benché inserito nel Codice delle pari opportunità, potrebbe celare un caso di discriminazione di genere *al maschile*, visto che la norma tutela espressamente ed esclusivamente le lavoratrici? O, invece, è suscettibile di un'interpretazione estensiva, includendo nel divieto di licenziamento anche gli uomini, per evitare collisioni con il diritto antidiscriminatorio (10)?

Alla pronuncia in commento l'arduo compito di – tentare di – sciogliere i numerosi interrogativi, intervenendo in un vero e proprio campo minato, in cui si intrecciano tutele antidiscriminatorie, promozione delle pari opportunità e misure a sostegno della famiglia.

(4) Per un'ampia rassegna dottrinale e giurisprudenziale, vd. Morello 2015, 13.

(5) Vd. Pera 1962, 351; Cicchetti 1960, 42.

(6) Vd. l. 26.8.1950, n. 860.

(7) Per un approfondimento sul tema, vd.: Ballestrero 1979; Ballestrero 1993, 325; Ballestrero 1998, 301; De Simone 2001, 7; Izzi 2005; Nocifora 2006; Guaglianone 2007, 247; Vallauri 2009, 217; Pazè 2013; Gottardi 2018.

(8) In particolare, vd. art. 37 Cost. Sul punto, Assanti 1989, 167.

(9) Per un commento «a caldo» su Cass. 12.11.2018, n. 28926, vd.: Tonetti 2018, 10; Belmonte 2019; Spataro 2019.

(10) Sul punto, vd. T. Milano 3.6.2014, in *FI*, 2014, n. 10, I, 2975 ss., secondo cui, «in forza di un'interpretazione della norma nazionale conforme alla normativa comunitaria sulla parità di trattamento tra uomo e donna, deve ritenersi nullo il licenziamento per causa di matrimonio intimato al "lavoratore", superandosi in tal modo il dato letterale dell'art. 35 del d.lgs. n. 198/06, nella parte in cui riferisce la tutela esclusivamente alle donne lavoratrici». In tal senso, vd. anche: T. Vicenza 24.5.2016 e T. Roma 16.1.2017, entrambe in *DeJure*, Giuffrè; T. Milano 5.9.2016, in *LG*, 2017, 100 ss. In dottrina, vd. Bellocchi 2017b, 1368.

2. — *La vicenda processuale, tra forma e sostanza* — Il lavoratore, licenziato in concomitanza di matrimonio – cioè, nel periodo intercorrente tra la richiesta delle pubblicazioni di matrimonio e un anno dalla celebrazione dello stesso –, invoca davanti al giudice di prime cure la tutela prevista dall'art. 35 del d.lgs. n. 198/2006.

Il Tribunale esclude la nullità del licenziamento, dichiarando inapplicabile al caso di specie la disposizione normativa citata, ma accerta comunque l'illegittimità del licenziamento per giusta causa, condannando la società datrice di lavoro alla riassunzione in servizio o alla corresponsione di un'indennità pari a quattro mensilità di retribuzione.

La Corte d'Appello adita ribadisce l'inapplicabilità dell'art. 35, d.lgs. n. 198/2006, «in assenza di ingiustificata discriminazione tra sessi, né sotto il profilo costituzionale (art. 37 Cost.), né sotto quello dell'ordinamento eurounitario (art. 23, c. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue), per il suo riferimento alla sola donna in quanto potenziale madre e come tale destinataria esclusiva di misure protettive incidenti sui costi e l'organizzazione aziendale» (11). Inoltre, in accoglimento del ricorso incidentale proposto dalla società, ritiene legittimo il licenziamento intimato, «per la mancata riproposizione dal lavoratore (appellante principale e appellato incidentale) delle censure riguardanti il carattere ritorsivo del licenziamento, la tardività della contestazione, l'inidoneità degli addebiti contestati a legittimarlo e la loro non proporzionalità alla sanzione irrogata» (12).

Tale sentenza, impugnata dal lavoratore per revocazione a norma dell'art. 395 c.p.c., viene confermata dalla Corte felsinea, che rigetta l'istanza, escludendo l'errore denunciato per l'effettiva mancata riproposizione delle suddette deduzioni, alla luce di quanto previsto dall'art. 346 c.p.c.

Il lavoratore ricorre per cassazione avverso entrambe le sentenze della Corte d'Appello, sulla base di cinque motivi: tre relativi alla prima pronuncia, due riferiti alla seconda.

Con il primo motivo – «cuore» dell'intera vicenda e punto focale dell'attenzione mediatica dedicata al caso –, il ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione del citato art. 35, «laddove la nullità del licenziamento a causa di matrimonio [...] sia interpretata come limitata in senso letterale alla sola lavoratrice, nonostante il suo inserimento nel Codice delle pari opportunità tra uomo e donna e la previsione dell'art. 2, comma 1, della Direttiva n. 76/207/Ce di esclusione di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso» (13).

La Suprema Corte, argomentando ampiamente, ritiene infondato il motivo principale, ma accoglie uno degli altri quattro, di natura processuale, relativo alla violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 346 c.p.c. Tali norme, infatti, statuendo la corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e la decadenza delle domande ed eccezioni non riproposte, non riguardano le eccezioni rilevabili d'ufficio (14). Alla luce di ciò, la Corte cassa la sentenza oggetto di revocazione respinta e rinvia

(11) Le espressioni virgolettate sono tratte dalla sentenza in commento.

(12) Le espressioni virgolettate sono tratte dalla sentenza in commento.

(13) Le espressioni virgolettate sono tratte dalla sentenza in commento.

(14) Art. 345, comma 2, c.p.c. Al riguardo, vd. Cass. 12.5.2017, n. 11799, S.U., in www.neldiritto.it.

alla Corte d'Appello di Firenze anche per la regolazione delle spese del giudizio di legittimità.

3. — *Divieto di licenziamento a causa di matrimonio: ratio e applicazione* — Dalla lettura del fatto emerge che due sono i principali nodi da sciogliere per dirimere la questione sottoposta al vaglio della Corte di Cassazione: l'applicabilità della tutela del licenziamento in concomitanza di matrimonio anche agli uomini e, in caso negativo, l'accertamento della sussistenza di una discriminazione di genere nei confronti dei lavoratori nubendi.

Per fornire una risposta al primo interrogativo, la Suprema Corte focalizza l'attenzione sulle origini della tutela, che discende dalla legge n. 7/1963, la quale «è stata emanata [...] allo scopo di dirimere, nel senso più rispondente alle esigenze della società, il conflitto tra i contrapposti interessi delle lavoratrici alla conservazione del posto di lavoro e dei datori di lavoro all'organizzazione dell'attività di impresa» (15). La norma costituisce, pertanto, un «approdo della tutela costituzionale assicurata ai diritti della donna lavoratrice» (16).

Anche la Corte costituzionale (17), seppure non recentemente, si è pronunciata sul divieto di licenziamento per causa di matrimonio, ritenendo che la protezione accordata alle lavoratrici sia «sorretta da ragioni coerenti con la realtà sociale e fondate su una pluralità di principi costituzionali» (18), tra cui spiccano l'art. 2, sulla garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo – compresa la libertà di contrarre matrimonio (19) –, e l'art. 3, comma 2, sulla realizzazione del principio di uguaglianza sostanziale attraverso la rimozione di ogni ostacolo al pieno sviluppo della persona umana. In maniera ancora più mirata e calzante si possono citare a sostegno l'art. 31 Cost., di agevolazione della formazione della famiglia e di protezione della maternità, e l'art. 37, cardine delle tutele volte a consentire alla donna lavoratrice l'adempimento della sua «essenziale funzione familiare».

Proprio perché il divieto di licenziamento *de quo* persegue «lo scopo di sollevare la donna dal dilemma di dover sacrificare il posto di lavoro per salvaguardare la propria libertà di dar vita a una nuova famiglia o, viceversa, di dover rinunciare a questo suo fondamentale diritto per evitare la disoccupazione» (20), la Consulta, nel 1969, ritene giustificato il trattamento di favore accordato alle lavoratrici che contraggono matrimonio. «Il legislatore, infatti, può ben stabilire, nell'esercizio della sua valutazione politica, un regime preferenziale di garanzia di conservazione del lavoro in favore di determinate categorie tutte le volte in cui sussistano motivi che lo giustifichino: e nel caso in esame [...] la legge è sorretta da ragioni che trovano valido riscontro nella realtà sociale e nella Costituzione» (21).

(15) Le espressioni virgolettate sono tratte dalla sentenza in commento.

(16) Le espressioni virgolettate sono tratte dalla sentenza in commento.

(17) C. cost. 14.2.1969, n. 27; C. cost. 28.1.1991, n. 61 (seppure in via solo incidentale); C. cost. 28.1.1993, n. 46, tutte in www.giurcost.org.

(18) Le espressioni virgolettate sono tratte dalla sentenza in commento.

(19) Sul punto, vd. Mengoni 1997, 1.

(20) C. cost. n. 27/1969, cit.

(21) *Ivi*.

A distanza di oltre venti anni, la Corte costituzionale è tornata sul tema, seppure soltanto in via incidentale (22), per sottolineare che la nullità del licenziamento intimato in concomitanza di matrimonio è «anche funzionalmente connessa alle concrete esigenze di tutela della maternità» (23). Due anni più tardi (24), la Consulta ha ribadito «il valore positivo di provvedimento promozionale del matrimonio e della famiglia legittima», a cui «è sotteso non soltanto un interesse individuale (nella forma di un diritto fondamentale), ma altresì l'interesse pubblico, tutelato dall'art. 31 Cost., che sia favorita la formazione della famiglia legittima fondata sul matrimonio» (25). Alla luce di tali osservazioni, la norma è al riparo da un eventuale «giudizio di manifesta eccessività di tutela del diritto al matrimonio e alla creazione di una famiglia», anche in considerazione del «limite ben definito di durata entro cui è contenuto il divieto di licenziamento» (26).

Proprio la forte tutela costituzionale apprestata al «complesso rapporto che si svolge tra madre e figlio» – inteso non solo nell'ottica dei «bisogni più propriamente biologici, ma anche alle esigenze di carattere relazionale e affettivo collegate allo sviluppo della personalità del bambino» (27) – giustifica l'applicazione della norma *de qua* esclusivamente alle lavoratrici, senza ammettere, secondo la Suprema Corte, la possibilità di un'interpretazione estensiva nei confronti dei dipendenti uomini (28). Anche successivamente (29) la Cassazione si è pronunciata in tal senso, sottolineando che l'art. 35 del d.lgs. n. 198/2006 presenta «un'identità di *ratio* rispetto a quella dettata in materia di tutela della lavoratrice madre». Pertanto, «è applicabile soltanto alle donne lavoratrici, non anche agli uomini, perché essenzialmente rivolta a evitare che il datore di lavoro sia indotto a risolvere il rapporto in considerazione dei costi e delle disfunzioni conseguenti alle assenze per l'eventuale maternità» (30).

4. — *Qualche riflessione su maternità, paternità e discriminazione di genere* —
Non tutti i trattamenti diversificati sono discriminatori: dottrina (31) e giurispru-

(22) La sentenza n. 61/1991, cit., dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 della l. n. 1204/71, sulla tutela delle lavoratrici madri, nella parte in cui prevede la temporanea inefficacia – anziché la nullità – del licenziamento intimato alla lavoratrice nel periodo di gestazione e di puerperio.

(23) C. cost. n. 61/1991, cit.

(24) C. cost. n. 46/1993, cit.

(25) Le espressioni virgolettate sono tratte da C. cost. n. 46/1993, cit.

(26) Le espressioni virgolettate sono tratte da C. cost. n. 46/1993, cit.

(27) Le espressioni virgolettate sono tratte dalla sentenza in commento.

(28) In tal senso, vd. anche C. App. Bari 8.2.2018, in *Defure*, secondo cui «tale scelta discrezionale del nostro legislatore non risulta ancora venuta meno, né, trattandosi di una disposizione di natura evidentemente speciale, come tale di stretta interpretazione, sembrano consentite interpretazioni analogiche o estensive». Nel senso, invece, della riferibilità anche ai lavoratori uomini del divieto sancito dall'art. 35, d.lgs. n. 198/2006, vd.: T. Milano 3.6.2014, cit., T. Vicenza 24.5.2016, cit., T. Milano 5.9.2016, cit., T. Roma 16.1.2017, cit.

(29) Cass. 10.12.2018, n. 31824, in *D&G online*, 11 dicembre, con nota di Dulio.

(30) Le espressioni virgolettate sono tratte da Cass. n. 31824/2018, cit.

(31) Per un approfondimento, vd.: Ghezzi 1972, 209; Montuschi 1972, 24; Ghera 1975, 403; Bortone 1990, 25; Chieco 2002, 75; Barbera 2007, XIX; Calafà, Gottardi 2009; Cerbone

denza (32) sono concordi nel ritenere che la discriminazione sussista laddove la disparità di trattamento sia basata su una caratteristica personale del lavoratore (33) ritenuta degna di tutela da parte dell'ordinamento.

Nella sentenza in commento, come visto, la Corte di Cassazione esclude la discriminatorietà dell'art. 35 del d.lgs. n. 198/2006 sia perché suffragato dalla fitta trama degli *appigli* costituzionali sopra individuati, sia perché perfettamente compatibile con il quadro normativo europeo, come risultante dall'art. 23, c. 2 (34), e dell'art. 33, c. 2 (35), della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (36). Nelle motivazioni, infatti, viene riportato lo stralcio di una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo (37), in cui si sottolinea che il congedo di maternità «per la sua stessa natura è specifico delle donne e legato al sesso femminile e pertanto le donne e gli uomini non si trovano in una situazione analoga». Al riguardo, è opportuno ricordare che, soprattutto in ambito comunitario (38) e recentemente anche in Italia (39), la maternità è stata espressamente riconosciuta come causa di discriminazione di genere, pur se disciplinata e tutelata da una normativa *ad hoc*.

D'altronde, come ripetutamente evidenziato dalla pronuncia in commento, la tutela prioritaria apprestata in favore della maternità dall'ordinamento nazionale discende proprio dalla «costitutiva differenza della persona umana e della sua diversa vocazione generativa e relazionale nell'ambito familiare» (40).

In conclusione, secondo la Cassazione, il motivo sollevato dal ricorrente non trova accoglimento perché la disparità di trattamento tra lavoratori e lavoratrici in

2009, 167; Lassandari 2010, 120; Lepore 2014, 535; Izzi 2016, 748; Piccone 2016; Bellocchi 2017a, 694.

(32) *Ex multis*, vd.: C. Edu 22.12.2009, n. 27996; Cass. 4.2.2019, n. 3196; Cass. 5.4.2016, n. 6575; T. Roma 4.4.2016; T. Milano 11.2.2013; T. Latina 2.8.2012, tutte in *DeJure*.

(33) Sul carattere tassativo dei fattori di rischio vd., *ex pluribus*: Ghera 1975; Bortone 1990; Ballestrero 2004, 511; Santoro Passarelli 2017, 294. Sul carattere esemplificativo dei fattori di rischio, vd.: Ghezzi 1972, 192; Montuschi 1972; De Simone 1999, 359; Lassandari 2010. Cfr. C. Giust. 7.6.2004, C-117/01, in *DeJure*. In particolare, sulla discriminazione di genere, vd., oltre agli Autori già citati: Smuraglia 2005; Rusciano 2009, 141; Santucci 2009, 9; Zoppoli 2009, 146; Mastinu 2010; La Tegola 2011, 177.

(34) «Il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato».

(35) «Al fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale, ogni persona ha il diritto di essere tutelata contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio».

(36) Per un'ampia e approfondita panoramica sul tema, vd. Zagrebelsky *et al.* 2019.

(37) C. Edu 14.6.2018, n. 29923/13, *Cristaldi c. Italia*, in www.giustizia.it.

(38) C. Giust. 11.11.2010, C-232/09, *Danosa*; C. Giust. 16.9.2010, C-149/10, *Zoi Chatzi*; C. Giust. 11.10.2007, C-460/06, *Paquay*; C. Giust. 8.11.1990, C-177/88, *Dekker*, tutte in www.europeanrights.eu.

(39) Cfr. Cass. 5.4.2016, n. 6575, in *DRI*, 2016, n. 3, II, 855 ss., con nota di Crotti; T. Catanzaro 9.12.2014, in *RIDL*, 2015, n. 2, II, 419 ss., con nota di Donini; C. App. Torino 19.2.2013, in *DeJure*; T. Pisa 3.3.2009, in *RIDL*, 2009, n. 4, II, 850 ss., con nota di Di Martino. *Contra*, cfr. C. App. L'Aquila 9.11.2017, in *DeJure*. Sul punto, vd. anche Pasqualetto 2011, 1.

(40) Le espressioni virgolettate sono tratte dalla sentenza in commento.

riferimento al divieto di licenziamento in concomitanza di matrimonio risulta pienamente giustificata.

La sentenza in esame, però, offre ugualmente numerosi spunti di riflessione per un'indagine a più ampio raggio.

Innanzitutto, le argomentazioni della Corte mettono in evidenza come, ancora oggi, in materia di lavoro, le misure a sostegno della famiglia (41) – tra le quali possiamo ricomprendere il divieto di licenziamento a causa di matrimonio, di cui all'art. 35 del d.lgs. n. 198/2006 – si identifichino con le politiche a tutela della donna e, in particolare, della lavoratrice madre, in tal modo confermando che «l'opera del legislatore prolunga in modo acritico le linee di disciplina protettiva tracciata da una tradizione legata alle disegualianze storiche del lavoro femminile» (42). Nonostante i tentativi – europei (43) e nazionali (44) – di promozione della conciliazione delle esigenze di vita, cura e lavoro nella prospettiva della parità di genere (45), l'impostazione normativa e culturale italiana è ancora pesantemente condizionata da «un modello familiare stereotipato con una divisione dei ruoli fortemente marcata» (46), da cui discende «una scarsa partecipazione dei padri al lavoro di cura della famiglia, che poi si traduce in una scarsa partecipazione delle donne al mercato del lavoro» (47).

Si tratta, in pratica, di una sorta di circolo vizioso, in cui, paradossalmente, gli strumenti garantistici predisposti dal legislatore rischiano di risultare inadeguati alla mutata presenza femminile nel mondo del lavoro (48), se non, addirittura, di tradursi in un *boomerang* pronto a ritorcersi contro le stesse lavoratrici (49). Infatti, proprio a causa del complesso sistema protezionistico da cui sono circondate, le donne potrebbero apparire – al (potenziale o attuale) datore di lavoro – meno allettanti dei colleghi uomini (50).

Alla luce delle recenti spinte normative (51) nella direzione della condivisione dei compiti di cura dei figli, ha ancora senso sostenere la mera *sussidiarietà* degli istituti

(41) Per un approfondimento vd. Calafà, Gottardi 2001, 5; Gottardi 2001, 121; Tiraboschi 2005, 227.

(42) Magnani 2012, 848.

(43) Cfr., *ex multis*: artt. 16 e 27 della Carta sociale europea; Risoluzione del Parlamento europeo 12.3.2013 sull'eliminazione degli stereotipi di genere nell'Unione europea; Risoluzione del Parlamento europeo 13.9.2016 sulla creazione di condizioni del mercato del lavoro favorevoli all'equilibrio tra vita privata e vita professionale. Per un approfondimento dottrinale sul punto, vd. Gottardi 2009, 33.

(44) Dal d.lgs. 26.3.2001, n. 151, al d.lgs. 15.6.2015, n. 80.

(45) Naldini, Saraceno 2011, 7.

(46) Malzani 2015, 2. Cfr. Barbera 2008, 1.

(47) Magnani 2012, 854.

(48) Malzani 2015, 4.

(49) Cfr. Topo 2007, 541.

(50) Cfr. De Felice (2014, 701), secondo cui la fruizione dei congedi parentali in un'unica soluzione o per lunghi periodi «può rischiare di trasformarsi in un'esperienza ghetizzante per lavoratrici per le quali l'età riproduttiva coincide sempre più con la raggiunta maturità professionale».

(51) Vd., di recente, art. 1, comma 278, l. 30.12.2018, n. 145, cd. legge di bilancio 2019, che ha prorogato per il 2019 il congedo obbligatorio per il padre lavoratore dipendente, elevandone la durata a cinque giorni; art. 8, comma 5, d.lgs. 15.6.2015, n. 81, che riconosce al

che riguardano il lavoratore padre (52), come caldeggiato dalla pronuncia in commento? Oppure le modifiche normative intercorse negli ultimi venti anni consentono di ridisegnare i confini interni della tutela della genitorialità anche nel diritto del lavoro?

In tale ottica, potremmo agevolmente aderire alle considerazioni prospettate da alcuni giudici di merito, secondo i quali il divieto di licenziamento in concomitanza di matrimonio – originariamente concepito come «forma di tutela anticipata della lavoratrice donna al fine di evitare possibili ritorsioni da parte del datore di lavoro che, nel matrimonio, avrebbe potuto vedere il preludio di future assenze legate alla maternità» (53) – potrebbe oggi essere tranquillamente esteso agli uomini. La formulazione al femminile dell'art. 35, d.lgs. n. 198/2006, che «si spiegava coerentemente con il fatto che solamente la donna poteva essere destinataria di una serie di benefici legati alla maternità» (54), oggi può apparire anacronistica alla luce della «redistribuzione dei ruoli familiari» (55).

Se è vero che l'art. 35 citato rientra tra i «provvedimenti legislativi che, nel loro insieme, tendono a rafforzare la tutela della lavoratrice in momenti di passaggio “esistenziale” particolarmente importanti e da salvaguardare attraverso una più rigorosa disciplina limitativa dei licenziamenti» (56), tale discorso dovrebbe valere anche per gli uomini, a pena di incorrere nelle censure previste dall'art. 2 della Direttiva n. 76/207/Ce, che prescrive «l'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso direttamente o indirettamente in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia».

In fondo, anche alla luce dell'art. 30 Cost., che assegna a entrambi i genitori, nell'ottica di una piena corresponsabilità, il dovere-diritto di mantenere, istruire ed educare i figli, potrebbe creare qualche perplessità – come si evince anche dalle pronunce di merito segnalate – la disparità di trattamento tra lavoratrice nubenda o fresca sposa (da tutelare in vista di una potenziale maternità) e lavoratore nubendo o fresco sposo (per cui non vale il divieto di licenziamento a causa di matrimonio, nonostante sia potenzialmente beneficiario degli istituti previsti per i lavoratori padri).

La questione, com'è ovvio, presenta innumerevoli sfaccettature, che richiedereb-

lavoratore o alla lavoratrice con figlio convivente di età non superiore ai tredici anni la priorità nella trasformazione del contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale; art. 8, comma 7, d.lgs. n. 81/2015, che consente al lavoratore di chiedere, in luogo della fruizione del congedo parentale, la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a parziale, purché la riduzione d'orario non sia superiore al 50%.

(52) Congedo di paternità (art. 28, d.lgs. n. 151/2001), congedo parentale (art. 32, d.lgs. n. 151/2001), riposi giornalieri del padre (art. 40, d.lgs. n. 151/2001), congedo per la malattia del figlio (art. 47, d.lgs. n. 151/2001) ecc. Per un approfondimento dottrinale, vd.: Calafà, Gottardi 1999, 351; Del Punta 2000, 149; Calafà 2004; Garattoni 2007, 65; Saracini 2009, 379; Gottardi 2016, 1. In giurisprudenza, cfr.: C. cost. 14.10.2005, n. 385, in *www.giurcost.org*; Cass. 5.3.1986, n. 1444, in *RIDL*, 1987, II, 717 ss., con nota di Ballestrero; T. Firenze 16.11.2009, in *RGL*, n. 3, II, 10 ss.; T. Milano 7.11.2017, in *RCP*, 2018, n. 6, 1967 ss.

(53) T. Vicenza 24.5.2016, cit.

(54) T. Milano 3.6.2014, cit.

(55) T. Vicenza 24.5.2016, cit.

(56) Cass. 3.12.2013, n. 27055, in *DeJure*.

bero ben più ampia trattazione; ma, tralasciando per un attimo la stretta correlazione – pacificamente riconosciuta sia in dottrina che in giurisprudenza – tra divieto di licenziamento per causa di matrimonio e tutela della maternità (o genitorialità, se vogliamo intenderla nel senso più ampio proposto dal recente orientamento di merito), è opportuno ricordare che, come sottolineato anche dalla Consulta (57), il divieto di licenziamento è «stato posto a presidio del diritto, costituzionalmente garantito, alla formazione e alla tutela della famiglia (art. 31 Cost.)» (58), a prescindere dal sesso della persona che si sposa.

In tale prospettiva, la presunzione di nullità del licenziamento temporalmente contiguo alla celebrazione del matrimonio non intenderebbe soltanto «arginare prassi discriminatorie “di genere”, ma, più in generale, discriminazioni fondate sulla scelta, tanto della lavoratrice quanto del lavoratore, di sposarsi e formare una famiglia, con i diritti (e i doveri) che ne discendono» (59). L'effettiva ragione del recesso non consisterebbe, quindi, nel timore di una futura ed eventuale maternità, ma nella stessa «modifica dello *status* del dipendente» (60), non più nubile/celibe, ma coniugata/o.

5. — *Criticità e prospettive* — Tirando le fila del discorso, alla luce delle varieguate suggestioni offerte dalla pronuncia in commento, non si possono non rilevare, innanzitutto, le criticità legate alla pedissequa riproposizione della l. n. 7/63 nell'art. 35 del Codice sulle pari opportunità (61), probabilmente senza un'adeguata riflessione sui «mutamenti intervenuti sia nella disciplina del lavoro, sia soprattutto riguardo alla posizione sociale e giuridica della donna nella famiglia» (62).

In fondo, il divieto – introdotto nel 1963 – va contestualizzato alla luce del mutato scenario sociale e normativo: oggi giorno non solo il matrimonio non è più *conditio sine qua non* per la maternità, ma potrebbe non essere l'unico nel corso della vita o dello stesso rapporto lavorativo.

Accantonare la questione senza dedicarle un'adeguata valutazione significherebbe ammettere che dal 1963 a oggi non sia riscontrabile alcun miglioramento in materia di occupazione femminile: se «nel campo del lavoro, con felice sintesi, il senso dell'evoluzione è stato colto dal passaggio “dalla tutela alla parità”» (63), perché vogliamo tornare indietro o, comunque, restare fermi al punto di partenza?

Per di più, ostinarsi nella scelta di tutele della famiglia esclusivamente o, comunque, prevalentemente *al femminile* rischia non solo di stonare con l'effettiva promozione di politiche *family friendly*, ma anche di limitare l'accesso delle donne al lavoro. Come frequentemente evidenziato dall'Ocse (64), per superare eventuali pregiudizi

(57) C. cost. n. 46/1993, cit.

(58) T. Vicenza 24.5.2016, cit.

(59) *Ivi*.

(60) Cfr. Cass. 29.7.2009, n. 17612, in *DeJure*.

(61) Cfr. Amato *et al.* 2007, 227.

(62) C. cost. 11.6.1986, n. 137, e C. cost. 17.6.2002, n. 256, entrambe in *www.giurcost.org*, che, affrontando la questione della parità tra uomo e donna in materia di età lavorativa, tiene conto dell'evoluzione del contesto socio-economico-culturale rispetto alle precedenti pronunce.

(63) Ferrando (2001, 939), che cita il titolo di Ballestrero 1979.

(64) Vd. *www.oecd.org/els/family/database.htm*.

nei confronti delle dipendenti madri e incoraggiarne la partecipazione nel mercato del lavoro non sarebbe necessario apprestare un *surplus* di tutele, bensì favorire la fruizione del congedo di paternità e dei congedi parentali da parte dei padri. Sono, perciò, auspicabili tutte le misure che consentano ai lavoratori – donne e uomini che siano – di conciliare le esigenze di vita e di lavoro senza dover essere costretti a scegliere oppure a subire una *deminutio capitis* per tale ragione.

In tale prospettiva, se, aderendo all'orientamento consolidato, consideriamo il divieto di licenziamento a causa di matrimonio alla luce della potenziale maternità, il rischio della sospensione della prestazione lavorativa sarebbe ravvisabile – ovviamente *mutatis mutandis* – anche nella fruizione da parte del dipendente padre degli istituti previsti dalla legge.

In realtà, la lettura dell'art. 35 del d.lgs. n. 198/2006 esclusivamente nell'ottica della tutela dei figli rischierebbe di rendere tale previsione normativa una mera superfetazione, in quanto un'efficace trama protettiva è già contemplata – sia per la lavoratrice madre che per il lavoratore padre – nel T.U. sulla genitorialità. Se, invece, riteniamo che la norma intenda tutelare la più ampia libertà dell'individuo – sancita costituzionalmente dall'art. 2 Cost. – di contrarre matrimonio senza ricevere alcuna pressione al riguardo, nulla osterebbe all'estensione di tale tutela anche al nubendo o al fresco sposo.

Riferimenti bibliografici

- Amato F. *et al.* (2007), *Codificazioni mancate: riflessioni critiche sul Codice delle pari opportunità*, in Barbera M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 227 ss.
- Assanti C. (1989), *Il lavoro e la Costituzione nella condizione complessiva della donna*, in *RGL*, n. 1, I, 167 ss.
- Ballestrero M.V. (1979), *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, il Mulino, Bologna.
- Ballestrero M.V. (1987), *Ma gli uomini non devono essere eguali?*, in *RIDL*, II, 717 ss.
- Ballestrero M.V. (1993), voce *Maternità*, in *DDPComm.*, 325 ss.
- Ballestrero M.V. (1998), *Il diritto del lavoro e la differenza di genere*, in *RGL*, n. 1, I, 287 ss.
- Ballestrero M.V. (2004), *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive*, in *LD*, 511 ss.
- Barbera M. (2007), *Introduzione. Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in Barbera M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, XIX ss.
- Barbera M. (2008), voce *Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*, in *EGT*, 1 ss.
- Bellocchi P. (2017a), *Divieti di discriminazione, interventi di contrasto e sanzioni specifiche contro gli atti discriminatori*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Utet Giuridica, Milano, 694 ss.
- Bellocchi P. (2017b), *Il licenziamento discriminatorio, nullo e orale*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Utet Giuridica, Milano, 1357 ss.

- Belmonte F. (2019), *Licenziamento a causa di matrimonio: il divieto vale solo per le donne*, in *www.soluzionilavoro.it*, 6 febbraio.
- Bortone R. (1990), voce *Discriminazione (divieto di)*, in *DDPComm.*, 25 ss.
- Calafà L. (2004), *Congedi e rapporto di lavoro*, Cedam, Padova.
- Calafà L., Gottardi D. (1999), *Maternità, paternità e lavoro: recenti linee di ineludibili riforme*, in *DML*, I, 431 ss.
- Calafà L., Gottardi D. (2001), *Famiglia, lavoro, diritto: combinazioni possibili*, in *LD*, n. 1, I, 5 ss.
- Calafà L., Gottardi D. (a cura di) (2009), *Il diritto antidiscriminatorio. Tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma.
- Cerbone M. (2009), *La tutela antidiscriminatoria nella giurisprudenza italiana*, in Santucci R. et al. (a cura di), *Diversità culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, FrancoAngeli, Milano, 167 ss.
- Chieco P. (2002), *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *RIDL*, n. 1, I, 75 ss.
- Cicchetti A. (1960), *Procreate ma non sposatevi*, in *RGL*, n. 1, I, 42 ss.
- Civitelli A. (2006), *Sul divieto di licenziamento nell'anno del matrimonio*, in *RCDL*, n. 3, 929 ss.
- Crotti M.T. (2016), *Licenziamento della lavoratrice che si sottopone al procedimento di fecondazione assistita: la discriminazione opera obiettivamente*, in *DRI*, 2016, n. 3, II, 855 ss.
- De Felice A. (2014), *I congedi parentali: un diritto fragile*, in *RIDL*, n. 3, II, 701 ss.
- De Simone G. (1999), *Il Licenziamento discriminatorio*, in Mazzotta O. (a cura di), *I licenziamenti. Commentario*, Giuffrè, Milano, 359 ss.
- De Simone G. (2001), *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Del Punta R. (2000), *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, in *RIDL*, n. 1, I, 149 ss.
- Di Martino G. (2009), *Natura discriminatoria del licenziamento intimato per ragioni connesse alla maternità e regime probatorio*, in *RIDL*, n. 4, II, 850 ss.
- Donini A. (2015), *Sovrapposizioni tra licenziamento discriminatorio e ritorsivo: il caso del fattore di rischio «maternità»*, in *RIDL*, n. 2, II, 419 ss.
- Dulio R. (2018), *Non si estende agli uomini la nullità del licenziamento a causa di matrimonio*, in *D&G online*, 11 dicembre, 15 ss.
- Ferrando G. (2001), *Famiglia e matrimonio*, in *Famiglia*, n. 4, 939 ss.
- Garattoni M. (2007), *La tutela del padre lavoratore in Italia*, in Calafà L. (a cura di), *Paternità e lavoro*, il Mulino, Bologna, 65 ss.
- Ghera E. (1975), *Commento agli artt. 15 e 16*, in Prosperetti G. (a cura di), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 403 ss.
- Ghezzi G. (1972), *Commento agli artt. 15 e 16*, in Ghezzi G. et al., *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in Scialoja A., Branca G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 209 ss.
- Gottardi D. (2001), *Lavoro di cura. Spunti di riflessione*, in *LD*, n. 1, I, 121 ss.
- Gottardi D. (2009), *Lo stato di avanzamento dei lavori a livello di istituzioni europee sulla parità di genere*, in Calafà L., Gottardi D. (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma, 33 ss.

- Gottardi D. (2016), *Introduzione. Le modifiche al testo unico maternità-paternità e la conciliazione tra vita familiare e vita professionale. Ragionando di d.lgs. n. 80/2015 e dintorni*, in Gottardi D. (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro. Il rinnovato T.U. n. 151/2001 ai sensi del d.lgs. n. 80/2015*, Giappichelli, Torino, 1 ss.
- Gottardi D. (2018), *Maternità lavoro welfare*, in Aa.Vv., *L'Italia delle donne. Settant'anni di lotte e di conquiste*, Donzelli, Roma, 277 ss.
- Guaglianone L. (2007), *Le discriminazioni basate sul genere*, in Barbera M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 247 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. (2016), *Il licenziamento discriminatorio secondo la più virtuosa giurisprudenza nazionale*, in *LG*, n. 8-9, 748 ss.
- La Tegola O. (2011), *Sui divieti di discriminazione per motivi di genere*, in *RGL*, n. 1, I, 177 ss.
- Lassandari A. (2010), *Le discriminazioni nel lavoro. Nozioni, interessi, tutele*, in Galgano F. (diretto da), *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 120 ss.
- Lepore A. (2014), *Non discriminazione, licenziamento discriminatorio ed effettività delle tutele*, in *RGL*, 2014, n. 3, I, 535 ss.
- Magnani M. (2012), *La famiglia nel diritto del lavoro*, in *ADL*, n. 4-5, I, 844 ss.
- Malzani F. (2015), *Politiche di conciliazione e partecipazione delle donne al mercato del lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 238.
- Mastinu E.M. (2010), *Diritto e processo nella lotta contro le discriminazioni di genere*, Cedam, Padova.
- Mengoni L. (1997), *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, n. 1, 1 ss.
- Montuschi L. (1972), *Commento agli artt. 15 e 16*, in Ghezzi G. et al., *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in Scialoja A., Branca G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 24 ss.
- Morello M. (2015), *Per la storia della condizione giuridica della donna lavoratrice nel Novecento. La legge 9 gennaio 1963, n. 7, sul divieto delle lavoratrici per causa di matrimonio*, in *www.historiaetius.eu*, n. 14.
- Naldini M., Saraceno C. (2011), *Conciliare famiglia e lavoro. Vecchi e nuovi patti tra sessi e generazioni*, il Mulino, Bologna, 7 ss.
- Nocifora E. (2006), *Il lavoro difficile. La lotta contro la discriminazione, la disuguaglianza e il mobbing nei luoghi di lavoro*, Maggioli, Rimini.
- Pasqualetto E. (2011), *La maternità nell'ordinamento giuridico: oggetto di tutela o causa di discriminazione?*, in *www.adapt.it*, 19 luglio.
- Pazè E. (2013), *Diseguali per legge. Quando è più forte l'uomo e quando è più forte la donna*, FrancoAngeli, Milano.
- Pera G. (1962), *Divieto di licenziamento delle lavoratrici a causa di matrimonio*, in *DL*, I, 351 ss.
- Piccone V. (2016), *Parità di trattamento e principio di non discriminazione nell'ordinamento integrato*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».INT*, n. 127.

- Rusciano M. (2009), *Il valore della diversità (culturale e di genere) nel diritto del lavoro*, in Santucci R. et al. (a cura di), *Diversità culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, FrancoAngeli, Milano, 141 ss.
- Santoro Passarelli G. (2017), *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Giappichelli, Torino.
- Santucci R. et al. (2009), *Prefazione*, in Santucci R. et al. (a cura di), *Diversità culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, FrancoAngeli, Milano, 9 ss.
- Saracini P. (2009), *I congedi «familiari» tra diversità di genere e culturale*, in Santucci R. (a cura di), *Diversità culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, FrancoAngeli, Milano, 379 ss.
- Smuraglia C. (a cura di) (2005), *Le discriminazione di genere sul lavoro: dall'Europa all'Italia*, Ediesse, Roma.
- Spataro M. (2019), *Licenziamento per causa di matrimonio: il divieto vige solo per la lavoratrice*, in *www.altalex.com*, 2 gennaio.
- Tiraboschi M. (2005), *La legislazione del mercato del lavoro a sostegno della famiglia dopo la riforma Biagi*, in Donati P. (a cura di), *Famiglia e lavoro: dal conflitto a nuove sinergie*, Nono Rapporto Cisl sulla Famiglia in Italia, Milano, 227 ss.
- Tonetti M. (2018), *Licenziamento causa matrimonio, una tutela per sole donne*, in *Diritto&Giustizia*, n. 199, 10 ss.
- Topo A. (2007), *La tutela della lavoratrice*, in Cester C. (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in Carinci F. (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, Torino, vol. II, 541 ss.
- Vallauri M.L. (2009), *Rapporto di lavoro e appartenenza di genere: la discriminazione e i congedi parentali*, in Caruso B., Sciarra S., *Il lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 217 ss.
- Zagrebel'sky V. et al. (2019), *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, il Mulino, Bologna.
- Zoppoli L. (2009), *Categorie giuridiche, diritto antidiscriminatorio e pari opportunità*, in Santucci R. et al. (a cura di), *Diversità culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, FrancoAngeli, Milano, 146 ss.

Marianna Russo
Ricercatrice di Diritto del lavoro
presso l'Università telematica «Leonardo da Vinci»

CASSAZIONE, 2.11.2018, n. 28034 – Pres. Nobile, Est. Leone (conf.) – Benfil Srl in liquidazione (avv.ti Tussino, Nappi) c. A.R. (contumace). Conferma Corte d'Appello di Napoli, 14.11.2016.

Licenziamento collettivo – Licenziamento per cessazione attività – Obblighi di comunicazione ex art. 4 della l. n. 223/1991 – Finalità del controllo preventivo e sindacale delle comunicazioni – Natura perentoria del termine di 7 giorni.

Anche in ipotesi di licenziamento collettivo per cessazione dell'attività, la finalità delle comunicazioni previste dall'art. 4 della l. n. 223/1991 è quella di consentire di realizzare un controllo preventivo sull'effettività e sulla correttezza della scelta imprenditoriale, tanto più ove la cessazione dell'attività avvenga in modo graduale. Ne consegue che il termine di 7 giorni previsto dal c. 9 della citata disposizione ha natura cogente e perentoria. (1)

(1) OBBLIGHI DI COMUNICAZIONI SPECIFICHE ANCHE IN IPOTESI
DI LICENZIAMENTI COLLETTIVI PER CESSAZIONE DELL'ATTIVITÀ

1. — La sentenza oggetto di commento affronta due questioni che, seppure diverse, sono riducibili *ad unum* in quanto connesse alla tematica dei vizi formali e della imperatività degli obblighi di comunicazione previsti in materia di licenziamenti collettivi dall'art. 4 della l. n. 223/1991.

I giudici di legittimità, da un lato, confermano la centralità e cogenza dei predetti obblighi informativi anche in ipotesi di licenziamento collettivo per cessazione dell'attività, ove, in particolare, l'azzeramento del personale avvenga in via graduale, e, dall'altro, qualificano come perentorio il termine di 7 giorni previsto dall'art. 4, c. 9, l. n. 223/1991.

2. — Con la sentenza in commento, la Cassazione rigetta il ricorso proposto dalla società avverso la decisione della Corte d'Appello di Napoli che confermava l'ordinanza resa in sede sommaria, dichiarativa dell'inefficacia del licenziamento collettivo per cessazione dell'attività intimato alla ricorrente, in quanto attuato in violazione del termine di 7 giorni previsto dall'art. 4, c. 9, l. n. 223/1991. Sul punto, la Corte territoriale affermava che, anche in tal caso, la finalità sottesa alle predette comunicazioni consiste nel garantire la trasparenza e verificabilità da parte delle organizzazioni sindacali della effettività e correttezza delle ragioni della scelta datoriale; finalità non esclusa ove il criterio selettivo sia unico e riguardi tutto il personale.

I giudici di legittimità confermano, così, la centralità e l'imperatività degli obblighi di comunicazione di cui all'art. 4 della l. n. 223/1991, anche nell'ipotesi di licenziamento per cessazione dell'attività. I giudici, richiamando a tal fine il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità (*Ex multis*, cfr. Cass. 6.6.2011, n. 12196, in *RIDL*, 2012, II, 323 ss., con nota di Galardi), rilevano che la comunicazione di avvio della procedura e, in particolare, l'indicazione nella medesima di tutti gli elementi

previsti dall'art. 4, cc. 3 e 9, l. n. 223, è funzionale a garantire la completezza dell'informazione inerente le specifiche ragioni del recesso datoriale. Ciò consente, da un lato, una effettiva partecipazione del sindacato alla gestione della crisi effettuando un controllo *ex ante*, in quanto titolare di incisivi poteri di informazione e consultazione, e, dall'altro, la verificabilità *ex post* della effettiva sussistenza delle dichiarate ragioni e il nesso di causalità tra queste ultime e l'individuazione del personale da espellere.

Tali principi, pertanto, non subiscono alcuna deroga in ipotesi di procedura di mobilità fondata sull'unico criterio della cessazione dell'attività d'impresa, come quando, ed è il caso sottoposto al vaglio dei giudici di legittimità, si preveda un'uscita graduale del personale dipendente, con temporaneo mantenimento delle professionalità necessarie al compimento delle residue attività di liquidazione [Vd., in tal senso, Cass. 28.10.2010, n. 22033, in *RFI*, 2010, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1547; conf. Cass. 10.7.2018, n. 18158, in *www.italggiure.giustizia.it*].

In tale ultima ipotesi, i giudici della Suprema Corte, nell'escludere che l'azzeramento del personale possa integrare una sorta di esimente che rende inoperante nei confronti del datore di lavoro l'obbligo di esplicitare e rendere conoscibili le specifiche ragioni del recesso, osservano che il previsto frazionamento in momenti diversi e tra loro successivi del personale da licenziare rende ancora più cogente la necessità di verificare la correttezza dei criteri adottati dal datore di lavoro per individuare tali diversi tempi di operatività del recesso; la *ratio* di tale interpretazione ha il precipuo scopo, non dichiarato dagli Ermellini ma desumibile tra le righe, di scongiurare il rischio di illegittime e arbitrarie discriminazioni tra i dipendenti licenziati prima e quelli licenziati dopo.

In precedenza, la stessa Corte costituzionale aveva sottolineato che «anche la cessazione dell'attività si vuole inserita in quella complessa concertazione attraverso cui la normativa sulla mobilità tende a ridurre le conseguenze della crisi o della ristrutturazione dell'impresa sull'occupazione», e ciò in quanto «la messa in mobilità viene a coniugarsi con gli ulteriori meccanismi predisposti per la ricollocazione dei lavoratori» di talché «essa assurge a espressione di un principio generale, che non può non valere anche quando ci si trovi in presenza della mera soppressione dell'impresa» (Cfr. C. cost. 20.9.1999, n. 6, in *RCDL*, 1999, 283 ss.). Risulta, così, esaltato il carattere rigoroso della procedura disciplinata dalla l. n. 223, quale giusto contrappeso all'altrimenti insindacabile libertà di iniziativa economica dell'imprenditore *ex art. 41 Cost.*

Pertanto, nel licenziamento collettivo per riduzione del personale non è consentito al giudice sindacare sull'*an* della decisione, ma soltanto sul *quomodo*; quest'ultimo, infatti, non può sostituire la propria valutazione a quella dell'imprenditore, in quanto, con riferimento alla sussistenza o meno delle ragioni sottese alla procedura collettiva, compete all'imprenditore la facoltà di scegliere e attuare la politica imprenditoriale da lui ritenuta più vantaggiosa (T. Caltagirone 1.7.2016, ord., in *RIDL*, 2017, II, 250 ss., con nota di Militello).

Il legislatore nazionale, in chiara continuità con la normativa comunitaria, percepisce la comunicazione *ex art. 4, l. n. 223/91*, come elemento determinante ai fini della procedura, in quanto la stessa consente che «si apra la discussione intorno alle cause che hanno determinato l'eccedenza di personale e alla possibilità di diversa utilizzazione dei lavoratori» (Mazzotta 1999, 670). E infatti, l'art. 2, c. 3, della Direttiva n. 98/59 impone al datore di lavoro di fornire «in tempo utile nel corso delle consul-

tazioni» tutte le informazioni necessarie, così onerando il datore di lavoro di creare le condizioni necessarie per un proficuo ed effettivo confronto tra le parti coinvolte: una sorta di obbligo di contrattare conforme e attuativo dei principi di correttezza e buona fede.

La Corte di Giustizia, sul punto, nel rimarcare l'importanza che riveste il diritto all'informazione e alla consultazione di cui sono destinatari i rappresentanti sindacali, ha chiarito che il predetto art. 2 della Direttiva n. 98/59 deve essere interpretato nel senso di impedire che la normativa nazionale riduca gli obblighi di comunicazione gravanti sul datore di lavoro che avvii una procedura di mobilità (*Ex multis*, vd. C. Giust. 16.7.2009, C-12/08, in *RIDL*, 2010, II, 245 ss., con nota di G. Natullo).

La procedura di cui agli articoli 4 e 5 della legge n. 223 del 1991 è finalizzata alla tutela non solo degli interessi delle organizzazioni sindacali, ma anche dell'interesse pubblico, correlato alla occupazione in generale e ai costi della mobilità e dell'interesse dei lavoratori alla conservazione del posto di lavoro e, in particolare, alla verifica dei criteri di scelta sotto il profilo del loro carattere di generalità, obiettività e coerenza con il fine dell'istituto della mobilità.

Il mancato rispetto di tale procedura, ove si traduca in un «comportamento non collaborativo o di malafede», ovvero nella comunicazione di informazioni inesatte, incomplete, parziali o di immotivato rifiuto di integrazione dei contenuti della comunicazione, «in quanto lesivo dell'attività sindacale, potrà essere sanzionato come condotta antisindacale» (D'Antona 1992, 317).

Ne consegue che l'omessa e/o incompleta comunicazione preventiva inficia sin dall'origine l'intera procedura di mobilità; né può ritenersi che il successivo raggiungimento di un accordo sindacale sani di per sé il *deficit* informativo, potendo il lavoratore, anche in tal caso, legittimamente far valere l'incompletezza della comunicazione quale vizio del licenziamento intimatogli (*Ex multis*, cfr. Cass. 15.10.2002, n. 14616, e Cass. 21.3.2018, n. 6792, in *www.itagiure.giustizia.it*).

Ove, poi, il licenziamento collettivo si riferisca in modo esclusivo a un'unità produttiva o a un settore dell'azienda, il mancato adempimento degli obblighi informativi previsti dal citato art. 4, non rendendo intellegibile e motivata la delimitazione dei lavoratori coinvolti nella procedura di mobilità, interferisce con la correttezza della scelta di questi ultimi. Tale soluzione trova pieno conforto nella giurisprudenza di legittimità che ha posto in stretta correlazione il mancato adempimento degli obblighi di comunicazione, di cui all'art. 4, c. 3, con la violazione dei criteri di scelta *ex* art. 5, ciò determinando l'arbitrarietà della decisione unilaterale del datore di lavoro di selezione dei dipendenti, configurandosi, sul piano strettamente sanzionatorio, l'illegittimità e non già la mera inefficacia del licenziamento (Vd., in tal senso, Cass. 9.3.2015, n. 4678, in *RGL*, 2015, II, 425 ss., con nota di Pistore). Tali obblighi specifici di comportamento dettagliatamente individuati *ex* art. 4, l. n. 223/91, costituiscono, a ben vedere, diretta e concreta attuazione del canone generale e integrativo di correttezza e buona fede *ex* artt. 1175 c.c. e 1375 c.c. a tutela e garanzia della salvaguardia del posto di lavoro avverso scelte arbitrarie e indiscriminate del datore di lavoro (Cfr. Gragnoli 2006, 177 ss.).

3. — La sentenza in commento scrupola, poi, l'altra questione relativa alla natura perentoria ovvero ordinatoria del termine di 7 giorni previsto dall'art. 4, c. 9, l. n. 223,

per l'invio delle comunicazioni alle organizzazioni sindacali. La società ricorrente, sul punto, rilevava che, stante l'unicità del criterio della cessazione dell'attività produttiva, dovrebbe ritenersi la sostanziale irrilevanza del termine suddetto, venendone meno la *ratio* tesa a garantire una corretta ed effettiva informazione circa i criteri di scelta adottati e le relative modalità applicative.

I giudici di legittimità, dapprima, ricostruiscono il quadro normativo di riferimento, in particolare rilevando che nella versione antecedente alla modifica apportata dalla legge n. 92/2012 non era previsto alcun termine, limitandosi il dettato normativo a richiedere che le comunicazioni fossero inviate «contestualmente» a quella del recesso. I giudici, quindi, richiamando alcune delle principali pronunce della giurisprudenza di legittimità in materia [*Ex multis*, cfr. Cass. 13.3.2011, n. 7490, in *RFI*, 2011, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1371], evidenziano che l'avverbio «contestualmente» è stato sempre interpretato nel senso della necessaria contestualità delle due comunicazioni, e ciò per due ordini di motivi. Da un lato, per ragioni di carattere sistematico, in quanto, nel contesto di una procedura rigidamente cadenzata e temporalmente articolata quale quella disciplinata dalla legge n. 223/91, è giocoforza ritenere che il requisito della contestualità vada inteso in senso altrettanto rigoroso e stringente. Dall'altro, per preservare la stessa *ratio* sottesa alla previsione normativa degli obblighi informativi di cui all'art. 4, consistente nel garantire un effettivo controllo sulla correttezza dei criteri adottati dal datore di lavoro, che possa tradursi, ove necessario, anche nella revoca del licenziamento che risulti eseguito in loro violazione.

Tali considerazioni, a parere dei giudici di legittimità, implicano che non possa accedersi a una nozione «elastica» di contestualità delle comunicazioni, salvo ritenere irragionevolmente che il lavoratore, per non incorrere nella decadenza prevista dall'art. 6, l. n. 604/1966, debba impugnare il licenziamento senza la previa conoscenza dei criteri di selezione, e quindi dei motivi stessi per i quali la scelta è ricaduta proprio sul medesimo e non su altri [Vedi, in tal senso, Cass. 29.4.2015, n. 8680, in *RFI*, 2015, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1263, e Cass. 28.10.2015, n. 22024, *ivi*, n. 1257].

Secondo la Cassazione, quindi, l'introduzione del termine di 7 giorni da parte del legislatore del 2012 risponde all'esigenza di porre rimedio alle incertezze interpretative poste dalla precedente formulazione generica della norma, positivizzando il diritto vivente formatosi in materia attraverso un'indicazione temporale specifica. Ne consegue che la natura del termine in questione, in linea con la predetta interpretazione, nonché quale «sintesi delle finalità interne alla comunicazione», non può che essere cogente e perentoria.

4. — La pronuncia oggetto di commento, sebbene espressione di principi ormai consolidati in materia di licenziamenti collettivi, contribuisce a sancire in modo chiaro e deciso il superamento del risalente orientamento alla stregua del quale, in ipotesi di unico criterio della cessazione dell'attività, gli obblighi informativi *ex art. 4* della l. n. 223/1991 sarebbero meno cogenti e vincolanti, potendo il datore di lavoro limitarsi a fornire una generica indicazione (*Ex multis*, Cass. 3.2.2009, n. 2610, in *OGL*, 2009, 214 ss.). La *ratio* sottesa al superamento di tale risalente indirizzo risiede evidentemente nella volontà di estendere le garanzie connesse alle comunicazioni di cui all'art. 4 anche ove venga licenziato tutto il personale dipendente, posto che, anche in tal caso, le istanze di tutela e salvaguardia del posto di lavoro non possono arretrare a fronte di

un potere, altrimenti indiscriminato in quanto di copertura costituzionale, quale è quello datoriale di attuare una riorganizzazione/riprogettazione dell'attività d'impresa.

I giudici di legittimità non esplicitano quale sia il regime sanzionatorio applicabile in ipotesi di violazioni procedurali, e quindi se il recesso debba considerarsi inefficace, ovvero illegittimo. Peraltro, la Suprema Corte, confermando la decisione della Corte territoriale la quale aveva dichiarato il licenziamento inefficace, dimostra indirettamente di aderire alla soluzione adottata dai giudici di seconda istanza.

Le segnalate aperture della giurisprudenza di legittimità alla possibilità di attrarre i vizi procedurali alla sanzione della radicale illegittimità del licenziamento collettivo per violazione dei criteri di scelta e alla conseguente applicazione della tutela reintegratoria (quantomeno con riferimento alle fattispecie ricadenti nell'ambito di operatività della l. n. 92/2012) testimoniano la volontà di rendere effettivo il controllo preventivo delle ragioni della scelta imprenditoriale, quale naturale contrappeso a un potere altrimenti scevro da qualsivoglia limite e condizionamento concreto.

Tale considerazione, a parere di chi scrive, vale vieppiù in ragione dell'assenza di un sindacato giudiziale successivo che possa estendersi al merito delle scelte imprenditoriali, in un'ottica di equo contemperamento di contrapposti interessi ove il bene primario rimane sempre quello della salvaguardia del posto di lavoro.

Riferimenti bibliografici

- D'Antona M. (1992), *I licenziamenti per riduzione di personale nella legge n. 223/91*, in *RCDL*, 317 ss.
- Galardi R. (2012), *Comunicazioni finali nei licenziamenti collettivi: un'ottima sentenza con una cattiva massima*, in *RIDL*, n. 2, II, 323 ss.
- Gragnoles E. (2006), *La riduzione del personale. Fra licenziamenti individuali e collettivi*, in Galgano F. (diretto da), *Trattato di Diritto commerciale e Diritto pubblico dell'economia*, Padova, 177 ss.
- Mazzotta O. (1999), *Sub art. 11, legge n. 604*, in Mazzotta O., *I licenziamenti. Commentario*, Giuffrè, Milano, 670 ss.
- Militello M. (2017), *Licenziamento collettivo per riduzione del personale. La libertà dell'an e i vincoli del quomodo*, in *RIDL*, n. 2, II, 250 ss.

Rosalina Panetta
Avvocata in Roma

I

CASSAZIONE, 22.10.2018, n. 26675 – Pres. Di Cerbo, Est. Lorito, P.M. Fresa (conf.) – A.G. (avv.ti Battaglia, Grattarola) c. Congregazione delle Piccole Suore Missionarie della Carità (avv. Costantino).
Cassa Corte d'Appello di Torino, 3.10.2016.

Licenziamento individuale – Sopravvenuta inidoneità alla mansione – Licenziamento per g.m.o. – Inosservanza obbligo di *repêchage* – Analogia motivo oggettivo di tipo economico con quello per sopravvenuta inidoneità alla mansione – Reintegrazione.

*Anche in ipotesi di licenziamento per sopravvenuta inidoneità fisica o psichica alla mansione, il datore di lavoro, trattandosi di ipotesi di giustificato motivo oggettivo, deve adibire il prestatore a mansioni alternative cui lo stesso sia idoneo e compatibili con il suo stato di salute; l'inosservanza di tale obbligo determina l'ingiustificatezza del recesso, posto che costituirebbe una grave aporia sistematica ritenere che la violazione dell'obbligo di *repêchage* possa determinare una tutela reintegratoria nel caso di licenziamento per motivi economici e precluderla invece nel caso di lavoratore affetto da inidoneità fisica o psichica. (1)*

II

CASSAZIONE, 19.3.2018, n. 6798 – Pres. Di Cerbo, Est. Spena, P.M. Celeste (rigetto) – Manutenzione e Montaggi Srl (avv. Manai) c. C.S. (avv. Maciotta).
Conf. Corte d'Appello di Cagliari, 22.4.2016.

Licenziamento individuale – Licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione – Modifiche organizzative – Art. 5 della Direttiva n. 78/2000 – Parità di trattamento – Obbligo del datore di lavoro di adottare soluzioni ragionevoli – Violazione art. 41 Cost. – Insussistenza.

È illegittimo il licenziamento per sopravvenuta inidoneità fisica o psichica alla mansione ove il datore di lavoro, avendo la possibilità di modificare la propria organizzazione del lavoro, non ha adottato soluzioni ragionevoli atte a consentire al lavoratore disabile, secondo la definizione della Direttiva n. 78/2000, di svolgere il lavoro, ciò non integrando violazione dell'art. 41 Cost. per ingerenza sulla libertà della organizzazione imprenditoriale. (2)

(1-2) LICENZIAMENTO PER SOPRAVVENUTA INIDONEITÀ PSICOFISICA:
REINTEGRAZIONE PER MANCATA ADOZIONE DI ACCOMODAMENTI
RAGIONEVOLI E PER VIOLAZIONE DEL *REPÊCHAGE*

1. — Le sentenze in commento offrono la possibilità di un approfondimento sulla tematica del licenziamento del lavoratore, affetto da malattia o handicap, per sopravvenuta impossibilità della prestazione a seguito di un giudizio di inidoneità alle mansioni. A seguito dell'intervento della Cassazione a Sezioni Unite n. 7755 del 1998 (In *RIDL*, 1999, n. 1, II, 170 ss., con nota Pera, nonché in *MGL*, 1998, 876 ss.) e in virtù anche delle disposizioni degli articoli 4 e 10 della l. n. 68 del 1999, appare ormai pacifico che il recesso per sopravvenuta inidoneità alla mansione debba essere ricondotto alla fattispecie del motivo oggettivo. Le vicende oggetto di analisi riguardano due aspetti di rilevante interesse: da una parte, la questione del *repêchage* con riferimento alla residua capacità lavorativa all'interno della compagine aziendale; dall'altra, l'obbligo del datore di porre in essere «soluzioni ragionevoli» atte a consentire al lavoratore, disabile o malato, di svolgere la prestazione al fine della conservazione del posto di lavoro. Il rapporto di lavoro con il prestatore affetto da un qualsivoglia stato di inidoneità alla mansione, secondo quanto stabilito dalle sentenze oggetto di commento, può essere risolto solo allorché il datore dimostri di aver attuato tutti i possibili adattamenti all'organizzazione del lavoro e che sia impossibile reinserire il lavoratore nel contesto produttivo. Si tratta di ipotesi di giustificato motivo oggettivo nel solco della interpretazione giurisprudenziale del licenziamento quale *extrema ratio*, che impone, ai fini della tutela del posto di lavoro, anche il cd. obbligo di ripescaggio con adibizione a mansioni equivalenti o, in mancanza, inferiori (Sull'obbligo di *repêchage* in mansioni inferiori, *ex multis*: Cass. 26.5.2017, n. 13379, in *RGL*, 2017, n. 4, II, 577 ss.; Cass. 5.1.2017, n. 160, Cass. 21.12.2016, n. 26467, e Cass. 9.11.2016, n. 22798, tutte in *RGL*, 2017, n. 2, II, 245 ss., con nota di Calvellini; Cass. 23.10.2013, n. 24037, in *RIDL*, 2014, n. 2, II, 296 ss., con nota di Zanetto, nonché Cass. 15.5.2012, n. 7515, in *RIDL*, 2013, n. 1, II, 73 ss., con nota di Falsone).

2. — Appare opportuno trattare i provvedimenti in esame iniziando, in ordine cronologico, dalla sentenza del 19.3.2018, n. 6798, in quanto in tale fattispecie la Suprema Corte approfondisce i principi in materia di tutela del disabile e di parità di trattamento (che sono poi oggetto anche della sentenza più recente del 22.10.2018, n. 26675) richiamando sul punto, in maniera completa e dettagliata, i riferimenti normativi comunitari e internazionali. La prima sentenza tratta il caso di un licenziamento intimato per sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore alle mansioni, determinata da malattie (nella specie: broncopneumopatia, dermatite da contatto, angioneurosi alle mani) tali da non consentire al medesimo la esposizione alle polveri presenti sul luogo di lavoro. In punto di diritto, tale provvedimento affronta la questione del bilanciamento di norme rispetto all'interpretazione degli articoli 1453, 1455 e 1464 del codice civile e dell'articolo 3 della legge n. 604 del 1966, anche in combinato disposto con l'articolo 41 della Costituzione. In estrema sintesi, il tema è fino a che punto deve arrivare la cooperazione del datore di lavoro, in caso di accertata inidoneità fisica del prestatore alle proprie mansioni per determinate patologie o handicap, al fine di salvaguardare il rapporto di lavoro. Secondo l'assunto dell'azienda ricorrente, la sen-

tenza della Corte d'Appello di Cagliari sarebbe errata in quanto la soluzione adottata dai giudici di merito rappresenterebbe una indebita ingerenza sulla libertà dell'imprenditore, costituzionalmente tutelata ex art. 41, di organizzare la propria impresa. La società afferma sul punto che il provvedimento oggetto di gravame imponeva al medesimo di stravolgere, in maniera irragionevole, la propria organizzazione del lavoro con sacrificio anche degli interessi degli altri dipendenti al fine di consentire al lavoratore, proprio mediante la modifica della propria struttura organizzativa, di espletare la propria prestazione. In concreto, secondo l'assunto della società ricorrente, la sentenza di appello era meritevole di censura in quanto obbligava l'imprenditore a spostare alcune unità di personale da un reparto a un altro per consentire al lavoratore di svolgere le proprie mansioni, nonostante l'azienda non avesse un interesse oggettivamente apprezzabile all'esecuzione parziale della prestazione.

I giudici di legittimità affrontano la vicenda partendo dal dato, pacifico tra le parti, che la sopravvenuta inidoneità del lavoratore derivava da una situazione di infermità di lunga durata tale da non consentire al lavoratore di effettuare l'attività lavorativa in condizioni di uguaglianza con gli altri prestatori. La Cassazione, in base a tale presupposto fattuale, ritiene che la fattispecie sottoposta al proprio vaglio rientri nel campo di applicazione della Direttiva n. 78/2000 sulla parità di trattamento in materia di occupazione. Secondo i giudici di legittimità, nel caso di specie ricorrono entrambi i requisiti richiesti dalla citata direttiva: in particolare, sia l'attinenza della controversia alle condizioni di lavoro, tra cui rientra anche l'ipotesi del licenziamento (art. 3 della Direttiva), sia il fattore soggettivo dell'handicap (protetto dall'articolo 1 della Direttiva). La Corte, quindi, richiama nella propria motivazione una nozione di handicap, più ampia e dinamica rispetto a quella prevista dalla normativa nazionale ex l. n. 68 del 1999, mutuata dal diritto dell'Ue in ragione dell'avvenuta ratifica da parte di quest'ultima della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006, ricostruendo i principi espressi in materia in alcune sentenze della Corte di Giustizia, a partire dalla sentenza resa l'11.7.2006 nella causa C-13/05 e fino alle pronunce successive a tale data.

In merito, i giudici di legittimità segnalano, a supporto delle proprie argomentazioni, l'articolo 5 della Direttiva in esame, a norma del quale è stabilito che, per «garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste soluzioni ragionevoli. Ciò significa che il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere a un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possono ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato».

Tale direttiva è stata più volte richiamata dai giudici di Lussemburgo e, in particolare, nella sentenza 4.7.2013, C-312/2011, *Commissione c. Italia*, ove si legge che gli «Stati membri devono stabilire nella propria legislazione un obbligo per i datori di lavoro di adottare provvedimenti appropriati e cioè efficaci e pratici, ad esempio sistemando i locali, adattando le attrezzature, i ritmi di lavoro o la ripartizione dei compiti in funzione delle esigenze delle situazioni concrete [...] senza imporre al datore di lavoro un onere sproporzionato».

Va osservato, come evidenziato dalla Cassazione, che la Repubblica italiana aveva omesso di dare esecuzione alla disposizione del citato articolo 5 della Direttiva ed era

stata dichiarata inadempiente proprio perché non aveva stabilito, per i datori pubblici e privati, l'obbligo di prevedere «soluzioni ragionevoli» applicabili ai disabili nell'ambito del rapporto lavorativo. Il legislatore italiano, tuttavia, ha sanato tale inadempimento mediante la l. 9 agosto 2013, n. 99, inserendo, nel testo del d.lgs. 9.7.2003, n. 216, all'articolo 3, un comma 3-*bis*. In particolare, tale nuova disposizione prevede che, per garantire il rispetto della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro, sia pubblici che privati, sono tenuti ad adottare «accomodamenti ragionevoli» nei luoghi di lavoro per assicurare alle persone con disabilità la piena uguaglianza con gli altri lavoratori. Alla luce di tali principi sovranazionali, la Suprema Corte ha affermato che i giudici di merito hanno correttamente interpretato il diritto interno non essendosi verificata nel caso di specie alcuna violazione della libertà di iniziativa imprenditoriale di cui all'articolo 41 della Costituzione. I giudici di legittimità confermano che il recesso risulta illegittimo proprio in ragione del fatto che era possibile, per il datore di lavoro, adottare soluzioni ragionevoli atte a consentire al lavoratore disabile di svolgere il lavoro. Nel caso di specie, non si configurava per l'azienda un onere finanziario sproporzionato ai fini dell'adozione di tali accorgimenti, da considerarsi quale unico limite all'attuazione della normativa comunitaria; obbligo, quest'ultimo, che in ogni caso non comprime la libertà organizzata dell'imprenditore costituzionalmente tutelata. In sostanza, la Cassazione valorizza l'art. 5 della citata Direttiva, definito dalla dottrina quale «norma baricentrica» verso cui il sistema di tutele del prestatore deve tendere, ove le «soluzioni ragionevoli» rappresentano «un architrave su cui poggiare il necessario collegamento sistematico tra i diversi sistemi messi a disposizione dell'ordinamento» (Cfr. Giubboni, 7, 2015).

3. — L'altra sentenza in esame – la n. 26675 del 22.10.2018 – completa il ragionamento decisorio seguito nella prima decisione qui analizzata; essa affronta sempre il tema della sopravvenuta inidoneità fisica allo svolgimento di mansioni e del conseguente licenziamento del prestatore di lavoro motivato proprio da tale sopravvenuta inutilizzabilità. Nel caso di specie, la Corte d'Appello di Torino dichiarava risolto il rapporto di lavoro intercorso fra le parti, condannando la Congregazione datrice di lavoro al solo pagamento, in favore della prestatrice, di un'indennità risarcitoria determinata in venti mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

La Corte territoriale, richiamando i principi di correttezza e buona fede, nonché il bilanciamento degli interessi costituzionali richiamati nella pronuncia delle S.U. n. 7755 del 1998, riteneva illegittimo il recesso in quanto non erano state offerte alla lavoratrice posizioni lavorative alternative, anche inferiori, compatibili con il suo stato di salute, così ritenendo integrata la violazione dell'obbligo di *repêchage*. I giudici di merito, pur ritenendo – in linea di principio – configurabile la tutela reale, opinavano tuttavia che nella fattispecie la violazione dell'obbligo di ricollocazione non configurava un'ipotesi di manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento per g.m.o. (ciò che avrebbe giustificato la tutela reintegratoria *ex art. 18, c. 7, St. lav.*), applicando così la tutela indennitaria disciplinata dal c. 5 dell'art. 18.

La questione centrale affrontata da tale secondo provvedimento, e che lo contraddistingue e differenzia rispetto al primo, ha a oggetto principalmente la tutela applicabile in caso di licenziamento intimato per sopravvenuta inidoneità fisica o psichica. In particolare, il quesito posto alla Cassazione è se in tale ipotesi debba applicarsi la

sola tutela indennitaria, come ritenuto dalla Corte territoriale o, invece, la tutela reale prevista dall'art. 18, c. 4.

Il punto nodale della controversia è comprendere se, ove sussistano nell'assetto organizzativo aziendale mansioni compatibili con lo stato di salute del lavoratore, anche inferiori rispetto a quelle in precedenza espletate, il motivo addotto a giustificazione del licenziamento sia da ritenersi del tutto insussistente; e quindi se l'esistenza di una collocazione alternativa è, nel licenziamento per inidoneità fisica, fatto costitutivo del recesso, con la conseguenza che la violazione del cd. obbligo di *repêchage* comporta la sanzione della reintegrazione [Cfr., in tal senso, C. App. Roma 1.2.2018, in *RGL*, 2018, n. 3, II, 359 ss., con nota di Salvagni (2018a)]. In merito, occorre richiamare quanto affermato dalla dottrina secondo cui il controllo di effettività operato dal giudice tramite *repêchage* «opera come strumento consolidato di bilanciamento e di proporzionalità tra libertà di iniziativa economica e diritto del lavoro» proprio al fine di evitare l'abuso del ricorso al licenziamento di tipo oggettivo (Caruso 2017, 18).

Secondo la Cassazione, il licenziamento intimato per sopravvenuta inidoneità fisica o psichica del lavoratore è assimilabile al recesso per motivo oggettivo; dunque, nel caso in cui il giudice accerti il difetto di giustificazione del licenziamento, anche ai sensi degli artt. 4, c. 4, e 10, c. 3, della l. 12.3.1999, n. 68, dovrà applicarsi la tutela reintegratoria attenuata (In tal senso, cfr. Cass. 30.11.2015, n. 24377, in *ilgiuslavorista.it*, con nota di Patrizio).

In merito, i giudici di legittimità richiamano il recente orientamento della Cassazione del 2.5.2018 n. 10435 [In *LPO*, 2018, 7-8, II, 481 ss., con nota di Salvagni (2018b); cfr. Carinci 2018] che, seppur riferibile alla diversa fattispecie del licenziamento per motivi economici, consente l'applicazione in via analogica dei principi ivi espressi con riferimento alla violazione dell'obbligo datoriale di adibire il lavoratore a mansioni alternative, cui il medesimo risulti idoneo compatibilmente con il suo stato di salute.

Al riguardo, i giudici di legittimità, richiamando appunto il suddetto orientamento in tema di obbligo di ripescaggio e tutela reale, affermano, in maniera del tutto condivisibile, che «costituirebbe una grave aporia sistemica ritenere che la violazione dell'obbligo di *repêchage* possa determinare una tutela reintegratoria nel caso di licenziamento per motivi economici e precluderla invece nel caso di lavoratore affetto da inidoneità fisica o psichica».

4. — L'impostazione ermeneutica adottata dai provvedimenti in analisi conferma un orientamento che può definirsi ormai consolidato nella giurisprudenza di legittimità con riferimento all'obbligo di reimpiego del dipendente per sopravvenuta inidoneità alla mansione (Cfr., in senso conforme: Cass. 26.10.2018, n. 27243, in *GLav.*, 2019, 93 ss.; Cass. 5.4.2018, n. 8419, in *GLav.*, 2018, n. 19, 54 ss.; Cass. 21.3.2018, n. 7065, in *GLav.*, 2018, n. 18, 63 ss.; Cass. 14.2.2018, n. 3616, in *LG*, 2018, n. 6, 634 ss., che corroborano tutte il principio secondo cui il recesso non è giustificabile per effetto della sola inesigibilità della prestazione). Tale soluzione interpretativa, peraltro, trova un'espressa previsione normativa, in via analogica, anche nell'art. 4, comma 4, l. n. 68 del 1999, in relazione all'obbligo di ricollocazione del disabile sopravvenuto, nonché nell'art. 10, comma 3, che già prevedeva, per evitare il licenziamento, l'attuazione da parte del datore di «tutti i possibili adattamenti dell'organizzazione

produttiva». Senza dimenticare che l'obbligo di trovare un ragionevole adattamento trova un ulteriore riferimento normativo, ai fini della tutela della salute e sicurezza del prestatore, nell'art. 42 del d.lgs. n. 81/2008, che stabilisce, in via generale, di adibire, ove possibile, il lavoratore a mansioni equivalenti o inferiori. In tal senso, le sentenze in esame, richiamando i principi del diritto internazionale e comunitario sulla parità di trattamento del disabile (e del lavoratore divenuto inidoneo alla mansione) nel rapporto di lavoro e nel momento della risoluzione dello stesso, confermano una sorta di tutela «rafforzata» a favore del lavoratore volta a scongiurare l'espulsione; obiettivo da attuare anche mediante il ricorso agli «accomodamenti ragionevoli» di cui all'art. 3, comma 3-*bis*, del d.lgs. n. 216 del 2003, che condizionano «“a monte” il potere di recesso del datore» (Giubboni 2015, 12). Tale ultima disposizione impone una nuova prospettiva sulla condotta, doverosa, trattandosi di un obbligo cogente e di derivazione comunitaria, a cui è tenuto il datore di lavoro per individuare soluzioni adeguate alla propria organizzazione aziendale al fine della salvaguardia del posto di lavoro, con il solo limite che tali adattamenti non determinino un costo finanziario sproporzionato a carico di quest'ultimo.

Riferimenti bibliografici

- Calvellini G. (2017), *Obbligo di repêchage: vecchi e nuovi problemi all'esame della Cassazione*, in *RGL*, n. 2, II, 246 ss.
- Carinci M.T. (2018), *Licenziamento per g.m.o. e obbligo di repêchage*, in *RGL*, n. 4, II, 459 ss.
- Caruso B. (2017), *La fattispecie «giustificato motivo oggettivo» di licenziamento tra storie e attualità*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 323.
- Falsone M. (2013), *Sul cd. obbligo di repêchage e la dequalificazione contrattata*, in *RIDL*, n. 1, II, 73 ss.
- Giubboni S. (2015), *Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione dopo la legge Fornero e il Jobs Act*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 261.
- Pera G. (1999), *Della licenziabilità o no del lavoratore divenuto totalmente inabile*, in *RIDL*, n. 1, II, 170 ss.
- Salvagni M. (2018), *Violazione del repêchage e reintegra: l'obbligo di ricollocazione è un elemento del fatto*, in *RGL*, n. 3, II, 359 ss.
- Salvagni M. (2018), *La Cassazione in funzione nomofilattica: l'obbligo di repêchage fa parte del fatto e la sua violazione può comportare l'applicazione della tutela reale*, in *LPO*, n. 7-8, II, 481 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, 6.6.2018, n. 14527 – Pres. Manna, Est. Boghetich, P.M. Matera (conf.) – Fca Italy Spa (avv.ti De Luca Tamajo, Luciani, Fontana, Di Stasio) c. M.D. *et al.* (avv.ti Marziale, Totaro).
Cassa Corte d'Appello di Napoli, 27.9.2016.

Licenziamento individuale – Diritto di critica – Diritto di satira – Rispetto del limite della continenza formale – Minimo etico – Superamento – Obbligo di fedeltà – Inadempimento – Lesione della reputazione del datore di lavoro – Sussiste – Licenziamento per giusta causa – Sussistenza del fatto contestato.

L'esercizio del diritto di critica delle decisioni aziendali da parte del lavoratore può essere considerato comportamento idoneo a ledere definitivamente la fiducia che è alla base del rapporto di lavoro, e costituire giusta causa di licenziamento ex art. 2119 c.c., allorquando avvenga con modalità tali che, superando i limiti della continenza formale e del minimo etico di convivenza civile, si traduca in una condotta gravemente lesiva della reputazione del datore di lavoro, con violazione dei doveri fondamentali alla base della ordinaria convivenza civile. (1)

(1) I LIMITI DELLA CRITICA E DELLA SATIRA
NEI CONFRONTI DEL DATORE DI LAVORO

SOMMARIO: 1. I fatti all'origine della decisione della Cassazione. — 2. Diritto di critica e obbligo di fedeltà. — 3. Diritto di critica sindacale e di satira (cenni). — 4. Il ragionamento della Cassazione e le sue aporie. — 5. Conclusioni.

1. — *I fatti all'origine della decisione della Cassazione* — Nel nostro paese si va verso forme di restringimento degli spazi di libertà di manifestazione del pensiero? L'orientamento di sensibilità e apertura verso le ragioni della parte debole del rapporto di lavoro rinvenibile nella giurisprudenza poststatutaria subisce progressivamente un'inversione di tendenza?

Sono domande che ci si pone dopo una sentenza della Sezione lavoro della Corte di Cassazione che è stata oggetto di polemiche, dibattiti e iniziative di solidarietà, ricevendo una vasta eco mediatica.

Facciamo riferimento alla sentenza della Cassazione che, tornando sul tema dei confini del diritto di critica nei confronti del datore di lavoro esercitato attraverso la satira, ha annullato la sentenza che aveva ritenuto esercizio legittimo del diritto di satira la condotta di alcuni lavoratori licenziati per giusta causa ex art. 2119 c.c. da Fca Italy Spa per avere messo in atto la rappresentazione scenica del finto suicidio dell'allora amministratore delegato della società Sergio Marchionne, attribuendogli la responsabilità della morte di alcuni dipendenti.

La vicenda processuale nasce a Nola. L'operaia Maria Baratto, di 47 anni, attivista

sindacale del Cobas, era in Cassa integrazione guadagni da sei anni; nel 2011 aveva scritto un articolo, *Suicidi in Fiat*, per denunciare il ripetersi di tragiche morti fra i lavoratori in Cig. Nel maggio del 2014 l'operaia non ha più trovato la forza di andare avanti e si è suicidata. Nella lettera di commiato, la lavoratrice riconduceva la ragione della tragica scelta alla situazione di precarietà vissuta da anni nell'azienda.

Il 5.6.2014, pochi giorni dopo il funerale, alcuni lavoratori, tra cui alcuni sindacalisti della Fiom-Cgil, in reazione al suicidio di Maria Baratto, mettevano in atto una rappresentazione scenica nell'area antistante il fabbricato aziendale di Nola e all'ingresso della sede regionale campana della Rai: un manichino evocava il suicidio di Marchionne, appeso a un cappio su un patibolo accerchiato da tute macchiate di rosso (a mo' di sangue); il 10.6.2014, dinanzi l'ingresso dello stabile aziendale di Pomigliano d'Arco, veniva celebrato un funerale finto: durante il funerale, i lavoratori esponevano come un manifesto il testamento del defunto amministratore ove egli, in preda al rimorso, si autoaccusava delle morti per suicidio di alcuni lavoratori e della «deportazione» di altri allo stabilimento di Nola.

Da qui nasce il procedimento disciplinare, cui segue il licenziamento per giusta causa intimato il 20.6.2014 da Fca Italy a cinque operai, colpevoli di aver partecipato alla rappresentazione.

Il Tribunale di Nola, con sentenza del 4.6.2015 (1), ha dichiarato la legittimità del licenziamento.

La Corte d'Appello di Napoli, con sentenza del 27.9.2016, ha invece ordinato alla società la reintegrazione dei dipendenti (ordine mai eseguito), escludendo la sussistenza della giusta causa e, in particolare, la ricorrenza del «grave nocumento morale o materiale» a danno della società richiesto per il licenziamento dal contratto collettivo applicabile (2).

Per la cassazione della sentenza, la Fca ha proposto ricorso, affidato a undici motivi, mentre i lavoratori hanno resistito con controricorso.

2. — *Diritto di critica e obbligo di fedeltà* — Il diritto di critica nei confronti del datore di lavoro, unanimemente considerato espressione della libertà di manifestazione del pensiero a tutti costituzionalmente garantita [artt. 2 e 21 Cost. (3), a cui si aggiunge l'art. 39, ove la critica provenga da un rappresentante sindacale (4)], nonché ribadita in favore del lavoratore dall'art. 1 St. lav. (5), è un istituto di matrice fondamentalmente giurisprudenziale (6).

(1) T. Nola 4.6.2015, in *RIDL*, 2015, II, 962 ss., con nota di Del Gaiso.

(2) Art. 33, lett. b, del contratto collettivo specifico di lavoro Fca del 7.7.2015.

(3) Da ultimo, Orofino 2014, 111 ss.

(4) Vd. *infra*, par. 3.

(5) Aimò 2003, 227; Rivara 2002, 419.

(6) Vedi, per citare solo alcune tra le più recenti: Cass. 10.9.2018, n. 21965, ord., e Cass. 27.4.2018, n. 10280, entrambe in *RGL*, 2018, II, 477 ss., con nota di Bini; Cass. 18.7.2018, n. 19092, in *RFI*, 2018, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 352; Cass. 26.9.2017, n. 22375, *ivi*, 2017, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1213; Cass. 31.1.2017, n. 2499, in *ADL*, 2017, II, 762 ss., con nota di Matarese; Cass. 17.1.2017, n. 996, in *RGL*, 2017, II, 410 ss., con nota di Giaconi; Cass. 29.11.2016, n. 24260, in *ADL*, 2017, II, 420 ss., con nota di Fontana; Cass. 21.3.2016, n. 5523, in *LG*, 2016, 683 ss., con nota di Iacobucci; Cass. 18.11.2013, n. 21362, in *RFI*, 2013,

Il diritto di critica del lavoratore è stato – come noto – dedotto dalla Cassazione dal diritto di cronaca giornalistica in base alla nota sentenza n. 1173 del 1986 (7), mediante la quale i giudici di legittimità hanno esteso al lavoro subordinato il «decalogo dei giornalisti», redigendo l'omologo «decalogo del buon lavoratore», intendendo per tale le modalità di legittima espressione del dissenso che si trasformano in altrettanti vincoli dei quali il giudice deve tener conto per stabilire la legittimità o meno dell'esercizio, nel caso concreto, del diritto di critica (8). Nella decisione del 1986, i giudici non negano il diritto di critica nei confronti del datore di lavoro, ma affermano – attraverso un percorso interpretativo articolato – che tale diritto non può essere illimitato, né, tantomeno, illimitabile, e deve trovare i suoi confini nella necessità del suo contemperamento con altri diritti concernenti beni di pari rilevanza costituzionale, tra cui in particolare i diritti fondamentali della personalità. Quando, dunque, il diritto di critica sia esercitato in maniera da ledere obiettivamente l'onore e la reputazione o un altro attributo fondamentale della personalità (come tale direttamente tutelato dall'art. 2 e indirettamente – per il suo riferimento alla dignità – dall'art. 3 Cost.), la liceità di esso viene a porsi in rapporto di necessaria dipendenza dall'esistenza di una causa di giustificazione che possa operare – alla stregua dei casi considerati dagli artt. 51 ss. c.p. – come scriminante e la giustificazione non può essere ravvisata se non in riferimento al valore che l'ordinamento esplicitamente o implicitamente attribuisce all'«interesse concreto in funzione del quale la critica è svolta» (9). In altri termini, per i giudici di legittimità il diritto di esprimere liberamente il proprio pensiero in forma critica non basta di per sé a legittimare la lesione di beni costituzionalmente garantiti, ma questa può essere giustificata se l'azione che la pone in essere sia ragionevolmente e prudentemente ordinata al soddisfacimento di interessi di «rilievo (sul piano giuridico) almeno pari a quello del bene leso» (10).

I limiti che la Cassazione indica, pur con un'individuazione ancora generica, nella sentenza del 1986 – e che la successiva giurisprudenza ha continuato a utilizzare (vd. oltre) – sono quelli della *continenza formale*, attinente al modo di espressione del pensiero critico (11), e della *continenza sostanziale*, attinente alla veridicità

voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1207; Cass. 23.3.2012, n. 4707, in *RGL*, 2012, II, 518 ss., con nota di Siotto, e in *RIDL*, 2012, II, 831 ss., con nota di Peruzzi. Per la giurisprudenza di merito: T. Busto Arsizio 18.2.2018, inedita a quanto consta; T. Parma, 12.2.2018, in *RGL*, 2018, II, 589 ss., con nota di Barletta; T. Bari 4.3.2017, ord., in *RGL*, 2018, II, 477 ss.; C. App. Roma 15.4.2016, in *RGL*, 2016, II, 502 ss., con nota di Valenti; T. Milano 6.2.2014, n. 419, in *RIDL*, 2014, II, 511 ss., con nota di M.T. Carinci.

(7) Cass. 25.2.1986, n. 1173, in *FI*, 1986, I, 1877 ss., con nota di Mazzotta.

(8) Parlano di «decalogo del buon lavoratore»: Aimo 1999, 466; *Idem* 2003, 243 ss.

(9) Sull'essenzialità dell'indagine giudiziale intorno alla natura e alla rilevanza degli interessi connessi all'esercizio del dissenso vd. Mazzotta 1986, 1883.

(10) Nel caso di specie, secondo i giudici di legittimità, per la decisione della controversia occorreva, dunque, gradualmente stabilire se: a) i comportamenti addebitati ai due lavoratori licenziati (dipendenti di una clinica privata) consistenti nel criticare – con riferimento a deficienze organizzative e operative – la gestione della clinica, considerati nel loro complesso, si fossero tradotti in un'obiettiva lesione della reputazione del datore di lavoro; b) le accuse e i giudizi in ipotesi diffamanti fossero stati espressi in obiettiva funzione di interessi giuridicamente rilevanti.

(11) Sulla necessità, ai fini del rispetto della continenza formale, che la critica non assuma toni denigratori vd., più di recente, Cass. 18.11.2013, n. 21362, cit.

– pur valutata secondo il parametro soggettivo della verità percepita dall'autore – dei fatti denunciati (12).

In ogni caso, l'esercizio del diritto di critica dev'essere conforme agli obblighi di fedeltà sanciti dall'art. 2105 c.c., interpretati in un'accezione molto ampia.

Secondo il ragionamento dei giudici di legittimità, nell'ambito del rapporto di lavoro, caratterizzato dalla natura personale delle prestazioni, «il diritto di critica del dipendente nei confronti del datore di lavoro [...] si atteggia in modo particolare in ragione degli obblighi di collaborazione, fedeltà e subordinazione del primo, che lo autorizzano, da un canto, a ingerirsi nelle modalità di esercizio dell'attività dell'imprenditore sotto il profilo dell'incidenza che questa ha sulle condizioni di vita e di lavoro dei prestatori d'opera e accentuano, dall'altro, il dovere di chiunque di astenersi, in assenza di adeguate ragioni, dalla diffusione di notizie e giudizi pregiudizievoli all'esercizio dell'impresa».

I giudici riconducono dunque al concetto di fedeltà *ex* art. 2105 il divieto di diffondere «notizie e giudizi pregiudizievoli all'esercizio dell'impresa», a prescindere dall'oggetto di tali informazioni (13).

Ove il lavoratore esorbiti con la sua critica dai limiti di continenza come sopra individuati, il suo comportamento integra una condotta lesiva degli interessi dell'impresa, mina la fiducia del datore di lavoro nel corretto adempimento futuro della prestazione e ne giustifica il recesso.

L'aspetto discutibile della sentenza del 1986 non pare stare tanto nella precisazione dell'ambito del diritto di manifestazione del pensiero del dipendente relativamente all'azienda e al datore di lavoro secondo i principi indicati analiticamente nel «decalogo» giurisprudenziale (14), quanto nel fatto che, mentre il citato diritto correttamente

(12) Cfr., da ultimo, Cass. 10.7.2018, n. 18176, in *FI*, 2018, I, 4007 ss., con nota di Fratini; Cass. 26.4.2017, n. 13383, in *NGL*, 2017, 584 ss. (la quale richiama i principi contenuti in Cass. 6.4.2011, n. 7847, S. III civ., in *RFI*, 2011, voce *Responsabilità civile*, n. 283, e in Cass. 13.6.2006, n. 13646, S. III civ., in *RFI*, 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 260). Peraltro, il principio della «verità putativa» in tema di diritto di critica è affermato da Cass. n. 13383/2017, cit., in via di *obiter dictum*, visto che il caso riguardava non l'esercizio del diritto di critica del lavoratore, ma quello di difesa avverso una contestazione disciplinare.

(13) Per tale soluzione, vd. in seguito, fra le altre: Cass. 16.1.2001, n. 519, in *D&G*, 2001, fasc. 6, 58 ss., con nota di Bellomo; Cass. 10.12.2008, n. 29008, in *RGL*, 2009, II, 601 ss., con nota di Caponetti. Per una critica del concetto dilatato del dovere di fedeltà (sganciato dal testo dell'art. 2105) di cui si è fatta portatrice la giurisprudenza maggioritaria, vd., in termini riepilogativi del dibattito, Aimo 2003, 234 ss. (e ivi ampi riferimenti a dottrina e giurisprudenza). Da ultimo, vd. Dessì 2003, 402, ove si evidenzia come per effetto della concezione molto ampia del dovere di fedeltà il datore di lavoro finisce per avere «la possibilità di ingerirsi nelle condizioni di vita e di lavoro del lavoratore, il quale quindi deve evitare di esprimere un dissenso contrario agli interessi dell'impresa». Sull'«improbabile concetto di fedeltà» invocato dalla giurisprudenza vd. già Tullini 1988, 986 ss.

(14) Per una critica della soluzione giurisprudenziale consistente nel ritenere integralmente estensibili al diritto di critica nell'ambito del rapporto di lavoro «i giudizi e le valutazioni già formulate dalla giurisprudenza di legittimità nel diverso contesto della individuazione della linea di discriminazione tra libertà di stampa-diritto di critica e tutela dell'onore» vd. Mazzotta 1986, 1878-1879; secondo questa opinione, i parametri normativi su cui deve misurarsi l'indagine sulla lesione dell'onore del *partner* contrattuale sono più articolati di quelli che possono ravvi-

esercitato non dovrebbe implicare il venir meno del rapporto fiduciario presupposto per la prosecuzione del rapporto di lavoro, la Cassazione, invece, sostiene che il giudice, dopo aver gradualmente stabilito il rispetto dei principi dalla Corte stessa enunciati per il corretto esercizio della critica, debba stabilire da ultimo se la condotta del lavoratore per cui è causa, «valutata nel suo aspetto oggettivo e in quello soggettivo e con particolare riferimento al requisito della fiducia», venga «a risultare, oppure no, compatibile con la prosecuzione del rapporto di impiego», ammettendo, dunque, la possibilità che una critica non corretta possa portare al venir meno del rapporto fiduciario e al conseguente licenziamento.

Detta ultima valutazione, in aggiunta a quella sull'esercizio corretto del diritto di critica, è un elemento che favorisce la posizione del datore di lavoro e l'uso strumentale che questo facilmente può essere indotto a farne: pur essendo lasciata al prudente apprezzamento del giudice la ponderazione del caso concreto, rimane un elemento di ambiguità perché la valutazione resta difficilmente ancorabile a criteri oggettivi.

D'altra parte, sono i limiti della continenza sostanziale e formale applicati *tout court* al rapporto di lavoro a porre problemi.

Quanto alla continenza sostanziale, ove venga richiesta in ogni caso la verità oggettiva (15) si finisce per addossare sul lavoratore un vero e proprio onere di «riscontro» della verità di quanto afferma, cosa che però sarebbe possibile ove egli avesse la possibilità di disporre di un potere inquisitorio – sentire testi, interrogare, richiedere l'esibizione di documenti – simile, per non dire uguale, alla Magistratura: potere di cui il prestatore d'opera è ovviamente sprovvisto (16). Naturalmente – come già ricordato – una parte della giurisprudenza si è avveduta di tale criticità e ha mitigato la pretesa della «verità oggettiva» con quella della veridicità, valutata secondo il parametro soggettivo della verità percepita dall'autore. In alcune decisioni si è rilevato come il diritto di critica sia in fondo diverso dal diritto di cronaca, in quanto esso ha per oggetto giudizi e non fatti, potendosi quindi richiedere al lavoratore la verità (non certamente assoluta, ma) «ragionevolmente» putativa (per le fonti da cui proviene o altre circostanze obiettive) dei fatti presupposti e/o oggetto della critica medesima (17). Peraltro, tali ultime sentenze hanno per lo più a oggetto fattispecie diverse dall'esercizio del diritto di critica, in quanto si sostanziano nella denuncia da parte del lavoratore di fatti di reato commessi dal datore di lavoro oppure nell'esercizio, da parte del dipendente, del diritto di difesa *ex art. 7 St. lav.* In tali casi, la Cassazione ha affermato che la condotta del lavoratore – che si tratti di denuncia penale o di difesa nell'ambito di un procedimento disciplinare – è *alterum* rispetto al diritto di critica, e che a tali

sarsi nel comportamento eventualmente illecito del giornalista, incentrato sulla presenza o meno del danno ingiusto (civile o penale che sia); pur essendoci comunque un minimo di assonanza tra il diritto di cronaca-critica di quest'ultimo e quello del lavoratore – assonanza data spesso dal veicolo usato –, questa non può trasformarsi in un «giudizio di equivalenza».

(15) In tal senso, Cass. 26.10.2016, n. 21649, in *LG*, 2017, 273 ss., per cui il lavoratore deve attenersi alla «verità oggettiva» in maniera chiara e leale; cui *adde* Cass. 8.7.2009, n. 16000, in *RGL*, 2010, II, 71 ss., con nota di Frontini; Cass. 10.12.2008, n. 29008, *cit.*; Cass. 22.8.1997, n. 7884, in *DL*, 1998, II, 166 ss.

(16) *Vd.*, sul punto: Muggia 1986, 245 ss.; Papa 2008, 811.

(17) Si rinvia alla giurisprudenza citata alla nota 12.

fattispecie non si applicano né i limiti di continenza sostanziale e formale (a meno che il lavoratore, nel denunciare i fatti, non sia in mala fede; *id est*: sia perfettamente consapevole della insussistenza dell'illecito), né il rispetto dell'obbligo di fedeltà, non potendosi estendere quest'ultimo sino a configurare un «dovere di omertà» nei confronti del datore di lavoro (18).

Quanto alla continenza formale, anche essa è spesso valutata in maniera troppo stringente, richiedendosi non solo dichiarazioni pacate e civili, ma anche obbiettive, chiare e in ogni caso sempre rispettose della dignità e dell'immagine dell'azienda (19). Anche in questo caso una parte della giurisprudenza ha cercato di mitigare la rigidità del criterio, affermando che esso va attenuato alla stregua di come si configura il diritto stesso di critica, ossia mediante l'espressione di opinioni e interpretazioni necessariamente personali di fatti, che possono essere anche «astrattamente offensive e soggettivamente sgradite alla persona cui sono riferite» (20).

3. — *Diritto di critica sindacale e di satira (cenni)* — Il rispetto del requisito della continenza formale acquista un particolare rilievo ove a farsi autore della critica sia il lavoratore sindacalista, o quando l'espressione del diritto di critica si estrinseca in quella particolare forma che è la satira.

Nel primo caso, a venire in rilievo nel bilanciamento degli interessi non sono solo gli artt. 2 e 21 Cost., ma anche l'art. 39 sulla libertà di organizzazione e attività sindacale (21). Benché la giurisprudenza maggioritaria non distingua la critica del sindacalista da quella del lavoratore *tout court* (22), una parte dei giudici ha ritenuto che, in siffatto ambito, il requisito della continenza formale può risultare ancora più «allentato», vuoi perché le opinioni espresse dal dipendente, specie quando agisce nel suo ruolo di rappresentante sindacale, possono essere anche «vivamente critiche» nei con-

(18) Per tale indirizzo vd., da ultimo: Cass. 26.9.2017, n. 22375, cit.; Cass. 16.2.2017, n. 4125, in *LG*, 2017, 456 ss. Ma vd. Cass. 17.1.2017, n. 996, cit., per cui la denuncia all'autorità giudiziaria configura – solo ove rispettosa dei criteri di continenza formale e sostanziale – un corretto esercizio del diritto di critica; Cass. 23.3.2012, n. 4707, cit. (con riferimento a un lavoratore con qualifica dirigenziale); Cass. 29.4.2004, n. 8254, in *RFI*, 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1627, per cui il rispetto della continenza formale è dovuto anche nell'esercizio del diritto di difesa a seguito di contestazione disciplinare.

(19) Cfr., fra le altre: Cass. 26.10.2016, n. 21649, cit.; Cass. 26.3.2013, n. 7499, in *FI*, 2013, I, 1454 ss.; Cass. 19.2.2008, n. 4067, in *RIDL*, 2008, II, 910 ss.

(20) Cass. 6.5.1998, n. 4952, in *RGL*, 1999, II, 455 ss.

(21) Con riferimento al diritto di critica del lavoratore sindacalista o membro di un sindacato vd., fra le altre: Cass. 10.7.2018, n. 18176, cit.; Cass. 20.6.2013, n. 15443, in *RFI*, 2013, voce *Responsabilità civile*, n. 197; Cass. 21.4.2006, n. 9395, in *DRI*, 2007, 810 ss., con nota di Papa; C. App. Roma 1.3.2007, S. pen. III, inedita a quanto consta, ove il giudice ha ritenuto operante la «scriminante» del diritto di critica sindacale rispetto al reato di diffamazione a mezzo stampa.

(22) Essendo la prima sottoposta a «limiti non dissimili da quelli previsti in generale per la manifestazione del pensiero»: Cass. 10.7.2018, n. 18176, cit. La continenza formale si risolve nella necessità che la comunicazione non abusi dei mezzi espressivi in rapporto agli scopi della comunicazione medesima, trasmodando nell'insulto o indulgendo in accostamenti volgari e ripugnanti gratuitamente intesi a suscitare disprezzo: cfr. Cass. 28.11.2008, n. 28411, S. III civ., in *RFI*, 2009, voce *Responsabilità civile*, n. 289.

fronti del datore ed è permesso l'uso di termini più aspri e graffianti di quelli normalmente tollerati, vista proprio la conflittualità intrinseca che caratterizza le relazioni industriali (23), vuoi perché vi è l'esigenza di non introdurre eccessive restrizioni alla libera manifestazione del pensiero in un'area socio-economica particolarmente delicata com'è quella sindacale (24). Inconferente sarebbe anche il richiamo all'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c., visto il piano di sostanziale parità tra lavoratore rappresentante del sindacato e datore di lavoro che caratterizza le attività sindacali, le quali si pongono su un piano che, normalmente, è ontologicamente contrapposto agli interessi del datore (25). Né la valutazione potrebbe cambiare qualora l'azione sindacale si ponesse su un piano collaborativo, anziché conflittuale, in quanto il regime di pluralismo consente a chiunque dialoghi nel contesto delle relazioni sindacali di scegliere e impiegare «la forma di comunicazione che meglio ritenga adatta a far comprendere le posizioni da esso assunte in relazione a determinate vicende aziendali, non diversamente da quanto avviene nella sfera lata della politica» (26).

La questione diventa ancora più delicata ove il dissenso si esprima attraverso il mezzo della satira, la quale coinvolge l'art. 21 e l'art. 3 Cost. (27). Qui siamo in presenza di un mezzo di divulgazione del pensiero *ex se* caratterizzato dalla ricerca del paradosso esasperato, dell'inverosimile e dell'esagerazione, attraverso una rappresentazione della realtà – fatti, atteggiamenti o personaggi – volutamente deformata ed eccessiva (28). Questo mezzo di espressione non ha, a differenza del diritto di cronaca e di critica, finalità informative; nascendo dall'innato bisogno di «irridere personaggi noti e potenti», esso opera un controllo sociale verso il potere politico ed economico (29).

(23) Vd. Cass. 5.7.2002, n. 9743, in *FI*, 2002, I, 2625 ss., che ha ritenuto esente da responsabilità il sindacalista che aveva accusato, mediante volantino, il proprio datore e le altre sigle sindacali di essersi appropriati del denaro dei lavoratori; secondo questa opinione, il rappresentante sindacale «può anche prescegliere un linguaggio che formalmente esorbita dalle “corrette” forme di comunicazione – *politically correct* –, ma può risultare efficace per far comprendere il tipo di valutazione che egli fa di vicende che interessano i lavoratori, in relazione al loro livello di recepiibilità di determinate situazioni»; nello stesso senso: Cass. 31.1.2017, n. 2499, cit., che ha escluso la responsabilità del sindacalista autore di vignette caricaturali volte a criticare le posizioni aziendali nel corso di trattative per il rinnovo del contratto integrativo; Cass. 4.6.2013, n. 38962, S. pen., in *RFI*, 2014, voce *Ingiuria*, n. 36; Cass. 11.9.2012, n. 15165, in *NGL*, 2012, 620 ss.; Cass. 27.6.2000, n. 7499, in *FI*, 2001, I, 1458 ss.; Cass. 8.9.1995, n. 11436, in *MGL*, 1996, 11 ss.. Per l'estensione di tale interpretazione anche alla figura dello «esperto» (istituita da specifici accordi di categoria e interconfederali) vd. Cass. 9.2.2017, n. 3484, in *RGL*, 2017, II, 388 ss., con nota di Barletta.

(24) Vd. Cass. 6.5.1998, n. 4952, cit.

(25) Vd. Cass. 14.5.2012, n. 7471, in *RIDL*, 2013, II, 81 ss., con nota di Givet-Fetà.

(26) Cass. 5.7.2002, n. 9743, cit.

(27) Carinci, Ingrao 2018, 391-392, e ivi una critica al tentativo di una parte della giurisprudenza risalente di trovare il fondamento costituzionale del diritto di satira nel collegamento tra gli artt. 21, 9 e 33 Cost., così connettendo efficacia scriminante solo all'esercizio del diritto di satira in un ambiente artistico, colto o erudito.

(28) Sul limite della continenza sostanziale con riferimento al diritto di satira vd. Carinci 2014, 514 ss.

(29) Vd., fra gli altri, Balestra 1999, 1572.

La giurisprudenza maggioritaria ritiene che, anche se più attenuato, il controllo sulla continenza formale non possa comunque mancare nel giudizio sulla satira, di tal che possano tollerarsi i toni denigratori, le deformazioni e i riferimenti canzonatori, purché essi non si trasformino in un insulto gratuito al datore o in un disprezzo della dignità della persona di cui all'art. 2 Cost. (30).

Tuttavia la potenzialità lesiva di cui la satira si fa portatrice tende a sfumare grazie a quel circuito di «complicità» che viene a instaurarsi tra l'autore e il destinatario del messaggio satirico. Si osserva che la satira presenta «caratteristiche spiccatamente diverse anche con riguardo alla capacità di offesa, poiché, se è vero che l'esagerazione che la contraddistingue – quando non il rovesciamento della realtà – può in linea di principio porsi più facilmente in conflitto con i valori costituzionali della persona, non è men vero che tale capacità lesiva viene di fatto a essere attenuata dalla consapevolezza che il pubblico ha di essere in presenza di un messaggio satirico» (31).

4. — *Il ragionamento della Cassazione e le sue aporie* — Nel caso in esame, la Corte d'Appello di Napoli, utilizzando il criterio della conoscenza putativa del fatto, aveva – in riforma della sentenza del Tribunale – escluso la ricorrenza della giusta causa di licenziamento e ordinato la reintegrazione degli operai, considerando i fatti «insussistenti» perché scriminati dal legittimo esercizio del diritto di satira. La Corte ha giudicato legittimo l'esercizio del diritto di satira manifestato dai lavoratori mediante la rappresentazione scenica, in quanto hanno ritenuto rispettati i limiti della continenza sostanziale e formale, ricollegandosi – la rappresentazione – a drammatici eventi verificatisi poco prima dell'episodio disciplinare e già oggetto di diffusione mediatica ed essendo la rappresentazione sarcastica avvenuta «senza uso di violenza, di espressioni eccessive, offensive, e nemmeno sconvenienti o che comunque eccedessero lo scopo della critica».

La Cassazione ha invece accolto il ricorso della società, cassato la sentenza d'Appello, e – non ritenendo necessari ulteriori accertamenti – deciso la causa nel merito con il rigetto delle domande.

I fatti – osservano i giudici di legittimità – sono pacifici. Come affermato dal giudice d'Appello, la condotta addebitata è «stata volutamente posta in essere» dagli operai, che «hanno curato ogni dettaglio della rappresentazione scenica che hanno inteso mettere in atto al fine di protestare contro le politiche aziendali in tema di lavoro».

Riprendendo i principi espressi in altri precedenti, la Cassazione afferma che quando il diritto di critica viene esercitato in forma di satira «la continenza non può

(30) Cfr. Cass. 24.5.2001, n. 7091, in *MGL*, 2001, 792 ss., per cui il diritto di satira non può estrinsecarsi nell'attribuzione «all'impresa o ai suoi rappresentanti di qualità apertamente disonorevoli, di riferimenti volgari e infamanti e di deformazioni tali da suscitare il disprezzo e il dileggio»; cui *adde* Cass. 7.11.2000, n. 14485, S. III civ., in *GI*, 2001, 1360 ss., che ha ritenuto superato il limite della continenza formale quando in uno scritto siano disprezzate le caratteristiche fisiche del personaggio noto.

(31) Balestra 1999, 1572. Vd. altresì Montesarchio (2006, 764), secondo cui «la frase o la vignetta (che, se avulse dal contesto, potrebbero essere percepite come lesive dell'altrui decoro e reputazione) finiscono per perdere tale potenzialità ingiuriosa» proprio perché chi riceve il messaggio sa perfettamente di essere di fronte al mezzo della satira.

non tenere conto delle caratteristiche del genere, che prevede un linguaggio colorito e il ricorso a immagini forti ed esagerate, con conseguente necessità di non compiere estrapolazioni dal contesto complessivo e di non conferire a certe espressioni il significato letterale che potrebbero avere nell'uso comune».

La manifestazione satirica – afferma la Cassazione – utilizza un «linguaggio colorito, anche con immagini forti, esagerate». La critica è effettivamente molto forte, è sarcastica, è paradossale quindi non si può dire che i lavoratori abbiano addebitato concretamente la morte, né abbiano augurato il suicidio dell'amministratore delegato, perché era evidentemente una immagine paradossale ed eccessiva.

Naturalmente, anche con riferimento al diritto di satira opera il limite della continenza formale, in quanto in presenza di due interessi collidenti e di pari rango – quello del destinatario della satira a vedere tutelata la sua persona *ex art. 2 Cost.* e quello dell'autore alla libera manifestazione del pensiero *ex art. 21 Cost.* – occorre trovare un punto di equilibrio: questo va individuato – secondo la Cassazione – nel limite che la satira stessa non pregiudichi «l'onore, la reputazione e il decoro» del destinatario. E l'esistenza del pregiudizio, ossia l'esposizione della persona al disprezzo, deve – ci dice la Corte – verificarsi «alla luce e nel contesto utilizzato dalla satira», che, essendo inteso «alla dissacrazione e allo smascheramento di errori o vizi di uno o più persone, è essenzialmente simbolico e paradossale».

È vero – ammette la Corte – che «la plateale inverosimiglianza dei fatti» espressi in forma satirica porta di solito a escludere la loro capacità offensiva. Ma qui «la rappresentazione scenica, considerata in tutti i suoi elementi (il patibolo, il manichino impiccato con la foto dell'amministratore delegato, lo scritto affisso al palo a mo' di testamento, le tute macchiate di vernice rossa a mo' di sangue)», ha esorbitato dai limiti della continenza. Essa – accusando Marchionne della morte dei lavoratori suicidi – ha esposto quest'ultimo «al pubblico dileggio in modo da suscitare disdegno e disistima».

D'altra parte, l'esorbitanza dai limiti della continenza formale è anche comportamento idoneo a ledere definitivamente la fiducia che sta alla base del rapporto di lavoro. Ritengono i giudici di legittimità, in un altro passaggio, che vi sia stata una violazione dell'obbligo di fedeltà per la «menomazione dell'onore, della reputazione e del prestigio del datore di lavoro [...] contravvenendo al cd. minimo etico: ossia a quei doveri fondamentali che si concretano in obblighi di condotta per il rispetto dei canoni dell'ordinaria convivenza civile».

Già, ma su che base la Cassazione può affermare quanto sopra quando la Corte d'Appello aveva invece ritenuto rispettato il criterio formale, avendo – a suo tempo – escluso l'efficacia offensiva della rappresentazione scenica? Dove la Corte d'Appello ha errato nella sua interpretazione dei fatti e nella sua decisione, e soprattutto perché?

La Cassazione non lo spiega, limitandosi a un laconico «la sentenza della Corte territoriale va, pertanto, cassata, avendo violato il parametro normativo che prevede il bilanciamento effettivo di due interessi costituzionalmente rilevanti (il diritto di critica e la tutela della persona umana)».

La vaghezza dell'argomentazione dei giudici di legittimità lascia perplessi, soprattutto perché non consente di capire su quale parametro basano il superamento della continenza formale, dopo che essi stessi hanno riconosciuto la paradossalità della scena e, quindi, la perfetta capacità per l'uditorio di capire la sua carica satirica e di non at-

tribuire all'ex amministratore delegato le qualità «riprovevoli e moralmente disonorevoli» che la Cassazione invece vi scorge.

Se è vero che la satira non si propone né di costruire né di creare, bensì di decostruire, decomporre e montare al contrario la realtà, è chiaro come la finalità dissacratoria della quale si fa portatrice impedisca di rifarsi a canoni di *razionalità espressiva* e, soprattutto, che la sua valutazione possa essere condotta e commisurata su parametri astratti di adeguatezza (32). A voler ragionare diversamente, si finirebbe per esercitare un potere di censura ancorato solo sulla sensibilità personale di chi è chiamato a giudicare la offensività o meno del mezzo usato.

A riprova che il ragionamento della Cassazione sia contraddittorio, o per lo meno apodittico, vi è un particolare contenuto nel testo della decisione, la quale cita come precedente Cass. 24.5.2001, n. 7091, cit. Vale la pena soffermarsi sul caso affrontato con quest'ultima decisione, il quale pare paradigmatico dell'estrema difficoltà – e, in definitiva, del carattere soggettivo – con cui spesso si decide in tema di diritto di satira nei rapporti di lavoro, nonché dell'approccio un po' «meccanicistico» utilizzato nell'estendere la sentenza del 2001 al caso in esame.

Nel corso della presentazione del nuovo logo aziendale del datore di lavoro, a seguito dell'accordo con un partner francese, alcuni rappresentanti sindacali distribuiscono volantini nei quali, oltre a criticare pesantemente le scelte produttive del gruppo, si dileggia il nuovo simbolo aziendale, e si fanno – tramite vignette – pesanti apprezzamenti nei confronti del consigliere delegato della società, che viene messo alla berlina con vignette a sfondo sessuale (33).

I lavoratori sindacalisti, licenziati per giusta causa, vengono reintegrati dal giudice di primo grado, e si vedono confermata la sentenza dal Tribunale; questo non ravvisa l'offensività nei volantini, che vengono invece considerati lecito esercizio dell'attività sindacale. La Cassazione, con la citata sentenza del 2001, annulla la decisione del Tribunale, considerandola contraddittoria, giacché essa afferma la riconducibilità di almeno uno dei volantini satirici all'amministratore delegato, ma al contempo ne esclude la carica dannosa proprio per la sua eccessività, che avrebbe consentito al lettore non prevenuto di escludere il riferimento a persone reali. La causa viene poi riassunta dalla Corte d'Appello di rinvio, la quale, riproponendo fondamentalmente le stesse considerazioni del Tribunale cassato, continua ad affermare la non offensività dei volantini, pur se riferibili all'amministratore delegato; e stavolta la Cassazione, con la sentenza 21.9.2005, n. 18570 (34), ha confermato la decisione della Corte di rinvio, che – secondo i giudici di legittimità – avrebbe corretto i vizi logici della prima sentenza cassata, applicando correttamente il principio che vuole l'esistenza del pregiudizio all'onore e al decoro della persona oggetto degli sfottò satirici sempre valutata «alla luce e nel contesto del linguaggio utilizzato dalla satira», che è essenzialmente simbolico e paradossale.

(32) Ancora Balestra 1999, 1575.

(33) Nel primo volantino, il nuovo logo aziendale – una spirale – viene rappresentato come un simbolo fallico (un serpente fallico che si annoda su se stesso), mentre negli altri due l'amministratore delegato è presentato come uno psicopatico in seduta psichiatrica, e poi come amante del *manager* francese vestito da Napoleone.

(34) In *D&G*, 2005, fasc. 42, 38 ss., con nota di Bellomo.

In termini più analitici, la rappresentazione del logo aziendale come simbolo fallico e dell'amministratore delegato prima come un soggetto psichicamente instabile, e poi come Josephine Beauharnais in un rapporto sessuale col manager francese vestito da Napoleone, non violerebbero il principio della continenza formale, perché andrebbero intesi in senso traslato proprio in vista del «contesto» in cui si inseriscono.

Naturalmente, al di là del cattivo gusto (da parte dei rappresentanti sindacali) di utilizzare stereotipi e pregiudizi riprovevoli, ci si può chiedere perché rappresentare un amministratore delegato come un soggetto psichicamente instabile, e – come metafora (decisamente infelice) della sua subalternità – travestirlo da donna in un rapporto omosessuale, sia meno offensivo che simularne il suicidio – dovuto ai rimorsi – mediante impiccagione; e perché la satira dei lavoratori, nel primo caso, non lede il decoro dell'amministratore delegato (nonostante – al di là della metafora squallida – ne sottolinei la totale subalternità nelle strategie aziendali), mentre, nel secondo caso, pur facendo riferimento – ancora una volta – a dati di fatto (i suicidi di alcuni colleghi dei ricorrenti), lede la dignità della persona Marchionne con «offese gratuite».

Né si potrebbe addurre una differenza di «contesto», dato che, nel caso che si commenta, gli episodi da cui scaturisce la satira dei lavoratori sono gravissimi (le morti per suicidio dei colleghi), ben più di un semplice accordo di partenariato industriale giudicato svantaggioso.

In un passaggio della loro motivazione, i giudici di legittimità affermano che le modalità espressive della critica dei lavoratori hanno «travalicato i limiti di rispetto della democratica convivenza civile, mediante offese gratuite», spostando «una dialettica sindacale anche aspra, ma riconducibile a una fisiologica contrapposizione tra lavoratori e datori di lavoro, su un piano di non ritorno, che evoca uno scontro violento e sanguinario, fine a se stesso, senza alcun interesse a un confronto con la controparte, annichilita nella propria dignità di contraddittore».

In questo passaggio, la Cassazione pare aderire a un ragionamento per cui la distinzione tra condotta illecita e critica sindacale consentita non attiene alla modalità di presentazione della protesta, ma piuttosto alla relazione che questa abbia con la controversia sindacale in atto tra lavoratori e datore di lavoro, dovendosi ritenere legittima ogni critica che contenga una relazione con la stessa, al di là dei toni usati nell'ambito della critica, purché sia chiaro al lettore che il messaggio dei lavoratori sia riferibile alla controversia e non si traduca in una manifestazione che possa essere fraintesa oppure che sia chiaramente solo un attacco diretto alla reputazione del datore (35).

Nel caso di specie, secondo la Cassazione, non vi sarebbe una relazione tra la manifestazione di critica/satira sindacale e la controversia sindacale in atto, perché i lavoratori ricorrenti hanno spostato la dialettica sindacale «su un piano di non ritorno, che evoca uno scontro [...] fine a se stesso, senza alcun interesse a un confronto con la controparte».

Anche tale affermazione dei giudici di legittimità non convince, in quanto non spiega perché la condotta posta in essere dai lavoratori ricorrenti evocherebbe «uno scontro violento e sanguinario, fine a se stesso», ponendosi al di fuori di qualunque attinenza con i dati oggettivi. L'espressione usata nella sentenza in esame sembra, infatti,

(35) Per questa lettura, da ultimo, Fratini 2018, 4019.

più il portato di una lettura personale della rappresentazione satirica fatta dai giudici, che non un'oggettiva analisi della stessa in riferimento ai fatti che le hanno dato origine, ovvero il suicidio di alcuni loro colleghi costretti dalle scelte aziendali in una condizione di insostenibile precarietà, a fronte della quale essi hanno visto come unica alternativa la scelta tragica e disperata del suicidio (36).

La decisione in commento, infine, coinvolge la molto discussa questione – dopo la modifica dell'art. 365, n. 5, c.p.c., sul vizio di motivazione – della linea di demarcazione (certamente in alcuni casi piuttosto sottile) tra riesame dei fatti come già accertati dai giudici di merito e giudizio di sussunzione degli stessi che certamente spetta al giudice di legittimità (sulla base di criteri generali e trascendenti il mero riesame degli eventi), avendo la Corte di Cassazione direttamente deciso la controversia ritenendo superflua una nuova valutazione. Sarebbe dalla motivazione che la ragione dell'esclusione della necessità di ulteriori approfondimenti del giudice di merito sia stata l'aver in modo manifesto l'episodio contestato trascorso i confini di un conflitto sindacale, addirittura evocando dinamiche «di scontro violento e sanguinario» con l'attribuzione all'ex amministratore delegato di «qualità riprovevoli e moralmente disonorevoli», mentre la Corte d'Appello di Napoli aveva sottolineato come nell'episodio contestato non vi fosse stato «l'uso di violenza, di espressioni offensive, sconvenienti o eccedenti lo scopo della critica». L'opinione espressa dalla Cassazione sembrerebbe così dipendere più da una valutazione diretta dei fatti (scenario sanguinario *versus* manifestazione satirica priva di violenza) contrastante con quella della Corte d'Appello, che da un diverso giudizio di sussunzione degli elementi emergenti nel processo, secondo uno schema decisorio piuttosto inusuale, attesa la sottile linea di confine che abbiamo testé ricordato.

5. — *Conclusioni* — La decisione in esame non si discosta dall'orientamento giurisprudenziale maggioritario, ma anzi ne riprende in modo acritico i principi, sia in tema di rispetto dei limiti di continenza del diritto di critica (più precisamente, di satira) nei confronti del datore di lavoro, sia in tema di rispetto del dovere di fedeltà *ex art.* 2105 c.c.

Specialmente quando il diritto di critica del lavoratore si esplica attraverso il mezzo della satira, per sua stessa natura paradossale ed eccessivo, cercare «la sottile linea rossa» che faccia da discriminare tra l'esercizio legittimo della stessa e l'esercizio illecito ha la stessa consistenza del cercare di tracciare un confine sulla sabbia del deserto. In tal caso, emerge in tutta la sua contraddittorietà il «peccato originale» della costruzione giurisprudenziale del diritto di critica, ossia l'aver voluto trapiantare di peso i criteri previsti per il diritto di cronaca del giornalista in un contesto differente. Il limite della continenza sostanziale è, invero, quasi del tutto inapplicabile, trattandosi di «critica», ossia di una valutazione e interpretazione personale dei fatti che *ex se* non può pretendersi oggettiva. Quanto a quello della continenza formale, esso finisce – specie se la

(36) Nel senso della valorizzazione del contesto aziendale («turbolento») in cui sono maturati i fatti di causa al fine di attenuare le responsabilità dei lavoratori ricorrenti vd. anche Carinci, Ingraio (2018, 395), le quali affermano inoltre come non sia possibile non tenere conto «dei risvolti emotivi e psicologici che le morti per suicidio dei colleghi» hanno avuto sui lavoratori medesimi.

critica diventa satira – per dipendere dalla percezione soggettiva del giudice, che, lungi dall'utilizzare criteri oggettivi, rischia di lasciarsi trasportare dalla sua personale sensibilità.

Anche il richiamo all'art. 2105 c.c. e al dovere di fedeltà è fatto sovente in maniera meccanica, riferendosi alla sua concezione allargata e al conseguente ampliamento del vincolo che grava sul prestatore di lavoro; vincolo che si estende – per via giurisprudenziale – al di là dei divieti di divulgazione e di uso descritti dall'art. 2105, e che finisce per ricomprendere la persona stessa del prestatore di lavoro, quasi che egli, sottoscrivendo il contratto di lavoro, «rinuncia all'esercizio dei propri diritti» (37).

Da questo discende, a sua volta, che, più che un bilanciamento di diritti, i giudici operano una valutazione di prevalenza degli interessi di una parte a scapito dell'altra, dove quella soccombente è non di rado la parte debole del rapporto di lavoro. Basti pensare al costante richiamo che la giurisprudenza fa al rispetto della persona *ex* art. 2 Cost., e che si sostanzia spesso in un'applicazione unidirezionale dello stesso a favore del datore di lavoro, ossia il destinatario della critica, mentre scarso rilievo assumono, nell'economia del ragionamento, i pur fondamentali diritti di espressione del prestatore di lavoro. Da questo punto di vista sembra paradigmatica la costante assenza di ogni riferimento all'art. 1 St. lav., il quale è unanimemente considerato esplicazione nel rapporto di lavoro del diritto di cui all'art. 21 Cost., e all'art. 8 St. lav., che impone una ricostruzione spersonalizzata del rapporto di lavoro al di fuori di qualsiasi concezione personalistica e fiduciaria tra datore e prestatore di lavoro.

Nell'ambito della satira, i cui confini possono essere difficili da definire e talvolta ambivalenti per evitare di ricondurla a una pura denigrazione della dignità delle persone, questo atteggiamento pone maggiori criticità, perché finisce per sottrarre le valutazioni dell'organo giudicante a un parametro oggettivo e ancorarle – in maniera più marcata – alla valutazione personale di chi esamina il caso concreto e alla sua capacità di decodificare i messaggi all'interno dei codici comunicativi dell'umorismo.

Riferimenti bibliografici

- Aimo M.P. (1999), *Appunti sul diritto di critica del lavoratore*, in *RGL*, II, 463 ss.
Aimo M.P. (2003), *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli.
Balestra L. (1999), *Critica e satira: rapporto di genus a species?*, in *Corriere giuridico*, 1570 ss.
Bavaro V. (2003), *Ideologia e contratto di lavoro subordinato*, in *DLRI*, 193 ss.
Cairo I. (2017), *Il diritto di critica del lavoratore*, in *VTDL*, n. 1, 177 ss.
Carinci M.T. (2014), *Whistleblowing alla Scala di Milano: una ballerina denuncia il rischio di anoressia fra i componenti del corpo di ballo*, in *RIDL*, II, 514 ss.
Carinci M.T., Ingrao A. (2018), *Diritto di satira e obbligo di fedeltà del lavoratore*, in *DLM*, n. 2, 388 ss.
De Simone (1999), *Libertà di espressione e subordinazione*, in *Ragion pratica*, n. 12, 83 ss.
Dessi O. (2013), *Il diritto di critica del lavoratore*, in *RIDL*, I, 395 ss.

(37) Dessì 2013, 403.

- Fratini R. (2018), *Il diritto di critica sindacale ed i suoi limiti esterni*, in *FI*, n. 12, I, 4014 ss.
- Levi A. (2003), *La critica della persona nel diritto del lavoro*, in *RGL*, I, 513 ss.
- Mattarolo M.G. (2000), *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, in Schlesinger P. (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano.
- Mazzotta O. (1986), *Diritto di critica e contratto di lavoro*, in *FI*, I, 1877 ss.
- Montesarchio L. (2006), *Limiti al diritto di satira del prestatore di lavoro subordinato e violazione dell'obbligo di fedeltà*, in *NGCC*, I, 762 ss.
- Muggia R. (1992), *I confini tra diritto di critica e potere di licenziamento*, in *RCDL*, 245 ss.
- Orofino M. (2014), *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti*, Giappichelli, Torino.
- Papa V. (2007), *Limiti del diritto di critica del lavoratore sindacalista*, in *DRI*, 810 ss.
- Papa V. (2008), *Lavoro e dissenso. Il diritto di critica del lavoratore e i suoi limiti nell'interpretazione giurisprudenziale*, in *RCDL*, 805 ss.
- Rivara A. (2002), *Riflessioni sul diritto di critica del lavoratore nell'ordinamento italiano e comunitario*, in *LD*, n. 3, 415 ss.
- Tullini P. (1988), *Su una definizione «allargata» dell'obbligo di fedeltà*, in *RIDL*, II, 981 ss.

Andrea Allamprese

*Professore aggregato di Diritto del lavoro
presso l'Università di Modena e Reggio Emilia*

Federico Pascucci

Assegnista di ricerca presso l'Università di Camerino

CORTE D'APPELLO ROMA, 13.11.2018 – Pres. Marasco, Est. Valente – G.I. (avv.ti. Bandinu, Franco) c. Associazione Consiglio dei maestri venerabili Mm.Vv. di Roma (avv. Muratori).

Lavoro subordinato – Lavoro gratuito – Associazione loggia massonica – Prestazione di lavoro subordinato – Assoggettamento al potere direttivo, gerarchico e disciplinare – Esclusione – Onere della prova a carico del ricorrente – Non necessarietà dell'accertamento giudiziale sulla possibile esistenza di un rapporto di natura diversa.

L'adesione a un'associazione non riconosciuta di tipo massonico giustifica la gratuità delle prestazioni effettuate da un affiliato, laddove questi non abbia assolto all'onere di provare l'eterodirezione, ovvero l'assoggettamento al potere direttivo, gerarchico e disciplinare. L'assenza di tale stato di soggezione consente al giudice di escludere la subordinazione, a nulla valendo i criteri soggettivi e oggettivi in materia di ammissibilità e legittimità del lavoro gratuito. Ai fini del rigetto della domanda attorea non rientra tra i compiti del giudice quello ulteriore di accertare che sia provata l'esistenza di un diverso tipo di rapporto di lavoro. (1)

(1) IL CONFINE LABILE TRA GRATUITÀ
E PRESTAZIONE DI LAVORO NELLA MASSONERIA

1. — Nel medesimo arco temporale in cui il Grande Oriente d'Italia è impegnato a osteggiare la nuova legge sugli obblighi di trasparenza imposti ai politici siciliani in merito all'affiliazione a logge massoniche (Legge della Regione Siciliana 12.10.2018, n. 18), la stessa associazione è parte in causa, presso la Corte d'Appello di Roma, ai fini dell'accertamento della natura volontaria o subordinata delle attività espletate, per diversi anni, da un affiliato alla confraternita. Tra i molteplici «volontariati» (l'espressione è di Ardigò 2001) che affollano il mondo delle associazioni, l'attività lavorativa che si svolge in un'associazione non riconosciuta di tipo massonico si presta a importanti ambiguità, da un lato, per l'assenza di una regolamentazione specifica destinata a tale tipologia di aggregazione e, dall'altro, per le varie incombenze assegnate ad alcuni componenti della comunità non sempre strumentali allo svolgimento dei rituali.

Il contenzioso oggetto della sentenza in commento nasce dal ricorso del presunto lavoratore il quale, dopo essere stato nominato «copritore esterno» con apposita lettera di incarico del 2010, ha iniziato a svolgere presso la sede sociale una serie di funzioni essenziali e collaterali, ulteriori rispetto ai compiti propri di appartenenza all'ordine massonico. Il ricorrente reclama al giudice non solo di avere vigilato sulle riunioni, «teglolato i fratelli» e consegnato i materiali per il rito, ma anche di aver assunto il ruolo di operaio e custode manutentore, assolvendo a mansioni generiche e aventi contenuto professionale neutro rispetto al ruolo associativo ricoperto: dalla

custodia dei locali, al restauro della mobilia, fino alla riparazione di porte e finestre e alla sostituzione di lampadine ecc. Se i compiti propri del «Maestro Libero Muratore» riconducono il rapporto a una dimensione di gratuità, di segno differente è da leggersi lo svolgimento di mansioni generiche unitamente alla erogazione di retribuzioni a cadenza mensile e di compensi economici *una tantum*, trattandosi di indici idonei a spostare l'asse qualificatorio oltre la spontaneità che circonda i confini del lavoro non retribuito. Tuttavia, il corpo giudicante stempera interamente la giustificazione della relazione intercorsa nell'*affectionis vel benevolentiae causa* che coagula gli aderenti attorno alla casa massonica, e conferisce rilievo pressoché nullo agli indici ulteriori che segnalano la finalità lucrativa dell'attività espletata. In questa prospettiva, prima si giustifica la causa gratuita del rapporto sulla sola evidenza dell'adesione alla loggia e poi si adotta come fattore dirimente di verifica della sussistenza del rapporto di lavoro subordinato l'eterodirezione, ovvero l'assoggettamento ai poteri tipici datoriali (direttivo, gerarchico e disciplinare). Dal momento che il ricorrente, sul piano probatorio, non ha significativamente messo in luce le direttive specifiche che gli sono state impartite dal datore di lavoro e i poteri disciplinari esercitati, la Corte afferma di non aver potuto valutare la penetranza e intensità del potere di conformazione sul contenuto della prestazione e, conseguentemente, esclude la qualificazione alla stregua di prestatore di lavoro subordinato (a conferma della sentenza di primo grado).

La fattispecie in esame è peculiare perché la parte creditrice ricorrente è legata con vincolo associativo non a un ente *no profit* che presta servizi a una comunità di cittadini su un territorio, ma a una loggia massonica, che per definizione è una consorceria chiusa e finalizzata alla mutua assistenza e alla elevazione morale e spirituale dei suoi militanti definiti Muratori. Si tratta di uno schema giuridico da annoverare tra le associazioni non riconosciute dallo Stato come persone giuridiche, ma comunque lecite e disciplinate dal codice civile. Lo speciale contesto ambientale incide su fattori non sempre lambiti dalla sfera del diritto e condiziona sensibilmente dapprima colui che si è adoperato nell'interesse della collettività organizzata – con attività non attinenti al ruolo associativo e quantitativamente rilevanti –, e poi gli interpreti chiamati a dare una configurazione giuridica a queste prestazioni.

Nonostante tali sensibili profili di influenza, il punto nodale su cui focalizzare l'accertamento giudiziale rimane *more solito* la causa del contratto, analogamente a come si procede per le altre organizzazioni a scopo benefico e solidaristico oppure ideologico e di tendenza. Se il giudice ravvisa nell'accordo la tipica causa onerosa di scambio allora si rientrerà in una fattispecie tipica di contratto di lavoro; se viceversa le attività sono state tutte svolte *affectionis vel benevolentiae causa*, senza animo di ricevere alcuna retribuzione, allora potrà trattarsi eventualmente di un contratto atipico (art. 1322, c. 2, c.c.) avente natura diversa. La seconda opzione, relativa al servizio gratuitamente offerto, desta evidentemente sospetti di frode alla legge (art. 1344 c.c.) in un'analisi che si muova nell'ambito del lavoro «di mercato», e per questa ragione il presunto datore di lavoro è onerato di fornire prove specifiche e argomentate sul modo in cui il rapporto ha avuto esecuzione.

L'orientamento prevalente di dottrina e giurisprudenza ha manifestato ritrosia nell'ammettere eccezioni alla essenzialità del principio di onerosità delle prestazioni di lavoro, quando queste si sono svolte secondo i canoni della subordinazione. Tuttavia,

non si ritiene di potere escludere aprioristicamente la presunzione che ogni attività umana integri le caratteristiche di una prestazione a titolo oneroso, a prescindere dalle modalità con cui si è sviluppato il rapporto: la gratuità, in ogni caso, costituisce un caso di marginalità estrema e riveste il carattere della eccezionalità (Ghezzi, Romagnoli 1995, 235). Ciò non si traduce in una illiceità aprioristica del contratto atipico di lavoro gratuito, il quale, ancorché innominato, non è contrario ad alcuna norma imperativa, per cui è fattispecie ammissibile se mirata a realizzare interessi di tipo benefico o ideologico, comunque meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento (Lega 1960, 1037 ss.; Treu 1968, 63 ss.).

In questa logica, per la configurazione di un lavoro gratuito è necessaria una indagine ulteriore rispetto alla mera relazione «sociale» tra le parti e focalizzata sulla reale natura degli interessi in gioco, tenendo conto anche della quantità di lavoro e delle condizioni economiche e sociali di chi ha svolto attività lavorative (Cass. 11.4.1981, n. 2123, S.U., in *FI*, 1982, I, 208 ss.; Cass. 13.5.1982, n. 2987, in *RIDL*, 1983, II, 571 ss.; Cass. 3.12.1986, n. 7158, in *DPL*, 1987, 1359 ss.), con particolare attenzione a colui che versa in situazione di bisogno e dispone della sola capacità di lavoro per mantenere sé e la propria famiglia (Panuccio, Menghini 2013, 1041). Il modello garantista, poggiando su una presunzione *iuris tantum*, può essere scardinato in sede di verifica giudiziale, ma solo a seguito di prova contraria rispondente a una serie di criteri soggettivi e oggettivi emersi nella giurisprudenza in materia di ammissibilità e legittimità del lavoro gratuito che valgono a escludere i motivi esclusivi di solidarietà, cortesia, affetto e benevolenza. La configurazione di un simile rapporto richiede, infatti, un accertamento rigoroso sull'*animus* che ha mosso il lavoratore a svolgere l'attività lavorativa secondo i canoni di un rapporto diverso «fuori dal mercato», ovvero sulla reale sussistenza di finalità ideali in luogo di quelle lucrative (Cosi: Cass. 6.4.1999, n. 3304, in *RFI*, 1999, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1383; Cass. 23.8.2000, n. 11045, in *RIDL*, 2001, II, 622 ss., con nota di Campanella; Cass. 26.1.2009, n. 1833, inedita a quanto consta; Cass. 28.3.2017, n. 7925, in *D&G online*, 29 marzo 2017).

L'indagine sulle modalità di svolgimento del rapporto non può trascurare, secondo la Cassazione, «particolari circostanze, oggettive o soggettive (modalità, quantità del lavoro, condizioni economico-sociali delle parti, relazioni tra esse intercorrenti), che giustifichino la causa gratuita e consentano di negare, con certezza, la sussistenza di un accordo elusivo dell'irrinunciabilità della retribuzione» (*Ex multis*, di recente, Cass. 28.3.2017, n. 7925, inedita a quanto consta). Ciò significa che ai fini della decisione deve incidere tanto la condizione economica e sociale in cui versa chi ha prestatato le proprie energie lavorative quanto la relazione intercorrente tra questi e il datore di lavoro, così come le concrete modalità di esecuzione del rapporto di lavoro (Cass. 7.11.2003, n. 16774, in *LG*, 2004, 389 ss.) e il *quantum* di lavoro offerto. Gli elementi valutativi sinteticamente richiamati hanno tradizionalmente consentito ai giudici di discernere le attività classificabili come lavoro gratuito, perché svolte per finalità ideali e in ossequio a vincoli di solidarietà di varia natura (sociale, politica, culturale ecc.), da tutti gli altri rapporti di lavoro onerosi dissimulati da gratuità.

A meno di non volere inquadrare l'associazione non riconosciuta di tipo massonico alla stregua di una famiglia o di una comunità religiosa, ovvero nel variegato mon-

do degli enti *no profit* che si giova della cornice del volontariato solidaristico (1), il caso del Grande Oriente d'Italia rimane dentro l'area del lavoro «di mercato» e, pertanto, non può ricadere nell'orbita inversa di presunzione relativa di gratuità di cui godono queste particolari realtà ambientali. Altrimenti le confraternite tra massoni, attraverso il grimaldello della volontarietà, sarebbero abilitate a entrare in una sorta di limbo ermeneutico in cui si ammette l'esclusione del lavoratore dalla tipologia legale con annessa perdita di tutti i benefici. Il ragionamento seguito dalla Corte tralascia questa intelaiatura teorica basata sulla presunzione di onerosità del rapporto di lavoro e fa leva in prima battuta sul dato di appartenenza alla loggia massonica come scudo insuperabile per allontanare l'ipotesi del lavoro oneroso anche per tutte le altre attività descritte dal lavoratore ricorrente e non contestate dalla loggia appellata; successivamente la decisione attrae il tema della gratuità all'interno della questione della subordinazione (Campanella, 2001, 630). La inesistenza di assoggettamento del lavoratore ai poteri tipici datoriali è il *discrimen* adoperato dagli interpreti per distinguere autonomia e subordinazione della prestazione di lavoro, ma nell'ipotesi in commento l'operazione qualificatoria richiede un passaggio preliminare relativo alla gratuità ovvero all'onerosità delle prestazioni svolte: pertanto, è doveroso attribuire adeguato peso specifico sia al complesso di attività espletate dal lavoratore, che peraltro versa in condizioni economiche di bisogno, sia alle controprestazioni ricevute in maniera continuativa e cadenzata, tali da evocare un sinallagma.

La circostanza pacifica dell'affiliazione alla loggia è senza dubbio una causa giustificatrice idonea per quelle incombenze che attengono precipuamente al ruolo di associato e Copritore esterno, come descritte nel Regolamento dell'Ordine massoneria universale Grande Oriente Italia: sostanzialmente di vigilanza sull'andamento dei lavori nel Tempio e custodia del materiale per i riti (spade, compassi, grembiuli, cappucci ecc.). Di converso, tutte quelle ulteriori funzioni di operaio e manutentore *factotum* (custodia dei locali, restauro della mobilia, riparazione di porte e finestre, sostituzione lampadine ecc.), pacificamente svolte dal ricorrente, esulano dal ruolo di associato e dalla dimensione della gratuità per rientrare senza dubbio tra le prestazioni di lavoro «di mercato». Tali elementi, estranei alle finalità associative ma emersi nel corso del giudizio, avrebbero imposto ai giudici di Appello uno scrutinio giudiziario più attento laddove è stato confermato dall'associazione appellata il riconoscimento al soggetto coinvolto di un compenso economico straordinario *una tantum* di oltre 4.000 euro, definito regalia, oltre a quello ordinario mensile: per vincere l'onerosità, in presenza di erogazioni periodiche di denaro, la prova delle circostanze nel senso della gratuità richiede un grado maggiore di rigorosità sulla configurabilità di una *causa solvendi* differente da quella retributiva (Cass. 28.3.1998, n. 3290, in *MGC*, 1998, 686 ss.). Invece, non si

(1) Gli elementi di comunanza tra le varie «formazioni sociali» (art. 2 Cost.) dove si svolge la personalità degli individui sono assimilabili solo, e non sempre, per quanto riguarda la forma giuridica data dal regime privatistico delle associazioni private; ma il tessuto sociale spontaneo e magmatico rende difficile una categorizzazione precisa dell'ampia platea di soggetti che operano secondo diversi moduli giuridici: non ultimo il complesso degli enti privati di tipo associativo specificamente operanti nel Terzo settore interessati da una recente riforma volta a superare la frammentazione normativa precedente (legge delega n. 106/2016 e decreti attuativi; per gli aspetti lavoristici, vd. Bozzao 2018 e Passalacqua 2018).

riscontra un adeguato approfondimento, tanto che la rilevante e cadenzata dinamica di controprestazioni economiche – che sembra non contestata dalle parti in giudizio – attraverso continue erogazioni retributive (nel primo anno di 1.000 euro al mese, aumentate a 1.250 euro a partire dal secondo anno) è liquidata dalla sentenza in commento come mera forma di sostegno liberale elargito al Copritore esterno in condizioni di difficoltà economiche. Tale circostanza, peraltro, esclude in radice una eventuale ipotesi di applicazione per analogia delle nuove disposizioni sul volontariato, la cui garanzia della natura gratuita del rapporto è suggellata dalla legge proprio attraverso il divieto di prevedere forme di retribuzione da parte del beneficiario e dalla rimborsabilità delle sole spese sostenute e documentate, senza possibilità di compensi forfettari (art. 17, c. 3, d.lgs. n. 117/2018).

Di fronte all'evidenza dello scambio tra prestazioni svolte e compensi in denaro ricevuti è stata sostanzialmente pretermessa la questione se le erogazioni a cadenza periodica non avessero potuto essere lette come mezzo per nascondere un salario più basso e per eludere gli obblighi imposti dalla legge in termini fiscali, previdenziali e contributivi, oltre che di tutele del prestatore. L'approccio interpretativo a una fattispecie così articolata si giova di un sistema di presunzioni di mero fatto incrociate e contrapposte: da un lato, quella di onerosità, basata «sui criteri della normalità dell'apparenza e della buona fede, a tutela del ragionevole e legittimo affidamento della parte interessata»; mentre, dall'altro, la presunzione di gratuità «è correlata alle situazioni in cui i criteri della normalità e dell'affidamento conducono a una opzione in tal senso» (Cass. 20.3.2001, n. 3975, in *MGC*, 2001, 529 ss.). La natura non normativa delle presunzioni in questione e la relativa giustificazione richiedono, pertanto, un utilizzo correlato alla specificità dei vari tipi di situazioni. Nel tentativo di attenersi a una simile direttiva in tema di gratuità della prestazione, spetta sì al lavoratore dimostrare il tratto caratterizzante della eterodirezione per approdare sull'isola della subordinazione, ma su opposto versante chi ha beneficiato delle prestazioni in maniera gratuita deve fornire adeguate spiegazioni sul perché il solo rapporto associativo abbia giustificato prestazioni economiche oggettivamente valutabili e slegate dall'attività precipua di tutti gli altri confratelli. Per esempio, a tal fine, sarebbe stato utile porre in luce ulteriori prestazioni svolte continuativamente in sede e in favore della comunità da altri aderenti.

In una vicenda così singolare, agganciandosi alla nozione classica di subordinazione tecnico-funzionale, la Corte ha escluso lo *status* di lavoratore subordinato in ragione del difetto del requisito della eterodirezione, e conseguentemente non ha dato alcun peso agli ulteriori indici sussidiari quali la continuità della prestazione, la retribuzione fissa, l'orario di lavoro con allegazione di una tabella oraria delle prestazioni rese dal lunedì al venerdì, nonché durante le festività (Cass. 28.7.1999, n. 8187, in *RIDL*, 2000, II, 280 ss., con nota di Pisani; Cass. 8.2.2010, n. 2728, in *MGC*, 2010, n. 2, 167 ss.).

Sembra, invece, più confacente alle risultanze probatorie e al particolare contesto associativo in cui si è realizzato il rapporto ipotizzare una ricostruzione alternativa volta a valorizzare la sussistenza di una «subordinazione in senso stretto» (C. cost. 5.2.1996, n. 30, in *DL*, 1996, II, 52 ss.): un rapporto economico-sociale specifico e non omologabile agli ordinari ambienti in cui si svolge l'attività lavorativa implica «un concetto più pregnante e insieme qualitativamente diverso dalla subordinazione riscontrabile in altri contratti coinvolgenti la capacità di lavoro di una delle parti». Tale configurazione della subordinazione in senso stretto, di mengoniana declinazione (Mengoni 1971, 42

ss.), coincide con una condizione di doppia alienità del lavoratore (Cass. 16.1.2007, n. 820, in *RGL*, 2007, II, 654 ss., con nota di Allamprese) condensata nell'espressione «dipendenza» dell'art. 2094 c.c.: per questa via, la subordinazione non è semplicemente un modo di essere della prestazione dedotta in contratto, ma è essa stessa «una qualificazione della prestazione» derivante dal tipo di regolamento di interessi prescelto dalle parti con la stipulazione di un contratto di lavoro.

Parallelamente, per comporre correttamente il mosaico della gratuità non si possono sminuire gli altri tasselli emersi nel corso del giudizio: quelli relativi alle prestazioni rese ed economicamente valutabili perché estranee alla vita rituale della casa massonica, alle controprestazioni economiche continuativamente corrisposte, nonché alle condizioni di difficoltà economiche in cui versava il lavoratore/Copritore, messe in luce durante il giudizio e confermate dalla loggia appellata. Il nesso che tiene insieme questo quadro indiziario svela un *fumus* a cui i giudici si sono sottratti, probabilmente non aderendo ad altre opzioni di configurazione della subordinazione. Se ne deduce quindi che le prestazioni, neutre rispetto alla finalità associativa, siano da inquadrare come una donazione di *facere*, effettuata per mera cortesia.

Riferimenti bibliografici

- Allamprese A. (2007), *Subordinazione e doppia alienità: la Cassazione batte un colpo*, in *RGL*, II, 658 ss.
- Ardigò A. (2001), *Volontariati e globalizzazione. Dal «privato sociale» ai problemi dell'etica globale*, Dehoniane, Bologna.
- Bozzao P. (2018), *La soggettività giuridica degli enti del terzo settore: profili lavoristici*, in <https://federalismi.it>, 2 ss.
- Campanella P. (2001), *Gratuità e contratto di lavoro*, in *RIDL*, II, 624 ss.
- Ghezzi G., Romagnoli U. (1995), *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna.
- Lega C. (1960), *In tema di lavoro gratuito*, in *Diritto dell'economia*, 1037 ss.
- Mengoni L. (1971), *Lezioni sul contratto di lavoro*, Celuc, Milano.
- Panuccio V., Menghini L. (2013), voce *Volontariato e gratuità del lavoro*, in *ED*, Annali VI, 1033 ss.
- Passalacqua P. (2018), *Il volontariato alla luce del recente Codice del Terzo settore (d.lgs. n. 117/2017). Profili di diritto del lavoro*, Relazione al Convegno Cei «La gestione delle risorse alla luce delle nuove norme civile ed ecclesiali», Salerno 26-28 febbraio 2018, in <https://economato.chiesacattolica.it/wp-content/uploads/sites/36/2018/02/23/5-Relazione-Passalacqua.pdf>.
- Pisani C. (2000), *Lavoro subordinato e oggetto dell'onere della prova*, in *RIDL*, II, 280 ss.
- Treu T. (1968), *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.

Daniela Comandé
Professoressa associata di Diritto del lavoro
presso l'Università della Tuscia

CORTE D'APPELLO NAPOLI, 12.10.2018 – Pres. Musella, Est. De Francesco – C.F. (avv. Ferrara) c. Laudato Turismo Sas, Laudato Fiore Srl, Fratelli Laudato Srl (avv. De Luca Tamajo).

Licenziamento individuale – Licenziamento per g.m.o. – Cessazione dell'attività produttiva – Centro unico di imputazione del rapporto di lavoro – Frode alla legge – Requisito dimensionale – Applicazione dell'art. 18 St. lav.

Licenziamento individuale – Licenziamento per g.m.o. – Cessazione dell'attività produttiva – Manifesta insussistenza – Ipotesi residuale – Ricollocamento – Tutela obbligatoria.

La prova della sussistenza di un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro, che ricorre ogni volta che vi sia una simulazione o una preordinazione in frode alla legge del frazionamento di un'unica attività fra i vari soggetti del collegamento economico-funzionale, può essere soddisfatta da un quadro indiziario complessivamente consistente e univoco, stante la complessità del carico probatorio addossato al lavoratore. (1)

Nell'ambito del licenziamento per ragioni oggettive, l'intenzione del legislatore è stata quella di riservare il ripristino del rapporto di lavoro a ipotesi residuali che fungono da eccezione alla regola della tutela indennitaria e la mancata dimostrazione dell'impossibilità di ricollocamento è sussumibile nell'alveo della sanzione di portata generale. (2)

(1-2) INDIVIDUAZIONE DI UN CENTRO UNICO D'IMPUTAZIONE
DEL RAPPORTO DI LAVORO E CONSEGUENZE
SUL RECESSO DEL DATORE DI LAVORO

1. — Nel caso in esame un lavoratore, conducente di automezzi presso una società di trasporti, era stato licenziato per cessazione dell'attività. Egli aveva impugnato il recesso datoriale sostenendone l'illegittimità. Aveva chiesto al giudice di appurare la sussistenza di un centro unico di imputazione del rapporto di lavoro, al fine di raggiungere la soglia per l'applicazione della disciplina *ex art. 18 St. lav.*, e di valorizzare l'elemento dell'integrazione funzionale ai fini del controllo giudiziale sul motivo oggettivo. Dopo un primo grado sfavorevole all'attore, la Corte d'Appello di Napoli riforma parzialmente tale pronuncia, accertando il centro unico d'imputazione e ritenendo non giustificato il licenziamento.

2. — Il più interessante aspetto approfondito nella sentenza riguarda la definizione della nozione di centro unico d'imputazione del rapporto di lavoro e gli strumenti

probatori idonei ad accertarne la sussistenza. Nella motivazione viene fatto riferimento al costante orientamento giurisprudenziale secondo cui, di per sé, non ha alcuna rilevanza lavoristica il «collegamento economico-funzionale tra imprese», salvo non possa ravvisarsi la sussistenza di un «unico centro di imputazione del rapporto di lavoro». I quattro requisiti individuati nel corso degli anni dalla giurisprudenza, che possono ormai ritenersi consolidati, sono quelli della «unicità della struttura organizzativa e produttiva», della «integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo e il correlativo interesse comune», del «coordinamento tecnico e amministrativo-finanziario tale da individuare un unico soggetto direttivo che faccia confluire le diverse attività delle singole imprese verso uno scopo comune» e, infine, della «utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle varie società titolari delle distinte imprese, nel senso che la stessa sia svolta in modo indifferenziato e contemporaneamente in favore dei vari imprenditori» (Tra le più recenti, vd.: Cass. 5.1.2017, n. 160; Cass. 11.11.2014, n. 23995; Cass. 12.2.2013, n. 3482, tutte in *www.italgiure.giustizia.it/sncass*; T. Genova 3.4.2005 e T. Milano 24.3.2014, entrambe in *www.wikilabour.it*; cfr. T. Genova 21.11.2018, ord., in *GLav.*, 25.1.2019, n. 4., 29 ss.). Dei suddetti requisiti è il quarto, quello più propriamente «lavoristico», a risultare il più complesso da dimostrare in giudizio (vd. *infra*).

In termini generali, se il richiamo ai requisiti appare in armonia con l'orientamento decisamente dominante, non altrettanto pacifica è la riconduzione del fenomeno del centro unico d'imputazione nell'ambito delle condotte datoriali considerate in frode alla legge. L'impostazione della struttura argomentativa della pronuncia si rifà infatti ad alcuni precedenti in cui la Suprema Corte ha ritenuto presupposto per l'individuazione del centro d'imputazione la «preordinazione in frode alla legge del frazionamento di un'unica attività fra i vari soggetti del collegamento economico-funzionale» (Tra le più recenti, Cass. 31.7.2017, n. 19023, e, in precedenza, Cass. 12.2.2013, n. 3482, Cass. 7.9.2007, n. 18843, tutte in *www.italgiure.giustizia.it/sncass*). La Corte partenopea sposa perciò la lettura favorevole alla reazione «sanzionatoria» dell'ordinamento a una «condotta patologica» del datore di lavoro: tale prospettiva è confermata dalla volontà dell'adito giudice di accertare la ricorrenza dell'«elemento volitivo e intenzionale della fraudolenza». Tuttavia, questo profilo sembra richiamato solo in un numero ridotto di pronunce di legittimità che si occupano della questione (Presenti anche negli anni più recenti: cfr. la lettura di Cavallini 2016, 272, secondo cui si tratta di un «ossequio meramente simbolico al passato che sottintende, quale *factio iuris*, che la ricorrenza dei quattro indici integri una presunzione assoluta della *fraus legi*). L'inquadramento in termini di condotta frodatória, ad avviso di chi scrive, non è convincente. L'approccio esclude dal giuridicamente rilevante fenomeni che, pur non voluti (né «preordinati») dalle imprese coinvolte, hanno una oggettiva ricaduta sul rapporto di lavoro: si pensi all'ipotesi in cui si constati un collegamento strettamente integrato sul piano collaborativo tra diverse imprese che ricorrano in comune a un tecnico informatico molto specializzato nella manutenzione dei sistemi informativi. Sebbene non sia affatto appurata la volontà delle realtà imprenditoriali di eludere le regole lavoristiche atomizzando le unità produttive, lascerebbe perplessi il fatto che tale lavoratore non possa avvantaggiarsi della somma del numero dei dipendenti delle diverse imprese ai fini di godere dei vantaggi normativi legati al raggiungimento di determinate soglie quantitative

ovvero, come talvolta riconosciuto dalla giurisprudenza, del riconoscimento di una responsabilità creditoria solidale (T. Monza 26.11.2015, in *RIDL*, 2016, II, 270 ss.). In una pronuncia molto recente la S.C. mostra di ritenere ormai superata la visione fondata sull'«iniziale approccio [giurisprudenziale che] ha valorizzato le framentazioni fraudolente fra più società, finalizzate alla elusione delle norme imperative» (Cass. 9.1.2019, n. 267, in www.italgiure.giustizia.it/sncass, sulla rilevanza in merito alle esigenze tecnico-produttive e all'applicazione dei criteri di scelta in tema di licenziamento collettivo). Resta evidentemente oltre i confini di questo breve commento la possibilità di analizzare le diverse ricostruzioni interpretative in tema di negozio in frode alla legge, nell'ambito delle quali all'inquadramento in termini soggettivi (sposato dalla giurisprudenza sopra richiamata) si contrappone quello in termini oggettivi (Tra i contributi più recenti sul tema: in generale, vd. Nardi 2006; in ambito lavoristico, vd. Bolego 2011).

Passando alla dimostrazione della sussistenza dei quattro requisiti, la prova della presenza dei primi tre normalmente non presenta particolari difficoltà, connessa com'è alla valorizzazione della prova documentale (e alle visure camerali in particolare). Assai più delicato e complesso è il soddisfacimento dell'onere probatorio relativo all'ultimo di questi: quello «giuslavoristico». La «utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle varie società titolari delle distinte imprese, nel senso che la stessa sia svolta in modo indifferenziato e contemporaneamente in favore dei vari imprenditori», è infatti connessa a risultanze fattuali nell'ambito delle quali la prova documentale è poco efficace. Proprio su questo aspetto la Corte d'Appello ritiene che, stante la «complessità del carico probatorio», la dimostrazione dei requisiti possa essere soddisfatta mediante «un quadro indiziario complessivamente consistente e univoco». Vengono perciò prese le distanze dall'approccio del Tribunale di prima istanza, che, secondo la Corte, avrebbe ritenuto non assolta la prova «sulla base di un ragionamento quantitativo degli elementi probatori addotti; più correttamente invece avrebbe dovuto condursi una valutazione di tipo integrato, quantitativo e qualitativo, e necessariamente orientata al coordinamento tra gli elementi indiziari raccolti».

Secondo la pronuncia in oggetto, la giurisprudenza di legittimità considera «adeguato accertamento» «una prova della simulazione necessariamente indiretta e un'asseverazione della preordinazione evidentemente solo indiziaria e induttiva»; nell'occasione viene precisato come il «requisito giuslavoristico» non possa ritenersi soddisfatto soltanto in caso di «sistematico, ordinario e quotidiano scambio dei dipendenti dell'una con quelli dell'altra società [...] divenendo invece decisivo il comportamento tenuto dalle società nei casi non strettamente ordinari, ad esempio nel caso di necessità di sostituzione del personale assente». Alla luce di questo paradigma interpretativo, la prova sul punto è considerata raggiunta sulla base di un quadro indiziario «consistente e qualificante». Da un lato, infatti, il ricorrente, se di regola conduceva mezzi di proprietà del datore di lavoro, era pure utilizzato come sostituto in favore delle altre due compagini imprenditoriali in caso di assenza degli altri autisti; dall'altro lato, l'officina e il servizio di pulitura dei mezzi erano stati per lungo tempo «centralizzati». La Corte, «sotto un profilo indiziario deduttivo», rileva come il ricorrente fosse stato l'unico dipendente nel corso degli ultimi due anni di attività: ne discende che, nei momenti di assenza del lavoratore, il servizio «non poteva che

essere svolto da altro dipendente di una delle altre società», non avendo la controparte «fatto ricorso ad altre modalità di acquisizione di manodopera a tempo determinato o a chiamata». Alla luce di tale quadro indiziario viene perciò accertato il requisito dimensionale che consente l'accesso al cd. «rito Fornero» e alla tutela *ex art.* 18 St. lav.

Circa il complesso rapporto tra centro unico d'imputazione e codatorialità, non è in questa sede possibile proporre alcun approfondimento: si rinvia perciò all'articolato dibattito dottrinale sul tema (Tra i più recenti contributi, anche per ulteriori riferimenti bibliografici: Nogler 2018, 651 ss.; Carinci 2016, 733; Esposito 2016, 749; Alvino 2014; Mazzotta 2013, 19).

3. — Passando alla verifica del motivo oggettivo, la principale questione della controversia riguarda la sanzione da applicare in caso di mancato ricollocamento [Per l'inquadramento di questa tematica alla luce delle recenti riforme vd.: Speziale 2018, 127; Carinci 2017, 203, e la raccolta di contributi in Perulli (a cura di) 2017]. Una prima lettura ritiene che il vizio possa ricondursi (anche) all'ipotesi di manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento (Con conseguente «possibilità» di applicare la tutela reale a scartamento ridotto, come ritenuto recentemente da Cass. 2.5.2018, n. 10435; vd. anche T. Trento 18.12.2017; cfr. Cass. 22.10.2018, n. 26675, tutte in www.italgiure.giustizia.it/sncass); una seconda, sinora prevalente tra i giudici del merito, lo pone nel novero delle «altre ipotesi» in cui il giudice «accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo», con conseguente dichiarazione di risoluzione del contratto e sanzione meramente obbligatoria (T. Milano 27.2.2017, T. Milano 16.12.2016, T. Torino 5.4.2016, T. Padova 21.12.2014, C. App. Milano 22.10.2014, T. Genova 14.12.2013). La pronuncia aderisce a quest'ultima ricostruzione. Verificata l'assenza di prova sul ripescaggio (che in caso di centro unico d'imputazione va tentato nell'ambito dell'intero gruppo), la Corte adotta una sorta di interpretazione teleologica soggettiva: essa osserva che, poiché nell'attuale versione dell'art. 18 il giudice «può» attribuire la cd. tutela reintegratoria attenuata «esclusivamente nel caso in cui il “fatto posto a base del licenziamento” non solo non sussista, ma anche a condizione che detta “insussistenza” sia “manifesta”, non pare dubitabile che l'intenzione del legislatore, pur tradottasi in un incerto testo normativo, sia quella di riservare il ripristino del rapporto di lavoro a ipotesi residuali che fungono da eccezione alla regola della tutela indennitaria in materia di licenziamento individuale per motivi economici» (In questo modo, l'adito giudice recupera l'argomento fatto proprio dalla recente e più importante pronuncia di legittimità sul punto: Cass. 7.12.2016, n. 25201, in www.italgiure.giustizia.it/sncass). Dal mancato soddisfacimento dell'obbligo di tentare il ricollocamento conseguirebbe perciò l'applicazione della tutela meramente obbligatoria, considerata per l'appunto «regola generale» in tema di motivo oggettivo.

In questa sede si ritiene opportuno astenersi dal prendere posizione sulla delicata questione delle conseguenze sanzionatorie del mancato tentativo di ricollocamento; si vuole invece sottolineare come la generale impostazione argomentativa della pronuncia suscita qualche riserva. La presenza di un centro unico d'imputazione dovrebbe essere valorizzata nella fase di verifica della genuinità del motivo addotto. In questo contesto, nel momento in cui la parte datoriale giustifica il recesso sulla base

della cessata attività occorre tenere conto del fatto che le altre due società del gruppo hanno continuato a operare dopo il licenziamento del ricorrente, svolgendo un'attività pienamente compatibile con le mansioni a cui egli era addetto. La Corte, sul punto, adotta un approccio piuttosto ambiguo, osservando come sia stata «solo in parte provat[a]» la cessazione delle attività della Società, permanendo «in capo alle nuove cessionarie l'attività di servizio di linea alla quale era precedentemente addetto» il ricorrente. Tanto nel caso in cui si voglia considerare il ricollocamento un controllo ulteriore ed effettuato «a valle» di quello sulla genuinità delle ragioni addotte, quanto (più) ove il ripescaggio venga ritenuto elemento costitutivo della veridicità del motivo, la presenza di un centro unico di imputazione dovrebbe costringere l'adito giudice a valutare la rilevanza della non effettiva cessazione dell'attività (del gruppo) ai fini della verifica dell'insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento (andando perciò oltre la timida e opaca osservazione circa la «parzialità» della prova sulla cessazione). Tale aspetto era stato peraltro correttamente rilevato dalla difesa del ricorrente, secondo la quale «la cessazione dell'attività non si sarebbe mai verificata come circostanza materiale, poiché l'attività sarebbe di fatto proseguita presso le altre società del gruppo».

Si potrebbe giungere a ritenere che la mancata prova sull'effettiva cessazione possa rientrare tra le ipotesi di manifesta insussistenza, anche nell'ottica interpretativa che considera quest'ultima quale circostanza eccezionale, connessa a una «evidente e facilmente verificabile (sul piano probatorio) assenza dei [...] presupposti» del motivo oggettivo. Conclude invece la Corte che l'«ipotesi è riconducibile non a quella peculiare che postula un connotato di particolare evidenza e assolutezza della insussistenza del fatto posto a fondamento del recesso, bensì è sussumibile nell'alveo di quella di portata generale per la quale è sufficiente che “non ricorrano gli estremi del predetto giustificato motivo” oggettivo».

Il percorso verso il chiarimento dei limiti nell'applicazione della tutela reale e della tutela obbligatoria in tema di motivo oggettivo di licenziamento sembra ben lungi dall'essere concluso, soprattutto in presenza di realtà organizzative complesse e integrate.

Riferimenti bibliografici

- Alvino I. (2014), *Il lavoro nelle reti di imprese profili giuridici*, Giuffrè, Milano.
- Bolego G. (2011), *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova.
- Carinci M.T. (2017), *L'obbligo di «ripescaggio» nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del «Jobs Act»*, in *RIDL*, I, 203 ss.
- Carinci M.T. (a cura di) (2016), *Processi di ricomposizione e scomposizione dell'organizzazione: verso un datore di lavoro «à la carte»*, Giuffrè, Milano.
- Cavallini G. (2016), *«Chi comanda sono sempre io»: un unico centro di imputazione e la sua percezione agli occhi del personale dipendente*, in *RIDL*, II, 270 ss.
- Esposito M. (2016), *La Cassazione disegna i confini (mobili) dell'impresa: nuove e vecchie frontiere della dissociazione datoriale*, in *DLRI*, 749 ss.
- Mazzotta O. (2013), *Gruppi di imprese, codatorialità e subordinazione*, in *RGL*, I, 19 ss.
- Nardi S. (2006), *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Giuffrè, Milano.

- Nogler L. (2018), *Mono e multi-datorialità tra debito e garanzie patrimoniali dei crediti di lavoro*, in *ADL*, I, 639 ss.
- Perulli A. (a cura di) (2017), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, con contributi di Caruso B., De Luca Tamajo R., Del Punta R., Marazza M., Maresca A., Romei R., Santoro Passarelli G., Speziale V., Giappichelli, Milano.
- Speziale V. (2018), *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento tra clausole generali, principi costituzionali e giurisprudenza della Cassazione*, in *DLRI*, 127 ss.

Simone Varva
*Ricercatore in Diritto del lavoro
presso l'Università di Milano «Bicocca»*

TRIBUNALE GENOVA, 21.11.2018 – Est. Basilico – L.G. (avv. Bozzo) c. M. web Srl, M. Srl (avv.ti D'Arrigo, Medina).

Licenziamento individuale – Corte costituzionale n. 194/2018 – Illegittimità costituzionale art. 3, c. 1, d.lgs. n. 23/2015 – Art. 9, c. 1, d.lgs. n. 23/2015 – Piccole imprese e organizzazioni di tendenza – Identico meccanismo di calcolo indennità risarcitoria – Estensione degli effetti.

L'art. 9 del d.lgs. n. 23/2015 va interpretato in modo costituzionalmente orientato, nel senso che anche a esso devono essere riferite le censure di incostituzionalità rilevate dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 194/2018 in ordine al meccanismo di quantificazione della indennità risarcitoria, non capace di garantire, in caso di licenziamento illegittimo, un risarcimento adeguato al danno effettivo subito dal lavoratore e sufficientemente dissuasivo nei confronti del datore di lavoro autore di un illecito. (1)

(1) PRIME SOLUZIONI GIURISPRUDENZIALI DOPO LA SENTENZA
DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 194/2018
SUL CONTRATTO A TUTELE CRESCENTI

1. — L'ordinanza del Tribunale di Genova del 21.11.2018 rappresenta la prima applicazione giurisprudenziale della pronuncia della Corte costituzionale n. 194 dell'8.11.2018 (In *RGL*, 2019, II, 3 ss., con nota di Speziale; in *FI*, 2019, I, 70 ss., con nota di Giubboni; in *RIDL*, 2019, II, 1031 ss., con nota di M.T. Carinci; in *DLM*, 2018, 634 ss., con nota di De Luca Tamajo; sul tema, *ex multis*, vd. Andreoni 2019, 17; Speziale 2017), la quale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23/2015, nella parte in cui ancora la misura dell'indennità dovuta in caso di licenziamento illegittimo alla sola anzianità di servizio del lavoratore. A detta della Corte, tale norma appare in contrasto con i principi di ragionevolezza e di uguaglianza, poiché non garantisce un risarcimento adeguato al prestatore estromesso ingiustificatamente – in particolar modo se con una ridotta anzianità di servizio – e, d'altro canto, non costituisce un efficace deterrente nei confronti del datore di lavoro autore di un illecito.

Il fatto storico trae origine dal ricorso di una lavoratrice dipendente di una testata giornalistica; questa, impugnando il licenziamento per g.m.o. irrogato dalla società Mentelocale Web Srl (di seguito, M. web) priva del requisito dimensionale previsto dall'art. 18 della l. n. 300/1970, agisce comunque ai sensi dell'art. 1, cc. 47 ss., della l. n. 92/2012 anche avverso la società Mentelocale Srl (di seguito, M. Srl). La ricorrente sostiene, difatti, la continuità del rapporto lavorativo dal 2009 al 2017 alle dipendenze di un unico datore e la sussistenza, tra le due imprese convenute, di uno stesso centro di imputazione di interessi.

La tesi attorea, tuttavia, viene respinta dal giudice di merito, il quale, pur mantenendo inalterato il rito con cui la dipendente ha introdotto il ricorso (Cfr., in questo senso: Cass. 4.4.2017, n. 8738; Cass. 28.6.2006, n. 14849, S.U.; *contra*, ma solo quando la prospettazione attorea risulti artificialmente finalizzata a sottrarre la causa al giudice, Cass. 22.10.1994, n. 8686, tutte in *DeJure*, tutte richiamate in sentenza), non riconosce, negli elementi indicati dalla ricorrente, quegli indizi gravi, univoci e concordanti richiesti dalla giurisprudenza ai fini della proposta ricostruzione giuridica (Sul tema, di recente, vd. Cass. 24.7.2018, n. 19534, in *DeJure*).

Non nutre dubbi invece il giudicante in ordine all'illegittimità del licenziamento irrogato dalla società M. web per difetto della prova di un collegamento funzionale effettivo tra l'asserita ristrutturazione aziendale, posta alla base del recesso, e il provvedimento espulsivo (Tra le tante, da ultimo, Cass. 12.4.2018, n. 9127, in *DeJure*, per cui è legittimo il licenziamento di un dipendente per g.m.o. in caso di effettiva riorganizzazione aziendale finalizzata alla riduzione dei costi, sebbene l'impresa non versi in uno stato di crisi).

Il giudice ligure, dunque, posto che risulta *ratione temporis* applicabile il d.lgs. n. 23/2015, seguendo un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 9, c. 1, d.lgs. n. 23, riconosce alla lavoratrice l'indennità prevista nella sua misura massima (pari a sei mensilità) per le aziende sotto i quindici dipendenti, dando rilievo a criteri diversi dall'anzianità di servizio.

2. — L'art. 9 del d.lgs. n. 23/2015, che al pari dell'art. 3 del medesimo d.lgs. utilizza il criterio matematico per quantificare l'indennizzo (dimidiato) dovuto ai lavoratori dipendenti da piccole imprese licenziati ingiustificatamente, non ha subito censure perché non oggetto del quesito di costituzionalità. E invero l'ambito applicativo dell'art. 3, c. 1, d.lgs. n. 23, dichiarato incostituzionale è riferibile alla quantificazione del danno spettante ai lavoratori illegittimamente estromessi dalle imprese che superano la soglia dimensionale dei quindici dipendenti.

Ciononostante, il Tribunale di Genova, onde evitare un'applicazione normativa in contrasto con la sentenza della Corte costituzionale, ritiene imprescindibile valutarne gli effetti anche sull'art. 9 del d.lgs. n. 23/2015.

L'opzione esegetica seguita dal giudice è lineare: dopo aver escluso *ratione temporis* l'incidenza del d.l. n. 87/2018 sul numero delle mensilità spettanti alla lavoratrice a titolo di indennizzo, estende gli effetti della censura costituzionale all'art. 9 in parola, in ragione sia dell'identità del meccanismo risarcitorio applicato per la generalità delle imprese, che del rinvio (contenuto nell'art. 9) all'«ammontare delle indennità e dell'importo previsti dall'art. 3, c. 1...», da intendersi riferito a tutti i criteri risarcitori indicati dalla sentenza della Consulta n. 194/2018, nel rispetto dei limiti edittali previsti dalla disposizione legislativa applicata (Considera una possibile interpretazione *in peius* della sentenza n. 194/2018: Mimmo 2018).

Muovendo da tale assunto, pertanto, il Tribunale, dopo aver riconosciuto la correttezza della base di calcolo dell'indennizzo richiesto, enuncia gli elementi che ritiene meritevoli di considerazione ai fini della quantificazione del risarcimento dovuto: la gravità del recesso datoriale, i dubbi sulla genuinità della scissione aziendale – cui è seguito, dopo breve tempo, il licenziamento della lavoratrice – e, infine, l'elemento contrattuale, ovvero sia l'attribuzione della qualifica di collaboratrice esterna

quale elemento potenzialmente incidente sulle prospettive di ricollocazione futura della dipendente.

Nell'*iter* argomentativo del giudicante, comunque, si evidenzia un piccolo scostamento dal senso letterale della pronuncia di legittimità costituzionale secondo cui «il giudice terrà conto innanzi tutto dell'anzianità di servizio – criterio che è prescritto dall'art. 1, c. 7, lett. c, della l. n. 184 del 2013 e che ispira il disegno riformatore del d.lgs. n. 23/2015, nonché degli altri criteri...». Il giudice di merito, difatti, attribuisce un rilievo preminente ad altri elementi incidenti «ben più della mera anzianità di servizio» sull'entità e sulla quantificazione del danno da liquidare alla ricorrente.

In realtà, nella sentenza n. 194/2018, l'anzianità di servizio, seppur affrancata dai caratteri della esclusività, sembra rimanere il primo parametro da cui prendere le mosse per il calcolo dell'indennità risarcitoria anche in ragione della sua funzione tuzioristica nei confronti dei lavoratori più anziani, che potrebbero incontrare maggiori difficoltà ai fini di un'eventuale ricollocazione professionale (Sulla vincolatività e gerarchia dei criteri individuati dalla Consulta vd.: Giubboni 2019, 70 ss.; De Luca 2018, 634 ss.; Perulli 2019).

A ogni modo, va riconosciuto che l'operazione estensiva operata dal Tribunale di Genova sull'art. 9 del d.lgs. n. 23 genera, nell'immediato, un duplice ordine di effetti. Da un lato, ripositiona il giudice al centro del processo, non più mero leguleio contabile, esecutore di un parametro standardizzato e asettico, ma titolare di un'indiscussa discrezionalità nella quantificazione del ristoro patrimoniale – seppur esercitabile nei limiti minimo-massimo – sottrattagli dal graduale processo di deresponsabilizzazione iniziato timidamente con il cd. Collegato lavoro nel 2010 (l. n. 183/2010), interrotto confusamente dalla l. n. 92/2012, attraverso la modifica dell'art. 18 St. lav., per essere poi ripreso e portato a termine dal d.lgs. n. 23/2015 (Così Zoli 2018; sul meccanismo di calcolo posto dall'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23, quale «incentivo o alibi alla deresponsabilizzazione della giurisprudenza», vd. Mazzotta 2018, 625 ss.).

Dall'altro, l'opzione scelta dal Tribunale di Genova sgancia la quantificazione del danno riconosciuto al lavoratore da una predeterminazione forfetizzata, ricollegandola, invece, a uno specifico contesto, che tiene conto – oltre che delle dimensioni dell'attività economica e del numero dei dipendenti – anche delle gravi violazioni che possono accompagnare il recesso del datore, del comportamento e delle condizioni delle parti, in un'ottica di rivalutazione delle peculiarità del singolo prestatore e di riconnotazione del danno in funzione dissuasiva per il datore (Si interrogano sulla de-traibilità dall'indennizzo dell'*aliunde perceptum* e dell'*aliunde percipiendum*, concludendo per la soluzione negativa, Andreoni 2019, 17 ss.; Ponterio 2019, 71 ss.).

Non vanno sottaciute, tuttavia, le perplessità che alcuni Autori hanno avanzato circa l'attualità e l'idoneità dei criteri prescelti dalla Consulta ai fini di una esatta rappresentazione del danno soggettivo da risarcire – a eccezione del parametro inerente il comportamento e le condizioni delle parti – in considerazione del fatto che le dimensioni dell'impresa e il numero dei dipendenti non sembrerebbero coerenti con la funzione risarcitoria dell'indennizzo (De Luca Tamajo 2018).

Nel caso di specie, i parametri presi in considerazione dal giudice di merito appaiono però tutti riconducibili al comportamento e alle condizioni delle parti: criterio che, data la sua adattabilità alla maggior parte dei casi concreti, acquisirà di certo

una posizione di rilievo per la determinazione dell'indennità risarcitoria nell'ambito di applicazione della disciplina del contratto a tutele crescenti.

3. — La sentenza in esame si pone quale apripista nella giurisprudenza di merito, se si prescinde però da una pronuncia del Tribunale di Bari che, in un caso di licenziamento collettivo illegittimo, anticipa l'applicazione dei criteri suggeriti dalla Consulta, pur in assenza della pubblicazione delle motivazioni della sentenza n. 194/2018 e sulla base di un comunicato stampa (T. Bari 11.10.2018, in *ADL*, 2018, n. 6, II, 1575 ss., con nota di Lucchetti).

Il Tribunale di Bari, «pur nella consapevolezza che le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione», ritiene comunque di dover interpretare in maniera costituzionalmente orientata l'art. 10 del d.lgs. n. 23/2015, determinando l'indennità spettante al lavoratore licenziato sulla base della gravità della violazione procedurale (omissione del raffronto tra dipendenti licenziati e quelli mantenuti nell'organico aziendale), delle ridotte dimensioni dell'attività economica, del basso numero dei lavoratori occupati nonché della scarsa anzianità maturata dal ricorrente.

Successivamente, anche il Tribunale di Roma (T. Roma 23.11.2018 – Est. Buonassisi – in *DeJure*) si è espresso utilizzando i medesimi parametri quantitativi suggeriti dalla Corte costituzionale, motivando l'indennizzo dovuto per un licenziamento illegittimo non solo alla luce del criterio dell'anzianità (*in primis*), ma anche alla stregua «degli altri criteri già previsti dalla legge». In quest'ultima pronuncia, tuttavia, proprio il richiamo – tra quelli individuati dalla Corte costituzionale – al criterio del «comportamento e delle condizioni delle parti» esclude il risarcimento più elevato richiesto dal ricorrente per il proprio perdurante stato di disoccupazione. Tale condizione del lavoratore, derivante dal rifiuto dell'azienda subentrante di effettuare la procedura di cambio appalto e di assumere il lavoratore, non consente al giudicante di attribuire al comportamento della convenuta azienda uscente (che ha licenziato il prestatore per giustificato motivo oggettivo costituito dalla fine dell'appalto) le ulteriori conseguenze negative della perdita del posto di lavoro.

Un breve cenno merita infine la pronuncia del Tribunale di Campobasso (Sentenza 18.12.2018 – Est. Scarlatelli –, inedita a quanto consta) che, alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018, afferma di dover determinare l'indennità risarcitoria in un caso di licenziamento disciplinare ingiustificato utilizzando i criteri di calcolo previsti per la tutela obbligatoria.

La soluzione cui però giunge il giudice di merito, dopo aver valutato una molteplicità di fattori (bassa anzianità di servizio della ricorrente, ridotte dimensioni dell'attività economica e comportamento del datore), individua l'indennizzo nell'identica misura (due mensilità retributive) cui si sarebbe pervenuti in assenza della pronuncia di incostituzionalità della Consulta, e ciò, verosimilmente, per l'irrelevanza nel caso concreto (o tutt'al più, per la rilevanza al ribasso) dei parametri sopra descritti, con buona pace dell'inossidabile criterio dell'anzianità di servizio (Per ulteriori applicazioni giurisprudenziali della sentenza C. cost. n. 194/2018 si rinvia a T. Firenze 17.1.2019, inedita a quanto consta, in tema di licenziamento per g.m.o. in una grande impresa, e a T. Roma 21.1.2019, inedita a quanto consta, in tema di licenziamento per giusta causa in una piccola impresa).

Dalla breve rassegna giurisprudenziale suesposta emerge l'oggettiva esiguità dell'indennizzo conseguibile da un lavoratore a tutele crescenti estromesso ingiustificatamente da una piccola impresa, nonché il netto contrasto dell'art. 9 del d.lgs. n. 23/2015 con l'art. 24 della Carta sociale europea riveduta (Cser), là ove prescrive alle parti contraenti di riconoscere al lavoratore ingiustamente licenziato il «diritto a un congruo indennizzo o ad altra adeguata riparazione» (Sulla Cse quale parametro per il controllo delle leggi *ex art.* 117, c. 1, Cost. vd. C. cost. 13.6.2018, n. 120, in *FI*, 2018, I, 2581 ss.; in *RGL*, 2018, II, 611 ss.). Invero, anche laddove il giudice di merito adotti un'interpretazione estensiva della sentenza n. 194/2018, considerando gli ulteriori criteri suggeriti dalla Corte costituzionale rispetto all'anzianità di servizio, non potrà riconoscere al prestatore di lavoro – una volta accertata l'illegittimità del licenziamento – un ristoro superiore al tetto massimo di sei mensilità previsto *ex lege*, né assicurare altra adeguata riparazione.

In più, il regime sanzionatorio minimale di cui all'art. 9, cit., risultante dalla dimidiazione dell'importo stabilito dall'art. 3, c. 1, d.lgs. n. 23/2015, non solo stride rispetto a quello più favorevole applicabile ai lavoratori assunti prima del 7.3.2015 *ex art.* 8 della l. n. 604/1966 – ai sensi del quale, riassunzione a parte, la misura massima dell'indennità può essere ulteriormente maggiorata in presenza di specifiche condizioni –, ma non assicura neppure una tutela indennitaria adeguata, effettiva e dissuasiva, secondo i parametri individuati dal Comitato europeo dei diritti sociali (Ceds) nelle proprie «autorevoli» (ancorché non vincolanti per i giudici nazionali) decisioni (Vd. C. cost. 13.6.2018, n. 120, cit.).

Del resto, già solo la previsione di un *plafond* rigido nell'art. 9 (come anche negli artt. 3, 4, 6 e 10 del d.lgs. n. 23) rende la norma incompatibile con le caratteristiche richieste dall'art. 24 della Cser, poiché il tetto massimo ivi previsto non consente ai giudici nazionali di modulare la sanzione rispetto all'effettivo pregiudizio subito (Vd., sul punto, il reclamo collettivo presentato dalla Cgil contro l'Italia n. 158/2017, dichiarato ammissibile il 28.3.2018 e in fase di decisione, in *www.coe.int*).

Tantomeno la misura sanzionatoria in parola, preventivamente fissata dalla legge, ha un qualche effetto dissuasivo nei confronti del datore di lavoro; questo, previa quantificazione dei costi, resta, nei fatti, libero di irrogare un licenziamento senza dar peso alla legittimità dei presupposti causali, ma valutando solo l'impatto costi-benefici (Sulla logica del cd. *firing cost*, cfr. il rinvio a P. Ichino, operato dal reclamo collettivo n. 158/2017, cit., punto 4.2.3, nota 12).

Senza considerare poi che il carattere onnicomprensivo dell'indennizzo *de quo* – geneticamente risarcitorio, ma funzionalmente indennitario (Tursi 2019) – esclude per il lavoratore medesimo la possibilità di esperire ulteriori rimedi contrattuali di tipo civilistico (Vd. ancora il reclamo collettivo n. 158/2017, punto 2.2.4).

Un altro profilo di contrasto dell'art. 9 con l'art. 24 Cser va ravvisato nella giustificazione posta alla base della dimidiata indennità, tenuto conto che il requisito occupazionale non ha mai rappresentato, nelle decisioni del Ceds, una valida ragione per operare una riduzione degli importi risarcitori previsti in caso di licenziamento ingiustificato (Sui chiarimenti richiesti dal Ceds agli Stati che riservano un trattamento differenziato ai lavoratori in ragione delle limitate dimensioni aziendali vd. ancora il reclamo collettivo n. 158, punto 4.2.6).

Traendo le fila di questa breve digressione, è corretto affermare che i lavoratori

delle imprese con organici inferiori ai sedici dipendenti nelle singole unità produttive – ovvero sia una parte consistente della forza lavoro impiegata nel nostro paese –, pur dovendo impugnare tempestivamente un recesso illegittimo, subiranno la prolungata durata di una controversia giudiziale per ottenere poi un indennizzo obiettivamente inadeguato a compensare le retribuzioni perdute dalla cessazione del rapporto sino alla sentenza, e di certo inidoneo a risarcire il danno eventualmente maturato nel periodo successivo all'accertamento giudiziale.

In conclusione, l'ordinanza in commento costituisce, da un lato, un interessante spunto per riflettere sulla (in)idoneità dell'art. 9 ad apprestare una tutela adeguata ai lavoratori illegittimamente licenziati nelle piccole imprese, e, dall'altro, un'occasione per sollecitare – in un virtuale dialogo con il Ceds – un nuovo vaglio di legittimità costituzionale su alcune questioni lasciate irrisolte dalla Corte costituzionale e, da più voci, tacciate di intaccare la razionalità sistematica della normativa vigente (Sulle ricadute della sentenza n. 194 sugli artt. 4, 6, 9 e 10 del d.lgs. n. 23 del 2015: De Luca Tamajo 2018; Giubboni 2019).

Riferimenti bibliografici

- Andreoni A. (2019), *I licenziamenti individuali dopo la sentenza della Corte: le questioni applicative*, in Andreoni A., Fassina L. (a cura di), *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?*, in *I seminari della consulta giuridica della Cgil*, n. 2, 17 ss.
- Carinci M.T. (2019), *La Corte costituzionale ridisegna le tutele del licenziamento ingiustificato nel Jobs Act: una pronuncia destinata ad avere un impatto di sistema*, in *RIDL*, II, 1031 ss.
- Cester C. (2019), *Il Jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*, in *LG*, n. 2, 153 ss.
- De Luca Tamajo R. (2018), *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, in *DLM*, 634 ss.
- Giubboni S. (2019), *Il licenziamento nel contratto di lavoro a tutele crescenti dopo la sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale*, in *FI*, I, 70 ss.
- Ichino P. (2019), *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della Corte costituzionale*, in *RIDL*, II, 1031 ss.
- Mazzotta O. (2018), *Cosa ci insegna la Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *Labor*, n. 6, 625 ss.
- Mimmo G. (2018), *La disciplina sanzionatoria del licenziamento invalido: dalla l. 604 al Jobs Act, modificato dal decreto dignità, alla Corte cost. 8 novembre 2018, n. 194*, in *ilgiuslavorista.it*, focus del 20 novembre.
- Perulli A. (2019), *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo*, in *Il libro dell'anno del diritto 2019*, Treccani, 348 ss.
- Ponterio C. (2019), *Il ruolo del giudice in un sistema equilibrato di tutele*, in Andreoni A., Fassina L. (a cura di), *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?*, in *I seminari della consulta giuridica della Cgil*, n. 2, 71 ss.
- Speciale V. (2017), *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in *RGL*, II, 333 ss.

- Speziale V. (2019), *La sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *RGL*, II, 3 ss.
- Tursi A. (2019), *Il diritto stocastico. La disciplina italiana dei licenziamenti dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 (e «decreto dignità»)*, in *DRI*, 1, 268 ss.
- Zoli C. (2018), *I licenziamenti nelle più recenti riforme... ricordando S. Magrini*, in *Labor*, n. 1, 6 ss.

Silvia Magnifico
*Dottoressa di ricerca in Diritto del lavoro
presso la «Sapienza» Università di Roma*

I

TRIBUNALE ASTI, 23.7.2018, ord. – Est. Antoci – XX (avv.ti Guarnieri, Bonardo) c. YY (avv. ZZ).

Licenziamento individuale – Inabilità sopravvenuta alla mansione – Disabilità – Ragionevole accomodamento – Art. 3, c. 3-bis, d.lgs. n. 216/2003 – Direttiva n. 2000/78 – Licenziamento per g.m.o. – Licenziamento discriminatorio – Reintegra.

Affinché il licenziamento intimato per sopravvenuta inidoneità fisica possa ritenersi legittimo dovrà verificarsi se l'azienda possa salvaguardare il posto di lavoro del lavoratore disabile attraverso l'adozione degli accorgimenti ragionevoli da intendersi quali misure organizzative che comportano un apprezzabile sacrificio, purché entro il limite della sproporzione degli oneri finanziari. (1)

II

TRIBUNALE IVREA, 6.7.2018, ord. – Est. Buffoni – F.M. (avv.ti Poli, Ingegneri) c. T. Srl (avv. Canetti).

Licenziamento individuale – Disabilità – Ragionevole accomodamento – Art. 3, c. 3-bis, d.lgs. n. 216/2003 – Direttiva n. 2000/78 – Licenziamento per g.m.o. – Licenziamento discriminatorio – Reintegra.

La valutazione circa la legittimità del licenziamento intimato a un lavoratore disabile passa necessariamente attraverso la verifica della possibilità di salvaguardare il suo posto di lavoro attraverso l'adozione di accomodamenti ragionevoli, con l'unico limite che non debba trattarsi di un accorgimento sproporzionato o eccessivo. (2)

III

TRIBUNALE ROMA, 8.5.2018 – Est. Orrù – XX (avv. Lucaselli) c. YY (avv.ti Astuto, Ivella).

Licenziamento individuale – Disabilità – Ragionevole accomodamento – Art. 3, c. 3-bis, d.lgs. n. 216/2003 – Direttiva n. 2000/78 – Licenziamento per g.m.o. – Licenziamento discriminatorio – Reintegra.

A fronte di una condizione di disabilità, il datore di lavoro ha l'obbligo di adottare gli accomodamenti ragionevoli necessari per garantire la piena eguaglianza con gli altri lavoratori con il solo limite della proporzionalità di tali oneri in relazione alle dimensioni e alle risorse finanziarie dell'azienda. (3)

(1-3) I LIMITI AL LICENZIAMENTO DEL LAVORATORE DISABILE
A GARANZIA DELLA PARITÀ DI TRATTAMENTO

SOMMARIO: 1. Tutela del posto di lavoro, malattia cronica e disabilità. — 2. Il licenziamento per impossibilità sopravvenuta della prestazione e il quadro normativo di riferimento. — 2.1. La funzione di chiusura rappresentata dalla disciplina antidiscriminatoria: a) il concetto di disabilità. — 2.2. *Segue*: b) gli accomodamenti ragionevoli. — 3. Le sanzioni a fronte del licenziamento illegittimo tra mancanza di giustificazione e discriminatorietà.

1. — *Tutela del posto di lavoro, malattia cronica e disabilità* — Il nostro ordinamento, così come la maggior parte degli ordinamenti europei (1), non prevede, salvo casi particolari (2), una disciplina specificamente dedicata alla tutela dei lavoratori affetti da malattie croniche (3). In ragione di tale lacuna normativa, è sorta sia in dottrina (4) che in giurisprudenza (5) la necessità di ricondurre la malattia nell'alveo del concetto di disabilità affinché possano trovare applicazione le tutele previste per quest'ultimi lavoratori (6). Le pronunce in commento sono espressione di tale esigenza e si pongono in continuità con il «ripensamento» che sta attraversando i consolidati orientamenti in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in ragione della sopravvenuta inidoneità fisica o psichica del lavoratore.

Prima di analizzare i provvedimenti giurisdizionali, la normativa di riferimento e l'impatto che la stessa sta avendo sulla tutela del posto di lavoro dei lavoratori disabili, occorre partire da una premessa. La tutela del lavoratore disabile si caratterizza per trovare la propria disciplina in una pluralità di norme, nazionali e sovranazionali, che impongono di essere tra loro coordinate. Non esiste infatti in Italia un concetto unitario di disabilità, bensì definizioni differenti con riferimento alle diverse previsioni legisla-

(1) Cfr. Fernandez Martinez, Tiraboschi 2017, 66.

(2) Si pensi, per esempio, a quanto oggi previsto dall'art. 8, c. 3, del d.lgs. n. 81/2015, che prevede il diritto dei lavoratori affetti da patologie oncologiche a ottenere la trasformazione del rapporto di lavoro da *full-time* in *part-time*. Sul tema della tutela del lavoratore affetto da malattia oncologica si veda Militiello 2018.

(3) Per una definizione scientifica di malattia cronica si veda Varva 2018, 110.

(4) Cfr. tra tanti: Aimo 2019; Barbera 2007, 77; Giubbboni 2016; Izzi 2016; Voza 2015, 778.

(5) Cfr. Cass. 12.1.2017, n. 618, in *LG*, 2017, n. 4, 326 ss.; Cass. 19.3.2018, n. 6798, in *www.foroitaliano.it*, Cass. 26.10.2018, n. 27243, in *De Jure*; Cass. 12.12.2018, n. 32158, in *De Jure*. In sede di merito, si vedano, tra le altre: T. Ivrea 1.2.2017, inedita a quanto consta; T. Ivrea 24.2.2016, in *RGLNews*, 2016, n. 2, 10 ss.; T. Pisa 16.4.2015, in *ADL*, 2016, n. 1, II, 165 ss.

(6) Per una recente e ampia disamina sulla disabilità nel lavoro, si veda Riccardi 2018.

tive e alle finalità da ciascuna perseguite (7). L'ampiezza e la complessità del quadro normativo hanno creato difficoltà nel delineare interpretazioni omogenee idonee a garantire un'effettiva tutela nei confronti di tali lavoratori. Le pronunce di cui si propone in questa sede una breve disamina risentono di suddetta problematicità, come conferma l'adozione di percorsi argomentativi per certi aspetti differenti.

2. — *Il licenziamento per impossibilità sopravvenuta della prestazione e il quadro normativo di riferimento* — Come tutti i contratti di durata, anche il contratto di lavoro è soggetto al possibile mutamento delle condizioni in presenza delle quali è stato concluso. Tra queste, assume particolare rilevanza il mutamento delle condizioni fisiche e psichiche del lavoratore e la conseguente impossibilità sopravvenuta a svolgere la propria mansione. In tale ipotesi, si avverte, infatti, l'esigenza di bilanciare valori di rilievo costituzionale: da una parte, la libertà d'iniziativa economica ai sensi dell'art. 41 Cost. di cui il potere di recesso del datore di lavoro è espressione; dall'altra, il valore della stabilità del posto di lavoro e il diritto alla tutela della salute *ex artt.* 4, 32 e 38 Cost. Questa necessità di bilanciamento è al centro delle pronunce di merito qui in commento, le quali sono giunte alla difficile ponderazione dei contrapposti interessi dopo un'attenta analisi delle norme che regolano la materia e della *ratio* di tutela a esse sottesa.

Punto di partenza delle argomentazioni dei giudici è l'orientamento abbracciato da un'importante e risalente pronuncia delle Sezioni Unite (8), che ha segnato un fondamentale punto di svolta nella tutela dei lavoratori licenziati per sopravvenuta inidoneità fisica. Superando l'indirizzo che riteneva legittimo il licenziamento in caso di accertata e irreversibile inidoneità fisica o psichica del lavoratore, senza ravvisare in capo a quest'ultimo alcun diritto a essere assegnato a mansioni diverse (9), la Cassazione ha infatti esteso la regola del *repêchage* alle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo determinato dalla sopravvenuta infermità permanente del lavoratore, stabilendo così che l'impossibilità della prestazione non possa essere considerata causa di risoluzione del contratto e, più precisamente, giustificato motivo oggettivo di recesso

(7) La nozione più ampia si trova nella l. 5.2.1992, n. 104, sull'assistenza, integrazione sociale e diritti delle persone handicappate, che all'art. 3, c. 1, definisce disabile la persona che «presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale a determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione». L'art. 1, c. 1, l. 12.3.1999, n. 68, sul diritto al lavoro dei disabili individua i soggetti destinatari delle disposizioni normative nelle «persone in età lavorativa affette da minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali e ai portatori di handicap intellettuale, che comportino una riduzione della capacità lavorativa superiore al 45%; alle persone invalide del lavoro con una invalidità superiore al 33% alle persone non vedenti o sordomute; agli invalidi di guerra, civili o per servizio». Il d.lgs. n. 216/2003 per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro non contiene, invece, una definizione espressa di disabilità, così come non la contiene la Direttiva n. 2000/78 di cui costituisce recepimento.

(8) Cass. 7.8.1998, n. 7755, S.U., in *RIDL*, 1999, n. 1, II, 170 ss.

(9) Cfr., tra le tante: Cass. 6.11.1996, n. 9684, in *RIDL*, 1996, n. 3, II, 612 ss.; Cass. 2.4.1996, n. 3040, in *NGL*, 1996, 618 ss.; Cass. 13.3.1996, n. 2067, in *GI*, 1996, 1038 ss.; Cass. 19.3.1995, n. 3174, in *RGL*, 1995, II, 447 ss.; Cass. 14.5.1994, n. 4723, in *MGL*, 1994, 597 ss.

del datore ai sensi dell'art. 3, l. 15.7.1966, n. 604, nel caso in cui il lavoratore possa svolgere un'altra attività, anche relativa a mansioni inferiori.

Le pronunce commentate rivelano nondimeno come la decisione dei giudici di legittimità segni anche un importante limite alla tutela dell'interesse alla conservazione del posto di lavoro; limite che viene individuato nella insindacabilità dell'assetto organizzativo stabilito dall'imprenditore. Si tratta di una formula generica che pone un freno alla tensione solidaristica che ha animato l'intento della Cassazione (10), dal momento che, a ben vedere, l'intangibilità delle scelte tecniche, organizzative e produttive del datore di lavoro, ribadita a più riprese anche nelle successive pronunce (11), stride in concreto con la possibilità di ricollocazione del lavoratore inabile.

La l. 12.3.1999, n. 68, volta a introdurre norme per il diritto al lavoro dei disabili, codifica e sviluppa gli approdi cui è giunta la giurisprudenza di legittimità, incidendo sui rapporti tra licenziamento e inidoneità psico-fisica sopravvenuta nel corso del rapporto di lavoro. Le decisioni in commento richiamano, in particolare, gli artt. 1, 4 e 10, della l. n. 68/1999. L'art. 1, c. 7, enuncia il principio secondo cui i datori di lavoro, sia pubblici che privati, sono tenuti a garantire la conservazione del posto di lavoro a coloro che, pur non essendo disabili nel momento in cui vengono assunti, lo diventano a causa di un infortunio sul lavoro o di una malattia professionale. Secondo l'interpretazione che pare preferibile (12), la norma non deve essere intesa come volta a tutelare incondizionatamente il posto di lavoro, ma deve essere letta in combinato disposto con gli artt. 4 e 10 della medesima legge. In particolare, l'art. 4, c. 4, sancisce il principio per cui non costituisce giustificato motivo di licenziamento la sopravvenuta inabilità del lavoratore allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia nel caso in cui possa essere adibito a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori e senza perdita del trattamento retributivo originariamente previsto. Sotto quest'ultimo aspetto, il legislatore segna un passo avanti rispetto a quanto previsto dalla giurisprudenza di legittimità che, invece, implicitamente sembrava intendere che all'adeguamento del contratto corrispondesse anche una diminuzione della retribuzione. A completamento del quadro normativo si pone anche la previsione contenuta nell'art. 10, c. 3, della medesima legge, che fa riferimento a una diversa ipotesi, e cioè alla possibilità che il lavoratore disabile, in quanto tale assunto nel rispetto delle quote d'obbligo, subisca un aggravamento delle sue condizioni di salute idoneo a determinarne una incompatibilità con la mansione originariamente oggetto del contratto. In questo caso, la norma prevede che il rapporto di lavoro non possa essere risolto se non nel caso in cui, anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro, un'apposita commissione medica accerti la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda.

In entrambe le ipotesi di cui agli artt. 4 e 10, il licenziamento si configura come *extrema ratio*, come provvedimento adottabile solo nel caso in cui non sia possibile la

(10) Cfr. Voza 2015.

(11) Cfr., tra le tante, Cass. 7.3.2005, n. 4827, e Cass. 24.1.2005, n. 1373, in *NGL*, 2005, 494 ss.; Cass. 6.3.2007, n. 5112, in *RCDL*, 2007, n. 2, 508 ss., Cass. 23.4.2010, n. 9700, in *ADL*, 2011, n. 1, II, 146 ss. Per una visione d'insieme sulla giurisprudenza in materia, si veda Digennaro 2015.

(12) Cfr.: Casale 2013, 205; Voza 2015.

conservazione del posto di lavoro: nel primo caso imponendo al datore di lavoro di verificare la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse anche, se del caso, inferiori; nella seconda ipotesi prevedendo la necessità di attuare un più generale mutamento delle condizioni di lavoro, senza però indicare in modo chiaro in cosa tale modificazione dovrebbe consistere (13).

In *subiecta materia* è più recentemente intervenuto il d.lgs. 9.4.2008, n. 81, in tema di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, il cui art. 42, così come modificato dall'art. 27, del d.lgs. 3.8.2009, n. 106, assume una portata universalistica, e non limitata all'ambito del collocamento obbligatorio, fissando un livello minimo di tutela alla conservazione del posto di lavoro nei confronti del lavoratore divenuto inabile alla mansione (14). La norma impone che, in caso di accertata inidoneità alla mansione, il lavoratore debba essere adibito, ove possibile, a mansioni equivalenti o, in difetto, inferiori mantenendo il trattamento corrispondente a quelle originarie senza però spingersi, a differenza di quanto accade nell'ambito della l. n. 68/1999, fino a esigere adattamenti dell'organizzazione datoriale.

Ai fini della ricostruzione del quadro normativo di riferimento, le pronunce in commento prendono infine in considerazione la disciplina antidiscriminatoria introdotta dal d.lgs. 9.7.2003, n. 216, che, nel dare attuazione alla Direttiva n. 2000/78 del 27.11.2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, introduce regole particolarmente rilevanti a tutela dei lavoratori in caso di sopravvenuta inidoneità allo svolgimento delle mansioni. La previsione dettata dall'art. 3, c. 3-*bis*, del d.lgs. n. 216/2003, e introdotta con il d.l. 28.6.2013, n. 76, a seguito della condanna dell'Italia da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea (15), impone, infatti, l'obbligo in capo al datore di lavoro, sia pubblico sia privato, di adottare gli accomodamenti ragionevoli necessari al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità. L'importanza della portata di tale previsione legislativa deve essere ravvisata sotto due distinti profili. Da una parte, si tratta di un obbligo avente natura generale volto a operare in ogni fase del rapporto di lavoro e in particolar modo in quella della sua cessazione. Inoltre, il legislatore, recependo quanto previsto dall'art. 5 della Direttiva n. 2000/78, ha opportunamente non specificato il concetto di «accomodamento ragionevole», lasciando così aperta la possibilità di ricondurre ogni adattamento necessario in relazione alla situazione concreta (16).

2.1. — *La funzione di chiusura rappresentata dalla disciplina antidiscriminatoria: a) il concetto di disabilità* — All'interno di un quadro normativo tanto stratificato e disomogeneo, la disciplina antidiscriminatoria di origine comunitaria, per la sua natura trasversale e orizzontale (17), ha permesso ai giudici di merito di condurre a razionalità il sistema: da una parte, consentendo di delineare una nozione ommnicomprensiva di

(13) Sul punto, si vedano: Lambertucci 2016, 1160; Giubboni 2015, 13; Voza 2015, 775.

(14) Giubboni 2016, 627.

(15) C. Giust. 4.7.2013, C-312/11, *Commissione europea c. Repubblica italiana*, su cui si veda: Marasca 2013; Cinelli 2013.

(16) Cfr. Giubboni 2016.

(17) Su questo elemento di caratterizzazione si veda Giubboni, Borrelli 2011.

disabilità e, dall'altra, introducendo l'obbligo in capo al datore di lavoro di adottare tutti gli accorgimenti ragionevoli necessari al fine di garantire il pieno rispetto del principio di parità di trattamento.

Prima di passare ad analizzare l'impatto che tale disciplina sta avendo nel nostro ordinamento e di cui le pronunce di merito in commento sono espressione, occorre soffermarsi brevemente sui due aspetti da ultimo enunciati, ovvero le nozioni di disabilità e di accomodamento ragionevole (18).

La Direttiva n. 2000/78 non prevede una definizione di disabilità e non indica nemmeno, più in generale, i criteri volti a individuare chi siano i soggetti protetti dalla normativa antidiscriminatoria. La lacuna è stata però colmata in via interpretativa dalla Corte di Giustizia, che, utilizzando come parametro interpretativo di riferimento la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 13.12.2006 (19) (nel frattempo adottata e ratificata dalla stessa Ue) (20), ha finito per abbracciare un concetto ampio e dinamico di disabilità, superando l'impostazione accolta nella sentenza *Chacon Navas* (21). Nella sentenza *Hk Danmark* (22), infatti, la Corte ha enunciato una nozione in linea con quella fatta propria dalla Convenzione Onu (23), guardando alla disabilità come a un fatto sociale, determinato dalla interazione reciproca tra individuo e ambiente, tra limitazioni individuali e barriere sociali o ambientali (24). La forza espansiva del modello sociale di disabilità, incentrato sulla distinzione tra *impairment* e *disability* – e cioè sull'idea che quest'ultima sia da intendere come marginalizzazione e svantaggio derivante da fattori sociali e ambientali, esterni alle differenze individuali e biologiche e con esse in semplice rapporto d'inte-

(18) Per un'analisi del quadro sovranazionale in materia di tutela dei lavoratori disabili si vedano: Aimo, Izzi 2018; Izzi 2017; Lawson, Waddington 2016; Tucci 2011.

(19) Per un'analisi approfondita sulla Convenzione si veda: Waddington, Lawson 2018; Della Fina *et al.* 2017.

(20) L'Unione europea ha ratificato la Convenzione con la decisione n. 2010/48 del Consiglio del 26 novembre 2009 dopo aver attivamente contribuito alla definizione dei suoi contenuti. Sul punto si veda Quinn 2007.

(21) Cfr. C. Giust. 11.7.2006, C-13/05, *Chacon Navas c. Eures Collectividades Sa*, che affronta il problema della relazione tra malattia e disabilità per capire se i due concetti possano essere in qualche modo assimilati ai fini dell'applicabilità della Direttiva n. 2000/78. La Corte in questa pronuncia abbraccia un'idea di disabilità di tipo medico e individuale concentrandosi precipuamente sull'idea di disabilità quale limitazione funzionale risultante da lesioni fisiche, mentali o psichiche tale da ostacolare la partecipazione della persona alla vita professionale, e ciò, sostiene la Corte, non può che essere collegato a situazioni di lunga durata diverse dalla malattia. Criticamente si vedano: Barbera 2007, 92; Pastore 2016, 201; Lawson 2017, 61; gli Autori sottolineano come la pronuncia individui i limiti all'inclusione lavorativa nell'individuo e nelle sue limitazioni fisiche e non invece nell'interazione tra la sua condizione e l'ambiente circostante, delineando così un concetto di disabilità di tipo biomedico invece che sociale.

(22) C. Giust. 11.4.2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11, *Hk Danmark e Hk Danmark c. Dansk almennyttigt Boligselskab e Pro Display*.

(23) Si veda il Considerando *e* della Direttiva n. 2000/78, che sostiene che «la disabilità è un concetto in evoluzione e che la disabilità è il risultato dell'interazione tra persone con minorazioni e barriere attitudinali e ambientali, che impedisce la loro piena ed efficace partecipazione nella società su una base di parità con gli altri».

(24) Si veda il punto 38 della sentenza della C. Giust. 11.4.2013, *Hk Danmark*, cit.

razione —, ha portato la Corte a ritenere che tale condizione possa anche essere la conseguenza dell'insorgere di una malattia. Se, infatti, si limitasse l'operatività della Direttiva n. 2000/78 alle sole ipotesi di disabilità conseguenti a menomazioni congenite o derivanti da incidenti, ciò sarebbe non solo in contrasto con il dettato della direttiva, che nulla dispone a riguardo, ma anche con la *ratio* della stessa, volta a realizzare il principio di parità e non discriminazione dei soggetti disabili a prescindere dalla causa della disabilità. In base a queste considerazioni, la Corte ha affermato che il concetto di disabilità debba essere inteso in modo da ricondurvi ogni «condizione patologica causata da una malattia diagnosticata come curabile o incurabile, qualora tale malattia comporti una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, possa ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori, e tale limitazione sia di lunga durata» (25). La medesima conclusione è stata raggiunta anche nella successiva pronuncia *Fag og Arbejde (Foa)* (26), dove la malattia non è stata considerata di per se stessa disabilità, bensì di quest'ultima eventuale causa.

Pur non potendosi quindi parlare di un'equiparazione tra i concetti di malattia e disabilità, si ammette la possibilità che una malattia, curabile o incurabile, possa determinare una condizione di disabilità riconducibile, in quanto tale, all'ambito di applicazione della Direttiva n. 2000/78.

È proprio il cd. modello sociale e dinamico di disabilità appena descritto a essere posto alla base delle pronunce in commento. In tutte e tre le decisioni viene, infatti, richiamata la disciplina comunitaria e l'interpretazione che del concetto di disabilità è stata data dalla Corte di Giustizia nell'ambito delle sentenze prima enunciate. Più nello specifico, i casi presi in considerazione dai tribunali di merito fanno riferimento a lavoratori o lavoratrici affetti da malattie croniche quali un carcinoma all'utero (Tribunale di Asti), il morbo di Parkinson (Tribunale di Ivrea) e patologie invalidanti, non altrimenti specificate, causate da un infortunio occorso presso un precedente datore di lavoro (Tribunale di Roma). I giudici, pur riconoscendo che la malattia in quanto tale non possa essere considerata un motivo di discriminazione che si aggiunge a quelli previsti dall'art. 1 della Direttiva n. 2000/78, ritengono tuttavia che nei casi di specie si sia comunque in presenza di limitazioni fisiche a carattere duraturo tali da ostacolare, interagendo con le barriere insite nell'organizzazione del lavoro, la piena ed effettiva partecipazione del lavoratore o della lavoratrice su base di uguaglianza con altri lavoratori alla vita professionale.

2.2. — Segue: *b) gli accomodamenti ragionevoli* — Se si abbraccia un approccio di tipo individuale, identificando la causa della discriminazione delle persone con disabilità nei loro corpi o nelle loro menti, gli adattamenti non possono che essere incentrati sugli individui. Se invece si guarda alla disabilità come costruzione sociale si devono inevitabilmente cercare soluzioni che mirino a mutare il contesto in cui le persone disabili lavorano, eliminando le barriere che la determinano. In quest'ultimo sen-

(25) Così il punto 47 di C. Giust. 11.4.2013, *Hk Danmark*, cit.

(26) C. Giust. 18.12.2014, C-354/13, *Fag o Arbejde (Foa) c. Kommunernes Landsdoerning Kl.*

so deve essere letto l'obbligo posto in capo al datore di lavoro di adottare soluzioni ragionevoli al fine di garantire la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro di cui all'art. 3, c. 3-*bis*, del d.lgs. n. 216/2003.

Il cambio di rotta è stato consentito dalla scelta fatta dal legislatore, analogamente a quanto avvenuto in sede di redazione dell'art. 5 della Direttiva n. 2000/78 e dell'art. 2 della Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità, di non restringere aprioristicamente il contenuto dell'obbligo posto in capo al datore di lavoro, consentendo di ricondurvi tutti gli adattamenti necessari in relazione al singolo caso concreto, con l'unico limite del carattere sproporzionato o eccessivo di tali oneri (27). All'interno della nozione di accomodamento ragionevole potranno così essere ricondotti non solo interventi di carattere materiale o strutturale (si pensi per esempio alla ristrutturazione dei luoghi di lavoro, all'adattamento dei macchinari, all'adeguamento delle attrezzature in funzione dell'handicap), ma anche di carattere organizzativo come il trasferimento del lavoratore, il suo distacco, l'adeguamento dei ritmi di lavoro, la riduzione dell'orario, la rotazione, la ripartizione dei compiti, la redistribuzione delle mansioni nell'ambito dell'organizzazione imprenditoriale, coinvolgendo inevitabilmente anche le posizioni degli altri lavoratori (28).

Alla luce di quanto appena detto, il controllo rimesso al giudice circa la legittimità del licenziamento per g.m.o. non potrà quindi più limitarsi alla verifica sull'effettiva sussistenza dei motivi di recesso dedotti, del nesso causale tra tali motivi e il licenziamento e sull'osservanza dell'obbligo di *repêchage*, nel rispetto del limite dell'insindacabilità e intangibilità delle scelte organizzative del datore di lavoro. L'esigenza di garantire effettività al principio di uguaglianza sostanziale tra lavoratori in ogni fase del rapporto di lavoro, a maggior ragione nel momento della sua cessazione, e il correlato obbligo imposto al datore di lavoro di adottare gli accomodamenti ragionevoli portano inevitabilmente a ripensare tale impostazione. Di tale evoluzione interpretativa sono espressione alcune recenti pronunce della Corte di Cassazione (29) le quali, ponendo al centro la tutela del lavoratore disabile, hanno rimesso in discussione gli orientamenti giurisprudenziali nel tempo affermatasi e a cui si è già fatto cenno (30), confermando la portata innovativa che la previsione contenuta nell'art. 3, c. 3-*bis*, del d.lgs. n. 216/2003 sta avendo nel nostro ordinamento. Al centro delle pronunce di legittimità si pone infatti l'obbligo dei ragionevoli adattamenti: obbligo che prescrive a ogni datore di lavoro di intervenire sulla organizzazione aziendale esistente, modificandola e adeguandola alle esigenze di tutela del lavoratore disabile, condizionando così in modo più incisivo rispetto al passato il diritto potestativo di recesso dell'imprenditore.

L'art. 3, c. 3-*bis*, è posto a fondamento anche delle decisioni di merito qui in commento, legittimando i giudici, dopo un'attenta istruttoria, a individuare in concreto

(27) Cfr. il Considerando n. 21 della Direttiva n. 2000/78, secondo cui, «per determinare se le misure in questione danno luogo a oneri finanziari sproporzionati, è necessario tener conto in particolare dei costi finanziari o di altro tipo che esse comportano, delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell'organizzazione o dell'impresa e della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni».

(28) Si veda il Considerando n. 20 della Direttiva n. 2000/78.

(29) Cfr. nota 5.

(30) Cfr. nota 11.

gli accomodamenti che i datori di lavoro avrebbero dovuto adottare al fine di garantire tutela ai lavoratori disabili, nel rispetto del limite rappresentato dal carattere non sproporzionato né eccessivo degli oneri a carico del datore di lavoro. In particolare, il Tribunale di Asti afferma che in luogo del licenziamento della lavoratrice per l'impossibilità ad assolvere le sue mansioni (mansioni di Oss, in particolare inerenti alla movimentazione dei pazienti) a causa di un carcinoma all'utero, il datore di lavoro avrebbe dovuto percorrere la via della redistribuzione delle mansioni e dei turni affidati alle altre lavoratrici, in modo tale da attribuire alla ricorrente mansioni compatibili con le sue limitazioni (apparecchiare e sparecchiare i tavoli del refettorio, accudire pazienti già posizionati sulla carrozzina, pulire i locali ecc.).

L'ordinanza del Tribunale di Ivrea ha invece a oggetto il licenziamento di un lavoratore malato del morbo di Parkinson, originariamente adibito alla mansione di autista raccoglitore presso un'azienda addetta allo smaltimento e raccolta rifiuti. Attraverso una complessa e articolata motivazione, il giudice di merito individua in modo puntuale le mansioni cui il lavoratore avrebbe potuto essere adibito nel rispetto dell'obbligo previsto dall'art. 3, c. 3-*bis*, del d.lgs. n. 216/2003 (mansioni di prima accoglienza o portierato). Nel caso di specie, la pronuncia non solo prospetta la possibilità di una redistribuzione delle mansioni affidate ai lavoratori assunti dal datore di lavoro, nonché una riduzione dell'orario di lavoro del lavoratore disabile in ossequio a quanto disposto dalla Corte di Giustizia (31), ma addirittura ammette quale accomodamento ragionevole, non sproporzionato né eccessivo, la creazione di un nuovo posto di lavoro da portiere cui avrebbe potuto essere adibito il lavoratore. Si tratta, in ogni caso, di una soluzione che deve essere letta alla luce delle risultanze probatorie emerse durante l'istruttoria: l'eccessiva onerosità e la sproporzione dell'accomodamento sono state infatti escluse in ragione del fatto che l'azienda aveva assunto un altro lavoratore adibendolo a tali mansioni subito dopo il licenziamento del lavoratore disabile, in ossequio a un provvedimento dell'autorità amministrativa che imponeva una limitazione all'accesso all'area aziendale e la conseguente necessità di un portiere.

Infine, anche il Tribunale di Roma, con riferimento al licenziamento di una lavoratrice affetta da una patologia tale da determinare una limitazione permanente nello svolgimento delle mansioni a lei assegnate (mansioni di pulizia e di movimentazione di carichi/pazienti), indica nella redistribuzione dei compiti tra i lavoratori l'accomodamento in concreto necessario ai fini della tutela della lavoratrice disabile. In particolare, il giudice individua tra le mansioni già attribuite ad altri dipendenti aventi la medesima qualifica quelle a lei accessibili perché compatibili con la sua condizione di salute (riordino del magazzino, preparazione dei carrelli contenenti il materiale per la pulizia, lavaggio quotidiano dei materiali per la pulizia, ricezione delle telefonate inerenti alla sanificazione del posto letto ecc.), sottolineando come una redistribuzione dei compiti e la conseguente adibizione della lavoratrice solo ad alcune mansioni rappresenti una misura che non comporta un costo aziendale sproporzionato.

Dalle soluzioni appena prospettate, appare evidente come, in tutti e tre i casi, la normativa antidiscriminatoria svolga una funzione di chiusura del sistema normativo posto a tutela del lavoratore disabile, inducendo i giudici a interpretare l'obbligo di *re-*

(31) Cfr. il punto n. 56 della sentenza della C. Giust. 11.4.2013, *Hk Danmark*, cit.

pêchage in modo più esteso, tanto da imporre al datore di lavoro una modifica all'organizzazione produttiva, seppur nei limiti della proporzionalità e non eccessiva onerosità. In conclusione, l'art. 3, c. 3-*bis*, se non vuole rimanere lettera morta, impone necessariamente una rilettura degli orientamenti giurisprudenziali nel tempo consolidatisi. Con riferimento alla specifica ipotesi di licenziamento per impossibilità sopravvenuta della prestazione, l'assetto organizzativo aziendale non potrà più essere considerato dato intangibile in quanto protetto dall'art. 41 Cost. L'introduzione dell'obbligo di accomodamenti ragionevoli, espressione dell'art. 3, c. 2, Cost. (32), sposta infatti i termini del bilanciamento in favore del lavoratore disabile imponendo al datore di lavoro di operare sulla propria organizzazione produttiva adattandola e modificandola nei limiti della non eccessiva onerosità degli interventi (33).

3. — *Le sanzioni a fronte del licenziamento illegittimo tra mancanza di giustificazione e discriminatorietà* — Il quadro normativo a tutela dei lavoratori disabili si completa con la disciplina delle conseguenze sanzionatorie a fronte del recesso illegittimo. La materia è stata oggetto di due recenti riforme a opera della l. 28.6.2012, n. 92 (34), e del d.lgs. 4.3.2015, n. 23 (35). La legge cd. Monti-Fornero del 2012, in primo luogo, ha condotto all'interno della reintegrazione «attenuata» di cui all'art. 18, c. 7, St. lav., l'ipotesi del licenziamento privo di giustificazione, intimato per motivo oggettivo consistente nell'idoneità fisica o psichica del lavoratore anche ai sensi degli artt. 4, c. 4, e 10, c. 3, della l. n. 68/1999. L'art. 2, c. 4, del d.lgs. n. 23/2015, attuativo del *Jobs Act*, riconduce invece il medesimo licenziamento nell'alveo della tutela reintegratoria «forte», insieme ai licenziamenti discriminatori e nulli (36).

Il regime sanzionatorio applicabile alle controversie in commento è quello introdotto dall'art. 18 St. lav., su cui si soffermeranno dunque le osservazioni che seguono. Il legislatore del 2012 ha introdotto un regime speciale e rafforzato rispetto alla ipotesi di generico difetto di g.m.o., poiché, nell'ipotesi in cui il giudice accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato per mancanza di giustificato motivo oggettivo determinato dalla inidoneità sopravvenuta del lavoratore, ha previsto l'obbligatorietà della reintegrazione nel posto di lavoro, insieme a un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegra, decurtata dell'*aliunde perceptum* e circoscritta a non più di dodici mensilità. Diversamente, nella ipotesi di manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, l'applicazione della tutela reale attenuata è rimessa alla discrezionalità del giudice (37); mentre negli altri

(32) Barbera 2007, 82 ss.

(33) Cfr. Giubboni 2016, 635.

(34) Cfr.: Casale 2014; Topo 2013.

(35) Cfr.: Garofalo 2015; Giubboni 2015; Pasqualetto 2015.

(36) Sul dubbio d'incostituzionalità in ordine ai due diversi regimi di tutela in ragione della sola data di assunzione, cfr. Lambertucci 2016. Sulle differenze lessicali tra le due disposizioni e sui dubbi interpretativi che ne sono derivati, si vedano Giubboni 2016 e Voza 2015.

(37) Occorre invero sottolineare come l'interpretazione del c. 4 dell'art. 18 St. lav. non sia univoca. Si registra, infatti, un contrasto giurisprudenziale che vede contrapporsi pronunce che ritengono che la locuzione «può altresì applicare» debba interpretarsi nel senso che il giudice, accertata l'inesistenza del fatto posto alla base del licenziamento, debba – e non già possa – ap-

casi di insussistenza del giustificato motivo oggettivo opera la tutela meramente indennitaria prevista dall'art. 18, c. 5, St. lav.

I problemi interpretativi sorgono nel momento in cui la mancanza di una giustificazione volta a sorreggere il recesso da parte del datore di lavoro celi un licenziamento discriminatorio. L'art. 18, c. 1, St. lav. sanziona infatti come nullo il licenziamento discriminatorio fondato sull'handicap, prevedendo quali conseguenze la reintegra e il risarcimento del danno, senza che sia fissato alcun tetto all'entità del risarcimento. Si tratta allora di coordinare le norme e capire quando sia semplicemente ravvisabile un difetto di giustificazione e quando, invece, si tratti di licenziamento discriminatorio. Sul punto, si è cercato di distinguere, non senza difficoltà, le due ipotesi. Si è per esempio ricondotto nell'ambito del licenziamento privo di giustificazione, con conseguente applicazione dell'art. 18, c. 7, St. lav., il licenziamento intimato per inidoneità allo svolgimento delle mansioni e accertato come illegittimo per insussistenza della inidoneità stessa. Diverso è stato considerato il caso in cui il datore di lavoro non abbia adottato gli accomodamenti ragionevoli necessari a garantire la tutela del posto di lavoro al lavoratore disabile: in questa ipotesi si tratterebbe, infatti, di un comportamento discriminatorio, in quanto posto in violazione dell'art. 3, c. 3-bis, della l. n. 216/2003 e come tale riconducibile nell'ambito della tutela reintegratoria forte (38). Relativamente a quest'ultima questione, occorre sottolineare che la Corte di Cassazione, in una recente pronuncia, ha ritenuto illegittimo perché privo di giustificazione il licenziamento intimato per inidoneità fisica o psichica del lavoratore avvenuto in violazione dell'obbligo di adibirlo a mansioni compatibili con il suo stato di salute, riconoscendo di conseguenza la tutela reintegratoria attenuata prevista dal c. 4, dell'art. 18, St. lav (39).

In ogni caso, la distinzione non è facile da delineare, e di ciò sono prova le pronunce di merito in commento. Pur trattandosi di situazioni pressoché analoghe, le domande prospettate dalle parti, e di conseguenza le decisioni dei giudici, si differenziano. L'ordinanza del Tribunale di Ivrea, sulla base delle domande proposte e in ossequio al principio processual-civilistico della corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c., accoglie il ricorso annullando il licenziamento ed erogando in favore del lavoratore disabile la tutela reale attenuata di cui all'art. 18, cc. 4 e 7, St. lav. Diversamente dispongono la sentenza del Tribunale di Roma e l'ordinanza del Tribunale di Asti, le quali, sulla base, ancora una volta, della domanda formulata dalla parte ricorrente in ragione di una diversa qualificazione del licenziamento, dichiarano nullo il licenziamento in quanto discriminatorio, applicando la disciplina prevista dall'art. 18, c. 1, St. lav.

plicare la sanzione della reintegra (cfr., tra le altre, Cass. 14.7.2017, n. 17528, in *DeJure*) e altre che, invece, riconoscono in capo al giudice un ambito di discrezionalità in ossequio al dato testuale della norma (si veda recentemente Cass. 2.5.2018, n. 10435, in *DeJure*). Tra queste ultime si colloca l'ordinanza del Tribunale di Ivrea, che ha individuato la tutela erogabile in quella prevista nella seconda parte del c. 4 dell'art. 18. Per questo, la motivazione cerca di risolvere tre diverse questioni, in particolare chiarendo che cosa si debba intendere per «insussistenza del giustificato motivo», individuando gli indici per qualificare come «manifesta» tale insussistenza e, infine, quali siano i criteri in base ai quali il giudice «può» applicare la tutela reale.

(38) Per tale ricostruzione si vedano: Giubboni 2016; Lambertucci 2016.

(39) Cfr. Cass. 12.12.2018, n. 32158, cit.

Anche se la diversità dei percorsi non è priva di rilevanza in punto di conseguenze sanzionatorie e della ripartizione dell'onere probatorio (dal momento che la tutela antidiscriminatoria riconosce una maggiore protezione così come un onere della prova più favorevole in capo al lavoratore), le pronunce esaminate, in una prospettiva più generale, sono in ogni caso foriere di una impostazione garantista nei confronti dei lavoratori disabili e segnano un'importante svolta nel percorso di riconoscimento dei loro diritti.

Riferimenti bibliografici

- Aimo M. (2019), *Inidoneità sopravvenuta alla mansione e licenziamento: l'obbligo di accomodamenti ragionevoli preso sul serio dalla Cassazione*, in corso di pubblicazione in *RIDL*, n. 2, II.
- Aimo M., Izzi D. (2018), *Disability and Employee Well-being in Collective agreements: Practice and Potential*, in *Adapt labour studies*, vol. 7, n. 3, settembre-ottobre.
- Barbera M. (2007), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano.
- Casale D. (2013), *L'inidoneità psicofisica del lavoratore pubblico*, Bononia University Press, Bologna.
- Casale D. (2014), *Malattia, inidoneità psicofisica e handicap nella novella del 2012 sui licenziamenti*, in *ADL*, n. 2, I, 401 ss.
- Cester C. (2015), *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 248.
- Cinelli M. (2013), *Insufficiente per la Corte di Giustizia la tutela che l'Italia assicura ai lavoratori disabili: una condanna realmente meritata?*, in *RIDL*, n. 2, II, 922 ss.
- Della Fina V. et al. (2017), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, Springer International Publishing, Cham.
- Digennaro P. (2015), *Il licenziamento del lavoratore disabile tra modifiche normative e riscontri giurisprudenziali*, in *LG*, n. 8-9, 859 ss.
- Fernandez Martinez S., Tiraboschi M. (2017), *Lavoro e malattie croniche*, in *Adapt labour studies*, e-book series, n. 64.
- Garofalo D. (2015), *Il giustificato motivo oggettivo nella riforma Renzi: le fattispecie controverse*, in Ghera E., Garofalo D. (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 137 ss.
- Giubboni S. (2015), *Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione dopo la legge Fornero e il Jobs Act*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 261.
- Giubboni S. (2016), *Disabilità, inidoneità sopravvenuta, licenziamento*, in *RGL*, n. 3, I, 621 ss.
- Izzi D. (2016), *Il licenziamento discriminatorio secondo la più virtuosa giurisprudenza nazionale*, in *LG*, n. 8-9, 748 ss.
- Izzi D. (2017), *Commento all'art. 26. Inserimento dei disabili*, in Aa.Vv., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 498 ss.
- Lambertucci P. (2016), *Il lavoratore disabile tra disciplina dell'avviamento al lavoro e tutela contro i licenziamenti: brevi note a margine dei provvedimenti attuativi del cd. Jobs Act alla «prova» della disciplina antidiscriminatoria*, in *ADL*, n. 6, I, 1148 ss.

- Lawson A., Waddington L. (2016), *The unfinished story of EU disability non-discrimination law*, in Aa.Vv., *Research Handbook on EU Labour Law*, Elgar Publishing, Cheltenham.
- Marasca M. (2013), *La Corte di Giustizia boccia l'Italia: verso i disabili un irragionevole trattamento sul luogo di lavoro*, in RDSS, n. 3, 623 ss.
- Pasqualetto E. (2015), *Il licenziamento discriminatorio e nullo nel «passaggio» dall'art. 18 Stat. lav. All'art. 2 d.lgs. n. 23/2015*, in Carinci F., Cester C. (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, in Adapt labour studies, e-book series, n. 46, 48 ss.
- Pastore M. (2016), *Disabilità e lavoro: prospettive recenti della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in RDSS, n. 1, 199 ss.
- Riccardi A. (2018), *Disabili e lavoro*, Cacucci, Bari.
- Topo A. (2013), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in Cester C. (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 165 ss.
- Tucci G. (2011), *La discriminazione contro il disabile: rimedi giuridici*, in DLRI, n. 1, 1 ss.
- Varva S. (2018), *Malattie croniche e lavoro tra normativa e prassi*, in RIDL, n. 1, I, 109 ss.
- Voza R. (2015), *Sopravvenuta inidoneità psicofisica e licenziamento del lavoratore nel puzzle normativo delle ultime riforme*, in ADL, n. 4-5, I, 771 ss.
- Waddington L., Lawson A. (2018), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Practice A Comparative Analysis of the Role of Courts*, Oxford University Press, Oxford.

Roberta Bono
Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Torino

DIRITTO SINDACALE

I

[CORTE D'APPELLO ROMA, 12.12.2018](#) – Pres. Gallo, Est. Puoti – Clas (Confederazione lavoratori associati in sindacato) (avv.ti Vallebona, Cerchione) c. C.F. e altri (avv.ti Alleva, Carlascio, Furlanetto).

Sindacati – Associazioni non riconosciute – Congresso provinciale costituito dai delegati eletti nei luoghi di lavoro – Strumento non equipollente all'assemblea e non idoneo a garantire la democrazia diretta – Convocazione dell'assemblea ex art. 20 c.c. – Necessità – Applicabilità del principio legislativo di democrazia diretta.

Nessuna delle tre strutture previste dallo Statuto (Congresso nazionale, regionale e provinciale) garantisce la piena rappresentanza degli associati, non essendo previsto un organo attraverso il quale ciascun associato, con il proprio voto, possa concorrere alla designazione dei rappresentanti delle strutture superiori. Il Congresso provinciale non costituisce né uno strumento di democrazia diretta, non essendo equiparabile all'assemblea per le modalità di partecipazione, né uno strumento di democrazia indiretta, stante l'assenza di organo deliberativo di base che consenta la designazione diretta dei componenti del collegio più ristretto. Di conseguenza, si conferma e si ravvisa la necessità della convocazione dell'assemblea ex art. 20 c.c. (1)

II

[TRIBUNALE ROMA, 24.9.2018](#) – Est. Romano – C.F. e altri (avv.ti Alleva, Carlascio, Furlanetto) c. Clas (Confederazione lavoratori associati in sindacato).

**Sindacati – Associazioni non riconosciute – Convocazione dell'assemblea
– Art. 20 c.c. – Applicabilità – Principio legislativo di democrazia diretta – Prevalenza.**

Il principio sancito dall'art. 20, c. 2, c.c. per le associazioni riconosciute, che riconosce espressamente la possibilità di ricorrere al presidente del tribunale per ottenere la convocazione dell'assemblea di un'associazione nel caso in cui gli amministratori non abbiano ottemperato a una motivata richiesta di almeno un decimo degli associati, è direttamente applicabile anche alle associazioni non riconosciute e non può essere derogato in peius dallo Statuto. La circostanza che al Congresso provinciale partecipino i «delegati eletti nei luoghi di lavoro» non garantisce pienamente quella democraticità interna dell'associazione che dovrebbe realizzare, al termine della catena organizzativa, la rappresentanza degli associati nell'ambito del Congresso nazionale. Invero, non ravvisandosi un organo «partecipativo» della «base» equipollente all'assemblea, l'esistenza dell'assemblea deriva direttamente dalla legge. (2)

(1-2) L'ASSOCIAZIONE SINDACALE TRA DEMOCRAZIA DIRETTA E INDIRETTA

1. — Il tema che si intende affrontare è quello della democrazia interna delle associazioni, ivi compresi partiti e sindacati, non molto frequentato oggi dalla giurisprudenza e anche dalla dottrina per una sorta di pregiudizio positivo di ispirazione liberale o libertaria.

Il pensiero, infatti, corre subito al principio fissato nell'art. 36 c.c., secondo cui «l'ordinamento interno e l'amministrazione delle associazioni non riconosciute come persone giuridiche sono regolati dagli accordi degli associati». Con la subitanea considerazione che, poiché sono frutto di tali accordi anzitutto lo Statuto con relativo Regolamento di cui ogni associazione è dotata, ne consegue che con la loro adozione ogni problema di democrazia interna – dall'assunzione delle delibere alla nomina degli organi – sarebbe «*ipso facto*» risolto nei termini statutariamente concordati.

Nel concreto, poi, si rileva una sorta di standardizzazione degli Statuti, per la quale la fisionomia della democrazia interna dell'associazione risulta conforme a un modello di democrazia «indiretta» e «suddivisa» tra una pluralità di organi e istanze associative.

Al centro del modello vi è, sempre o quasi sempre, un organo che è sede deliberativa generale, ossia un Congresso detentore del potere sovrano e della «*summa*» delle competenze, ma che si riunisce e opera solo periodicamente, con scadenze pluriennali, e demanda l'esercizio del potere deliberativo sulle problematiche che nel frattempo si presentano a organi più ristretti («Consiglio», «Comitato centrale», «Segreteria», ecc.).

La caratteristica saliente, però, e in specie nelle associazioni più numerose e geograficamente articolate, è che lo stesso Congresso non è un'Assemblea di tutti gli iscritti, ma un'assemblea di delegati provenienti da assemblee parziali, normalmente territoriali, cui effettivamente può partecipare il singolo associato. Con l'aggiunta

importante che queste assemblee «di base» non sempre portano alla valutazione e al voto degli iscritti, attraverso «tesi» o «mozioni» problematiche di merito sull'andamento e scopo dell'associazione, ma funzionano solo come «Comizi elettorali» per la nomina dei delegati al Congresso nazionale o a Congressi territoriali intermedi (Galgano 1969, 278 ss.).

Insomma, nella prassi, l'associato è, soprattutto, un elettore di delegati che ne eleggono altri «a catena», piuttosto che il protagonista diretto dell'atto formativo delle deliberazioni dell'associazione e, dunque, appare adeguata, per la democrazia interna delle associazioni, comprese quelle sindacali, la qualificazione di democrazia «indiretta» e «ripartita».

Ma questo ormai stagionato paradigma non è forse così scontato, e le due pronunzie in esame del Tribunale e della Corte d'Appello di Roma rivalutano grandemente il modello della democrazia diretta, come esplicitato dalla previsione dell'art. 20 c.c., quale scelta originaria del legislatore destinata, pertanto, a fungere da pietra di paragone per la legittimità e funzionalità dei modelli statutari adottati dalle singole associazioni.

Gli accordi degli associati, infatti, non sono – come forse un tempo si credeva – l'unica fonte regolativa della vita interna delle associazioni non riconosciute, soggette anche a una disciplina legislativa molto rilevante, costituita, anzitutto, da cogenti principi costituzionali (ad esempio, in tema di parità dei diritti degli associati) e poi dalla disciplina codicistica dell'art. 20 c.c. (Galgano 1976; Galgano 1969), dettata in origine per le associazioni riconosciute, aventi personalità giuridica, ma poi dichiarata applicabile da una giurisprudenza del tutto stabilizzata anche alle associazioni non riconosciute (Cfr., fra tutte, Cass. 3.11.1981, n. 5791, S. I civ., in *MGC*, 1981, fasc. 11).

Il problema sorge proprio a questo proposito, perché la disciplina codicistica delle associazioni (riconosciute e anche non riconosciute) adotta un modello di democrazia diretta e non già indiretta, che ha la sua più evidente espressione nella norma dell'art. 20 c.c.

Quest'ultimo pone al centro della vita associativa l'assemblea generale di tutti i soci, da comunicare almeno una volta all'anno per l'approvazione del bilancio, e ogni volta che gli amministratori ne ravvisino la necessità. Ma non soltanto, perché il 10% degli associati ha il diritto di chiedere e ottenere la convocazione dell'assemblea con l'ordine del giorno da loro stessi stabilito, e si tratta – va sottolineato – di un potere rigidamente garantito dalla legge, tanto che, in caso di rifiuto o di inerzia degli amministratori, l'assemblea è convocata, su ricorso dei richiedenti, direttamente dal presidente del Tribunale.

Quel che la legge garantisce all'associato non è, dunque, solo il diritto di eleggere delegati o rappresentanti, bensì di «dire la sua» sul merito dei problemi e di farlo direttamente in assemblea. C'è ovviamente la possibilità di conferire una delega di voto ad altro associato, ma si tratta di una scelta volontaria ben diversa dalla «via obbligata» di elezioni di rappresentanti prevista dalla «democrazia indiretta» come unico canale di partecipazione.

Accertata, allora, la netta differenza, se non addirittura la opposizione concettuale fra i due sistemi, sorgono alcune domande cui cercheremo di dare una risposta nel paragrafo seguente.

Anzitutto, l'autonomia privata, ovvero lo Statuto delle associazioni, può derogare

completamente il sistema di democrazia diretta di cui all'art. 20 c.c., sostituendogli semplicemente una regolamentazione di democrazia indiretta?

Oppure la possibilità di deroga è solo parziale, riguardando più la forma e le procedure che la sostanza, così da salvaguardare una equivalenza pratica dei sistemi deliberativi e la praticabilità di alcuni diritti di partecipazione diretta, come quello di pretendere, con istanza del 10% degli iscritti, l'indizione dell'assemblea generale?

E in ogni caso, permane quanto meno un carattere dispositivo della regolamentazione legale, a integrazione di eventuali lacune della disciplina convenzionale statutaria imperniata sulla democrazia indiretta?

2. — Sono domande per le quali le due pronunce in esame offrono materiali e riflessioni e consentono di affacciare delle risposte, in relazione, va detto, a una fattispecie litigiosa concreta che costituiva un eccellente caso di laboratorio. Infatti, in un sindacato autonomo, il ristretto gruppo di comando (segreteria) si rifiutava di «mostrare i conti» della gestione dopo quattro anni dalla fondazione dello stesso sindacato e anche di convocare l'assemblea, richiesta ai sensi dell'art. 20 c.c. da un'altra aliquota di iscritti, con il pretesto che, ai sensi dello Statuto associativo, si sarebbe dovuto tenere il Congresso nazionale entro quattro anni dalla fondazione, non ancora del tutto trascorsi.

Il Tribunale di Roma ha dato atto della legittimità di accordi che, anche per motivi pratici (come l'alto numero di associati e la diffusione territoriale dell'associazione), sostituiscano, nello Statuto associativo, una strumentazione di democrazia indiretta o rappresentativa a quella, di origine legale, di democrazia diretta, ma ha escluso che gli accordi possano poi divenire la fonte unica di regolazione dei rapporti.

In particolare, ove, come nella specie, la disciplina convenzionale non risulti esattamente definita e procedimentalizzata, ad esempio, per mancanza di norme regolamentari sulle assemblee provinciali «di base», ha escluso che si possa ricorrere a un procedimento o tecnica di «autoimplementazione» della disciplina convenzionale, a stregua di interpretazione o ricorso al «*quod plerumque accidit*», e ha sancito invece l'obbligo di «riconoscere che il sistema di democrazia diretta è quello previsto dal legislatore e come tale applicabile in difetto di difformi previsioni statutarie». E poiché mancava una disciplina negoziale che sancisse con precisione il diritto dell'iscritto a «concorrere anche in via indiretta, alla assunzione delle decisioni primordiali», ha proceduto senz'altro a indire l'assemblea generale di cui all'art. 20 c.c., nominando presidente dell'assemblea il primo dei ricorrenti.

Può sembrare poco ma non lo è, perché, in tal modo, la democrazia diretta diviene «la pietra di paragone» per la legittimità dei risultati del sistema statutario di democrazia indiretta: si torna alla disciplina legale dell'art. 20 c.c. quando un istituto non sia previsto o non regolato in modo soddisfacente dallo Statuto, ma, logicamente, anche quando manchi l'equivalenza nei risultati dell'uso del sistema legale e di quello convenzionale.

Una ipotesi di grande interesse è quella della possibile contraddizione nel merito delle deliberazioni, tra i risultati della democrazia indiretta e di quella diretta.

In quest'ultima, risolvendosi tutto in una sola e unica assemblea generale, la mozione o tesi che ottiene il maggior numero di voti degli iscritti prevale e diviene volontà di tutta l'associazione; ma nel caso della democrazia indiretta può verificarsi un effetto

opposto, ossia che la mozione che ha ottenuto la maggioranza nel «voto popolare», computato sull'insieme dei voti espressi nelle assemblee locali, ottenga la minoranza dei delegati al Congresso, a causa dello squilibrio dei voti nella singola assemblea locale. È un effetto ben conosciuto nel sistema elettorale americano, dove è accaduto non raramente (l'ultima volta nel duello Donald Trump-Hillary Clinton) che il candidato che aveva ottenuto la maggioranza del «voto popolare» avesse però solo la minoranza dei delegati degli Stati. È un problema, tuttavia, che ben può riguardare anche e proprio le associazioni sindacali e non si può sottacere che esso è stato sfiorato proprio in occasione della nomina del nuovo segretario della più grande confederazione sindacale italiana, quando si contrapponevano due candidati, uno dei quali popolarissimo presso la base degli iscritti e l'altro, invece, molto apprezzato soprattutto dai quadri operativi della stessa confederazione, competenti statutariamente per la nomina del segretario: il problema, si diceva, è stato evitato di misura con un opportuno accordo politico unitario, che ha privilegiato il candidato della base, riconoscendo all'altro un onorevole posizionamento come vicesegretario. A ulteriore dimostrazione di quanto suggerito dalle sentenze in commento, e cioè che la democrazia indiretta, statutariamente prevista, non può ragionevolmente allontanarsi dai prevedibili esiti della democrazia diretta.

A noi sembra evidente, stante il fatto, sottolineato dalla pronunzia del Tribunale di Roma, che il sistema di democrazia diretta è «quello previsto dal legislatore», che l'alternativa disciplina convenzionale non possa pervenire a «rovesciarne» i risultati nel concreto e che quindi, quando si manifesti un pericolo di contraddizione tra voto popolare e voto dei delegati, il problema possa e debba essere sollevato in una sede competente.

Altro punto di criticità è costituito dal diritto delle associazioni di votare il bilancio annuale in Assemblea generale, visto che la massima parte degli Statuti, anche delle associazioni sindacali, rimette tale competenza a organi elettivi di secondo o terzo grado (Consiglio, Comitato direttivo), così privando, di fatto, l'associato di un'importantissima occasione di esprimere un giudizio sulla gestione.

Occorrerebbe, quanto meno, che gli Statuti prevedessero una procedura, richiedibile dagli iscritti, di allargamento e approfondimento del dibattito.

Ancora, il diritto degli associati di pretendere – presentando una istanza con nutrito numero di richiedenti – un'Assemblea generale in lato senso «straordinaria» costituisce un profilo qualificante della democrazia diretta delineata nell'art. 20 c.c. che non può non trovare un equivalente all'altezza nella stessa disciplina negozio-statutaria ispirata alla democrazia indiretta.

Se – detto in breve – lo Statuto non prevede, quanto meno, una procedura e un istituto di «congresso straordinario», ragionevolmente accessibile da un'aliquota di iscritti non troppo diversa da quella prevista dall'art. 20 c.c., sarà, a nostro avviso, proprio quest'ultima norma a integrare automaticamente la disciplina statutaria deficitaria.

È già accaduto, in giurisprudenza (Cass. 3.11.1981, n. 5791, S. I civ., in *MGC*, 1981, fasc. 11; vd. anche Cass. 30.7.1957, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1957, II, 587 ss.), con riguardo alla Assemblea ordinaria non prevista, neanche per equivalente, da un certo Statuto associativo, ed è logico, pertanto, che ciò debba accadere anche con riguardo all'Assemblea «straordinaria»: strumento fondamentale di controllo, di verifica, di contestazione dialettica.

Un'ultima riflessione appare opportuna. Da qualche lustro a questa parte, la prassi sindacale e anche le normative statutarie hanno aperto alla democrazia diretta con l'inserzione di verifiche referendarie nei procedimenti negoziali e decisionali dei sindacati, e questa è stata spesso considerata una novità e una conquista. Il giudizio positivo deve sicuramente essere condiviso, ma con la precisazione che, a ben vedere, quella della democrazia diretta non è «una conquista», ma semmai una «riconquista», ovvero un ritorno all'ispirazione originaria dei principi ordinamentali dei fenomeni associativi.

Riferimenti bibliografici

Galgano, F. (1969), *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna, Artt. 11-35.

Galgano, F. (1976), *Le associazioni non riconosciute ed i comitati*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna, Artt. 36-42.

Alessandra Raffi
Professoressa aggregata presso l'Università di Milano

I

TRIBUNALE MODENA, 12.11.2018, ord. – Giudice Bettini – Os di Modena c. A. di Modena.

Lavoro pubblico – Legittimazione a partecipare alle trattative per la contrattazione collettiva nazionale dell'individuazione dei soggetti titolati – Previsione in capo alle sole organizzazioni sindacali firmatarie del Ccnl applicato – Violazione dell'art. 39 Cost. – Esclusione.

In virtù del carattere di specificità della contrattazione integrativa nel pubblico impiego e del suo carattere «derivato» dalla contrattazione nazionale, appare ragionevole e conforme al dettato di cui all'art. 39 Cost. la scelta del legislatore di demandare al Ccnl l'individuazione dei soggetti legittimati a partecipare ai vari livelli della contrattazione integrativa. (1)

II

TRIBUNALE ROMA, 17.7.2018, ord. – Giudice Pucci – Snals c. Aran, Miur, Cisl, Federazione Cisl Scuola Università e Ricerca, Cgil, Flc Cgil, Uil e Uil Scuola nazionale, Confsal.

Lavoro pubblico – Legittimazione a partecipare alle trattative per la contrattazione integrativa del pubblico impiego – Demando alla contrattazione collettiva nazionale dell'individuazione dei soggetti titolati – Previsione in capo alle sole organizzazioni sindacali firmatarie del Ccnl applicato – Violazione dell'art. 39 Cost. – Esclusione.

In virtù del carattere di specificità della contrattazione integrativa nel pubblico impiego e del suo carattere «derivato» dalla contrattazione nazionale, appare ragionevole e conforme al dettato di cui all'art. 39 Cost. la scelta del legislatore di demandare al Ccnl l'individuazione dei soggetti legittimati a partecipare ai vari livelli della contrattazione integrativa. (2)

III

TRIBUNALE MILANO, 4.7.2018, ord. – Giudice Porcelli – Flp e Flp Giustizia c. Aran, ministero della Giustizia, ministero della Giustizia -

Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità, Centro per la Giustizia minorile per la Lombardia.

Lavoro pubblico – Legittimazione a partecipare alle trattative per la contrattazione integrativa del pubblico impiego – Demando alla contrattazione collettiva nazionale dell’individuazione dei soggetti titolati – Previsione in capo alle sole organizzazioni sindacali firmatarie del Ccnl applicato – Violazione dell’art. 39 Cost. – Esclusione.

In virtù del carattere di specificità della contrattazione integrativa nel pubblico impiego e del suo carattere «derivato» dalla contrattazione nazionale, appare ragionevole e conforme al dettato di cui all’art. 39 Cost. la scelta del legislatore di demandare al Ccnl l’individuazione dei soggetti legittimati a partecipare ai vari livelli della contrattazione integrativa. (3)

IV

TRIBUNALE MILANO, 31.5.2018, ord. – Giudice Bertoli – Flp e Flp Giustizia c. Aran, ministero della Giustizia, ministero della Giustizia - Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità, Centro per la Giustizia minorile per la Lombardia.

Lavoro pubblico – Legittimazione a partecipare alle trattative per la contrattazione integrativa del pubblico impiego – Demando alla contrattazione collettiva nazionale dell’individuazione dei soggetti titolati – Previsione in capo alle sole organizzazioni sindacali firmatarie del Ccnl applicato – Violazione dell’art. 39 Cost. – Esclusione.

In virtù del carattere di specificità della contrattazione integrativa nel pubblico impiego e del suo carattere «derivato» dalla contrattazione nazionale, appare ragionevole e conforme al dettato di cui all’art. 39 Cost. la scelta del legislatore di demandare al Ccnl l’individuazione dei soggetti legittimati a partecipare ai vari livelli della contrattazione integrativa. (4)

(1-4) CONTRATTAZIONE INTEGRATIVA NEL PUBBLICO IMPIEGO:
CHI NON FIRMA IL CCNL NON HA DIRITTO A TRATTARE?

SOMMARIO: 1. L’individuazione dei sindacati titolati a partecipare alla contrattazione integrativa: una *scriptio ad includendum*. — 2. Rappresentatività nelle sedi decentrate: il paradosso di un contratto integrativo «di minoranza». — 3. Il falso problema della sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013.

1. — *L'individuazione dei sindacati titolati a partecipare alla contrattazione integrativa: una subscriptio ad includendum* — Il d.lgs. n. 165 del 2001 disegna all'art. 43 un sistema di rappresentanza sindacale che tiene conto, ai fini della rappresentatività delle organizzazioni sindacali da spendere in sede di contrattazione, sia del dato associativo, e cioè del successo di ogni sigla tra i lavoratori sindacalizzati, sia del gradimento da parte di tutti i lavoratori delle proposte della singola sigla sindacale, attraverso la misurazione del successo elettorale per l'elezione della Rsu (1).

Se la composizione dell'agente negoziale per la contrattazione nazionale contenuta all'art. 40 del d.lgs. citato non ha ingenerato particolari controversie, se non con riferimento al superamento della soglia del 5% (2), ha invece da sempre rappresentato una nota dolente l'individuazione dell'agente negoziale a livello di contrattazione decentrata o integrativa (3).

Il comma 5 dell'art. 43 del d.lgs. citato prevede un canale «chiuso» per accedere alla contrattazione integrativa, che presupporrebbe la necessaria sottoscrizione del contratto collettivo nazionale di lavoro: chi firma il Ccnl avrebbe diritto a partecipare alla contrattazione decentrata; chi non firma invece sarebbe fuori dall'ambito dei soggetti titolati.

Tale prospettazione, avanzata dall'Aran e dalle amministrazioni convenute, in tutti i quattro provvedimenti annotati, è stata fatta propria dai vari tribunali, essenzialmente sul presupposto che, proprio in forza del carattere «ancillare» della contrattazione integrativa nel pubblico impiego e del suo carattere «derivato» dalla contrattazione nazionale, sarebbe ragionevole e conforme al dettato di cui all'art. 39 Cost. il rinvio operato dall'art. 43, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001 al Ccnl per l'individuazione dei soggetti legittimati a partecipare ai vari livelli della contrattazione integrativa.

Il punto saliente «a monte» che genera diverse riflessioni è, però, per chi scrive questa nota di commento, un altro. L'art. 42, comma 7, del d.lgs. citato prevede che la rappresentanza unitaria del personale ai fini dell'esercizio della contrattazione collettiva integrativa possa essere «integrata» da rappresentanti delle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo nazionale del comparto. Per questo, in un'ottica complessiva sulla funzione del sistema di rappresentanza sindacale dell'impiego pubblico, il vero tema controverso dovrebbe dipendere dall'interpretazione da dare al termine «integrata».

(1) Al fine di assicurare efficacia *erga omnes* al prodotto della negoziazione, è lo stesso d.lgs. n. 165 del 2001 a selezionare le organizzazioni sindacali dotate di una rappresentatività non inferiore al 5 per cento nel comparto ovvero nell'area, discendente dalla media tra il dato associativo e il dato elettorale. Mentre il primo viene espresso dalla percentuale delle deleghe per il versamento dei contributi sindacali sul totale delle deleghe rilasciate nell'ambito considerato, il secondo si ricava dalla percentuale dei voti ottenuti nelle elezioni delle rappresentanze unitarie del personale, rispetto al totale dei voti espressi nell'ambito considerato. Sulla genesi e sullo sviluppo della disciplina relativa alle Rsu ci si permette di rinviare a Di Stasi 2000, e per le questioni relative alla rappresentatività ai fini contrattuali a Lazzari 2014.

(2) A seguito della riduzione dei comparti e della nascita di «nuove» organizzazioni sindacali o di confluenza di una nell'altra ai fini del conteggio degli iscritti.

(3) Per riflessioni critiche sulla condivisione tra rappresentanze unitarie del personale e associazioni sindacali del potere contrattuale vd. Mautone 2014.

Ciò perché se «integrata» significa che l'agente negoziale, all'interno del quale in caso di contrasti va applicato il criterio di maggioranza, è la Rsu, che viene assistita da sindacati esterni (firmatari del Ccnl), *nulla quaestio*; se, invece, «integrata» significa che la delegazione trattante è cosa diversa dalla Rsu ed è composta, oltre che dagli eletti nella Rsu, da ogni rappresentante di ogni sigla firmataria del contratto nazionale, la questione diventa particolarmente delicata.

D'altra parte, il rinvio da parte dell'art. 43, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001 ai contratti collettivi nazionali ai fini dell'individuazione dei soggetti e delle procedure relativi alla contrattazione integrata non contribuisce a chiarire i dubbi interpretativi. Si pensi al caso del Ccnl del comparto Istruzione e ricerca, sezione Scuola, che all'art. 22 prevede che gli attori della contrattazione integrativa a livello nazionale siano i rappresentanti delle organizzazioni sindacali nazionali di categoria firmatarie del Ccnl, a livello regionale i medesimi rappresentanti territoriali e, infine, a livello di istituzione scolastica, la Rsu «e» i rappresentanti dei sindacati suddetti.

Ciò implica, da un lato, che si potrà determinare la produzione di una contrattazione integrativa da parte di soggetti privi della rappresentatività concreta nell'ambito territoriale e, dall'altro, che non viene sciolto il nodo relativo al ruolo effettivo del sindacato, che non è chiaro se deve limitarsi ad assistere ovvero partecipare attivamente alla negoziazione e alla sottoscrizione. Evidentemente, in quest'ultimo caso, il peso attribuito all'intervento dei rappresentanti sindacali potrebbe alterare in un senso o in un altro il rapporto di rappresentanza effettiva dei lavoratori.

Può accadere, infatti, che gli eletti nella Rsu appartengano a sigle sindacali non firmatarie del contratto nazionale, e sempre per rendere la questione evidente, qualora la Rsu sia composta da tre membri e i sindacati firmatari del Ccnl siano quattro, si potrebbe avere la firma di un contratto integrativo deciso a maggioranza da parte di soggetti sindacali non rappresentativi della comunità di lavoro.

La soluzione adottata dalla giurisprudenza di merito annotata, quindi, pur apprezzabile nella parte in cui tende a far rispettare l'*ordine* faticosamente raggiunto negli anni 1997-1998 (anche in considerazione del complesso quadro storico/istituzionale antecedente la seconda privatizzazione del lavoro pubblico) (4), rischia di perdere di vista la natura sostanziale degli interessi coinvolti dalla contrattazione collettiva, nazionale prima e integrativa poi, che non sono riconducibili direttamente alle organizzazioni sindacali, che semmai spendono il proprio potere di rappresentanza, bensì innanzitutto a tutti i lavoratori del comparto, proprio in virtù dell'efficacia soggettiva generalizzata del prodotto negoziale nel pubblico impiego.

2. — *Rappresentatività nelle sedi decentrate: il paradosso di un contratto integrativo «di minoranza»* — Una prima importante riflessione va svolta in relazione alla misurazione della rappresentatività per la contrattazione nazionale. Essa, come detto, viene riferita al comparto o all'area (5); a livello decentrato la misurazione della rappresentatività si ha proprio con l'elezione della Rsu.

(4) Illuminanti le riflessioni di D'Antona (1998b) in uno dei suoi ultimi scritti sulla cd. seconda privatizzazione.

(5) Ulteriore questione rilevante è la ridefinizione dei comparti del pubblico impiego, avvenuta con il Contratto collettivo nazionale quadro del 13 luglio 2016, sottoscritto da

In altre parole, la rappresentatività nazionale inizia e finisce con quella funzionale all'accesso alla contrattazione di Ccnl a livello nazionale o per gli accordi interconfederali, esaurendosi in tale ambito e cristallizzando in tal modo la capacità rappresentativa delle organizzazioni sindacali (6).

Si tratta, a ben vedere, di una previsione che ha senza dubbio il pregio di definire con canoni di certezza e tendenziale univocità la suddetta capacità rappresentativa. Allo stesso modo, trattandosi di contrattazione a efficacia generalizzata, il vaglio di rappresentatività «concreta» si avrebbe nel caso di quella integrativa, riconoscendo il potere negoziale alla Rsu (7).

E infatti, non è affatto detto che una medesima organizzazione sindacale abbia la stessa capacità rappresentativa sia a livello nazionale che a livello decentrato, e ciononostante sia titolata, in virtù della prima, a incidere anche nella seconda con una «forza contrattuale» non proporzionale al consenso e al tasso di iscrizione concretamente posseduti nell'ambito della contrattazione integrativa (8).

Si tratta invero di una questione che proprio in virtù degli arresti giurisprudenziali annotati potrebbe imporsi con un certo vigore, dal momento che la previsione della «discendenza» dalla sottoscrizione del Ccnl della titolarità del potere di partecipare alla contrattazione decentrata rischia concretamente di far saltare un rapporto di genuina rappresentanza, snaturando e svilendo quest'ultima, con effetti vieppiù aberranti se si considera che si tratta non già di una contrattazione di diritto comune, bensì di un prodotto negoziale con efficacia generalizzata.

Se, infatti, ha «senso» che la contrattazione integrativa non possa svolgersi fuori dai

Aran e Cgil, Cisl, Uil, Cida, Confedir Mit, Confsal, Cosmed, Cse, Ugl, Usae, Usb, a seguito di una trattativa iniziata a fine 2015, riaprendo la stagione negoziale, dopo molti anni di blocco della contrattazione. In particolare, i comparti di contrattazione sono passati da 11 a 4, così dando attuazione al disposto dell'art. 40, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001. Si tratta di una novità che dovrebbe condurre alla semplificazione dell'attività negoziale, senza annullare completamente le differenze di funzioni e di professionalità che caratterizzano il sistema amministrativo. Nello specifico, i nuovi comparti sono: Funzioni centrali, nel quale confluiscono i comparti Ministeri, Agenzie fiscali, Enti pubblici non economici e altri enti; Funzioni locali, che conserva il perimetro dell'attuale comparto Regioni-autonomie locali; Istruzione e ricerca, nel quale sono compresi gli attuali comparti Scuola, Accademie e conservatori, Università, Enti pubblici di ricerca e altri enti; Sanità, che ricomprende gli enti e aziende del comparto Sanità. Si tratta di una ridefinizione che evidentemente va a incidere anche sui rapporti di forza tra organizzazioni sindacali e sulla individuazione della rappresentatività di queste ultime ai fini dell'accesso alla contrattazione collettiva nazionale.

(6) La contrattazione collettiva nazionale, per altro verso, blinderebbe la platea dei soggetti e le procedure della contrattazione integrativa, fermo restando che appositi contratti e accordi collettivi nazionali possono disciplinare le modalità con le quali la rappresentanza unitaria del personale esercita in via esclusiva i diritti di informazione e di partecipazione riconosciuti dall'art. 9 del d.lgs. n. 165 del 2001 ovvero da altre disposizioni di legge e di contratto collettivo.

(7) Tale potere, secondo una certa prospettiva, si estenderebbe sino a configurare una responsabilità della Rsu per il «danno da contrattazione decentrata». Cfr. Passanante 2016.

(8) Sulle questioni connesse al passaggio da un procedimento essenzialmente amministrativo a una procedura a carattere negoziale nella contrattazione collettiva del pubblico impiego vd. De Marchis 1998.

limiti indicati dal contratto nazionale (per ragioni di omogeneità e di gerarchia) (9), cosa diversa è ritenere corretta l'alterazione del principio di corrispondenza tra rappresentatività e potere di rappresentanza, conferendo a soggetti non rappresentativi della comunità di lavoro il potere di decidere per questa.

Non a caso, il comma 5 dell'art. 42 stabilisce che i contratti collettivi possono prevedere che siano costituite rappresentanze unitarie del personale comuni a più amministrazioni o enti di modeste dimensioni ubicati nel medesimo territorio oppure che siano costituiti organismi di coordinamento tra le rappresentanze unitarie del personale nelle amministrazioni ed enti con pluralità di sedi o strutture.

Quanto sinora detto va necessariamente collocato all'interno del sistema di rappresentanza sindacale del pubblico impiego, che diversamente da quello del settore privato si connota per tre caratteristiche affatto peculiari costituite, da un lato, come detto, dall'efficacia generalizzata della contrattazione collettiva, dall'altro, dalla previsione della Rsu quale canale unico di rappresentanza e, a monte, dalla regolazione di fonte legale e del suo rapporto con la negoziazione collettiva.

In questo settore dell'ordinamento, dunque, è centrale il nesso tra lavoratori e rappresentanze e tra queste e l'Aran: da un lato, la Rsu è eletta da tutti i dipendenti del comparto e dunque è legata a questi da un mandato democratico, esercitato nell'ambito di un rapporto complesso con l'organizzazione sindacale di riferimento; dall'altro, la presenza dell'Aran al tavolo della negoziazione e le norme che impongono l'applicazione delle disposizioni retributive dei contratti rendono il prodotto negoziale efficace *erga omnes* (10).

Si pensi, a tal proposito, al caso di una organizzazione sindacale che, come nelle fattispecie oggetto delle pronunce in commento, pur dotata di rappresentatività utile per partecipare alla contrattazione collettiva nazionale, decida di non sottoscrivere il Ccnl, non condividendone il contenuto. Ciò, evidentemente, seguendo il ragionamento fatto proprio dalla giurisprudenza annotata, precluderebbe l'accesso alla contrattazione integrativa: ma se quella stessa organizzazione sindacale non ammesa al tavolo delle trattative decentrate avesse un alto tasso di rappresentatività proprio nell'ambito della negoziazione integrativa, poniamo sopra il 50%, si avrebbe il paradosso di un contratto decentrato a efficacia generalizzata, ma di minoranza.

Può il nostro sistema di rappresentanza sindacale nelle pubbliche amministrazioni ammettere un simile paradosso? Se si guarda agli artt. 39 e 97 Cost., non può sfuggire l'ontologica relazione di coesistenza tra capacità rappresentativa maggioritaria ed efficacia soggettiva *erga omnes*. Se a ciò si aggiungesse lo sbarramento in ingresso alla contrattazione integrativa dell'organizzazione che, esercitando la propria

(9) Per la precisione, si stabilisce nell'art. 40, comma 3-*bis*, che «La contrattazione collettiva integrativa si svolge sulle materie, con i vincoli e nei limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali».

(10) Tanto basta a garantire l'efficacia generalizzata del contratto, restando sullo sfondo il principio sul buon andamento e imparzialità contenuto nell'art. 97 Cost. collegato alla necessità della «unicità e universalità» del prodotto negoziale. Ragiona sul complesso rapporto fra libertà sindacale, solidarietà ed efficacia generale del contratto collettivo nel pubblico impiego Barbieri (2015).

libertà sindacale (11), pur non avendo sottoscritto il Ccnl è comunque tenuta al suo rispetto in sede di contrattazione integrativa ovvero di «quel che resta della contrattazione di secondo livello» (12), non vi è chi non veda che si tratta di una disciplina – contrariamente a quanto affermato dalle sentenze in commento – a elevata «criticità costituzionale».

3. — *Il falso problema della sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013* — Come noto, la sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013 è scaturita dalla vicenda, affatto diversa da quelle oggetto degli arresti giurisprudenziali in commento, relativa al mancato riconoscimento alla Fiom Cgil, da parte delle aziende del gruppo Fiat, del diritto di costituire rappresentanze sindacali aziendali.

Quest'ultima, nonostante contasse un elevato numero di iscritti e avesse, nei decenni, partecipato alle trattative riguardanti i rinnovi contrattuali sottoscrivendone gran parte, si era trovata, in forza del disposto dell'art. 19 St. lav., come parzialmente abrogato dal referendum del 1995, fuori dal circuito della rappresentanza sui luoghi di lavoro. Ciò perché non aveva sottoscritto il Contratto collettivo specifico di lavoro, che le aziende del gruppo Fiat avevano invece firmato con altre controparti sindacali, a seguito dell'uscita delle società del gruppo suddetto dal sistema di relazioni sindacali confindustriale (13).

Il contenzioso, diffuso sull'intero territorio nazionale e con esiti alterni, aveva quindi originato il sollevamento della questione di legittimità costituzionale della disposizione dell'art. 19 St. lav. nella parte in cui questa riconosceva il diritto a costituire rappresentanze sindacali aziendali soltanto alle organizzazioni sindacali che avessero sottoscritto un contratto collettivo applicato in azienda.

La Corte costituzionale, con un ragionamento del tutto condivisibile, aveva ritenuto che l'art. 19 St. lav. potesse essere salvato mediante una lettura costituzionalmente orientata, che attribuisse al requisito della sottoscrizione dei contratti collettivi applicati in azienda un significato non letterale bensì teleologico, da intendersi dunque non nel senso dell'atto materiale puro e semplice della sottoscrizione, che avrebbe altrimenti leso il principio di libertà sindacale di cui all'art. 39, comma 1, Cost., costringendo di fatto alla sottoscrizione pena la perdita del diritto alla rappresentanza, bensì nel senso più ampio e articolato di partecipazione alle trattative sindacali al fine della stipula del contratto collettivo (14).

Senonché non di vera e propria analogia si dovrebbe parlare tra il caso in cui, come nei giudizi relativi alle società del gruppo Fiat, viene interdetto l'accesso alla titolarità del diritto a nominare le Rsa per la mancata sottoscrizione del contratto

(11) In dottrina, Fontana (2004) ha «sviscerato» i vari profili della disciplina sulla rappresentanza in relazione ai principi in gioco nell'ottica della garanzia di una effettiva libertà sindacale.

(12) Nicosia 2015.

(13) Sia consentito, *funditus*, il rinvio a Di Stasi 2012, 105 ss.

(14) Per ricostruire in maniera approfondita il dibattito giurisprudenziale e dottrinario in merito alla sentenza n. 231 del 2013, si rimanda a: Carinci 2013; Del Punta 2013; De Luca Tamajo 2014; Leccese 2013; Magnani 2014; Pessi 2013; Rusciano 2013; Zoppoli 2013.

collettivo di lavoro applicato nelle varie aziende e i casi decisi dalle sentenze annodate, in cui si fa discendere dalla mancata sottoscrizione del Ccnl il disconoscimento del diritto a partecipare alla contrattazione integrativa.

Infatti, nel settore pubblico l'accesso alle rappresentanze sindacali in azienda non è precluso a chi non è firmatario del Ccnl in quanto alle elezioni per le Rsu possono partecipare tutti i sindacati che, quindi, eleggendo propri iscritti in tale organismo rappresentativo, accedono ai diritti promozionali e alle garanzie per svolgere l'attività sindacale.

Pertanto, il riferimento da parte dei ricorrenti alla sentenza n. 231 del 2013 della Corte costituzionale è del tutto irrilevante, trattandosi di fattispecie del tutto diverse, accomunate semmai dal fatto che in entrambe le vicende si rende necessario rimettere al centro della disciplina di legge il rispetto dell'art. 39 Cost.

In altre parole, l'assetto normativo in materia di rappresentanza e rappresentatività è necessariamente chiamato a garantire un vero pluralismo e la formazione di una volontà collettiva spendibile nei rapporti giuridici con le controparti datoriali, secondo un criterio maggioritario effettivo e concretamente verificabile. Ciò a maggior ragione nel lavoro pubblico, dove per ragioni storiche e per la natura legale della disciplina si è giunti a una contrattazione collettiva con efficacia generalizzata, senza le aporie e le criticità che ancora animano invece il diritto sindacale nel lavoro privato.

La stella polare di ogni ragionamento sarà quindi costituita dall'art. 39 Cost., con il nesso indissolubile tra garanzia della libertà sindacale ed efficacia generalizzata della contrattazione collettiva stipulata da una rappresentanza effettivamente rappresentativa dei lavoratori su cui ricadranno gli effetti dell'esito contrattuale. Una diversa soluzione rischia invece di produrre risultati che snaturano il rapporto di rappresentanza dei lavoratori e i meccanismi di accesso alla negoziazione collettiva, che al suddetto rapporto sono e devono essere strettamente collegati. Non può essere messo in dubbio, in altri termini, che il principio costituzionale comporta, in sede di sottoscrizione, che la valutazione del consenso debba essere unitaria, e nella quale ciascun sindacato pesi in proporzione al seguito effettivo, tanto che «il “nocciolo duro” dell'art. 39 trova nel d.lgs. n. 29 del 1993 consolidato una chiara concretizzazione» (15).

Riferimenti bibliografici

- Barbieri M. (2015), *Contratto collettivo e lavoro pubblico: blocco salariale e blocco della contrattazione tra scelte legislative e giurisprudenza costituzionale*, in *RIDL*, n. 3, I, 453 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.

(15) D'Antona 1998a.

- 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.
- D'Antona M. (1998a), *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *DLRI*, 683 ss.
- D'Antona M. (1998b), *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, in *LPA*, n. 1, 35 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.
- De Marchis C. (1998), *La contrattazione nel lavoro pubblico: la travagliata metamorfosi da procedimento amministrativo a procedura negoziale*, in *LPA*, n. 5, 1130 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.
- 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.
- Fontana G. (2004), *Profili della rappresentanza sindacale: quale modello di democrazia per il sindacato?*, Giappichelli, Torino.
- Gragnoles E. (2005), *Le rappresentanze sindacali unitarie ed 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.
- Inglese I. (2000), *Rilevanza e implicazioni del carattere unitario delle rappresentanze sindacali unitarie*, in *MGL*, 487 ss.
- Lazzari C. (2014), *Rappresentanza e rappresentatività sindacale nel lavoro pubblico*, in Proia G. (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, vol. II, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattato di Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1081 ss.
- Leccese V. (2013), *Partecipazione alle trattative, tutela del dissenso e art. 19 dello Statuto dei lavoratori*, in *LD*, n. 4, 539 ss.
- Magnani M. (2014), *Il Protocollo d'intesa e la sentenza sull'art. 19 Stat. lav.*, in *Il libro dell'anno del Diritto Treccani*, 388 ss.
- Mautone G. (2014), *Le rappresentanze dei lavoratori pubblici sul luogo di lavoro*, in Proia G. (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, vol. II, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattato di Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1129 ss.
- Nicosia G. (2013), *Le relazioni sindacali che verranno: riflessioni e questioni sul ruolo degli attori negoziali in sede decentrata nel disegno di riforma Renzi-Madia*, in *LPA*, n. 5, 633 ss.
- Passanante L. (2016), *Giurisdizione sul «danno da contrattazione decentrata» e responsabilità dei rappresentanti sindacali nel pubblico impiego*, in *RIDL*, n. 2, II, 403 ss.
- Pessi R. (2015), *Rappresentanza e rappresentatività sindacale tra contrattazione collettiva e giurisprudenza costituzionale*, in *DRI*, n. 4, 950 ss.
- Rusciano M. (2013), *Sindacato «firmatario» o «trattante», purché «rappresentativo»*, in *RGL*, n. 4, I, 527 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.
- Tosi P. (2014), *I diritti sindacali tra rappresentatività e rappresentanza*, in *ADL*, I, 2 ss.
- Zoppoli L. (2013), *Impresa e relazioni industriali dopo la guerra dei tre anni: verso una nuova legge sindacale? Considerazioni svolte a valle di Corte cost. 231/2013*, in *Aa.Vv.*, *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*

CONTROVERSIE DI LAVORO

TRIBUNALE ROMA, 13.11.2018 – Giudice Rossi – M.R.M., R.C., P.C.
(avv. Cisotto) c. D. Srl (avv.ti Salimbeni, De Stefano).

Conciliazione – Conciliazione in sede sindacale – Impugnabilità – Assistenza sindacale effettiva.

Conciliazione – Conciliazione in sede sindacale – Transazione novativa – Regime fiscale – Inopponibilità all'ente preposto.

Conciliazione – Conciliazione in sede sindacale – Transazione novativa – Natura delle somme riconosciute al lavoratore – Regime contributivo.

Gli atti abdicativi del lavoratore, aventi a oggetto diritti previsti da disposizioni inderogabili di legge o di contratto collettivo, contenuti in verbali di conciliazione sottoscritti in sede sindacale non sono impugnabili, a condizione che l'assistenza prestata dai rappresentanti sindacali sia stata effettiva, così da porre il lavoratore in condizione di sapere a quale diritto rinunci e in quale misura, e che, nel caso di transazione, dall'atto si evincano la questione controversa oggetto della lite e le reciproche concessioni in cui si risolve il contratto transattivo ai sensi dell'art. 1965 c.c. (1)

L'individuazione, a opera delle parti, del regime di tassazione cui assoggettare le somme dovute al lavoratore nell'ambito di un accordo transattivo-novativo è inopponibile all'ente preposto alla riscossione. (2)

Le somme riconosciute al lavoratore in virtù di un accordo transattivo-novativo successivo alla risoluzione del rapporto di lavoro sono disancorate dal preesistente rapporto di lavoro; di conseguenza, il relativo importo non può es-

sere computato per la determinazione della base imponibile utile ai fini del calcolo dei contributi di previdenza e assistenza sociale, poiché il negozio transattivo-novativo è in tal caso l'unica e originaria fonte dei diritti e degli obblighi delle parti. (3)

(1-3) TRANSAZIONE NOVATIVA: IMPUGNABILITÀ, REGIME FISCALE E
OBBLIGO CONTRIBUTIVO

1. — Il Tribunale di Roma è chiamato a pronunciarsi sul ricorso avente a oggetto l'impugnazione del verbale di conciliazione sottoscritto in sede sindacale il 16.12.2014. La conciliazione era intervenuta a seguito di un licenziamento collettivo posto in essere dall'azienda convenuta per riduzione di personale.

I lavoratori ricorrenti deducono la nullità della clausola V che, nel disporre la corresponsione di una somma a titolo di transazione generale novativa *ex art.* 1965, c. 2, c.c., prevedeva l'assoggettamento della medesima alla sola disciplina fiscale *ex art.* 67, c. 1, lett. *c-quinquies*, punto 1, del Tuir e il mancato assoggettamento a contribuzione previdenziale.

Di conseguenza, essi lamentano un danno per omesso versamento di contributi e, al contempo, un danno patrimoniale derivante dalla maggiore imposizione fiscale applicata alle somme percepite, quali redditi diversi da quelli da lavoro dipendente, rivolgendo due ordini di richieste.

Posto che le somme corrisposte risultino collegabili al rapporto di lavoro quali emolumenti arretrati e alle spettanze dovute in conseguenza della intervenuta risoluzione dello stesso, in primo luogo che si dichiari e si accerti che esse siano assoggettate a obbligo contributivo nonché al regime fiscale previsto per i redditi assimilabili a quello da lavoro dipendente.

In secondo luogo, che si dichiari e si accerti l'omissione del versamento contributivo da parte del datore di lavoro, richiedendosi, al contempo, la condanna al risarcimento del danno per l'errata tassazione della somma netta quale reddito diverso, anziché quale reddito assimilato a quello da lavoro dipendente.

Parte resistente eccepisce l'inoppugnabilità *ex art.* 2113, ultimo comma, c.c. del verbale, considerata la piena conoscenza dei fatti, da parte degli istanti, a seguito delle trattative sindacali che avevano anticipato e condotto alla sua sottoscrizione, precisando altresì che la tassazione prescelta fosse da ritenersi corretta, che le imposte erano state regolarmente versate e che le somme conferite a titolo transattivo non erano assoggettate ad alcun obbligo contributivo.

Nel respingere integralmente il ricorso, la pronuncia affronta tre questioni giungendo – seppur sbrigativamente – a conclusioni in buona parte condivisibili.

La prima questione concerne l'impugnabilità *ex art.* 2113 c.c. del verbale di conciliazione, sottoscritto ai sensi dell'art. 411, c. 3, c.p.c.

Il Tribunale, nel confermare la inoppugnabilità, muove dalle seguenti argomentazioni.

Dopo aver rammentato alle parti che i commi 1, 2 e 3 dell'art. 2113 c.c. non si applicano alla conciliazione *ex art.* 411 c.p.c., si esprime a favore di quell'orientamento che, in tema di atti abdicativi del lavoratore subordinato aventi a oggetto di-

ritti previsti da disposizioni inderogabili di legge o di contratto collettivo contenuti in verbali di conciliazione conclusi in sede sindacale, li ritiene non impugnabili, a condizione che l'assistenza prestata dai rappresentanti sindacali sia stata effettiva, così da porre il lavoratore in condizione di sapere a quale diritto rinunci e in quale misura; ciò sempre che, nel caso di transazione, dall'atto stesso si evincano la *res litigiosa* e le reciproche concessioni, ai sensi dell'art. 1965 c.c. (Cass. 23.10.2013, n. 24024; Cass. 22.5.2008, n. 13217, entrambe in *DeJure*).

La sentenza mette così «a fuoco» il *thema decidendum*, posto che nel caso di specie i ricorrenti non avevano allegato alcun difetto di rappresentanza o di conoscenza dei fatti con riferimento alla procedura in oggetto, né avevano dedotto vizi del consenso in proprio danno; fattori al cui solo ricorrere – si precisa – avrebbe potuto essere eventualmente condizionato l'annullamento del verbale di conciliazione.

Si ripropone la dibattuta questione circa la effettività dell'assistenza sindacale e la ricadute che la stessa può avere sulla validità della conciliazione stragiudiziale, specie quando oggetto del verbale sia un accordo transattivo, in cui la consapevolezza del lavoratore deve potersi estendere alla completa articolazione delle reciproche concessioni nonché all'inequivocabile inquadramento della *res dubia*.

Invero, l'importanza delle caratteristiche dell'assistenza sindacale, ai fini della configurabilità dell'ipotesi derogatoria al regime di invalidità delle rinunce e delle transazioni concluse dal lavoratore, dipende dal fatto che l'art. 2113, c. 4, c.c. postula che l'intervento dei soggetti ivi richiamati sottragga il dipendente al tipico stato di soggezione rispetto al datore di lavoro, che condiziona la formazione della sua volontà dispositiva (Grandi 1975; Cass. 26.7.2002, n. 11107, in *RGL*, 2003, n. 2, II, 419 ss.).

Il quesito principale è se sia sufficiente a riequilibrare le posizioni negoziali la mera presenza del rappresentante sindacale in sede conciliativa o se viceversa sia necessario un intervento attivo del conciliatore a favore del prestatore di lavoro. Quest'ultima tesi, favorita in dottrina, muove dall'assunto che la *ratio* dell'art. 2113, c. 4, c.c. imponga che il consenso all'atto abdicativo da parte del lavoratore sia consapevole (Petino 1987; Ghezzi 2000; Pizzoferrato 2003; Ciucciiovino 2004).

Di conseguenza, il conciliatore non deve limitarsi a verificare che la volontà del lavoratore sia genuina, e su questa base ratificare l'accordo intervenuto tra le parti, bensì è necessario da parte sua un apporto fattivo alla corretta comprensione dei termini giuridici della contesa e quindi all'esatta determinazione dell'entità della rinuncia a fronte dei benefici concreti ottenibili.

La giurisprudenza, superando un precedente indirizzo (Cass. 20.2.1988, n. 1804; Cass. 3.7.1987, n. 5832, entrambe in *DeJure*), si è uniformata alla dottrina (Cass. 22.10.1991, n. 11167, in *RIDL*, 1992, II, 1034 ss.; Cass. 13.11.1997, n. 11248, in *RIDL*, 1998, I, 392 ss.; Cass. 11.12.1999, n. 13910, in *RIDL*, 2000, II, 575 ss.; Cass. 3.9.2003, n. 12858, in *RIDL*, 2004, I, 183 ss.).

A tale impostazione si uniforma anche il Tribunale di Roma, senza però apportare alcun contributo alla concreta determinazione degli indicatori di un'assistenza sindacale effettiva.

Passando alla seconda e alla terza questione, il Tribunale si sofferma dapprima sul regime fiscale applicabile alle somme riconosciute in sede transattiva.

La pronuncia «liquida» brevemente la materia, osservando come essa sia sottrat-

ta alla disponibilità delle parti, posto che è l'ente competente alla riscossione a stabilire il regime fiscale applicabile a dette somme, di modo che l'accordo conciliativo debba considerarsi del tutto inopponibile al soggetto impositore. Di conseguenza, è avverso gli atti impositivi degli enti che devono essere eventualmente spiegate le impugnazioni, in contraddittorio con gli stessi, non potendo considerarsi sufficiente, a riguardo, il mero contenuto dell'accordo transattivo ancorché contenuto in un verbale di conciliazione sottoscritto innanzi al giudice del lavoro o in una delle sedi indicate dagli articoli 410 e 411 c.p.c.

La pronuncia lambisce così il tema dell'autonomia del rapporto con il fisco, rispetto al rapporto di lavoro ovvero al rapporto negoziale transattivo, a esso sottostante, riprendendo un orientamento espresso dalla giurisprudenza e dalla prassi amministrativa, che ribadisce «la estraneità della transazione intervenuta tra lavoratore e datore di lavoro al rapporto tra questi e l'ente preposto alla riscossione» (Mastroiacovo 2002). Analogamente «a quanto ribadito con riferimento al rapporto contributivo», si sottolinea l'inopponibilità agli enti preposti dell'atto transattivo (Cass. 24.11.2011, n. 24832, in *RCP*, 2012, n. 6, 1981 ss.; Cass. 13.8.2007, n. 17670; Cass. 28.7.2009, n. 17495; *contra*, Cass. 23.9.2010, n. 20146, tutte in *DeJure*).

A dispetto delle istanze dei ricorrenti e del dibattito sulle potenzialità elusive di taluni accordi transattivi, la pronuncia non sfiora però il tema della qualificazione ai fini fiscali delle somme riconosciute. Invero, la definizione degli esatti confini dell'imponibilità fiscale delle somme erogate in sede di transazione novativa, – sia avuto riguardo al collegamento di tali ammontari con il rapporto di lavoro, sia con riferimento alla loro natura risarcitoria – rappresenta una questione di particolare rilievo che ha determinato, anche a seguito dei contrasti apertisi in dottrina e in giurisprudenza, una evoluzione del quadro legale che oggi ne declina più nettamente i tratti, a seconda delle tipologie di transazione.

Al riguardo, se prima dell'entrata in vigore del Tuir il fatto che le somme concordate dalle parti in ragione del negozio novativo non trovassero titolo nel rapporto di lavoro, a differenza di quanto accade nelle transazioni semplici, portava a escludere *in toto* la loro rilevanza ai fini fiscali (Cass. 13.8.1982, n. 4605, in *RIDL*, 1983, n. 1, II, 534 ss.; Cass. 2.2.1985, n. 709, in *MGL*, 1985, 201 ss.), dopo la sua entrata in vigore – anche per effetto delle modifiche allo stesso apportate nel tempo –, l'esplicito riferimento alle somme corrisposte dal datore di lavoro al dipendente in ragione di accordi transattivi novativi relativi alla cessazione del rapporto di lavoro ha portato a ritenere tali somme per lo più assoggettabili alla tassazione separata *ex art.* 17, lett. *a* (già art. 16) (circolare Agenzia delle entrate 28.2.2012, n. 25122; Tandoi 1999; Pansieri 2000; *contra*: circolare del ministero delle Finanze 23.12.1997, n. 326/E; Capilupi, Mattesi 1995).

Dal combinato disposto degli articoli 6, 17 (già art. 16), 49 e 51 del Tuir si può pertanto dedurre che le somme corrisposte dal datore di lavoro al dipendente in ragione della cessazione del rapporto di lavoro debbano essere assoggettate al regime della tassazione separata, non già a quella ordinaria dei redditi da lavoro dipendente. In via residuale, tali erogazioni potranno ritenersi escluse dalla tassazione solo quando risultino sostitutive di «voci di danno» estranee alla nozione di lucro cessante, restando così imprescindibile ai fini impositivi la distinzione, da verificarsi in concreto,

tra danno emergente e lucro cessante; distinzione che, secondo autorevole dottrina, rappresenta un sicuro punto di riferimento per il diritto tributario (Crovato 2001).

Sul punto, tuttavia, non è mancato chi, evidenziando come una tale interpretazione tenda a sminuire gli effetti antielusivi perseguiti dal legislatore, afferma che tutte le indennità, le somme o i valori percepiti in sostituzione di redditi di lavoro dipendente o equiparati a questi, compresi quelli che derivano da transazioni di qualunque tipo, siano assoggettabili a tassazione come reddito di lavoro dipendente (Tandoi 1999; circolare del ministero delle Finanze 23 dicembre 1997, n. 326/E).

Tale interpretazione onnicomprensiva non trova accoglimento in questa sede, poiché appare in contrasto con la natura stessa della transazione novativa, che si vedrebbe pertanto indebitamente attratta (fiscalmente) all'interno della transazione propria. Nel negozio novativo, infatti, proprio in virtù della natura della transazione stessa che tende a sostituire al rapporto sottostante un diverso rapporto giuridico, la somma erogata perde la natura retributiva che legittimerebbe l'assoggettamento al regime fiscale ordinario.

L'ultima questione, relativa all'assoggettamento a contribuzione delle suddette somme, è anch'essa poco pacifica stante la complessa nozione di retribuzione imponibile ai fini previdenziali e la difficile riconduzione alla stessa delle somme percepite in ambito transattivo.

Sul punto, richiamando l'orientamento che distingue gli effetti delle transazioni semplici o pure da quelli delle transazioni novative (Cass. 13.8.1982, n. 4605; Cass. 19.1.1985, n. 163; Cass. 2.10.1985, n. 4776; Cass. 4.12.1986, n. 7193, tutte in *DeJure*), da ultimo ripreso dalla giurisprudenza di legittimità, il Tribunale rigetta la domanda, posto che il mancato assoggettamento a obbligo contributivo trova ragione nel carattere novativo dell'accordo transattivo, che come tale costituisce l'unica e originaria fonte dei diritti e degli obblighi successivi alla risoluzione del rapporto di lavoro (Cass. 4.8.2017, n. 19578; Cass. 19.9.2016, n. 18321; C. App. Roma 13.7.2017, n. 3062, tutte in *DeJure*; Cass. 23.9.2010, n. 20146, in *DRJ*, 2001, n. 4, 1118 ss.). Di conseguenza, le somme dovute restano disancorate dal preesistente rapporto di lavoro e il relativo importo non può essere computato per la determinazione della base imponibile utile ai fini del calcolo dei contributi previdenziali.

L'opzione muove dalla più recente rilettura dell'art. 12 della l. n. 153/1969, che ha superato quell'orientamento per il quale la natura novativa della transazione non fosse di per sé sufficiente a escludere la valenza retributiva delle somme percepite in sede di conciliazione, ritenendo a tal fine sempre necessario verificare in concreto se la somma in questione fosse collegata, direttamente o indirettamente, al rapporto di lavoro e reputando determinante la mera qualificazione di transazione «novativa» effettuata dalle parti (Cass. 3.4.2004, n. 6607; Cass. 28.7.2009, n. 17495, entrambe in *DeJure*; circolare Inps 16.1.2014, n. 6).

Tale ultimo indirizzo, che ricomprendeva nella nozione di reddito a fini contributivi (ai sensi del d.lgs. 2 settembre 1997, n. 314) «tutte le somme e i valori in genere, a qualunque titolo percepiti» nel periodo d'imposta – anche sotto forma di erogazioni liberali – «in relazione al rapporto di lavoro», aveva determinato infatti un passaggio dal concetto di dipendenza a quello, più ampio, di semplice relazione al rapporto di lavoro, avvalorando il carattere di onnicomprensività della retribuizio-

ne (Pessi 2006; Cinelli 2010. In giurisprudenza C. cost. 7.11.2001, n. 354, in *DeJure*. Nella prassi circolare Agenzia delle entrate 23.12.1997, n. 326).

Tale nozione non è risultata però risolutiva, poiché il concetto di relazione, seppure più ampio di quello di dipendenza, è in ogni caso più restrittivo di quello di mera occasionalità. Sicché essa non può riguardare le transazioni novative, che trovano nei contratti di lavoro una semplice occasione e non una causa in senso tecnico.

Inoltre, non varrebbe a sostenere l'automatica estensione della base imponibile l'art. 17, c. 1, lett. *a*, del Tuir, per il quale l'imposta si applica separatamente sui redditi, i quali dunque concorrono al calcolo della base contributiva (*Contra*: Cass. 8.4.2004, n. 6910, in *DeJure*; Vizioli 2007). Infatti il richiamo dell'art. 12, l. n. 153/1969, alla nozione di reddito imponibile ai fini fiscali non include l'art. 17 Tuir, posto che tra le voci escluse rilevano le somme corrisposte «in occasione della cessazione del rapporto di lavoro al fine di incentivare l'esodo dei lavoratori», nonché quelle la cui erogazione «trae origine dalla predetta cessazione», fatta salva l'imponibilità dell'indennità sostitutiva del preavviso (Circolare Inps 24.12.1997, n. 263; *contra*, Cass. 1.12.2010, n. 24363, e Cass. 20.2.2009, n. 4164, entrambe in *DeJure*. In dottrina, vd. Tremolada 2001).

L'analisi condotta fa dunque propendere per il non assoggettamento a contribuzione delle somme erogate in esecuzione di una transazione novativa; proprio in tal senso si muove la sentenza in commento, che, riprendendo il più recente orientamento della giurisprudenza di legittimità, ricollega l'esenzione contributiva alla transazione novativa *tout court*.

Riferimenti bibliografici

- Capilupi A., Mattesi E. (1995), *Novità legislative in tema di tassazione delle somme percepite in occasione della risoluzione del rapporto di lavoro dipendente*, in *il Fisco*, 30, 7511 ss.
- Cinelli M. (2010), *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino.
- Ciucciovino S. (2004), *Commento dell'art. 2113 c.c.*, in Amoroso G. et al., *Il diritto del lavoro*, I, Milano, 2112 ss.
- Crovato F. (2001), *Il lavoro dipendente nel sistema delle imposte sui redditi*, Cedam, Padova.
- Ghezzi G. (2000), *La conciliazione delle controversie di lavoro intervenuta con l'assistenza dei difensori*, in *RTDPC*, 205 ss.
- Mastroiacovo V. (2002), *La rilevanza fiscale delle somme percepite in ragione di transazioni di lavoro*, in *Rivista di diritto tributario*, Rassegna di giurisprudenza e prassi, 6, 435 ss.
- Pansieri S. (2000), *I redditi di lavoro dipendente*, in Falsitta G., *Manuale di diritto tributario*, Padova, parte speciale, 135 ss.
- Pessi R. (2006), *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova.
- Petino P. (1987), *Inoppugnabilità della conciliazione stragiudiziale ed attività dei conciliatori*, in *MGL*, 585 ss.
- Pizzoferrato A. (2003), *Giustizia privata del lavoro. Conciliazione e arbitrato*, Padova.

- Tandoi D. (1999), *L'imposizione delle transazioni novative in materia di lavoro*, in *Bollettino tributario*, 1584 ss.
- Tremolada M. (2001), *Componimento transattivo di controversia di lavoro e contribuzione previdenziale*, in *Rivista della previdenza pubblica e privata*, n. 5, 25 ss.
- Vizioli M. (2007), *Sulla assoggettabilità a contribuzione previdenziale delle somme erogate a titolo di transazione*, in *DML*, 321 ss.

Maria Giovannone
Avvocata – Ph.D.

Assegnista di ricerca e professoressa a contratto in Global Economy and Labour Rights presso l'Università di Roma «Roma Tre»

SICUREZZA SOCIALE

I

CASSAZIONE, 19.7.2018, n. 19278 – Pres. D’Antonio, Est. Calafiore, P.M. Visonà (conf.) – Inps (avv.ti Coretti, Stumpo, Triolo) c. A.V., R.A., B.R., P.L. (avv. D’Angelo) e Molteni Italia Srl (avv. Mungo).
Cassa con rinvio Corte d’Appello di Milano, 12.4.2017.

Trattamento di fine rapporto – Fondo di garanzia Inps – Cessione d’azienda – Procedure concorsuali – Insinuazione al passivo.

L’art. 2 della l. n. 297 del 1982 e l’art. 2 del d.lgs. n. 82 del 1990 si riferiscono all’ipotesi in cui sia stato dichiarato insolvente e ammesso alle procedure concorsuali il datore di lavoro che è tale al momento in cui la domanda di insinuazione al passivo viene proposta. Inoltre, poiché il trattamento di fine rapporto (Tfr) diventa esigibile solo al momento della cessazione del rapporto, il fatto che (erroneamente) il credito maturato per Tfr della cessione d’azienda sia stato ammesso allo stato passivo nella procedura fallimentare del datore di lavoro cedente non può vincolare l’Inps, che è estraneo alla procedura e che perciò deve poter contestare il credito per Tfr sostenendo che esso non sia ancora esigibile, neppure in parte; quindi non opera ancora la garanzia dell’art. 2, l. n. 297/1982. (1)

II

CASSAZIONE, 19.7.2018, n. 19277 – Pres. D’Antonio, Est. Calafiore, P.M. Visonà (conf.) – Inps (avv.ti Coretti, Stumpo, Triolo) c. G.A (avv. Forlenza).
Cassa con rinvio Corte d’Appello di Torino, 29.6.2016.

Trattamento di fine rapporto – Fondo di garanzia Inps – Cessione d’azienda – Procedure concorsuali – Insinuazione al passivo.

L'art. 2 della l. n. 297 del 1982 e l'art. 2 del d.lgs. n. 82 del 1990 si riferiscono all'ipotesi in cui sia stato dichiarato insolvente e ammesso alle procedure concorsuali il datore di lavoro che è tale al momento in cui la domanda di insinuazione al passivo viene proposta. Inoltre, poiché il trattamento di fine rapporto (Tfr) diventa esigibile solo al momento della cessazione del rapporto, il fatto che (erroneamente) il credito maturato per Tfr della cessione d'azienda sia stato ammesso allo stato passivo nella procedura fallimentare del datore di lavoro cedente non può vincolare l'Inps, che è estraneo alla procedura e che perciò deve poter contestare il credito per Tfr sostenendo che esso non sia ancora esigibile, neppure in parte; quindi non opera ancora la garanzia dell'art. 2, l. n. 297/1982. (2)

(1-2) TRASFERIMENTO D'AZIENDA E FALLIMENTO DEL CEDENTE:
INESIGIBILE IL CREDITO NEI CONFRONTI DEL FONDO DI GARANZIA

1. — Con le due pronunce gemelle in commento, la Corte di Cassazione rivede un principio giurisprudenziale che sembrava essersi ormai consolidato: quello dell'incontestabilità da parte dell'Inps del credito lavorativo ammesso al passivo nelle procedure concorsuali a carico dell'ex datore di lavoro, nell'ambito di intervento del Fondo di garanzia. La Corte, nei casi in esame, si schiera a favore dell'Istituto, riconoscendo il diritto di quest'ultimo di verificare – volta per volta – la sussistenza dei requisiti di legge previsti per l'attivazione del Fondo e, in mancanza, di negare il pagamento del Tfr o delle ultime retribuzioni. Pur senza stravolgere l'orientamento ermeneutico sviluppatosi in materia, la Suprema Corte sfrutta le peculiarità delle fattispecie esaminate – in particolare le vicende circolatorie del rapporto di lavoro – per fornire importanti linee guida interpretative della normativa recante la disciplina di intervento del Fondo di garanzia dell'Inps, contenuta nella l. 29.5.1982, n. 297, per quanto attiene al Tfr, e nel d.lgs. 27.1.1992, n. 80, per le ultime retribuzioni non corrisposte (Per una disamina completa dell'istituto si rimanda, *ex plurimis*, a Marazza, Garofalo 2015 e D'Andrea 2016).

I casi di specie (sotto molti aspetti identici, il che ne rende opportuna la trattazione unitaria) nascono da una cessione d'azienda e dalla successiva prosecuzione dei rapporti di lavoro tra cedente e cessionario ai sensi dell'art. 2112 c.c. (Per un approfondimento della disciplina codicistica, vd. De Luca Tamajo, Salimbeni 2016). I lavoratori coinvolti, a seguito dell'apertura di procedure concorsuali a carico delle imprese cedenti (fallimento, in un caso, e liquidazione coatta amministrativa, nell'altro), si insinuano tempestivamente negli stati passivi dei loro ex datori di lavoro, chiedendo poi l'intervento del Fondo di garanzia per il pagamento della quota di Tfr a carico del cedente e – esclusivamente nella sentenza n. 19277/2018 – delle ultime retribuzioni non corrisposte.

Alle suddette richieste di intervento del Fondo, l'Inps oppone un netto rifiuto, affermando l'insussistenza dei requisiti previsti dalla citata normativa, essendo il rapporto di lavoro ancora in corso con il datore di lavoro cessionario che – peraltro – non versava in situazione di insolvibilità. Prima di giungere al vaglio della Corte di Cassazione, le controversie si erano concluse con esito favorevole ai lavoratori sia in

primo grado che dinanzi alle competenti Corti d'Appello, le quali si erano uniformate alle precedenti pronunce della Cassazione, in cui si affermava che l'ammissione al passivo determinava *ipso iure* il sorgere dell'obbligo in capo all'Inps di sostituirsi al datore di lavoro fallito nell'adempimento del credito, senza possibilità di replica (Emblematico, a riguardo, è il principio di diritto espresso nella precedente sentenza del 13.11.2014, n. 24231, in *FI*, 2015, n. 6, I, 2106 ss.).

Le sentenze in commento, invece, pur senza stravolgere tale principio di diritto, giungono a conclusioni parzialmente diverse, non prima, però, di aver ripercorso tutte le principali tematiche coinvolte nell'intervento del Fondo di garanzia dell'Inps. Il punto di partenza del ragionamento della Corte è rappresentato dalla natura della prestazione resa dall'Inps e dal suo rapporto con l'obbligazione retributiva precedentemente a carico del datore di lavoro. Quanto alla natura della prestazione, la Corte riprende – confermandola – l'ormai consolidata teoria della natura previdenziale e assistenziale della prestazione resa dal Fondo (Vd., in particolare, Angiello 2016, 433), che costituisce un diritto autonomo e distinto rispetto al credito vantato dal lavoratore nei confronti dell'ex datore di lavoro e che nasce esclusivamente nel momento in cui si verificano i presupposti previsti dalla l. n. 297/1982 (Cfr., in particolare, Cass. 23.7.2012, n. 12852, nonché Cass. 8.5.2013, n. 10875, Cass. 9.9.2013, n. 20675, Cass. 9.6.2014, n. 12971, tutte in *Banca dati Pluris*). La natura previdenziale – è il caso di precisarlo – appartiene esclusivamente alla prestazione resa dal Fondo di garanzia; il discorso cambia con riferimento alla natura del credito vantato dal lavoratore, che mantiene, invece, natura retributiva (Vd. Angiello 2016, 435), come peraltro confermato anche dalle Sezioni Unite della Cassazione (Cass. 3.10.2002, n. 14220, S.U., in *RIDL*, 2002, II, 796 ss., con nota di Pilati).

La constatazione dell'autonomia della prestazione resa dall'Inps rispetto a quella resa dal datore di lavoro rappresenta il punto di arrivo di un complesso lavoro esegetico della Suprema Corte. Inizialmente, infatti, la medesima Corte parlava di natura solidale dell'obbligazione a carico del Fondo di garanzia rispetto a quella del datore di lavoro (Cfr. *ex plurimis*, Cass. 2.10.2013, n. 22516, in *Ced Cassazione*, 2013). Tale teoria nasceva dal tenore letterale dell'art. 2 della l. n. 297/1982, in base al quale il Fondo si «sostituisce» al datore di lavoro in caso di sua insolvenza; si individuava, perciò, un'ipotesi di accollo cumulativo di fonte legale (A sostegno Capurso 2018, 601, e, prima ancora, Signorelli 2004, 885), con la conseguente applicazione della disciplina delle obbligazioni solidali. Il superamento di tale teoria, in favore della natura autonoma e distinta della prestazione resa dal Fondo di garanzia, ha poi dato origine al principio di intangibilità del credito accertato in sede di procedura concorsuale anche nei confronti dell'Inps, che in tali procedure non ha modo di intervenire. L'insinuazione al passivo da parte del lavoratore, dunque, blindava il suo credito, così di fatto rendendo inopponibili all'Inps le eccezioni tipiche del rapporto di lavoro, relative sia all'*an* che al *quantum*. Era evidente che una siffatta interpretazione assolutistica non fosse destinata a durare in eterno: il pagamento da parte del Fondo di garanzia di somme ammesse – anche erroneamente – allo stato passivo non poteva essere automatico e incontestabile (Sulla rilevanza endofallimentare dello stato passivo, vd., in particolare, Gragnoli 2019, 171), anche in considerazione del metodo di finanziamento del Fondo stesso, alimentato dai contributi mensilmente versati da tutti i datori di lavoro, ai sensi dell'art. 2, c. 8, l. n. 297/1982.

La Corte allora parte proprio dalla distinzione tra le due obbligazioni: quella precedentemente gravante sul datore di lavoro e quella gravante sull'Inps; se è vero che il Fondo di garanzia si sostituisce *ipso iure* al datore di lavoro, è pur vero che i presupposti per l'insorgere dell'obbligazione previdenziale sono diversi e, in loro assenza, il Fondo può legittimamente rifiutarsi di rendere la prestazione.

La Corte, dunque, individua due presupposti precisi e indefettibili per l'intervento del Fondo di garanzia: 1) la maturazione del diritto al trattamento di fine rapporto e 2) l'insolvenza del datore di lavoro. Quanto al primo requisito, la Corte afferma in maniera decisa che il diritto al Tfr sorge esclusivamente nel momento della cessazione del rapporto di lavoro e che, quindi, non è esigibile al momento della cessione dell'azienda (Cass. 6.2.2018, n. 2827; a conferma anche Cass. 23.4.2009, n. 9695, entrambe in *Banca dati Pluris*). Il giudice di legittimità, tuttavia, prende comunque in considerazione quelle diverse teorie dottrinali che distinguevano tra «maturazione» (che è progressiva e avviene nel corso del rapporto di lavoro) ed «esigibilità» (che, invece, sorge solo alla cessazione del rapporto di lavoro), accolte dalla medesima Corte in una precedente pronuncia (Cass. 22.9.2011, n. 19291, in *DPL*, 2013, n. 11). La conclusione pratica, a ogni modo, non cambia: a prescindere dal momento di maturazione del diritto, il lavoratore non può pretendere il pagamento del proprio Tfr prima ancora della cessazione del rapporto di lavoro. Anche perché, come si è correttamente osservato (Capurso 2018, 601), ciò costituirebbe un'ipotesi di anticipazione del Tfr al di fuori delle fattispecie tassativamente previste dalla legge. Sul secondo requisito, invece, la Corte compie un ulteriore passo avanti, specificando che l'insolvenza del datore di lavoro deve essere riferita al soggetto che è tale al momento della cessazione del rapporto di lavoro, a nulla rilevando l'insolvenza di datori di lavoro precedenti. Con riferimento al caso di specie, dunque, nelle ipotesi di cessione d'azienda, l'insolvenza dovrà sussistere in capo al datore di lavoro cessionario, non certo in capo al cedente.

Le conclusioni cui giunge la Corte, in definitiva, se, da un lato, non sembrano rivoluzionare il quadro esegetico già formatosi sulle medesime tematiche, dall'altro, si mostrano come un intervento – se non altro – necessario, finalizzato a evitare l'abuso nell'utilizzo del Fondo di garanzia. Esse, sotto altro profilo, forniscono importanti chiavi di lettura dell'istituto in esame, utili a indirizzare le future pronunce in materia.

Il punto d'arrivo della Corte pare ampiamente condivisibile. In linea di principio, l'insinuazione al passivo del credito del lavoratore spiana la strada al pagamento da parte del Fondo di garanzia (Anche se permangono una serie di criticità nel sistema di intervento del Fondo, come evidenziato da Casadio 2010, 756): nella maggior parte dei casi, infatti, i requisiti per l'attivazione del Fondo coincidono con quelli per l'insinuazione al passivo (in entrambi i casi è necessaria la maturazione del diritto al Tfr e l'insolvenza del datore di lavoro). Ciò – d'altro canto – non può inibire all'Inps la verifica della sussistenza, caso per caso, dei suddetti requisiti.

È possibile, quindi, riscontrare un intento specifico perseguito dalla Corte con gli interventi in commento: quello di evitare che il Fondo di garanzia possa essere utilizzato per finalità diverse da quelle di *welfare* sociale che ne hanno ispirato la creazione (Alcune delle possibili pratiche distorsive sono state ben evidenziate da Capurso 2018, 601). Il principio di diritto sancito nelle pronunce in commento, infatti, appare ancor più condivisibile alla luce della *ratio* ispiratrice dell'istituto, che, come noto, affonda

le sue radici nella normativa comunitaria. La Direttiva n. 1980/987, infatti, all'art. 3 imponeva agli Stati membri di adottare tutte le misure volte ad assicurare «il pagamento dei diritti non pagati dei lavoratori subordinati», individuando così il fine sociale sotteso alla sua attuazione nella tutela dei crediti dei lavoratori esclusivamente nei casi di insolvenza del datore di lavoro.

Con questi due interventi, in conclusione, la Cassazione, più che abbattere il *totem* dell'incontestabilità dello stato passivo, ne delimita quantomeno il confine. Altre possibili ripercussioni, peraltro, non potranno non interessare anche le pronunce di merito dei giudici fallimentari, soprattutto in presenza di vicende circolatorie del rapporto di lavoro. La Corte, a riguardo, è stata chiara: il diritto al Tfr sorge unicamente alla cessazione del rapporto di lavoro e, pertanto, l'ammissione al passivo della procedura fallimentare del datore di lavoro cedente – qualora il rapporto di lavoro sia ancora in corso con il cessionario e quest'ultimo non versi in stato di insolvenza – è illegittima (lo si deduce in maniera evidente dall'avverbio «erroneamente» utilizzato nell'enunciazione del principio di diritto). Il lavoratore, quindi, per ottenere il pagamento del proprio Tfr, dovrà necessariamente attendere la cessazione del rapporto di lavoro e rivolgersi al datore di lavoro «attuale» o, solo qualora quest'ultimo non sia solvibile, al Fondo di garanzia dell'Inps.

Riferimenti bibliografici

- Angiello B. (2016), *Sui limiti del diritto di surroga del Fondo di garanzia dell'Inps*, in *RDSS*, n. 2, 427 ss.
- Bonetti P., Scaini F. (2018), *Fallimento del datore di lavoro ed esigibilità del Tfr*, in *DPL*, n. 47, 2833 ss.
- Capurso P. (2018), *Trasferimento d'azienda, fallimento del datore di lavoro cedente e intervento del Fondo di garanzia*, in *RDSS*, n. 3, 589 ss.
- Casadio G. (2010), *Fondo di garanzia Inps e fallimento: un percorso a ostacoli*, in *LG*, n. 8, 752 ss.
- Chiaraluce A. (2018), *Previdenza*, Wolters Kluwer, Milano, 524 ss.
- D'Andrea A. (2016), *Commento art. 2120 c.c.*, in Cagnasso O., Vallebona A. (a cura di), *Commentario del codice civile. Dell'impresa e del lavoro. Artt. 2118-2187*, Utet, Milano, 190 ss.
- De Luca Tamajo R., Salimbeni M.T. (2016), *Commento art. 2112 c.c.*, in Cagnasso O., Vallebona A. (a cura di), *Commentario del codice civile. Dell'impresa e del lavoro. Artt. 2099-2117*, Utet, Milano, 590 ss.
- Ferrari P. (2016), *Sull'intervento del Fondo di garanzia per insolvenza del datore di lavoro*, in *GI*, n. 10, 2206 ss.
- Ferrari P. (2017), *Trattamento di fine rapporto e condizioni di accesso al Fondo di garanzia*, in *GI*, n. 2, 430 ss.
- Ragnoli E. (2019), *Il trattamento di fine rapporto, le procedure concorsuali, il trasferimento di azienda e l'intervento del fondo di garanzia*, in *Il Fallimento*, n. 2, 168 ss.
- Imbriaci S. (2018), *Fondo di Garanzia, opponibilità all'Inps dell'accertamento dei crediti retributivi*, in *GLav.*, n. 33-34, 16 ss.
- Impagnatiello G. (2013), *L'Accertamento del passivo*, in Trisorio Liuzzi G. (a cura di), *Diritto delle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 207 ss.

- Manzi O. (2012), *Insolvenza del datore di lavoro e tutela previdenziale del Tfr dei dipendenti tramite il Fondo di garanzia*, in *LG*, n. 4, 356 ss.
- Marazza M., Garofalo D. (2015), *Insolvenza del datore di lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Marotta C. (2017), *Tutela in caso di insolvenza del datore di lavoro*, in Curzio P. et al. (diretto da), *Previdenza e Assistenza*, Giuffrè, Milano, 255 ss.
- Martone A. (2003), *Competenza del giudice del lavoro e fallimento del datore di lavoro*, in *Il Fallimento*, n. 2, 152 ss.
- Pilati A. (2002), *Sull'obbligo del Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto di corrispondere gli interessi e la rivalutazione monetaria fino al saldo*, in *RIDL*, n. 4, II, 796 ss.
- Santoro Passarelli G. (2009), *Il trattamento di fine rapporto*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger P., diretto da Busnelli F.D., Giuffrè, Milano.
- Signorelli F. (2004), *Datore di lavoro insolvente e Fondo di garanzia del Tfr*, in *Il Fallimento*, n. 8, 884 ss.
- Vallebona A., Pozzaglia P. (2017), *Trattamento di fine rapporto*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, Milano, 1673 ss.

Paolo Stolfa
Avvocato del Foro di Trani

CORTE D'APPELLO MILANO, 22.10.2018 – Pres. ed Est. Picciau – S.N. (avv. ti Guariso, Neri) c. Ats Milano-Agenzia di Tutela della Salute della Città Metropolitana di Milano (avv. Falconieri), Asst Fatebenefratelli-Sacco (avv. Rossetti), Asst Rhodense-Azienda Socio Sanitaria Territoriale Rhodense (contumace).

Assistenza – Stato di disoccupazione – Esenzione del contributo alla spesa sanitaria – Requisiti – Accesso.

A seguito dell'abrogazione dell'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 181/2000, da parte dall'art. 34, lett. e, d.lgs. n. 150/2015, devono considerarsi disoccupati ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. n. 150/2015 i lavoratori privi di impiego che dichiarino la propria disponibilità immediata allo svolgimento di attività e alla partecipazione alle misure di politica attiva del lavoro. Non rileva, pertanto, ogni ulteriore distinzione fra chi abbia già avuto un lavoro e lo abbia perso (disoccupato) e chi non lo abbia mai avuto (inoccupato). Per tali motivi, ove sussistenti anche i requisiti reddituali, l'inoccupato, alla stregua del disoccupato, ha diritto all'esenzione dal contributo alla spesa sanitaria prevista dall'art. 8, c. 16, l. n. 537/1993 (1).

(1) LA NOZIONE DI DISOCCUPATO

ALLA LUCE DELLA RECENTE EVOLUZIONE NORMATIVA

1. — La vicenda in esame trae origine dal gravame presentato da un cittadino straniero richiedente asilo, privo di occupazione e in possesso di dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro, avverso la sentenza del giudice del lavoro del Tribunale di Milano, che gli aveva negato il diritto all'esenzione dal pagamento del ticket sanitario E02 in quanto espressamente riconosciuto dall'art. 8, c. 16, l. n. 537/1993, ai soli disoccupati e non anche agli inoccupati.

La Corte d'Appello di Milano, in riforma della sentenza di primo grado, ha accolto la domanda dell'appellante fondata su una lettura sistematica del quadro normativo in tema di stato di disoccupazione introdotto dall'art. 19, cc. 1 e 2, d.lgs. n. 150/2015, come modificato dall'art. 4, c. 1, lett. i, d.lgs. n. 185/2016, a mente del quale devono considerarsi disoccupati «i soggetti privi di impiego che dichiarano, in forma telematica, al sistema informativo unitario delle politiche del lavoro di cui all'articolo 13, la propria immediata disponibilità allo svolgimento di attività lavorativa e alla partecipazione alle misure di politica attiva del lavoro concordate con il Centro per l'impiego». La nuova disposizione supera la precedente distinzione operata dall'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 181/2000, tra disoccupato (soggetto che in precedenza ha svolto attività lavorativa) e inoccupato (soggetto che non ha mai svolto attività lavorativa), e, a ogni modo, nel successivo c. 7 giunge a valorizzare la sola condizione della non occupazione ai fini del godimento delle prestazioni di carattere sociale, tra cui rientra l'esenzione dal pagamento del ticket sanitario.

La sentenza in commento offre, perciò, un interessante spunto per analizzare l'evoluzione normativa della nozione di «disoccupato» utile a individuare la platea dei soggetti a cui il nostro ordinamento destina non solo le misure di politica attiva e passiva per il lavoro, ma anche gli interventi di assistenza sociale per il contrasto alla povertà e all'esclusione sociale.

2. — Il caso sottoposto all'attenzione della Corte d'Appello di Milano prospetta in primo luogo la questione su chi debba essere considerato «disoccupato», a fronte dell'assenza nel nostro ordinamento di una nozione di disoccupazione unitaria e trasversale a tutti gli istituti la cui applicazione è condizionata alla sussistenza di tale requisito in capo al soggetto beneficiario.

A conferma di tale assunto è sufficiente riepilogare sommariamente le situazioni, variamente collegate alla mancanza di lavoro, destinatarie delle tutele ordinamentali.

La tutela tradizionale del lavoratore disoccupato, con erogazione del relativo trattamento, presuppone la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato e l'insorgenza del rapporto previdenziale, necessitando del doppio requisito della cessazione del rapporto e dell'involontarietà dello stato di disoccupazione. La tutela della disoccupazione involontaria (indennizzata), perciò, opera una selezione dei destinatari di protezione sulla base dei principi assicurativi e mira a sostenere economicamente il lavoratore che ha perduto involontariamente, in tutto o in parte, il reddito di lavoro precedentemente percepito.

Ai soggetti privi di lavoro guarda però anche la tutela contro la disoccupazione rappresentata dalle misure di politica attiva per il lavoro finalizzate, invece, a realizzare una situazione di massima occupazione della forza lavoro. Questa seconda categoria di rimedi è rivolta a una tipologia di soggetti più ampia rispetto alla prima, che si rendono disponibili allo svolgimento e alla ricerca di un'attività lavorativa secondo modalità definite con i servizi competenti, indipendentemente dall'esistenza di un precedente rapporto di lavoro o dalla causa per cui esso è cessato.

Oltre alle ipotesi di vera e propria mancanza di lavoro, l'ordinamento ha previsto, poi, la possibilità di erogare tutele (sia attive che passive) a chi non raggiunga con la propria attività un determinato *quantum* di lavoro (e di conseguenza di reddito), purché siano comunque soddisfatti, in capo al soggetto, i requisiti assicurativo-contributivi.

In questo senso, l'art. 9, c. 1, del d.lgs. n. 22/2015 ha previsto che se il lavoratore, durante il periodo in cui percepisce la Naspi, instauri un rapporto di lavoro subordinato il cui reddito annuale sia inferiore al reddito minimo escluso da imposizione, conserva il diritto alla prestazione, seppur in misura ridotta (nei termini dell'art. 10 del medesimo decreto).

Può inoltre farsi riferimento all'intervento previsto per i beneficiari di trattamento di integrazione salariale o di altre prestazioni in costanza di rapporto di lavoro che comportino la sospensione dall'attività lavorativa per un periodo superiore ai sei mesi (1). Trattatasi di lavoratori che non possono essere considerati disoccupati

(1) Cfr. art. 3, c. 1-ter, d.lgs. n. 181/2000, aggiunto dall'art. 4, c. 33, lett. a, della l. n. 92/2012, nonché l'art. 19, d.l. n. 185/2008. In argomento, vd. Garofalo D. 2010, 53 ss.

in senso stretto, essendo semplicemente sospesi dal lavoro; tuttavia vengono attratti tra i soggetti meritevoli di misure di prevenzione/attivazione (azioni di manutenzione dell'occupabilità), sebbene non ancora espulsi definitivamente dal mercato del lavoro, con confluenza nell'area del non lavoro.

Di disoccupazione parziale si può parlare anche nel caso in cui il lavoratore, titolare di due o più rapporti di lavoro subordinato a tempo parziale, ne perda uno involontariamente e produca un reddito che non superi la *no tax area* (art. 13 Tuir) (2); in questi casi il lavoratore ha diritto, ricorrendo tutti gli altri requisiti, di percepire la Naspi, anche in questo caso ridotta nei termini di cui al citato art. 10, d.lgs. n. 22/2015.

Un meccanismo che scrimina alcuni soggetti rispetto alla generalità dei disoccupati opera anche nella categoria ampia e diversificata degli incentivi all'occupazione. In riferimento a essi, le modalità di selezione dei destinatari di tutela sono disomogenee e considerano la presenza di condizioni di ulteriore e particolare svantaggio di natura soggettiva e/o occupazionale (3).

All'orizzonte si delinea, poi, la nuova categoria dei soggetti disoccupati beneficiari del reddito di cittadinanza: misura di politica attiva del lavoro a garanzia del diritto al lavoro, di contrasto alla povertà, alla disuguaglianza e all'esclusione sociale, introdotta dal d.l. n. 4/2018, in fase di conversione. Il beneficio è, infatti, condizionato alla dichiarazione, da parte dei componenti il nucleo familiare maggiorenni, non occupati e non frequentanti un regolare corso di studi o di formazione, di immediata disponibilità al lavoro, nonché alla sottoscrizione del cd. Patto per il lavoro: un percorso personalizzato di accompagnamento all'inserimento lavorativo e all'inclusione sociale che prevede attività al servizio della comunità, di riqualificazione professionale, di completamento degli studi, nonché altri impegni individuati dai servizi competenti finalizzati all'inserimento nel mercato del lavoro e all'inclusione sociale. Il godimento della prestazione è subordinato a forme di condizionalità che solo in parte coincidono con quelle delineate dal d.lgs. n. 150/2015, venendosi a creare in questo modo un nuovo bacino di utenti dei servizi per l'impiego che si affianca, ma non si sovrappone, alla consistente platea dei soggetti che, in vario modo, sono inclusi nell'area della disoccupazione.

Dal quadro normativo testè sinteticamente tratteggiato emerge che le tutele talvolta sono proporzionate a differenti gradazioni dell'evento disoccupazione, talaltra si attivano in presenza di condizioni che divergono dal tradizionale modello della mancanza involontaria di lavoro.

È stato sostenuto, infatti, che l'introduzione di disposizioni specifiche esclusivamente riferite ai percettori di sussidi pubblici e, pertanto, aggiuntive rispetto a quelle riguardanti i soggetti in semplice stato di disoccupazione svela il mantenimento di una duplice considerazione di quest'ultimo: quella semplice riconducibile al soggetto inoccupato o che ha perso il lavoro e quella (appartenente al solo disoccupato che ha perso il lavoro) che costituisce requisito (aggiuntivo rispetto a quelli assicurativi e contributivi legalmente previsti) per la fruizione degli ammortizzatori sociali (4) nella ormai acquisita distinzione tra tutela «della» disoccupazione involontaria, intendendosi per tale

(2) Cfr. art. 9, c. 3, d.lgs. n. 22/2015. Sia consentito il rinvio a Garofalo C. 2016a.

(3) In argomento sia consentito il rinvio a Garofalo C. 2016b.

(4) Cfr. Alaimo 2012, 562.

l'insieme dei trattamenti di disoccupazione, e tutela «contro la disoccupazione», rappresentata dalle misure di politica attiva finalizzate a porre rimedio allo stato di disoccupazione.

Lo scollamento, sul piano normativo, tra la nozione di disoccupazione utile per l'erogazione delle misure di politica attiva e quella rilevante ai fini dell'erogazione dei trattamenti previdenziali sembra però aver trovato una composizione sistemica, grazie all'introduzione a tutti i livelli della cd. condizionalità. E infatti la condotta non proattiva del disoccupato assume rilievo a tutti i livelli, previdenziale e di politica del lavoro, sebbene la ricerca di una nuova occupazione sembra indotta dalla minaccia della perdita del trattamento, piuttosto che dalla reale aspirazione del disoccupato di ottenere un impiego (5).

In questo ambito va inserita la questione affrontata nella sentenza in commento, che si prefigge l'obiettivo di indagare se all'interno dell'area della disoccupazione vi sia una sostanziale differenza tra il disoccupato e l'inoccupato per l'accesso alle prestazioni di carattere sociale il cui godimento è subordinato al possesso da parte del soggetto dello stato di disoccupazione.

Se dal punto di vista previdenziale, come visto, si può registrare una garanzia sproporzionata a favore degli *insiders*, divenuti disoccupati, a detrimento degli *outsiders*, vale a dire degli inoccupati, per i quali non è apprestata alcuna tutela economica come conseguenza della struttura assicurativa delle provvidenze (6), per quanto riguarda le prestazioni di carattere sociale non si giustifica una simile disparità di trattamento in quanto gli inoccupati, a tutti gli effetti, sono considerati dal nostro ordinamento «disoccupati» nel momento in cui, «privi di lavoro», si rendono disponibili a ricercarne uno nuovo (*rectius*: il primo).

3. — Fino a qualche tempo fa si registrava a livello terminologico uno iato tra disoccupato e inoccupato, cristallizzato nell'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 181/2000 (7), che ha ridefinito lo stato di disoccupazione non più coincidente, come nel passato, con l'iscrizione del soggetto nelle liste di collocamento, ma con la dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro, in un'ottica di incentivazione e responsabilizzazione dei lavoratori in cerca di occupazione e di riduzione delle politiche meramente assistenzialistiche.

La riforma del 2000 ha, infatti, abbandonato l'impostazione passiva per la quale veniva considerata disoccupata la persona semplicemente priva di occupazione, iscritta nelle liste di collocamento in attesa del suo avviamento e onerata unicamente dell'obbligo di confermare, a determinate scadenze (8), la permanenza del suo stato di disoccupazione nonché di rispondere alla convocazione dell'ufficio (9).

(5) Cfr. Garofalo D. 2012.

(6) L'ideazione dell'*insider/outsider theory* si deve all'attività scientifica di Lindbeck, Snower (1988), teoria esportata in Italia da Ichino (1998; 2012), che da ultimo ha ridefinito il fenomeno come «*apartheid* tra protetti e non protetti». In argomento vedi anche Balletti 2002.

(7) Il d.lgs. n. 181/2000 è stato modificato dal d.lgs. n. 297/2002, dalla l. n. 92/2012, dal d.l. n. 76/2013, conv. con modificazioni dalla l. n. 99/2013, e dal d.l. n. 34/2014, conv. in l. n. 78/2014 e successivamente abrogato dall'art. 34, c. 1, lett. g, d.lgs. n. 150/2015.

(8) Cfr. Rosato 2003.

(9) Cfr. art. 12, l. n. 56/1987.

Nella norma di apertura, il d.lgs. n. 181/2000 ha enunciato tra le proprie finalità quella di stabilire «i principi per l'individuazione dei soggetti potenziali destinatari di misure di promozione all'inserimento nel mercato del lavoro...», selezionando poi, attraverso la loro definizione, quattro categorie di persone svantaggiate destinatarie delle misure, e cioè i giovani; i disoccupati e gli inoccupati di lunga durata; le donne in reinserimento lavorativo (10).

A ben vedere, alla nozione di «disoccupato o in cerca di prima occupazione», che dava diritto all'iscrizione nella prima classe delle liste di collocamento (11), il d.lgs. n. 181/2000, come modificato dal d.lgs. n. 297/2002, ha sostituito quella di «privo di lavoro» immediatamente disponibile allo svolgimento e alla ricerca di un'attività lavorativa secondo modalità definite con i servizi competenti, distinguendo «a ogni effetto» i «disoccupati di lunga durata», e cioè «coloro che, dopo aver perso un posto di lavoro o cessato un'attività di lavoro autonomo, siano alla ricerca di una nuova occupazione da più di dodici mesi o da più di sei mesi se giovani», dagli «inoccupati di lunga durata», definiti come «coloro che, senza aver precedentemente svolto un'attività lavorativa, siano alla ricerca di un'occupazione da più di dodici mesi o da più di sei mesi se giovani» (12).

La nuova definizione di «stato di disoccupazione» ha consentito perciò ai servizi pubblici per l'impiego di classificare come disoccupati soltanto i lavoratori effettivamente interessati a entrare nel mercato del lavoro e di apprestare in loro favore un minimo di servizi finalizzati a promuovere in varia guisa la loro occupazione (Lep) (13). Il sistema dei servizi per l'impiego è stato costruito in maniera tale che l'inserimento e la permanenza nel circuito disoccupazionale (totale o parziale) è considerato «a termine», tollerandosi la presenza del soggetto solo se questi dimostra, attraverso un comportamento proattivo, di voler uscire il più velocemente possibile dalla propria condizione di soggetto inattivo e di voler rifiutare tale stigma.

L'opera definitoria del legislatore del 2000 ha, però, dato fiato a interpretazioni strettamente letterali delle tante normative che subordinano l'erogazione di prestazioni sociali (esenzione dal ticket sanitario, aiuti per la casa, pagamento di utenze, reddito minimo di inserimento) al possesso da parte del beneficiario dello stato di disoccupato, finendo per circoscrivere il loro ambito di applicazione solo a questa categoria di soggetti e non anche agli inoccupati.

Si è delineata perciò una nozione di disoccupazione presa in considerazione dalle amministrazioni pubbliche diversa da quella definita dalla normativa in materia di lavoro.

Ne è un esempio il caso vagliato dalla Corte d'Appello di Milano nella sentenza in commento, che ha riguardato appunto la corretta applicazione dell'art. 8, c. 16, l. n. 537/1993, in materia di esenzione dalla partecipazione alla spesa sanitaria, individuata con il codice E02, per il costo dei farmaci e delle prestazioni specialistiche. La norma, infatti, prevede l'esenzione dalla partecipazione alla spesa sanitaria per «i disoccupati e i loro familiari a carico, nonché i titolari di pensioni al minimo di età superiore a ses-

(10) Cfr. Garofalo D. 2006.

(11) Cfr. art. 10, c. 1, lett. a, l. n. 56/1987.

(12) Cfr. art. 1, c. 2, lett. c, d ed e, d.lgs. n. 181/2000.

(13) Cfr. Pascucci 2015, 138.

sant'anni e i loro familiari a carico purché appartenenti al nucleo familiari», stabilendo poi dei requisiti reddituali per l'accesso alla prestazione sociale.

Il richiamo esclusivo ai «disoccupati» ha portato il giudice di primo grado a ritenere che la suddetta norma non possa essere interpretata *ultra legem* in modo tale che, presenti le condizioni di reddito indicate, trovi applicazione anche ai soggetti inoccupati, in quanto la scelta del legislatore è limitata alle categorie indicate dalla norma e quindi ai soli disoccupati. Tale lettura ha trovato conforto anche nell'interpretazione offerta dal ministero della Salute, che ha limitato l'esenzione dal pagamento del ticket ai soli disoccupati intesi come coloro che abbiano cessato per qualunque motivo un'attività di lavoro dipendente e siano iscritti al Centro per l'impiego in attesa di una nuova occupazione (a cui vengono equiparati i lavoratori in mobilità), escludendo invece dai benefici i soggetti che non hanno mai svolto attività lavorativa o hanno cessato un'attività di lavoro autonoma o si trovino in Cassa integrazione guadagni, sia ordinaria che straordinaria (14).

Il percorso argomentativo seguito dal giudice di prime cure (e anche dal ministero della Salute) è indubbiamente ancorato al dato letterale della norma e alla distinzione terminologica introdotta dal d.lgs. n. 181/2000 e sedimentatasi poi nell'uso comune anche dopo la sua abrogazione, ma non tiene in conto che la normativa del 2000, come modificata prima dal d.lgs. n. 297/2002 e poi dalla l. n. 92/2012, si è posta come obiettivo quello di sostenere i lavoratori in difficoltà occupazionale, e quindi privi di lavoro, con interventi che potessero aiutarli nella crescita professionale e nella ricerca di una nuova occupazione (15).

Quindi, l'apparato definitorio delineato dal d.lgs. n. 181/2000 non può essere disancorato dalla *ratio* della disciplina ivi contenuta.

Inoltre, se è vero che il d.lgs. n. 181/2000 ha distinto, a livello terminologico, il disoccupato dall'inoccupato, in base alla pregressa storia lavorativa, ha poi equiparato le due categorie di soggetti nel momento in cui, entrambe «prive di lavoro», si rendono disponibili a ricercarne uno nuovo (o il primo) presentandosi al Centro per l'impiego per rilasciare la Dichiarazione di immediata disponibilità (di seguito, Did), acquisendo in questo modo lo stato di disoccupazione.

Perciò, è la condizione di «non occupazione» collegata a una collaborazione attiva nella ricerca di occupazione a far acquisire lo stato di disoccupazione, a prescindere dalla condizione occupazionale di partenza.

Per altro verso, si ritiene che la vera portata definitoria dell'art. 1, c. 2, lett. *d* ed *e*, d.lgs. n. 181/2000, debba essere ricercata non nella distinzione tra inoccupati/disoccupati, ma nella determinazione del requisito temporale raggiunto il quale la loro condizione viene considerata «di lunga durata».

Non bisogna infatti dimenticare che nell'impianto del d.lgs. n. 181/2000 lo stato di disoccupazione ha almeno due proiezioni: la prima è quella che fa sorgere in capo al lavoratore la pretesa al servizio e, sull'altro versante, l'obbligo dell'ufficio a fornirgli in via prioritaria il sostegno. La seconda è quella della maturazione della condizione

(14) Cfr. <http://www.salute.gov.it/portale/esenzioni/dettaglioFaqEsenzioni.jsp?lingua=italiano&id=206>.

(15) Cfr. Varesi 2012, 267.

di disoccupato di lunga durata, e quindi di soggetto la cui assunzione viene promossa attraverso determinati benefici (16).

Conclusivamente, attraverso un'interpretazione teleologica del d.lgs. n. 181/2000, si può sostenere che anche durante la sua vigenza qualsiasi riferimento al «disoccupato» contenuto in altre disposizioni normative doveva essere ricondotto al soggetto in «stato di disoccupazione», e cioè a colui che, privo di lavoro, si rendesse immediatamente disponibile allo svolgimento e alla ricerca di un'attività lavorativa, non potendo escludere, pertanto, da questa definizione gli inoccupati.

4. — *L'impasse* terminologica determinata dal d.lgs. n. 181/2000 è venuta meno con la sua abrogazione a opera dell'art. 34, lett. e, d.lgs. n. 150/2015. Quest'ultimo ha riorganizzato i servizi pubblici per l'impiego, da un lato, mediante la creazione dell'Agenzia nazionale per le politiche del lavoro (Anpal), alla quale sono state assegnate le importanti funzioni di coordinare le politiche del lavoro a favore di persone in cerca di occupazione e la ricollocazione dei disoccupati, e, dall'altro, modificando la disciplina dell'acquisizione, conservazione e perdita dello stato di disoccupazione, nonché quella dei meccanismi di condizionalità per i beneficiari di prestazioni di sostegno al reddito in caso sia di disoccupazione involontaria (17) sia in costanza di rapporto di lavoro (18).

L'art. 19 di tale decreto ridefinisce la nozione di «disoccupato», intendendosi per tale il soggetto privo di impiego che dichiara, in forma telematica, al sistema informativo unitario delle politiche del lavoro, di cui all'art. 13, la propria immediata disponibilità allo svolgimento di attività lavorativa e alla partecipazione alle misure di politica attiva del lavoro concordate con il Centro per l'impiego.

Pertanto le componenti costitutive dello stato di disoccupazione richieste dal decreto sono due: una di carattere soggettivo, l'essere privi di impiego, e l'altra di carattere oggettivo, dichiarare la propria immediata disponibilità (Did) al lavoro ovvero alla partecipazione a misure di politica attiva del lavoro (19).

È sufficiente mettere a confronto la disposizione di cui all'art. 1, c. 2, lett. c, d.lgs. n. 181/2000, con quella introdotta dall'art. 19, c. 1, d.lgs. n. 150/2015, per comprendere che non si è di fronte a modifiche sostanziali dello «stato di disoccupazione», che continua a essere riconosciuto in presenza di due requisiti, e cioè la mancanza di lavoro e gli obblighi di attivazione del soggetto.

La vera novità è invece da rintracciarsi nell'assenza all'interno della nuova definizione della distinzione tra chi abbia già avuto un lavoro e lo abbia perso e chi non lo abbia mai avuto. Non vengono infatti riproposte le definizioni di cui all'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 181/2000, apparendo subito evidente la scelta del legislatore di unificare la nozione di «disoccupato».

Pertanto, sotto il profilo soggettivo, la locuzione «soggetti privi di impiego» introdotta nel c. 1 dell'art. 19 dall'art. 4, c. 1, lett. i, d.lgs. n. 185/2016 (nella versione ori-

(16) Cfr. Liso 2006, 606.

(17) In argomento vedi: Garofalo D. 2015; Caffio 2015, 275.

(18) Cfr. Olivieri 2015a; *Idem* 2015b; Fabozzi 2017.

(19) Cfr.: Santucci 2016, 165; Garofalo D. 2017, 2994; circolare del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 34/2015.

ginaria, la norma faceva riferimento ai «lavoratori»), ha eliminato ogni dubbio circa l'inclusione tra i destinatari dei servizi per l'impiego e delle misure di politica attiva per il lavoro non solo di chi ha perso il lavoro (disoccupato), ma anche di chi non ha mai lavorato (inoccupato).

Infatti il successivo c. 2 ha cura di precisare che tale definizione sostituisce e supera quella prevista dall'abrogato art. 1, c. 2, lett. c, d.lgs. n. 181/2000.

Di fronte a questo mutamento del quadro normativo di riferimento, applicabile *ratione temporis* al caso analizzato nella sentenza in commento, la Corte d'Appello di Milano è giunta a una conclusione che si potrebbe definire «incensurabile», in quanto l'appellante risultava privo di occupazione e, subito dopo il rilascio del primo permesso di soggiorno, aveva formulato la dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro, potendo essere definito, a tutti gli effetti, disoccupato secondo quanto disposto dall'art. 19, d.lgs. n. 150/2015. Sicché la sua posizione di disoccupato, unitamente alla mancata contestazione dei requisiti reddituali, gli dava diritto, diversamente da quanto statuito dal giudice di primo grado, all'esenzione dal pagamento del ticket sanitario di cui al richiamato art. 8, c. 16, l. n. 537/1993.

A ben vedere, però, l'interpretazione sistematica del nuovo quadro normativo operata dai giudici di appello non si è fermata a questa evidente constatazione, ma ha coinvolto anche il c. 7 dell'art. 19, d.lgs. n. 150/2015, che ha introdotto una disciplina *ad hoc* proprio per le prestazioni di carattere sociale.

Questa previsione, infatti, istituisce un canale differenziato per la certificazione dello stato di disoccupazione al fine di usufruire di prestazioni di carattere sociale, quale quella di cui si discute.

La norma, con l'intento di evitare l'ingiustificata registrazione come disoccupati da parte di persone non immediatamente disponibili allo svolgimento di attività lavorativa, svincola da tale adempimento la fruizione di prestazioni di carattere sociale, legandole esclusivamente alla condizione di non occupazione (20).

Allo scopo di precisare la nozione di «non occupazione», anche con riferimento alla prestazione di attività lavorativa di scarsa intensità, occorre richiamare, in via analogica, le disposizioni di cui agli artt. 9 e 10, d.lgs. n. 22/2015, che prevedono la conservazione della Naspi anche nei casi in cui il beneficiario svolga un'attività lavorativa da cui derivi un reddito annuo inferiore al reddito minimo escluso da imposizione. In tal caso il legislatore ha inteso tutelare il diritto a una prestazione per coloro che svolgano attività lavorativa, in forma subordinata o autonoma, di scarsa intensità.

Analogamente, pertanto, la condizione di non occupazione fa riferimento alle persone che non svolgono attività lavorativa, in forma subordinata, parasubordinata o autonoma, ovvero a coloro che, pur svolgendo una tale attività, ne ricavano un reddito annuo inferiore al reddito minimo escluso da imposizione. Tale limite è pari, per le attività di lavoro subordinato o parasubordinato, a euro 8.000, e per quelle di lavoro autonomo a euro 4.800.

Le amministrazioni interessate devono perciò verificare che il soggetto, che faccia loro richiesta di prestazioni di carattere sociale o assistenziale, risulti privo di impiego

(20) Cfr. Santucci 2016, 170.

o svolga un'attività lavorativa da cui derivi un reddito che corrisponde a un'imposta lorda pari o inferiore alle detrazioni spettanti ai sensi del d.P.R. n. 917/1986, e cioè pari agli importi sopra indicati, a seconda che l'attività lavorativa sia di tipo subordinato, parasubordinato o autonomo.

Quindi il legislatore del 2015 ha preso atto della distinzione tra disoccupato in senso tecnico, e cioè chi, privo di lavoro, si attiva per cercarne uno nuovo, e persona che non ha lavoro e non intende cercarlo. Quest'ultima categoria di soggetti viene in questo modo disincentivata a rilasciare una dichiarazione fittizia di disponibilità ai Centri per l'impiego, al solo fine di ottenere le prestazioni di carattere sociale previste dalle norme nazionali o regionali e dai regolamenti comunali. Per altro verso, viene rispettato il principio di universalità di queste tutele assistenziali (21).

Rebus sic stantibus, la sentenza in commento giunge a ritenere, conformemente ad altri precedenti giurisprudenziali (22), che il diritto all'esenzione in discussione vada riconosciuto in favore dell'appellante «se pur si voglia battere l'accento sul suo mero stato di non occupazione».

Tale soluzione interpretativa ha trovato, infine, pieno avallo nella circolare del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 5090/2016, con la quale, proprio con riferimento all'esenzione dal ticket sanitario di cui all'art. 8, c. 16, l. n. 537/1993, il Ministero ha esortato le Aziende sanitarie a tenere conto dell'intervenuta modifica legislativa, apparendo ormai evidente che «ai fini dell'attribuzione di prestazioni di carattere sociale» rileva unicamente lo stato di non occupazione.

5. — Qualche anno fa il prof. Romagnoli affermava che, «se il diritto del lavoro vuole tornare a essere il diritto di frontiera che era, deve togliersi di dosso l'insostenibile leggerezza della preposizione grammaticale che è stata il suo orgoglio», avventurandosi «oltre le colonne d'Ercole fin qui assegnategli [...] trasformandosi in diritto “per il” lavoro, inteso come il diritto della cittadinanza industriale nella stessa misura in cui il diritto “del” lavoro è stato il diritto della cittadinanza industriale» (23).

La riflessione del prof. Romagnoli veniva richiamata in chiusura di un lavoro monografico sull'occupabilità, in cui si analizzava l'evoluzione del diritto al lavoro e la diversa configurazione della posizione giuridica dei soggetti chiamati a renderlo effettivo, e cioè i servizi per l'impiego e formativi (pubblici e privati), datore e lavoratore, emergendo il diverso ruolo degli stessi, ognuno in posizione di diritto/obbligo nei confronti dell'altro (rapporto trilaterale), finendo col restituire al diritto del lavoro una sua identità (24).

Sicuramente, la sostanza del diritto (sociale) al lavoro corrisponde ancora oggi al bene giuridico dell'interesse all'occupazione, inteso come possibilità di soddisfare il bisogno di accesso alle occasioni disponibili dal lato della domanda, diritto virtuale o condizionato (25), ad attuazione prevalentemente collettiva (26), all'adozione di

(21) Cfr. Santoni 2015, cit., 170.

(22) Cfr.: T. Roma 17.2.2017; T. Roma 13.6.2018; T. Brescia 30.7.2018, ord.

(23) Cfr. Romagnoli 1999, 239-240.

(24) Cfr. Garofalo D. 2004.

(25) Cfr. Mazzoni 1955, 435.

(26) Cfr. Garofalo D. 2005.

una politica per l'occupazione finalizzata al pieno impiego (27), secondo le direttive costituzionali (28).

Nel giro di poco più di un quinquennio, però, è definitivamente modificato il modo in cui il nostro ordinamento intende rendere effettivo il diritto al lavoro, garantito dall'art. 4 Cost.

Il legislatore, preoccupato evidentemente dell'attuazione non solo del diritto al lavoro di cui all'art. 4, c. 1, Cost., ma anche del successivo c. 2, ha deciso di raggiungere l'obiettivo della massima occupazione possibile mediante la valorizzazione del dovere di lavorare, visto come condizione per il conseguimento delle varie provvidenze sociali accordate al disoccupato involontario purché disponibile a uscire dalla sua condizione.

Dal dovere/onere di svolgere un'attività che condiziona l'appartenenza alla comunità statale e costituisce, quindi, specificazione del dovere di solidarietà discende che le situazioni di inattività devono essere soltanto involontarie e accidentali, costituendo condizione per l'accesso al sistema di sicurezza sociale, negato, come sanzione indiretta, a chi volontariamente si sottrae al dovere di lavoro.

In quest'ottica si inserisce l'evoluzione della nozione di disoccupato, qui brevemente esaminata, i cui requisiti, nonostante le intervenute modifiche normative, sono rimasti pressoché invariati, richiedendosi non solo la condizione di assenza di lavoro (requisito oggettivo), ma anche la concreta condotta attiva della persona che si deve rendere immediatamente disponibile allo svolgimento e alla ricerca di un'attività lavorativa (requisito soggettivo), in questo modo riducendo e delimitando le politiche meramente assistenzialistiche.

Si è però visto che non è necessario che la mancanza di lavoro derivi dalla cessazione del precedente rapporto, poiché sono destinatari dei servizi anche gli inoccupati.

La selezione dei soggetti a cui indirizzare la tutela contro la disoccupazione adotta come punto di riferimento non tanto le vicende del precedente rapporto quanto l'attitudine del beneficiario in quel momento. Le tutele ordinamentali perciò saranno riconosciute finché permarrà quella «disponibilità al lavoro» che testimonia l'involontarietà della condizione attuale di mancanza di lavoro.

In questi termini non esiste alcuna distinzione tra i soggetti inoccupati e quelli disoccupati ai fini del riconoscimento dello stato di disoccupazione.

Riferimenti bibliografici

Alaimo A. (2012), *Servizi per l'impiego e disoccupazione nel «welfare attivo» e nei «mercati del lavoro transizionali» - Note sulla riforma dei servizi all'occupazione e delle politiche attive nella l. 28 giugno 2012, n. 92*, in *RDSS*, 3, 555 ss.

Baldassarre A. (1989), voce *Diritti sociali*, in *EGT*, IX, Roma, 1 ss.

Balletti E. (2002), *Il riordino delle misure di sostegno al reddito e degli ammortizzatori sociali*, in *RDSS*, n. 2, 383 ss.

(27) Cfr.: Sirchia 1963, 524; Baldassarre 1989, 7; Salazar 1995, 5; *Idem* 2000, 44.

(28) Cfr. Ghera 1969, 18-19.

- Caffio S. (2015), *Il progressivo ritorno alle origini: dall'indennità di disoccupazione alla Naspi*, in Ghera E., Garofalo D. (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Job Act 2*, Cacucci, Bari, 267 ss.
- Fabozzi R. (2017), *Sostegno al reddito: obblighi e sanzioni*, in Pessi R., Sigillò Massara G. (a cura di), *Ammortizzatori sociali e politiche attive per il lavoro*, Giappichelli, Torino, 111 ss.
- Garofalo C. (2016a), *Il lavoratore part timer: occupato o disoccupato parziale?*, in RGL, n. 2, II, 257 ss.
- Garofalo C. (2016b), *I soggetti svantaggiati tra normativa europea ed interna*, in Brollo M. et al. (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro: incentivi e sanzioni*, Edizioni dell'Università di Trieste, Trieste, 18 ss.
- Garofalo D. (2004), *Formazione e lavoro tra diritto e contratto. L'occupabilità*, Cacucci, Bari.
- Garofalo D. (2005), *Federalismo e diritto «per il» lavoro*, Cacucci, Bari.
- Garofalo D. (2006), *Lo status di disoccupazione tra legislazione statale e provvedimenti regionali*, in DRI, 2, 637 ss.
- Garofalo D. (2010), *Gli ammortizzatori sociali in deroga*, in Carinci F. (diretta da), *Leggi e lavoro*, Ipsoa, Milano.
- Garofalo D. (2012), *La tutela della disoccupazione tra sostegno al reddito e incentivo alla ricollocazione*, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, in Brollo M. (a cura di), *Il mercato del lavoro*, Cedam, Padova, VI, 544 ss.
- Garofalo D. (2015), *Il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 22: un primo commento*, in RDSS, n. 2, 385 ss.
- Garofalo D. (2017), *Commento art. 19 d.lgs. n. 150/2015*, in De Luca Tamajo R., Mazzotta O. (diretto da), *Commentario breve alle leggi sul lavoro, collana Breviaria Iuris*, VI ed., Cedam, Padova, 3016 ss.
- Ghera E. (1969), *Collocamento ed autonomia privata*, Jovene, Napoli.
- Ichino P. (1998), *Il diritto del lavoro e i modelli economici*, in LD, n. 2, 309 ss.
- Ichino P. (2012), *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in www.pietroichino.it.
- Lindbeck A., Snower D.J. (1988), *The insider-outsiders theory. Theory of employment and unemployment*, Mit Press, Cambridge, Mass.
- Liso F. (2006), *I servizi per l'impiego*, in Garofalo D., Ricci M. (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 591 ss.
- Mazzoni G. (1955), *L'iniziativa economica e il diritto al lavoro*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Giuseppe Valeri*, II, Giuffrè, Milano, 435 ss.
- Olivieri A. (2015a), *La rioccupazione del cassintegrato tra condizionalità e cumulabilità*, in Balletti E., Garofalo D. (a cura di), *La riforma della Cassa Integrazione Guadagni nel Job Acts 2*, Cacucci, Bari, 333 ss.
- Olivieri A. (2015b), *La condizionalità nel d.lgs. n. 150/2015: luci e ombre*, in Ghera E., Garofalo D. (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 185 ss.
- Pascucci P. (2015), *I livelli essenziali delle prestazioni (art. 28)*, in Ghera E., Garofalo D. (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 137 ss.

- Rosato S. (2003), *Stato di disoccupazione (art. 3)*, in Tiraboschi M. (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, Giuffrè, Milano, 271 ss.
- Salazar C. (1995), *Alcune riflessioni su un tema démodé il diritto al lavoro*, in *PD*, n. 1, 3 ss.
- Salazar C. (2000), *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Giappichelli, Torino.
- Santucci R. (2016), *Lo stato di disoccupazione*, in Ghera E., Garofalo D. (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro nel Job Act 2*, Cacucci, Bari, 159 ss.
- Sirchia U. (1963), voce *Lavoro (diritto al)*, in *NDI*, Utet, Torino, vol. IX, 524 ss.
- Varesi P.A. (2012), *I servizi per l'impiego nella legislazione regionale*, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro diretto*, in Brollo M. (a cura di), *Il mercato del lavoro*, Cedam, Padova, VI, 203 ss.

Carmela Garofalo
*Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Udine*

TRIBUNALE MILANO, 12.12.2018, ord. – Est. Di Plotti – Asgi e Naga (avv.ti Neri, Guariso) c. Comune di Lodi (avv. Ferrari).

Discriminazioni – Prestazioni sociali agevolate – Discriminazione diretta – Carenza di potere comunale – Vincoli costituzionali – Sistemi di controllo Isee – Autocertificazione.

Costituisce discriminazione diretta la previsione, tramite regolamento comunale, di specifiche procedure, più gravose, a carico dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea, per l'accesso alle prestazioni sociali agevolate. (1)

(1) ACCESSO ALLE PRESTAZIONI DI SICUREZZA SOCIALE
E DISCRIMINAZIONE DEGLI STRANIERI

1. — Il caso in discussione si inserisce nel dibattito sull'accesso dei cittadini extracomunitari ai servizi di sicurezza sociale e alle agevolazioni economiche a essi relative (Si vedano, tra gli altri: Guariso, 2017; Bonardi, 2017). Si tratta insomma di valutare quali siano i limiti delle scelte di politica legislativa e della potestà amministrativa, ossia se sia accettabile, alla luce dei diritti previsti nell'ordinamento, l'esclusione di una categoria di consociati da posizioni giuridiche di favore individuate dalla legge per rispondere a bisogni sociali ed economici. La rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale, compito della Repubblica come sottolineato sin dai principi costituzionali fondamentali, rappresenta la pietra angolare su cui poggia lo Stato sociale e assume un valore ulteriore se accostata al principio di parità di trattamento e allo scopo di partecipazione alla vita della comunità: entrambi temi affrontati proprio dall'articolo 3 della Costituzione italiana. Nel caso in oggetto, l'accertamento della condotta discriminatoria del Comune di Lodi nel prevedere, tramite regolamento comunale, procedure più gravose per i cittadini extracomunitari per l'accesso a prestazioni sociali agevolate sembra confermare questi temi di valore costituzionale, con la loro applicazione nell'ambito dei servizi garantiti dalla pubblica amministrazione. La decisione in commento statuisce sulla modifica del regolamento per l'accesso alle prestazioni agevolate deliberata dal Consiglio comunale, che stabiliva che i cittadini non appartenenti all'Unione europea dovessero produrre una specifica certificazione rilasciata dalla competente autorità dello Stato esterno, corredata di traduzione in italiano legalizzata dall'autorità consolare italiana per l'attestazione di conformità, così imponendo dunque una differenza di trattamento rispetto alla procedura ordinaria.

2. — Va innanzitutto rilevato che la previsione di una specifica modalità di controllo dei requisiti reddituali e patrimoniali per l'accesso alle prestazioni sociali non è di competenza comunale. In particolare, il d.P.c.m. n. 159/2013, ossia il «Regolamento concernente la revisione delle modalità di determinazione e i campi di applicazione dell'Indicatore della situazione economica equivalente (Isee)», precisa come le fonti per il calcolo siano il modello Dsu, cioè l'autocertificazione dei dati relativi al nucleo familiare, e «altre informazioni disponibili negli archivi dell'Inps e dell'Agen-

zia delle entrate». L'art. 11, c. 4, è chiaro nel prevedere che «l'Inps determina l'Isee sulla base delle componenti autodichiarate dal dichiarante, degli elementi acquisiti dall'Agenzia delle entrate e di quelli presenti nei propri archivi amministrativi». I meccanismi di verifica sulla veridicità delle autodichiarazioni si basano quindi su dati già presenti nel sistema informativo dell'anagrafe tributaria, che non comprendono peraltro la disponibilità di immobili in sedi estere, che sarebbe sia di difficile verifica, sia estranea allo scopo di valutazione della situazione economica degli individui che richiedono prestazioni agevolate. Anche le modalità con cui vengano eventualmente previsti sistemi di controllo più penetranti sono comunque di competenza ministeriale: l'autorità competente è infatti il ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e, sottolinea il giudice milanese nel caso in commento, non è prevista una possibilità di integrazione, né tanto meno di deroga, da parte dei Comuni. Così, ai sensi dell'art. 10, c. 9, le eventuali modifiche del modello Dsu sono possibili tramite decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del ministro del Lavoro e delle politiche locali, di concerto con il ministro dell'Economia, sentiti Inps, Agenzia delle entrate e Garante per la protezione dei dati personali: si tratta dunque di una procedura a livello statale, non locale.

Per imporre legittimamente un differente regime sulle dichiarazioni sostitutive per i cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea non basta peraltro il riferimento al d.P.R. n. 445/2000: il Testo Unico in materia di documentazione amministrativa citato dal regolamento comunale oggetto della decisione in commento. Tale fonte, infatti, pur essendo di pari rango rispetto al d.P.c.m. n. 159/2013, propone una disciplina generale, su cui prevale la normativa speciale (e cronologicamente successiva) del regolamento per la determinazione dell'Isee. Questo decreto di rango regolamentare, peraltro, rispetta il principio di parità di trattamento, non derogabile da fonti diverse dalla legge: per la determinazione dell'Isee non sono infatti previste discipline differenziate tra cittadini comunitari ed extracomunitari, imposte invece dal regolamento del Comune di Lodi.

3. — Nella previsione di una procedura ulteriore e più onerosa per i cittadini extracomunitari potenzialmente interessati all'accesso alle prestazioni sociali agevolate, invece, il Comune di Lodi, arrogandosi un potere riservato esclusivamente a organi statali, viola il principio di parità di trattamento, mettendo in atto una discriminazione diretta basata sulla nazionalità. Perché una condotta sia qualificata come discriminatoria non è infatti necessario che sia animata da uno scopo razzista o xenofobo, ma basta che si concretizzi l'effetto pregiudizievole basato sul motivo oggetto di tutela antidiscriminatoria, come specificato dal d.lgs. n. 215/2003 (che richiama anche l'art. 43 del d.lgs. n. 286/1998) e confermato dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria. Sussistendo discriminazione, intervengono nel processo le associazioni Asgi (Associazione studi giuridici sull'immigrazione) e Naga (Associazione volontaria di assistenza socio-sanitaria e per i diritti di cittadini stranieri, rom e sinti): la tutela antidiscriminatoria vede infatti nell'organismo collettivo uno strumento di maggior effettività, come precisato dalla giurisprudenza di legittimità, nonché dalla Corte di Giustizia Ue. In particolare, deve sottolinearsi come la legittimazione ad agire di un soggetto collettivo risponda alla «esigenza di garantire una protezione giudiziale di interessi condivisi da una pluralità di soggetti accomunati sotto il medesimo fattore della

nazionalità, senza che costoro siano tenuti a prendere parte al processo o ad attivarlo individualmente» (Cass. 8.5.2017, n. 11165, in *FI*, 2017, n. 10, I, 3100 ss.). Come precisato in ambito comunitario, peraltro, l'esistenza di una discriminazione diretta «non presuppone un denunciante identificabile che asserisca di essere stato vittima di tale discriminazione» (C. Giust. 10.7.2008, C-54/07, *Feryn*): un provvedimento discriminatorio, oltre che nella ingiustificata differenza di trattamento in casi individuali e concreti, spiega i suoi effetti in una potenzialità lesiva nei confronti di una collettività caratterizzata dal comune fattore di discriminazione. Essendo dunque confermata la legittimazione ad agire di soggetti collettivi, non essendo escluso il fattore della nazionalità dalla tutela antidiscriminatoria, ed essendo Asgi e Naga associazioni inserite nell'elenco di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 215/2003, il giudice del caso in commento preliminarmente ammette il ricorso presentato dalle due associazioni, respingendo l'eccezione sul preteso difetto della loro legittimazione attiva.

4. — Entrando poi nel merito del «Regolamento comunale per l'accesso alle prestazioni sociali agevolate» del Comune di Lodi, oggetto del giudizio in commento, il giudice ne accerta la natura di discriminazione diretta: non si tratta infatti di una disposizione neutra che risulti però indirettamente svantaggiosa, ma di un trattamento sfavorevole direttamente legato al motivo di diversità (la nazionalità, in questo caso), coperto da tutela. Accertando la natura discriminatoria, il giudice ordina quindi la modifica del regolamento, così da consentire ai cittadini non appartenenti all'Unione europea di presentare la domanda di accesso alle stesse condizioni previste per i cittadini europei. Il riconoscimento della natura discriminatoria di tale misura, prevista in ragione della cittadinanza extracomunitaria e dunque della condizione di straniero, si pone nel solco di una giurisprudenza italiana e sovranazionale di affermazione della parità di trattamento dovuta non solo nel garantire i diritti umani, ma anche rispetto ai rapporti con la pubblica amministrazione. In tal senso depone anche l'art. 41 del d.lgs. n. 286/1998, che equipara le condizioni di italiani e stranieri con permesso di soggiorno della durata di almeno un anno «ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale». Questa norma rappresenta peraltro il «necessario paradigma sulla cui falsariga calibrare lo [...] scrutinio di ragionevolezza» per le scelte di politica legislativa locale: così si era espressa la Corte costituzionale in merito a una legge regionale lombarda che escludeva gli stranieri invalidi civili dalla fruizione del beneficio della circolazione gratuita sui mezzi di trasporto pubblici (C. cost. n. 432/2005, in *GCost.*, 2005, n. 6, 4657 ss.), e così sembra quindi doversi ritenere anche rispetto a regolamenti comunali. Ai fini dell'applicabilità delle misure istituite da norme locali, le uniche distinzioni ammissibili sono infatti quelle relative alla *ratio* e alla funzione della norma di tutela: imporre il requisito della cittadinanza finirebbe dunque per introdurre nel tessuto normativo elementi di distinzione del tutto arbitrari, che impediscono la fruizione del beneficio senza essere a esso correlati.

Il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità, di cui all'art. 14 Cedu e all'art. 18 TfUE, che pure per il tenore letterale e la collocazione sistematica potrebbe apparire rivolto ai soli cittadini europei e funzionale, dunque, a evitare arbitrarie distinzioni tra i soggetti provenienti dai diversi Stati membri, riguarda anche i cittadini di paesi terzi, sia grazie all'interpretazione giurisprudenziale che si è via via affermata,

sia sulla base della cosiddetta clausola di parità di cui all'art. 12 della Direttiva n. 2011/98, che precisa l'ambito soggettivo e oggettivo del principio di pari trattamento. Con riguardo ai soggetti, per l'appunto, si comprendono extracomunitari che abbiano titolo di ingresso in uno degli Stati membri. Rispetto all'ambito oggettivo di applicazione della clausola di parità, si fa riferimento ai «settori di sicurezza sociale» definiti dal Regolamento Ce n. 883/2004, che indica ampiamente prestazioni di sostegno sociale che vengano garantite tramite requisiti predeterminati (distinguendosi, con questa definizione, dalla prestazione di assistenza sociale, che richiedono invece una certa discrezionalità da parte dell'ente erogatore nel valutare i bisogni concreti cui rispondere). In questo ambito devono quindi ricondursi misure come assegni per famiglie numerose, esenzioni per invalidità e varie forme di sostegno al reddito che, come, ad esempio, per l'accesso alle prestazioni agevolate comunali di cui si è discusso nella decisione oggetto del presente commento, sono correlate al mancato raggiungimento di una soglia reddituale preordinata (come per l'appunto l'indicatore Isee).

5. — In tal senso, con il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità riguardo alle misure di sicurezza sociale anche per gli extracomunitari, si è posta pressoché costantemente la giurisprudenza costituzionale dell'ultimo decennio, attraverso il graduale allargamento della platea di aventi diritto a prestazioni di assistenza essenziale e la dichiarazione di illegittimità delle limitazioni di accesso previste per gli stranieri dalle legislazioni regionali in materia sociale. Se infatti pure sembra essersi riconosciuta legittimità alla riduzione tramite requisiti più stringenti della platea di beneficiari in ragione della limitatezza delle risorse disponibili (C. cost. n. 133/2013, in *GCost.*, 2013, n. 3, 2037 ss.), «tuttavia la scelta legislativa non è esente da vincoli di ordine costituzionale» (C. cost. n. 166/2018, in *GCost.*, 2018, n. 4, 1728 ss.). Oltre alla citata censura della legge regionale lombarda di esclusione degli invalidi civili stranieri dalla fruizione del trasporto gratuito sui mezzi pubblici (C. cost. n. 432/2005, cit.), la Corte si è espressa sia rispetto a normative regionali discriminatorie (Tra le altre, si vedano C. cost. n. 106/2018 e C. cost. n. 107/2018, in *GCost.*, 2018, n. 3, 1205 ss. e 1215 ss., relative rispettivamente a leggi regionali di Liguria e Veneto), sia in relazione alla concessione dell'assegno sociale previsto per gli invalidi civili (Tra cui C. cost. n. 230/2015, in *GCost.*, 2015, n. 6, 2121 ss.).

Sembra dunque così confermata l'intuizione già sviluppata dalla giurisprudenza di legittimità con l'elaborazione della nozione di seconda cittadinanza, in particolare affrontata dalle Sezioni Unite in materia di accesso al servizio civile universale (Cass. n. 20661/2014, S.U., in *FI*, 2014, I, 3435 ss.). Con questa pronuncia, la Cassazione, avanzando il sospetto di incostituzionalità poi confermato dalla Consulta (C. cost. n. 119/2015, in *GCost.*, 2015, n. 3, 945 ss.), aveva evidenziato come debba essere riconosciuta e garantita la «partecipazione dello straniero regolarmente soggiornante a una comunità di diritti, più ampia e comprensiva di quella fondata sulla cittadinanza in senso stretto». La giurisprudenza sul tema sembra così mettere in luce il principio cardine dell'ordinamento di cui all'art. 3, c. 2, Cost., in combinato disposto con l'art. 2 Cost., nella parte in cui, con riferimento alla persona (e non al cittadino con diritti politici), richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Tali considerazioni sembrano potersi riferire anche alla pronuncia in commento, che, nell'accertare la discriminazione diretta sussistente nella delibera co-

munale che imponeva ai cittadini extracomunitari un aggravio documentale per l'accesso alle prestazioni sociali agevolate, escludeva così gli stessi non solo dalla fruizione di un diritto, ma anche dalla partecipazione alla realtà sociale cui di fatto aderiscono: la presentazione delle dichiarazioni per la determinazione dell'indicatore della situazione economica rappresenta infatti la volontà dello straniero soggiornante di inserirsi nella solidarietà politica, economica e sociale di cui al citato art. 2 Cost. L'attività pubblica, nell'assicurare diritti sociali attraverso la rimozione degli ostacoli socio-economici necessaria al pieno sviluppo della persona umana e alla partecipazione del singolo alla vita della comunità, promessa dal secondo comma dell'art. 3 Cost., apparirebbe inoltre svuotata se concessa con distinzioni discriminatorie, solennemente vietate dalla prima parte della medesima norma.

Riferimenti bibliografici

- Bonardi O. (a cura di) (2017), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma.
- Guariso A. (a cura di) (2017), *Cittadini extra Ue e accesso alle prestazioni di sicurezza sociale*, Asgi.

Roberta Covelli
*Dottoranda in Diritto del lavoro
presso l'Università di Milano «Bicocca»*

TRIBUNALE ROVERETO, 20.9.2018 – Est. Cuccaro – G. (avv. Guarini)
c. Inps (avv.ti de Pompeis, Odorizzi).

Pensione – Pensione di vecchiaia e anzianità Inps – Automaticità delle prestazioni – Art. 2116 c.c. – Estensione – Collaboratori.

Il lavoratore parasubordinato ha il diritto di percepire il trattamento pensionistico in forza del principio di automaticità delle prestazioni di cui all'art. 2116 c.c. in ragione del fatto che per i collaboratori il regime di previdenza sociale è simile al modello predisposto per i lavoratori subordinati cui si riferisce espressamente la norma codicistica e dunque vi sono analoghe esigenze di tutela. (1)

(1) AUTOMATICITÀ DELLE PRESTAZIONI E LAVORATORI PARASUBORDINATI:
ANCORA UN CONTRIBUTO DALLA GIURISPRUDENZA

1. — La sentenza in commento trae spunto dalla vicenda di un lavoratore che si è visto respingere dall'Inps la domanda di pensione per carenza contributiva dipesa dal mancato versamento dei contributi da parte dell'impresa presso cui lavorava come collaboratore a progetto.

Il ricorrente ha pertanto adito il Tribunale per vedersi riconosciuto il diritto alla pensione in forza del principio di automaticità delle prestazioni (*ex art. 2116 c.c.*) ma, contrariamente a quanto da questi sostenuto, l'Inps si è costituita in giudizio ritenendo che l'art. 2116 c.c. non fosse applicabile al caso di specie, perché norma riferibile ai soli lavoratori subordinati.

A fronte di queste due posizioni, il Tribunale è dunque tornato sulla questione se il principio della cd. automaticità delle prestazioni trovi applicazione anche con riguardo ai lavoratori parasubordinati; *rectius*: se l'esclusione dei lavoratori parasubordinati dall'ambito di applicazione dell'art. 2116 c.c. (pretesa dall'Inps) sia ragionevole.

La *questio iuris* ci induce, da un lato, a ripercorrere il dibattito dottrinale e giurisprudenziale (quest'ultimo parzialmente richiamato nella sentenza), che, in assenza di una precisa presa di posizione del legislatore sul punto, non è unanime quanto alle conseguenze dell'omesso versamento dei contributi da parte del committente; dall'altro, a cercare di fornire una risposta al quesito, sia pur in prospettiva *de iure condendo*. Le argomentazioni fornite dalla giurisprudenza, infatti, se per un verso offrono importanti spunti di riflessione sulla questione specifica, per altro verso ci permettono di affrontare il delicato problema dei profili qualificatori della fattispecie «lavoro parasubordinato», cui consegue l'eventuale applicabilità a tali lavoratori dell'art. 2116 c.c.

Nello specifico, la sentenza richiama, in prima istanza, una pronuncia del Tribunale di Bergamo (12.12.2013, n. 941, commentata da più Autori; *ex plurimis*: D'Onghia 2014, 1116 ss.; Canavesi 2014, 439 ss.; Nuzzo 2014, 757 ss.; Olivelli 2014, 2804 ss., e in senso critico Nicolini 2014, 287 ss.), avente a oggetto un caso analogo riguardante una lavoratrice a progetto iscritta alla gestione separata che si era vista negare il diritto alla pensione per difetto di contribuzione perché non le erano stati versati i contributi per oltre nove anni di lavoro.

In quella pronuncia, il giudice bergamasco recuperava una importante sentenza della Corte costituzionale (C. cost. 5.12.1997, n. 374, in *RGL*, 1998, n. 3, II, 390 ss., con nota di Boer, poi seguita anche dalla giurisprudenza di legittimità. Si vd. Cass. 2.2.2001, n. 1460, in *RIDL*, 2001, n. 4, II, 828 ss., con nota di Poso) secondo cui l'art. 2116 c.c. era espressione di un principio di applicazione generale, derogabile solo «in presenza di una disposizione in tal senso»; da qui, pur richiamando la costante giurisprudenza di legittimità contraria all'estensione dell'art. 2116 c.c. ai lavoratori autonomi (*Ex plurimis*, Cass. 24.5.1986, n. 3518, in *Massimario di giurisprudenza italiana*; più di recente, Cass. 15.5.2003, n. 7602, in *FI*, 2004, 198 ss.), affermava che l'inapplicabilità della norma «appar[iva] coerente» e trovava ragione nel fatto che l'obbligo del pagamento dei contributi grava sullo stesso soggetto che beneficia della prestazione, e dunque su questi non possono che ricadere le conseguenze dell'omesso versamento. Ma questo non poteva valere per i lavoratori parasubordinati, perché qui è il committente a essere obbligato a versare i contributi anche per la quota a carico del lavoratore e soprattutto perché questi «non ha alcun sistema per costringere il committente a versare i contributi dovuti all'Inps, come non lo ha il lavoratore dipendente» (Corsivo aggiunto); la mancata estensione del principio di automaticità delle prestazioni a situazioni oggettivamente assimilabili determinerebbe una lesione del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost.

Così, nella prima sentenza che si è occupata specificamente della questione (Per la verità, come segnala Nuzzo 2014, 760, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti, vi è anche una pronuncia del Tribunale di Latina del 22.9.2011, ma relativa al trattamento di malattia), il giudice ha ritenuto di non dare rilevanza solo al *nomen iuris* formalmente utilizzato dalle parti (come faceva l'Inps), preferendo invece un'interpretazione sostanziale e costituzionalmente orientata dell'art. 2116 c.c. che guardasse alle specifiche ed effettive esigenze di tutela scaturenti dalla struttura dell'obbligazione contributiva.

Il Tribunale di Rovereto, nella sentenza in commento, riprende poi una seconda pronuncia, questa volta proveniente dalla Corte d'Appello di Milano, che, con una sentenza dell'ottobre 2015 (C. App. Milano 19.1.2015, n. 653, in *RDSS*, 2015, 838 ss., con nota critica di Fabbrizio; più di recente nello stesso senso C. App. Milano 31.1.2017, n. 31, inedita a quanto consta), ha riconosciuto a una collaboratrice a progetto l'indennità di maternità sull'identico presupposto che essa non ha alcuna autonomia né potere rispetto al versamento dei contributi, essendo solo obbligata a iscriversi alla gestione separata dell'Inps ed essendo il committente il solo responsabile a versarle i contributi, con la conseguenza che, per questo aspetto, «la posizione del collaboratore [...] è identica a quella del lavoratore subordinato».

Del resto nel senso dell'assimilazione tra il lavoro subordinato e il lavoro parasubordinato, come ci ha anche ricordato la Corte d'Appello richiamata, depongono anche le più recenti riforme in materia di conciliazione tra tempi di lavoro e tempi di non lavoro. Con l'art. 13, d.lgs. n. 80/2015, è stato infatti aggiunto al d.lgs. n. 151/2001 l'art. 64-ter, dedicato all'automaticità delle prestazioni, che riconosce l'indennità di maternità ai lavoratori e alle lavoratrici iscritti alla gestione separata anche in caso di mancato versamento dei contributi da parte del committente.

Nella sentenza in commento si fa infine riferimento a una pronuncia della Corte di Cassazione (20.3.2017, n. 7120, in *DeJure*) che, pur non affrontando direttamente

la questione dell'estensione dell'art. 2116 c.c. ai lavoratori parasubordinati, ha fornito all'interprete importanti indicazioni argomentative utili, anche a prescindere dal caso di specie, per l'analisi dei profili qualificatori del rapporto di lavoro e di quello previdenziale dei lavoratori parasubordinati.

Nel caso scrutinato dalla Corte di Cassazione nel marzo del 2017, la *quaestio iuris* riguardava se il periodo di lavoro prestato in regime di parasubordinazione fosse da ricomprendere nel calcolo dell'indennità di maternità, e nel rispondere positivamente al quesito, i giudici evidenziavano che nel caso dei lavoratori parasubordinati «si discute di rapporti di lavoro contrassegnati da una condizione di sottoprotezione *analog*a a quella dei lavoratori subordinati» (Corsivo aggiunto); anche per costoro (come per i lavoratori subordinati) i contributi vengono versati dal committente, e dunque anche qui il ritardo o il mancato versamento da parte del terzo rischierebbe di compromettere «diritti coperti da sicuro fondamento costituzionale».

È proprio il riferimento alle norme costituzionali che ci consente di apprezzare il *decisum* del giudice nella sentenza in commento, secondo cui anche ai lavoratori parasubordinati va applicato il principio di automaticità delle prestazioni, sancito dall'art. 2116 c.c. Si tratta di una norma posta «a garanzia dell'*an* della tutela previdenziale [...], destinata a rafforzare il grado di effettività della tutela stessa» (D'Onghia 2013, 31).

Per effetto di tale principio, infatti, si sterilizza il nesso di corrispettività tra prestazione contributiva e prestazione previdenziale (Per approfondimenti su tale rottura, sulla quale comunque si tornerà, si vd. Persiani, D'Onghia 2018, 42), in quanto le prestazioni previdenziali sono dovute al prestatore di lavoro anche nelle ipotesi in cui il datore di lavoro non abbia regolarmente versato i contributi. Dunque la tutela riconosciuta al lavoratore per effetto dell'art. 2116 c.c. trascende il mero obbligo di versamento dei contributi da parte del datore di lavoro, e infatti il legislatore, prendendo atto della situazione di bisogno in cui versa, mira a porlo al riparo dall'eventuale inadempimento altrui.

Presupposto per l'applicazione della norma è quindi la situazione di bisogno del lavoratore, come è noto variamente interpretata nel tempo. In breve, a un primo orientamento che la interpretava presuntivamente «nella sua accezione più generale, come la mancanza di un bene» (Santoro Passarelli 1948, 181), si è poi sostituita una visione tesa a valorizzare le situazioni di bisogno reale e non solo presunto (Per ulteriori approfondimenti si vd. D'Onghia 2013, 33); proprio tale impostazione ci permette anche di allargare i destinatari rispetto ai meri lavoratori subordinati *ex* art. 2094 c.c., ritenendo che il principio tipizzato nel codice civile trovi il suo corrispondente nell'art. 38 Cost. in quanto funzionale a una garanzia previdenziale e assistenziale (In tal senso già Miscione 1987, 361).

Sulla scorta di tale assunto non possiamo non considerare che i lavoratori a progetto versino in uno stato di bisogno del tutto assimilabile ai lavoratori subordinati.

D'altra parte, la dottrina ha anche evidenziato come da sempre la preoccupazione del Legislatore sia stata quella di «assicurare protezione a soggetti individuati più sulla base del *carattere materiale dell'attività svolta* [...] che non del titolo giuridico in base al quale quell'attività veniva svolta [e di qui alla progressiva] irrilevanza, per l'*an* della tutela, della *qualificazione giuridica del rapporto di lavoro*» (Cinelli 2016, 142-143).

Detto in altri termini, se la *ratio* dell'automatismo è la tutela del lavoratore dai pregiudizi derivanti dall'inadempimento del datore di lavoro e non si giustifica qualora

l'inadempimento dell'obbligo contributivo sia imputabile allo stesso soggetto beneficiario delle prestazioni proprio per la coincidenza tra soggetto obbligato e soggetto protetto [Pessi (2014, 454) aveva auspicato una interpretazione estensiva dell'art. 2116 c.c. a tutti i rapporti in cui obbligato al versamento dei contributi fosse il committente; ma già Canavesi (2008, 71) aveva sostenuto che «laddove non sia riscontrabile quella diversità di situazione, [persino] la natura autonoma della prestazione non sembra ragione idonea a giustificare un trattamento previdenziale differenziato»], allora non possiamo che concordare con la soluzione adottata dalla sentenza in commento, almeno per due ordini di motivi. Innanzitutto perché la diversa struttura dell'obbligazione contributiva giustifica una diversità di trattamento tra autonomia e subordinazione; in secondo luogo, perché anche nel rapporto di lavoro parasubordinato il soggetto obbligato non coincide con quello beneficiario, e dunque questi versa in una situazione di bisogno di protezione *in toto* assimilabile a quella del lavoratore subordinato.

Per tali motivi non possono condividersi le argomentazioni della dottrina (Nicolini 2014, 289 ss.) e della giurisprudenza (Ad esempio, T. Roma 4.5.2017, n. 4120, in *DeJure*) che continuano a riferire l'art. 2116 c.c. ai soli rapporti di lavoro subordinato.

Queste non solo paiono contraddire le riforme previdenziali che, a partire dagli anni novanta (cioè dalla l. n. 537/1993), sia pur con notevole ritardo rispetto al dettato costituzionale, sembrano muoversi nel senso della universalizzazione delle tutele previdenziali (Per l'analisi di luci e ombre di tale processo si vd. Cinelli 2018, 359 ss.), ma appaiono miopi perché il *discrimen* tra applicabilità e inapplicabilità del principio di automaticità delle prestazioni ai lavoratori parasubordinati non può riferirsi solo a una paventata differenza tipologica tra rapporto di lavoro subordinato e parasubordinato; per sopire il dibattito intorno alla qualificazione giuridica di tali rapporti di lavoro «artificiosamente alimentato [...] dal divario di oneri sociali che le diverse tipologie di rapporto di lavoro comportano» (Cinelli 2018, 361) è necessario valutare se anche per i lavoratori iscritti alla gestione separata dell'Inps vi sia il bisogno di assistenza e di protezione da parte dello Stato che ispira il sistema italiano di previdenza sociale.

Se, come è stato evidenziato dalla dottrina, la ragione della rottura della corrispettività tra obbligo di versare i contributi e obbligo di erogare le prestazioni previdenziali si rinviene nel fatto che entrambe le obbligazioni non sono volte a comporre un conflitto di interessi, ma «sono imposte unicamente e immediatamente per la soddisfazione di un interesse pubblico» (Persiani, D'Onghia, 2018, 42) a reperire i mezzi necessari per liberare dal bisogno i lavoratori, e ciò in virtù di un interesse protetto dalla Costituzione e di cui il Legislatore non può disinteressarsi, allora si ritiene che per risolvere la questione oggetto della sentenza in commento possiamo ricordare le parole di quell'autorevole dottrina che già oltre dieci anni fa ebbe a sottolineare che «la riconduzione all'art. 35 [Cost.] di diversi lavori, pur nell'ammissibilità di diverse forme di tutela, ha un corollario: quello del necessario scrutinio di ragionevolezza. Insomma, se due tipi di lavoro sono entrambi riconducibili all'art. 35, potrà certamente esserci una differenza nelle tutele prestate in adempimento della norma costituzionale, ma la differenza di tutela dovrà trarre adeguata giustificazione dalla differenza tra le due fattispecie; non sarà sufficiente affermarne la diversità» (Garofalo 2008, 32-33), come invece continua a fare chi non descrive ma dà per scontata una differenza tipologica tra rapporto di lavoro subordinato e parasubordinato, senza indagare se si rifletta o meno sull'obbligazione contributiva.

Si ritiene che tanto nel rapporto di lavoro subordinato quanto in quello parasubordinato vi sia per i lavoratori una comparabile condizione socio-economica tale da esporli al rischio di trovarsi impotenti di fronte all'omissione contributiva del datore di lavoro-committente, con il conseguente e significativo *vulnus* alla effettività della tutela pensionistica, che, a dispetto della vocazione universalistica scelta dalla stessa Costituzione, rischierebbe altrimenti di essere irragionevole e dunque incostituzionale (Sulla possibilità di adire la Corte costituzionale per valutare se sia ragionevole tale disparità di trattamento vd. Canavesi 2008, 71).

Riferimenti bibliografici

- Boer P. (1998), *Ricongiunzione dei periodi assicurativi e automaticità delle prestazioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in RGL, n. 3, II, 390 ss.
- Canavesi G. (2008), *Effettività della tutela previdenziale delle collaborazioni coordinate e continuative e principio di automaticità delle prestazioni*, in ADL, n. 1, I, 55 ss.
- Canavesi G. (2014), *L'automaticità delle prestazioni previdenziali per i lavoratori a progetto. Dalla giurisprudenza un segnale importante, ma insufficiente*, in RIDL, n. 2, II, 439 ss.
- Cinelli M. (2016), *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino.
- Cinelli M. (2018), *Il novum della previdenza, oggi*, in RIDL, n. 3, I, 355 ss.
- D'Onghia M. (2013), *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Cacucci, Bari.
- D'Onghia M. (2014), *Automaticità delle prestazioni e lavoro parasubordinato: un eloquente riconoscimento giurisprudenziale*, in ADL, n. 4-5, II, 1116 ss.
- Fabbrizio C. (2015), *Ancora sull'estensione del principio di automaticità delle prestazioni ai lavoratori parasubordinati*, in RDSS, n. 4, 838 ss.
- Garofalo M.G. (2008), *Unità e pluralità del lavoro nel sistema costituzionale*, in DLRI, 21 ss.
- Miscione M. (1987), *L'automaticità delle prestazioni*, in LD, 357 ss.
- Nicolini C.A. (2014), *Ma davvero i collaboratori continuativi possono invocare il principio di automaticità delle prestazioni?*, in RDSS, n. 2, 287 ss.
- Nuzzo V. (2014), *Il principio di automaticità delle prestazioni previdenziali e il lavoro a progetto: considerazioni sull'estensione delle tutele della subordinazione al lavoro coordinato e continuativo*, in DRI, n. 3, 757 ss.
- Olivelli F. (2014), *Sull'applicabilità del principio di automaticità delle prestazioni anche ai collaboratori a progetto*, in GI, n. 12, 2804 ss.
- Persiani M., D'Onghia M. (2018), *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino.
- Pessi R. (2014), *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova.
- Poso V.A. (2001), *L'applicazione del principio di automaticità delle prestazioni previdenziali ai fondi speciali gestiti dall'Inps*, in RIDL, n. 4, II, 828 ss.
- Santoro Passarelli F. (1948), *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, in RIPS, 181 ss.

Rosa Di Meo

*Dottoressa di ricerca in Management and Law
Curriculum di Diritto dell'economia presso l'Università Politecnica delle Marche*

INDICE

ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

ASSISTENZA

Stato di disoccupazione – Esenzione del contributo alla spesa sanitaria –
Requisiti – Accesso. 327

CONCILIAZIONE

Conciliazione in sede sindacale – Impugnabilità – Assistenza sindacale
effettiva. 313

Conciliazione in sede sindacale – Transazione novativa – Natura delle
somme riconosciute al lavoratore – Regime contributivo. 313

Conciliazione in sede sindacale – Transazione novativa – Regime fiscale
– Inopponibilità all'ente preposto. 313

CONGEDI

Art. 42, c. 5, d.lgs. n. 151/2001 – Disabilità – Figlio non convivente con
il disabile – Congedo straordinario retribuito – Condizione della previa
convivenza – Mancanza, decesso o presenza di patologie invalidanti dei
soggetti legittimati a richiedere il beneficio – Spettanza – Incostituzio-
nalità. 191

CONTRATTO A TERMINE

Clausola 4, Direttiva n. 1999/70 – Settore pubblico – Ricostruzione della
carriera – Anzianità di servizio – Computo parziale – Compatibilità. 196

DISCRIMINAZIONI

Prestazioni sociali agevolate – Discriminazione diretta – Carezza di po-
tere comunale – Vincoli costituzionali – Sistemi di controllo Isee –
Autocertificazione. 339

LAVORO PUBBLICO

Legittimazione a partecipare alle trattative per la contrattazione integrativa del pubblico impiego – Demando alla contrattazione collettiva nazionale dell'individuazione dei soggetti titolati – Previsione in capo alle sole organizzazioni sindacali firmatarie del Ccnl applicato – Violazione dell'art. 39 Cost. – Esclusione. 303

Legittimazione a partecipare alle trattative per la contrattazione integrativa del pubblico impiego – Demando alla contrattazione collettiva nazionale dell'individuazione dei soggetti titolati – Previsione in capo alle sole organizzazioni sindacali firmatarie del Ccnl applicato – Violazione dell'art. 39 Cost. – Esclusione. 303

Legittimazione a partecipare alle trattative per la contrattazione integrativa del pubblico impiego – Demando alla contrattazione collettiva nazionale dell'individuazione dei soggetti titolati – Previsione in capo alle sole organizzazioni sindacali firmatarie del Ccnl applicato – Violazione dell'art. 39 Cost. – Esclusione. 304

Legittimazione a partecipare alle trattative per la contrattazione integrativa del pubblico impiego – Demando alla contrattazione collettiva nazionale dell'individuazione dei soggetti titolati – Previsione in capo alle sole organizzazioni sindacali firmatarie del Ccnl applicato – Violazione dell'art. 39 Cost. – Esclusione. 304

Procedimento penale – Procedimento disciplinare – Autonomia giudiziale – Riapertura per modificare o confermare l'atto conclusivo – Racordo giudiziale – Illegittimità *ex tunc* – Art. 18 St. lav. – Illegittimità licenziamento. 221

LAVORO SUBORDINATO

Lavoro gratuito – Associazione loggia massonica – Prestazione di lavoro subordinato – Assoggettamento al potere direttivo, gerarchico e disciplinare – Esclusione – Onere della prova a carico del ricorrente – Non necessità dell'accertamento giudiziale sulla possibile esistenza di un rapporto di natura diversa. 264

LICENZIAMENTO COLLETTIVO

Licenziamento per cessazione attività – Obblighi di comunicazione *ex art.* 4 della l. n. 223/1991 – Finalità del controllo preventivo e sindacale delle comunicazioni – Natura perentoria del termine di 7 giorni. 239

LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

- Azienda sequestrata – Risoluzione di diritto – Disciplina del licenziamento – Non si applica. 189
- Azienda sequestrata – Risoluzione di diritto – Disciplina del licenziamento – Non si applica. 189
- Corte costituzionale, n. 194/2018 – Illegittimità costituzionale art. 3, c. 1, d.lgs. n. 23/2015 – Art. 9, c. 1, d.lgs. n. 23/2015 – Piccole imprese e organizzazioni di tendenza – Identico meccanismo di calcolo indennità risarcitoria – Estensione degli effetti. 276
- Diritto di critica – Diritto di satira – Rispetto del limite della continenza formale – Minimo etico – Superamento – Obbligo di fedeltà – Inadempimento – Lesione della reputazione del datore di lavoro – Sussiste – Licenziamento per giusta causa – Sussistenza del fatto contestato. 250
- Disabilità – Ragionevole accomodamento – Art. 3, c. 3-*bis*, d.lgs. n. 216/2003 – Direttiva n. 2000/78 – Licenziamento per g.m.o. – Licenziamento discriminatorio – Reintegra. 283
- Disabilità – Ragionevole accomodamento – Art. 3, c. 3-*bis*, d.lgs. n. 216/2003 – Direttiva n. 2000/78 – Licenziamento per g.m.o. – Licenziamento discriminatorio – Reintegra. 283
- Divieto di licenziamento in concomitanza di matrimonio – Applicabilità dell'art. 35, d.lgs. n. 198/2006, esclusivamente alle lavoratrici – Non sussistenza della discriminazione di genere nei confronti dei lavoratori. 226
- Inabilità sopravvenuta alla mansione – Disabilità – Ragionevole accomodamento – Art. 3, c. 3-*bis*, d.lgs. n. 216/2003 – Direttiva n. 2000/78 – Licenziamento per g.m.o. – Licenziamento discriminatorio – Reintegra. 283
- Licenziamento per g.m.o. – Cessazione dell'attività produttiva – Centro unico di imputazione del rapporto di lavoro – Frode alla legge – Requisito dimensionale – Applicazione dell'art. 18 St. lav. 270
- Licenziamento per g.m.o. – Cessazione dell'attività produttiva – Manifesta insussistenza – Ipotesi residuale – Ricollocamento – Tutela obbligatoria. 270

Licenziamento per g.m.o. – Soppressione posto di lavoro – Obbligo di <i>repêchage</i> – Onere della prova – Illegittimità del licenziamento.	211
Licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione – Modifiche organizzative – Art. 5 della Direttiva n. 78/2000 – Parità di trattamento – Obbligo del datore di lavoro di adottare soluzioni ragionevoli – Violazione art. 41 Cost. – Insussistenza.	244
Malattia – Scarso rendimento – Periodo di comporta – Mancato superamento – Nullità.	206
Sopravvenuta inidoneità alla mansione – Licenziamento per g.m.o. – Inosservanza obbligo di <i>repêchage</i> – Analogia motivo oggettivo di tipo economico con quello per sopravvenuta inidoneità alla mansione – Reintegrazione.	244
Superamento del termine di comporta – Tempestività – Malattia – Affidamento del lavoratore.	216
 PENSIONE	
Pensione di vecchiaia e anzianità Inps – Automaticità delle prestazioni – Art. 2116 c.c. – Estensione – Collaboratori.	344
 PROCEDIMENTO DISCIPLINARE	
Licenziamento individuale – Violazione art. 7 St. lav.	202
Termine di decadenza per l'esercizio del diritto di difesa.	202
 SINDACATI	
Associazioni non riconosciute – Congresso provinciale costituito dai delegati eletti nei luoghi di lavoro – Strumento non equipollente all'assemblea e non idoneo a garantire la democrazia diretta – Convocazione dell'assemblea <i>ex</i> art. 20 c.c. – Necessità – Applicabilità del principio legislativo di democrazia diretta.	297
Associazioni non riconosciute – Convocazione dell'assemblea – Art. 20 c.c. – Applicabilità – Principio legislativo di democrazia diretta – Prevalenza.	298
 TRATTAMENTO DI FINE RAPPORTO	
Fondo di garanzia Inps – Cessione d'azienda – Procedure concorsuali – Insinuazione al passivo.	321
Fondo di garanzia Inps – Cessione d'azienda – Procedure concorsuali – Insinuazione al passivo.	321

