PARTE II
GIURISPRUDENZA

RAPPORTO DI LAVORO

CORTE DI GIUSTIZIA, 17.12.2015, C-407/14 – Pres. Bay Larsen, Avv. Gen. Mengozzi – Camacho c. Securitas Securitat Espana Sa.

Discriminazioni – Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego – Art. 18, Direttiva n. 2006/54/Ce – Indennizzo o riparazione dissuasivi e proporzionati – Obbligo degli Stati membri di prevedere la copertura integrale di ogni danno subito – Sussiste – Obbligo di prevedere danni punitivi – Non sussiste.

L'art. 18 della Direttiva n. 2006/54 riguardante l'attuazione del principio di parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego deve essere interpretato nel senso che gli Stati membri, al fine di far sì che il danno subito a causa di una discriminazione fondata sul sesso sia effettivamente riparato o indennizzato in modo dissuasivo e proporzionato, sono tenuti, qualora optino per la riparazione in forma pecuniaria, a introdurre nei rispettivi ordinamenti disposizioni che prevedano il versamento alla persona lesa di un risarcimento che copra integralmente il danno subito, senza che ciò comporti necessariamente il versamento alla vittima di danni punitivi. (1)

(1) RISARCIMENTO «COMUNITARIO» INTEGRALE,
DISSUAZIONE E DANNI PUNITIVI

1. — Pubblicate a distanza di pochi mesi l'una dall'altra, la sentenza resa dalla Corte di Giustizia nel caso *Camacho* in tema di «danno punitivo» e la pronuncia delle Sezioni Unite del 15.3.1016, n. 5072, in tema di «danno comunitario», offrono l'occasione per riaprire – in una prospettiva strettamente comunitaria – la mai sopita discussione su tecniche di tutela e funzione del risarcimento.

La questione sottoposta da un giudice spagnolo alla Corte europea era estremamente lineare: posto che nel diritto dell'Ue il sistema dei rimedi (processuali e sostanziali) è governato dai quattro principi cardine della equivalenza, dell'effettività, della proporzionalità e della dissuasività, un diritto nazionale che non preveda il riconoscimento di danni punitivi a una lavoratrice vittima di una discriminazione in base al sesso può ritenersi conforme al diritto dell'Unione?

La domanda si prospettava assai pertinente, essendo formulata in relazione all'art. 18 della «Direttiva rifusione» in tema di discriminazione di genere (Direttiva n. 2006/54). A norma di quest'ultimo articolo, gli Stati membri devono introdurre, in favore delle persone lese da una discriminazione di genere, la previsione di «un indennizzo o riparazioni reali ed effettive, da essi stessi stabiliti in modo tale da essere dissuasivi e proporzionati». A differenza dell'art. 25 della Direttiva – che richiama il requisito della «dissuasività» con riferimento alle sanzioni «che possono prevedere un risarcimento dei danni» –, qui il medesimo requisito è previsto specificamente a proposito del «risarcimento o riparazione» (così la rubrica dell'art. 18).

Si tratta – come ha ricordato l'Avvocato Generale Paolo Mengozzi nelle sue conclusioni presentate il 3 settembre 2015 (punto 23) – di un obbligo di risultato: gli Stati membri disporrebbero, cioè, di ampia discrezionalità nella scelta dei mezzi, ma resterebbe fermo il risultato da conseguire, che «risiede nella realizzazione dello scopo perseguito dalla suddetta direttiva e nella garanzia della sua efficacia attraverso la tutela dei diritti dei singoli».

E tuttavia, ferma l'obbligazione di risultato, è ragionevole chiedersi se l'effetto di una «dissuasione» adeguata possa essere conseguito dalla mera «riparazione», cioè ristabilendo la situazione lesa, senza gravare l'autore della discriminazione di quel costo aggiuntivo che solo potrebbe indurre l'autore e gli altri consociati a non reiterare il comportamento discriminatorio: una funzione (come la qualifica l'Avvocato Generale nelle sue conclusioni: punto 49) sostanzialmente «moralizzatrice, che arricchisce il sistema di responsabilità».

Naturalmente si può dissuadere in molti modi, non necessariamente mediante l'attribuzione di danni punitivi; tuttavia non vi è dubbio che la Direttiva n. 2006/54, con la previsione dell'art. 18, ha posto la dissuasività (con il suo effetto di induzione a non ripetere) in relazione al risarcimento e non alla sanzione, il che giustificava ampiamente la questione posta dal giudice spagnolo.

La risposta della Corte è altrettanto lineare quanto la domanda: l'effetto di dissuasione si realizza attraverso il risarcimento integrale del danno subito a causa della discriminazione, non con l'attribuzione di danni punitivi; questi sono certamente consentiti, ma non imposti dal diritto dell'Unione.

Dunque la finalità dissuasiva non è affatto rimossa («i provvedimenti atti a ristabilire l'effettiva parità di possibilità devono [...] avere nei confronti del datore di lavoro un effetto dissuasivo reale»: punto 31), ma si realizza – allorché lo Stato opti per la forma pecuniaria – attraverso «il versamento alla persona lesa di un risarcimento che copra integralmente il danno subito» (punto 37).

2. — Torna quindi il tema della «integralità» del risarcimento, che i giudici comunitari avevano già affrontato in epoca risalente con le pronunce che la Corte oggi richiama: così in *Marshall* (1), quando avevano dichiarato in contrasto con il diritto dell'Unione la fissazione di un limite massimo *a priori* per il risarcimento; così in *Von Colson* (2), quando – pur negando la sussistenza di un vincolo comunitario a sanzio-

(1) C. Giust. 2.8.1993, C-271/91, *Marshall c. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*, in *Racc.*, 1993, I-04367.

(2) C. Giust. 10.4.1984, C-14/87, *Von Colson c. Land Nordrhein-Westfalen*.

nare la mancata assunzione per ragioni discriminatorie con l'obbligo di concludere il contratto – avevano dichiarato il contrasto con il diritto dell'Unione di norme nazionali che limitano il risarcimento a una misura meramente simbolica, commisurata, ad esempio, al rimborso delle sole spese causate dalla candidatura a un posto di lavoro; così soprattutto in *Draempaebl* (3), quando avevano differenziato l'ipotesi in cui il datore di lavoro è in grado di dimostrare che il candidato escluso per ragioni discriminatorie non sarebbe comunque stato assunto, essendo carente dei requisiti professionali (in questo caso sarebbe ammessa la fissazione di un limite massimo al risarcimento) e l'ipotesi in cui tale prova manchi, nel qual caso il risarcimento «adeguato al danno subito» non ammette limiti di sorta; così, infine, in *Paquay* (4), quando, facendo applicazione congiunta del principio di equivalenza e di risarcimento integrale, avevano stabilito che, in caso di licenziamento discriminatorio della lavoratrice madre, la sanzione non può essere inferiore a quella prevista per il caso di licenziamento adottato nel periodo di tutela di cui all'art. 10, Direttiva n. 92/85.

Come ben si vede, i principi generali in materia sono piuttosto consolidati (5); da essi si possono ricavare alcune indicazioni per il diritto interno e almeno un interrogativo.

La prima indicazione è nel senso dell'insuperabile necessità di «personalizzazione» del danno.

Va infatti considerato che il ripetuto richiamo della Corte di Giustizia alla discrezionalità degli Stati membri nella scelta dei mezzi di tutela nasce bensì dall'impossibilità di «prendere posizione in maniera definitiva in un dibattito che essa [...] non può sottrarre agli Stati membri» (per usare ancora le parole dell'Avvocato Generale: punto 47 delle conclusioni), posto che una rigida e uniforme definizione dei sistemi sanzionatori non avrebbe un fondamento nel Trattato. E tuttavia tale timidezza ha anche una ragione di ordine sostanziale, e cioè la constatazione che qualsiasi liquidazione presuppone «necessariamente la presa in considerazione delle caratteristiche proprie di ogni singolo caso di trasgressione del principio di parità» (punto 32 della sentenza; ma analogamente la sentenza *Paquay*, cit., punto 46). Ogni vicenda, dunque, merita una considerazione a sé, e il risarcimento «adeguato al danno subito» e dotato di «effetto dissuasivo reale» non può che essere rimesso al giudice nazionale, senza predeterminazione di limiti e di criteri troppo rigidi.

Si tratta di una prescrizione di non poco conto per il nostro ordinamento giuslavoristico, che – elevando a valore primario la soppressione di ogni discrezionalità del giudice nella valutazione del caso concreto – ambisce sempre più a quelle forme di liquidazione predeterminata che hanno raggiunto il loro apice (per ora) nel contratto «a tutele crescenti». Certo, il licenziamento discriminatorio è sin qui riuscito a sottrarsi alla forza invasiva della forfettizzazione, ma, a futura memoria, è bene sapere che questa tendenza ha un limite invalicabile e non potrebbe mai estendersi a quelle fatti-

(3) C. Giust. 22.4.1997, C-180/95, *Draempaebl c. Urania Immobilienservice Ohg*, in *Racc.*, 1997, I-02195.

(4) C. Giust. 11.10.2007, C-460/06, *Paquay c. Société d'architectes Hoet e Minne Sprl*, in *RCDL*, 2008, n. 1, 87, con nota di A. Guariso.

(5) In generale, sul tema dei rimedi applicabili all'esito di procedimenti antidiscriminatori, cfr. Guariso 2007; Dossi 2014, 117.

specie che, come la discriminazione, sono presidiate dal diritto comunitario e dai citati principi in tema di risarcimento integrale, modellato sul caso concreto.

3. — Una seconda indicazione deriva dal rapporto tra «integralità» risarcitoria e danno non patrimoniale.

Va infatti considerato che se è vero che – come abbiamo visto – i principi regolatori della materia risalgono alla giurisprudenza comunitaria degli anni ottanta e novanta, purtuttavia oggi il quadro è fortemente mutato. Con gli artt. 6 TUE, 10 TFUE e 21 della Carta dei diritti fondamentali, il principio di parità è elevato a principio generale dell'Unione non solo per quanto riguarda la parità di genere (come ricorda il Considerando 2 della Direttiva n. 2006/54), ma anche per quanto riguarda gli altri fattori di discriminazione.

Sotto tale profilo, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha ripetutamente affermato che la Direttiva n. 2000/78 (ma l'affermazione deve evidentemente essere estesa anche alle altre direttive antidiscriminatorie che al pari di quella trovano fondamento nell'attuale art. 19 TFUE) non sancisce essa stessa il principio della parità di trattamento, ma vi dà soltanto espressione concreta. Il principio quindi non trova la sua fonte nel diritto derivato, ma nel diritto primario, e precisamente «in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri», e «deve essere considerato un principio generale del diritto dell'Unione» (6).

Questo «trasferimento» del divieto di discriminazione nella sfera dei principi generali dell'Unione ha dato luogo a effetti via via più significativi: in *Mangold* ha costituito il presupposto per affermare la piena vigenza del divieto anche prima della scadenza del termine di recepimento della corrispondente direttiva (punto 76: «...il rispetto del principio generale della parità di trattamento, in particolare in ragione dell'età, non dipende, come tale, dalla scadenza del termine concesso agli Stati membri per trasporre una direttiva intesa a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sull'età...»); nella sentenza *Kucukdeveci* ha costituito la premessa per la verifica di compatibilità del diritto nazionale (punto 27). Infine, nella recente decisione *Dansk Industri* (7), ha consentito di affermare, con particolare fermezza, la diretta applicabilità del divieto stesso nelle controversie tra privati (già ipotizzato, ma con minore chiarezza, nei due precedenti citati) con disapplicazione del diritto nazionale eventualmente difforme e con conseguente affermazione di un importante corollario: l'affermazione, cioè, secondo la quale tale applicazione diretta non trova ostacolo né nell'esigenza di tutelare la certezza del diritto e il legittimo affidamento di chi abbia in buona fede confidato nella validità della norma nazionale, né nella possibilità, per i privati che siano stati lesi – nei loro rapporti contrattuali – dall'applicazione di una norma in contrasto con il diritto dell'Unione, di richiedere successivamente un risarcimento allo Stato. La prevalenza del diritto comunitario non poteva avere un'affermazione più netta.

(6) Le citazioni sono tratte da C. Giust. 19.1.2010, C-555/07, *Kucukdeveci c. Swedex GmbH & Co*, in *Racc.*, 2010, I-00365, punti 20-21; identiche affermazioni si trovano in C. Giust. 22.11.2005, C-144/04, *Mangold c. Helm*, in *Racc.*, 2005, I-09981; su quest'ultima pronuncia vedi, tra le molte, le considerazioni in Barbera 2011.

(7) C. Giust. 19.4.2016, C-441/14, *Dansk Industri c. Successione Karsten Eigil Rasmussen*, inedita a quanto consta.

Se dunque il principio paritario attiene a un tempo al patto fondamentale che lega i cittadini dell'Unione e al diritto fondamentale dell'uomo a non essere escluso per uno dei motivi tipizzati (8), allora anche gli effetti della violazione non possono che essere rivisti in modo coerente, con almeno due conseguenze.

La prima è che l'indennizzo «integrale» non potrà non coprire anche il danno non patrimoniale: un danno che nel nostro ordinamento è espressamente previsto dall'art. 28, d.lgs. n. 150/2011, ma che la giurisprudenza nazionale tende a gravare di oneri probatori che spesso finiscono per renderne eccessivamente difficile se non impossibile il conseguimento (e sul punto si tornerà).

La seconda è che si rende necessario un approfondimento circa l'apparente indifferenza della giurisprudenza comunitaria tra rimedio risarcitorio (purché rispettoso dei citati requisiti) e rimedio restitutorio, ben espressa dal passaggio della citata sentenza *Marshall* (punto 25, ora richiamato anche da *Camacho*), ove la Corte precisava che «nell'ipotesi di licenziamento discriminatorio, il ristabilimento della situazione di parità non potrebbe realizzarsi senza una riassunzione del soggetto o, alternativamente, un risarcimento del danno», equiparando quindi i due possibili rimedi.

In realtà già in altre occasioni la Corte aveva chiarito che «l'osservanza del principio di uguaglianza può essere garantita solo mediante la concessione alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della categoria privilegiata» (9), e che il giudice investito dell'azione antidiscriminatoria «deve applicare ai componenti del gruppo sfavorito lo stesso regime che viene riservato alle persone dell'altra categoria» (10): sicché un generale principio di preferenza per il rimedio effettivo e in forma specifica che abbia effetto diretto sulla redistribuzione dei beni trovava già fondamento nella giurisprudenza più risalente della Corte.

Ora, la collocazione del divieto tra i diritti fondamentali dell'Unione, e dunque la sua intima connessione con la dignità umana nel suo significato più profondo, rafforzano ulteriormente la necessità che, prima di dare il via alla incerta ricerca del controvalore economico della lesione, si esplori ogni possibile mezzo per l'integrale ripristino del bene o della opportunità illegittimamente sottratti.

4. — Sotto tale ultimo profilo, un ulteriore interrogativo nasce dal rapporto tra art. 18 e art. 25 della Direttiva n. 2006/54.

Come si è detto, l'art. 18 colloca il requisito della dissuasione sotto la voce «Riparazione e risarcimento» e la riprende poi all'art. 25 sotto la voce «Sanzioni» (11).

(8) Per un'esplicita affermazione del diritto alla non discriminazione come diritto fondamentale della persona si veda l'ordinanza Cass. 30.3.2011, n. 7186, che, proprio per effetto di tale qualificazione, ha affermato la giurisprudenza dell'Ago nei giudizi antidiscriminatori promossi avverso atti amministrativi, anche quando la posizione originaria del privato sia da qualificarsi come interesse legittimo.

(9) C. Giust. 12.12.2002, C-442/00, *Caballero c. Fondo di garanzia salarial*, in *Racc.*, 2002, I-11915.

(10) C. Giust. 16.1.2008, C-128/07, *Molinari c. Agenzia delle Entrate*, in *Racc.*, 2008, I-00004.

(11) Da notare che le altre direttive antidiscriminatorie non conoscono una norma come l'art. 18, ma solo una norma analoga all'art. 25: cfr. art. 15 della Direttiva n. 2000/43, art. 17 della Direttiva n. 2000/78, art. 14 della Direttiva n. 2004/113.

Sul punto, le conclusioni dell'Avvocato Generale e quelle della Corte appaiono decisamente divergenti. L'Avvocato Generale chiarisce che «secondo la Direttiva n. 2006/54 la lotta contro la discriminazione fondata sul sesso si svolge in due fasi. Vi è la fase dell'art. 18, ossia la fase della riparazione o del risarcimento che [...] devono essere adeguati. V'è poi la fase dell'art. 25, ossia la fase della sanzione o della punizione, che non è necessariamente concomitante alla fase di riparazione o del risarcimento e nemmeno cumulativa. L'applicazione di danni punitivi rientrerebbe piuttosto in questa seconda fase...» (punto 53 delle conclusioni).

Adirittura l'Avvocato Generale si spinge a rammaricarsi della diffusa insofferenza degli ordinamenti nazionali verso i danni punitivi, considera che il vigente sistema di responsabilità «è lungi dall'adempiere in maniera soddisfacente la sua funzione riparatrice» e precisa che «eventuali insufficienze del sistema di responsabilità sono state compensate dalla Direttiva dal suo art. 25» (punto 52).

La Corte non sembra invece apprezzare questa porta socchiusa al danno-sanzione e, benché il quesito del giudice spagnolo si riferisse esclusivamente all'art. 18, estende la sua valutazione (in motivazione, ma non nel dispositivo) anche all'art. 25, affermando che quest'ultimo, lungi dal compensare la mancata previsione del «danno punitivo» in sede di risarcimento, non la prevede neppure in sede di sanzione: «l'art. 25 permette ma non impone agli Stati membri di adottare provvedimenti che prevedano il versamento di danni punitivi alla vittima di una discriminazione fondata sul sesso» (punto 40).

Resta così senza risposta, tra l'altro, la giusta notazione che l'Avvocato Generale aveva fatto alla nota 39 delle sue conclusioni e che atteneva al delicato tema del risarcimento in favore delle associazioni legittimate ad agire avverso le discriminazioni collettive: in tale ipotesi, notava l'Avvocato Generale, «si può immaginare che non vi sarà una riparazione ai sensi dell'art. 18. Per contro potrà esservi una sanzione ai sensi dell'art. 25».

Privato del suo aspetto (relativamente) sanzionatorio «ex art. 25», il risarcimento alle associazioni continuerebbe quindi – il condizionale è d'obbligo visto che la questione non è affrontata espressamente dalla Corte – a seguire i criteri ordinari potendo quindi essere attribuito solo come riflesso della lesione dei singoli associati, con il rischio di lasciare così sostanzialmente disarmate proprio quelle decisioni destinate a intervenire su discriminazioni collettive e quindi di maggiore gravità.

Supplisce però sul punto la nota pronuncia *Feryn* della C. Giust. (12), che – interpellata proprio in ordine alle sanzioni applicabili allorché non sia esattamente identificabile il soggetto leso e l'azione sia quindi promossa da una associazione – ha ribadito che anche in tale ipotesi le sanzioni devono comunque essere effettive, proporzionate e dissuasive e ha stilato un dettagliato elenco che comprende «la constatazione della discriminazione da parte del tribunale o dell'autorità amministrativa competente, cui si aggiunga un adeguato rilievo pubblicitario»; la «ingiunzione al datore di lavoro [...] di porre fine alla pratica discriminatoria accertata»; e infine le sanzioni, che «possono consistere nella concessione di un risarcimento dei danni in favore dell'organismo che ha avviato la procedura giurisdizionale» (punto 39): con il che il tema del danno-sanzione in favore delle associazioni torna ad aprirsi.

(12) C. Giust. 10.7.1988, C-54/07, *Centrum c. Firma Feryn*, in *Racc.*, 2008, I-5187, sul quale vd. Izzi 2008, 765 ss.

5. — Venendo infine al diritto interno, non è questa la sede per ricordare quanto nella nostra giurisprudenza di legittimità sia consolidata la diffidenza verso qualsiasi forma di ristoro che sia svincolata dal danno cagionato (13); e quanto il diritto positivo sembri invece aver mosso taluni passi in senso diverso, che tuttavia proprio una recente pronuncia di legittimità in materia (14) passa analiticamente in rassegna, per concludere che trattasi piuttosto di *astrintes*, cioè di misure coercitive volte a propiziare l'induzione all'adempimento e non a risarcire: misure dunque che esprimono bensì «l'evoluzione della tecnica di tutela della responsabilità civile verso una funzione anche sanzionatoria e deterrente...», ma che operano su un piano diverso, non intaccando la primaria funzione risarcitoria dell'istituto della responsabilità civile.

Siano o meno significative e coerenti le aperture intervenute nel diritto positivo, certo è che dalla sentenza *Camacho* non ricevono alcun impulso, ma neppure uno stop, essendo ampiamente chiarito dalla sentenza stessa che il diritto comunitario, se pure non impone, certamente «permette» i danni punitivi.

Per la verità proprio il diritto antidiscriminatorio conosce una norma difficilmente collocabile al di fuori del «danno punitivo». L'art. 28, comma 6, d.lgs. n. 150/2011, impone al giudice di tener conto, ai fini della liquidazione del danno, se un «atto o comportamento discriminatorio [...] costituiscono ritorsione a una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione a una precedente attività del soggetto leso volta a ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento». Trattasi quindi di una liquidazione che guarda alla finalità ritorsiva del danneggiante e non all'entità della lesione, assumendo con ciò connotati decisamente punitivi. Di tale norma risulta peraltro un'unica applicazione in giurisprudenza da parte del Tribunale di Vercelli (15), che in un caso di ritorsione, consistente nell'affissione di cartelli denigratori nei confronti di cittadini che avevano promosso una azione antidiscriminatoria, ha riconosciuto euro 6.000,00 a ciascuna persona offesa.

A prescindere dalla specifica disposizione in tema di ritorsione, la giurisprudenza nazionale, sempre timorosa di attribuire al discriminato utilità economiche non corrispondenti a una effettiva lesione, si è attestata per molti anni su liquidazioni del danno patrimoniale prive di un'attenta considerazione «personalizzata» del valore delle *chance* effettivamente perse (16), e soprattutto su liquidazioni del danno non

(13) Cfr., per tutte, Cass., Sez. III, 19.1.2007, n. 1183, in *FI*, 2007, n. 5, I, 1460 ss., con nota di Ponzanelli, *Danni punitivi: no grazie*, e in *Europa e Diritto privato*, 2007, n. 4, 1129 ss., con nota di Spoto, *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana*; Cass., Sez. I, 8.2.2012, n. 1781, in *Danno e responsabilità*, 2012, n. 6, 609 ss., con nota di Ponzanelli, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*, e in *Corriere giuridico*, 2012, 1068 ss., con nota di Pardolesi, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*.

(14) Cass. civ., Sez. III, 19.6.2015, n. 12717.

(15) Ordinanza 4.12.2014 – Est. Fiengo –, in causa *Pantè e altro c. Buonanno e altri*, in <http://www.asgi.it>. L'ordinanza è poi stata riformata da Corte d'Appello di Torino, Sez. IV, 22.3.2016 – Pres. Innocenti, Rel. Della Fina –, inedita a quanto consta, che ha ritenuto insussistente l'azione ritorsiva.

(16) Come nel caso del Tribunale di Varese, che ha liquidato solo 2.000 euro in una ipotesi di mancata assunzione per comprovate ragioni di appartenenza nazionale: T. Varese 2.7.2008 in *RCDL*, 2008, n. 3, 950, con nota di Guariso.

patrimoniale influenzate più dal valore economico dell'affare perso che dalla gravità dell'offesa patita (17).

Solo recentemente si riscontrano pronunce più significative, anche in favore di persone giuridiche e dunque con una più marcata finalità dissuasiva.

Quanto alle liquidazioni per persone fisiche si segnalano in particolare una pronuncia del Tribunale di Roma, che – in caso di illecita conservazione di dati sensibili prelevati durante una schedatura dei presenti in un campo Rom – ha liquidato al soggetto leso euro 8.000; un'altra della Corte d'Appello di Milano che, in un caso di esclusione dalla carica di vicepresidente di una banca, determinata dall'attività dell'interessato a favore di un dipendente di colore, ha liquidato euro 40.000 di solo danno non patrimoniale (18).

Quanto alle liquidazioni in favore di persone giuridiche vanno segnalati: Tribunale di Brescia, che – al termine della complessa vicenda di un bonus bebè comunale, dapprima attribuito ai soli cittadini, poi revocato per tutti dopo una pronuncia del giudice che lo estendeva agli stranieri e infine riattribuito a tutti per ordine del giudice – ha liquidato, oltre al danno non patrimoniale per i singoli, 15.000 euro all'associazione che aveva agito per conto della generalità dei discriminati (19); Corte d'Appello di Brescia, che, confermando la decisione del Tribunale di Bergamo e facendo corretta applicazione dei principi enunciati nella citata sentenza *Feryn*, ha liquidato euro 10.000 in favore della associazione che aveva agito contro dichiarazioni pubbliche nelle quali si enunciava la volontà di non assumere dipendenti o collaboratori omosessuali (20); infine Tribunale di Milano, che ha liquidato 6.000 euro per ciascuna associazione ricorrente a carico dell'on. Buonanno per le affermazioni pronunciate nel corso di una trasmissione televisiva e volte a offendere l'etnia Rom (21).

Da segnalare che la grande maggioranza di pronunce nazionali emesse all'esito di azioni civili contro la discriminazione attiene ad atti e comportamenti della pubblica

(17) Così correttamente Maffei (2008), che cita, tra gli altri, il caso del Tribunale di Padova, che ha liquidato solo 100 euro in favore degli avventori di colore di un bar ai quali veniva maggiorato il prezzo del caffè al fine di scoraggiarne l'accesso.

(18) I due provvedimenti sono: T. Roma, Sez. II, 24.5.2012, ord., e 27.5.2013, ord., e C. App. Milano 23.6.2015 – Pres. Sbordone, Rel. Rollero – *OB c. Extrabanca Spa*, entrambe inedite a quanto consta; T. Milano, Sez. I, 19.4.2016 – Est. Cattaneo – in causa *Asgi e altri c. Buonanno*, in <http://www.asgi.it>. Tra gli altri provvedimenti significativi, vanno segnalati T. Brescia, Sez. I, 31.1.2012, ord. – Est. Cassia – *Asgi + Fond. Piccinini + 1 c. Lega Nord Adro*, inedita a quanto consta, che ha riconosciuto euro 2.500,00 per ciascun ricorrente (singoli e associazioni) in relazione all'esposizione di un cartello discriminatorio da parte della Lega Nord di Adro (BS); T. Milano, 22.3.3012, ord. – Est. Scarzella – *C.T.G. c. Extrabanca Spa*, inedita a quanto consta, che ha riconosciuto euro 5.000,00 in favore di un lavoratore di colore fatto oggetto di insulti razzisti.

(19) T. Brescia 10.1.2013 – Est. Alessio – in causa *Asgi e altri c. Comune di Brescia*, inedita a quanto consta.

(20) C. App. Brescia 11.12.2014 – Pres. Nuovo, Est. Finazzi – *T. c. Associazione Avvocatura per i diritti Lgbt*; cfr. la nota alle due pronunce di primo e secondo grado di L. Tomasi, *L'unico caso italiano di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale in materia di lavoro?*, in *GenIUS*, anno II, n. 1, giugno 2015, 221.

(21) T. Milano, Sez. I, 19.4.2016 – Est. Cattaneo – in causa *Asgi e altri c. Buonanno*, in <http://www.asgi.it>.

amministrazione, prevalentemente in tema di esclusione degli stranieri dall'accesso a prestazioni assistenziali, alla iscrizione anagrafica o al lavoro pubblico. In tali ipotesi le pronunce escludono (quasi) sempre il risarcimento argomentando in ordine alla mancanza di colpa.

Sul punto risponde però puntualmente il Tribunale di Padova, che – in un caso di discriminazione per motivi religiosi consistente nella mancata predisposizione di insegnamenti alternativi a quello della religione cattolica – ha liquidato il risarcimento del danno non patrimoniale a carico del Miur facendo leva sulla nozione di «colpa di apparato», che esclude l'indagine sulla colpa soggettiva a carico della pubblica amministrazione (22). Con analoghe argomentazioni, anche il Tribunale di Ascoli Piceno ha riconosciuto il danno patrimoniale e non patrimoniale in favore di una insegnante straniera titolare di permesso di lungo periodo che il d.m. n. 354/14 aveva illegittimamente escluso dalle graduatorie per l'accesso alle supplenze (23).

Ancora più autorevolmente sul punto risponde anche la sentenza C. Giust. 22.4.1997, *Draehmpaehl* – peraltro rimasta isolata nel panorama giurisprudenziale comunitario –, che ha espressamente escluso la compatibilità con una direttiva antidiscriminatoria (in quel caso la Direttiva n. 76/207/Cee in tema di parità uomo donna) «delle disposizioni nazionali che stabiliscono il presupposto della colpa per il risarcimento del danno subito a causa di una discriminazione sul sesso all'atto di assunzione».

6. — Qui, con una sorprendente coincidenza tra pronunce risalenti e pronunce recentissime, il cerchio si chiude e si torna al parallelismo cui si è accennato in apertura. Il punto di arrivo della lunga vicenda dei contratti a termine nel pubblico impiego – sancito dalle Sezioni Unite con la sentenza 15.3.2016, n. 5072 – ci dice che laddove vi sia l'esigenza di attenersi al principio comunitario della dissuasione è possibile ipotizzare un «danno presunto» che «esprime anche una portata sanzionatoria della violazione della norma comunitaria sì che il danno così determinato può qualificarsi come danno comunitario».

Il percorso logico-giuridico seguito nell'occasione dalle Sezioni Unite appare particolarmente significativo in relazione a quanto sin qui detto.

E infatti, una volta accertato, sulla base degli innumerevoli precedenti costituzionali e comunitari, che un sistema sanzionatorio meramente risarcitorio può rispondere adeguatamente ai requisiti dissuasivi di cui alla clausola 5 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce sui contratti a termine, la Corte si è trovata di fronte a un bivio: da un lato, il diritto comunitario, secondo il quale subordinare il diritto del lavoratore al risarcimento del danno all'obbligo di fornire una prova piena del danno subito, rischierebbe di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'Unione e lasciare così senza adeguata sanzione l'abuso dei contratti a termine (24); dall'altro, il diritto interno, secondo il quale la

(22) T. Padova 30.7.2010 – Pres. Rubbis, Rel. Mancuso – XX c. *Miur*, inedita a quanto consta

(23) T. Ascoli Piceno 25.3.2016 – Est. D'Ecclesia – *Kondratieva c. Liceo Statale Leopardi e Miur*, in <http://www.asgi.it>.

(24) Così C. Giust. 12.12.2013, C-50/13, *Papalia*, in q. *Riv.*, 2014, n. 1, II, 124, con nota di R. Nunin.

prova del danno non può che gravare integralmente sul lavoratore, mentre la difficoltà di questi nel procurarsi le prove costituisce inconveniente di mero fatto, che non mina la legittimità – a livello interno – della previsione nazionale.

La via d'uscita scelta dalla Corte sta appunto nella individuazione di un «danno comunitario» che certamente ha, secondo il Collegio, una «portata sanzionatoria», ma che non per questo scardina il sistema essendo configurato soltanto come un'agevolazione della prova indispensabile a colmare un «deficit di tutela» rispetto all'ordinamento comunitario e a rendere coerente con quest'ultimo la legislazione nazionale.

In effetti, la soluzione faticosamente adottata appare coerente non solo con il principio di diritto espresso nella citata sentenza *Papalia*, ma anche con la diffidenza dell'ordinamento comunitario verso forme di forfettizzazione che risulterebbero incoerenti con il principio di risarcimento integrale: e ciò non solo perché l'ampiezza del *range* risarcitorio (2,5-12 mensilità) consente una modulazione sulla condizione effettiva del danneggiato, ma prima ancora perché la Corte qualifica appunto l'indennizzo *ex art. 32*, cit., come un minimo forfetario, rispetto al quale il lavoratore è esonerato da ogni prova; per i danni ulteriori (la cui risarcibilità è espressamente riconosciuta dalla Corte) tornano ad applicarsi le regole ordinarie e dunque l'onere della prova a carico del lavoratore pubblico, il quale gode, sotto tale profilo, di un trattamento migliorativo rispetto al dipendente privato per il quale l'indennizzo *ex art. 32* esaurisce ogni possibile pretesa (come riconosciuto da Corte cost. n. 303/2011).

Integralità del risarcimento, effettiva proporzionalità alla lesione subita, agevolazione della prova, danno comunitario: tutte nozioni il cui reciproco coordinamento è ben lungi dall'essere compiutamente definito, ma che già ora, ove se ne facesse prudente applicazione, potrebbero garantire la coerenza tra diritto nazionale e diritto comunitario e, prima ancora, un risultato efficace sotto il profilo della giustizia sostanziale.

Riferimenti bibliografici

- Barbera M. (2011), *Il principio di eguaglianza nel sistema europeo multilivello*, in Aa.Vv., *I diritti fondamentali in Europa*, Viella.
- Dossi G. (2014), *Poteri del giudice nell'azione antidiscriminatoria: riflessioni sulla giurisprudenza italiana alla luce degli obblighi del diritto europeo*, in *q. Riv.*, n. 1, I, 117 ss.
- Guariso A. (2007), *I provvedimenti del giudice*, in M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 579 ss.
- Izzi D. (2008), *Il divieto di discriminazioni razziali preso sul serio*, in *q. Riv.*, n. 4, II, 765 ss.
- Maffei D. (2008), *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, in *RTDPC*, 2008, n. 2, 417 ss.

Alberto Guariso
Avvocato in Milano

CORTE DI GIUSTIZIA, 17.11.2015, C-115/14, Quarta Sezione – Pres. Bay Larsen, Est. Prechal, Avv. Gen. Mengozzi – RegioPost GmbH & Co. Kg c. Stadt Landau in der Pfalz.

Appalto – Clausola sociale – Appalti pubblici – Direttiva n. 2004/18/Ce – Salario minimo – Articolo 56 TfUe – Libera prestazione dei servizi – Restrizioni.

Appalto – Clausola sociale – Appalti pubblici – Direttiva n. 2004/18/Ce – Esclusione.

L'art. 26 della Direttiva n. 2004/18, deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa di un ente regionale di uno Stato membro che imponga agli offerenti e ai loro subappaltatori di impegnarsi, mediante una dichiarazione scritta da allegare all'offerta, a versare un salario minimo stabilito da una fonte legislativa al personale assegnato all'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto pubblico. (1)

L'art. 26 della Direttiva n. 2004/18, non osta a una normativa di un ente regionale di uno Stato membro che prevede l'esclusione, dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, degli offerenti e dei loro subappaltatori che si rifiutino di impegnarsi a versare un salario minimo, fissato dalla suddetta normativa, al personale che sarà assegnato all'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto pubblico considerato. (2)

(1-2) SALARIO MINIMO LEGALE E APPALTI PUBBLICI: IL CASO REGIOPOST

SOMMARIO: 1. Il quadro sistematico e le sue ambivalenze. — 2. I fatti della causa. — 2.1. Sulla ricevibilità della questione in assenza di elementi di transnazionalità. — 2.2. Le condizioni sociali di cui all'art. 26, Direttiva n. 2004/18. — 2.3. La misura nazionale alla luce dell'art. 56 TfUe e della Direttiva n. 96/71. — 3. Osservazioni a margine sulla Direttiva n. 2014/24.

1. — *Il quadro sistematico e le sue ambivalenze* — La cornice entro la quale si colloca la sentenza in commento si presenta perennemente scossa da movimenti di segno opposto difficilmente riconducibili a unità. Se, per un verso, il diritto del lavoro è messo sotto scacco dall'inasprirsi della competizione tra ordinamenti e dagli interventi tutt'altro che rassicuranti della Corte di Giustizia europea, per altro verso, l'architettura regolativa introdotta con il Trattato di Lisbona e la «costituzionalizzazione» dei diritti fondamentali rappresentano nuova linfa vitale per la dimensione sociale europea, tanto da «preconizzare per il futuro la possibilità di metabolizzare soluzioni “non convenzionali” di (ri)bilanciamento tra libertà economiche, diritti sociali e finalità occupazionali» (1).

(1) Meli 2014, 723. Cfr. Alaimo, Caruso 2010; Ales 2010.

Posto quindi un contesto caratterizzato da manifeste tensioni, sia valoriali che di sistema, il tema degli appalti pubblici, con riferimento, in particolare, alla possibilità di funzionalizzarli a esigenze di tutela sociale, rappresenta un interessante laboratorio di riflessione attraverso il quale valutare evoluzione e limiti del processo di integrazione europea.

È noto che l'assetto regolativo in materia appare naturalmente proteso verso le istanze del libero mercato ma al contempo non indifferente dinanzi a considerazioni di ordine sociale. Come altri ha osservato «*social requirements were seen right from the beginning of modern public procurement as "procurement alien factors" but as inherent award criteria reflecting the close link between the quality of working conditions and quality of work*» (2). Emerge, altrimenti, un'identità composita e plurale che, da un lato, spiega gli interventi di armonizzazione sulle procedure e sui requisiti di accesso, al fine di garantire la liberalizzazione del relativo mercato e la tutela della concorrenza tra le imprese nel rispetto dei principi di parità di trattamento, di trasparenza e di riconoscimento reciproco, e, dall'altro lato, giustifica gli sviluppi legislativi più recenti per effetto dei quali si realizza un'inattesa valorizzazione degli appalti pubblici quali ambiti funzionali alla soddisfazione di interessi generali (3).

La tensione positiva verso l'interiorizzazione di aspetti di socialità è emersa gradualmente. Se la Direttiva n. 2004/18 si inseriva, sia pur timidamente, entro queste coordinate (4), è soprattutto con le Direttive del 2014 (5) che viene proposto un modello interpretabile non più «sotto la lente dell'economicità in senso stretto o della sola concorrenza, ma anche attraverso quella della tutela ambientale, sociale e del lavoro, di modo che le scelte degli Stati membri, prima, e delle amministrazioni aggiudicatrici poi rappresentano sempre più il frutto di un continuo bilanciamento d'interessi diversi» (6). L'approccio avanzato in sede europea ha influenzato positivamente anche il contesto internazionale stimolando una revisione, sia pur cauta, del sistema *Gatt-Wto* in tema di appalti pubblici (7).

La parabola evolutiva descritta ha integrato l'originaria connotazione mercantile e concorrenziale con dinamiche più complesse e, per questo, suscettibili di generare conflitti in ambito sia istituzionale che giurisprudenziale. La tendenza espansiva che si è realizzata si è infatti dovuta confrontare con gli esiti del controverso filone giurisprudenziale in ordine ai rapporti tutt'altro che equilibrati tra i diritti di matrice so-

(2) Schulten *et al.* 2012, 5.

(3) Costantini 2014.

(4) Ahlberg, Bruun 2011. Cfr. Kilpatrick 2011.

(5) Direttiva n. 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; Direttiva n. 2014/24/UE sugli appalti pubblici; Direttiva n. 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali. Il termine per il recepimento è fissato al 18 aprile 2016. L'Italia è intervenuta con la legge 28 gennaio 2016, n. 11: «Deleghe al Governo per l'attuazione delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE».

(6) Torchio 2014. In una prospettiva più generale sulla funzione del diritto del lavoro come strumento di regolazione della concorrenza tra imprese che interiorizzano finalità sociali vd. Tebano 2016.

(7) Arrowsmith, Anderson 2011; Semple 2015. In particolare, sulle tematiche del *Fair trade*, vd. Thrasher, 2014.

ciali e le libertà economiche (8). Ciò è particolarmente evidente se ci confrontiamo con il tema della compatibilità, rispetto al diritto europeo, delle clausole sociali inserite nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici (9). La questione ha riguardato, nello specifico, le clausole che stabiliscono i livelli salariali e, più in generale, l'uso di tali meccanismi come viatico di estensione, sia pur indiretta, dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi. Il nucleo più problematico insiste sull'individuazione dei limiti oltre i quali le misure sociali introdotte dagli Stati membri si trasformano in disposizioni protezionistiche e discriminatorie nei confronti delle imprese situate in altri Stati membri. Ci si è chiesti, altrimenti, fino a che punto le autorità possono spingersi imponendo tutele anche più elevate rispetto a quelle garantite dai minimi fissati dalla legge o dalla contrattazione collettiva nell'ordinamento di origine delle imprese che partecipano alla gara d'appalto, e se può considerarsi compatibile con i principi del mercato unico l'obbligo di rispettare le condizioni di lavoro fissate in contratti collettivi privi di efficacia generale.

Partendo da queste premesse, il commento del caso *RegioPost* offre l'occasione per verificare se i cupi presagi apertisi in *Rüffert* in tema di clausole sociali e appalti pubblici abbiano perso consistenza, per fare spazio a interpretazioni più aperte e socialmente orientate o, diversamente, siano destinati a influenzare pesantemente anche in futuro le pronunce giurisprudenziali sul delicato tema del temperamento tra le istanze del mercato integrato e la tutela dei diritti sociali fondamentali.

2. — *I fatti della causa* — Abbiamo già anticipato che la causa *RegioPost* si inserisce nel solco di una serie di pronunce nelle quali le clausole sociali utilizzate nell'ambito di procedure di aggiudicazione di appalti pubblici sono state compresse sotto il cono d'ombra del diritto europeo e sottoposte a rigidi test di conformità. È noto che sul tema la Corte di Giustizia oscilla tra orientamenti, sia pur minoritari, protesi verso l'affermazione di istanze di tutela sociale, anche se restrittive della concorrenza (10) e orientamenti dichiaratamente sbilanciati verso il mercato e le sue dinamiche (11).

Il caso in commento verte su una domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Tribunale regionale superiore di Coblenza nell'ambito di una controversia sollevata dalla *RegioPost GmbH & Co. Kg* nei confronti della città di Landau. La norma controversa impone agli enti pubblici di attribuire gli appalti «esclusivamente alle imprese e ai loro subappaltatori che, all'atto della presentazione dell'offerta, si impegnino per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati per l'esecuzione del contratto, un salario minimo fissato dallo Stato» (art. 3 della legge del 1° dicembre

(8) Si segnalano in particolare C. Giust. 3.4.2008, C-346/06, *Dirk Rüffert c. Land Niedersachsen*, in *ADL*, 2008, n. 4/5, II, con nota di A. De Salvia; C. Giust. 15.7.2010, C-271/08, *Comm. c. Germania*; C. Giust. 18.9.2014, C-549/13, *Bundesdruckerei GmbH c. Stadt Dortmund*, in *RIDL*, 2015, n. 1, II, con nota di S. Guadagno. In dottrina, Andreoni, Veneziani 2009.

(9) Scarpelli 2006, 760.

(10) Il *leading case* è rappresentato dal caso C. Giust. 20.9.1988, C-31/87, *Beentjes*, che mette in luce l'esigenza di introdurre considerazioni di carattere non economico, e nello specifico di natura sociale, nell'ambito della normativa in materia di appalti pubblici. Cfr. C. Giust. 26.9.2000, C-225/98, *Comm. c. Francia*; C. Giust. 17.9.2000, C-513/99, *Concordia Bus*.

(11) Vd. in particolare i casi citati in nota 8.

2010 del *Land Rheinland-Pfalz*, in prosieguo la Lttg). La disposizione si applica esclusivamente agli appalti pubblici e l'ordinamento tedesco non prevede né un salario minimo legale, né un contratto collettivo di applicazione generale vincolante per i potenziali aggiudicatari ed eventuali subappaltatori. La RegioPost, vistasi respinto il ricorso presentato alla Commissione locale per gli appalti pubblici, investe della controversia il Tribunale di Coblenza, che, istruito il caso, decide di sospendere il procedimento per sottoporre alla Corte di Giustizia due questioni pregiudiziali.

In primo luogo, il giudice chiede alla Corte di pronunciarsi sulla compatibilità dell'art. 3 Lttg con l'art. 56 TfUE in combinato disposto con l'art. 3, par. 1, della Direttiva n. 96/71; secondariamente, la Corte è chiamata a stabilire se la normativa europea in materia di appalti pubblici, e nello specifico l'art. 26 della Direttiva n. 2004/18 (12), osta a una disposizione nazionale che esclude l'offerta dell'operatore economico laddove lo stesso non ottemperi all'obbligo di impegnarsi al pagamento del salario minimo di cui all'art. 3 della Lttg.

2.1. — *Sulla ricevibilità della questione in assenza di elementi di transnazionalità* —

Il primo aspetto da chiarire verte sulla competenza della Corte di Giustizia a dirimere la controversia in quanto i fatti della causa hanno un'estensione circoscritta al territorio tedesco.

Per il giudice del rinvio il problema non sussiste, in quanto «la circostanza che la RegioPost sia un'impresa stabilita in Germania e che gli altri subappaltatori abbiano la loro sede nel territorio di questo stesso Stato membro non osta a una domanda di pronuncia pregiudiziale, giacché stabilire se una disposizione di diritto nazionale debba essere disapplicata per un'eventuale incompatibilità con il diritto dell'Unione è una questione di diritto che si pone indipendentemente dalla nazionalità delle parti nella procedura di aggiudicazione dell'appalto o di ricorso».

Così la Corte di Giustizia, assunta la rilevanza della Direttiva n. 2004/18 ai fini della causa, respinge l'obiezione di irricevibilità e riformula la prima questione pregiudiziale centrandola sull'interpretazione dell'art. 26 della Direttiva n. 2004/18, in quanto disposizione che interviene espressamente sulle condizioni di esecuzione dell'appalto e sulla possibilità delle amministrazioni aggiudicatrici di esigere condizioni particolari basate su considerazioni sociali e ambientali. Verificato che il valore dell'appalto pubblico supera la soglia di applicabilità della Direttiva n. 2004/18, la questione relativa «all'interpretazione vertente su una delle sue disposizioni, nella fattispecie l'articolo 26, è ricevibile», pur riguardando «una controversia i cui elementi si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro» (punto 49). La Corte afferma la sua competenza anche in ordine all'art. 56 TfUE «nei limiti in cui lo consenta il grado di armonizzazione» previsto dalla Direttiva n. 2004/18 (punto 50).

In particolare, secondo la Corte esiste «un interesse transfrontaliero certo», riconducibile al valore dell'appalto, oltre a non potersi escludere «che imprese stabilite in

(12) Ai sensi dell'art. 26, Direttiva n. 2004/18, le amministrazioni aggiudicatrici di appalti pubblici possono «esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e siano precisate nel bando di gara o nel capitolato d'oneri. Le condizioni di esecuzione di un appalto possono basarsi in particolare su considerazioni sociali e ambientali».

Stati diversi dalla Repubblica federale di Germania siano state interessate a partecipare al suddetto appalto anche se, in definitiva, esse hanno deciso di non parteciparvi per ragioni loro proprie, ma che, per talune di tali imprese che sono stabilite in Stati membri nei quali il costo della vita e la tariffa salariale minima in vigore sono significativamente inferiori a quelli esistenti, potrebbero includere l'obbligo espressamente previsto di rispettare il salario minimo imposto in tale *Land*» (punto 51). Identificato quindi l'*interesse transfrontaliero* sulla base del valore sopra soglia dell'appalto (13), per la Corte di Giustizia risulta determinante il fatto che la misura nazionale in esame possa produrre, anche solo potenzialmente, *effetti transfrontalieri*.

Ciò a dire che sono due i fattori che concorrono ad attribuire valenza transnazionale ai fatti discussi nella causa: anzitutto il valore dell'appalto, elemento di per sé sufficiente a superare l'obiezione di irricevibilità in quanto la competenza della Corte deriva direttamente dall'applicabilità al caso di specie della Direttiva n. 2004/18; secondariamente gli effetti potenziali della misura contestata che avrebbe potuto disincentivare le imprese straniere dal partecipare alla gara limitandone la libertà di prestazione di servizi e, per questo, dev'essere sottoposta a un controllo di conformità rispetto all'art. 56 TFUE.

Anticipiamo fin d'ora che tale questione appare decisiva nell'*iter* argomentativo dei giudici europei, rappresentando un *modus operandi* fondato sulla ricostruzione «a tavolino» della fattispecie da sottoporre al sindacato giudiziale. Pur se non mancano interpretazioni che escludono l'applicazione dei principi del diritto primario europeo laddove i fatti della causa sono confinati all'interno di un solo Stato membro (14), negli orientamenti più recenti la Corte si dichiara competente nei casi «domestici» qualora «non si possa «affatto escludere» che cittadini di altri Stati membri possano, in situazioni simili, trovarsi a essere assoggettati alle misure nazionali controverse dello Stato membro in questione» nell'esercizio delle libertà economiche fondamentali (15). Sembra altrimenti prevalere l'approccio secondo cui «sono la natura e il contenuto della misura nazionale, e non i fatti all'origine del procedimento principale, a determinare se la Corte risolverà le questioni pregiudiziali sottoposte» (16).

Il rilievo attribuito agli effetti potenziali della disposizione sociale contenuta nel bando di gara sugli eventuali partecipanti residenti in altri Stati membri rappresenta altrimenti un pericoloso *passerpartout* nelle mani dei giudici europei, potendo giustifi-

(13) Vd., tra le altre, C. Giust. 11.12.2014, C-113/13, *Spezzino*, ove la Corte precisa che, ai fini dell'applicazione dei principi di diritto europeo «in materia di appalti pubblici ad attività i cui elementi rilevanti si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro, è necessario che l'appalto in discussione nel procedimento principale presenti un interesse transfrontaliero certo» (punto 46). Oltre al valore dell'appalto, la giurisprudenza ha elaborato altri criteri per identificare l'interesse transfrontaliero: in particolare il luogo di esecuzione, ovvero la vicinanza geografica a un altro Stato membro (C. Giust. 17.7.2000, C-347/06, *Asm Brescia Spa*, punti 58-62; C. Giust. 21.7.2005, C-231/03, *Coname*, punto 20), e la tecnicità dell'intervento (C. Giust. 15.5.2008, C-147/06, *Secap Spa*, punto 24).

(14) C. Giust. 9.9.1999, C-108/98, *Ri.San.*, punto 21.

(15) C. Giust. 1.6.2010, C-570/07, e C-571/07, *Blanco Pérez e Chao Gómez*; C. Giust. 5.12.2013, da C-159/12 a C-161/12, *Venturini e a.*, punto 26; C. Giust. 13.2.2014, C-367/12, *Sokoll-Seebacher*, punti 10 e 11.

(16) Conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl, C-159/12, C-160/12, C-161/12, *Venturini*, punto 37.

care qualsivoglia infiltrazione del diritto europeo sulle legislazioni nazionali, indipendentemente dalla «nazionalità» dei fatti della causa. Così operando è evidente che il diritto del lavoro rischia di essere «sottoposto a una “pressione giustificativa” del tutto inedita nella costruzione del mercato integrato» (17).

2.2. — *Le condizioni sociali di cui all'art. 26, Direttiva n. 2004/18* — Sui parametri introdotti dal legislatore europeo al fine di chiarire i margini di legittimità delle misure nazionali previste nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici rilevano, ai fini della causa, sia quanto espressamente enunciato dall'art. 26 sia i riferimenti di cui al Considerando 2 della Direttiva n. 2004/18. Partendo da quest'ultimo, che ha valenza generale, l'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri «è subordinata al rispetto dei principi del Trattato e in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza». Per quanto concerne poi specificatamente le condizioni di esecuzione, ai sensi dell'art. 26, la previsione di condizioni particolari è possibile «purché siano compatibili con il diritto comunitario e siano precisate nel bando di gara o nel capitolato d'oneri».

Non v'è dubbio che l'art. 3 della Lttg, imponendo a tutti coloro che intendono partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici e ai loro subappaltatori di sottoscrivere una dichiarazione nella quale si impegnano a versare un salario minimo fissato dalla legge, rientra nelle «condizioni particolari di esecuzione dell'appalto» riconducibili a «considerazioni sociali» (art. 26, Direttiva n. 2004/14), e, nello specifico, alle «condizioni di lavoro» (Considerando 34, Direttiva n. 2004/14) finalizzate a impedire il *dumping* e lo sfruttamento dei differenziali di costo sul lavoro (18). Ma è necessario indagare il significato dell'inciso «purché siano compatibili con il diritto comunitario» al fine di individuare le disposizioni «pertinenti» alla luce delle quali valutare la misura controversa (in questi termini si esprime l'Avvocato Generale nelle sue conclusioni, punto 50). Difficile sostenere, infatti, che l'art. 26 introduca una sorta di «zona franca» nella quale le clausole sociali sono escluse da qualsivoglia bilanciamento con le ragioni della concorrenza (19).

Sul punto il giudice del rinvio propende per una lettura inclusiva sulla base della quale la clausola che impone di rispettare il salario minimo di fonte legale dev'essere letta alla luce della libertà di prestazione di servizi (art. 56 TfUE), espressamente richiamata nel Considerando 2, e altresì della Direttiva n. 96/71. La misura controversa si traduce in un ostacolo per le imprese stabilite in altri Stati membri, in linea di principio vietato ai sensi dell'art. 56 TfUE ma suscettibile di essere dichiarato legittimo laddove sia rispettato il dettato dell'art. 3, par. 1, della Direttiva n. 96/71.

La prospettiva adottata dal giudice tedesco suscita non poche perplessità sia perché estende l'ambito di analisi ricomprendendovi la Direttiva sul distacco senza fornir-

(17) Giubboni 2015, 817.

(18) Sulla determinazione di considerazioni di natura sociale vd. C. Giust. 10.5.2012, C-368/10, *Comm. c. Regno dei Paesi Bassi*.

(19) Sul punto vd. ampiamente Costantini 2014, 40 ss., che richiama De Salvia 2008, 1425.

re motivazioni precise al riguardo, sia perché, di fatto, sembra giustificare il *dumping* salariale quale unica possibilità per le imprese stabilite in altri Stati membri di mantenere «il vantaggio concorrenziale che esse traggono dai loro costi salariali meno elevati» (punto 33).

In senso opposto l'Avvocato Generale, per il quale «è pacifico che la causa principale non rientra nell'ambito di alcuna delle misure di distacco di lavoratori di cui all'art. 1, paragrafo 3, della Direttiva n. 96/71». L'Avvocato Generale richiama, in particolare, il caso *Bundesdruckerei*, nel quale la Corte ha escluso l'applicabilità della Direttiva sul distacco in ragione del fatto che l'offerente intendeva eseguire l'appalto pubblico avvalendosi in via esclusiva dei dipendenti di un suo subappaltatore polacco e che i lavori si sarebbero svolti interamente in Polonia. Da qui la misura nazionale dovrebbe essere valutata solo alla luce dell'art. 56 TfUE in ragione degli effetti potenziali che avrebbe potuto produrre sulle imprese straniere.

Disattendendo le osservazioni dell'Avvocato Generale, la Corte intraprende invece il percorso suggeritole dal giudice del rinvio e fonda la sua pronuncia sull'art. 56 TfUE e sulla Direttiva n. 96/71.

La soluzione prospettata dimostra anzitutto la vulnerabilità dell'inciso che rimanda alla necessaria «compatibilità con il diritto europeo», ovvero l'impossibilità di determinare *a priori* i parametri che le misure nazionali devono rispettare per essere considerate al riparo dal sindacato giudiziale. Va da sé che la formula, per la sua indeterminatezza, si presta a essere riempita di significato caso per caso, ma bisognerebbe comunque rifuggire da interpretazioni destinate a comprimere al minimo la portata delle previsioni contenute nella Direttiva n. 2004/18 e dei valori a esse sottesi (20).

Per quanto concerne poi il rinvio all'art. 56 TfUE, il Considerando 2 richiama espressamente la libertà di prestazione di servizi, ma è soprattutto alla luce della rilevanza attribuita dalla Corte agli effetti potenziali del provvedimento controverso che si sviluppa il sindacato giudiziale sul punto. Non si tratta indubbiamente di un caso isolato, posto che, come abbiamo detto, è frequente il richiamo alle potenzialità restrittive delle misure nazionali volte a tutelare i diritti sociali fondamentali (21). Quasi un *escamotage* che la Corte utilizza, sia pur su impulso del giudice nazionale, per estendere il proprio sguardo indagatore sulle questioni meramente interne agli Stati. Una tendenza, questa, che suscita non poche perplessità non solo da un punto di vista teorico, ma anche considerando le ricadute pratiche che ciò determina. Un'attenta dottrina ha osservato che, «qualora si ammettesse l'applicazione dell'art. 56 TfUE per valutare la legittimità di normative potenzialmente in grado di produrre effetti transfrontalieri, verrebbe meno la possibilità del confronto fra la normativa dello Stato di origine e quella dello Stato di destinazione», oltre a risultare «dilatata la discrezionalità».

(20) Semple (2015), secondo il quale «*the caveat "provides these comply with EU law" should not deprive these more specific provision of their value, which has been hard won in the process of adopting the directives*».

(21) Vd. Giubboni (2015), secondo il quale «la Corte di Giustizia ha, nel tempo, attenuato, soprattutto nell'ambito della libera prestazione dei servizi, il requisito della transnazionalità della situazione a tal fine rilevante per il diritto dell'Unione, ravvisandolo, ad esempio, in fattispecie in cui esso esibiva un carattere solo indiretto o potenziale e, per così dire, "rarefatto" (come emblematicamente avvenuto nella causa C. Giust. 11.7.2002, C-60/00, *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*)».

tà del giudice nell'operare il sindacato sulla proporzionalità della misura di ostacolo alla libera prestazione di servizi» (22). In termini analoghi c'è chi osserva che l'interpretazione radicale dell'art. 56 TfUE «*makes every national host-country mandatory provision in principle a restriction to the free provision of services*» (23).

Non mancano interpretazioni di altro segno che sottolineano, con riferimento specifico alla materia degli appalti pubblici, un'«intrinseca valenza transnazionale» tale da porre gli Stati nella condizione di doverla regolare «in modo che essa non ostacoli o disincentivi l'accesso al mercato nazionale delle imprese stabilite in altri Stati membri» (24), trovando quindi conferma la lettura estensiva della Corte di Giustizia secondo la quale «i principi del mercato unico vanno tenuti presenti nella predisposizione dei bandi di gara anche in presenza di situazioni puramente interne» (25) qualora non sia possibile escludere l'interesse a partecipare delle imprese stabilite in altri Stati membri. È chiaro che se prevalesse questo tipo di lettura i limiti identificati in *Rüffert* potrebbero estendere la loro forza pervasiva nei confronti di qualsiasi disposizione a tutela dei lavoratori indipendentemente dal luogo in cui è stabilito l'appaltatore (26).

Ma ciò che desta più interrogativi è sicuramente il rinvio alla Direttiva n. 96/71 in evidente discontinuità con quanto stabilito nel caso *Bundesdruckerei*. Se già la presunzione di transnazionalità per quanto concerne gli effetti della clausola sociale è fioriera di conflitti e di incertezze in sede interpretativa, l'applicazione della Direttiva sul distacco non può che amplificare il rischio di futuri contrasti oltre a ridurre ulteriormente i margini di manovra delle autorità nazionali.

Le incertezze discendono, in particolare, dal fatto che la Corte valuta i parametri fissati dalla Direttiva sul distacco partendo dal presupposto che «il giudice del rinvio si interroga sugli effetti della misura nazionale controversa [...] sulle imprese stabilite al di fuori del territorio tedesco che hanno potuto nutrire un interesse a partecipare [...] e ipotizzare il distacco dei loro lavoratori in tale territorio». Da qui occorre «esaminare tale misura nazionale alla luce dell'articolo 3, paragrafo 1, della Direttiva n. 96/71» (punto 61).

Anche se il Considerando 2 della Direttiva n. 2004/18 richiama espressamente la Direttiva n. 96/71 quale fonte che stabilisce nelle situazioni transfrontaliere le condizioni minime da rispettare nel paese ospitante nei confronti dei lavoratori distaccati, non è certo possibile sostenere che i precetti in materia di distacco hanno valenza generale. Ciò significherebbe che la Corte di Giustizia si serve dei vincoli di cui alla Direttiva n. 96/71, per come sono stati interpretati nel caso *Rüffert*, con riferimento alle situazioni transfrontaliere, reali o potenziali, e indipendentemente quindi dal distacco effettivo dei lavoratori. Una simile ipotesi presenta limiti evidenti. Restano quindi oscuri i motivi che hanno condotto la Corte ad applicare la Direttiva sul distacco a meno che non si voglia ritenere che questo derivi dal fatto che la Corte opta per l'interpretazione dell'art. 56 TfUE «*in conjunction*» con la

(22) Borelli 2015.

(23) Cremers 2011.

(24) Orlandini 2013b, 139.

(25) *Ibidem*, richiamando C. Giust. 13.10.2005, C-458/03, *Parking Brixen Gmbh*, punto 55, e Conclusioni dell'Avv. Gen. Stix Hackl, C. Giust. 21.7.2005, C-231/03, *Coname*, punto 27.

(26) *Ibidem*.

Direttiva n. 96/71. In questo caso, come altri ha osservato, «*the Court opened the door for future cases which explicitly involve a cross-border element to follow its approach in RegioPost*» (27).

2.3. — *La misura nazionale alla luce dell'art. 56 TfUE e dell'art. 3, Direttiva n. 96/71* — Poste le osservazioni critiche fin qui sinteticamente richiamate, venendo al sindacato giudiziale e al test di conformità, la Corte ha valutato la misura controversa alla luce dei vincoli introdotti dalla Direttiva n. 96/71 e dei precedenti giurisprudenziali sul tema. La fonte di determinazione della clausola sociale e l'entità della protezione riconosciuta dalla stessa si impongono come criteri determinanti del sindacato giudiziale sia al fine di appurare il rispetto dei vincoli desumibili dall'art. 3, Direttiva n. 96/71, sia per indagare la giustificatezza della misura in ragione della soddisfazione di interessi generali.

Il giudizio sul punto appare alquanto stringato: il salario imposto nell'ambito della gara d'appalto è stabilito in una legge e, di conseguenza, in «una norma vincolante ai fini della protezione minima di cui all'articolo 3, paragrafo 1, comma 1, lettera o», della Direttiva n. 96/71; secondariamente la tariffa salariale rappresenta una condizione minima rientrante nel livello di protezione che deve essere garantito ai lavoratori distaccati posto che non esistono disposizioni di fonte legislativa o contrattuale che prevedono salari di livello inferiore (punto 62). Il fatto poi che la misura controversa si applica esclusivamente al settore pubblico non ne compromette la legittimità poiché discende direttamente dall'esistenza di una disciplina europea *ad hoc* sugli appalti pubblici.

Esaurito il sindacato giudiziale alla luce della Direttiva n. 96/71, la Corte si sofferma sull'art. 56 TfUE, ma senza mai perdere di vista la «griglia valutativa» elaborata in *Rüffert*. La misura controversa crea «un onere economico supplementare, atto a impedire, ostacolare o rendere meno attraenti le prestazioni delle imprese nello Stato ospitante» (punto 69), ed è quindi necessario verificare se una simile restrizione può essere giustificata «dall'obiettivo della tutela dei lavoratori».

Se in *Rüffert* la Corte ha concluso che la misura nazionale non poteva essere giustificata da una finalità di tutela dei lavoratori in quanto inserita in un contratto collettivo privo di efficacia generale e di importo superiore ai minimi salariali di settore, diversamente, rispetto al caso di specie, la clausola è stabilita da una fonte legislativa e prevede una condizione salariale minima. Sulla base di questi due elementi si conclude riconoscendo la legittimità dell'art. 3 Lttg.

Pur se l'esito del giudizio è favorevole, l'*iter* argomentativo seguito dalla Corte non aiuta a fare chiarezza e a risolvere i molti nodi problematici sul tema. In particolare, l'indagine sulla proporzionalità della misura salariale in rapporto all'obiettivo di tutela dei lavoratori appare essenzialmente schiacciata sotto il peso della Direttiva n. 96/71 e, nello specifico, dell'art. 3 (28). Superata altrimenti l'obiezione dell'inadeguatezza della misura in quanto, come già detto, l'art. 26, Direttiva n. 2004/18, introduce espressamente la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di prevedere «condi-

(27) Semple 2015.

(28) Sul test di proporzionalità e sulle differenze alla luce dell'art. 56 TfUE e della Direttiva n. 96/71 vd. Giubboni 2015, 819.

zioni particolari» nell'ambito degli appalti pubblici (29), la Corte si fa scudo dei vincoli introdotti in *Rüffert* assumendo, quali requisiti decisivi al fine di sancire la legittimità della misura controversa, la natura legislativa della fonte e la previsione di condizioni salariali attestata sui minimi di trattamento (30). Diversamente appare carente, per lo meno sul piano dell'*iter* argomentativo seguito dalla Corte, l'analisi sui profili giustificativi e sulla proporzionalità della misura controversa, in aperta dissonanza con quanto emerge dal formante giurisprudenziale sulle libertà economiche e sulle possibili restrizioni giustificate da ragioni imperative di interesse generale. È evidente che la Corte appare fortemente condizionata dal passato e dagli schemi interpretativi proposti in *Rüffert*. Di altro tenore sarebbero potute essere le conclusioni se al centro del suo ragionamento, non solo sul piano formale ma anche sul piano sostanziale, avesse messo la Direttiva n. 2004/18 letta alla luce della nuova architettura europea (31).

3. — *Osservazioni a margine sulla Direttiva n. 2014/24* — L'incalzante sequenza delle pronunce della Corte di Giustizia in tema di clausole sociali e appalti pubblici non pare destinata a esaurirsi in tempi brevi e deve ora confrontarsi con il nuovo quadro regolativo in materia di appalti pubblici rispetto al quale è stato osservato che «*the EU legislator has moved from the neutral to acknowledging that there is a need to take special measures to ensure that labour rights are respected in the performance of public contracts*» (32).

Nei limiti di questa nota preme osservare che, con particolare riferimento alla Direttiva n. 2014/24, sono certamente più visibili i rinvii ai diritti di matrice sociale (33). Tra tutti segnaliamo l'art. 18, par. 2, che rappresenta una novità importante stabilendo che «gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X». La portata della norma si riverbera in una serie di disposizioni successive: l'art. 56, che prevede la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di non assegnare l'appalto all'impresa che propone l'offerta economicamente più vantaggiosa ma non rispetta le previsioni di cui all'art. 18, par. 2; l'art. 69, par. 3, che esclude l'offerta anormalmente bassa se deriva dall'inosservanza degli obblighi predetti; allo stesso modo l'art. 57, par. 4, lett. a, ai

(29) In senso analogo vedi C. Giust. 17.9.2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland*, punti da 83 a 86.

(30) Forlivesi 2015a, 561.

(31) Meli 2014, 276.

(32) In questi termini Ahlberg, Bruun 2011, 260. Ma sulla rilevanza centrale che continua a essere riconosciuta alla promozione della concorrenza nell'ambito della Direttiva n. 2014/24 vedi l'analisi di Graells (2015).

(33) Vedi Piga, Tundre 2015. Sulle evidenze empiriche che dimostrano l'uso strategico in Europa degli appalti pubblici anche con riferimento alle considerazioni di ordine sociale vedi lo studio di Kahlenborn *et al.* 2011. La dottrina maggioritaria accoglie con favore l'approccio interventista e funzionale alla promozione di «*horizontal policies*» attraverso la normativa in materia di appalti pubblici; vedi in questo senso McCrudden 2007; Arrowsmith, Kunzlik 2009; Semple 2015.

sensi del quale possono essere esclusi dalla gara gli operatori che non rispettano gli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2.

L'intervento del legislatore europeo sui principi generali da osservare nell'ambito dell'aggiudicazione dell'appalto va indubbiamente accolto favorevolmente in quanto rinvia al rispetto di previsioni di tutela che trovano fonte non solo nella legislazione europea e nazionale, ma anche nella contrattazione collettiva, riconoscendo quindi una certa discrezionalità agli Stati membri anche in una prospettiva di contrasto al *dumping* sul costo del lavoro. Al contempo, tuttavia, l'ampiezza del rinvio non consente di escludere future invasioni di campo della Corte di Giustizia sia per ciò che concerne gli standard dei quali si impone l'osservanza o, per meglio dire, se possano essere interpretati come minimi o come massimi (34), sia per quanto riguarda la natura della fonte impositiva degli obblighi di cui all'art. 18, par. 2, dovendo chiarirsi se anche i contratti collettivi privi di efficacia generalizzata sono inclusi nel richiamo alla fonte negoziale (35).

Ulteriori ambiguità discendono dal Considerando 37, in base al quale le misure pertinenti introdotte dagli Stati membri e dalle amministrazioni aggiudicatrici per garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro devono essere applicate «in conformità dei principi fondamentali dell'Unione» e altresì «conformemente alla Direttiva n. 96/71/Ce e in modo da garantire parità di trattamento e non discriminazione direttamente o indirettamente degli operatori economici e dei lavoratori di altri Stati membri». Un simile inciso, se interpretato restrittivamente, è destinato a ridurre drasticamente gli interventi delle autorità nazionali, oltre a riproporre il dilemma in ordine al campo di applicazione della Direttiva n. 96/71.

Sempre sull'art. 18, c. 2, Direttiva n. 2014/24, un ultimo rilievo attiene al mancato inserimento della Convenzione Oil n. 94/1949 nell'allegato X, quasi a voler confermare che il modello di clausola sociale nei contratti pubblici a cui fa riferimento l'Oil e che ammette espressamente la possibilità di utilizzare contratti collettivi privi di efficacia generale non corrisponde a quello promosso in sede europea (36).

In linea di sostanziale continuità con il passato si pone invece l'art. 70 della Direttiva n. 2014/24, in base al quale «le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto, purché collegate all'oggetto dell'appalto ai sensi dell'articolo 67, paragrafo 3, e indicate nell'avviso di indizione di una gara o nei documenti di gara. Dette condizioni possono comprendere considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione». La norma riprende l'art. 26 della Direttiva n. 2004/18, ma viene meno il riferimento al vincolo di conformità al diritto comunitario. In dottrina la novità è stata letta come il «chiaro segnale di piena compatibilità [...] con il diritto europeo» (37) delle clausole sociali. Una tale ricostruzione, pur se auspicabile per gli effetti che produrrebbe in concreto, deve tuttavia confrontarsi con una serie di Considerando che sembrano negare la totale impermeabilità delle misure sociali alle disposizioni europee. Basti richiamare il Considerando 98 ove si stabilisce che i crite-

(34) Sulla questione vd. Forlivesi 2015a, 564.

(35) In questi termini vd. Orlandini 2015.

(36) Costantini 2014, 381; Allamprese, Orlandini 2014, 172.

(37) Forlivesi 2015b, 44.

ri di aggiudicazione o le condizioni di esecuzione dell'appalto devono «essere applicati conformemente alla Direttiva n. 96/71/Ce, quale interpretata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, e non dovrebbero essere scelti o applicati in modo da discriminare direttamente o indirettamente gli operatori economici di altri Stati membri o di paesi terzi che sono parti dell'Accordo sugli appalti pubblici o degli accordi sul libero scambio ai quali l'Unione aderisce. I requisiti riguardanti le condizioni di lavoro fondamentali disciplinate dalla Direttiva n. 96/71/Ce, quali le tariffe minime salariali, dovrebbero pertanto rimanere al livello stabilito dalla legislazione nazionale o da contratti collettivi applicati *in conformità del diritto dell'Unione nel contesto di tale Direttiva*» (38).

Da ultimo, l'inciso che richiama i «contratti collettivi applicati in conformità del diritto dell'Unione nel contesto di tale Direttiva» è formula ambigua, destinata inevitabilmente ad alimentare il dibattito in ordine alla possibilità di considerare compatibile con il diritto europeo il contratto collettivo privo di efficacia generalizzata. In questo senso il Considerando 39, nel punto in cui prevede che «dovrebbe anche essere possibile inserire negli appalti pubblici clausole che assicurino il rispetto dei contratti collettivi in conformità del diritto dell'Unione», non fornisce elementi utili per superare l'*impasse* dalla quale il legislatore europeo non riesce (o forse non vuole) uscire.

Riferimenti bibliografici

- Ahlberg K., Bruun N. (2011), *Public Procurement and Labour Law – Friends or Foes?*, in Ronmar M. (a cura di), *Labour Law, Fundamental Rights and Social Europe*, Oxford and Portland, 89 ss.
- Alaimo A., Caruso S. (2010), *Dopo la politica i diritti: l'Europa «sociale» nel Trattato di Lisbona*, in W.P. Csdlle «Massimo D'Antona».IT, n. 82.
- Ales A. (2010), *Lo sviluppo della dimensione sociale europea comunitaria: un'analisi genealogica*, in F. Carinci, A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, IX, *Diritto del lavoro, Commentario*, Utet giuridica, Torino, 133 ss.
- Allamprese A., Orlandini G. (2014), *Le norme di rilievo lavoristico nella nuova Direttiva sugli appalti pubblici*, in q. Riv., n. 1, I, 172 ss.
- Andreoni A., Veneziani B. (2009), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea*, Ediesse, Roma.
- Arrowsmith S., Anderson R.D. (2011), *The Wto regime on government procurement: challenge and reform*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Arrowsmith S., Kunzlik P. (2009), *Public Procurement and horizontal policies in EC law: general principles*, in *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Barnard C. (2009), «*British jobs for British Workers*»: *The Lindsey Oil Refinery Dispute and the Future of Local Labour Clauses in an Integrated EU Market*, in *Industrial Law Journal*, n. 38, 275 ss.
- Borelli S. (2015), *Un self restraint della Corte di Giustizia che rinvia alle molteplici iniziative della Commissione*, in q. Riv., n. 3, II, 409 ss.

(38) Vedi, sul punto, Schulten *et al.* 2012.

- Costantini S. (2014), *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le «clausole sociali» fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, in W.P. «Massimo D'Antona».IT, n. 196.
- Cremers J. (2011), *In search of cheap labour in Europe. Working and living conditions of posted workers*, Clr – Studies 6, International Books, Bruxelles.
- De Salvia A. (2008), *Non c'è due senza tre: la Corte di Giustizia nel caso Ruffert*, in ADL, n. 4/5, II, 1407 ss.
- Forlivesi M. (2015a), *La clausola sociale di garanzia del salario minimo negli appalti pubblici al vaglio della Corte di Giustizia europea: il caso Bundesdruckerei*, in RIDL, n. 2, II, 561 ss.
- Forlivesi M. (2015b), *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato*, in W.P. «Massimo D'Antona».IT, n. 295.
- Giubboni S. (2015), *Libertà economiche fondamentali, circolazione dei servizi e diritto del lavoro*, in q. Riv., n. 4, I, 811 ss.
- Kahlenborn W. et al. (2011), *Strategic Use of Public Procurement in Europe, Final Report to the European Commission*, in ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/strategic-use-public-procurement-europe_en.pdf.
- McCrudden C. (2007), *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement and Legal Change*, Oxford University Press, Oxford.
- Meli G. (2014), *Clausole sociali. «Fair-outsourcing» delle pubbliche amministrazioni e paradigma della proporzionalità (Parte I)*, in DLM, n. 3, 720 ss.
- Orlandini G. (2013a), *Le clausole sociali nella proposta di Direttiva in materia di appalti pubblici*, in www.cgil.it/giuridico-e-vertenzelpolitiche-del-diritto/.
- Orlandini G. (2013b), *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Franco Angeli, Milano.
- Orlandini G. (2015), *Shopping contrattuale nelle gare di appalto*, in http://old.cgil.it/Archivio/Giuridico/Politica%20giudiziaria%5CNota_CGIL_appalti_publici_CdS_e_CGUE_Orlandini.pdf.
- Piga G., Tundre T. (2015), *Public Procurement Policy*, Routledge, Oxford.
- Scarpelli F. (2006), *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in q. Riv., n. 4, I, 760 ss.
- Schulten T. et al. (2012), *Pay and other social clauses in European public procurement*, in http://www.boeckler.de/pdf/wsi_schulten_pay_and_other_social_clauses.pdf.
- Semple A. (2015), *Living wages in public contracts: A change to reconsider Ruffert*, in http://www.procurementanalysis.eu/resources/Living+wages+in+public+contracts_RegioPost.pdf.
- Tebano L. (2016), *Droit du travail et aide à l'emploi: vers une convergence (partielle) de valeurs*, in *Revue de Droit du Travail*, in corso di pubblicazione.
- Thrasher R. (2014), *On Fairness and Freedom. The WTO and Ethical Sourcing Initiatives*, in *Global Economic Governance Initiative Working Paper*, Boston University, n. 4.
- Torchio N. (2014), *Le nuove Direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in www.lineavcp.it.

Vania Brino
Professore associato di Diritto del lavoro
presso l'Università di Venezia «Ca' Foscari»

I

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, 12.1.2016, ricorso n. 61496/08, Quarta Sezione – Pres. Sajó – Barbulescu c. Romania.

Controlli sul lavoratore – Posta elettronica – Art. 8 della Cedu – Ammissibilità – Condizioni.

Non viola l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo una disciplina nazionale che consenta al datore di lavoro di effettuare un controllo della posta elettronica utilizzata dal lavoratore durante l'orario di lavoro, a condizione che la finalità non sia illegittima e le modalità di controllo siano proporzionate agli interessi da tutelare e non eccedenti lo scopo. (1)

II

CASSAZIONE, 2.7.2015, n. 20440 – Pres. ed Est. Roselli, P.M. Giacalone (conf.) – S.S.C.F. (avv. Cucinotta) c. Seta Spa (avv. Parravicini). Conf. Corte d'Appello di Torino, 29.11.2013.

Controlli sul lavoratore – Gps – Controlli difensivi – Ammissibilità.

I divieti di cui agli artt. 2, 3, 4, legge n. 300 del 1970, riguardano il controllo sui modi di adempimento dell'obbligazione lavorativa, ma non anche comportamenti del lavoratore lesivi del patrimonio e dell'immagine aziendale. Non sono perciò vietati i cosiddetti controlli difensivi, intesi a rilevare mancanze specifiche e comportamenti estranei alla normale attività lavorativa nonché illeciti, ciò tanto più quando il lavoro dev'essere eseguito al di fuori dei locali aziendali. (2)

(1-2) LA RISERVATEZZA DEL LAVORATORE TRA INNOVAZIONI LEGISLATIVE E GIURISPRUDENZA NAZIONALE ED EUROPEA

SOMMARIO: 1. Il caso sottoposto all'esame della Cassazione. — 2. La decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo. — 3 Il «vecchio» art. 4 tra la dottrina e le «oscillazioni» della giurisprudenza. — 4. I principi in materia di trattamento dei dati personali. — 5. Le criticabili conclusioni a cui è pervenuta la Cassazione. — 6. Il nuovo art. 4.

1. — *Il caso sottoposto all'esame della Cassazione* — La Corte di Cassazione, con la sentenza in esame, ha confermato la decisione della Corte d'Appello di Torino che ave-

va ritenuto legittimo il licenziamento disciplinare irrogato a un dipendente di una società di raccolta di rifiuti che, con il compito di coordinare gli operatori ecologici di una determinata zona, si era allontanato dalla sede aziendale durante il suo turno di lavoro per intrattenersi in bar o tavole calde, in zone differenti da quelle assegnate, per ridere o scherzare con i propri colleghi di lavoro. La società era venuta a conoscenza dei fatti contestati in base al rilevamento dei movimenti dell'autovettura affidata al dipendente per l'esecuzione della prestazione lavorativa, mediante l'utilizzazione del sistema satellitare Gps. Dal testo della motivazione, in verità, non si evince che le informazioni sull'attività lavorativa sono state acquisite mediante agenzie investigative o attraverso dichiarazione di altri dipendenti, sebbene tale conclusione sia, alla luce della decisione, altamente plausibile.

Il lavoratore, quindi, aveva contestato la legittimità del recesso, sostenendo che il controllo effettuato dal datore di lavoro mediante il sistema satellitare si pone in contrasto con le previsioni di cui all'art. 4 St. lav. e che, pertanto, le informazioni in tal modo raccolte non avrebbero potuto essere utilizzate ai fini disciplinari.

La Cassazione, tuttavia, ha ritenuto lecito il comportamento datoriale (1), dal momento che la rilevazione delle condotte del lavoratore mediante il sistema satellitare deve essere considerata un controllo cd. difensivo, effettuato per tutelare il patrimonio e l'immagine aziendale, idoneo a «rilevare mancanze specifiche e comportamenti estranei alla normale attività lavorativa, nonché illeciti». La Corte, inoltre, per sostenere le proprie conclusioni ha affermato che il controllo è lecito soprattutto quando, come nel caso di specie, l'attività lavorativa viene svolta al di fuori dei locali aziendali, perché in questa ipotesi è «più facile la lesione dell'interesse all'esatta esecuzione della prestazione lavorativa».

La sentenza, criticabile sotto diversi profili che saranno in seguito analizzati, sembra in qualche modo anticipare il contenuto della riforma dei controlli a distanza realizzata con l'art. 23, c. 1, d.lgs. n. 151 del 2015, e che inciderà in modo significativo su uno dei pilastri su cui si è retto lo Statuto protettivo del lavoratore subordinato (2).

La possibilità oggi accordata al datore di lavoro, infatti, di poter utilizzare le informazioni raccolte dagli strumenti messi a disposizione dei propri dipendenti per lo svolgimento dell'attività lavorativa può essere letta come una scelta indotta dagli orientamenti giurisprudenziali che saranno in breve richiamati in seguito e finalizzata a evitare di dover codeterminare con i sindacati l'utilizzazione di strumenti di lavoro che, di per sé, consentono il controllo sull'attività lavorativa. Il dubbio è allora che la riforma abbia sostituito un modello di tutela che vietava il controllo dell'attività lavorativa con un altro che lo legittima, a tutti i fini del rapporto di lavoro, previo il rispetto delle disposizioni in materia di dati personali.

La nuova normativa, tuttavia, una volta fornita un'interpretazione coerente con la formulazione letterale e le finalità del legislatore, dovrà essere valutata, con una consapevolezza maggiore rispetto al passato (3), sotto il profilo della sua coerenza con le

(1) La decisione si pone in continuità con la precedente pronuncia n. 10955 del 25 maggio 2015, in q. *Riv.*, 2015, n. 4, II, con nota di M. Russo.

(2) Sulla riforma cfr. Bellavista 2016, Salimbeni 2015; Maio 2015; Del Punta 2016.

(3) Del Punta 2016, 11, ha ricordato come nel corso del tempo «le due normative hanno continuato a procedere in parallelo, senza incontrarsi».

fonti sovranazionali e la normativa complessiva contenuta nel d.lgs. n. 196 del 2003 – il cd. Codice della privacy –, di attuazione delle disposizioni comunitarie, per verificare l'esistenza di vincoli, di carattere normativo, al potere di controllo imprenditoriale, che sarà inevitabilmente più penetrante rispetto al passato.

2. — *La decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo* — È inevitabile, sotto quest'ultimo profilo, esaminare l'interessante decisione resa il 12 gennaio 2016 dalla C. Edu, che ha destato molto clamore perché ha ritenuto legittimo il controllo effettuato dal datore di lavoro sull'*account* di posta elettronica utilizzato da un proprio dipendente per eseguire i compiti affidatigli.

In particolare, il caso che è stato sottoposto alla C. Edu è quello di un lavoratore, di nazionalità romena, licenziato perché aveva utilizzato un *account* di posta elettronica, da lui stesso attivato ma destinato a essere utilizzato esclusivamente a fini lavorativi, per scambiare corrispondenza di carattere privato durante l'orario di lavoro e tramite il computer aziendale. Il lavoratore, quindi, aveva adito l'autorità giudiziaria nazionale per far dichiarare l'illegittimità del suo licenziamento, in ragione del fatto che il datore di lavoro, mediante il controllo effettuato sul suo *account* di posta, aveva violato la sua riservatezza e non avrebbe potuto, quindi, utilizzare i dati illecitamente acquisiti a fini disciplinari.

Tuttavia, i giudici nazionali hanno respinto la domanda avanzata dal lavoratore, in ragione della previsione contenuta nel Codice del lavoro romeno che, all'epoca dei fatti, consentiva al datore di lavoro di monitorare le modalità di utilizzo degli strumenti di lavoro messi a disposizione dei lavoratori, con l'obbligo, comunque, di tutelare la riservatezza delle informazioni eventualmente acquisite. Per tale motivo, il lavoratore ha adito la C. Edu per far valere un presunto contrasto della normativa nazionale con il principio contenuto nell'art. 8 della Cedu, che tutela il diritto alla riservatezza nella vita privata e la segretezza della corrispondenza.

La C. Edu, con una sentenza articolata, ha ricostruito l'intera vicenda processuale, anche per giustificare un esito interpretativo differente da decisioni rese in altre occasioni e ricordate nella decisione stessa (4). Una volta ribadito che il controllo della corrispondenza e-mail e dell'uso del telefono cellulare può determinare una lesione del diritto alla riservatezza perché rappresenta una illegittima interferenza nella vita privata, la Corte, nel caso del lavoratore romeno, ha affermato che egli non aveva alcuna ragionevole aspettativa di non poter essere sottoposto a un controllo mediante la rilevazione della sua corrispondenza di posta elettronica. Intanto, l'*account* di posta era stato creato per il solo fine di svolgere l'attività lavorativa, tanto è vero che la sua esistenza era stata comunicata al datore di lavoro. In secondo luogo, vigeva un disciplinare interno che informava i dipendenti di possibili controlli, quindi non continuativi, circa le modalità di utilizzazione dei computer aziendali, al fine di verificare il rispetto delle disposizioni impartite dal datore di lavoro a tutela della sicurezza dei sistemi informatici. In sostanza, il lavoratore era perfettamente a conoscenza di avere l'obbligo di utilizzare l'*account* di posta elettronica per fini esclusivamente professionali e

(4) La Corte ha ricordato le proprie precedenti decisioni rese nei casi *Halford v. the United Kingdom*, 25 giugno 1997, *Niemietz c. Germany*, 16 dicembre 1992, *Chappell v. the Unitek Kingdom*, 30 marzo 1989 e *Botta v. Italy*, 24 febbraio 1998.

che, in coerenza con la legislazione nazionale, il datore di lavoro aveva informato tutti i dipendenti circa la possibilità di monitorare come venissero utilizzati i terminali aziendali. Peraltro, nel giudizio dinanzi all'autorità giudiziaria nazionale, il datore di lavoro aveva motivato la necessità di procedere al controllo delle modalità di utilizzo dei PC perché aveva già avuto modo di appurare, in altro modo, che alcuni dipendenti avevano già utilizzato i computer per fini privati, con la necessità, quindi, di avviare una sorta di indagine interna mediante la verifica degli indirizzi di posta elettronica in entrata e in uscita dal sistema informatico, sebbene ciò avesse comportato anche l'esame del contenuto delle e-mail.

La C. Edu, quindi, ha proceduto a valutare se le disposizioni nazionali interne hanno realizzato un «*fair balance*» tra il diritto del lavoratore a essere tutelato nella sua riservatezza e gli interessi del datore di lavoro e, alla luce della vicenda appena ricordata, ha ritenuto che non vi fosse stata alcuna violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dal momento che il controllo effettuato dal datore di lavoro, che non si è esteso al contenuto dei documenti salvati sul computer, ma esclusivamente a quello della corrispondenza e-mail scambiata dal lavoratore, fosse tale da essere giudicato non eccedente allo scopo e proporzionato in ragione degli interessi coinvolti. La Corte, quindi, ha attribuito centralità ai principi in materia di trattamento dei dati personali, quali quello della finalità, proporzionalità, adeguatezza, pertinenza e non eccedenza, quali parametri necessari per effettuare il contemperamento dei poteri di controllo e del diritto alla riservatezza. Tale conclusione, peraltro, è perfettamente coerente con la Raccomandazione CM/Rec(2015)5 del 1° aprile 2015, che ha dettato i principi da rispettare a qualsiasi tipo di trattamento di dati personali per scopi di lavoro, sia nel settore pubblico sia in quello privato.

Dal punto di vista delle fonti sovranazionali, pertanto, è possibile trarre alcune conclusioni (5). La legislazione di uno stato deve essere in grado di garantire la riservatezza dei lavoratori e di impedire, quindi, che il datore di lavoro possa, in ogni momento e senza alcuna ragione, intromettersi nella vita privata dei propri dipendenti. Tuttavia, la legge nazionale può introdurre delle disposizioni che garantiscano un bilanciamento tra il diritto del lavoratore alla propria privacy con il diritto del datore di lavoro di tutelare i propri interessi organizzativi. Di conseguenza, non può essere ritenuta in contrasto con i principi fondamentali dell'Unione una legislazione che consenta al datore di lavoro di controllare l'attività lavorativa del dipendente, ma a condizione che il controllo sia realizzato con modalità non eccedenti lo scopo e, quindi, tali da non far acquisire informazioni che non abbiano alcuna attinenza con il rapporto di lavoro.

3. — *Il «vecchio» art. 4 tra la dottrina e le «oscillazioni» della giurisprudenza* — La decisione della Corte di Cassazione, resa nella vigenza della disciplina di cui all'art. 4 nella sua formulazione precedente alla riforma del 2015, dimostra la difficoltà in cui è incorsa la giurisprudenza nel tentativo di individuare una interpretazione della disposizione in grado di contemperare due interessi contrapposti, ma entrambi meritevoli di protezione: quello alla riservatezza, da un lato, e quello di raccogliere informazioni per verificare il rispetto della disciplina del lavoro, dall'altro.

(5) Si rinvia, comunque, a Tullini 2009, 335-336.

Non v'è dubbio, in proposito, che la disposizione statutaria aveva inteso vietare forme di controllo diretto della prestazione lavorativa, in quanto ritenute, a ragione, incompatibili con il rispetto della dignità della persona del lavoratore, da tutelare mediante il riconoscimento di uno spazio di riservatezza nell'ambiente di lavoro. Tuttavia, l'art. 4 aveva introdotto una netta differenza tra «gli impianti audiovisivi» e le «altre apparecchiature» che consentono di registrare il lavoratore durante l'esecuzione della prestazione, la cui installazione, per tale motivo, era espressamente vietata, e gli altri impianti o apparecchiature di controllo da cui derivasse la possibilità di controllo a distanza, utilizzabili, invece, esclusivamente per esigenze produttive od organizzative, oltre che per tutelare la sicurezza sul lavoro, e soltanto mediante accordo sindacale o autorizzazione amministrativa.

Ed è proprio con questa differenziazione di regime che la giurisprudenza, così come naturalmente la dottrina, ha dovuto fare i conti, per due ordini di ragioni.

Il fatto che il comma 2 dell'art. 4 consentisse l'installazione di apparecchiature da cui poter controllare a distanza il lavoratore, sebbene a determinate condizioni, ha posto il problema di comprendere se, in effetti, la disposizione statutaria avesse introdotto una eccezione al divieto stabilito dal comma 1 e, quindi, rendesse lecito il controllo a distanza, per così dire, indiretto dell'attività lavorativa. Inoltre, a prescindere da tale aspetto, è sorto il problema di comprendere se le informazioni acquisite mediante controlli effettuati senza il fine di verificare direttamente lo svolgimento dell'attività lavorativa potessero essere utilizzate ai fini disciplinari ovvero soltanto nel caso in cui la condotta del dipendente avesse connotazioni di rilievo penale o fossero idonee ad arrecare danno all'organizzazione o alla sicurezza nel lavoro. Sulla questione, come è noto, la giurisprudenza ha sostenuto una pluralità di posizioni, non sempre coerenti con il dato normativo.

In secondo luogo, l'ulteriore problema posto dalla disposizione statutaria è stato quello di comprendere cosa dovesse intendersi per apparecchiatura e, in particolare, se in tale nozione dovessero essere ricondotti anche gli strumenti messi a disposizione del lavoratore per rendere la prestazione lavorativa. Il problema, poi, si è acuito con l'introduzione, nell'organizzazione del lavoro, di strumenti informatici (6) il cui utilizzo consente di acquisire dati, anche personali, del lavoratore, dal cui trattamento possono venire in rilievo condotte contestabili sia in sede disciplinare sia in sede penale.

In sostanza, ci si è sempre interrogati sulla «portata e il significato tuttora controversi dell'art. 4 St. lav.: una norma che, in materia di rapporti di lavoro, è rimasta al centro del sistema prevenzionistico e repressivo persino dopo l'emanazione del cd. Codice della privacy e alla luce della quale è opportuno accertare la legittimità dell'uso degli strumenti tecnologici, non soltanto informatici, di ultima generazione, così come gli altri mezzi, largamente utilizzati, tutt'altro che innovativi, ma potenzialmente altrettanto lesivi della dignità e della riservatezza dei lavoratori» (7). Ci si è, allora, interrogati sulla capacità di tenuta dell'art. 4 St. lav. e sulla sua idoneità a ricomprendere nel suo ambito di applicazione i nuovi strumenti tecnologici introdotti nell'organizzazione del lavoro.

In particolare, ci si è chiesti se la posta elettronica, i software che consentono la na-

(6) P. Lambertucci 2015; Zoli 2009.

(7) Zoli 2009, 485.

vigazione in internet, i sistemi di geolocalizzazione satellitare, così come altri sistemi che consentono di ricostruire *ex post* i comportamenti adottati dal lavoratore durante l'orario di lavoro fossero da intendere come «apparecchiature» ovvero come strumenti di lavoro, non attratti, così, nell'ambito di applicazione della disposizione.

In estrema sintesi, come è noto, la dottrina ha prospettato differenti soluzioni interpretative. Da un lato, è stato sostenuto che la disposizione statutaria non fosse più in grado di tutelare in modo adeguato la riservatezza del lavoratore, poiché il controllo datoriale realizzabile attraverso le nuove tecnologie presenta indubbiamente qualcosa di più pervasivo e insidioso di quello immaginato dal legislatore del 1970 (8). Alle medesime conclusioni, ma muovendo da presupposti differenti, è pervenuto chi ha ritenuto di escludere, *tout court*, dall'art. 4 le nuove tecnologie informatiche, che non possono essere ritenute apparecchiature finalizzate al controllo della prestazione, ma mezzi per lo svolgimento dell'attività lavorativa (9).

Dall'altro lato, è stato ritenuto, invece, che l'art. 4 fosse idoneo a sottoporre ai propri vincoli qualsiasi strumento di lavoro, comprese le nuove tecnologie informatiche, che soltanto indirettamente consentono di controllare l'attività lavorativa, con la conseguenza che il datore di lavoro avrebbe dovuto, in ogni caso, attivare la procedura co-determinativa di cui al comma 2 (10). I sostenitori di tale posizione, quindi, hanno ritenuto necessario un intervento legislativo per evitare un'indebita compressione del diritto del datore di lavoro di organizzare la propria impresa.

In una posizione intermedia, infine, si è collocata quella dottrina che ha affermato la natura teleologicamente determinata, ma strutturalmente aperta, dell'art. 4 e che avrebbe consentito a questa disposizione di avere la capacità, da un lato, di ricomprendere nel suo ambito di applicazione qualsiasi tipo di apparecchiatura o di strumento potenzialmente in grado di consentire un controllo a distanza del lavoratore, dall'altro, di individuare modalità di controllo da considerare lecite (11). Quest'ultima posizione ha certamente avuto il merito di tentare un bilanciamento tra gli interessi organizzativi dell'imprenditore e la necessità di tutelare la dignità e la riservatezza della persona del lavoratore, mediante un adattamento del contenuto precettivo della disposizione al progressivo mutamento del contesto organizzativo e produttivo in cui è inserita la prestazione di lavoro (12).

Inevitabilmente, la giurisprudenza, chiamata a decidere l'utilizzabilità o meno delle informazioni acquisite mediante sistemi di controllo indiretto della prestazione lavorativa e, quindi, a distinguere quali controlli fossero da ritenere illeciti e quali, invece, consentiti, ha dovuto prendere le mosse, sebbene in molti casi contraddittoriamente, dall'ultima delle posizioni teoriche ricordate, mostrando come, in verità, il tentativo di valutare la liceità del controllo in ragione della finalità dello stesso ha fatto dire all'art. 4 più di quanto quello dicesse. A ben vedere, infatti, quella disposizione prescriveva limiti al potere di controllo del datore di lavoro, afferman-

(8) Carinci F. 1985, 224.

(9) Ichino 2003, 234.

(10) De Luca Tamajo *et al.* 1988, 9 ss.

(11) Per una ricostruzione delle diverse posizioni assunte dalla dottrina cfr. Salimbeni 2015, pp. 590-592.

(12) Bellavista 2010, 149; Gragnoli 2007.

do un divieto assoluto di effettuarlo in modo pervasivo, mediante un controllo diretto e costante dell'attività lavorativa e impedendo che il datore di lavoro potesse sanzionare il dipendente per condotte di cui fosse venuto a conoscenza in ragione dell'installazione di apparecchiature potenzialmente idonee a realizzare, comunque, un controllo sull'attività lavorativa.

E, tuttavia, la giurisprudenza, nel corso del tempo, nel ribadire l'illiceità dei controlli diretti (13), ha ammesso, a prescindere dal tipo di apparecchiatura utilizzata, la liceità dei controlli «preterintenzionali», che sono quelli che consentono al datore di lavoro di entrare in possesso di informazioni sull'attività lavorativa a seguito dell'utilizzazione di apparecchiature installate nel rispetto delle garanzie dell'art. 4 e, quindi, non finalizzate a controllare direttamente lo svolgimento dell'attività lavorativa del dipendente, ma imposte dalla presenza di «esigenze organizzative e produttive» ovvero dalla necessità di garantire la «sicurezza del lavoro». In sostanza, i dati possono essere utilizzati quando essi non sono stati reperiti a seguito di un'azione di controllo finalizzata del datore di lavoro, ma nell'ambito di lecite attività dalle quali il datore di lavoro possa, in via del tutto eventuale, entrare in possesso di informazioni relative all'attività lavorativa.

La giurisprudenza, poi, compresa la decisione in esame, ha finito per escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 4 tutte quelle forme di controllo realizzate, non in via diretta, ma per fini diversi dal controllo dell'attività lavorativa, con la conseguenza della piena legittimità dell'utilizzazione dei dati così reperiti nei confronti del dipendente (14), coniando la categoria dei cd. controlli difensivi (15). Con quest'ultima espressione, in sintesi, la giurisprudenza ha fatto riferimento a controlli finalizzati a salvaguardare il patrimonio aziendale e, in un primo momento, la Corte aveva riconosciuto la piena utilizzabilità delle informazioni così raccolte anche per contestare possibili inadempimenti contrattuali. Successivamente, l'indirizzo è mutato, nel senso di ritenere tali controlli legittimi soltanto «in quanto diretti all'accertamento di comportamenti illeciti diversi dal mero inadempimento della prestazione lavorativa, sotto il profilo quantitativo e qualitativo, ferma comunque restando la necessaria esplicitazione delle attività di accertamento mediante modalità non eccessivamente invasive e rispettose delle garanzie di libertà e dignità dei dipendenti, con le quali l'interesse del datore di lavoro al controllo e alla difesa della organizzazione produttiva aziendale deve temperarsi e, in ogni caso, sempre secondo i canoni generali della correttezza e buona fede contrattuale» (16). In altra occasione, la Cassazione ha affermato che, «in ogni caso, sono comunque ammissibili per il datore di lavoro i controlli cd. difensivi, cioè quei controlli diretti a prevenire illeciti di natura penale o pregiudizi al patrimonio

(13) Cfr., da ultimo, Cons. Stato, 5.6.2015, n. 2773, in *FI*, 2015, n. 7-8, III, 393; Cass. 27.3.2014, n. 17027, Sez. III pen., in *Diritto e giustizia*, 17.4.2014.

(14) Cass. 16.1.2015, n. 2890, Sez. pen., in *FI*, 2015, n. 5, II, 274; Cass. 4.4.2012, n. 5371; Cass. 23.2.2012, n. 2722, in *FI*, 2012, n. 5, I, 1421.

(15) La possibilità di individuare una categoria autonoma di controllo difensivo è stata criticata, in generale, da Aimò (2003, 124 ss.) e, con particolare riferimento alle tecnologie informatiche, Stenico (2003, 130), Tullini (2009, 327), Zoli (2009, 499 s.).

(16) Cass. 27.5.2015, n. 10955, cit. In ragione di questo principio, ad esempio, è stata ritenuta lecita la creazione di un falso profilo *facebook* per chattare con il lavoratore e verificare, in tal modo, come egli utilizzi il telefono cellulare durante l'orario di lavoro.

aziendale» (17). Tuttavia, in modo contraddittorio, la Corte ha anche affermato che «l'effettività del divieto di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori richiede che, anche per i cd. controlli difensivi, trovino applicazione le garanzie previste dall'art. 4, c. 2, l. 20 maggio 1970, n. 300; ne consegue che, per l'esigenza di evitare attività illecite o per motivi organizzativi o produttivi, il datore di lavoro può installare impianti e apparecchi di controllo che rilevano anche dati relativi all'attività lavorativa dei dipendenti, anche se tali dati non possono essere utilizzati per provare l'inadempimento contrattuale dei lavoratori medesimi» (18).

In sostanza, la giurisprudenza ha oscillato tra posizioni diametralmente opposte tra di loro. In alcuni momenti, con riferimento ai controlli preterintenzionali ovvero difensivi ha escluso, *tout court*, l'applicazione del comma 2 dell'art. 4, ritenendo, non senza incertezze, utilizzabili i dati raccolti soltanto per contestare illeciti diversi dall'inadempimento contrattuale. In altre occasioni, la Cassazione ha affermato la possibilità di utilizzare i dati acquisiti mediante controlli difensivi soltanto se il datore di lavoro avesse rispettato le prescrizioni del comma 2, ma, anche in questo caso, esclusivamente per contestare fatti estranei all'attività lavorativa. Ma, in verità, la giurisprudenza di legittimità ha anche sostenuto la piena utilizzabilità, anche ai fini disciplinari, delle informazioni raccolte mediante apparecchiature installate nel rispetto del comma 2 dell'art. 4 (19).

4. — *I principi in materia di trattamento dei dati personali* — La disciplina in materia di controlli a distanza ha dovuto poi interagire con quella in materia di trattamento dei dati personali, contenuta nel d.lgs. n. 196 del 2003, in attuazione delle Direttive n. 95/46/Ce e n. 2002/58/Ce e con i provvedimenti assunti nel corso del tempo dal Garante per la protezione dei dati personali. La normativa in materia di privacy ha accresciuto certamente la tutela della riservatezza del lavoratore, mediante l'introduzione di limiti ulteriori al potere di controllo datoriale. In particolare, la normativa ha condizionato il trattamento dei dati al rispetto di alcuni principi, quali quello di eccedenza, pertinenza e necessità, il cui mancato rispetto è sanzionato in sede sia civile sia penale. Ma, soprattutto, la disciplina in materia di trattamento dei dati personali ha consentito al Garante di regolamentare l'utilizzazione di alcune tecnologie idonee al controllo a distanza e che avrebbero potuto essere ritenute estranee all'ambito di applicazione dell'art. 4. In particolare, l'Autorità, come è noto, ha affrontato il tema del trattamento dei dati dei lavoratori, per la prima volta, con la deliberazione n. 53 del 23 novembre 2006, che contiene le «linee guida in materia di trattamento di dati personali di lavoratori per finalità di gestione alle dipendenze di datori di lavoro privati». Successivamente, l'Autorità è intervenuta per dettare alcune prescrizioni sull'utilizzo della posta elettronica e della rete internet nel rapporto di lavoro (20) e, poi, riguardo al trattamento dei dati personali raccolti mediante sistemi di localizzazione satellitare (21) e di videosorveglianza (22).

(17) Cass. 17.5.2013, n. 12091.

(18) Cass. 1.10.2012, n. 16622, in *MGC*, 2012, n. 10, 1168.

(19) Cass. 22.2.2010, n. 4375. Tesi contestata da Salimbeni (2015, 596); di differente opinione sono Tullini (2009, 330 ss.) e Zoli (2009, 488 ss.).

(20) Deliberazione del 1° marzo 2007, doc. web. n. 1387522.

(21) Deliberazione del 18 febbraio 2010, doc. web. n. 1703103.

(22) Deliberazione dell'8 aprile 2010.

Con riferimento alla posta elettronica e alla navigazione in rete, il Garante, dopo aver raccomandato l'adozione di un sistema di *policy* interna sul corretto uso di tale strumento di lavoro e sugli eventuali controlli che da esso possono derivare, ha affermato che «il datore di lavoro può riservarsi di controllare l'effettivo adempimento della prestazione lavorativa e, se necessario, il corretto utilizzo degli strumenti di lavoro». Il Garante, però, ha anche sostenuto che le «strumentazioni hardware e software mirate al controllo dell'utente di un sistema di comunicazione elettronica» rientrano nella nozione di «apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori» di cui al comma 1 dell'art. 4 St. lav., e ha ricordato che il controllo a distanza vietato dalla legge è quello sull'attività lavorativa in senso stretto «e altre condotte personali poste in essere nel luogo di lavoro». Di conseguenza, i dati ricavati mediante l'utilizzo di software che permettono il controllo a distanza dei lavoratori e grazie ai quali sia possibile ricostruire la loro attività lavorativa non possono essere utilizzati, in quanto il loro trattamento è illecito.

Viceversa, il Garante ha considerato lecito il trattamento di quei dati, diversi da quelli sensibili, di cui il datore di lavoro può venire a conoscenza mediante l'utilizzazione di sistemi informativi adottati per esigenze produttive od organizzative o per la tutela della sicurezza sul lavoro, a condizione «di rispettare le procedure di informazione e di consultazione di lavoratori e sindacati in relazione all'introduzione o alla modifica di sistemi automatizzati per la raccolta e l'utilizzazione dei dati, nonché in caso di introduzione o di modificazione di procedimenti tecnici destinati a controllare i movimenti o la produttività dei lavoratori». Nel ricordare, inoltre, che il trattamento dei dati deve rispettare i principi di necessità, pertinenza, trasparenza e non eccedenza, con la conseguente illegittimità di controlli costanti o che abbiano la finalità di acquisire dati personali, l'Autorità garante ha individuato nella mediazione sindacale lo strumento per realizzare quel bilanciamento di interessi ricercato dalla giurisprudenza, escludendo che tale obiettivo possa essere realizzato, invece, mediante il consenso dei lavoratori interessati. In sostanza, l'Autorità ha individuato proprio nella procedura codeterminativa di cui al comma 2 dell'art. 4 il luogo in cui valutare i mezzi di contenimento della tutela della riservatezza con l'esigenza di consentire al datore di lavoro di utilizzare i risultati dei controlli sull'attività lavorativa avvenuti soltanto indirettamente. E alle stesse conclusioni il Garante è pervenuto con riferimento ai dati acquisiti mediante sistemi di localizzazione satellitare.

Ma proprio le deliberazioni ricordate dimostrano che la disposizione statutaria e le norme in materia di protezione della privacy devono essere tenute su piani distinti (23).

L'art. 4, infatti, incideva direttamente sul potere di controllo del datore di lavoro, e una lettura corretta della disposizione non poteva che essere quella secondo cui qualsiasi forma di controllo, diretta o indiretta, realizzata mediante l'installazione di apparecchiature avrebbe dovuto considerarsi illecita, con la conseguente inutilizzabilità delle informazioni raccolte dal datore di lavoro (24). Tuttavia, la soluzione compromissoria adottata dalla giurisprudenza di legittimità sui controlli difensivi ha indotto a ritenere lecita l'utilizzazione di informazioni del dipendente qualora esse non siano sta-

(23) Come rileva Alvino 2014, 1001.

(24) Del Punta 2016, 3.

te acquisite a seguito di un controllo a distanza a ciò finalizzato, ma quando questo sia stato effettuato per le ragioni e alle condizioni sopra ricordate. A questo punto, quindi, devono essere rispettate le prescrizioni dell'Autorità garante della privacy. Ecco perché lo stesso Garante, che muove proprio dalla premessa della possibilità di controllo a distanza a condizione che ciò sia reso possibile dall'accordo sindacale o dall'autorizzazione amministrativa, afferma che il trattamento dei dati acquisiti deve essere considerato legittimo a condizione del rispetto del divieto di cui all'art. 4 e, in un secondo momento, dell'osservanza dei principi desumibili dal codice della privacy e delle prescrizioni dell'Autorità garante, pena l'inutilizzabilità dei dati stessi.

Di conseguenza, prima della riforma, l'interazione possibile dei dati normativi richiamati, dava luogo a diversi scenari.

Il primo è quello del datore di lavoro che avesse acquisito notizie mediante l'installazione di apparecchiature finalizzate controllo a distanza dell'attività lavorativa. In tale ipotesi, nessuno avrebbe mai potuto negare l'illiceità della condotta datoriale e l'impossibilità di utilizzazione delle informazioni così raccolte. Il secondo è l'aver acquisito dati sull'attività lavorativa in presenza di un accordo sindacale o dell'autorizzazione amministrativa che abbiano consentito l'installazione di apparecchiature finalizzate a salvaguardare legittime esigenze organizzative ovvero a tutelare la sicurezza nei luoghi di lavoro. In tal caso, considerato che in tal modo il datore di lavoro può venire a conoscenza di dati del lavoratore, le informazioni devono essere trattate, per essere utilizzate anche ai fini disciplinari, nel rispetto delle prescrizioni del garante (25). Il terzo scenario è quello di una acquisizione di dati mediante l'uso di apparecchiature e strumenti di lavoro, compresa la posta elettronica, internet e Gps, senza la «copertura» sindacale o amministrativa. L'art. 4, nella sua vecchia formulazione, infatti imponeva l'accordo sindacale nel caso di installazione di «impianti e apparecchiature di controllo». In questo caso, alla luce della delibera del garante e nonostante l'orientamento di parte della giurisprudenza, i dati non possono essere in alcun modo utilizzati, senza porsi, quindi, alcun problema di rispetto delle disposizioni in materia di privacy, a eccezione, sebbene vi sia stata sempre incertezza sul punto, di alcuni strumenti di lavoro che, di per sé, non costituiscono apparecchiature di controllo, ma mezzi per lo svolgimento dell'attività lavorativa da cui possa derivare, tuttavia, un controllo sull'attività lavorativa.

La Cassazione, tuttavia, con la decisione in commento, ha ritenuto, invece, che a prescindere dal rispetto della procedure di cui al comma 2, il datore di lavoro può utilizzare i dati acquisiti mediante un controllo a distanza, sia per salvaguardare il patrimonio e l'immagine aziendale. Ma, fin qui, il principio può considerarsi pacifico. Tuttavia, a differenza, dell'orientamento tradizionale sopra ricordato, sembra che la Corte, in quest'occasione, si sia spinta ad ammettere la liceità del controllo a distanza anche quando esso non sia finalizzato a contestare l'inadempimento contrattuale distinto da quello consistente nel pregiudizio del patrimonio e dell'immagine del datore di lavoro.

(25) Sul punto, cfr. l'opinione di Alvino (2014, 1009), che ammette la possibilità di ritenere legittima la sanzione disciplinare inflitta sulla base di dati trattati in violazione delle disposizioni in materia di tutela della riservatezza, a condizione che il datore di lavoro non abbia adottato un disciplinare specifico.

5. — *Le criticabili conclusioni a cui è pervenuta la Cassazione* — Ecco perché le conclusioni a cui è pervenuta la Cassazione nella sentenza in esame sono criticabili, almeno per quanto emerge dal testo della stessa. Dalla lettura della decisione, infatti, non sono desumibili alcuni elementi di fatto necessari per una valutazione compiuta della decisione. Ad esempio, non è chiaro se il sistema di geolocalizzazione satellitare fosse stato o meno autorizzato ai sensi del comma 2 dell'art. 4 e, inoltre, se il dipendente avesse o meno la possibilità, ma da quanto è scritto in sentenza è dubitabile, di azionare liberamente il dispositivo di avvio del sistema di rilevazione. Inoltre, dalla lettura della sentenza non è possibile desumere se il datore di lavoro avesse preventivamente informato il proprio dipendente sia delle modalità di funzionamento della geolocalizzazione sia delle modalità di trattamento dei dati eventualmente acquisiti mediante il Gps.

A prescindere da tali aspetti, comunque rilevanti, la decisione non è convincente sotto due profili. In primo luogo, la Corte ha ribadito la legittimità dei controlli difensivi quando essi si rendano necessari alla tutela del patrimonio aziendale, inteso anche come immagine del datore di lavoro, ma, di fatto, ha ritenuto lecito il controllo ai fini della valutazione dell'esatto adempimento della prestazione lavorativa del dipendente licenziato. Da quello che si evince dalla sentenza, infatti, il datore di lavoro ha ricostruito minuziosamente gli spostamenti del lavoratore durante l'orario di lavoro e ha potuto in tal modo contestargli sia la violazione dell'obbligo di rispettare il turno assegnatogli, sia l'unilaterale sospensione della prestazione lavorativa. In secondo luogo, la Cassazione non ha tenuto in considerazione un aspetto rilevante. Da quanto emerge dalla motivazione, infatti, si può sostenere che il datore di lavoro abbia realizzato un controllo a distanza direttamente sull'attività lavorativa, in violazione, quindi, dell'art. 4, comma 1, St. lav. È evidente, infatti, che il sistema satellitare in dotazione dell'autovettura non può essere considerato uno strumento necessario per rendere la prestazione, a differenza del veicolo, con la conseguenza che la sua installazione avrebbe potuto essere considerata legittima soltanto se fosse stata richiesta da esigenze produttive od organizzative meritevoli di tutela e previo accordo sindacale o autorizzazione amministrativa ovvero, secondo altro orientamento, soltanto se dalle informazioni acquisite il datore di lavoro fosse venuto a conoscenza di condotte lesive del patrimonio aziendale o di rilevanza penale. Nel caso affrontato dalla sentenza in esame, tuttavia, tutto questo non è desumibile. La condotta del lavoratore, infatti, non è certamente idonea a pregiudicare il patrimonio dell'imprenditore, né, ad avviso di chi scrive, l'immagine dell'azienda all'esterno. Al più, il comportamento tenuto avrebbe potuto determinare, ma ciò non è stato né contestato al dipendente né è stato valutato dai giudici, disfunzioni organizzative. Ma in quest'ultimo caso, quindi, si sarebbe reso responsabile, in ragione delle mansioni affidategli, di un inadempimento contrattuale, di cui il datore di lavoro avrebbe potuto acquisire notizia in altro modo, senza procedere a un controllo occulto.

In conclusione, la decisione assunta dalla Corte non è compatibile con la previsione originaria dell'art. 4 St. lav. e dimostra, ancora una volta, le difficoltà della giurisprudenza a effettuare quel bilanciamento, richiesto anche dalle fonti sovranazionali, tra la tutela della riservatezza e l'interesse del datore di lavoro al rispetto del potere direttivo.

6. — *Il nuovo art. 4* — Si potrebbe pensare che molti dei problemi interpretativi ricordati in precedenza sono destinati a essere superati alla luce della nuova formulazione dell'art. 4, St. lav., fermo restando il divieto di controllo a distanza effettuato direttamente sull'attività lavorativa (26). La nuova formulazione della disposizione, invero, è idonea a chiarire ciò su cui la giurisprudenza si è interrogata in questi anni, e cioè sulla possibilità, per il datore di lavoro, di utilizzare, ai fini disciplinari, le informazioni raccolte con le modalità di cui al comma 1. A differenza del passato, il legislatore ha tenuto distinti, da un lato, gli impianti audiovisivi e gli strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori e, dall'altro, gli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e quelli di registrazione degli accessi e delle presenze. Mentre i primi, così come in passato, possono essere installati soltanto previo accordo sindacale o autorizzazione amministrativa, i secondi possono essere dati in dotazione del lavoratore liberamente, anche se da essi il datore di lavoro possa acquisire informazioni sull'attività lavorativa del dipendente. L'unica condizione richiesta a tal fine è contenuta nel comma 3, che consente l'utilizzazione delle informazioni raccolte previa adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli, nel rispetto della normativa contenuta nel d.lgs. n. 196 del 2003. Con la previsione di cui al comma 1, il legislatore ha avuto il merito di far «rientrare nel divieto di impiego per controllo a distanza l'indeterminato novero di apparecchiature che possano oggettivamente consentire tale controllo» (27), chiaramente previo accordo sindacale o autorizzazione amministrativa (28). Di conseguenza, le apparecchiature e gli strumenti di lavoro potranno essere utilizzati soltanto per esigenze organizzative e produttive o per ragioni di sicurezza sul lavoro ovvero per la tutela del patrimonio aziendale, ma mai per finalità di controllo.

La riforma, in sostanza, oggi fa dire all'art. 4 quello che prima non aveva detto: cosa fare delle informazioni acquisite mediante la lecita installazione di apparecchiature dalle quali sia derivata non già la possibilità di, quanto il controllo del lavoratore. L'innovazione legislativa interviene proprio in questo ambito con la previsione contenuta nel comma 3, alla luce del quale è difficile dubitare sulla possibilità di utilizzare le informazioni acquisite sull'attività lavorativa mediante l'utilizzazione di apparecchiature e strumenti di cui non sia possibile mettere in discussione la liceità dell'installazione. Se così è, il comma 3 del nuovo art. 4 consentirà alla giurisprudenza di superare gli incerti confini dei cd. controlli difensivi, in quanto autorizza a utilizzare le informazioni acquisite mediante i controlli indiretti, sebbene ciò deve essere effettuato nel rispetto delle disposizioni in materia di riservatezza e delle prescrizioni del Garante della privacy. A ben vedere, l'impostazione adottata dal legislatore del 2015 è quella che era già stata fatta propria da parte della giurisprudenza e dalla stessa Autorità garante.

La nuova formulazione dell'art. 4, però, pone il problema interpretativo di distinguere quali sono «gli strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo», e la cui installazione è condizionata al rispetto delle causali e delle procedure ricordate, e

(26) Sembra che su questa affermazione vi sia unanimità di vedute in giurisprudenza.

(27) Salimbeni 2015, 603.

(28) Sulle novità di questi aspetti si rinvia a Salimbeni 2015; Maio 2015; Del Punta 2016.

quelli, invece, «utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa», a cui fa riferimento il successivo comma 2 e il cui utilizzo non è subordinato né all'accordo sindacale, né all'autorizzazione amministrativa. Non v'è dubbio però che tracciare una netta distinzione, soprattutto con riferimento agli strumenti di lavoro, non sarà, in molti casi, agevole. Un sistema informativo, infatti, può rappresentare, al contempo, uno strumento di lavoro richiesto da esigenze organizzative, ma anche uno strumento per eseguire una determinata prestazione lavorativa. Tornando al caso sottoposto all'attenzione della Cassazione, inoltre, è evidente che l'utilizzazione di un sistema di geolocalizzazione satellitare è funzionale a soddisfare esigenze organizzative e di tutela del patrimonio aziendale, ma la sua utilizzazione può essere espressione della volontà di effettuare un controllo a distanza. La posta elettronica, ancora, è chiaramente uno strumento per l'esecuzione della prestazione lavorativa, ma è anche uno strumento che consente al datore di controllare il dipendente nell'esecuzione della prestazione lavorativa.

Distinguere, allora, quali sono gli strumenti di lavoro che non consentono il controllo da quelli che, invece, anche se solo potenzialmente, sono a ciò idonei è di fondamentale importanza, dal momento che, in questo secondo caso, il mancato rispetto del comma 1 rende le informazioni acquisite inutilizzabili, in quanto il ricorso allo strumento stesso deve essere considerato, a monte, illecito.

Tuttavia, l'impressione è che il legislatore abbia voluto, in effetti, sottrarre dall'ambito di applicazione del comma 1 tutti i dispositivi messi a disposizione del lavoratore per eseguire la prestazione lavorativa anche se il loro utilizzo consente al datore di lavoro di acquisire informazioni. Non avrebbe senso, altrimenti, la previsione, contenuta nel comma 2 dell'art. 4, secondo cui gli strumenti necessari per rendere la prestazione lavorativa e quelli di registrazione degli accessi e delle presenze sono liberamente utilizzabili, così come che le «informazioni raccolte» per il loro tramite possono essere trattate, semplicemente a condizione del rispetto delle norme in materia di privacy, a tutti i fini connessi alla gestione del rapporto di lavoro. La preoccupazione, quindi, è che sarebbe stata introdotta la possibilità, per il datore di lavoro, di effettuare controlli diretti sull'attività lavorativa mediante la consegna ai propri dipendenti di dispositivi che, nel contempo, facilitano lo svolgimento delle mansioni affidate, ma consentono al datore di lavoro di registrare lo svolgimento della prestazione lavorativa.

Ciò spiega, comprensibilmente, perché sono state avanzate letture della disposizione che tentano di impedire questo tipo di risultato applicativo della norma. Si è obiettato, infatti, che la disposizione fa riferimento al controllo «sugli strumenti di lavoro» e, in tale ottica, l'affrancazione «dai vincoli dell'autorizzazione sindacale sembra quanto mai opportuna: sarebbe veramente eccessivo chiedere un accordo per dotare i lavoratori del computer portatile o di un *tablet* sul quale dovranno rendere la prestazione, così come sarebbe un'inutile perpetuazione dell'ipocrisia insita nell'interpretazione della vecchia norma considerare necessarie, per poter effettuare il controllo, esigenze ulteriori rispetto a quelle di verificare la prestazione nell'unico modo possibile in queste ipotesi che è quello di leggere i dati» (29). Di conseguenza, se su uno strumento di lavoro viene installato un software destinato al mero controllo dell'attività lavorativa non trovano applicazione le garanzie previste dal comma 1, che, invece, sarebbero ne-

(29) Salimbeni 2015, 608. Della stessa opinione è Del Punta 2016.

cessarie quando l'utilizzazione dello strumento di lavoro «inneschi un ulteriore sistema di controllo sulla prestazione, irrilevante e non necessario per l'espletamento dell'attività lavorativa» (30). Se così non fosse, si è detto, e si «ritenesse, invece, che per il solo fatto di essere incorporato nello strumento utilizzato dal lavoratore, e quindi essere in qualche modo uno strumento di lavoro [...] un certo applicativo sia esentato dalla procedura autorizzativa, toglierebbe virtualmente qualsiasi spazio al comma 1, eccezion fatta probabilmente per i soli impianti audiovisivi e per poco altro: la quale conseguenza sarebbe poco plausibile dal punto di vista dell'equilibrio interpretativo della norma».

La posizione appena descritta, quindi, ritiene di poter distinguere una funzione di prestazione da una di controllo (31), ma, secondo alcuni, tale tentativo «trova un limite fisiologico ogni qual volta le due funzioni, prestazione e di controllo, sono riconducibili e conseguenti, ad esempio, all'impiego di un unico programma, al punto che non è più consentito distinguerle all'interno del medesimo strumento» (32).

In verità, la previsione espressa dell'utilizzabilità delle informazioni così raccolte ai fini della gestione del rapporto di lavoro è un indice normativo che non consente di accogliere la tesi sopra ricordata. Non avrebbe senso, infatti, prevedere la possibilità di utilizzare le informazioni ai fini della gestione del rapporto di lavoro, senza la necessità di seguire la procedura di cui al comma 1, se gli strumenti di lavoro contemplati nel comma 2 non fossero stati considerati idonei a realizzare un controllo a distanza.

La volontà del legislatore delegato è stata quella, da un lato, di acquisire, dal punto di vista normativo, l'orientamento della giurisprudenza sui controlli difensivi, quando il controllo, quindi, è soltanto indiretto; dall'altro lato, di sottoporre esclusivamente al consenso del lavoratore la possibilità di controllare la sua attività lavorativa mediante la strumentazione di lavoro affidatagli (33). Del resto, questa interpretazione spiega il senso dell'eliminazione del divieto esplicito del controllo a distanza sulla prestazione lavorativa, che, se fosse rimasto, avrebbe precluso in radice la possibilità di acquisire informazioni mediante gli strumenti adoperati per l'esecuzione della prestazione lavorativa, a prescindere dal rispetto o meno della normativa in materia di protezione dei dati personali. In sostanza, sia dal punto di vista letterale sia dal punto di vista sistematico, non è possibile, anche se si comprendono le ragioni sottese a tali posizioni, ritenere che il legislatore abbia ribadito il principio di divieto di controllo a distanza dell'attività lavorativa e che, per tale motivo, gli strumenti di lavoro non possono essere utilizzati a tal fine.

Tuttavia, questa conclusione potrebbe essere sostenuta in ragione dei principi fondamentali dell'ordinamento di derivazione sovranazionale e costituzionale. Il tema, di grande complessità, dovrà essere necessariamente oggetto di studi più approfonditi. Non v'è dubbio, comunque, che sia dalla sentenza della C. Edu sopra richiamata sia in base alle disposizioni costituzionali, è possibile desumere, intanto, la necessità di tentare un bilanciamento tra il diritto alla riservatezza della persona con il diritto del

(30) Salimbeni 2015, 609-610.

(31) Maio 2015, 1206, a cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici ivi indicati.

(32) Maio 2015, 1206.

(33) In tal senso, Bellavista 2016, 721, che critica la posizione espressa dal ministero del Lavoro con la circolare del 18 giugno 2015.

datore di lavoro al regolare funzionamento dell'organizzazione aziendale. Se così è, allora, il controllo non è di per sé vietato, ma lo diventa, a prescindere dal consenso prestato dal lavoratore, quando esso venga esercitato con modalità tali da degradare la personalità del dipendente attraverso la possibilità, per il datore di lavoro, di controllare continuativamente la prestazione lavorativa durante l'orario di lavoro. Alla giurisprudenza, allora, spetterà il compito di verificare, caso per caso, e in conformità con i criteri direttivi contenuti nella legge delega, se le modalità di utilizzo degli strumenti di lavoro sono idonee a consentire una forma di controllo a distanza del dipendente non richiesta da esigenze organizzative e produttive dell'impresa di meritevolezza tale da compromettere il diritto alla dignità e alla riservatezza del lavoratore. Una interpretazione differente, che consentisse al datore di lavoro, attraverso gli strumenti di lavoro, di annullare qualsiasi spazio di riservatezza del dipendente sarebbe, infatti, in contrasto sia con i principi fondamentali dell'ordinamento in precedenza richiamati sia con la legge delega. Sotto quest'ultimo profilo, è appena il caso di ricordare che il Parlamento ha delegato il Governo a riordinare la disciplina dei controlli a distanza per rispondere a due finalità: adeguare la normativa alle nuove tecnologie e temperare il diritto alla riservatezza con le esigenze economiche e organizzative. Una interpretazione corretta dell'art. 23, allora, non può prescindere da questi criteri direttivi e, soprattutto, del secondo. Di conseguenza, viene sì oggi ammessa la possibilità di controllo a distanza, ma nel rispetto di quei principi, sostenuti dalla C. Edu e dal Garante della privacy, di non eccedenza, proporzionalità e necessità avuto riguardo alle reali esigenze imprenditoriali sottese al controllo medesimo.

Riferimenti bibliografici

- Aimo M.P. (2003), *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene.
- Alvino I. (2014), *L'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica*, in *DRI*, n. 4, I, p. 999 ss.
- Bellavista A. (2010), *Dignità e riservatezza del lavoratore*, in P. Lambertucci (a cura di), *Diritto del lavoro, Dizionari del diritto privato promossi da Natalino Irti*, Giuffrè, p. 147 ss.
- Bellavista A. (2016), *Il nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario breve alla riforma «Jobs Act»*, Cedam, p. 717 ss.
- Carinci F. (1985), *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, in *DLRI*, p. 222 ss.
- De Luca Tamajo R. et al. (1988), *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*, Franco Angeli, Milano.
- Del Punta R. (2016), *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. n. 151/2015)*, in *RIDL*, n. 1, I, p. 77 ss.
- Gragnoles E. (2007), *Dalla tutela della libertà alla tutela della dignità e riservatezza del lavoratore*, in *ADL*, n. 6, I, 1211 ss.
- Ichino P. (2003), *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu et al., III, p. 224 ss.
- Lambertucci P. (2015), *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli «a distanza» tra attualità della disciplina statutaria, promo-*

- zione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 255.
- Maio V. (2015), *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in *ADL*, n. 6, I, p. 1186 ss.
- Salimbeni M.T. (2015), *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, n. 4, I, p. 589 ss.
- Stenico (2003), *L'esercizio del potere di controllo «informatico» del datore di lavoro*, in *q. Riv.*, n. 2, I, p. 327 ss.
- Tullini P. (2009), *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, in *RIDL*, n. 3, I, p. 323 ss.
- Zoli C. (2009), *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, l. n. 300/1970, tra attualità ed esigenze di riforma*, in *RIDL*, n. 4, I, p. 485 ss.

Enrico Raimondi
Assegnista di ricerca presso l'Università di Chieti-Pescara

CORTE COSTITUZIONALE, 11.12.2015, n. 260 – Pres. Cartabia, Est. Sciarra – Fondazione Teatro Maggio Musicale Fiorentino c. M.M.G.

Contratto a termine – Fondazioni lirico-sinfoniche – Disciplina – Trasformazione in soggetti di diritto privato – Rinnovi che comporterebbero la trasformazione del rapporto – Divieto – Nullità dei rinnovi – Legge di interpretazione autentica – Violazione delle norme sulla stipula dei contratti a termine, sulle proroghe e rinnovi – Stabilizzazione del rapporto – Inapplicabilità – Legge interpretata – Significato letterale – Univocità – Contrasti ermeneutici – Inesistenza – Illegittimità costituzionale.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 40, c. 1-bis del d.l. 21.6.2013, n. 69 (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, c. 1, della legge 9.8.2013, n. 98, nella parte in cui prevede che l'art. 3, c. 6, primo periodo, del d.l. 30.4.2010, n. 64, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, c. 1, della legge 29.6.2010, n. 100, si interpreta nel senso che alle fondazioni lirico-sinfoniche, fin dalla loro trasformazione in soggetti di diritto privato, non si applicano le disposizioni di legge che prevedono la stabilizzazione del rapporto di lavoro non solo come conseguenza della violazione delle norme sulla proroga e ripetizione dei contratti, ma anche come conseguenza della violazione di qualsiasi norma in materia di stipula di contratti di lavoro subordinato a termine. (1)

(1) FONDAZIONI LIRICO-SINFONICHE E CONTRATTI DI LAVORO A TERMINE

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. L'ordinanza di rinvio. — 3. L'evoluzione della disciplina della materia. — 4. La pronuncia di illegittimità della norma interpretativa nel contesto della giurisprudenza della Consulta e della C. Edu. — 5. Fondazioni musicali, disciplina del lavoro a tempo determinato e ulteriore ragione di incostituzionalità della norma retroattiva. — 6. Possibilità di estendere la valutazione di incostituzionalità alla normativa oggi vigente. — 7. Gli effetti più generali della sentenza.

1. — *Introduzione* — La sentenza annotata riveste particolare interesse, sia laddove risolve un problema molto specifico, concernente la disciplina previgente del lavoro a tempo determinato del personale delle fondazioni lirico-sinfoniche, sia laddove induce a riflettere sulla normativa generale del contratto a termine, interna ed eurounitaria. La prima parte della sentenza concerne i limiti che incontra il legislatore nell'emanare norme interpretative con effetti retroattivi, si inserisce in una complessa attività giurisprudenziale della Corte ed è la più estesa, esplicita e netta. La seconda parte si trova alla fine della sentenza, è un po' criptica e di non facile lettura, ma dischiude importanti prospettive interpretative della normativa generale.

2. — *Ordinanza di rinvio* — Il Tribunale di Firenze, con una sentenza del dicembre 2012, di fronte a varie decine di contratti a tempo determinato stipulati in sequenza, a partire dal 1997, dalla Fondazione Teatro Maggio Musicale Fiorentino con una terasicorea di fila con obbligo di solista, aveva dichiarato la nullità del termine apposto a un singolo contratto, quello stipulato il 9 gennaio 2001, accertando di conseguenza che da quel momento tra le parti correva un contratto di lavoro a tempo indeterminato e condannando la Fondazione al pagamento dell'indennità onnicomprensiva di cui all'art. 32, c. 5, della legge n. 183/2010. Per il Tribunale, la nullità derivava dalla violazione dell'art. 1 della legge n. 230/1962, dato che la terasicorea in questione, dopo il 9 gennaio 2001, era stata inserita nell'ordinaria programmazione degli spettacoli, senza alcuna reale, coerente e dimostrata esigenza di temporaneità dell'occupazione, ed era proseguita, per le stesse ragioni, anche con riferimento ai contratti stipulati dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 368/2001.

Chiamata a decidere sul gravame della Fondazione, la Corte d'Appello di Firenze, con l'ordinanza che ha promosso il giudizio di costituzionalità (1), ha ribadito la valutazione di nullità della clausola e delle ragioni della stessa, ma ha dovuto prendere atto che alla conferma della statuizione di primo grado circa la trasformazione del rapporto si opponeva una norma, emanata dopo la sentenza del Tribunale, vale a dire l'art. 40, c. 1-*bis*, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito nella l. 9 agosto 2013, n. 98, la quale disponeva che l'art. 3, c. 6, primo periodo, del d.l. 30 aprile 2010, n. 64, convertito dalla l. 29 giugno 2010, n. 100, «si interpreta nel senso che alle fondazioni, fin dalla loro trasformazione in soggetti di diritto privato, non si applicano le disposizioni di legge che prevedono la stabilizzazione del rapporto di lavoro come conseguenza della violazione delle norme in materia di stipulazione di contratti di lavoro subordinato a termine, di proroga o rinnovo dei medesimi contratti». Secondo la Corte remittente, tuttavia, il suddetto art. 40, c. 1-*bis*, «sotto la apparente forma interpretativa [introduceva] in realtà una disposizione innovativa e retroattiva», che privava del diritto alla trasformazione del rapporto soggetti che già avevano ottenuto una sentenza favorevole del giudice del lavoro e che subivano una ingiustificata discriminazione rispetto alla generalità dei lavoratori del settore privato, che godevano della più ampia tutela prevista dalle norme del d.lgs. n. 368/2001. Per l'ordinanza di rinvio, la norma denunciata non attribuiva a quella che intendeva interpretare un senso riconducibile alle possibili letture del testo originario, così vanificando l'affidamento ragionevole dei consociati, avvalorato da un costante orientamento della Cassazione, contrastando con i principi di uguaglianza e ragionevolezza e configurando un'indebita ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia in mancanza di motivi imperativi di interesse generale. La norma in questione, in definitiva, poteva porsi in conflitto con l'art. 3 Cost., sotto il duplice profilo della irragionevolezza e della non giustificata disparità di trattamento, e con l'art. 117, c. 1, Cost., in relazione agli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

3. — *Evoluzione della disciplina della materia* — Per risolvere la questione concernente la legittimità della norma censurata in quanto retroattiva, la Corte ha dovu-

(1) Si tratta dell'ordinanza del 18 novembre 2014, iscritta al n. 234 del registro ordinanze 2014.

to delinearne l'intero sviluppo della disciplina del lavoro a termine nel settore lirico-sinfonico, caratterizzato anche dal passaggio dei relativi enti dall'ambito del diritto pubblico a quello del diritto privato. In ciò la Corte è stata favorita dall'analitica e completa ricostruzione dei vari passaggi legislativi effettuata da numerose sentenze della Cassazione che si sono occupate del significato da attribuire alla norma interpretata da quella sospettata di illegittimità costituzionale (2).

In proposito la sentenza in commento ha preso le mosse dall'art. 3, c. 6, del d.l. 30 aprile 2010, n. 64, convertito in l. 29 giugno 2010, n. 100, che al primo periodo così recita: «Alle fondazioni lirico-sinfoniche, fin dalla loro trasformazione in soggetti di diritto privato, continua ad applicarsi l'articolo 3, commi 4 e 5, della legge 22 luglio 1977, n. 426, e successive modificazioni, anche con riferimento ai rapporti di lavoro instaurati dopo la loro trasformazione in soggetti di diritto privato e al periodo anteriore alla data di entrata in vigore del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368». A sua volta, l'art. 3 della l. 22 luglio 1977, n. 426, vietava «i rinnovi dei rapporti di lavoro che, in base a disposizioni legislative o contrattuali, comporterebbero la trasformazione dei contratti a termine in contratti a tempo indeterminato» (comma 3) e sanciva la nullità di diritto delle assunzioni attuate in violazione di tale divieto (comma 4).

La sentenza in esame evidenzia, peraltro, come legge n. 426 del 1977 si inserisse in un contesto normativo che attribuiva la personalità giuridica di diritto pubblico agli enti di prioritario interesse nazionale chiamati a operare nel settore musicale e intendesse, con il suo art. 3, ribadire l'inapplicabilità ai contratti a termine stipulati dagli stessi dell'art. 2 della legge n. 230/1962, che prevedeva la conversione del rapporto in caso di violazione delle regole sulla proroga o i rinnovi. La giurisprudenza della Cassazione sopra indicata ha ricordato, a sua volta, che la conversione del rapporto come conseguenza di tali violazioni veniva costantemente negata in quanto «incompatibile con la natura di ente pubblico non economico dell'ente lirico e con la conseguente qualifica del rapporto di lavoro come rapporto di pubblico impiego», con «impossibilità di assunzioni al di fuori di un atto autoritativo dell'ente pubblico e la conseguente esclusione delle disposizioni di cui alla legge n. 230/1962» (3).

La natura pubblicistica degli enti in questione avrebbe dovuto venire meno con il d.lgs. n. 367/1996, che ha disposto la trasformazione degli enti di prioritario interesse nazionale, che operano nel settore musicale, in fondazioni di diritto privato (art. 1), conferendo a esse una «personalità giuridica di diritto privato» (art. 4), demandando tale trasformazione a una delibera da assumersi da parte di ciascun ente (art. 5) e rinviando, quanto alla disciplina dei rapporti di lavoro, alle regole del codice civile e alle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa (con esclusione, tuttavia, dell'applicazione dell'art. 2 della legge n. 230/1962: art. 22). La concreta trasformazione degli enti lirici in fondazioni è avvenuta solo a opera del d.l. 24 novembre 2000, n. 345, convertito in l. 26 gennaio 2001, n. 6, a partire dal 23 maggio 1998. Tale decreto rin-

(2) A mero titolo d'esempio vd. Cass. 26 maggio 2011, n. 11573; Cass. 30 luglio 2013, n. 18263; Cass. 12 marzo 2014, n. 5748; Cass. 20 marzo 2014, 65447; Cass. 27 marzo 2014, n. 7243; Cass. 12 maggio 2014, n. 10217; Cass. 19 maggio 2014, n. 10924; Cass. 21 agosto 2015, n. 17064.

(3) Vd. le sentenze citate alla nota 2, e in particolare Cass. 12 maggio 2014, n. 10217.

viava, per le norme sui rapporti di lavoro, per quanto in esso non espressamente regolato, al d.lgs. n. 367/1996 e al codice civile, con la conseguenza che secondo la Cassazione la materia del contratto a tempo determinato, in assenza di norme specifiche, rimaneva disciplinata dall'art. 22, d.lgs. n. 367/1996, mentre non poteva più trovare applicazione l'art. 3 della legge n. 426/1977, legato alla natura pubblicistica degli enti (4). Quando è entrato in vigore il d.lgs. n. 368/2001, che ha abrogato la legge n. 230/1962, la situazione normativa non è mutata, perché la non applicazione delle regole sulla proroga e i rinnovi di cui all'art. 2 di quest'ultima è stata sostanzialmente ripresa dall'art. 11, c. 4, del suddetto decreto, per il quale «al personale artistico e tecnico delle fondazioni di produzione musicale previste dal decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367, non si applicano le norme di cui agli articoli 4 e 5», e cioè le norme sulla proroga, la prosecuzione del rapporto e i rinnovi.

A questo punto, la sentenza annotata si interroga sul significato della previsione di cui all'art. 3, c. 6, primo periodo, del d.l. n. 64/2010, convertito dalla l. n. 100/2010, e cioè della previsione interpretata dal legislatore con la disposizione censurata, evidenziando come il comma 6 introduca, in tema di contratto a tempo determinato stipulato con le fondazioni lirico-sinfoniche, da una parte, alcune norme di carattere innovativo, rinvenibili sia nel secondo periodo («inefficacia dei contratti di scrittura artistica non concretamente riferiti a specifiche attività artistiche specificamente programmate»), sia nel terzo periodo (dispensa dall'osservanza delle disposizioni di cui all'art. 1, commi 01 e 2, del d.lgs. n. 368/2001, che individuano nel contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato la forma comune di rapporto di lavoro e sanciscono per l'apposizione del termine, a pena di inefficacia, l'obbligo della forma scritta); dall'altra, disposizioni legate alla situazione contingente e alle questioni controverse, insorte nella transizione dal regime di diritto pubblico a quello eminentemente privatistico (primo periodo). Circa queste ultime, la Corte rileva che attraverso le stesse il legislatore si proponeva di fugare i dubbi che avevano accompagnato l'approdo delle fondazioni al regime privatistico e che concernevano il periodo che va dalla trasformazione degli enti lirici in soggetti di diritto privato (23 maggio 1998) fino all'entrata in vigore delle regole sui contratti a tempo determinato introdotte con il d.lgs. n. 368 del 2001. Per tale periodo, entro cui la transizione delle fondazioni al regime privatistico si era compiuta, ma non aveva ancora visto la luce la nuova disciplina dei contratti a tempo determinato (d.lgs. n. 368 del 2001), il legislatore, secondo un indirizzo consolidato della giurisprudenza, avrebbe inteso ribadire la perdurante vigenza delle norme sui *rinnovi*, dettate dalla legge n. 426 del 1977, funzionali a una regolamentazione pubblicistica, altrimenti superata, senza tale disposizione espressa, dall'applicazione delle regole del codice civile.

La sentenza ricorda che proprio questa unanime lettura giurisprudenziale del primo periodo del sopra citato comma 6, ritenuta dal legislatore troppo restrittiva laddove ha limitato il divieto di trasformazione del rapporto alla violazione delle regole sui rinnovi, senza estenderlo alle violazioni di tutte le regole in tema di lavoro subordinato a termine, come avrebbe invece suggerito la finalità della legge, che era quella di contenere le spese, ha dato vita all'emendamento tradottosi nel c. 1-*bis*, del d.l. n. 69/2013, convertito dalla legge n. 98/2013, che interpreta il primo periodo del c. 6

(4) Vd. le sentenze citate alla nota 2, e in particolare Cass. 12 maggio 2014, n. 10217.

dell'art. 3 del d.l. n. 64/2010 nel senso che per le fondazioni lirico-sinfoniche sussiste un divieto assoluto di stabilizzazione del rapporto di lavoro «come conseguenza della violazione delle norme in materia di stipulazione di contratti di lavoro subordinato a termine, di proroga o di rinnovo dei medesimi contratti».

4. — *La pronuncia di illegittimità della norma interpretativa nel contesto della giurisprudenza della Consulta e della C. Edu* — La pronuncia in esame ha accolto la questione prospettata dalla Corte remittente per il fatto che la norma impugnata, estendendo il divieto di conversione dalla violazione delle norme sui rinnovi alla violazione di ogni disposizione in materia di lavoro a tempo determinato, non ha enucleato una plausibile variante di senso dell'art. 3, c. 6, primo periodo, del citato d.l. n. 64/2010, dato che la norma interpretata si riferisce ai «rinnovi», usando una parola che evoca un concetto diverso dall'apposizione del termine al contratto di lavoro. Del resto, la pronuncia osserva che tutta l'evoluzione della disciplina del contratto di lavoro a termine, sia generale che relativa alle fondazioni musicali, conferma in modo preciso l'autonomia concettuale del «rinnovo» del contratto rispetto alla stipula del primo contratto. La norma impugnata, quindi, attribuisce alle disposizioni del d.l. n. 64/2010 un contenuto precettivo dissonante con il significato della parola «rinnovi», accreditato da una costante elaborazione giurisprudenziale di legittimità, con la conseguenza che la norma stessa non svolge una funzione interpretativa «ripristinando il significato autentico della disposizione interpretata» o risolvendo contrasti interpretativi forieri di rilevanti incertezze.

La carenza della funzione interpretativa fa sì, per la Corte, che la norma denunciata leda innanzitutto «l'affidamento dei consociati nella sicurezza giuridica»; affidamento «corroborato da un assetto normativo risalente, imperniato sulla distinzione tra i rinnovi e le fattispecie di illegittimità originaria del contratto a tempo determinato, e da una giurisprudenza che gli stessi lavori parlamentari menzionano e che la legge interpretativa consapevolmente ribalta, ripercuotendosi sui giudizi in corso e su vicende non ancora definite». La norma stessa lede, in secondo luogo, l'autonomo esercizio della funzione giurisdizionale, potendo definire i giudizi in corso travolgendo gli effetti delle pronunce già rese.

Con questa pronuncia, la Corte costituzionale ha censurato in modo netto e chiaro il tentativo del legislatore di ridurre diritti dei lavoratori mediante il sotterfugio delle leggi falsamente interpretative. Questo atteggiamento va pienamente condiviso (5) e si ricollega ad altre pronunce della Consulta che si pongono in armonia con la giurisprudenza della Corte Edu sul giusto processo, sempre piuttosto restrittiva sulla conformità delle leggi retroattive ai principi di cui all'art. 6 della Cedu. Un esempio di dialogo tra le due Corti è dato dalla sentenza n. 170 del 4 luglio 2013 della Corte costituzionale, che, nel dichiarare l'illegittimità di una norma che mutava anche per il passato l'ordine dei privilegi dei creditori fallimentari, faceva valere, oltre a vari principi interni, anche la giurisprudenza della Corte Edu sull'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che in varie sentenze aveva statuito che i «motivi imperativi di interesse generale» che giustificano la retroattività non possono consistere nel

(5) Per De Michele (2016, 13), la sentenza annotata costituisce «una svolta di civiltà giuridica della Corte costituzionale».

mero interesse finanziario dello Stato, richiamando al riguardo le sentenze dei giudici di Strasburgo *Maggio*, *Agrati*, *Arras* e *De Rosa*.

Tutto ciò non significa che l'arma delle leggi interpretative sia stata neutralizzata e che lo scontro con la Corte di Strasburgo sia cessato. Nel caso di specie era veramente difficile dare alla parola «rinnovi» il significato preteso dal legislatore, ma in casi più complessi la Corte costituzionale si era dimostrata accondiscendente alle pretese del legislatore, venendo poi smentita dai giudici di Strasburgo sull'interpretazione dell'art. 6 della Cedu quanto ai limiti alla legittimità delle leggi retroattive. I contrasti si sono palesati in tema di pensioni svizzere, sulle quali alla sentenza 23 maggio 2008, n. 172 della Consulta si era contrapposta la sentenza *Maggio* del 31 maggio 2011 della Corte Edu (6), alla quale era poi seguita una seconda pronuncia della Corte costituzionale (la n. 264 del 28 novembre 2012) confermativa della prima, alla quale è seguita, a sua volta, una ulteriore pronuncia di giudici di Strasburgo, che ribadisce la loro precedente decisione (7); in tema di trattamento economico da attribuirsi al personale Ata trasferito dagli enti locali allo Stato, sul quale alle sentenze della Consulta del 26 giugno 2007, n. 234, e del 3 novembre 2009, n. 311, si sono contrapposte le decisioni *Agrati* del 7 giugno 2011 (8), *De Rosa* dell'11 dicembre 2012 (9) e *Montaldo* del 14 gennaio 2014 (10); in tema di trattamento pensionistico degli ex dipendenti del Banco di Napoli, sul quale alla sentenza della Consulta del 7 novembre 2008, n. 362, si è contrapposta la sentenza *Arras* del 14 febbraio 2012 (11).

Un recente esempio di contrastante modo di intendere il suddetto art. 6 è rinvenibile, da ultimo, nella pronuncia della Corte costituzionale del 22 dicembre 2015, n. 274, che ha respinto per la quarta volta la questione di legittimità costituzionale di una norma del 2006 che interpreta retroattivamente una precedente disposizione in tema di decorrenza dell'applicazione di una più bassa misura dell'indennità integrativa speciale relativa alle pensioni di reversibilità (12). La questione era stata riproposta dalla Cassazione con ordinanza del 20 febbraio 2014 sotto il profilo della violazione del divieto di ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia, sancito dall'art. 6 della Cedu, con conseguente lesione dell'art. 117, c. 1, Cost., e tale violazione veniva affermata soprattutto per l'assenza nel caso di specie di un motivo imperativo d'interesse generale che giustificasse l'intervento legislativo retroattivo: tale motivo, per la Corte remittente, era dovuto soltanto alla volontà di contenere la spesa pubblica, ma non costituiva quel motivo imperativo di carattere generale che per varie pronunce della Corte Edu (*Agrati*, *Maggio*, *De Rosa*, *Arras*, *Montaldo*, *Stefanetti*) può sacrificare il diritto al giusto processo. Con l'ordinanza in esame, la Corte costituzionale ha dichiarato la questione manifestamente infondata, sia perché la norma

(6) La relativa massima può leggersi in q. *Riv.*, 2012, n. 2, II, 361.

(7) Si tratta della sentenza del 14 aprile 2014, *Stefanetti e altri c. Italia*, ricorsi n. 21838 e altri, Seconda Sezione, – Pres. Karakas.

(8) La relativa massima può leggersi in q. *Riv.*, 2012, n. 2, II, 360.

(9) Vd. la sentenza *De Rosa e altri c. Italia*, ricorsi n. 52888/08 e altri, Decima Sezione – Pres. Jociene.

(10) Vedila in *LG*, 2014, 455.

(11) La relativa massima può leggersi in q. *Riv.*, 2012, n. 2, II, 360.

(12) Vd. C. cost. 22 dicembre 2015, n. 274, ord. – Pres. Criscuolo, Est. Sciarra –, su cui vd. De Michele 2016, 2 ss.

impugnata enuclea una delle possibili varianti di senso della disposizione interpretata, sia perché la norma stessa, innestandosi «nella complessa riforma del sistema pensionistico, foriera di effetti strutturali sulla spesa pubblica e sugli equilibri di bilancio», intende armonizzare e perequare tutti i trattamenti, pubblici e privati, oltre che coordinare e interpretare sistematicamente tutte le molteplici disposizioni intervenute in materia, giungendo, alla fine, a «un bilanciamento ragionevole dei diritti dei singoli con le esigenze di sostenibilità complessiva del sistema previdenziale».

Non mi sembra, invece, contrastare con la giurisprudenza della Corte Edu, ma, anzi a essa aderire, la sentenza n. 150 del 14 luglio 2015, con la quale la Corte ha respinto la questione di costituzionalità dell'art. 1, comma 224, della legge n. 266/2005, promosso dalla Corte di Cassazione con ordinanza del 20 gennaio 2014 sempre per violazione dell'art. 117 Cost., c. 1., in relazione all'art. 6 della Cedu. L'ordinanza di remissione riteneva che tale violazione consistesse nel fatto che la norma censurata aveva inserito, con norma di natura interpretativa o comunque con efficacia retroattiva, la disposizione che attribuiva al personale pubblico uno speciale compenso per le festività cadenti la domenica nell'ambito delle previsioni inapplicabili ai dipendenti delle p.a. ai sensi dell'art. 69, c. 1, del d.lgs. n. 165/2001, con ciò determinando la modifica di un giudizio in corso a favore dell'amministrazione statale senza che sussistessero impellenti motivi di interesse generale per giustificare la deroga al principio di irretroattività della legge. La Corte ha esattamente ritenuto che la norma censurata desse applicazione al principio della contrattualizzazione del rapporto di lavoro pubblico e attribuisse alla stessa un significato plausibile rispetto al suo testo originario e coerente con tale principio, risolvendo contrasti interpretativi nel senso più aderente all'originaria volontà del legislatore.

In conclusione, sulla legittimità delle norme interpretative retroattive tra le due Corti sono presenti contrasti e sintonie, destinati, molto probabilmente, a proseguire (13).

5. — *Fondazioni musicali, disciplina del lavoro a tempo determinato e ulteriore ragione di incostituzionalità della norma retroattiva* — La seconda parte della sentenza annotata è racchiusa negli ultimi tre capoversi del suo paragrafo 6. Oltre che per le ragioni sopra riassunte, e fatte valere dal giudice remittente, la Corte ritiene che la disposizione denunciata, in quanto retroattiva, sia costituzionalmente illegittima «anche sotto un distinto e non meno cruciale motivo», e cioè per il fatto che, estendendo il divieto di conversione all'ipotesi di nullità della clausola apposta al singolo e unico contratto, «pregiudica un aspetto fondamentale delle tutele accordate dall'ordinamento ai rapporti di lavoro», così allontanandosi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue in tema di contratto a termine dei lavoratori dello spettacolo, la quale ha valorizzato, invece, «il ruolo della “ragione obiettiva” come mezzo adeguato a prevenire gli abusi nella stipulazione dei contratti a tempo determinato e come punto di equilibrio tra il diritto dei lavoratori alla stabilità dell'impiego e le irriducibili peculiarità

(13) I rapporti tra le due Corti per quanto concerne il profilo qui considerato hanno attratto l'attenzione di studiosi di varie discipline. Al riguardo si possono ricordare, a mero titolo d'esempio, gli scritti di Massa 2009, 4679 ss.; Carlotto 2010, 285 ss.; Bronzini 2011, 491 ss.; De Michele 2011 a, 707 ss.; De Michele 2011b, 560 ss.; Menghini 2012, 362 ss.; Caponi 2012, 343 ss.; Menghini 2014, 455 ss.; De Michele 2016, 1 ss.

del settore»: e qui la pronuncia in esame cita le sentenze del 26 febbraio 2015, C-238/14, *Commissione c. Granducato di Lussemburgo* (14), e del 26 novembre 2014, C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, *Mascolo* (15).

Questo punto della decisione ha sicuramente un significato circoscritto e strettamente attinente alla fattispecie decisa, ma potrebbe averne anche uno ulteriore, più generale.

Veniamo al primo. La Corte, nell'affermare l'esistenza del «distinto e non meno cruciale» profilo di illegittimità costituzionale della norma denunciata, si riferisce espressamente alla norma stessa in quanto *retroattiva* e destinata a operare a partire dalla trasformazione degli enti lirici in soggetti di diritto privato (23 maggio 1998) sino all'entrata in vigore del d.lgs. n. 368/2001. Il motivo di incostituzionalità può essere, quindi, individuato nel fatto che la esenzione delle fondazioni musicali dalla stabilizzazione del rapporto non solo in caso di violazione delle norme in tema di proroga e rinnovo dei contratti a tempo determinato, ma anche nel caso del mancato rispetto delle norme che limitano l'apposizione del termine a ogni singolo e isolato contratto, si sarebbe inserita in modo incoerente in un contesto ordinamentale che ne limitava la stipula prima, con la legge n. 230/1962, attraverso il sistema della tassatività delle ipotesi ammesse, e poi, con il d.lgs. n. 368/2001, attraverso la formula generale delle ragioni di carattere produttivo, tecnico, organizzativo o sostitutivo. Entrambi questi sistemi davano vita a discipline che ammettevano il ricorso all'istituto in esame solo in presenza di «ragioni oggettive», e cioè di quelle ragioni intese dalla Corte di Giustizia come mezzo adatto a prevenire gli abusi nella ripetizione delle assunzioni e come punto di equilibrio tra il diritto alla stabilità e le peculiarità del settore. Per la sentenza annotata, quindi, non prevedere la conversione del rapporto nemmeno nel caso di nullità della clausola apposta al primo e isolato contratto, con riguardo al periodo successivo al 23 maggio 2008, significherebbe ammettere che le fondazioni musicali avessero praticamente libertà assoluta di stipula dei contratti a termine, in contrasto con il contesto ordinamentale interno dell'epoca considerata e con l'Accordo europeo sul lavoro a tempo determinato. In ciò consisterebbe l'ulteriore profilo di incostituzionalità.

6. — *Possibilità di estendere la valutazione di incostituzionalità alla normativa oggi vigente* — Questo profilo di incostituzionalità, che riguarda il passato, mi induce a riflettere anche sulla legittimità della disciplina oggi vigente per il lavoro a tempo determinato del personale tecnico e artistico dipendente dalle fondazioni musicali. Per l'art. 29, c. 3, del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, a tale personale «non si applicano le disposizioni di cui agli artt. 19, commi da 1 a 3, e 21». In virtù di questa disposizione il contratto può avere una durata anche superiore a tre anni, lo stesso lavoratore può essere riassunto a tempo determinato un numero qualsiasi di volte, per un periodo illimitato, con un numero qualsiasi di proroghe, di qualsivoglia durata, senza necessità di rispettare alcun intervallo tra un contratto e l'altro. Si potrebbe pensare che l'unico limite da rispettare sia quello concernente la percentuale massima dei contratti a termine rispetto a

(14) La sentenza *Commissione c. Granducato di Lussemburgo* è pubblicata in *FI*, 2015, IV, 430.

(15) La sentenza *Mascolo* è pubblicata in *RIDL*, 2015, II, 309, e, in massima, in q. *Riv.*, 2015, n. 1, II, 193.

quelli a tempo indeterminato (art. 23, c. 1), ma anche questo sbarramento non vale per i contratti conclusi «per lo svolgimento di specifici spettacoli...» (art. 23, c. 2, lett. c). Deve osservarsi, peraltro, che anche se il limite percentuale fosse da rispettare in presenza di assunzioni di personale tecnico e artistico effettuate senza riguardo a spettacoli specifici, tale limite non incide sulla possibilità di assumere ripetutamente lo stesso lavoratore. E allora sembra davvero che questo frammento del *Jobs Act* non abbia tenuto conto dell'ammonimento dato dalla Corte di Giustizia con la sentenza *Commissione c. Granducato di Lussemburgo* menzionata dalla Consulta, dalla quale risulta chiaramente la contrarietà alla clausola 5 dell'Accordo europeo di qualsiasi normativa nazionale che non preveda alcuna delle misure preventive e repressive elencate nelle lettere dalla *a* alla *c* del punto 1 della clausola stessa, come fa la normativa italiana. Di fronte alla difesa del Granducato, che faceva valere il fatto che i lavoratori saltuari dello spettacolo partecipano a progetti specifici e circoscritti nel tempo, la Corte ha ribattuto che, pur supponendo che tali progetti richiedano esigenze provvisorie di assunzione costituenti «ragioni oggettive» che giustificano la successione di contratti ai sensi della lettera *a* del punto 1 della clausola 5, rimaneva oscuro come la normativa nazionale riuscisse a circoscrivere l'attività di questi lavoratori nell'ambito di detti progetti, con la conseguenza che la loro attività non era «necessariamente provvisoria» e che era possibile ai datori di lavoro concludere una successione di contratti per soddisfare esigenze permanenti e durevoli di personale (punti 46-48). Le fondazioni musicali italiane, in base alla normativa vigente, possono utilizzare personale artistico e tecnico per una serie infinita di specifici spettacoli, senza alcuno dei limiti di cui alle lettere dalla *a* alla *c* della clausola 5. Vi è solo la loro qualità di personale tecnico o artistico, ma mi sembra troppo poco per poter sostenere che in tal modo il legislatore, come consente il paragrafo 1 della clausola 5, abbia tenuto «conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori». A mio avviso, infatti, tali esigenze dovrebbero essere temperate con limiti quantitativi alla ripetizione di contratti, magari rendendoli più blandi rispetto a quelli previsti per la generalità dei lavoratori, ma non possono essere considerate del tutto prevalenti rispetto al bisogno di una stabilità anche minima. Sono, quindi, prospettabili ulteriori interventi della Corte di Giustizia e della nostra Corte costituzionale, come del resto già ipotizzato in sede di commento all'ordinanza di rinvio della Corte d'Appello di Firenze, nel caso in cui la questione da essa sollevata fosse stata accolta, come poi è successo con la sentenza annotata (16).

Tale contrarietà alla clausola 5 dell'Accordo europeo non era riscontrabile nel testo originario del d.lgs. n. 368/2001, che, se esonerava le fondazioni lirico-sinfoniche dalle regole sulla proroga e la successione dei contratti (art. 11, c. 4), richiedeva, comunque, la forma scritta, la presenza di ragioni oggettive temporanee e la loro specificazione nel testo del contratto. La situazione, rispetto a tale contrarietà, era già mutata quando all'esclusione dell'applicazione degli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 368/2001 si era aggiunta quella dei commi 01 e 2 dell'art. 1 del decreto stesso (17), specie se si tie-

(16) Vd. De Michele (2015a, 35) che parlava di un possibile «effetto domino» di un'eventuale pronuncia di accoglimento, che avrebbe colpito innanzitutto l'art. 29, c. 3, del d.lgs. n. 81/2015.

(17) Come già ricordato, dette ultime esclusioni erano state previste dall'art. 3, comma 6, terzo periodo del d.l. n. 64/2010, convertito in l. n. 100/2010.

ne conto che questo comma 2 richiedeva l'atto scritto in cui dovevano essere specificate le ragioni per le quali l'assunzione veniva effettuata a tempo determinato. Il contrasto con la clausola 5 era comunque già evidente dopo l'emanazione del d.l. n. 34/2014, convertito in legge n. 78/2014 (il cosiddetto decreto Renzi-Poletti, o *Jobs Act*, atto I), nella misura in cui era stata generalizzata la possibilità di contratti a termine a-causali (18).

Vi era stato, infine, pure chi aveva prospettato un altro tipo di contrarietà all'Accordo quadro, riscontrabile già nel testo originario del decreto del 2001: la presenza di uno specifico spettacolo o comunque di una ragione oggettiva limitata nel tempo poteva non eliminare ogni profilo di non conformità alla clausola 5 qualora le assunzioni si susseguissero in gran numero nel tempo (19). L'esistenza di possibili problemi su questo piano è stata confermata dalla nota sentenza *Kucuk* della Corte di Giustizia (20), che ha deciso una vicenda caratterizzata dalla stipula di 13 contratti stipulati nell'arco di 10 anni da parte di un tribunale tedesco con una segretaria di cancelleria, tutti giustificati da ragioni sostitutive, ma tali da poter evidenziare l'esigenza permanente di un addetto stabile in più, come deciso poi dal giudice del rinvio, la Cassazione tedesca (21).

7. — *Gli effetti più generali della sentenza* — Agli ultimi capoversi della sentenza annotata può essere attribuito, peraltro, un significato ancora più ampio.

Al riguardo, si è sostenuto che «la Consulta valorizza le ragioni oggettive temporanee come misura effettiva (e indispensabile) di legittima apposizione del termine, svalutando di fatto tutta la legislazione del *Jobs Act* nella disciplina del contratto a tempo determinato [...] fondata sulla dichiarata [...] ma non scritta acausalità dei contratti temporanei» (22).

Non penso che gli effetti della sentenza annotata siano quelli di rendere l'attuale disciplina italiana, imperniata sulla possibile a-causalità dei contratti a termine, non conforme alle regole eurolunitarie (23). Queste, infatti, non richiedono che l'apposizione della clausola sia giustificata da ragioni oggettive (24). Degli effetti sulla nostra disciplina generale, tuttavia, ci sono, ma diversi. La Corte di Giustizia in più occasioni ha chiarito che il vincolo che agli Stati membri pone la clausola 5 dell'Accordo europeo sul contratto a tempo determinato non concerne l'adozione dell'una o dell'altra delle misure previste nelle lettere dalla *a* alla *c* del punto 1 della clausola stessa; gli Stati possono scegliere questa o quella misura, o più di una delle stesse, ma ciò che conta è che le misure siano effettivamente idonee, nelle varie situazioni, a prevenire e sanzionare il ricorso abusivo a una pluralità di contratti a termine, dove abusivo sta a indicare il fatto che con una molteplicità di contratti di tal

(18) Acriticamente sugli effetti di queste esclusioni vd. Veltri 2014, 92.

(19) Vd. Allamprese 2002, 215.

(20) Vd. C. Giust. 26 gennaio 2012, causa C-586/10, Seconda Sezione, in *RIDL*, 2012, II, 747.

(21) Per questa vicenda vd. De Michele 2015b, 115-117.

(22) Così De Michele 2016, 15.

(23) Rinvio a Menghini 2016, 301 ss., e alla dottrina ivi citata, cui *adde* Roccella, Treu, 2016, 249.

(24) Rinvio a Menghini 2013, 616 ss., e a Roccella, Treu, 2016, 249.

tipo si sopperisce a una esigenza permanente di personale. In linea generale, per la Corte è senz'altro idonea a tal fine la misura di cui alla lett. *a*, vale a dire la previsione per la quale il singolo contratto può essere stipulato solo in presenza di ragioni oggettive. La normativa italiana, eliminata la causalità obbligatoria, si affida attualmente a una sola delle misure in questione: quella di cui alla lett. *b* (durata massima totale dei contratti successivi). Il limite dei 36 mesi di cui al c. 2 dell'art. 19 del d.lgs. n. 81/2015, come quello di cui al comma 4-*bis* dell'art. 5 dell'abrogato d.lgs. n. 368/2001, salvo quanto si dirà in tema di diversità di mansioni, sembra adeguato sia rispetto alla dizione letterale usata nell'Accordo europeo sia al fine da esso perseguito. Il legislatore italiano, in via per così dire forfettaria, ha considerato insussistenti le ragioni oggettive e temporanee di assunzione quando i contratti si susseguano, anche con interruzioni, per più di 36 mesi, per lo svolgimento delle stesse mansioni o di mansioni equivalenti (così disponeva il d.lgs. n. 368/2001) ovvero (oggi) di mansioni di pari livello e categoria legale. Vi è chi ha ritenuto che la norma europea escluda l'irrelevanza, ai fini del conteggio del periodo massimo, dello svolgimento di mansioni diverse, con la conseguenza che le due normative italiane che si sono succedute nel tempo non sarebbero conformi alla lett. *b* del punto 1 della clausola 5 (25). Penso che la giurisprudenza della Corte di Giustizia sopra riassunta rivesta importanza proprio su questo punto. Non si può sostenere *a priori* che lo svolgimento di mansioni diverse sia sempre irrilevante ai fini della somma dei periodi in questione. Sarà, invece, necessario che il giudice nazionale verifichi quando la diversità delle mansioni (se pur equivalenti o appartenenti allo stesso livello e categoria legale) faccia comunque emergere la contiguità della nuova assunzione rispetto all'attività aziendale in cui il lavoratore era inserito in precedenza, rendendo così rilevante anche la nuova assunzione ai fini del giudizio sulla sussistenza di una necessità permanente di lavoro. A ogni modo, guardando al decreto oggi in vigore, molto dipende dal modo in cui il contratto collettivo articola gli inquadramenti nei vari livelli: se inserisce in vari livelli mansioni praticamente uguali, il contrasto con la direttiva è evidente; se, invece, le mansioni sono diverse al punto di far presumere che le varie assunzioni rispondano a esigenze temporanee successive, il contrasto non sussiste (26).

Il rilievo della giurisprudenza della Corte di Giustizia, come ripresa dalla Corte costituzionale, è ancora più evidente quando si considerino le possibilità di deroga del limite dei 36 mesi previste per la contrattazione collettiva dal c. 2 dell'art. 19 del d.lgs. n. 81/2015 (27) e le esclusioni dalla disciplina del suddetto decreto dei rapporti di cui a varie lettere del c. 1 dell'art. 29. La Corte costituzionale pare voler ricordare al legislatore che non basta una sua previsione di ammissione senza limiti della successione di contratti a termine per evitare il contrasto con la disciplina eunitaria, quando tale successione evidenzia l'esigenza di rapporti di lavoro stabili.

(25) Così Ballestrero 2015, 48; C. Alessi 2014, 103.

(26) Vd., *amplius*, Menghini 2016, 303.

(27) Se la contrattazione collettiva eleva a dismisura il limite dei 36 mesi, si pongono grossi problemi, tanto è vero che vi è chi ritiene che le parti sociali non possano ridurre l'unico limite che rimane nel nostro ordinamento alla ripetibilità dei contratti (Perulli 2016, 69 ss.) ovvero non lo possano ampliare a dismisura (Speziale 2016, 14).

Anche dopo il *Jobs Act*, dunque, potranno esserci nuovi coinvolgimenti delle Corti superiori nella materia qui considerata.

In tal modo delineato il possibile significato della sentenza annotata, mi sembrano infondate le critiche rivolte alla stessa da chi la ritiene inficiata da «incongruenze in fatto e in diritto»: in fatto, perché, dopo la menzione di una lunga sequela di contratti, nella ricostruzione della Corte all'improvviso apparirebbe il riferimento all'apposizione del termine al primo contratto, collocato nel 2001; in diritto, perché non sarebbe pertinente il richiamo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia che considera la ragione obiettiva come un mezzo adatto per prevenire gli abusi nella ripetizione dei contratti, dato che non sarebbero soggette al diritto dell'Unione europea le questioni concernenti la legittimità del primo o unico contratto (28). Sul primo punto va osservato, in vero, che il Tribunale e la Corte d'Appello di Firenze avevano considerato una fattispecie caratterizzata dalla successione di 34 contratti, il primo dei quali risaliva al giugno 1997, ma dichiarato la nullità della clausola appositiva del termine a un unico (e non primo) contratto: quello del gennaio 2001. Mai si era fatta questione di illegittimità della successione di contratti di per sé legittimi, se considerati a uno a uno. Sul secondo punto, la censura di illegittimità della norma «in quanto retroattiva», è dovuta, come ho osservato più sopra, al fatto che la non conversione del rapporto nemmeno nel caso di nullità della clausola, per il periodo successivo al 23 maggio 2008, avrebbe significato ammettere che le fondazioni musicali avessero praticamente libertà assoluta di stipula dei contratti a termine, in contrasto con la disciplina dell'epoca e con l'Accordo europeo. Quanto, infine, alle sentenze richiamate, la valorizzazione delle ragioni obiettive quali mezzo adeguato per prevenire gli abusi si ricollega perfettamente alla giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo che richiede la presenza di tali ragioni, come strumento per prevenire gli abusi, quando il diritto interno non prevede alcun altro strumento adatto a perseguire tale fine (29).

Riferimenti bibliografici

- Alessi C. (2014), *La difficile convivenza della legge e della contrattazione collettiva nella disciplina del contratto a tempo determinato*, in F. Carinci, G. Zilio Grandi (a cura di), *La politica del lavoro del governo Renzi. Atto I. Commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34, coordinato con la legge di conversione 16 maggio 2014, n. 78*, Adapt University Press.
- Allamprese A. (2002), *Abrogazioni e disciplina transitoria*, in L. Menghini (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Ipsoa, Milano.
- Ballestrero M.V. (2015), *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *LD*, 48 ss.

(28) Così Perrino 2016, I, 6.

(29) La sentenza *Commissione c. Granducato di Lussemburgo*, dopo aver constatato l'inesistenza di misure quantitative o temporali, come quelle di cui alle lett. *b* e *c* del paragrafo 1 della clausola 5, contesta che l'attività svolta dai lavoratori saltuari dello spettacolo non sia «necessariamente provvisoria» (punto 48). E si è ricordato che in modo analogo la Corte si era pronunciata circa un anno prima sul caso delle ripetute assunzioni di docenti da parte di una università spagnola (vd. De Michele 2016, 16).

- Bronzini G. (2011), *Le Corti europee rimettono in gioco i diritti del personale Ata*, in q. *Riv.*, n. 3, II, 491 ss.
- Caponi R. (2012), *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, in *GCost.*, 343 ss.
- Carlotto I. (2010), *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, in *PD*, 285 ss.
- De Michele V. (2011 a), *Retroattività delle norme e tutela dei diritti del precariato pubblico da parte dei giudici nazionali*, in *LG*, 707 ss.
- De Michele V. (2011 b), *La tutela delle pensioni agricole e l'incostituzionalità interna e Ue delle norme retroattive pro Inps*, in *LG*, 560 ss.
- De Michele V. (2015a), *La sentenza Mascolo della Corte di Giustizia sul precariato pubblico e i controversi effetti sull'ordinamento interno*, in *Europeanrights.eu*, n. 11.
- De Michele V. (2015b), *L'interpretazione autentica delle sentenze Mascolo-Fiamingo della Corte di Giustizia Ue sulla tutela «energica» del lavoro flessibile alle dipendenze di datori di lavoro pubblici e privati*, in *Europeanrights.eu*, gennaio 2015.
- De Michele V. (2016), *Le ragioni oggettive «retroattive» del contratto a termine nella sentenza n. 260/2015 della Corte costituzionale sulle Fondazioni lirico-sinfoniche*, in *Europeanrights.eu*, n. 1.
- Massa M. (2009), *La sostanza della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*, in *GCost.*, 4679 ss.
- Menghini L. (2012), *I contrasti tra Corte Edu e Corte costituzionale sulle leggi retroattive che eliminano diritti di lavoratori e pensionati: qualche idea per un avvio di soluzione*, in q. *Riv.*, n. 2, II, 362 ss.
- Menghini L. (2013), *Durata del contratto di lavoro*, in O. Cagnasso, A. Vallebona (a cura di), *Dell'impresa e del lavoro*, in E. Gabrielli (diretto da), *Commentario del codice civile*, Utet, Torino, 611 ss.
- Menghini L. (2014), *Dialogo e contrasti tra le Corti europee e nazionali: le vicende del personale Ata non sono ancora terminate*, in *LG*, 455 ss.
- Menghini L. (2016), *Il contratto a tempo determinato*, in F. Carinci (a cura di), *Jobs Act: un primo bilancio*, Atti del XI Seminario di Bertinoro-Bologna del 22-23 ottobre 2015, *Adapt labour studies*, e-book series, n. 54, 303 ss., Adapt University Press.
- Perrino A.M. (2016), *Nota a C. cost. 11 dicembre 2015*, n. 260, *FI*, n. 6, I.
- Perulli A. (2016), *Le modifiche al contratto di lavoro*, in F. Carinci (a cura di), *Jobs Act: un primo bilancio*, Atti del XI Seminario di Bertinoro-Bologna del 22-23 ottobre 2015, *Adapt labour studies*, e-book series, n. 54, 69 ss., Adapt University Press.
- Roccella M., Treu T. (2016), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Cedam.
- Speziale V. (2016), voce *Lavoro a termine*, in *ED*, *Annali*, 14 ss.
- Veltri A. (2014), *Esclusioni, discipline specifiche, limiti quantitativi*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Jobs Act e contratto a tempo determinato, Atto I*, Giappichelli, 92 ss.

Luigi Menghini
Professore ordinario di Diritto del lavoro
presso l'Università di Trieste

I

CASSAZIONE, 3.12.2015, n. 24648 – Pres. Roselli, Est. Tria, P.M. Matera (diff.) – E.F. (avv.ti Vacirca, Braggion) c. Going Srl C.F. (avv.ti Montinari, Barbieri, Portolano).

Cassa e decide nel merito, Corte d'Appello di Milano, 24.9.2012.

Licenziamento individuale – Licenziamento ritorsivo – Nullità.

Il divieto di licenziamento discriminatorio è suscettibile, in base all'art. 3 Cost. e sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue in materia di diritto antidiscriminatorio e antivessatorio, di interpretazione estensiva, sicché l'area dei singoli motivi vietati comprende anche il licenziamento per ritorsione o rappresaglia, intesa come ingiusta e arbitraria reazione a un comportamento legittimo del lavoratore, quale unica ragione del provvedimento espulsivo; sempreché il recesso risulti essere stato determinato esclusivamente dall'intento ritorsivo. (1)

II

TRIBUNALE NAPOLI, 2.12.2015 – Est. Urzini – A.S. Spa (avv. Rizzo) c. A.G., C.P. (avv.ti Marziale, Totaro).

Licenziamento collettivo – Licenziamento ritorsivo – Nullità.

Nell'iter processuale di accertamento della natura discriminatoria o ritorsiva del recesso, si deve procedere, innanzitutto, alla ricerca della prova della natura persecutoria-vendicativa-discriminatoria della condotta imputata al datore di lavoro: di talché, in caso affermativo, è ragionevole ritenere che l'intento discriminatorio-ritorsivo sia stato l'unico motivo posto a base del licenziamento, la cui prova potrebbe derivare anche dalla insussistenza dei motivi del recesso. (2)

(1-2) CONFIGURABILITÀ DEL CARATTERE RITORSIIVO
NEL LICENZIAMENTO INGIUSTIFICATO

1. — Le pronunce in commento presentano due ipotesi differenti di licenziamento «ritorsivo». Proprio tale diversità fattuale ci permette di definire e approfondire l'ambito applicativo della suddetta tipologia di licenziamento.

Occorre, a tal fine, ricostruire brevemente il contesto normativo di riferimento.

Prima della novella introdotta con la l. n. 92/2012, il licenziamento «ritorsivo» non aveva alcun espresso riconoscimento legislativo. Tale figura è stata coniata dalla giurisprudenza evolutiva di legittimità.

La Corte di Cassazione, infatti, in più pronunce, ha affermato che «il licenziamento per ritorsione, diretta o indiretta, costituisce l'ingiusta e arbitraria reazione a un comportamento legittimo del lavoratore o di altra persona a esso legata e, pertanto, ac-

comunata nella reazione, con conseguente nullità del licenziamento, quando il motivo ritorsivo sia stato l'unico determinante e sempre che il lavoratore ne abbia fornito prova, anche con presunzioni» (Cass. 8.8.2011, n. 17087, con nota di Cannati 2012; Cass. 18.3.2011, n. 6282, in *Rglnews*, 2011, n. 2, p. 8).

La disciplina generale del negozio giuridico, d'altronde, ci insegna che è vietato il licenziamento intimato «esclusivamente per un motivo illecito determinante», ex artt. 1324, c. 1, e 1345 c.c. (Cfr. Vallebona 2015, 370). Il motivo illecito è quello contrario a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume e rileva, ai fini della configurabilità del licenziamento ritorsivo, solo se è l'unico motivo determinate. Il recesso, quindi, è comunque valido se è giustificato, a prescindere dall'eventuale concorso di un motivo illecito.

La conseguenza dell'illiceità del motivo determinante è la nullità del licenziamento che ha matrice individuale e personale. Ai licenziamenti nulli per motivo illecito, però, la giurisprudenza non riconduceva la nullità di diritto comune, bensì il regime normativo di cui all'art. 18 St. lav., ossia la reintegrazione (Cfr. Bellocchi 2014, 1293). Per far ciò, la Corte ha inevitabilmente aperto le maglie della discriminazione e vi ha fatto rientrare le ipotesi di licenziamento ritorsivo. Gli ermellini, sul punto, hanno affermato che «il divieto di licenziamento discriminatorio è suscettibile di interpretazione estensiva, sicché l'area dei singoli motivi vietati comprende anche il licenziamento per ritorsione» (Cass. 27.2.2015, n. 3986, in *RFI*, 2015, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 115; Cass. 9.7.2009, n. 16155, con nota di Gagnoli 2010).

Solo con la l. n. 92/2012 il legislatore ha recepito il granitico orientamento giurisprudenziale e ha ricondotto nell'alveo dei licenziamenti nulli anche il licenziamento «determinato da un motivo illecito determinante ex art. 1345 c.c.». A tutti i licenziamenti nulli si applica la tutela reintegratoria piena ex art. 18, cc. 1-3, St. lav.

2. — Le premesse sin qui svolte consentono di analizzare in modo più dettagliato le due pronunce in commento.

Il primo caso, esaminato dalla Corte di Cassazione, riguarda un lavoratore licenziato per giusta causa.

Il fatto posto a base del licenziamento consiste nell'addebito di infedeltà patrimoniale e critiche all'operato dei vertici della società datrice di lavoro mosso al dipendente che aveva predisposto e consegnato a uno dei consiglieri di amministrazione della stessa, su richiesta di quest'ultimo, una relazione sullo stato gestionale aziendale.

Il Tribunale di Milano ha dichiarato la nullità dell'atto espulsivo, qualificandolo ritorsivo.

La Corte d'Appello di Milano, viceversa, ha riformato la pronuncia di primo grado, facendo venir meno il carattere ritorsivo, e ha dichiarato l'illegittimità del recesso per assenza di giusta di causa.

La decisione della Corte territoriale, per quanto di interesse, si basa sull'assunto che i fatti posti a base del recesso erano stati oggetto di contestazione e sussisteva «una relazione diretta tra la gravità del fatto addebitato, ovvero il contenuto della relazione suddetta, e la risoluzione». La stessa Corte, però, ha escluso la giusta causa di licenziamento per l'estrema limitatezza del contenuto denigratorio della relazione e perché le affermazioni del lavoratore rientravano nell'ambito del legittimo diritto di critica.

Tale impostazione non è stata condivisa dalla Corte di Cassazione, che ha censu-

rato la Corte d'Appello, da una parte, per aver argomentato la decisione sulla base di una definizione del tutto «originale» e priva di riscontri normativi e/o giurisprudenziali e, dall'altra, per non aver adeguatamente valorizzato gli elementi della fattispecie dai quali si desume il carattere ritorsivo del recesso.

Il giudice di legittimità ha preso le distanze dal ragionamento seguito dalla Corte territoriale, secondo cui l'ipotesi di recesso ritorsivo ricorre quando lo stesso è intimato arbitrariamente per comportamenti legittimi del lavoratore e «non è oggetto di contestazione».

Per la Suprema Corte, la coincidenza tra fatto contestato (seppur ingiustificato) e ragione vera del recesso non assorbe e supera il carattere ritorsivo, che, invece, si rinviene proprio nella «ingiusta e arbitraria reazione, quale unica ragione del provvedimento espulsivo, di natura vendicativa, a fronte di un comportamento legittimo, e sotto ogni profilo corretto, posto in essere dal lavoratore» (Cass. 16.7.2015, n. 14928, in *Diritto e giustizia*, 2015, n. 29, p. 9; Cass. 3.8.2011, n. 16925, con nota di Pedersoli 2012).

Gli ermellini, in conclusione, hanno evidenziato la presenza di tutti gli elementi propri della ritorsione, in quanto, nel caso di specie, il recesso costituisce l'ingiusta e arbitraria reazione di vertici della società sentitisi accusati di infedeltà patrimoniale e criticati nel loro operato, in una relazione che il lavoratore aveva scritto su richiesta di un componente del consiglio di amministrazione, senza diffonderne il contenuto (peraltro neppure denigratorio).

3. — Il secondo caso, esaminato dal Tribunale di Napoli, ha a oggetto un licenziamento collettivo irrogato nei confronti di 5 lavoratori, all'esito di una procedura *ex l.* n. 223/1991 con cui il datore di lavoro aveva dichiarato un esubero strutturale di 63 unità lavorative e 3 unità business.

Il Tribunale di Napoli, su ricorso *ex l.* n. 92/2012 proposto dai lavoratori licenziati, ha dichiarato nullo il recesso, perché ritorsivo.

La stessa decisione è stata confermata dal giudice dell'opposizione, innanzi al quale la società ha impugnato l'ordinanza di prima fase. Il giudice, con la decisione in commento, ha accolto la tesi dei lavoratori, secondo cui il recesso intimato dalla società era stato dettato da un motivo ritorsivo, fondato sul fatto che i ricorrenti, diversamente dagli altri 58 colleghi interessati dalla stessa procedura, non avevano sottoscritto un atto transattivo che prevedeva la riduzione della retribuzione e dell'orario di lavoro, a fronte del ritiro della procedura di licenziamento collettivo.

Nella sentenza in esame, l'*iter* processuale di accertamento della natura ritorsiva del recesso è conforme al principio affermato di recente dalla Suprema Corte secondo cui, alla luce «dell'impugnazione di un licenziamento intimato per ragioni disciplinari, qualora siano forniti elementi tali da provare la natura ritorsiva del licenziamento medesimo, l'accertamento della natura discriminatoria o ritorsiva delle ragioni effettivamente sottese al recesso va logicamente anteposto alla verifica della sussistenza della giusta causa, così come affermata dal datore di lavoro» (Cass. 26.5.2015, n. 10834, con nota di Gramano 2014).

Si rileva che tale percorso argomentativo si discosta dai precedenti giurisprudenziali, secondo cui il carattere ritorsivo è incompatibile con la sussistenza di una ragione giustificatrice; pertanto, risulta prioritario e assorbente l'accertamento dei fatti necessa-

ri per radicare il potere di recesso, la cui prova assorbe eventuali profili di arbitrarietà e irrazionalità dei motivi dell'atto [Cass. 28.3.2011, n. 7046, in *RFI*, 2011, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1238]. Tale impostazione, va precisato, è stata già criticata dalla dottrina perché, così argomentando, il motivo illecito rischierebbe di essere celato da «atti o comportamenti che, isolatamente considerati, potrebbero sembrare legittimi», ma che in ogni caso sono preordinati per un disegno vendicativo (Cfr. Bolego 2011, 693).

In ogni caso, il giudice dell'opposizione ha prima valutato se, nel caso di specie, fosse ravvisabile un licenziamento ritorsivo e, poi, ha verificato la sussistenza del giustificato motivo oggettivo del licenziamento irrogato ai lavoratori.

Richiamando le sopra enunciate definizioni, si evidenzia che la prova del carattere ritorsivo del licenziamento è essenzialmente fondata sull'utilizzazione di presunzioni.

Dall'esame complessivo della procedura intrapresa dalla società sono emersi elementi concreti, come il diniego dei lavoratori licenziati di sottoscrivere l'accordo transattivo proposto dalla società, che il Tribunale di Napoli ha utilizzato come prova presuntiva ai fini dell'accertamento del motivo ritorsivo.

Per quanto concerne, infine, il giustificato motivo oggettivo del licenziamento, il Tribunale di Napoli ha rilevato che la procedura *ex art. 4, l. n. 223/1991*, era stata posta in essere in violazione dei criteri di scelta di cui alla stessa legge. In particolare, dalla comunicazione di chiusura della procedura, prodotta in giudizio dalla società, manca l'indicazione dei criteri, oggettivi e predeterminati, sulla base dei quali sarebbero state applicate le regole del concorso tra carichi di famiglia e anzianità.

La riscontrata violazione, riguardando il profilo di merito della procedura, rende privi di legittimità i recessi intimati, assurgendo a contestuale prova della mancanza di fondatezza dei licenziamenti, e consente di ricondurre i recessi a motivo unico e determinante della ritorsione datoriale, in conseguenza del diniego dei lavoratori di accedere alla conciliazione. I licenziamenti per cui è causa sono nulli in quanto determinati da motivo illecito determinante.

4. — Dalle pronunce in esame si evince come la discussione sull'ambito applicativo del licenziamento ritorsivo rimane ancora aperta e si presta a diverse interpretazioni, soprattutto ove, come nel caso di specie, il fatto contestato si sovrappone al motivo reale della risoluzione del rapporto di lavoro, la cui natura ritorsiva è stata configurata, per il primo caso, a seguito dell'accertata ingiustificatezza dell'addebito contestato e, nella seconda ipotesi, della violazione del criterio di scelta nel licenziamento collettivo.

Si tratta, in entrambi i casi, di decisioni che pongono una questione di merito, e di metodo, ai fini della distinzione tra licenziamento illegittimo e ritorsivo, per i quali la disciplina legislativa vigente, *ex l. n. 92/2012*, accorda differenti soluzioni di garanzia; mentre, prima di detta riforma, sostanzialmente, le soluzioni erano identiche, almeno per i dipendenti che godevano della cd. tutela reale.

Il punto controverso, nei casi esaminati, mette in luce una diversità di approccio procedurale, rispetto all'indirizzo giurisprudenziale precedente, nel configurare il carattere ritorsivo sia nell'ipotesi di licenziamento giustificato, sia di licenziamento privo di giustificazione. Il problema si pone poiché il licenziamento è quasi sempre formalmente giustificato.

Preme aggiungere, infine, che la giurisprudenza, in precedenza, ha escluso il carattere ritorsivo, pur dichiarando l'illegittimità del recesso per assenza di giusta causa, in

casi che presentavano profili di condotta simili a quelli esaminati (Cass. 17.1.2005, n. 775, in *LG*, 2005, n. 10, p. 949; Cass. 23.3.2012, n. 4707).

Posto che la causa di ogni provvedimento disciplinare del datore di lavoro si basa su una reazione, come forma di risposta a un comportamento ritenuto non conforme, il discrimine, che segna la differenza fra le due fattispecie, risiede nella natura (lecita o illecita) del motivo sotteso alla reazione.

Deve evidenziarsi, in proposito, che il potere disciplinare del datore di lavoro è pur sempre manifestazione di una reazione diretta a sanzionare un'azione (Cfr. Papaleoni 1996). Ne deriva, pertanto, che occorre accertare e verificare se i motivi della reazione, assunti sulla base di un'azione del lavoratore, ritenuta non conforme alle norme disciplinari, siano riconducibili nell'area della natura ritorsiva, anche nelle ipotesi in cui si accerti la sproporzionalità o l'assenza della causa giustificatrice.

L'elemento fondante del licenziamento ritorsivo, dunque, non è la reazione in sé del datore di lavoro, come espressione legittima del potere disciplinare nei confronti di un dipendente, ma il motivo illecito posto a base del provvedimento espulsivo, che viene celato sotto forma di atto legittimo.

Ciò induce, innanzitutto, a evitare la tentazione di ricondurre nell'alveo della natura ritorsiva ogni recesso per il quale non sia stata provata una causa giustificatrice, poiché il motivo illecito non si estende *tout court* a tutte le ipotesi non rilevanti ai fini della configurazione di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso. In secondo luogo, si deve evitare che lo strumento della mancata giustificazione del recesso, con conseguenze attenuate rispetto al regime legislativo previgente, possa diventare uno strumento «meno costoso» per raggiungere finalità ritorsive e contrarie a norme imperative.

Riferimenti bibliografici

- Bellocchi P. (2014), *Il licenziamento discriminatorio, nullo e orale*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 1293 ss.
- Bolego G. (2011), *Il licenziamento discriminatorio tra motivo illecito e frode alla legge*, in A. Viscomi (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturali*, Napoli, 693 ss.
- Cannati G. (2012), *La ritorsione indiretta*, in q. *Riv.*, n. 2, II, 326 ss.
- Gragnoles E. (2010), *La nozione di licenziamento ritorsivo e le possibili motivazioni del recesso*, in q. *Riv.*, n. 1, II, 59 ss.
- Gramano E. (2014), *Sull'accertamento della ritorsività del licenziamento*, in *ADL*, n. 4-5, II, 966 ss.
- Papaleoni M. (1996), *Il procedimento disciplinare nei confronti del lavoratore*, Napoli.
- Pederzoli C. (2012), *Licenziamento pretestuoso e motivo illecito*, in *RIDL*, n. 2, II, 362 ss.
- Vallebona A. (2015), *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, 370 ss.

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

CASSAZIONE, 16.11.2015, n. 23698 – Pres. ed Est. Napoletano, P.M. Celeste (conf.) – Btcino Spa (avv.ti De Luca Tamajo, Toffoletto, Paternò) c. B.G. (avv.ti Bertussi Vassalini).
Cassa Corte d'Appello di Brescia, 27.10.2012.

Licenziamento individuale – Licenziamento per giustificato motivo oggettivo – Obbligo di *repechage* – Adibizione a mansioni inferiori rispetto a quelle di assunzione – Non necessità del patto di demansionamento – Richiesta coeva o anteriore al licenziamento.

Nel caso in cui il demansionamento rappresenti l'unica alternativa praticabile al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il datore di lavoro ha l'onere di rappresentare al lavoratore la possibilità di assegnazione a mansioni inferiori compatibili con il suo bagaglio professionale; non è necessario un patto di demansionamento o una richiesta in tal senso del lavoratore coeva al licenziamento. In tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il rispetto dei criteri di buona fede e correttezza non può spingersi fino a imporre al datore di lavoro una scelta organizzativa, ancorché transeunte, tale da incidere, sia pure in maniera modesta, sulle decisioni organizzative che appartengono sempre alla sua sfera di libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 della Costituzione. (1)

(1) SUI LIMITI DELL'OBBLIGO DI *REPECHAGE*

Con il provvedimento in questione, la Corte di Cassazione torna a pronunciarsi in materia di licenziamento oggettivo e, segnatamente, in ordine al cd. onere di *repechage* a carico del datore di lavoro.

È noto che in materia di licenziamento determinato da ragioni economiche, nel cui ambito rientra anche il riassetto organizzativo finalizzato a una più economica gestione dell'impresa, al giudice è preclusa ogni valutazione riguardante la congruità e l'opportunità della scelta imprenditoriale.

Difatti, atteso che tale scelta è espressione della libertà economica garantita dall'art. 41 Cost., il giudice sarà chiamato a verificare l'effettività e la non pretestuosità della suddetta scelta, non potendo sindacare nel merito le ragioni che hanno determinato la soppressione del posto del lavoratore licenziato.

Nell'ambito del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, al fine di valutare la legittimità del licenziamento, il giudice dovrà effettuare un ulteriore controllo in ordine all'adempimento da parte del datore di lavoro del cd. obbligo di *repechage*.

Tale obbligo, di derivazione giurisprudenziale, impone al datore di lavoro di fornire la prova dell'inevitabilità del licenziamento, ossia di non poter adibire il lavoratore a mansioni diverse, anche in altre sedi dell'azienda.

A questo proposito, la pronuncia in questione offre interessanti spunti di riflessione sia in ordine all'ambito di applicazione del cd. obbligo di *repechage* che alla sua possibile estensione a mansioni inferiori.

Nel caso di specie, la Corte d'Appello di Brescia, confermando la pronuncia di primo grado, dichiarava illegittimo il licenziamento per motivo oggettivo comunicato da una società a un proprio dipendente.

A fronte della soppressione del posto occupato dal dipendente, i giudici di merito ritenevano che la società non avesse offerto al lavoratore il reimpiego nelle mansioni inferiori di responsabile di ufficio acquisti. Dalle circostanze fattuali emergeva, infatti, che tale posizione si fosse resa vacante in un periodo appena precedente al licenziamento in questione.

La società datrice di lavoro ricorreva alla Corte di Cassazione articolando vari motivi.

In primo luogo, la ricorrente lamentava la violazione dell'art. 3 della legge n. 604/1966 e dell'art. 2103 c.c. in base all'assunto che l'obbligo di *repechage*, che gravava sulla società datrice di lavoro, non potesse estendersi a mansioni inferiori a quelle da ultimo svolte dal lavoratore.

Inoltre, a parere della società ricorrente, la Corte territoriale aveva errato nel ritenere onere dell'azienda prospettare al lavoratore mansioni inferiori. Sarebbe dovuto essere lo stesso lavoratore, infatti, a offrire la disponibilità allo svolgimento delle suddette mansioni.

Sul punto, la Corte di Cassazione non ritiene di condividere tali censure addotte dalla società ricorrente.

E infatti, nella pronuncia in commento, la Corte ribadisce il principio secondo il quale, nei casi di sopravvenute e legittime scelte imprenditoriali comportanti interventi di ristrutturazione aziendale, l'adibizione del lavoratore a mansioni diverse, e anche inferiori, a quelle precedentemente svolte senza modifica del livello retributivo, non si pone in contrasto con il dettato del codice civile se essa rappresenti l'unica alternativa praticabile in luogo del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Secondo la Corte, tale conclusione sarebbe coerente con la *ratio* sottesa a numerosi interventi normativi in materia, da ultimo lo stesso art. 55 del d.lgs. n. 81/2015 di attuazione del cd. *Jobs Act*.

Proprio la riformulazione dell'art. 2103 c.c., compiuta dal suddetto decreto, chiarisce al comma 2 che, nel caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incidano sulla posizione del lavoratore, lo stesso potrà essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore.

La Corte esclude inoltre che, in tema di *repechage*, vi sia necessità di un patto di demansionamento o di una richiesta specifica da parte del lavoratore in tal senso. Difatti, sempre ad avviso della Corte, se il demansionamento è l'unica alternativa praticabile in luogo del licenziamento per motivo oggettivo, sarà onere del datore di lavoro, secondo i principi di buona fede e correttezza ai sensi dell'art. 1175 c.c., prospettare al lavoratore l'assegnazione a mansioni inferiori compatibili con il suo bagaglio professionale.

È opportuno segnalare, tuttavia, che una tale impostazione si pone in contrasto con un precedente orientamento della stessa Corte di Cassazione secondo cui la prova del datore di lavoro non deve essere intesa in senso rigido dovendosi richiedere da parte del lavoratore una collaborazione per quanto riguarda l'accertamento di un possibile *repechage* (Sul punto, si vd. Cass. 8 novembre 2013, n. 25197, in *LG*, 2014, 181).

Secondo tale orientamento, difatti, il lavoratore dovrebbe prospettare una sua possibile adibizione a mansioni inferiori, allegando i diversi posti di lavoro disponibili in cui sarebbe potuto essere utilmente reimpiegato.

Diversamente, secondo il provvedimento in questione, sarebbe il datore di lavoro che intende procedere a un licenziamento per motivo oggettivo a dover indicare al lavoratore una sua possibile assegnazione a mansioni inferiori, non essendo necessaria una previa richiesta in tal senso da parte del lavoratore.

Riguardo un eventuale onere di allegazione da parte del lavoratore, la stessa Corte ha avuto di modo di chiarire recentemente (Cass. 22.3.2016, n. 5592) come non possa essere posto a carico del lavoratore, né direttamente né indirettamente, l'onere della prova in ordine all'impossibilità di *repechage*.

E infatti, l'art. 5 della l. n. 604/1966 è deciso nel porre a carico del datore di lavoro l'onere della prova in ordine alla sussistenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

In altri termini, l'impossibilità di ricollocare il lavoratore, anche a mansioni inferiori, graverebbe sul solo datore di lavoro a prescindere dal consenso espresso dal lavoratore.

Non sfugge che un tale orientamento determini una riespansione dell'obbligo di *repechage* imponendo al datore di lavoro di offrire al lavoratore mansioni non solamente diverse, ma anche inferiori.

E tuttavia non si può non ricordare che l'obbligo di *repechage* ha una origine giurisprudenziale e che pertanto le stesse soluzioni giudiziali potrebbero restringerne o ampliarne il campo di applicazione a seconda dei mutevoli elementi di contesto.

La stessa riformulazione dell'art. 2103 c.c. dovrebbe incidere, pertanto, anche sull'obbligo di ricollocazione da parte del datore di lavoro che dovrebbe estendersi a tutte le mansioni riconducibili al medesimo inquadramento, nonché alle mansioni inferiori, in presenza di un licenziamento determinato da mutamenti organizzativi dell'azienda (Sul punto, si vd. Liso 2015).

A questo proposito giova ribadire che l'obbligo di *repechage* discende dal principio secondo cui il licenziamento per giustificato motivo oggettivo debba rappresentare una *extrema ratio*.

In altre parole, nel bilanciare l'interesse del datore di lavoro a perseguire un'organizzazione aziendale più produttiva ed efficiente e quello del lavoratore al mantenimento del posto, la giurisprudenza richiede la prova dell'impossibilità di adibire il lavoratore anche a mansioni inferiori a quelle da ultime svolte, pur di garantire a quest'ultimo la stabilità del posto.

C'è da chiedersi se una tale impostazione sarà mantenuta dalla giurisprudenza anche in presenza del nuovo impianto normativo adottato dal legislatore, che, per i nuovi assunti, secondo quanto previsto dall'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23/2015, ha eliminato qualsiasi forma di tutela specifica, ossia di reintegro nel posto di lavoro in favore del lavoratore nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo illegittimo, con discutibile prevalenza delle ragioni dell'impresa rispetto alla stabilità dell'occupazione.

Sul punto sarà necessario attendere le pronunce della giurisprudenza per verificare le modalità di recepimento di così rilevanti novità sistematiche in materia di licenziamenti dovuti a ragioni economiche.

Appare opportuno rilevare come la possibilità di ricorrere a una dequalificazione

del lavoratore quale strumento di salvaguardia del posto di lavoro, al fine di scongiurare un eventuale licenziamento per motivo oggettivo, sia ora oggetto di una precisa disposizione legislativa.

In virtù della nuova formulazione dell'art. 2103 c.c., al comma 6 il legislatore recepisce una fattispecie conosciuta da tempo in ambito giurisprudenziale riguardante le ipotesi dei cd. patti di demansionamento. La norma prevede, infatti, esplicitamente la possibilità di stipulare accordi nell'interesse del lavoratore con l'obiettivo di garantire la conservazione del posto. Pertanto, in alternativa al licenziamento per motivo oggettivo, le parti potranno addivenire a una modifica delle mansioni nell'interesse del lavoratore. Giova precisare come, diversamente dagli altri casi di demansionamento previsti dai commi precedenti dell'art. 2103 c.c., in tale ipotesi non venga assicurato al lavoratore il diritto di conservare lo stesso inquadramento e trattamento retributivo (Gargiulo 2015; Brollo 2015).

La norma richiede, inoltre, che la stipula dei suddetti accordi debba avvenire nelle sedi protette di cui all'art. 2113 c.c. o avanti alle commissioni di certificazione.

Un ulteriore profilo di particolare interesse nella pronuncia in questione attiene alla mancata adibizione del lavoratore alle mansioni inferiori di responsabile all'ufficio acquisti, ancorché dette mansioni si fossero rese vacanti in epoca di poco precedente al licenziamento.

Sul punto, la società ricorrente lamentava che, qualificando illegittimo il recesso nonostante non vi fossero mansioni equivalenti o inferiori disponibili al momento della intimazione del licenziamento, la Corte d'Appello fosse entrata erroneamente nel merito delle scelte aziendali effettuate prima del licenziamento, con evidente violazione delle prerogative tutelate dall'art. 41 Cost.

La Corte ritiene fondato tale motivo del ricorso. Ad avviso della Corte, difatti, il rispetto dei principi di buona fede e correttezza non può spingersi fino a imporre al datore di lavoro una scelta organizzativa che, seppur transitoria, incida sulle modalità di svolgimento dell'attività del datore di lavoro.

Del resto, sempre secondo la Corte, l'adibizione a tali mansioni avrebbe finito per comprimere, sia pure in maniera modesta, la libertà di iniziativa economica del datore di lavoro con conseguente violazione dell'art. 41 Cost.

Riferimenti bibliografici

- Brollo M. (2015), *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, in *ADL*, n. 6, I, 1177 ss.
- Gargiulo U. (2015), *Lo jus variandi nel «nuovo» art. 2103 c.c.*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 268.
- Liso F. (2015), *Brevi osservazioni sulla disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 257.

Francesco Saverio Giordano
*Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro
presso la «Sapienza» Università di Roma*

I

CASSAZIONE, 29.10.2015, n. 22150 – Pres. Stile, Est. Manna, P.M. Celentano (conf.) – Poste italiane Spa (avv. Trifirò) c. C.C. (avv.ti Mottalini, Polizzi).
Conf. Corte d'Appello di Brescia, 23.6.2009.

Procedimento disciplinare – Sanzioni – Accertamento legittimità – Sussistenza illecito – Inosservanza principio di proporzionalità – Titolarità potere disciplinare – Annullamento sanzione – Richiesta rideterminazione – Inammissibilità.

Il giudice di merito, a seguito di una richiesta da parte del datore di lavoro di accertamento della legittimità di un provvedimento disciplinare, deve limitarsi a verificare il rispetto del principio di proporzionalità ex art. 2106 c.c. al fine di convalidare o annullare la sanzione comminata, senza poter intervenire sull'entità della sanzione stessa seppure sollecitato in tal senso dal titolare del potere disciplinare. (1)

II

CORTE D'APPELLO TORINO, 26.11.2015 – Pres. Mancuso, Est. Baisi – Lidl Italia Srl (avv.ti Dell'Omarino, Gariglio) c. D.C.L. (avv. Manavella).
Conf. Tribunale di Pinerolo, 20.6.2014.

Procedimento disciplinare – Sanzioni – Eccezione di legittimità – Accertamento infrazione – Eccessiva gravità sanzione – Tipizzazione fattispecie nella contrattazione collettiva – Riconducibilità – Annullamento sanzione – Richiesta datoriale di riduzione tardiva e generica – Inammissibilità.

In caso di impugnazione di un provvedimento disciplinare, ferma restando l'impossibilità del giudice di sostituirsi all'imprenditore nell'applicare una sanzione meno grave e proporzionata all'infrazione accertata, risulta inammissibile un'eventuale domanda di riduzione dell'entità della sanzione formulata dal datore convenuto in termini ambigui e generici o, tardivamente, in sede di gravame. (2)

(1-2) I LIMITI DEL POTERE GIUDIZIALE IN MATERIA
DI CONVERSIONE DELLE SANZIONI DISCIPLINARI

SOMMARIO: 1. I casi in esame. — 2. La verifica del principio di proporzionalità *ex art.* 2106 c.c. e la conseguente pronuncia di annullamento. — 3. La richiesta di ride-terminazione della sanzione. — 4. Il potere di conversione dei provvedimenti disciplinari in sede giudiziale e stragiudiziale. — 5. Note conclusive.

1. — *I casi in esame* — Le sentenze in epigrafe, che traggono origine da due controversie sostanzialmente analoghe in materia di provvedimenti disciplinari, offrono lo spunto per approfondire i limiti del potere giudiziale in ordine alla conversione di una sanzione disciplinare conservativa in presenza di una richiesta esplicita da parte del datore di lavoro (1).

I fatti all'origine della prima pronuncia sono i seguenti. La Corte d'Appello di Brescia conferma la sentenza di rigetto del giudice di *prime cure* in merito al ricorso proposto dalla società Poste italiane sull'accertamento della legittimità di una sanzione disciplinare – pari a quattro giorni di sospensione – comminata a un proprio dipendente in ragione di un arbitrario allontanamento dal posto di lavoro.

Il giudice di secondo grado, pur riconoscendo la sussistenza della mancanza contestata, non la ritiene talmente grave da giustificare il provvedimento afflittivo irrogato, e al contempo esclude di poterlo sostituire con un altro meno severo stante l'esclusiva discrezionalità dell'imprenditore nella graduazione della sanzione.

La società propone ricorso per Cassazione lamentando in particolare la violazione e falsa applicazione degli artt. 41 Cost., 2086 c.c., e 7, l. n. 300/70, per non aver la Corte d'Appello ritenuto di poter ridurre l'entità della sanzione ritenuta eccessiva, nonostante l'espressa richiesta datoriale di conversione formulata, in via subordinata, sin dall'atto introduttivo del giudizio.

La Corte di Cassazione, nel respingere ancora una volta le istanze del datore di lavoro, ribadisce con interessanti precisazioni un importante principio della recente giurisprudenza di legittimità: il potere di infliggere sanzioni disciplinari proporzionate alla gravità dell'illecito accertato è una prerogativa del datore di lavoro «e non può essere esercitato dal giudice neppure quanto alla gravità della sanzione financo in presenza di una istanza datoriale in tal senso» (2).

Tale principio di diritto viene ripreso dalla Corte territoriale di Torino nella diversa pronuncia in commento avente a oggetto l'impugnazione da parte della società Lidl Italia della sentenza del Tribunale di Pinerolo.

Il giudice di primo grado, anche in questo caso, ritenendo eccessivo il provvedimento pari a dieci giorni di sospensione dal lavoro e dalla retribuzione comminato al dipendente, lo annulla senza accogliere le generiche «domande di riduzione» avanzate in subordine da parte convenuta.

La Corte d'Appello, conformemente alla Suprema Corte nella prima pronuncia, pur riconoscendo la sussistenza dell'illecito sotto il profilo disciplinare – consistente in

(1) In dottrina, diffusamente sull'argomento, vd.: Mainardi 2012; Di Paola 2010; Imberti 2001; D'Avossa 1989.

(2) Così, testualmente, Cass. 29.10.2015, n. 22150, in epigrafe.

una inutile movimentazione di merce da parte del dipendente – e prestata adesione all'orientamento giurisprudenziale richiamato dalla Corte di Cassazione, respinge le censure della società appellante. Quest'ultima contesta *in primis* la valutazione effettuata dal giudice di primo grado sulla eccessiva onerosità della sanzione irrogata oltre a lamentare la mancata rideterminazione della stessa.

Il giudice di secondo grado precisa, *ad abundantiam*, la necessità di una proposizione tempestiva della richiesta datoriale di riduzione della sanzione, da formulare, a ogni modo, in termini chiari e precisi sin dal primo atto difensivo.

Nel caso che ci interessa, il datore rende noto il chiaro contenuto dell'istanza di *de-minutio* solo nell'atto di appello, e, per tale motivo, la Corte territoriale – che reputa comunque di non poter aderire a un diverso e risalente orientamento giurisprudenziale possibilista sul potere commutativo del giudice – disattende *a fortiori* la richiesta di riduzione della sanzione, resa in maniera generica nel primo scritto difensivo e proposta tardivamente in fase di gravame.

2. — *La verifica del principio di proporzionalità ex art. 2106 c.c. e la conseguente pronuncia di annullamento* — La *ratio* adottata dalla Suprema Corte per la definizione della prima controversia trova conforto nella massima secondo cui il potere disciplinare di graduare la sanzione comminata in relazione alla gravità del fatto è riservato in via esclusiva all'imprenditore (3). Il giudice, invece, «deve limitarsi a verificare – oltre all'esistenza in punto di fatto dell'addebito – il rispetto delle disposizioni legislative e contrattuali in materia e, in particolare, del principio inderogabile di cui all'art. 2106 cod. civ.» (4).

Secondo consolidata giurisprudenza, la verifica giudiziale in ordine al canone di proporzionalità va effettuata tenendo conto del comportamento del lavoratore, in concreto, cioè nella sua portata oggettiva e soggettiva (5).

È noto che l'esigenza precipua di arginare il potere del datore di infliggere sanzioni *ex art. 2106 c.c.*, contenuto nel più ampio potere di direzione dell'impresa attribuitogli dall'art. 2086 c.c., ha indotto il legislatore del 1970 a convogliare l'ampia discrezionalità datoriale nelle rigide statuizioni dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori (6) senza trascurare il ruolo fondamentale assegnato alla contrattazione collettiva (7).

A posteriori, il corretto esercizio di tale penetrante potere è sottoposto al vaglio dell'autorità giudiziaria (8) ovvero a quello del Collegio arbitrale, sempreché il lavorato-

(3) Cfr., in tal senso, Cass. 16.8.2004, n. 15932, richiamata in sentenza, e in *MGL*, 2004, n. 10, 699.

(4) Ancora, Cass. 29.10.2015, n. 22150, cit.; in dottrina, tra gli altri, vd.: Mainardi 2003; Russo 2001; Montuschi 1973; Assanti 1971.

(5) Vd. Cass. 23.1.2002, n. 736, in *NGL*, 2002, n. 3, 347, che pone l'accento sull'elemento soggettivo.

(6) Sull'autonomia della valutazione giudiziale pur in presenza di una specificazione e graduazione delle mancanze per via negoziale, cfr., *ex multis*: Cass. 9.2.1990, n. 930, in *DPL*, 1990, n. 25, 1624; Cass. 23.1.1986, n. 433, in *RFI*, 1986, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 2136, 1872; *contra*, Cass. 15.12.1989, n. 5645, in *MGL*, 1990, 179.

(7) Assanti 1963.

(8) Cfr., sul tema, Cass. 27.9.2007, n. 20221, in *MGC*, 2007, n. 9, secondo cui in tema di sanzioni disciplinari il principio di proporzionalità della sanzione deve essere rispettato sia in sede di irrogazione da parte del datore, sia in sede di controllo giudiziale.

re (ma anche il datore che voglia evitare l'alea di una successiva controversia) eccipisca l'illegittimità del provvedimento poiché viziato nella forma o nella sostanza (9).

L'accertamento giudiziale, tuttavia, non potrà spingersi sino a sindacare i criteri di scelta adottati dal datore «salvo che essi appaiano incomprensibili, immotivati, manifestamente irragionevoli o contrastino con norme di diritto o contrattuali» (10), ma dovrà, senza sostituirsi alla valutazione operata dall'imprenditore, «sindacarne l'eccesso di potere» (11).

Resta in parte controversa in giurisprudenza la questione attinente ai limiti posti al giudice dall'autonomia negoziale nella determinazione delle sanzioni (12). In altre parole, ci si chiede se il magistrato possa sindacare autonomamente l'adeguatezza e la proporzionalità della sanzione rispetto all'infrazione, disattendendo, ove presente, la valutazione già effettuata delle parti sociali nella contrattazione collettiva (13).

L'orientamento giurisprudenziale (14) e dottrinario (15) – a dire il vero ormai minoritario – secondo cui il giudice non può invadere un campo riservato all'autonomia collettiva, si scontra con l'interpretazione di segno opposto sostenitrice del potere-dovere del giudice di accertare in concreto la gravità delle infrazioni e il relativo rapporto di proporzionalità con la sanzione comminata, pur in presenza di clausole specifiche della contrattazione collettiva (16).

Al riguardo, alcuni Autori (17) ritengono che il principio di non vincolatività delle previsioni contrattuali favorirebbe maggiormente il lavoratore poiché se una condotta viene punita dal contratto collettivo con la massima sanzione espulsiva non è escluso che il giudice, nell'effettuare il giudizio di proporzionalità, applichi una sanzione conservativa (18) mentre, laddove il contratto collettivo preveda una sanzione

(9) Amoroso 2014.

(10) Figurati 2004, 700.

(11) Vd. ancora Cass. 16.8.2004, n. 15932, cit.; sul potere giudiziale di conversione dei provvedimenti disciplinari, di recente, nel merito vd. T. Milano, 13.7.2015, in *MGL*, 2015, n. 12, 865 ss.; concordano su questa posizione dottrinale Gaeta (2015); Nogler (1996).

(12) Cfr. comma 4, art. 18 St. lav., come novellato dalla legge n. 92/2012, a norma del quale il licenziamento disciplinare che si fondi su un fatto insussistente, o sia punibile con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari, viene annullato dal giudice che condanna il datore alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro oltre al pagamento di una indennità risarcitoria, a differenza di quanto stabilito nell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23/2015, attuativo del cd. *Jobs Act*, secondo cui il licenziamento ritenuto dal giudice sproporzionato dà luogo a un mero indennizzo determinato in relazione all'anzianità di servizio, essendo scomparso ogni riferimento alle tipizzazioni della contrattazione collettiva. Sul tema, in dottrina, vd.: Ichino 2015; Chiaromonte 2015; Boscati 2015; Ghera 2014.

(13) Poso 1989.

(14) Cass. 8.4.1991, n. 3681, in *MGL*, 1991, 406; nel merito, T. Milano 5.10.1988, in *RFI*, 1989, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1855, 1770, che ritiene sindacabili da parte del giudice di merito le clausole del codice disciplinare che tipizzano comportamenti sanzionabili con il licenziamento solo sotto il profilo della manifesta irrazionalità o illogicità ovvero della palese violazione della dignità del lavoratore.

(15) Per tutti, vedi Spagnuolo Vigorita, Ferraro 1975.

(16) Cass. 7.11.1997, n. 10959, in *OGI*, 1998, n. 10; Cass. 17.2.1988, n. 1697, inedita a quanto consta; nel merito, Pret. Monza 7.2.1989, in *RIDL*, 1989, n. 2, II, 805.

(17) Poso 1989.

(18) In questo senso, Cass. 23.6.1987, n. 5513, in *NGL*, 1988, n. 1, 67; nel merito, Pret. Cassino, 23.6.1986, in *GC*, 1986, n. 2, I, 2959, con nota di Poso 1986.

conservativa, è esclusa la valutazione *in peius* da parte del magistrato (19). In realtà la prima parte del postulato non coincide con la maggioranza delle più recenti decisioni di legittimità, che, in presenza di una sanzione espulsiva, non ammettono la facoltà del giudice di commutarla in un provvedimento conservativo (20).

Sul tema, la sentenza in commento della Corte d'Appello di Torino reputa corretta la valutazione operata dal Tribunale circa la sussumibilità della condotta contestata nella fattispecie di «negligente esecuzione della prestazione» esemplificata *ex art.* 225 del Ccnl Terziario distribuzione servizi e punibile nella misura massima con la multa pari a quattro ore di retribuzione.

Il giudice del gravame, invero, nel verificare il giudizio di proporzionalità *ex art.* 2106 c.c. non riconosce la soglia di gravità individuata dal datore di lavoro né dal punto di vista della natura della mancanza né da quello dell'intensità dell'elemento volitivo, e sottolinea, anzi, l'assenza di una specifica contestazione sul rilievo effettuato dal giudice di *prime cure*.

Nel caso *de quo*, dunque, ambedue i giudici di merito hanno utilizzato la tipizzazione compiuta dalla contrattazione collettiva quale parametro di riferimento per la propria valutazione e respinto la doglianza della società, certa di poter sanzionare la condotta con la più grave sanzione del licenziamento disciplinare (21).

Si evidenzia pertanto, in entrambi i casi, che pur in presenza di un positivo accertamento degli addebiti disciplinari è il carattere sproporzionato delle sanzioni irrogate a condurre la Suprema Corte in un caso, e il giudice d'appello nell'altro, verso una dichiarazione di illegittimità e conseguente pronuncia di annullamento del provvedimento afflittivo.

Gli organi giudicanti aditi, nel dar seguito all'orientamento giurisprudenziale più recente che sancisce l'impossibilità per il giudice – verificata la violazione del principio inderogabile di proporzionalità *ex art.* 2106 c.c. – di sostituirsi al datore applicando una più tenue sanzione (22), fanno salva la sola ipotesi in cui la riduzione disposta dal giudice consista nel ricondurre la sanzione entro il limite edittale qualora l'imprenditore, nell'esercizio del suo potere, abbia superato tale soglia (23).

Seguendo una siffatta argomentazione, per costante giurisprudenza, non è precluso all'imprenditore, a seguito della sentenza di annullamento, applicare per la medesima infrazione una nuova sanzione disciplinare di minore gravità (24).

(19) Così Cass. 4.2.1988, n. 1177, in *MGC*, 1988, n. 2.

(20) Sul tema, vd. *infra*, par. 5; in giurisprudenza, per tutte, Cass. 25.5.1995, n. 5753, in *GI*, 1997, n. 1, I, 278.

(21) Rossi 2015.

(22) Montuschi 1973.

Cfr. Cass. 13.12.1991, n. 13455, in q. *Riv.*, 1992, n. 2, II, 469; nel merito, Pret. Firenze 22.11.1984, *ivi*, 1985, n. 2, II, 196; *contra*, Pret. Roma 19.4.1989, in *DL*, n. 90, II, 340, secondo cui quando la contrattazione collettiva preveda un minimo e un massimo della sanzione, il giudice potrà modificarla, purché non fuoriesca dai limiti stabiliti.

(23) Così ambedue le Corti nelle sentenze in commento; di recente, nello stesso senso, vd. T. Roma 20.5.2014, in *www.dejure.giuffrè.it*; in dottrina, ammettono la possibilità per il giudice di convertire il provvedimento disciplinare in una sanzione minore, sebbene con diverse sfumature: Mazziotti (1993), Fontana (1989), Zangari (1971).

(24) Cass. 25.5.1995, n. 5753, *cit.*, in tema di licenziamento disciplinare, secondo cui l'annullamento giudiziale «deve lasciare integro il potere del datore di infliggere, per il medesimo

Né, qualora ciò avvenga, può considerarsi leso il principio dell'immediatezza della contestazione afferente all'accertamento dei fatti e alla contestazione dell'addebito (oltretché, al conseguente diritto di difesa del lavoratore), sempreché il datore di lavoro proceda a ridosso della conoscenza della invalidazione della sanzione (25).

Attenta dottrina esprime talune perplessità sulla necessità, per il datore, di attendere in tali ipotesi il passaggio in giudicato della sentenza stessa (26). Il problema di individuare un *dies a quo* certo dal quale possa considerarsi comunque irrogata tempestivamente una sanzione sostitutiva, senza rischiare di incorrere in termini decadenziali, costituisce ancora per il datore di lavoro un *vulnus* non del tutto risolto.

Per tale via si rileva inoltre il pericolo di un potenziale quanto inevitabile proliferare del contenzioso giudiziale (27) perché, se è vero che il datore-imprenditore potrà erogare una nuova sanzione di più lieve entità magari su indicazione del medesimo organo giudicante (28), è anche vero che il lavoratore, nella maggior parte dei casi, inisterà su tale nuova sanzione un ulteriore procedimento giudiziale (o arbitrale), con buona pace del principio di economia processuale (29).

3. — *La richiesta di rideterminazione della sanzione* — Una peculiarità che contraddistingue le pronunce in commento attiene alla istanza datoriale di rideterminazione della sanzione se ritenuta eccessiva dal giudice.

In realtà, nella prima controversia, in sede di accertamento della legittimità della sanzione, il datore formula una siffatta richiesta, comunque disattesa, sin dall'atto introduttivo del giudizio, mentre, nella seconda controversia, il convenuto datore di lavoro rende esplicitamente nota la propria volontà commutativa solo nella memoria d'appello. Pertanto, in base a un duplice ordine di ragioni, il giudice del gravame sostiene con maggior vigore la tesi dell'impossibilità di soddisfare le pretese dell'appellante in ordine alla conversione dell'addebito: innanzitutto la richiesta di «riduzione delle domande» invocata in primo grado dalla società convenuta è ambigua e generica, ben potendo riferirsi – stante la duplicità dell'oggetto del *petitum* attoreo – sia alla richiesta di annullamento della sanzione che alla restituzione delle somme trattenute.

In secondo luogo, la chiara istanza di riduzione della sanzione giunge solo in grado di appello, circostanza che *ex se* la rende tardiva e inammissibile, impedendo di conseguenza al giudice uno sterile quanto delicato approfondimento esegetico sul suo potenziale potere di conversione.

Come ben sintetizzato dalla Corte territoriale nella pronuncia di merito, sono due gli indirizzi prevalenti della giurisprudenza sull'argomento.

Il primo orientamento, ferma restando la riconducibilità esclusiva all'imprenditore del potere di infliggere e graduare sanzioni nell'ambito del suo più generale potere

fatto illecito, altra sanzione ritenuta più conveniente [...] senza che il suo ritardato esercizio leda il principio dell'immediatezza della contestazione...». Sull'argomento, cfr.: Papaleoni 1992; Dondi 1990; Bruni 1985.

(25) Di Paola 2012, 333.

(26) *Ibidem*.

(27) Papaleoni 1992.

(28) Niccolai 1995.

(29) Sul tema del principio di economia dell'attività giudiziaria in materia di conversione delle sanzioni disciplinari, vd.: Lucarelli 2007; Ghirardi 2007.

organizzativo d'impresa *ex art.* 41 Cost., fa salva l'ipotesi in cui sia lo stesso datore, convenuto in giudizio per l'annullamento della sanzione, a richiedere nel suo atto di costituzione un'eventuale riduzione del provvedimento irrogato (perché ritenuto sproporzionato) (30).

In verità questo indirizzo si afferma dopo l'eclissarsi di una linea giurisprudenziale – per lo più di merito (31) – e un filone dottrinario favorevole alla conversione per via giudiziale secondo cui «il giudice non è solo legittimato a conoscere il se del provvedimento disciplinare, ma altresì può esercitare il suo controllo giurisdizionale anche rispetto al *quantum*» (32).

Le argomentazioni tese a sostenere il summenzionato potere commutativo prendono in prestito principi della disciplina contrattualistica: si considera applicabile la conversione del contratto nullo contemplato dall'art. 1424 c.c. estendibile ai negozi unilaterali in virtù dell'art. 1324 c.c. (33).

Ragionando nell'ambito delle categorie negoziali, si giunge ad affermare che il provvedimento inflitto con eccesso di potere, poiché sproporzionato rispetto alla sanzione, dà origine a un vizio nella causa del provvedimento stesso, *rectius*, a «un difetto totale o parziale di causa che produce la nullità totale (o parziale) del negozio» (34) e autorizza il giudice a convertire un negozio nullo «in un contratto [provvedimento] diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e forma» (35).

Tuttavia, come sottolineato (36), l'art. 1424 c.c. si riferisce a un contratto avente natura negoziale, differente dall'addebito avente natura disciplinare. Inoltre non è dato sapere se nell'irrogazione della sanzione il datore «avrebbe optato per un contratto [provvedimento] diverso» «se [ne] avesse conosciuto la nullità» (37), come si dovrebbe dedurre dalla trasposizione in ambito disciplinare della citata norma codicistica (38).

Altri Autori (39) considerano invece errato il presupposto: la sanzione sproporzionata non può essere considerata una sanzione nulla o annullabile, stante la tassatività delle ipotesi di invalidità previste dal legislatore.

(30) Pera 1972.

(31) Vd. Pret. Milano 15.7.1991, in *OGI*, 1991, n. 3, 691; Pret. Roma 3.8.1984, in *q. Riv.*, 1985, n. 2, II, 350.

(32) Miraglia 1966, 278.

(33) Vd. Pret. Roma 3.8.1984, cit., secondo cui la sanzione irrogata dal datore è invalida ma può essere convertita dal giudice in altra, meno severa, di cui abbia i requisiti di sostanza e di forma ai sensi dell'art. 1424 c.c.

(34) Bruni 1985, 367.

(35) Sul tema, si veda, *amplius*, Bruni 1985; vd. altresì Ichino (2003), che reputa nullo il provvedimento viziato nella forma e annullabile quello che difetta di giustificazione sostanziale, anche se prende atto dell'orientamento giurisprudenziale che considera nullo il provvedimento sproporzionato definendo perciò imprescrittibile la relativa azione giudiziaria.

(36) Amato 2007.

(37) *Ivi*.

(38) In senso opposto, Pret. Bologna 4.7.1998, in *DPL*, 1988, n. 41, 2819, secondo cui «sussiste la certezza che il datore avrebbe irrogato la sanzione meno grave ove avesse conosciuto il vizio del provvedimento intimato»; nello stesso senso Pret. Milano 3.7.1984, in *RFI*, 1985, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1031, 1677.

(39) Parrino 2012.

Si è anche cercato di trovare un fondamento sostanziale al potere di conversione giudiziale, proponendo l'applicazione analogica del potere di *reductio ad aequitatem* di cui all'art. 1384 c.c., secondo cui il giudice può ridurre la clausola penale manifestamente eccessiva (40).

La fragilità di una tale ricostruzione dogmatica viene posta in evidenza da chi sottolinea la diversa finalità dei due istituti: la clausola penale ha una evidente funzione risarcitoria, o, più esattamente, di predeterminazione del *quantum* del danno conseguente all'inadempimento, mentre la sanzione, ove non sia riuscita nel proprio effetto dissuasivo (41), appare voler ripristinare, *a posteriori*, un equilibrio violato (42).

È stato osservato che la clausola penale impedisce la richiesta di ulteriori risarcimenti, essendo già predeterminata l'entità del danno, mentre la sanzione non persegue finalità risarcitorie anche se ciò non esclude l'eventualità di una richiesta in tal senso (43).

Altri Autori ricordano (44) che la violazione del canone della proporzionalità determina la nullità (o al limite l'annullabilità) (45) e non la sola eccessività della sanzione illegittima.

Improprio anche il riferimento all'art. 1349 c.c. sul terzo arbitratore (46), cui ostano ragioni sostanziali (la necessaria volontà delle parti di rimettersi alla determinazione del giudice arbitratore) e processuali (il vizio di extrapetizione, rinvenibile dal momento in cui si impone al datore un arbitraggio non richiesto) (47).

Il secondo opposto orientamento in materia, condiviso dalla prevalente giurisprudenza di legittimità (48) e fatto proprio dalla Corte di Cassazione nella sentenza in commento, è avverso invece in ogni caso alla riducibilità per via giudiziale della sanzione viziata, in ragione dell'affidamento esclusivo al datore del potere di scegliere e graduare le sanzioni (49) e della conseguente impossibilità per il giudice di sostituirsi al datore nell'applicazione e produzione delle sanzioni (50).

Non tragga in inganno il richiamo effettuato dalla stessa Corte alla nota pronuncia secondo cui, sul presupposto di una richiesta datoriale e nell'ottica di un principio

(40) In questo senso Assanti 1963; D'Avossa 1989; *contra*, Montuschi 1973, che sottolinea come la tesi sopra esposta finisca per limitare il potere giudiziale di conversione al solo caso di modifica quantitativa della stessa; in giurisprudenza, vd. Cass. 13.4.2007, n. 8910, in q. Riv., 2007, n. 4, II, 625, che esclude l'applicabilità, nelle ipotesi di riduzione delle sanzioni disciplinari, sia della riduzione d'ufficio della penale *ex* art. 1384 c.c., che della conversione del contratto nullo *ex* art. 1424 c.c.

(41) Papaleoni 1992.

(42) Amato 2007.

(43) Montuschi 1973.

(44) *Ivi*.

(45) Ichino 2003.

(46) Corrado 1971.

(47) Mormile 1990.

(48) Cass. 16.8.2004, n. 15932, cit., richiamata da entrambe le sentenze in commento.

(49) Cfr. Cass. 25.5.1995, n. 5753, in *RIDL*, 1996, n. 1, II, 153, secondo cui è illegittima la conversione, operata d'ufficio dai giudici di merito, del licenziamento in altra sanzione disciplinare conservativa, a ciò ostando la potestà esclusiva del datore di lavoro d'infliggere sanzioni disciplinari, nonché «il divieto di *ultra* ed *extra* petizione sancito dall'art. 112 c.p.c.».

(50) Cass. 13.12.1991, n. 13455, cit.

di economia dell'attività giudiziaria *ex art. 111 Cost.*, «l'applicazione, all'esito del giudizio, di una sanzione minore non implicherebbe alcuna sottrazione dell'autonomia all'imprenditore», ma anzi realizzerebbe «l'economia di un nuovo ed eventuale giudizio valutativo, avente a oggetto la sanzione medesima» (51).

Invero il riferimento al «non coincidente precedente di Cassazione n. 8910/07» (52) viene effettuato in funzione critica al fine di evidenziare l'inammissibile funzione di supplenza che il giudice adito, in maniera impropria, avocherebbe a sé (53). Affermare che l'esercizio del potere disciplinare dia luogo al compimento di un atto giuridico, e che dunque la potestà disciplinare del datore sia sottoposta inevitabilmente alla cognizione dell'organo giurisdizionale, non equivale a dichiarare la fungibilità della valutazione imprenditoriale con quella giudiziale.

Secondo la pronuncia in esame, una siffatta operazione potrebbe creare un pericoloso effetto sostitutivo anche in altri ambiti, come in quello dei licenziamenti collettivi e della conseguente scelta dei dipendenti da collocare in mobilità.

Il rischio paventato – conclude la Suprema Corte – è quello di snaturare, da un lato, la posizione istituzionale del giudice trasformandolo da custode della legge in «garante del proficuo governo dell'impresa» e, dall'altro, quella sociale dell'imprenditore che risulterebbe invece «sollevato dalle proprie responsabilità» in ordine alle scelte economico-organizzative (54).

In conclusione, dalla pronuncia di legittimità, cui aderisce *in toto* la Corte territoriale, emergono con chiarezza i limiti del potere di sindacato del giudice: egli, una volta accertata la sussistenza dell'illecito disciplinare, può solo effettuare un mero riesame della congruità della sanzione inflitta – che, beninteso, dovrà essere stata individuata dal datore nella misura perfettamente proporzionale (55) – e pervenire a una pronuncia di annullamento o di convalida.

4. — *Il potere di conversione dei provvedimenti disciplinari in sede giudiziale e stragiudiziale* — A una prima lettura, l'argomentazione svolta analiticamente dalle due Corti, che esclude il potere di conversione dell'autorità giudiziaria, sembrerebbe in antinomia con l'esegesi giurisprudenziale che ammette pacificamente la conversione del licenziamento per giusta causa in licenziamento per giustificato motivo soggettivo, salva l'immutabilità della contestazione (56).

Il presupposto di tale lineare conversione (57), che si verifica quando la mancanza imputata al lavoratore sia sufficientemente grave da giustificare il licenziamento ma

(51) Così Cass. 1.8.2014, n. 17548, richiamata dalla pronuncia in epigrafe della Corte d'Appello di Torino del 26.11.2015; nello stesso senso, Cass. 13.4.2007, n. 8910, cit.; Lucarelli 2007.

(52) Così, Cass. 29.10.2015, n. 22150, in commento.

(53) Cfr. Cass. 25.5.1995, n. 5753, cit.

(54) Ancora testualmente, Cass. 29.10.2015, n. 22150, in commento.

(55) Papaleoni 1992, 3111.

(56) In questo senso, vd. Cass. 20.6.2002, n. 9006, in *NGL*, 2002, n. 6, 808; nello stesso senso, Cass. 6.6.2000, n. 7617, in *RIDL*, 2011, n. 1, II, 79, secondo cui tuttavia, costituisce domanda nuova, e come tale è inammissibile se proposta per la prima volta in grado d'appello, la richiesta al giudice di considerare una serie di episodi come elementi costitutivi di un illecito disciplinare contemplato da una norma del contratto collettivo applicabile.

(57) Corti 2001. In giurisprudenza, *ex multis*, vd. Cass. 2.4.1996, n. 3048, in *FI*, 1997, n.

non sino al punto da precludere la prosecuzione temporanea del rapporto, va ricercato nella natura stessa delle nozioni di giusta causa e di giustificato motivo, che costituiscono qualificazioni giuridiche di comportamenti egualmente idonei a legittimare la cessazione del rapporto: l'una con effetto immediato, l'altra con preavviso (58).

La Suprema Corte, che in un primo tempo riteneva ammissibile tale riqualificazione solo su istanza di parte, ha mutato successivamente il proprio orientamento in favore del riconoscimento di una conversione *ex officio* da parte del giudice il quale avesse riscontrato nel fatto contestato al lavoratore la minore gravità propria del giustificato motivo soggettivo. La *ratio* di tale *revirement* della Cassazione risiede nella constatazione che la modificazione del titolo di recesso in virtù di una diversa qualificazione da parte del giudice della situazione di fatto posta a fondamento del provvedimento espulsivo non necessita di un'indagine sulla specifica volontà del datore (59). La riqualificazione compiuta dal giudice non comporta alcuna mutazione dei fatti contestati poiché «non vi è alcuna differenza ontologica tra le due fattispecie di licenziamento» (60).

In dottrina, superata la risalente distinzione tra conversione sostanziale e conversione giudiziale (61), vi è univocità sull'ammissibilità della conversione *ex officio* (62), anche se si registrano ancora alcune riserve sull'argomento (63).

Nello specifico tema oggetto di analisi, appare più proficuo semmai analizzare la relazione possibile tra sanzioni eterogenee (multa, sospensione, licenziamento disciplinare), nell'ambito delle quali è corretto parlare di «derubricazione» (anche se «la conversione del licenziamento per giusta causa in licenziamento per giustificato motivo non può essere trapiantata in tale ambito *sic et simpliciter*») (64), e sanzioni sostanzialmente omogenee, per le quali vale il concetto di «riduzione» (o «attenuazione»).

Va da sé che, mentre nell'ultima ipotesi i poteri commutativi dell'autorità giudiziaria potrebbero essere fatti rientrare nel diritto-dovere di verifica della proporzionalità, nel caso di conversione di una sanzione espulsiva in una sanzione conservativa verrebbe invasa l'area di discrezionalità riservata all'imprenditore in materia di graduazione delle sanzioni (65).

Allo stesso modo, laddove un determinato comportamento del lavoratore subordinato sia contemplato dal contratto collettivo come integrante una specifica infrazio-

1, I, 782, secondo cui il giudice, anche d'ufficio, può ritenere giustificato motivo soggettivo legittimante il recesso il fatto che abbia dato luogo a licenziamento per giusta causa, con il limite dell'immutabilità della contestazione.

(58) Così, sul tema, Cass. 17.1.2008, n. 837, in *NGL*, 2008, n. 5, 624; Cass. 27.2.2004, n. 4050, in *RCDL*, 2004, n. 3, II, 628; Cass. 27.2.1998, n. 2204, in *RIDL*, 1998, n. 4, II; Cass. 2.3.1995, n. 2414, in *GC*, 1995, n. 2, I, 3033; in dottrina, *inter alios*, vd. Carinci 2015; Persiani 2014; Tremolada 1993.

(59) Cfr. Cass. 20.9.1991, n. 9803, in *DPL*, 1991, n. 46, 3041; Cass. 24.8.1991, n. 9102, in *NGL*, 1991, n. 6, 836.

(60) Corti 2001, 85.

(61) Papaleoni 1992.

(62) Per tutte, vedi Cass. 14.6.2005, n. 12781, in *LG*, 2006, n. 2, 147.

(63) Sulla non convertibilità del licenziamento in ragione del carattere immodificabile della motivazione vd. Tullini, Lunardon 1998; Ballestrero 1975.

(64) Niccolai 1995, 607.

(65) In questo senso, ancora Cass. 16.8.2004, n. 15932, cit.; in senso analogo, Cass. 16.11.2000, n. 14841, in *NGL*, 2001, n. 2, 189.

ne disciplinare, a cui corrisponda una specifica sanzione di tipo conservativo, non può essere oggetto da parte del giudice di autonoma e più grave valutazione implicante l'adozione di una sanzione di carattere espulsivo (66).

Parte della dottrina considera quindi ammissibile il criterio della conversione giudiziale e ne auspica la generale operabilità esclusivamente all'interno di ciascun tipo di sanzione (espulsiva o conservativa) senza che sia in alcun caso possibile accomunare i diversi istituti (67).

Va precisato però che in sede di Collegio arbitrale *ex art. 7, legge n. 300/70* (68), è plausibile che il lodo finale giunga a derubricare la sanzione, attenuarla, annullarla o convalidarla (69).

Vero è che il Collegio, fermi i suoi poteri di annullamento o riduzione della sanzione, non potrà applicare una sanzione di tipo diverso da quella prevista dal contratto collettivo, salvo il caso di contrasto con principi inderogabili normativamente individuati, poiché «l'art. 7 non prevede tassativamente le sanzioni irrogabili, ma si limita a porre i limiti per la misura di talune di esse» (70).

Prima facie, il potere di cui dispone il Collegio appare di gran lunga più ampio di quello assegnato all'autorità giudiziaria in sede di impugnazione, ma l'apparente disparità di disposizione non deve indurre in errore (71).

In realtà la conversione della sanzione sempre attuabile in sede arbitrale è giustificata dalla natura transattiva della controversia, che implica la volontà delle parti di devolvere all'arbitro anche il potere di determinare equamente la giusta sanzione da applicare, stante la natura irrituale di tale fattispecie negoziale (72).

Naturalmente la conversione è esclusa nei casi estremi: quando la sanzione sia affetta da gravi vizi procedurali o sostanziali, come la mancata affissione del codice (73) o in caso di violazione dei termini, ovvero «quando sia la meno grave, e, dunque non possa essere ridotta» (74).

(66) Così Cass. 9.11.2000, n. 14555, in *FI*, 2001, n. 1, I, 90, secondo cui l'autonomia collettiva nella specificazione e graduazione delle mancanze disciplinari ha già compiuto la valutazione di quel comportamento come illecito disciplinare di grado inferiore e meritevole di una più lieve sanzione rispetto alla grave conseguenza sanzionatoria rappresentata dal licenziamento.

(67) Papaleoni 1996.

(68) Cfr., *ex multis*, Cass. 26.7.2002, n. 11106, in *MGC*, 2002, n. 2, I, 3331, sulla scelta iniziale del lavoratore di avvalersi del Collegio arbitrale; nello stesso senso, Cass. 21.12.1991, n. 13829, in *GC*, 1992, n. 2, I, 3083, secondo cui il ricorso all'arbitrato irrituale di cui all'art. 7, comma 6, della legge 20 maggio 1970, n. 300, in relazione alla irrogazione di una sanzione disciplinare al lavoratore, determina l'improponibilità dell'azione giudiziaria relativa alla verifica della legittimità della stessa sanzione; in dottrina si rinvia a Fragale 2014; Ghera 1994; Bellavista 1993.

(69) Sulle condizioni di impugnabilità del lodo irrituale, cfr. Cass. 1.12.2009, n. 25253, S.U., in *MGC*, 2009, n. 12, 1652, che ritiene ecceppibili soltanto i vizi idonei a inficiare la determinazione degli arbitri per alterata percezione o falsa rappresentazione dei fatti; in senso conforme, già Cass. 4.4.2002, n. 4841, in *MGC*, 2002, n. 1, 587.

(70) Così, Cass. 16.11.2000, n. 14841, cit.

(71) Fragale 2014.

(72) Di Paola 2010; D'Avossa 1989.

(73) Sul tema, di recente cfr. Cass. 26.3.2014, n. 7105, in *RIDL*, 2015, n. 1, II, 100, con nota di Pederzoli.

(74) Parrino 2012, 180.

5. — *Note conclusive* — In ultima analisi, si può affermare che i limiti della cognizione del giudice sul corretto uso del potere disciplinare da parte dell'imprenditore si estendano dalle condizioni oggettivo-soggettive del diritto potestativo *de quo* all'osservanza delle regole formali che lo presiedono, sino al rispetto del canone della proporzionalità tra infrazione e sanzione.

Nel momento in cui, vuoi per un principio di economia dell'attività processuale, vuoi per una richiesta di parte, l'organo giudicante determini egli stesso il *quantum* della sanzione applicabile, compie un'opzione non delegatagli dalle parti legittimate (a differenza di quanto si riscontra nel Collegio arbitrale) né configurabile come una diversa qualificazione giuridica dello stesso fatto (come nel caso di conversione del licenziamento per giusta causa in licenziamento per giustificato motivo soggettivo). Invece, in queste ipotesi il giudice pone in essere un'indebita surrogazione foriera di potenziali esiti pregiudizievoli per il lavoratore.

Ne rappresentano un'esemplificazione la mancata applicazione di tutte le garanzie procedurali di cui all'art. 7, legge n. 300/70, soprattutto in caso di conversione del licenziamento disciplinare in una sanzione conservativa, «venendo meno la fase arbitrale con tutti i possibili esiti, incluso quello transattivo» (75); l'addebito delle spese processuali al prestatore parzialmente soccombente nell'ipotesi di riduzione della sanzione a fronte di una più favorevole declaratoria di illegittimità «che lo avrebbe visto vittorioso» (76).

Appare dunque condivisibile la conclusione cui giungono la Corte di Cassazione e la Corte d'Appello, pur nella sua apparente rigidità formale, poiché separando le due posizioni del giudice e dell'imprenditore individuano il diverso ruolo attribuito, *de facto*, al ricorso giurisdizionale rispetto al ricorso arbitrale.

Il primo appare la scelta opzionata dalle parti confliggenti le quali intendano ottenere una pronuncia netta di annullamento o di convalida del provvedimento contestato, a differenza dell'*iter* stragiudiziale che tende a condurre i contraenti verso una soluzione mediata della controversia insorta.

Riferimenti bibliografici

- Amato P. (2007), *Titolarità del potere disciplinare e limiti dell'intervento giudiziale nella determinazione della sanzione*, in *DRI*, n. 18, 1, 153 ss.
- Amoroso G. (2014), *Sub art. 7*, in G. Amoroso *et al.*, *Diritto del lavoro*, II, *Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti*, Milano.
- Assanti C. (1963), *Le sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro*, Milano, 128 ss.
- Assanti C. (1971), *Studio sull'art. 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300*, in *OGL*, n. 4, 299.
- Ballestrero M.V. (1975), *I licenziamenti*, Milano, 98 ss.
- Bellavista A. (1993), *Arbitrato sulle sanzioni disciplinari e azione giudiziaria*, in *q. Riv.*, n. 2, II, 216 ss.

(75) Bruni 1985, 371.

(76) *Ibidem*.

- Boscato A. (2015), *Il licenziamento disciplinare nel contratto a tutele crescenti*, in *DRI*, n. 4, 1032 ss.
- Bruni A.M. (1985), *Note in tema di conversioni giudiziale delle sanzioni disciplinari*, in *q. Riv.*, n. 2, II, 350 ss.
- Carinci F. (2015), *Il licenziamento disciplinare*, in F. Carinci, C. Cester (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, Adapt labour studies, e-book series, n. 46, 78 ss.
- Corrado R. (1971), *Il lavoratore nell'organizzazione*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, diretto da L. Riva Sanseverino e G. Mazzoni, Padova.
- Corti M. (2001), *Conversione ex officio del licenziamento per giusta causa e fattispecie previste dalla contrattazione collettiva*, in *RIDL*, n. 1, II, 79 ss.
- D'Avossa E. (1989), *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro*, Milano.
- Di Paola L. (2010), *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, Milano.
- Dondi G. (1990), *Le sanzioni disciplinari*, in *GI*, IV, 57 ss.
- Figurati A. (2004), *Graduazione delle sanzioni disciplinari e imiti al sindacato del giudice*, in *MGL*, n. 10, 699 ss.
- Fontana A. (1989), voce *Sanzioni disciplinari*, in *ED*, XLI, Milano, 328 ss.
- Fragale E. (2014), *Sanzioni disciplinari: sulla natura del procedimento innanzi al Collegio arbitrale*, in *Ragiusan*, n. 367/368, 280 ss.
- Gaeta G. (2015), *Licenziamento disciplinare e sanzione conservativa*, in *MGL*, n. 12, 865 ss.
- Ghera E. (1994), *Arbitrato ed azione giudiziaria nell'impugnazione delle sanzioni disciplinari*, in *Rivista dell'arbitrato*, 488 ss.
- Ghera E. (2014), *Sull'ingiustificatezza aggravata del licenziamento*, in *q. Riv.*, n. 3, I, 425 ss.
- Ghirardi N. (2007), *Il giudice può applicare una sanzione disciplinare meno grave di quella irrogata, se vi presta consenso il datore di lavoro convenuto*, in *RIDL*, n. 4, II, 885 ss.
- Ichino P. (2003), *Il contratto di lavoro*, III, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da P. Schlesinger, Milano.
- Ichino P. (2015), *Licenziamenti: la questione del controllo di proporzionalità*, in *www.pietroichino.it*, del 31.10.2015.
- Imberti L. (2001), *Il potere disciplinare del datore di lavoro e i limiti del controllo giudiziale*, in *OGI*, n. 4, 808 ss.
- Lucarelli A.M. (2007), *Il potere disciplinare e la capacità del giudice di commutare la sanzione*, in *q. Riv.*, n. 4, I, 627 ss.
- Mainardi S. (2003), *Vecchie e nuove questioni in materia di procedimento disciplinare, titolarità del potere e termini a difesa*, in *RIDL*, n. 1, I, 91 ss.
- Mainardi S. (2012) (a cura di), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino.
- Mazziotti F. (1980), *Il licenziamento illegittimo*, Napoli.
- Miraglia (1966), in *Aa.Vv.*, *Le sanzioni disciplinari nella contrattazione collettiva*, Milano, 278 ss.
- Montuschi L. (1973), *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, 131 ss.
- Mormile P. (1990), *Sanzioni disciplinari: i poteri del giudice*, in *DPL*, n. 43, 2674 ss.

- Niccolai A. (1995), *Semel in anno licet insanire (Note in tema di comportamento penalmente rilevante ed adeguatezza della sanzione disciplinare)*, in *MGL*, n. 1, 602 ss.
- Nogler L. (1996), *Sulla proporzionalità del licenziamento disciplinare e sulla sua conversione in sanzione conservativa*, in *GC*, n. 2, 473 ss.
- Papaleoni M. (1992), *Potere disciplinare e conversione del provvedimento*, in *GC*, n. 2, I, 3104 ss.
- Papaleoni M. (1996), *Licenziamento in tronco e conversione in sanzione conservativa*, in *RIDL*, n. 1, II, 164 ss.
- Parrino A.M. (2012), *Estensione del principio di tipicità e limiti di ammissibilità della conversione giudiziale delle sanzioni disciplinari*, in S. Mainardi (a cura di) *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, 180 ss.
- Pederzoli C. (2015), *Pubblicazione del codice disciplinare e sanzione conservativa in caso di violazione del cd. «minimo etico»*, in *RIDL*, n. 1, I, 100 ss.
- Pera G. (1972), *Sub art. 7*, in C. Assanti, G. Pera (a cura di), *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 71 ss.
- Poso V.A. (1986), *Sulla conversione giudiziale del licenziamento per giusta causa dichiarato illegittimo per proporzione rispetto all'infrazione contestata*, in *GC*, n. 1, 2960 ss.
- Poso V.A. (1989), *Sui limiti di ammissibilità del sindacato del giudice di merito in materia di sanzioni disciplinari*, in *GC*, 11, n. 1, 2305 ss.
- Rossi N. (2015), *Contrattazione collettiva e potere disciplinare del datore di lavoro*, in *RIDL*, n. 4, I, 1056 ss.
- Russo E. (2001), *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *RDC*, n. 1, 573 ss.
- Spagnuolo Vigorita L., Ferraro G. (1975), *Sub art. 7*, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, diretto da U. Prosperetti, I, Milano, 145 ss.
- Tremolada R. (1993), *Il licenziamento disciplinare*, Padova.
- Tullini P., Lunardon F. (1998), *Giusta causa e giustificato motivo di licenziamento*, in *Diritto del lavoro. Commentario*, diretto da F. Carinci, III. *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, a cura di M. Miscione, Torino, 204 ss.
- Zangari G. (1971), *Potere disciplinare e licenziamento*, Milano, 44 ss.

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

I

CASSAZIONE, 27.10.2015, n. 21875 – Pres. Stile, Est. Ghinoy, P.M. Fuzio (diff.) – R.E. (avv. Colucci) c. C.M.N.C. di G.C. & C. Sas (avv.ti Spano, Valentini).

Cassa, con rinvio, Corte d'Appello di Lecce, 6.10.2014.

Licenziamento individuale – Rifiuto del lavoratore alla trasformazione del contratto di lavoro da *full-time* a *part-time* – Licenziamento per giustificato motivo oggettivo – Divieto di licenziamento e limite della sussistenza delle esigenze economico-organizzative – Valutazione delle circostanze sopravvenute alla comunicazione del recesso – Presumibile sviluppo futuro delle ragioni economiche poste a base del licenziamento – Rilevanza.

Il divieto del licenziamento del lavoratore che non accetti la trasformazione del contratto di lavoro da full-time a part-time, interpretato alla luce della normativa dell'Unione europea, è relativo, imponendo di ritenere che il datore di lavoro – che licenzi per giustificato motivo oggettivo, nonostante tale divieto – abbia l'onere di dimostrare che sussistono effettive esigenze economico-organizzative in base alle quali la prestazione non può essere mantenuta a tempo pieno, ma solo con l'orario ridotto, nonché il nesso causale tra queste e il licenziamento. Tali ragioni devono essere accertate sulla base degli elementi di fatto sussistenti alla data della comunicazione del recesso, ma devono essere valutate altresì le emergenze processuali relative a circostanze sopravvenute, qualora esse valgano a chiarire la situazione complessiva che sussisteva in quel momento, nonché quale ne fosse il presumibile sviluppo futuro. (1)

II

TRIBUNALE ROMA, 8.1.2015 – Est. Consiglio – P.I. Spa (avv.ti Clavelli, De Rose) c. P.A.M. (avv.ti Salvago, Migliorini, Aurola).

Licenziamento individuale – Proposta di sottoscrizione di un contratto di lavoro *part-time* all'esito della costituzione giudiziale di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato *full-time* – Eccezione di parziale inadempimento – Rifiuto del lavoratore di rendere la prestazione – Difetto di proporzionalità tra i rispettivi inadempimenti – Licenziamento per giusta causa – Legittimità.

È legittimo il licenziamento comminato al lavoratore che si rifiuti di sottoscrivere un contratto di lavoro part-time (offrendo disponibilità solo per un contratto full time), poiché si concretizzerebbe un rifiuto totale del lavoratore a fronte di un inadempimento parziale del datore di lavoro; di conseguenza, il rifiuto del lavoratore non può considerarsi in buona fede e, quindi, giustificato ai sensi dell'art. 1460 c.c. (2)

(1-2) LA TRASFORMAZIONE UNILATERALE DEL CONTRATTO DI LAVORO
DA TEMPO PIENO A TEMPO PARZIALE A INIZIATIVA DEL DATORE DI LAVORO:
RIFIUTO DEL LAVORATORE E DIVIETO DI LICENZIAMENTO

Le pronunce in commento offrono lo spunto per approfondire la tematica del licenziamento comminato al dipendente che non accetti la modifica unilaterale, posta in essere del datore di lavoro, relativa alla trasformazione del contratto di lavoro *full-time* in *part-time*.

Prendendo le mosse dalla sentenza della Suprema Corte, la ricorrente conveniva in giudizio il proprio datore di lavoro deducendo l'illegittimità del licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo, perché sorretto da un motivo illecito con carattere ritorsivo. La lavoratrice sosteneva che il recesso datoriale fosse in realtà dovuto solamente al suo rifiuto di accettare la riduzione dell'orario di lavoro disposto unilateralmente dall'azienda, a fronte di una fantomatica necessaria riduzione dei costi del personale dipendente, dovuta alla scadenza della convenzione che la resistente aveva con la Asl e al fine di mantenere in servizio entrambi i direttori sanitari (delle due posizioni di direttore sanitario, una era quella ricoperta dalla ricorrente, l'altra era occupata da un medico assunto, dapprima, per la sostituzione della ricorrente durante il suo periodo di maternità e, in un secondo momento, assunto a tempo indeterminato in ragione delle ricerche scientifiche svolte dallo stesso).

Dal caso *de quo* emergono due questioni di fondamentale importanza: anzitutto, il divieto di licenziare il dipendente a fronte del suo rifiuto di trasformazione del rapporto di lavoro *full-time* in *part-time* ex art. 5 del d.lgs. n. 61/2000, e, in secondo luogo, il limite che attribuisce a tale divieto il carattere della relatività, ossia la presenza delle ragioni organizzative, tecniche e produttive.

Per una maggiore comprensione, è necessario leggere la norma nazionale alla luce della Direttiva n. 97/81/Ce del 15 dicembre 1997 (di cui il d.lgs. n. 61/2000 costituisce attuazione), che ha recepito l'Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'Unice, dal Ceep e dalla Ces. La clausola 5.2. di tale direttiva sancisce, anzitutto, che il rifiuto del lavoratore di modificare il suo contratto di lavoro da *full-time* in *part-time* (e viceversa) «non dovrebbe costituire» di per sé valido motivo di licenziamento, adottando una formula più flessibile di quella poi utilizzata dal nostro legislatore. Quest'ultimo, infatti, non recependo il condizionale utilizzato del legislatore europeo, afferma che tale trasformazione «non costituisce» giustificato motivo di recesso, connotando così di maggiore certezza il divieto di licenziamento. Dal tenore della clausola, quindi, sembra che il legislatore nazionale non fosse vincolato totalmente a quella norma, potendo stabilire una tutela minore o maggiore (Delfino 2008, 234).

La stessa clausola continua poi facendo salve tutte quelle ipotesi di recesso del datore di lavoro che abbiano come presupposto un motivo diverso dalla modificazione unilaterale dell'orario di lavoro: «senza pregiudizio per la possibilità di procedere, conformemente alle leggi, ai contratti collettivi e alle prassi nazionali, a licenziamenti per altre ragioni, come quelle che possono risultare da necessità di funzionamento dello stabilimento considerato». Quest'ultima espressione, relativa al funzionamento dell'azienda, sembra evocare proprio l'art. 3 della l. n. 604/66, ossia quelle ragioni «inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa», legittimando così il licenziamento per giustificato motivo oggettivo ogni qualvolta lo stesso sia costituito da un evento diverso dal rifiuto del lavoratore (Brollo 2001, 130; De Cristofaro 2001, 427; Mariani 2005, 1758).

In altre parole, il lavoratore potrebbe essere licenziato solo laddove il motivo del licenziamento fosse presente anche in assenza della necessità di modificazione del contratto (da *full-time* a *part-time*). La sopravvenuta incompatibilità della prestazione a tempo pieno (o parziale) diverrebbe, quindi, rispetto all'organizzazione un «elemento del rischio di impresa [...] che la disciplina di legge impedisce di ribaltare a carico del lavoratore», con l'unica eccezione per quei casi in cui «l'impossibilità di adattamento dell'organizzazione del lavoro sia frutto di eventi esterni alla sfera di valutazione dell'impresa, e sopravvenuti rispetto al momento in cui era stato concordato il tempo parziale» (o pieno). (Scarpelli 2013, 279).

Se dunque, da un lato, è pacifico il divieto del licenziamento motivato esclusivamente dal rifiuto del lavoratore, dall'altro, è evidente la possibilità di recedere in presenza di elementi che giustificano tale comportamento datoriale, dovuto a ragioni rispetto alle quali le caratteristiche della prestazione (a tempo pieno o *part-time*) rilevano solo di riflesso.

Alla luce di quanto detto, il giudice dovrà dunque valutare sia l'effettiva esistenza delle ragioni oggettive (che non potranno mai corrispondere con il mero rifiuto del lavoratore) che non permettono la prosecuzione del rapporto di lavoro nel rispetto del regime temporale pattuito, sia il nesso di causalità tra tali motivi e il licenziamento quale *extrema ratio* (Cass. 27.3.2013, n. 14319, in www.italggiure.giustizia.it).

Nel caso in esame, la Corte di Cassazione ha cassato con rinvio la sentenza che aveva ritenuto legittimo il licenziamento della lavoratrice che aveva rifiutato il dimezzamento del suo orario di lavoro, ritenendo inadeguato il vaglio posto in essere dalla Corte d'Appello. L'inadeguatezza è valutata dalla Cassazione alla luce di quanto statuito dalla Corte costituzionale in una pronuncia del 2013 (C. cost. 16.7.2013, n. 224, in *RIDL*, 2014, n. 2, II, investita della questione di legittimità costituzionale della l. n. 183/2010, art. 16, relativo alla possibilità delle pubbliche amministrazioni di revisione del *part-time*), con la quale, nell'interpretare la Direttiva n. 97/81/Ce, ne ha sottolineato le due opposte esigenze tutelate dal diritto europeo: da un lato, la tutela del lavoratore con contratto *part-time* contro qualsiasi tipo di discriminazione, anche nel caso di trasformazione del regime temporale e, dall'altro, l'importanza delle esigenze organizzative, tecniche o produttive tali da richiedere la modifica del «tempo» della prestazione di lavoro. La decisione datoriale, oltre a essere fondata su oggettive e reali esigenze, deve, infatti, anche essere posta in essere nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza che, nel caso *de quo*, la Cassazione considera violati.

In sede di reclamo davanti al Tribunale, infatti, la ricorrente, al fine di smentire la veridicità della sussistenza di ragioni economiche in virtù delle quali sarebbe derivata la necessità di riduzione dei costi del personale, aveva richiesto l'acquisizione di una delibera del direttore sanitario della Asl di Lecce del 2014 che finanziava l'acquisto per l'anno 2014 (anno in cui la ricorrente è stata licenziata) di 1.500 esami Pet-Tac dal C. di M.N.C. (resistente) per una somma ingente e molto superiore a quella dell'anno precedente.

Il Centro di medicina nucleare si era opposto a tale produzione, invocando il principio secondo il quale in sede di reclamo vige il divieto della produzione di nuovi documenti (l. n. 92/2012, art. 59). Ma la Cassazione precisa che, anzitutto, nel caso di specie la produzione era ammissibile poiché la tardività dell'acquisizione della delibera era giustificata dalla data di emissione della stessa (ossia 4 giorni dopo il deposito del ricorso in opposizione davanti al Tribunale) e, aspetto ancora più importante, la sua produzione risultava fondamentale per smentire l'effettiva esistenza delle condizioni economiche sfavorevoli per l'anno 2014, che la società aveva addotto a giustificazione del suo recesso. Così la Cassazione, si è discostata da un orientamento risalente (Cass. 27.11.1996, n. 10527, in *MGL*, 1997, suppl., 7, secondo il quale, nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo imposto da un'effettiva necessità di riduzione dei costi, il controllo giurisdizionale deve riguardare la serietà della scelta aziendale, ma non anche il carattere di definitività del fattore che ha determinato il recesso, atteso che la contingenza o meno della crisi aziendale, in presenza di difficoltà di mercato, potrebbe essere valutata soltanto *ex post*. Nella pronuncia in commento, infatti, la Corte, dopo aver ricordato che la sussistenza del g.m.o. deve essere valutata alla luce degli elementi di fatto esistenti al momento della comunicazione del licenziamento, ha precisato l'importanza della valutazione anche delle emergenze processuali relative a circostanze sopravvenute, in tutti quei casi in cui le stesse possano chiarire la situazione complessiva che sussisteva in quel momento e soprattutto il suo presumibile sviluppo futuro. Il giustificato motivo oggettivo, per poter essere considerato legittimante il licenziamento, non può presentare i caratteri della contingenza e della temporaneità, ma deve mostrarsi destinato a protrarsi nel tempo.

Per quanto affermato, la Cassazione conclude sostenendo che la mancata considerazione della delibera da parte della Corte territoriale non ha permesso di valutare correttamente se la situazione economica lamentata dalla resistente fosse effettivamente così grave e irreversibile da non consentire il mantenimento in servizio di tutti i dipendenti nel rispetto del proprio regime temporale, cassando così la pronuncia della Corte territoriale e rinviando alla Corte d'Appello di Bari, affinché quest'ultima, alla luce anche della suddetta delibera, valuti se sussista effettivamente il giustificato motivo oggettivo (deterioramento della situazione finanziaria). In caso di riscontro positivo, il recesso datoriale sarebbe legittimo, mentre, nel caso in cui fosse dimostrata l'insussistenza di tale motivazione, il licenziamento sarebbe illegittimo in quanto dovuto al mero rifiuto della modificazione del regime temporale della prestazione: conseguenza vietata *ex art. 5, d.lgs. n. 61/2000*.

Riguardo sempre ai limiti elaborati dalla giurisprudenza sul divieto di licenziamento in esame, attualmente trasfuso nell'art. 8, d.lgs. n. 81/2015, appare molto interessante la pronuncia in commento del Tribunale di Roma dell'8 gennaio 2015, la qua-

le, pur riconoscendo l'operatività del divieto suddetto, ha dichiarato la legittimità del licenziamento per giusta causa di una lavoratrice che, a fronte di una riammissione in servizio, abbia rifiutato di sottoscrivere un contratto di 20 ore settimanali perché certa del suo diritto di essere riammessa con un contratto a tempo pieno.

Orbene, alla luce di quanto detto finora, a un primo approccio il licenziamento sembrerebbe illegittimo in quanto contrario al divieto *ex art. 5* del d.lgs. n. 61/2000, ma il Tribunale di Roma, seguendo un ragionamento pienamente condivisibile, arriva ad affermare il contrario.

Nel caso *de quo*, la lavoratrice licenziata, dapprima assunta con contratti di somministrazione ritenuti poi illegittimi in sede giudiziale, veniva riammessa in servizio a seguito della pronuncia della Corte d'Appello di Roma, che aveva dichiarato la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato dalla data della prima assunzione. Dinanzi all'offerta della società di un contratto di lavoro *part-time* (qual era il contratto di somministrazione dichiarato illegittimo), la ricorrente rifiutava di sottoscrivere il contratto e di tornare in servizio alle condizioni offerte dal datore di lavoro, che, a fronte di tale comportamento della ricorrente, previa contestazione disciplinare, le intimava un licenziamento per giusta causa per assenza ingiustificata dal luogo di lavoro dal giorno indicato per la ripresa del servizio.

Per meglio comprendere la vicenda, è bene precisare che, dei tre contratti di somministrazione, il primo era sicuramente un *part-time*, mentre i successivi due erano stati trasformati a tempo pieno per accordo delle parti.

È bene ricordare che il d.lgs. n. 61/2000, se, da un lato, ha previsto la necessità della forma scritta per la trasformazione di un rapporto *full-time* in *part-time*, non ha fatto lo stesso per il caso contrario, considerando il contratto *full-time* l'ipotesi normale. Così, pur in assenza di alcuna prova scritta di tale trasformazione, essendo pacifico che la ricorrente abbia lavorato in favore della resistente per più di due anni a tempo pieno, ciò solo risulta sufficiente a dimostrare la volontà delle parti di modificare il regime temporale della prestazione che, di conseguenza, non era suscettibile di modifica unilaterale da parte del datore di lavoro.

Il comportamento datoriale, illegittimo per quanto suesposto, concreta un inadempimento parziale dell'ordine del giudice del lavoro, avendo offerto un contratto *part-time* in luogo di un *full-time*, mentre il rifiuto della prestazione da parte della lavoratrice un inadempimento totale.

Il Tribunale di Roma, con la pronuncia in commento, precisa che anche se il rapporto di lavoro era a tempo pieno e, come tale, non suscettibile di essere modificato in *part-time* in difetto del consenso del lavoratore, per il divieto di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 61/2000, l'inadempimento della ricorrente non poteva considerarsi giustificato *ex art. 1460 c.c.*

Più precisamente, il giudice del lavoro afferma che in tutti i casi in cui venga proposta l'eccezione *inadimplenti non est adimplendum*, il giudice deve porre in essere una valutazione complessiva, che tenga conto della proporzionalità degli inadempimenti rispetto alla funzione economico-sociale del contratto, nonché della loro incidenza sulla posizione e sugli interessi delle parti, considerando l'influenza che tali comportamenti possono avere sull'equilibrio sinallagmatico: di conseguenza, qualora uno dei due inadempimenti sia di poca rilevanza rispetto a quello della controparte (come nel caso *de quo*), quello più grave non può considerarsi in buona fede e quindi non può

ritenersi giustificato ai sensi dell'art. 1460 c.c. (da ultimo, Cass. 26.11.2013, n. 153, in *www.italgiure.giustizia.it*).

Nel caso di specie, quello della ricorrente si configurava come un inadempimento totale, rispetto a uno parziale della resistente: tale sproporzione è tale da non giustificare il comportamento della lavoratrice, la quale avrebbe potuto rendersi totalmente inadempiente e, di conseguenza, invocare l'art. 1460 c.c. solo laddove anche la società resistente avesse fatto altrettanto (Vedi, da ultimo, Cass. 4673/2008, in *FI*, 2008, n. 11, I). Così, il Tribunale di Roma afferma che la ricorrente avrebbe comunque dovuto svolgere la propria prestazione lavorativa, riservandosi di agire in giudizio al fine di ottenere l'accertamento, sia del proprio diritto al tempo pieno, sia della retribuzione corrispondente.

L'analisi congiunta di queste due pronunce risulta dunque interessante, poiché laddove la Cassazione afferma che la violazione del divieto *ex* art. 5 determini di per sé l'illegittimità del licenziamento, il Tribunale di Roma interrompe tale automaticità: il mancato rispetto di quel divieto non è sufficiente a tacciare il licenziamento di illegittimità in tutti quei casi in cui il lavoratore abbia abusato di quel principio per porre in essere un inadempimento sproporzionato e, come tale, contrario ai principi di buona fede e correttezza (Sembra piuttosto che la Corte di Cassazione si sia pronunciata sui limiti al divieto di licenziamento dettati dalle ragioni economiche che normalmente giustificano un recesso per giustificato motivo oggettivo, mentre il Tribunale sull'ulteriore limite della buona fede, che in generale deve sorreggere il rifiuto alla trasformazione del contratto da *full-time* a *part-time*, affinché l'eventuale licenziamento conseguente possa essere considerato come adottato in violazione del divieto).

Riferimenti bibliografici

- Brollo M. (2001), *Tutela del lavoro a tempo parziale*, in *Il lavoro a tempo parziale. Commentario al d.lgs. n. 61/2000*, a cura di M. Brollo, Ipsoa.
- De Cristofaro M. (2001), *Precedenza e priorità per il passaggio al tempo pieno o al tempo parziale*, in *DL*, n. 1, 427 ss.
- Delfino M. (2008), *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico*, Jovene.
- Mariani M. (2005), *Commento sub art. 5, d.lgs. n. 61/2000*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, a cura di M. Grandi, G. Pera, Cedam, 1758 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, II, 279 ss.

Chiara De Santis
Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro
presso la «Sapienza» Università di Roma

I

CASSAZIONE, 4.9.2015, n. 17589, S.U. – Pres. Rovelli, Est. Mammone, P.M. Apice (conf.) – Rai - Radiotelevisione italiana Spa (avv. Persiani) c. C.V. (avv.ti Corbo, Simionato).
Cassa Corte d'Appello di Milano, 7.11.2013.

Giornalisti – Art. 24, c. 4, d.l. n. 201/2011 – Incentivazione alla prosecuzione del rapporto di lavoro fino a settant'anni – Inapplicabilità ai lavoratori in regime previdenziale Inpgi.

Licenziamento individuale – Art. 24, c. 4, d.l. n. 201/2011 – Incentivazione alla prosecuzione del rapporto di lavoro fino a settant'anni – Necessità del consenso del datore di lavoro – Legittimità del licenziamento per raggiungimento dei requisiti pensionistici.

L'incentivazione alla prosecuzione del rapporto di lavoro fino a settant'anni, introdotta dalla riforma pensionistica Monti-Fornero, non è applicabile ai lavoratori iscritti all'Inpgi, in quanto trattasi di ente privatizzato gestore di forme obbligatorie di previdenza e assistenza, rientrante nella disciplina di cui al c. 24 – e non al c. 4 – dell'art. 24 del d.l. n. 201/2011. (1)

La disposizione relativa al proseguimento dell'attività lavorativa fino a settant'anni non attribuisce al lavoratore un diritto potestativo, in quanto il meccanismo di incentivazione presuppone il consenso di entrambe le parti alla prosecuzione del rapporto. (2)

II

TRIBUNALE ROMA, 6.10.2015 – Est. Sordi – P.V. (avv. Petrocelli) c. Rai - Radiotelevisione italiana Spa (avv. Persiani).

Licenziamento individuale – Art. 24, c. 4, d.l. n. 201/2011 – Necessità del consenso del datore di lavoro per la prosecuzione del rapporto fino a settant'anni – Libertà di forma del consenso ex art. 1350 c.c. – Illegittimità del licenziamento – Reintegrazione del lavoratore.

La prosecuzione del rapporto fino a settant'anni richiede il consenso del datore di lavoro, che in base al principio generale di libertà di forma può essere manifestato anche con comportamento concludente. Pertanto, se il datore di lavoro ha prestato il consenso, seppur implicito, il rapporto deve considerarsi assistito da stabilità e non è esercitabile il recesso ad nutum. (3)

(1-3) INCENTIVAZIONE AL PROSEGUIMENTO DEL RAPPORTO DI LAVORO
FINO A SETTANT'ANNI: CHI, COME E PERCHÉ

SOMMARIO: 1. Premesse sull'art. 24, comma 4, d.l. n. 201/2011. — 2. L'intricata matassa al vaglio delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. — 2.1. L'applicabilità dell'opzione ai giornalisti. — 2.2. Il riferimento ai «limiti ordinamentali». — 2.3. La qualificazione dell'incentivazione. — 3. La pronuncia del Tribunale di Roma e la libertà di forma del consenso. — 4. Criticità e prospettive.

1. — *Premesse sull'art. 24, comma 4, d.l. n. 201/2011* — L'art. 24, c. 4, del cd. decreto «Salva Italia» – d.l. n. 201/2011, convertito in l. n. 214/2011 –, ha introdotto la possibilità per «i lavoratori e le lavoratrici la cui pensione è liquidata a carico dell'Assicurazione generale obbligatoria (di seguito, Ago) e delle forme esclusive e sostitutive della medesima» di continuare a svolgere l'attività lavorativa anche oltre il raggiungimento dei requisiti pensionistici, fino a settant'anni di età.

In realtà, non si tratta di una novità per il nostro ordinamento: la prosecuzione della prestazione lavorativa oltre l'età pensionabile era già contemplata, in via generale, dall'art. 6, d.l. n. 791/1981, e dall'art. 6 della l. n. 407/90, oltre che da particolari opzioni rivolte a determinate categorie di lavoratori (1).

A cambiare, nel 2011, non è tanto la tecnica legislativa adottata, ma la finalità della norma, che non è volta a migliorare l'anzianità contributiva del dipendente o a conseguire – soltanto – una maggiorazione del trattamento pensionistico (2), bensì a contenere la spesa pubblica (3).

Tralasciando la stessa – drammatica – denominazione del decreto («Salva Italia»), che ben inquadra il convulso contesto socio-economico-politico dell'Italia nell'ultimo scorcio del 2011, non può passare inosservato che l'art. 24, recante disposizioni in materia di trattamenti pensionistici, sia inserito nel Capo IV del provvedimento, rubricato «Riduzioni di spesa».

Lo stesso *incipit* dell'art. 24 non lascia adito a dubbi: «Le disposizioni del presente articolo sono dirette a garantire il rispetto degli impegni internazionali e con l'Unione europea, dei vincoli di bilancio, la stabilità economico-finanziaria e a rafforzare la sostenibilità di lungo periodo del sistema pensionistico in termini di incidenza della spesa previdenziale sul Prodotto interno lordo».

Anche se nella norma possono essere ravvisate altre finalità – cioè i tre «principi e criteri» individuati nel comma 1 dell'art. 24 e consistenti nell'«equità e convergenza intragenerazionale e intergenerazionale», nella «flessibilità nell'accesso ai trattamenti pensionistici anche attraverso incentivi alla prosecuzione della vita lavorativa» e nell'«adeguamento alle variazioni della speranza di vita» –, la sostenibilità del sistema previdenziale resta la ragione principale e trainante della riforma pensionistica Monti-Fornero in generale e dell'opzione introdotta dal comma 4 dell'art. 24 in particolare.

(1) Vd. art. 4, l. n. 903/1977, per le lavoratrici; art. 16, d.lgs. n. 503/1992, e successive modificazioni, per i pubblici dipendenti; art. 3, comma 7, d.l. n. 64/2010, per i tesserati.

(2) Il comma 4 del citato art. 24 prevede per il lavoratore un incentivo di tipo economico consistente nell'«operare dei coefficienti di trasformazione calcolati fino all'età di settant'anni».

(3) Cfr. Sandulli 2012, 3; Cinelli 2012, 385; Canavesi 2013, 665.

In fondo, ciò non dovrebbe destare meraviglia: le riforme previdenziali sono frequentemente frutto di scelte di contenimento della spesa pubblica e vengono varate con decretazione d'urgenza (4). E probabilmente la concitazione sottesa alla redazione della riforma pensionistica del 2011 ha incrementato le zone d'ombra della norma, che sono davvero tante: l'ambito soggettivo di applicazione, le modalità di esercizio dell'opzione, la qualificazione giuridica, le tutele previste in caso di licenziamento intimato al lavoratore che abbia manifestato l'intenzione di proseguire il rapporto oltre il raggiungimento dei requisiti pensionistici ecc.

Tali lacune e ambiguità del testo normativo, più volte segnalate dalla dottrina, sono state oggetto di un elevato e altalenante contenzioso giudiziario, sfociato nella pronuncia a Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 17589 del 4 settembre 2015, in commento.

2. — *L'intricata matassa al vaglio delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione* — La vicenda sottoposta alle Sezioni Unite è emblematica e racchiude in sé tutti gli aspetti della *vexata quaestio*: un lavoratore dipendente con qualifica di giornalista viene licenziato al compimento del sessantacinquesimo anno di età e al raggiungimento dei requisiti pensionistici previsti per gli iscritti all'Inpgi. Impugna il licenziamento davanti al Tribunale di Milano, sostenendone l'illegittimità in quanto aveva optato per la prosecuzione del rapporto di lavoro fino a settant'anni e il comma 4 del citato art. 24 stabilisce espressamente che «l'efficacia delle disposizioni di cui all'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni opera fino al conseguimento del predetto limite massimo di flessibilità».

Il giudice del lavoro adito accoglie il ricorso e ordina la reintegrazione del dipendente, con condanna della Rai, datrice di lavoro, alla corresponsione delle retribuzioni dovute per il periodo di illegittima estromissione. L'ordinanza viene confermata dal Tribunale in sede di opposizione, e anche la Corte d'Appello di Milano ritiene legittima la richiesta di proseguire il rapporto di lavoro fino a settant'anni avanzata dal dipendente.

Contro tale sentenza, la Rai presenta ricorso per cassazione, e la Sezione ordinaria, «rilevata la particolare importanza delle questioni implicate nella controversia», con ordinanza del 3 novembre 2014 trasmette gli atti al primo Presidente, che ne assegna la trattazione alle Sezioni Unite.

A ben guardare, i nodi da sciogliere sono essenzialmente due, intricatissimi, considerato che nei primi tre anni di vigenza della norma le pronunce di merito sono state numerose e contrastanti.

Innanzitutto, è controversa (5) l'applicabilità della disposizione *de qua* ai giornalisti, i quali non rientrano nell'Ago dell'Inps, ma appartengono al regime previdenziale gestito dall'Inpgi.

In secondo luogo, è dubbia la qualificazione giuridica della facoltà di lavorare fino

(4) Ferrante 2009, 918; Pessi 2013, 477; Barbieri, D'Onghia 2015, 7.

(5) Cfr. C. App. Roma 24.6.2014 e T. Roma 11.2.2014, in *NGL*, 2014, n. 2, 223, che negano l'applicabilità della norma *de qua* ai giornalisti. *Contra*, T. Roma 24.2.2014 e T. Roma 17.12.2013, entrambe in *NGL*, 2014, n. 2, 223; T. Milano 10.4.2013, in *LPO*, 2013, n. 3-4, 198; T. Milano 14.12.2012, inedita a quanto consta.

a settant'anni: si tratta di un diritto potestativo del lavoratore (6) o di una mera «incentivazione» dal valore programmatico (7)? A seconda dell'interpretazione adottata, lo scenario cambia completamente, incidendo sulla legittimità o meno del recesso *ad nutum* nei confronti del lavoratore che abbia maturato il diritto di accesso al trattamento pensionistico.

2.1. — *L'applicabilità dell'opzione ai giornalisti* — Per comprendere se i giornalisti rientrano oppure no nell'ambito soggettivo di applicazione del comma 4 del citato art. 24, è opportuno ricordare che, fino al 2011, il sistema previdenziale del nostro paese presentava un quadro pluralistico e variegato (8), in cui accanto all'Ago vigevano, in regime alternativo, i fondi gestiti dall'Inpdai per i dirigenti d'azienda, dall'Inpdap per i dipendenti dell'amministrazione pubblica, dall'Enpals per i lavoratori dello spettacolo, dall'Inpgi per i giornalisti ecc.

Tali fondi sono sorti nel corso del tempo per assicurare una tutela previdenziale che tenesse conto delle peculiarità di determinate categorie di lavoratori o delle particolarità del settore, «ritagliandosi una disciplina di regola più favorevole» in base alla «forza contrattuale della collettività di appartenenza» (9).

L'«inarrestabile tendenza all'omogeneizzazione delle tutele previdenziali» (10) registratasi negli ultimi anni ha, però, comportato il graduale inglobamento dei fondi sostitutivi nell'Inps (11).

Alla tendenza all'unitarietà è sopravvissuto l'Inpgi (12), che continua a gestire, in regime sostitutivo e con regolamentazione autonoma, le forme assicurative obbligatorie di previdenza e assistenza in favore dei giornalisti (13) e dei familiari aventi diritto (14).

Nello stesso art. 24, d.l. n. 201/2011, il legislatore detta le misure di contenimento della spesa pensionistica sia per l'Ago e le «forme esclusive e sostitutive della medesima» (comma 4) sia per gli enti privati e le forme gestorie di cui al d.lgs. n. 509/1994 (comma 24), ma in maniera diversificata: mediante il differimento *ex lege* dell'accesso al trattamento pensionistico nel primo caso; attraverso un rinvio all'autonomia gestionale dei vari enti nel secondo.

(6) T. Roma 24.2.2014, cit.; T. Milano 10.4.2013, cit.

(7) T. Roma 5.11.2013, in q. *Riv.*, 2014, n. 2, II, 343, con nota di Russo. In tal senso, vd. anche T. Roma 17.12.2013, cit.; T. Roma 14.4.2014, in *LPO*, 2014, n. 7-8, 447, con nota di Russo, e in q. *Riv.*, 2015, n. 1, II, 131, con nota di Sessa; T. Napoli 17.2.2015, in *DeJure*.

(8) Scognamiglio 1993, 89.

(9) Cinelli 2015, 112.

(10) Persiani 2014, 207.

(11) Vd. art. 42, l. 27.12.2002, n. 289 – cd. Legge finanziaria 2003 –, che ha disposto la soppressione dell'Inpdai e il trasferimento di tutte le strutture e le funzioni all'Inps; art. 21, d.l. n. 201/2011, che stabilisce come dal 1° gennaio 2012 l'Inpdap e l'Enpals confluiscono nell'Inps.

(12) Per un approfondimento sul regime previdenziale Inpgi, vd. Russo 2013, n. 3-4, 203.

(13) È obbligatoria l'iscrizione alla Gestione sostitutiva dell'Inpgi qualora concorrano due condizioni: l'iscrizione nell'albo dei giornalisti (professionisti, pubblicisti e praticanti) e lo svolgimento di attività giornalistica con rapporto di lavoro subordinato o, in seguito al d.lgs. 10.2.1996, n. 103, in forma autonoma (partita Iva, collaborazioni coordinate e continuative, prestazione di lavoro autonomo occasionale ecc.).

(14) L'art. 3 dello Statuto Inpgi elenca le prestazioni erogate dall'Istituto.

In quale delle due ipotesi rientra l'Inpgi?

Sicuramente riveste le caratteristiche di esclusività e sostitutività (15) dell'Ago (16) richiamate al comma 4, ma, al tempo stesso, si tratta di un ente privatizzato a seguito del d.lgs. n. 509/1994 e, pertanto, organizzato con modalità del tutto autonome, anche se sottoposto alla vigilanza congiunta del ministero del Lavoro e del ministero dell'Economia.

Proprio su questo punto nodale, fonte di grande incertezza giurisprudenziale, si pronuncia la Cassazione a Sezioni Unite, escludendo che «tra le forme esclusive e sostitutive dell'Ago, cui è riferita la disciplina del richiamato comma 4, rientri alcuno degli enti privatizzati a seguito del d.lgs. n. 509, e ricompresi nella tabella a esso allegata».

Tale convinzione «nasce innanzitutto da una fondamentale esigenza di logicità dell'intervento legislativo, in quanto sarebbe incomprensibile la ragione per cui il legislatore dopo aver affermato la rilevata divaricazione, coerente con i principi generali dell'ordinamento previdenziale, al punto da prevedere due differenti *sedes materiae*, consenta allo stesso tempo una commistione tra i diversi sistemi» (17).

Pertanto, le Sezioni Unite escludono che la disciplina contenuta nel comma 4 dell'art. 24 (tra cui l'opzione alla prosecuzione del rapporto di lavoro fino a settant'anni) abbia «una estensione così ampia da abbracciare anche posizioni assicurative ricomprese nell'ambito del successivo comma 24» e afferma che la presenza di due differenti discipline – al comma 4 e al comma 24 – «è chiaro indice della volontà di adottare due diversi schemi di intervento».

La motivazione, però, non suona del tutto convincente, considerato che, nel passaggio immediatamente successivo, la sentenza rileva «l'ambiguità dell'espressione normativa»; osservazione che stride con quanto sostenuto appena prima: in che modo conciliare la chiara volontà del legislatore con la sua mancanza di chiarezza nell'esprimerla?

Inoltre, la Corte di Cassazione prende atto del mancato coordinamento del comma 4 con il comma 24 dello stesso articolo, ma non propone una possibile soluzione interpretativa: se l'Inpgi, pur essendo un fondo sostitutivo dell'Ago, non rientra nel comma 4, a chi si riferisce il legislatore con l'espressione «forme esclusive e sostitutive»? Soltanto ai fondi comunque ormai gestiti dall'Inps, quali la gestione ex Enpals, il Fondo volo e il Fondo dazio (18)?

Ancora meno persuasiva risulta l'affermazione della Cassazione secondo cui «le disposizioni in questione debbono essere inquadrate nell'ambito del disegno di contenimento della spesa previdenziale inserito nell'art. 24 ora in esame», in quanto, in tal modo, si rischia di trasformare una previsione economica (per sua natura probabilistica) in un principio giuridico (coattivo) (19).

Infine, poco rilevante appare la circostanza che la gestione Inpgi sia fondata su principi organizzativi diversi rispetto all'Ago: l'ente previdenziale dei giornalisti adot-

(15) Art. 76, l. 23.12.2000, n. 388.

(16) Sul punto, vd. Cass. 26.1.2012, n. 1098, in *MGC*, 2012, n. 1, 76.

(17) La motivazione della pronuncia a Sezioni Unite viene riportata anche in Cass. 1.2.2016, n. 1850, in *DeJure*.

(18) Sul punto, vd. Pistore 2016.

(19) Cfr. De Ioanna 2015, 55.

ta, infatti, il sistema retributivo per il calcolo della prestazione pensionistica e, pertanto, nella pratica risulta inapplicabile il meccanismo di incentivazione (20) previsto dal comma 4 dell'art. 24 in esame, modellato sul sistema contributivo. Eppure, al riguardo, lo stesso Inpgi, con nota del direttore generale datata 29 novembre 2012, afferma chiaramente che «non vi è alcuna norma ostativa alla prosecuzione del rapporto di lavoro oltre i sessantacinque anni di età», in quanto l'Istituto ha senz'altro «una propria autonomia in materia di accesso ai trattamenti pensionistici rispetto al sistema generale», potendo prevedere trattamenti più favorevoli per i propri iscritti.

Le Sezioni Unite della Cassazione, però, non sono dello stesso avviso.

2.2. — *Il riferimento ai «limiti ordinamentali»* — Un altro punto delicato sottoposto all'attenzione delle Sezioni Unite riguarda i cd. limiti ordinamentali espressamente richiamati dal comma 4 dell'art. 24: «il proseguimento dell'attività lavorativa è incentivato, fermi restando i limiti ordinamentali dei rispettivi settori di appartenenza».

Cosa si intende con questa espressione?

Probabilmente il legislatore intende richiamare quelle previsioni, presenti in determinati settori (*in primis*, il pubblico impiego), che collegano il compimento del requisito anagrafico alla facoltà per il datore di lavoro di recedere *ad nutum* dal rapporto (21).

Previsioni di tal genere sono rinvenibili anche in alcuni contratti collettivi, tra cui quello dei giornalisti (22), in quanto «i limiti ordinamentali [...] sono normalmente quelli posti dall'autonomia collettiva» (23).

Non è questa, però, la lettura delle Sezioni Unite, le quali, pur nella consapevolezza della «genericità della formulazione della disposizione legislativa» di cui al comma 4 del citato art. 24, ritengono che «se l'interpretazione fosse questa, l'incentivazione alla prosecuzione fino a settanta anni si ridurrebbe a ben poca cosa, in quanto entrerebbero in gioco le regole contrattuali del rapporto di lavoro in considerazione che prevedono una età massima di servizio inferiore ai settanta anni». Pertanto, la spiegazione «più ragionevole» è che «l'incentivazione al prolungamento del rapporto di lavoro non deve collidere con le disposizioni che, sul piano legislativo, regolano gli specifici comparti di appartenenza».

Si tratta, dunque, solo dei limiti «regolati per legge».

Nel nostro ordinamento, però, tali limiti sono fissati in via normativa solo per i pubblici dipendenti, per i quali è prevista la risoluzione automatica del rapporto (24) e

(20) Consistente nell'operatività del coefficiente di trasformazione di cui all'art. 1, comma 6, l. n. 335/1995, fino al compimento del settantesimo anno di età e successivi adeguamenti all'incremento dell'aspettativa di vita.

(21) Vd. T. Roma 17.12.2013, cit.

(22) Art. 33, comma 3, Ccnl giornalisti: «L'azienda può risolvere il rapporto di lavoro quando il giornalista abbia raggiunto il sessantacinquesimo anno di età».

(23) Piccininno 2014, 38. Sul punto, vd. anche T. Roma 17.12.2013, cit.

(24) Cfr. art. 72, comma 11, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, che condiziona la facoltà dell'amministrazione di risoluzione unilaterale del contratto di lavoro al possesso della massima anzianità contributiva da parte del dipendente. Vd. anche art. 2, commi 4 e 5, d.l. 31 agosto 2013, n. 101, convertito con modificazioni dalla l. 30 ottobre 2013, n. 125, alla luce dell'art. 1, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 114.

il cd. collocamento a riposo (25) al compimento di una determinata età anagrafica (26). Ai pubblici dipendenti, però, non si applica il comma 4 dell'art. 24, d.l. n. 201/2011, come chiarito dall'art. 2, comma 5, d.l. n. 101/2013, convertito dalla l. n. 125/2013, che, con un'interpretazione autentica, ha messo fine al dibattito sorto in materia (27).

Alla luce di ciò, resta aperto l'interrogativo sull'utilità del riferimento ai «limiti ordinamentali» contenuto nella disposizione in esame.

2.3. — *La qualificazione dell'incentivazione* — Il cuore dell'intera questione consiste, però, nella qualificazione giuridica della facoltà di prosecuzione del rapporto di lavoro fino a settant'anni: da questa dipendono la natura e l'efficacia delle tutele apprestate dall'ordinamento giuridico nell'ipotesi di licenziamento.

Al riguardo, la giurisprudenza di merito ha presentato tutta la gamma delle soluzioni possibili, riconoscendo al lavoratore optante ai sensi del comma 4 dell'art. 24 un diritto soggettivo (28) o, comunque, un diritto potestativo (29), fino a negare la sussistenza di un qualsivoglia diritto (30). Questa interpretazione attribuisce alla disposizione normativa un valore meramente programmatico, «nel senso di costituire un invito alle parti» (31). Una norma-monito, insomma.

Tale posizione viene talvolta motivata dalla necessità di individuare un interesse economico – del datore di lavoro o dell'ente previdenziale – al proseguimento del rapporto. In realtà, l'interesse tutelato dalla norma *de qua* è la stabilità economico-finanziaria e il rafforzamento della sostenibilità di lungo periodo del sistema pensionistico in termini di incidenza della spesa previdenziale sul Prodotto interno lordo, come indicato espressamente nel comma 1 dell'art. 24. Pertanto, la scelta della prosecuzione in servizio «soddisfa pienamente gli obiettivi perseguiti con il decreto “Salva Italia”, ossia quelli di ridurre la spesa pensionistica e di assicurare frattanto introiti contributivi alla gestione» (32).

Chiamata a pronunciarsi sulla questione, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite non riconosce al comma 4 dell'art. 24 alcun «diritto potestativo, in quanto la norma

(25) La risoluzione del rapporto di lavoro per il compimento del limite massimo di età avviene automaticamente al verificarsi del fatto previsto, senza che sia necessario alcun preavviso: Cass. 3.11.2008, n. 26377, in *LPA*, 2008, n. 6, II, 1145.

(26) L'art. 4, d.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1092, e l'art. 12, l. 20 marzo 1975, n. 70, indicano, rispettivamente, per i dipendenti statali e degli enti parastatali, i sessantacinque anni come età massima per il collocamento a riposo. Per i magistrati (art. 5, r.d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511), gli avvocati dello Stato (art. 34, r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611) e i docenti universitari (art. 19, d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382) l'età massima è stabilita a settanta anni.

(27) Cfr. circolare del dipartimento della Funzione Pubblica 8.3.2012, n. 2; Tar Lazio 10.1.2013, n. 2446, in *DeJure*; nota del dipartimento della Funzione Pubblica 16.9.2013, n. 41876.

(28) In tal senso, vd. T. Roma 24.2.2014, cit.

(29) T. Milano 10.4.2013, cit., utilizza indistintamente i due termini. In dottrina, si schierano a favore del riconoscimento di un diritto potestativo Canavesi 2013, 668; Pozzaglia 2014, 450; Russo 2014a, 285. *Contra*, Piccininno 2014, 37.

(30) T. Roma 5.11.2013, cit. In tal senso, vd. anche T. Genova 11.11.2013, in *RIDL*, 2014, n. 2, parte II, 373; T. Roma 17.12.2013, cit.; T. Roma 14.4.2014, cit.

(31) T. Roma 5.11.2013, cit.

(32) T. Milano 10.4.2013, cit.

non crea alcun automatismo ma solo prefigura la formulazione di condizioni previdenziali che costituiscano un incentivo alla prosecuzione del rapporto di lavoro per un lasso di tempo che può estendersi fino a settanta anni». La disposizione *de qua*, pertanto, «non attribuisce al lavoratore un diritto di opzione per la prosecuzione del rapporto di lavoro, né consente allo stesso di scegliere tra la quiescenza o la continuazione del rapporto», ma la prosecuzione dell'attività lavorativa è subordinata all'accordo delle parti – cioè, il lavoratore che abbia già maturato il diritto al trattamento pensionistico e il datore di lavoro – «sulla base di una reciproca valutazione di interessi».

Risulta evidente che tale interpretazione finisce per vanificare la portata della norma. E, in realtà, non è facilmente individuabile neanche un appiglio «letterale» in tal senso: il consenso datoriale non viene minimamente menzionato dal comma 4 dell'art. 24. Anzi, a differenza delle precedenti opzioni in materia (33), non è stabilito neanche un obbligo di comunicazione della volontà di avvalersi della facoltà di continuare a lavorare oltre l'età pensionabile (34).

Già le prime pronunce di merito avevano rilevato la rischiosità di collegare tale «incentivazione» al *placet* datoriale, in quanto «non è pensabile che l'obiettivo perseguito possa essere raggiunto con il consenso del datore di lavoro, considerato che in genere il datore di lavoro ha interesse a recedere subito dal rapporto» (35).

Desti, inoltre, perplessità il fatto che il consenso datoriale sia sempre stato considerato irrilevante nelle altre «opzioni» per la prosecuzione del rapporto di lavoro (36): al datore non veniva richiesto alcun adempimento per permettere la realizzazione del diritto del lavoratore (ad esempio, mediante accettazione), ma non poteva neanche far nulla per impedirlo. Se inquadrassimo in tale prospettiva anche l'incentivazione di cui al comma 4 dell'art. 24, il datore di lavoro potrebbe legittimamente esercitare il recesso solo in presenza di una giusta causa o di un giustificato motivo (37).

Le Sezioni Unite, invece, affermano che l'estensione delle tutele previste dall'art. 18 St. lav., così come indicato nell'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 24, d.l. n. 201/2011, opera soltanto in presenza della prosecuzione consensuale del rapporto. In mancanza di accordo tra le parti, al raggiungimento dei requisiti pensionistici il rapporto sarebbe recedibile *ad nutum*, a prescindere dalla volontà del lavoratore di avvalersi dell'incentivazione alla prosecuzione.

Anzi, secondo una lettura ardita, che porta alle estreme conseguenze il ragionamento della Corte a Sezioni Unite, «la *ratio* della disposizione in commento non è nel senso di una incentivazione assoluta alla prosecuzione del rapporto di lavoro – a fini di risparmio sulla spesa pensionistica – ma è piuttosto quella di consentire al datore di lavoro di avvalersi della prestazione del lavoratore – ove ne abbia interesse – nelle forme

(33) L'art. 6, d.l. n. 791/1981, stabilisce che l'opzione sia comunicata al datore di lavoro almeno sei mesi prima del conseguimento del diritto alla pensione di vecchiaia; l'art. 6, l. n. 407/1990, aggiunge anche la comunicazione all'ente previdenziale competente.

(34) In dottrina, vd. Sandulli 2012, 20. In giurisprudenza, vd. C. App. Genova 8.1.2014, in *DLRI*, 2014, n. 3, 787, con nota – su questo punto critica – di Murena.

(35) T. Torino 29.3.2013, in *Bollettino Adapt*, 2013, n. 21.

(36) L'opzione di cui all'art. 6, d.l. n. 791/1981, è pacificamente riconosciuta come diritto potestativo: vd. Cass. 16.12.1986, n. 7574, in *FI*, 1987, n. 2, I, 391; T. Taranto 26.9.1986, in *FI*, 1987, n. 2, I, 392; Pret. Genova 26.1.1988, in *L80*, 1988, 514.

(37) In tal senso, vd. C. App. Genova 8.1.2014, cit.

del lavoro dipendente piuttosto che attraverso altre forme autonome di collaborazione, a queste condizioni soltanto realizzandosi un risparmio della spesa pensionistica» (38). In pratica, ci sarebbe un completo rovesciamento del significato dell'opzione, che non sarebbe stata introdotta nell'interesse del lavoratore, ma del datore di lavoro!

3. — *La pronuncia del Tribunale di Roma e la libertà di forma del consenso* — Le Sezioni Unite, nella pronuncia in commento, non toccano, però, un punto fondamentale; il vero e proprio perno dell'intero impianto dell'art. 24, comma 4, secondo la ricostruzione operata dalla Corte: le modalità di manifestazione del consenso del datore di lavoro.

È sufficiente un silenzio-assenso o è necessaria una dichiarazione espressa?

Non si tratta di una questione meramente formale: a seconda della risposta al quesito è legittimo oppure no il recesso intimato dal datore di lavoro al raggiungimento dei requisiti pensionistici del dipendente.

Su tale snodo si incentra la pronuncia del Tribunale di Roma in epigrafe, che riguarda il licenziamento intimato dalla Rai a un dipendente – in questo caso non giornalista – che, prima del conseguimento dei requisiti per l'accesso al trattamento pensionistico, aveva comunicato l'intenzione di avvalersi della facoltà di proseguire l'attività lavorativa fino a settant'anni a norma dell'art. 24, comma 4, d.l. n. 201/2011. Il lavoratore ricorrente chiede, in via principale, la dichiarazione della nullità del licenziamento, in quanto discriminatorio per ragioni anagrafiche o ritorsivo perché adottato in seguito al rifiuto di addivenire a una risoluzione consensuale del rapporto. In subordine, chiede l'annullamento del licenziamento e la conseguente indennità risarcitoria fino al tetto massimo delle dodici mensilità.

Il giudice del lavoro adito non ravvisa la discriminatorietà del recesso né la sua ritorsività, in quanto evidenzia nella condotta datoriale la semplice volontà di estinguere un rapporto considerato recedibile *ad nutum* ai sensi dell'art. 4, comma 2, l. n. 108/1990.

L'esame delle domande in via subordinata riserva, però, qualche sorpresa. Pur aderendo all'interpretazione delle Sezioni Unite sulla mera programmaticità del comma 4 dell'art. 24 e affermando che «la norma in questione non attribuirebbe un diritto potestativo al lavoratore, ma semplicemente gli conferirebbe la possibilità di optare per la prosecuzione del rapporto, ferma restando la necessaria accettazione della parte datoriale», il Tribunale di Roma arriva alla soluzione opposta: annulla il licenziamento e condanna la Rai alla reintegrazione del dipendente nel posto di lavoro. E ciò sulla base del fatto che «il diritto del lavoratore si fonderebbe proprio sull'accordo intercorso con la parte datoriale».

Nel caso di specie, il dipendente, prima del compimento dei requisiti pensionistici, ha comunicato via e-mail al datore l'intenzione di proseguire l'attività fino a settant'anni ai sensi dell'art. 24, comma 4, d.l. n. 201/2011. A tale richiesta non è seguita alcuna risposta da parte del datore di lavoro e il rapporto è continuato tranquillamente per sedici mesi, ben oltre il raggiungimento dell'età pensionabile da parte del dipendente. Solo successivamente la società ha intimato il licenziamento *ad nutum* a norma del comma 2 dell'art. 4, l. n. 108/1990.

(38) T. Napoli 7.10.2015, in *DeJure*.

Al riguardo, il giudice osserva che, «seppur l'art. 24 sopra citato richiede il consenso del datore di lavoro, non è però previsto che tale consenso debba essere espresso in forme sacramentali» e, «in mancanza di alcuna esplicita previsione normativa, vige il principio generale di libertà di forma», sancito dall'art. 1350 c.c.

Il consenso, pertanto, può essere manifestato anche in forma implicita, attraverso i cd. fatti concludenti (39). Nel comportamento datoriale il Tribunale ravvisa «un fatto concludente idoneo a integrare il consenso», perché «a fronte di una esplicita richiesta del lavoratore di continuare a lavorare oltre il raggiungimento dell'età pensionabile (espressamente richiamando la disciplina del d.l. n. 201/2011) sussiste un vero e proprio onere del datore di lavoro di manifestare il proprio dissenso tempestivamente ossia prima del raggiungimento dell'indicato limite di età» (40).

La mancata risposta alla richiesta di avvalersi dell'opzione e la continuazione dell'attività di lavoro oltre il raggiungimento dei requisiti pensionistici ha realizzato gli effetti previsti dal comma 4 dell'art. 24 citato, cioè l'estensione delle tutele di cui all'art. 18 St. lav. fino ai settant'anni di età. Per tali ragioni il licenziamento intimato «deve essere considerato illegittimo per insussistenza del fatto contestato» e, a norma del comma 4 dell'art. 18 St. lav., il lavoratore ha diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro e alla corresponsione di un'indennità risarcitoria liquidata nella misura di dodici mensilità.

In realtà, come rileva lo stesso giudice, nel caso di specie «non viene contestato alcun fatto», perché «il datore di lavoro pretende di intimare il licenziamento per il mero superamento dei requisiti pensionistici». Quindi si tratta di una «forzatura» dell'interpretazione di insussistenza del fatto contestato. E ciò induce a riflettere sul coordinamento tra l'ultimo «sibillino» (41) periodo del comma 4 dell'art. 24 – relativo all'estensione delle tutele di cui all'art. 18 St. lav. – e le rilevanti modifiche subite dall'art. 18 soltanto pochi mesi più tardi, con la scomposizione in quattro livelli sanzionatori. Fermo restando che, laddove vi sia il consenso alla prosecuzione del rapporto, il lavoratore deve essere tutelato contro il recesso ingiustificato, qual è la tutela apprestata dal «nuovo» art. 18 St. lav.?

Considerato che l'art. 24 «non pone un divieto assoluto di licenziamento dei lavoratori nel periodo tra il conseguimento dei requisiti pensionistici e i settant'anni, bensì si limita a stabilire la vigenza della tutela *ex* articolo 18 fino a tale età» (42), secondo una tesi, «il giudice, assodato che il licenziamento era totalmente privo di giustificazione, avrebbe dovuto applicare la reintegrazione cd. “debole” di cui all'articolo 18, commi 4 e 5» (43).

(39) Al riguardo, cfr. T. Roma 26.1.2015, in *DeJure*, secondo cui il «consenso deve essere espresso per i datori di lavoro pubblici e può invece essere anche tacito per i privati, posto che i primi hanno l'obbligo di far cessare il rapporto al raggiungimento del limite, mentre i secondi, da tale data, semplicemente riacquistano il potere di recederne liberamente».

(40) *Contra*, T. Napoli 7.10.2015, cit.: «Il consenso del datore di lavoro alla prosecuzione del rapporto lavorativo, oltre il raggiungimento dell'età pensionabile, non può desumersi dalla mancata risposta alla richiesta di permanere in servizio, che quindi non ha significato univoco e concludente in tal senso».

(41) Ferrante 2014, 221.

(42) *Contra*, T. Torino 23.3.2013, cit., che dichiara la nullità del licenziamento per violazione di norme imperative.

(43) Corti 2013, 1046.

Quid iuris, alla luce del d.lgs. n. 23/2015, sul cd. contratto a tutele crescenti per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015? Non è un'ipotesi di scuola o un'operazione di previsione del futuro a lungo o lunghissimo termine: anche un lavoratore «anziano» può essere stato assunto dopo l'entrata in vigore del testo normativo (44) o può trattarsi di una conversione del contratto a tempo determinato (45) o, più semplicemente, può essere occupato alle dipendenze di un datore di lavoro sotto la soglia dimensionale di cui all'art. 18 St. lav., che, in seguito a nuove assunzioni, supera il limite dei quindici dipendenti (46).

Nella nuova disciplina, la tutela reintegratoria sopravvive soltanto nell'ipotesi dell'insussistenza del fatto materiale nei licenziamenti disciplinari (47), mentre in tutti gli altri casi, anche se il licenziamento è invalido, il rapporto si intende risolto e il recesso ingiustificato viene monetizzato attraverso un'indennità pari a due mensilità dell'ultima retribuzione per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità (48). Tale limite massimo, inoltre, si rivela particolarmente svantaggioso per il lavoratore che possa vantare un'anzianità di servizio superiore ai dodici anni.

Tale mutato contesto normativo induce a interrogarsi sull'effettiva tutela da apprestare nel caso di specie e a riflettere sulla riconducibilità dell'ipotesi *de qua* al licenziamento discriminatorio per età (49), per accordare una sorta di protezione «alle aspirazioni di coloro che per diverse ragioni (dalla gratificazione personale alle più prosaiche necessità economiche) vorrebbero continuare a lavorare anche dopo aver raggiunto l'età pensionabile» (50).

4. — *Criticità e prospettive* — Come dimostra la pronuncia del Tribunale di Roma appena esaminata, la sentenza a Sezioni Unite della Cassazione non ha ancora messo fine al dibattito sul comma 4 dell'art. 24, che offre ancora numerosi e variegati profili di indagine.

In primo luogo, merita una riflessione la distinzione tra età «pensionabile» ed età «massima lavorativa»: il citato comma 2 dell'art. 4, l. n. 108/1990, indica come *dies a quo* per l'operatività del recesso senza necessaria giustificazione il raggiungimento dell'età pensionabile («prestatori di lavoro ultrasessantenni, in possesso dei requisiti pensionistici»), ma fa salva la possibilità di avvalersi dell'opzione di prosecuzione fino all'età massima lavorabile («sempre che non abbiano optato per la prosecuzione del rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 6 del d.l. 22 dicembre 1981, n. 791»).

Visto che l'art. 6, d.l. n. 791/1981, deve considerarsi superato, in quanto l'età anagrafica attualmente richiesta per l'accesso al trattamento pensionistico supera i 65 anni previsti dall'opzione, che valore dare a questa disposizione?

Non si può negare che, con l'introduzione della norma di cui al comma 4 dell'art. 24 del decreto «Salva Italia», qualunque sia il valore attribuito all'opzione, l'età massi-

(44) Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 23/2015.

(45) Art. 1, comma 2, d.lgs. n. 23/2015.

(46) Art. 1, comma 3, d.lgs. n. 23/2015.

(47) Vd. art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015.

(48) Vd. art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015.

(49) Russo 2014b, 352.

(50) Ballestrero 2011, 141.

ma lavorabile sia stata spostata al compimento del settantesimo anno di età (51) (e successivi adeguamenti all'aspettativa di vita). In che modo, quindi, coordinare il comma 2 dell'art. 4, l. n. 108/1990, con il comma 4 dell'art. 24, d.l. n. 201/2011?

Perché con le opzioni di cui agli artt. 6, d.l. n. 791/1981, e 6, l. n. 407/1990, la stabilità del rapporto fino all'età massima lavorabile dipendeva da una scelta del lavoratore e ora è invece considerata una conseguenza del consenso del datore di lavoro? Può essere valutato come uno dei segni del cambiamento di prospettiva del diritto del lavoro, da un orientamento *pro-labour* a *pro-capital*?

Tornando al necessario requisito del «consenso» datoriale, è interessante rilevare come, a differenza dell'opzione alla prosecuzione del rapporto di cui al comma 4 dell'art. 24, d.l. n. 201/2011, nell'art. 1, comma 284, l. 28 dicembre 2015, n. 208 – cd. Legge di stabilità 2016 –, concernente il *part-time* per i lavoratori «anziani» – in pratica, si tratta di una sorta di ipotesi inversa: un'incentivazione all'esodo dei lavoratori anziani anziché alla prosecuzione del rapporto –, venga ribadita per ben due volte la necessità del consenso del datore di lavoro.

Inoltre, è opportuno rilevare che la perdurante vivacità giurisprudenziale in materia incrementa l'incertezza sul termine di operatività del recesso *ex art.* 2118 c.c. da parte del datore di lavoro e il conseguente «impaccio gestionale» (52) nell'amministrazione delle risorse umane, con un verosimile incremento delle risoluzioni consensuali del rapporto onde evitare i costi e le lungaggini giudiziali (53).

Un ulteriore approfondimento richiede anche la «novità» (54) del termine «incentivazione» adoperato dal legislatore nella norma in esame: in cosa consisterebbe il beneficio per il lavoratore optante?

Secondo la pronuncia del Tribunale di Roma in commento, «l'incentivo consiste nel dare al lavoratore la possibilità di ottenere dei vantaggi economici sulla futura pensione in caso di prosecuzione del rapporto oltre l'età pensionabile».

Questo vantaggio economico si traduce nell'applicazione dei coefficienti di trasformazione, che sono stabiliti in relazione all'età dell'assicurato alla data di decorrenza della pensione, a partire dall'età di 57 anni e fino al limite dei settant'anni (55).

Con il metodo di calcolo cd. contributivo, la misura della pensione dipende dal montante contributivo – cioè, la somma rivalutata dei contributi versati nell'arco della vita lavorativa – a cui viene applicato il coefficiente di trasformazione che subisce incrementi progressivi con l'aumentare dell'età. Pertanto, più tardi si va in pensione maggiore sarà sia il montante dei contributi versati, sia il coefficiente di calcolo.

In realtà, com'è stato segnalato (56), non si tratta di una vera e propria incentivazione, ma semplicemente dell'eliminazione di «una ingiustificata penalizzazione del pensionamento a età più avanzata», che era insita nelle tabelle precedentemente utilizzate.

(51) Cfr., al riguardo, Piccininno 2015, 1277.

(52) D'Ambrosio 2012, 6.

(53) Cfr. Russo 2015, 156.

(54) Piccininno 2014, 36.

(55) Decreto del ministero del Lavoro del 15.5.2012.

(56) Sandulli 2012, 19.

Eppure, l'utilità di tale meccanismo di incentivazione andrebbe oggi riletta alla luce dell'art. 1, comma 117, l. 23 dicembre 2014, n. 190, secondo cui, dal 1° gennaio 2015, non si può superare un tetto massimo al trattamento pensionistico (57).

Se viene meno anche questa tutela di tipo economico, quale sarebbe il vantaggio del lavoratore nella prosecuzione del rapporto di lavoro? Non sussisterebbe né un'incentivazione di tipo economico, né di garanzia della stabilità del rapporto. E l'art. 24, comma 4, resterebbe un mero *flatus vocis*.

Riferimenti bibliografici

- Ballestrero M.V. (2011), *Pensionati recalcitranti e discriminazione fondata sull'età*, in *LD*, n. 1, 141 ss.
- Barbieri M., D'Onghia M. (2015), *Alcune buone ragioni per discutere di una buona sentenza*, in M. Barbieri, M. D'Onghia (a cura di), *La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, Collective Volumes, n. 4, 3 ss.
- Canavesi G. (2013), *Età pensionabile, prosecuzione del rapporto fino a settant'anni e licenziamento nella riforma pensionistica del 2011*, in *DRI*, n. 3, 665 ss.
- Cinelli M. (2012), *La Riforma delle pensioni del «Governo tecnico». Appunti sull'art. 24 della legge n. 214 del 2011*, in *RIDL*, n. 2, I, 385 ss.
- Cinelli M. (2015), *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino.
- Corti M. (2013), *La tendenza espansiva della nuova reintegrazione: riflessioni su alcune pronunce ex art. 18, comma 1, dello Statuto dei lavoratori*, in *DRI*, n. 4, 1038 ss.
- D'Ambrosio L. (2012), *Il licenziamento ad nutum del lavoratore in possesso dei requisiti pensionistici di vecchiaia: disciplina e problematiche*, in *Bollettino Adapt*, n. 6.
- De Ioanna P. (2015), *Tra diritto ed economia: la Corte costituzionale fissa alcuni punti fermi, ma riapre un nesso cruciale*, in M. Barbieri, M. D'Onghia (a cura di), *La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, Collective Volumes, n. 4, 55 ss.
- Ferrante V. (2009), *Recenti evoluzioni nella disciplina degli ammortizzatori sociali: fra sostegno alla riduzione dell'orario e generalizzazione delle tutele*, in *DRI*, n. 4, 918 ss.
- Ferrante V. (2014), *Licenziamento dell'ultrasessantenne in possesso dei requisiti per la pensione (art. 24, c. 4, d.l. n. 201/2011): lex minus dixit quam voluit?*, in *RIDL*, n. 2, I, 221 ss.
- Murena C. (2014), *Età pensionabile e recesso ad nutum nel decreto legge n. 201/2011*, in *DLRI*, n. 3, 787 ss.
- Persiani M. (2014), *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova.
- Pessi R. (2013), *Ripensando il welfare*, in *RDSS*, n. 3, 477 ss.
- Piccininno S. (2014), *Età pensionabile flessibile e cessazione del rapporto di lavoro nel sistema della riforma pensionistica del 2011*, in *ADL*, n. 1, I, 32 ss.
- Piccininno S. (2015), *Flessibilità dell'età pensionabile e prosecuzione del rapporto di lavoro dopo la riforma delle pensioni*, in *ADL*, n. 6, I, 1272 ss.

(57) Cfr. anche circolare Inps 10.4.2015, n. 74.

- Pistore G. (2016), *Prosecuzione del rapporto di lavoro oltre l'età pensionabile: l'art. 24, c. 4, del d.l. n. 201/2011 tra nodi irrisolti e spunti di riflessione*, di prossima pubblicazione in *LG*.
- Pozzaglia P. (2014), *La prosecuzione incentivata del rapporto di lavoro sino al settantesimo anno di età*, in *MGL*, n. 7, 450 ss.
- Russo M. (2013), *Licenziamento di un giornalista pensionabile: spunti di riflessione su regime previdenziale Inpgi, prosecuzione del rapporto di lavoro fino a settant'anni e discriminazione per età*, in *LPO*, n. 3-4, 203 ss.
- Russo M. (2014a), *Licenziamento per raggiunti requisiti pensionistici: dal recesso ad numtum alla discriminazione per età*, in *q. Riv.*, n. 2, II, 343 ss.
- Russo M. (2014b), *Lavorare fino a settant'anni: disciplina, tutele ed effetti sul mercato del lavoro dell'art. 24, l. n. 214/2011*, in *LPO*, 2014, n. 5-6, 273 ss.
- Russo M. (2014c), *Licenziamento del dirigente con requisiti pensionistici: tentativi di tutela nell'attuale quadro normativo*, in *LPO*, n. 7-8, 454 ss.
- Russo M. (2015), *La prosecuzione del rapporto oltre l'età pensionabile tra tutele individuali ed esigenze di ricambio generazionale*, in *Economia & Lavoro*, n. 3, 147 ss.
- Sandulli P. (2012), *Il sistema pensionistico tra una manovra e l'altra. Prime riflessioni sulla legge n. 214/2011*, in *RDSS*, n. 1, 5 ss.
- Scognamiglio R. (1993), *Il pluralismo dei regimi previdenziali*, in *DL*, n. 1, 89 ss.
- Sessa E. (2015), *Sul diritto alla reintegra del giornalista licenziato per sopraggiunti limiti di età*, in *q. Riv.*, n. 1, II, 131 ss.

Marianna Russo
*Dottore di ricerca in Diritto del lavoro
presso la «Sapienza» Università di Roma*

TRIBUNALE MILANO, 16.12.2015 – Est. Di Leo – L.A. e altri c. A. Spa.

Prescrizione e decadenza – Decorrenza – L. n. 92/2012 – Calcolo a ritroso – Differenze retributive – Lavoro *part-time*.

Il termine quinquennale di prescrizione dei crediti retributivi si calcola a ritroso a partire dal 18 luglio 2012, data di entrata in vigore della cd. legge Fornero, per quel che concerne le istanze creditorie avanzate da prestatori di lavoro alle dipendenze di una impresa rientrante nel campo di applicazione dell'art. 18 St. lav. e i cui rapporti, ancora in essere al momento del giudizio, siano sorti anteriormente all'entrata in vigore della l. n. 92/2012. Ne deriva che il decorso della prescrizione è impedito a far data dal 18 luglio 2012. (1)

(1) LA PRESCRIZIONE DEI CREDITI DI LAVORO
DOPO LA CD. LEGGE FORNERO E IL CD. *JOBS ACT*

SOMMARIO: 1. Il caso. — 2. La prescrizione dei crediti di lavoro nella giurisprudenza creativa della Corte costituzionale: le pronunce n. 63/1966 e n. 174/1972. — 3. Il polimorfismo sanzionatorio dell'art. 18 St. lav. e la decorrenza della prescrizione. — 3.1. Il *dies a quo* della prescrizione dei crediti retributivi alla luce della l. n. 92/2012: opinioni dottrinarie a confronto. — 4. La decisione del Tribunale di Milano: effetti dell'art. 18 St. lav. sulla decorrenza della prescrizione dei crediti sorti antecedentemente alla cd. legge Fornero e azionati in giudizio in costanza di rapporto. — 5. L'incidenza del d.lgs. n. 23/2015 sul decorso della prescrizione. — 6. Conclusioni.

1. — *Il caso* — Gli effetti della cd. legge Fornero sulla decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro è il delicato tema affrontato dalla sentenza del Tribunale di Milano qui esaminata.

La pretesa creditoria da cui trae origine la sentenza è legata al riconoscimento di differenze retributive, per il periodo 2007-2012, nell'ambito di prestazioni di lavoro a tempo parziale offerte in una impresa rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 18 St. lav.

Alcuni lavoratori *part-time* si rivolgono al giudice del lavoro lamentando la violazione del principio di parità di trattamento *ex art. 4*, d.lgs. n. 61/2000, rispetto ai lavoratori a tempo pieno, quanto alle modalità di calcolo delle «voci fisse» della retribuzione, nonché del lavoro supplementare.

I ricorrenti allegano la violazione del principio di proporzionalità stante l'illegittimità dell'art. 24, c. 2, del Ccnl «per il personale dipendente da società e consorzi concessionari di autostrade e trafori» che, per i soli contratti *part-time*, sancisce che la corresponsione di tutte le voci retributive è calcolata in base al divisore «170».

Il sistema di compensazione del lavoro della resistente prevede che al personale *full-time* le voci stipendiali indicate nell'art. 22 del Ccnl (minimo tabellare, scatti di anzianità, indennità di contingenza ed Edr) siano retribuite come fisse indipendentemente dai giorni effettivamente lavorati in ciascun mese, valendo il divisore «170» dell'art. 24 del Ccnl solo per voci residue rispetto a quelle indicate nel citato art. 22.

Viceversa, per i contratti *part-time*, il menzionato art. 24 del Ccnl prevede l'applicazione del divisore «170» per tutte le voci della retribuzione.

Di conseguenza, i dipendenti a tempo parziale lamentano la corresponsione di una retribuzione «meno che proporzionale» rispetto a quella del personale a tempo pieno a cui il citato divisore non trova applicazione per le voci fisse della retribuzione.

I lavoratori deducono, inoltre, il loro mancato inquadramento tra il personale che svolge «turni continui e avvicendati» e di conseguenza il mancato riconoscimento delle maggiorazioni per lavoro notturno e lavoro notturno festivo, così come stabilite dall'art. 11, punto 10, del Ccnl di settore (40% per il lavoro notturno e 80% per il lavoro notturno festivo).

Il Tribunale di Milano rigetta l'eccezione di prescrizione quinquennale dei crediti sollevata dalla società resistente e dichiara l'illegittimità dell'art. 24 del Ccnl. Condanna, inoltre, la società resistente alla corresponsione di tutte le differenze retributive, così come prospettate nei conteggi di parte ricorrente, relativamente al periodo da luglio 2007 a luglio 2012.

Nonostante il regime di stabilità reale cui è assoggettata la resistente, il giudice dichiara non prescritte le pretese creditorie azionate, in quanto ritiene che le modifiche apportate all'art. 18 St. lav. dalla l. n. 92/2012 fanno sì che i lavoratori, pur dipendenti da imprese rientranti nel campo di applicazione della norma statutaria, possano incorrere, per la durata del rapporto di lavoro, nel timore del recesso nel far valere le proprie ragioni a fronte della diminuita resistenza della propria stabilità.

Sicché il Tribunale di Milano sostiene che non sia maturata la prescrizione poiché la decorrenza della stessa, in riferimento alle richieste avanzate in costanza di rapporto, va calcolata a ritroso a partire dal 18 luglio 2012: data di entrata in vigore della cd. legge Fornero.

Da tale data i lavoratori, pur dipendenti da azienda sottoposta all'art. 18 St. lav., sono in una situazione di *metus* tale per cui il decorso della prescrizione risulta paralizzato in costanza di rapporto.

2. — *La prescrizione dei crediti di lavoro nella giurisprudenza creativa della Corte costituzionale: le pronunce n. 63/1966 e n. 174/1972* — La decisione del Tribunale di Milano offre l'opportunità di analizzare la questione della decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi all'indomani delle modifiche apportate all'art. 18 St. lav. dalla l. n. 92/2012.

Trattandosi della prima decisione intervenuta in argomento dopo l'entrata in vigore della cd. legge Fornero, sembra opportuno affrontare la tematica del decorso della prescrizione dei crediti retributivi offrendo un quadro ricostruttivo il più ampio possibile. Punto di partenza sono le note sentenze della Corte costituzionale n. 63 del 1966 e n. 174/1972, che per prime hanno risolto, almeno fino al 2012, il problema del decorso della prescrizione.

La sentenza della Corte costituzionale n. 63/1966 (1) è la pronuncia cardine in materia di prescrizione dei crediti retributivi, in virtù del suo «effetto dirom-

(1) Diffusamente sulla sentenza C. cost. n. 63/1966, vd.: Pera 1973; Vitucci 1990; Ghera 2008; Mattone 2012. In particolare, sulla sentenza C. cost. n. 63/1966 quale operazione sostanzialmente legislativa realizzata attraverso un procedimento giurisdizionale, vd. Pera 1973.

pente» (2) consistente nell'aver escluso la decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi in costanza di rapporto.

La dottrina ha definito la sentenza come il «più eclatante apporto creativo della giurisprudenza della Corte alla formazione del diritto del lavoro» (3), rappresentando, dopo il codice del 1942 l'unica «modifica sostanziale e rilevante» al «diritto generale e comune della prescrizione civile» (4).

La sentenza, con un'argomentazione molto chiara e puntuale, afferma che il diritto di credito alle prestazioni salariali dovute al prestatore di lavoro non può essere «fatto valere in perpetuo», così come invece il diritto alla retribuzione sufficiente, ed è, pertanto, prescrittibile.

Ciò, però, non esclude che il diritto alle prestazioni salariali non sia rinunciabile, allo stesso modo del diritto al riposo settimanale o alle ferie, espressamente dichiarati irrinunciabili dall'art. 36, c. 3, Cost.

Ne deriva che l'irrinunciabilità esclude che la prescrizione possa decorrere durante il rapporto poiché, quando il rapporto non è «dotato di quella resistenza che caratterizza invece il rapporto di impiego pubblico il timore del recesso, cioè del licenziamento può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia a una parte dei propri diritti» (5).

Dunque, secondo la ricostruzione della C. cost. il decorso della prescrizione in costanza di rapporto determina, per i crediti retributivi, proprio l'effetto abdicativo che l'art. 36 Cost. esclude, prevedendo la nullità di qualsiasi rinuncia ai diritti ivi contemplati.

Di conseguenza la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale delle norme codicistiche in tema di prescrizione dei diritti del lavoratore subordinato (artt. 2948, n. 4, 2955, n. 2, e 2956, n. 1) «limitatamente alla parte in cui consentono che la prescrizione decorra durante il rapporto».

La *ratio* della decisione è, dunque, incentrata sulla equivalenza tra rinuncia e inerzia del lavoratore, giustificata sulla base della situazione psicologica di *metus* in cui il lavoratore si trova in costanza di rapporto e che lo induce a non esercitare i propri diritti nel timore di un eventuale licenziamento.

Il principio della non decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto, però, subisce una vera e propria erosione per effetto della successiva pronuncia della Corte costituzionale n. 174/1972, intervenuta dopo l'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori.

La Corte, chiamata a pronunciarsi sull'illegittimità dell'art. 49, Ccnl 24 maggio 1949 per i dipendenti della case di cura private, dotato di efficacia *erga omnes* ai sensi dell'art. 1, l. 14 luglio 1959, n. 741, opera una modifica di portata sostanziale al regime di decorrenza della prescrizione delineato nel 1966.

Con la stessa tecnica «manipolativa» utilizzata nella pronuncia del 1966, la Corte riprende la motivazione di quella stessa sentenza e, nel riaffermare il principio della non decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi durante il rapporto di lavoro,

(2) Montuschi 2009.

(3) Ghera 2008.

(4) Vitucci 1990.

(5) Così, C. cost. n. 63/1966.

ne circoscrive il campo di applicazione ai soli rapporti non rientranti nel campo di applicazione dell'art. 18 St. lav.

Da un punto di vista meramente formale, la dottrina rileva (6) come la pronuncia in esame non incida direttamente sulle norme codicistiche in tema di prescrizione, limitandosi a colpire l'art. 49 del Ccnl oggetto della pronuncia. Tuttavia è lo stesso giudice costituzionale a effettuare un espresso richiamo al principio enunciato nella motivazione della sentenza n. 63 del 1966 per circoscriverne il raggio di azione, sostenendo che «è venuto meno il fondamento giuridico su cui poggiava la parziale invalidazione statuita con la sentenza n. 63/1966» (7) per effetto delle innovazioni legislative introdotte in tema di licenziamento e reintegrazione del lavoratore.

La pronuncia del 1972, così come la precedente pronuncia del 1966, è espressione di un'attività manipolativa della Corte, a invarianza di testo normativo: la sentenza introduce una norma non scritta fondata sull'analogia tra rapporto di pubblico impiego e rapporto privato di lavoro cui sia applicabile la disciplina prevista dallo Statuto dei lavoratori.

In considerazione del presunto collegamento tra decorrenza immediata della prescrizione e forza di resistenza al potere di recesso del datore, ai rapporti cd. stabili non trova applicazione il principio di differimento del decorso della prescrizione alla cessazione del rapporto.

La sentenza n. 174 suscita forti reazioni critiche in dottrina (8), soprattutto sul piano di teoria delle fonti del diritto.

Alcuni Autori evidenziano che l'intervento della Corte, attraverso un'ulteriore manipolazione di un testo già dichiarato illegittimo (per effetto della pronuncia n. 63/1966), faccia rivivere la norma già cancellata con la precedente pronuncia del 1966 (9), in violazione di quanto previsto dall'art. 136 Cost. (10).

Nonostante le numerose obiezioni, il principio affermato dalla sentenza n. 174/1972 si trasforma in diritto vivente e, in particolare, viene ben presto recepito dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, che con sentenza a Sezioni Unite n. 1268 del 1976 riconosce l'efficacia normativa della sentenza n. 174.

La Cassazione, inoltre, si sofferma sul concetto di stabilità del rapporto di lavoro, necessario a giustificare la decorrenza immediata della prescrizione, precisando che si ha in presenza di una disciplina «che, indipendentemente dal carattere pubblico o privato del datore di lavoro [...] sul piano sostanziale, subordina la legittimità e l'efficacia della risoluzione alla sussistenza di circostanze obiettive e predeterminate e, sul piano processuale, affidi al giudice il sindacato su tali circostanze e la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo» (11).

(6) Ghera 2008.

(7) Così, testualmente, C. cost. 12.12.1972, n. 174.

(8) Per una dettagliata ricostruzione delle critiche alla sentenza n. 174/1972, si vd. Maresca 1983, 172 ss.

(9) Pera 1995.

(10) L'art. 136 Cost. così recita al c. 1: «Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione».

(11) Cass. 12.4.1976, n. 1268, S.U., in *MGL*, 1976, 190 ss.

La Corte costituzionale è stata poi investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2948, n. 4, c.c., quanto alla compatibilità del dispositivo della sentenza n. 63/1966 con quanto enunciato dalla sentenza n. 174/1972.

Con sei sentenze emesse nel 1979 (12) la Corte costituzionale conferma la precedente giurisprudenza della stessa Corte, puntualizzando però che la sola sentenza n. 63 modifica la disciplina legale assumendo efficacia normativa, mentre invece la pronuncia n. 174/1972 non possiede la stessa efficacia imperativa.

Saranno poi nei decenni successivi i giudici di merito e, principalmente, la Corte di Cassazione (13) a riconoscere efficacia vincolante e, in sostanza, normativa, anche a quella interpretazione.

Ne deriva che l'effetto delle due pronunce della Corte costituzionale n. 63/1966 e 194/1972 è quello di introdurre nel diritto vivente il «regime bipartito» (14) della decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi: in costanza di rapporto per i lavoratori rientranti dall'ambito di applicazione della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e, invece, dalla cessazione del rapporto per tutti i lavoratori a cui si applica la cd. tutela obbligatoria.

3. — *Il polimorfismo sanzionatorio dell'art. 18 St. lav. e la decorrenza della prescrizione* — Il tema della prescrizione dei crediti retributivi, sopito in conseguenza degli assetti definiti in maniera determinante dalla giurisprudenza creativa della Corte costituzionale negli anni sessanta e settanta, riemerge quale «effetto collaterale» (15) della riforma Fornero e, più di recente, del d.lgs. n. 23/2015.

Nessuna delle due normative appena citate interviene in via diretta sulla questione della decorrenza del termine quinquennale di prescrizione dei crediti retributivi.

La tematica torna a imporsi con un certo grado di problematicità, in virtù delle ripercussioni che le modifiche all'apparato sanzionatorio in materia di licenziamenti individuali, realizzate sia dalla l. n. 92/2012 sia dal d.lgs. n. 23/2015, determinano sulla disciplina della prescrizione.

Il fulcro del problema è costituito dal polimorfismo sanzionatorio previsto dall'art. 18 St. lav., novellato dalla l. n. 92/2012, con marginalizzazione delle ipotesi di reintegrazione nel posto di lavoro.

Oggetto di modifica è anche la stessa rubrica dell'art. 18 St. lav., non più dedicata alla «reintegrazione nel posto di lavoro», ma alla «tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo».

Il sistema delineato nel nuovo art. 18 St. lav., in un'ottica complessiva di flessibilizzazione della disciplina dei rapporti di lavoro anche «in uscita» (16), prevede una graduazione di sanzioni in riferimento alle diverse tipologie di licenziamento e non

(12) C. cost. 1.6.1979, nn. 40, 41, 42, 43, 44, 45, in *GC*, 1979, 330.

(13) *Ex multis*, Cass. 28.3.2012, n. 4942, S.U.; Cass. 16.5.2012, n. 7640; Cass. 19.8.2011, n. 17399; Cass. 21.5.2007, n. 11736; Cass. 21.5.2007, n. 11736; Cass. 20.1.2001, n. 38.

(14) Ghera 2008.

(15) Maio 2014, 490.

(16) Con riferimento, in ogni caso, alla impossibilità dell'art. 18 St. lav., nuovo testo, di determinare una «radicale rottura» rispetto alla precedente generale applicazione della tutela reintegratoria, vd. Carinci 2012.

più l'identica sanzione della reintegrazione del lavoratore unita al pagamento di almeno cinque mensilità della retribuzione globale di fatto.

La reintegrazione nel posto di lavoro è consentita in maniera «piena» nei casi di licenziamenti discriminatori o nulli, nonché, in forma «attenuata», nei casi di insussistenza del fatto oggetto di contestazione o quando il fatto contestato rientri tra gli illeciti punibili con sanzioni conservative per quel che concerne le ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa e, infine, nei casi di manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento per le fattispecie di giustificato motivo oggettivo (17).

In tutte le altre ipotesi di illegittimità del recesso, specificamente modulate nei vari commi dell'art. 18 St. lav., nuovo testo, l'unica sanzione applicabile è quella indennitaria.

Venuto meno per i rapporti di lavoro subordinato lo schema dicotomico tutela reale-tutela obbligatoria, ossia art. 18, l. n. 300/1970, e art. 8, l. n. 604/1966, si impone un ripensamento sul regime di decorrenza della prescrizione per quel che concerne i rapporti di lavoro instaurati nelle imprese che impieghino alle proprie dipendenze più di quindici dipendenti.

3.1. — *Il dies a quo della prescrizione dei crediti retributivi alla luce della l. n. 92/2012: opinioni dottrinarie a confronto* — Le opinioni della dottrina in materia di decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi all'indomani delle modifiche apportate dalla cd. legge Fornero all'art. 18 St. lav. sono discordanti.

Maggioritaria è la posizione di chi ritiene che il *dies a quo* della prescrizione in riferimento ai diritti retributivi sorti sotto la vigenza del nuovo art. 18 St. lav. non possa che esser individuato al momento della cessazione del rapporto di lavoro (18).

Alcuni Autori evidenziano innanzitutto che la frastagliata disciplina sanzionatoria delineata dall'art. 18 St. lav. precluda al prestatore di lavoro di sapere, in costanza di rapporto, se esso sia assistito da stabilità reale oppure no.

Le variabili da cui dipende la possibilità di reintegrazione nel posto di lavoro sfuggono a un preventivo controllo o a un'analisi del lavoratore e assumono una dimensione concreta solo all'atto della pronuncia giudiziale, ossia *ex post*.

Ne consegue che il lavoratore, in virtù della marginalizzazione delle ipotesi reintegratorie, si trova in uno stato di incertezza (19) tale per cui sembra riemergere con forza proprio quello stato di *metus* nei confronti del datore di lavoro che è alla base delle argomentazioni per cui la già descritta sentenza della Corte costituzionale n. 63/1966 ha posticipato il decorso della prescrizione alla cessazione del rapporto di lavoro.

(17) Sulle graduazioni dell'apparato sanzionatorio *ex art.* 18 St. lav. novellato dalla l. n. 92/2012 vd.: Mainardi 2013; Santoni 2013, Mattone 2012. In particolare, sul c. 7 del novellato art. 18 St. lav., quale sistema sanzionatorio «binario» che si concreta nella reintegrazione per le ipotesi di manifesta insussistenza del fatto e nella condanna al solo risarcimento del danno «nelle altre ipotesi», vd. Speciale 2013.

(18) In tal senso: Mazzotta 2012, 12; Mattone, 2012; Marazza 2012.

(19) In proposito, c'è chi in dottrina ha fatto riferimento a una situazione di incertezza sia «soggettiva», sia «oggettiva» che il lavoratore si trova a vivere a seguito del mutato apparato sanzionatorio di cui all'art. 18 St. lav. (Mattone 2012).

Ancora, si sostiene in dottrina (20) che la stessa eventuale reintegrazione disposta ai sensi del nuovo art. 18 St. lav., cc. 4 e 7, ossia nella forma cd. attenuata, non realizza affatto l'effetto della «completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente cessare» (21), in quanto la «forfetizzazione» del danno economico non consente al lavoratore di escludere una qualche perdita economica anche in caso di esito positivo del giudizio.

Alla luce della riforma del 2012 sembra venir meno il concetto di «stabilità» del rapporto di lavoro come delineato dalla Corte di Cassazione nella nota sentenza a Sezioni Unite del 1976, n. 1268, secondo cui è «stabile ogni rapporto che, indipendentemente dal carattere pubblico o privato del datore di lavoro, subordini la legittimità e l'efficacia della risoluzione alla sussistenza di circostanze obiettive e predefinite e, sul piano processuale, affidi al giudice il sindacato su tali circostanze e la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo» (22).

La «rimozione integrale» degli effetti del licenziamento trova riscontro solo in riferimento ai casi di radicale nullità del recesso, ma non con riferimento alle ipotesi di tutela indennitaria, né di tutela reintegratoria cd. attenuata derivante dal licenziamento annullabile.

In tale ultimo caso, la rimozione integrale degli effetti non si realizza mai, perché la ricostruzione del rapporto per il passato è limitata a un risarcimento, già definito nel suo tetto massimo dal legislatore, che prescinde dalla effettiva durata del lasso di tempo intercorrente tra la cessazione del rapporto e la pronuncia giudiziale (23).

A seguito della cd. riforma Fornero, dunque, non è più identificabile «quell'area di rapporti di lavoro caratterizzati dalla stabilità reale che, in base agli insegnamenti della Corte costituzionale, permetteva di escludere che il lavoratore potesse essere trattenuto dall'esercitare i propri diritti per timore del licenziamento» (24).

Da qui la necessità di tornare all'assetto definito con la già ricordata sentenza n. 63/1966, ossia alla posticipazione del decorso della prescrizione a cessazione del rapporto, con la rilevante novità della estensione anche ai rapporti alle dipendenze di imprese che integrino i requisiti numerici previsti per l'applicazione dell'art. 18 St. lav.

Tale soluzione risulta più coerente con le modifiche sanzionatorie introdotte dal legislatore del 2012, che riducono sensibilmente da un punto di vista oggettivo le possibilità di ottenere dal giudice del lavoro la ricostituzione *ex tunc* del rapporto illegittimamente risolto.

Occorre ricordare, però, che tutti i problemi interpretativi che il novellato art. 18 St. lav. pone derivano dal fatto che la sua formulazione è il frutto di una «travagliata gestazione» (25) e di un compromesso che non rispecchia l'originario intento presente nel disegno di legge quanto alla realizzazione di un vero modello di *flexicurity* con riferimento ai soli nuovi rapporti di lavoro.

(20) Maio 2014; Marazza 2012.

(21) Il virgolettato è estrapolato dalla pronuncia della C. cost. n. 174/1972.

(22) Così Cass. 12.3.1976, n. 1268, S.U., in *FI*, 1976, n. 1, I, p. 915.

(23) Mazzotta 2012.

(24) Ciucciovino 2014.

(25) Carinci 2012.

Il testo normativo varato dal legislatore non determina la «radicale rottura» (26) rispetto alla precedente generale applicazione della sola tutela reale e presenta delle evidenti aporie in virtù della sua applicabilità ai rapporti già in corso alla data di entrata in vigore della l. n. 92/2012, in riferimento al concreto computo dei termini prescrizione per tutti i crediti sorti prima dell'entrata in vigore della cd. legge Fornero e non ancora prescritti al momento di entrata in vigore della riforma del 2012.

Che qualificazione assume e che effetti determina l'intervento normativo del 2012 rispetto al decorso prescrizione dei diritti di credito già sorti e non ancora prescritti alla data del 18 luglio 2012?

Parte della dottrina sostiene che l'eventuale periodo di prescrizione in decorrenza prima dell'entrata in vigore del novellato art. 18 St. lav., ma non ancora compiuto alla data del 18 luglio 2012 (data di entrata in vigore della cd. legge Fornero), rimanga valido e sospeso, cumulandosi con il periodo successivo alla cessazione del rapporto di lavoro (27).

Ne consegue che, per i lavoratori assunti prima del 2012, la prescrizione dei crediti retributivi decorre in costanza di rapporto ma viene sospesa dal 18 luglio 2012 per effetto dell'introduzione del novellato art. 18.

I termini di prescrizione continuano a decorrere dalla cessazione del rapporto di lavoro e ai fini della maturazione del termine quinquennale si congiungeranno i periodi che precedono l'entrata in vigore del novellato art. 18, sulla base del cd. «effetto congelamento».

Dubbi sorgono, però, quanto alla tenuta della suddetta ricostruzione dal punto di vista strettamente civilistico.

Considerare l'introduzione delle modifiche all'art. 18 St. lav., e quindi il venir meno del regime di stabilità del rapporto, come una vera e propria causa di sospensione della prescrizione si porrebbe in contrasto con quanto previsto dall'art. 2941 c.c., che tipizza in maniera tassativa le cause di sospensione del decorso della prescrizione (28).

(26) Carinci 2012.

(27) In tal senso, Vallebona 2012, 62. L'Autore richiama a sostegno della propria opinione anche una sentenza della Corte di Cassazione che ammette la cumulabilità dei periodi di decorrenza della prescrizione in rapporti a regime variabile dovuto alla mutabilità delle dimensioni dell'organico. Si tratta di Cass. 20.12.1982, n. 7014, in *MGL*, 1983, n. 1, p. 159, che ammette che nell'ambito di un rapporto caratterizzato da stabilità reale, in presenza di una causa che faccia venir meno (si badi: la Corte di Cassazione non parla di causa di sospensione) la garanzia di stabilità del rapporto stesso, la prescrizione non decorre e ricomincia a decorrere non appena la causa di non decorrenza della prescrizione cessa di operare, con conseguente congiungibilità, ai fini della maturazione del termine prescrizione, dei periodi che hanno, rispettivamente, preceduto e seguito l'intervallo temporale in cui il rapporto di lavoro è rimasto privo di stabilità.

(28) Sulla tassatività delle cause di sospensione della prescrizione si vd.: Cass. 30.3.2004, n. 6322; Cass. 16.1.2003, n. 515, S.U.; Cass. 17.12.2003, n. 19351. Più di recente, sul tema Cass. 20.10.2014, n. 22146, in *Diritto e giustizia*, 2015, 19 febbraio 2015, che, in riferimento alla successione tra le stesse parti di due o più contratti a termine, afferma: «ai fini della decorrenza della prescrizione [...] i crediti scaturenti da ciascun contratto [devono] considerarsi autonomamente e distintamente da quelli derivanti dagli altri e non potendo assumere alcuna efficacia sospensiva della prescrizione gli intervalli di tempo correnti tra un rapporto lavorativo e quello successivo, stante la tassatività della elencazione delle cause sospensive previste dagli artt. 2941 e 2942 c.c., e la conseguente impossibilità di estendere tali cause al di là delle fattispecie da quest'ultime norme espressamente previste».

Parimenti da escludersi è l'idea che l'introduzione del novellato art. 18 St. lav. integri una causa di interruzione del decorso della prescrizione quanto ai crediti sorti anteriormente al 18 luglio 2012, con conseguente rivendicabilità degli stessi dal 18 luglio 2012 al 18 luglio 2017; ciò in considerazione del fatto che nel diritto civile anche le cause di interruzione della prescrizione sono tassative.

Sembra allora preferibile sostenere che, in riferimento ai crediti sorti nel periodo compreso tra il 19 luglio 2007 e il 18 luglio 2012, l'intervento della cd. legge Fornero operi come causa impeditiva del decorso della prescrizione che preclude il compimento del termine di 5 anni e la estinzione dei diritti.

La soluzione qui proposta è coerente con l'interpretazione offerta dalla più autorevole dottrina (29) in riferimento alla sentenza n. 63/1966, che ha sancito il principio della non decorrenza in costanza di rapporto in virtù della mancata stabilità dello stesso.

La citata sentenza opera non quale causa di sospensione della prescrizione ma quale causa impeditiva della decorrenza dovuta al fatto che, nel timore del recesso, il lavoratore nel rapporto di lavoro è *ab initio* privo della capacità di tutelare ed esercitare liberamente il proprio diritto.

Il novellato art. 18 St. lav., che per scelta del legislatore trova applicazione ai rapporti già in corso nel 2012, fa rivivere i principi espressi dalla Corte costituzionale n. 63/1966, il che implica che in riferimento ai termini di prescrizione quinquennale non ancora compiuti al 18 luglio 2012 esso operi come causa impeditiva del decorso della prescrizione.

L'entrata in vigore della l. n. 92/2012 impedisce il decorso della prescrizione per tutti i crediti che maturano dal 18 luglio 2012 e congela il decorso della prescrizione di quei crediti per i quali il quinquennio non si è ancora concluso alla data del 18 luglio 2012.

Ne deriva che, con ragionamento analogo a quello che avvenne nel 1966 all'indomani della sentenza della Corte costituzionale in riferimento alle pretese creditorie relative a periodi precedenti all'intervento della pronuncia stessa, il sopravvenuto impedimento all'ulteriore decorso della prescrizione, dato dall'introduzione di una nuova disciplina sanzionatoria accentuativa del *metus* e della sottoprotezione dei prestatori, fa sì che per tutti i crediti relativi al periodo dal 19 luglio 2007 al 18 luglio 2012 il termine di prescrizione inizi nuovamente a decorrere da principio al momento di cessazione del rapporto di lavoro.

4. — *La decisione del Tribunale di Milano: effetti dell'art. 18 St. lav. sulla decorrenza della prescrizione dei crediti sorti antecedentemente alla cd. legge Fornero e azionati in giudizio in costanza di rapporto* — La sentenza in commento, pur intervenendo sul tema degli effetti della cd. legge Fornero sulla prescrizione dei crediti di lavoro, non affronta il problema, discusso in dottrina, della qualificazione dell'entrata in vigore del novellato art. 18 St. lav. quale causa sospensiva o impeditiva del decorso della prescrizione rispetto a pretese creditorie precedenti alla data del 18 luglio 2012 che vengano azionate dopo la cessazione del rapporto: con ciò lasciando aperti dubbi sulla decorrenza dei termini prescrizionali.

(29) Ghera 2008.

Il giudice si limita ad ammettere (implicitamente) che dalla data del 18 luglio 2012 la prescrizione non decorra per i ricorrenti assistiti da stabilità reale – ancorché in misura ridotta – in costanza di rapporto. Come detto sopra, il Tribunale di Milano è chiamato a decidere una questione relativa a lavoratori dipendenti da impresa sottoposta al campo di applicazione dell'art. 18 St. lav. ma ancora in servizio al momento di instaurazione del giudizio e che azionano pretese creditorie antecedenti all'entrata in vigore della cd. legge Fornero.

Il giudice sostiene, dunque, che la tutela reale prevista dalla originaria formulazione dell'art. 18 St. lav. sia modificata per effetto della l. n. 92/2012 e che al comma 5 dell'art. 18 il legislatore individui ipotesi nelle quali, anche a fronte di un licenziamento illegittimo, la tutela resta solo di tipo indennitario, senza possibilità di reintegrazione, in modo analogo che nella tutela obbligatoria.

Di conseguenza, dalla data di entrata in vigore della riforma dell'art. 18 St. lav. il giudice ammette il diritto al pagamento delle differenze retributive per il periodo di cinque anni da calcolarsi a ritroso dal 18 luglio 2012, implicitamente affermando che da suddetta data la prescrizione non decorra in costanza di rapporto.

In particolare, a sostegno della propria ricostruzione, il Tribunale di Milano richiama la più che consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione che in tema di decorrenza dei termini prescrizionali afferma che la decorrenza o no in costanza di rapporto va verificata con riguardo al concreto atteggiarsi del medesimo in relazione alla effettiva esistenza di una situazione psicologica di *metus* del lavoratore (30).

La soluzione offerta dal Tribunale di Milano, appare poco chiara: nella pronuncia si fa riferimento al solo c. 5 dell'art. 18 St. lav. per giustificare la diminuita resistenza dei rapporti, come se rappresentasse l'unica ipotesi di tutela indennitaria prevista nella nuova formulazione dell'articolo 18 St. lav.

Nella complessa articolazione della norma statutaria, anche le previsioni di cui ai cc. 6 e 7 fanno riferimento a mere tutele indennitarie: il primo, in relazione ai casi in cui il licenziamento sia dichiarato inefficace per violazione del requisito di motivazione di cui all'art. 2, c. 2, della l. n. 604/1966, o della procedura di cui all'art. 7 della stessa legge o, ancora, della procedura di cui all'art. 7 della l. n. 300/1970; il secondo, con riferimento ai casi in cui il giudice accerti che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggetto, anche se in tale ultima ipotesi il *range* dell'indennità da applicarsi viene individuato attraverso un richiamo proprio al c. 5 dello stesso art. 18 St. lav.

Si colgono attraverso la ricostruzione del giudice importanti corollari: sono azionabili e accoglibili in giudizio le eventuali richieste avanzate in costanza di rapporto dopo l'entrata in vigore del novellato art. 18 St. lav. purché si riferiscano al solo arco temporale antecedente alla riforma Fornero in cui il quinquennio della prescrizione non sia ancora compiuto.

Il che significa che, a oggi, al massimo potranno essere azionate, e riconosciute, in giudizio le pretese relative all'arco temporale intercorrente tra il 19 luglio 2007 e l'entrata in vigore della cd. legge Fornero: periodo in cui la prescrizione è comunque decorsa in costanza di rapporto, trattandosi di impresa rientrante nel campo di applicazione dell'art. 18 St. lav., ma non si è ancora compiuta.

(30) In particolare, il Tribunale di Milano richiama le seguenti sentenze: Cass. 13.12.2004, n. 23227; Cass. 29.10.2004, n. 20987; Cass. 6.8.2002, n. 11793.

Non mancano, però, voci discordanti.

In particolare, c'è chi sostiene (31) che le modifiche apportate al regime sanzionatorio dell'art. 18 St. lav. integrino un sistema più forte rispetto a quello della mera tutela obbligatoria, residuando nei fatti ipotesi reintegratorie. Di conseguenza la prescrizione decorrerebbe in costanza di rapporto per tutti i lavoratori assoggettati all'art. 18 e ciascun lavoratore potrebbe esercitare i propri dei diritti senza timore di esser licenziato.

A parere di chi scrive, tali argomentazioni sembrano poco condivisibili anche perché di fatto, ove accolte dalla giurisprudenza, rischierebbero di creare un vero e proprio effetto distortivo: ne nascerebbe una categoria di lavoratori sostanzialmente destinatari di una minore tutela sul piano sostanziale (data la marginalità delle ipotesi reintegratorie previste dall'art. 18 St. lav.), accompagnata da un ancor meno favorevole regime prescizionale.

5. — *L'incidenza del d.lgs. n. 23/2015 sul decorso della prescrizione* — L'intervento esplicito del legislatore in materia di prescrizione, fortemente auspicato all'indomani della l. n. 92/2012, non ha avuto luogo neppure in occasione della recente entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, in attuazione del cd. *Jobs Act*.

Tale decreto non si occupa della decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro, benché intervenga nuovamente sul regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali, con riferimento ai lavoratori assunti con contratto a tutele crescenti a far data dal 7 marzo 2015.

Si tratta di un intervento normativo molto incisivo sul profilo della stabilità del rapporto di lavoro, che radicalizza la disciplina già introdotta dalla l. n. 92/2012, marginalizzando sempre di più i casi di reintegrazione (32).

Si passa nel nostro ordinamento da un sistema di *property rule*, incentrato sulla regola della reintegrazione nel posto di lavoro, a un sistema di *liability rule*, basato sulla limitazione della responsabilità dell'imprenditore a un indennizzo economico di entità allineata agli standard di altri paesi europei (33).

L'intento del legislatore del 2015 è quello di offrire un sistema sanzionatorio che garantisca la certezza, la prevedibilità e il contenimento dei costi del licenziamento, definiti sia nel *quantum*, sia con riferimento al parametro di calcolo, identificato nella retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr. (34).

Questo nuovo sistema passa, dunque, per una estrema limitazione della discrezionalità dei giudici: riconfermata nella fase relativa all'accertamento della legittimità del licenziamento, essa viene totalmente esclusa quanto a definizione della sanzione.

A eccezione dei casi di nullità (espressa) o di manifesta insussistenza del fatto contestato nei licenziamenti disciplinari, in cui è ancora consentita la reintegrazione, il giudice è sempre chiamato ad applicare la tutela indennitaria attraverso un preciso calcolo aritmetico commisurato agli anni di anzianità di servizio.

A differenza di quanto previsto dalla cd. legge Fornero, il d.lgs. n. 23/2015 esclu-

(31) In tal senso: Maresca 2012; Santoni 2013.

(32) Maio 2015.

(33) Ichino 2015.

(34) Ampiamente, sul tema, Ichino 2015, 66 ss., ma anche Filì 2015, 187; Garilli 2015, 4).

de per i licenziamenti disciplinari la possibilità di reintegrazione nell'ipotesi in cui il contratto collettivo o il codice di disciplina prevedano per i comportamenti addebitati solo una sanzione conservativa.

Ogni controllo di proporzionalità sul licenziamento disciplinare viene bandito e il giudice deve limitarsi a considerare la sussistenza o no del fatto materiale al fine di riconoscere la tutela reintegratoria così come stabilita dall'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23/2015.

Ancora, nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo è completamente esclusa la possibilità di reintegrazione nel posto di lavoro.

L'impianto sanzionatorio definito dal legislatore del 2015 riduce le distanze tra due categorie di lavoratori tra loro, da sempre, distinte: i dipendenti da imprese che impieghino meno di quindici dipendenti e quelli che invece dipendono da imprese che superino il requisito dimensionale delle 15 unità (35).

A entrambe le categorie di prestatori di lavoro si applica il medesimo regime sanzionatorio contro i licenziamenti discriminatori e nulli, così come individuato dagli artt. 1, 2 e 9 del d.lgs. n. 23/2015.

Ancora, ai dipendenti delle cd. imprese minori sono riconosciute, in tutti i casi di licenziamento disciplinati dal citato decreto, le medesime tutele risarcitorie previste per i lavoratori di imprese che impieghino più di 15 dipendenti, benché ridotte negli importi degli indennizzi del 50%.

Analizzando complessivamente l'impianto sanzionatorio previsto dal d.lgs. n. 23/2015, le due tipologie di lavoratori da sempre distinte dal legislatore finiscono per esser più che mai accomunate e per differenziarsi essenzialmente solo per il fatto che i dipendenti da imprese minori non possono accedere alla tutela reintegratoria nell'ipotesi in cui si accerti l'esistenza di un licenziamento disciplinare non sorretto da un fatto realmente verificatosi.

La tutela avverso i licenziamenti illegittimi introdotta dal legislatore del 2015 differisce per i lavoratori dipendenti da piccole e grandi imprese solo da un mero punto di vista quantitativo (36), salvo l'eccezione sopra ricordata nel caso di licenziamento disciplinare.

Per i lavoratori assunti con contratto a tutele crescenti esiste uno *status* di maggiore instabilità e, dunque, un maggiore *metus*, nel far valere le proprie istanze creditorie in costanza di rapporto, tale da giustificare il decorso della prescrizione al momento della cessazione del rapporto di lavoro.

Rivivono, dunque, dopo il d.lgs. n. 23/2015 i principi già espressi dalla sentenza C. cost. n. 63/1966 e riaffermati dalla successiva sentenza n. 194/1972, benché non più ancorati al requisito dimensionale dell'azienda.

Se negli anni settanta l'apparato sanzionatorio e il correlato decorso prescrizione era fondamentalmente distinto in base alle dimensioni dell'azienda, oggi l'unico parametro ipotizzabile alla luce delle novità del d.lgs. n. 23/2015 è quello della instabilità del rapporto di lavoro, con conseguente posticipazione del decorso della prescrizione a cessazione del rapporto avvenuta per i lavoratori alle dipendenze sia di grandi sia di piccole imprese.

(35) Maio 2015.

(36) In dottrina c'è chi, in proposito, parla di tutele «a ribasso» (Maio 2015).

Appare evidente che l'interpretazione della disciplina del d.lgs. n. 23/2015, in punto di decorrenza della prescrizione secondo l'unica via della posticipazione a cessazione del rapporto avvenuta, pone meno problemi applicativi di quelli che ancora potrà porre nei prossimi anni la cd. legge Fornero.

Il legislatore del 2015 sceglie, saggiamente, di non applicare la nuova disciplina in materia di tutele crescenti ai rapporti già in corso, e dunque non attribuisce efficacia retroattiva delle disposizioni e ne limita l'operatività con riferimento ai lavoratori assunti a far data dal 7 marzo 2015.

I lavoratori assunti con contratto a tutele crescenti potranno avanzare in giudizio esclusivamente pretese relative a crediti maturati a far data dall'entrata in vigore del citato decreto.

I giudici, dinanzi alle pretese azionate dai lavoratori assunti con contratto a tutele crescenti, non dovranno, dunque, gestire questioni di intertemporalità e coniugazione di normative differenti nel definire il decorso della prescrizione, come invece ancora avverrà per le pretese creditorie relative a periodi antecedenti all'entrata in vigore del novellato art. 18 St. lav., azionate dai lavoratori assunti prima del 2012 e licenziati dopo il 2012 (o ancora alle dipendenze del datore, come nella sentenza in esame).

Il d.lgs. n. 23/2015, benché nel silenzio esplicito sul tema della prescrizione, semplifica comunque il lavoro degli interpreti, superando una delle più grandi aporie della l. n. 92/2012.

6. — *Conclusioni* — Il Tribunale di Milano si pronuncia, per primo, su un tema molto delicato e complesso quale quello del decorso prescrizione all'indomani della cd. riforma Fornero che impegnerà la magistratura nei prossimi anni, in considerazione del silenzio del legislatore sull'argomento, protrattosi anche con il più recente *Jobs Act*.

Il concreto atteggiarsi dell'apparato sanzionatorio previsto a tutela dei licenziamenti illegittimi dopo la cd. legge Fornero, e ancor di più dopo il cd. *Jobs Act*, porrà meno problemi di quel che sembri quanto alla definizione del decorso prescrizione.

In particolare, il sistema sanzionatorio delineato dal d.lgs. n. 23/2015, con l'estrema marginalizzazione delle ipotesi reintegratorie e la sostanziale equiparazione dei lavoratori delle grandi imprese a quelli delle piccole quanto ad applicazione di mere sanzioni indennitarie, facilita il riconoscimento dell'esigenza di postulare un differimento dei termini prescrizione. Più in generale, a oggi, tutti i lavoratori, sia quelli ancora rientranti nel campo di applicazione dell'art. 18 St. lav. sia quelli assunti mediante contratto a tutele crescenti, si trovano in una condizione di *metus* tale da giustificare la posticipazione dei termini prescrizione a cessazione avvenuta dei rapporti.

Non ritengo, dunque, si possa giungere anche per vie giurisprudenziali a soluzioni diverse dal differimento del decorso prescrizione a far data dalla cessazione del rapporto, in quanto è venuto meno il concetto di stabilità del rapporto alla luce delle recenti riforme.

C'è chi, però, ancora ritiene che sia necessario un esplicito intervento normativo sull'argomento per evitare che sia lasciata ai mutevoli e, in ogni caso, lenti orientamenti giurisprudenziali la definizione del sistema prescrizione (37).

(37) Schiavone 2015.

Si sostiene, in particolare, che l'attesa dei tempi della giurisprudenza rischi di pregiudicare la *ratio* stessa e gli obiettivi delle recenti riforme. Ciò in quanto, se da un lato il legislatore, al fine di favorire gli investimenti delle imprese di medie e grandi dimensioni, ha reso predefinibile il costo delle eventuali ristrutturazioni aziendali (inteso quale costo di separazione), dall'altro ha affidato alla discrezionalità dei giudici la definizione del costo dell'esecuzione dei contratti, che passa attraverso la delimitazione del decorso prescizionale.

Riferimenti bibliografici

- Carinci F. (2012), *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *ADL*, n. 6, I, 1104 ss.
- Ciucciovino S. (2014), *La prescrizione dei diritti nel rapporto di lavoro*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 1559 ss.
- Fili V. (2015), *Tutele risarcitoria e indennitaria: profili qualificatori, previdenziali e fiscali*, in E. Ghera, D. Garofalo (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Bari, 185 ss.
- Garilli A. (2015), *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 245, 4-5.
- Ghera E. (2008), *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della Corte costituzionale*, in *RIDL*, n. 1, I, 3 ss.
- Ichino P. (2015), *Il lavoro ritrovato. Come la riforma sta abbattendo il muro tra i garantisti, i precari e gli esclusi*, Milano.
- Mainardi S. (2013), *Prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore tra vecchi e nuovi concetti di stabilità del rapporto*, in *GI*, n. 4, 884 ss.
- Maio V. (2014b), *Prescrizione e decadenza dei diritto dei lavoratori nel paradosso dell'incertezza crescente*, in *GI*, n. 2, 490 ss.
- Maio V. (2015a), *Stabilità e prescrizione nel lavoro cd. a tutele crescenti*, in *ADL*, n. 3, I, 545 ss.
- Marazza M. (2012), *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *ADL*, n. 3, I, 621 ss.
- Maresca A. (1983b), *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano.
- Maresca A. (2012a), *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, n. 2, I, 454 ss.
- Mattone S. (2012), *La marginalità della stabilità del posto di lavoro e la prescrizione dei crediti dei lavoratori*, in F. Amato, R. Sanlorenzo (a cura di), *La legge n. 92 del 2012 (riforma Fornero): un'analisi ragionata*, in www.magistraturademocratica.it.
- Mazzotta O. (2012), *I nodi irrisolti del nuovo art. 18 Stat. lav.*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 159, 10 ss.
- Montuschi L. (2009), *La Costituzione e i lavori*, in *RIDL*, n. 2, I, 167 ss.
- Pera G. (1973), *Prescrizione e diritti dei lavoratori (posizione e delimitazione di una norma nella giurisprudenza costituzionale)*, in *MGL*, n. 1, 316 ss.
- Pera G. (1995), voce *Prescrizione nel diritto del lavoro*, in *DDPComm.*, XI, Torino, 216 ss.

- Santoni F. (2013), *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e la legge n. 92/2012*, in *RIDL*, n. 4, I, 880 ss.
- Schiavone E.C. (2015), *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro: diritto vivente e recenti riforme*, in E. Ghera, D. Garofalo (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Bari, 217 ss.
- Speziale V. (2013), *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in *W.P. Csdle «Massimo d'Antona». IT*, n. 190, 34 ss.
- Vallebona A. (2012), *La riforma del lavoro*, Torino.
- Vitucci P. (1990), *La prescrizione e la decadenza*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il Codice civile – Commentario*, 244 ss.

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

DIRITTO SINDACALE

CASSAZIONE, 21.10.2015, n. 21430 – Pres. Macioce, Est. Blasutto, P.M. Velardi (parz. diff.) – Città di Bari Hospital Spa (avv. Costantino) c. Fls e Cisl (avv. Germano).
Cassa Corte d'Appello di Bari, 6.4.2009.

Condotta antisindacale – Trasferimento di azienda – Informativa – Sindacati – Contratto collettivo – Contratto gestionale.

In tema di trasferimento d'azienda, sono destinatari della comunicazione ex art. 47, c. 1, l. n. 428 del 1990 (come modificata dal d.lgs. n. 18 del 2001), le Rsu, le Rsa costituite nelle unità produttive interessate dal trasferimento, nonché i sindacati di categoria che hanno stipulato (o partecipanti alle trattative relative a) un contratto collettivo «normativo» applicato nelle medesime unità produttive, ossia quel contratto che regola in modo organico i rapporti di lavoro, almeno per un settore o un istituto importante della loro disciplina, anche in via integrativa. Ai fini della predetta comunicazione (così come ai fini della costituzione di Rsa) non è sufficiente da parte del sindacato la sottoscrizione (o partecipazione alle trattative) di un contratto esclusivamente «gestionale», come pure non è sufficiente la mera adesione formale a un contratto negoziato da altri sindacati. Pertanto l'esclusione delle suddette Oo.Ss. non costituisce condotta antisindacale. (1)

(1) RAPPRESENTATIVITÀ E COMUNICAZIONI SINDACALI
NEL TRASFERIMENTO D'IMPRESA: IL CONTRATTO GESTIONALE NON BASTA

1. — La decisione in epigrafe – sebbene si occupi, formalmente, degli obblighi di comunicazione stabiliti dall'art. 47, c. 1, l. n. 428 del 1990, prima della modifica operata dal d.lgs. n. 18 del 2001 (Sulla riforma, si vd. Scarpelli 2001; Cester 2001) – nell'iter argomentativo si spinge assai oltre, consentendo una riflessione più ampia: sia sui soggetti sindacali legittimati a ricevere le comunicazioni ex art. 47, anche nell'attuale disciplina del trasferimento d'azienda (Su cui cfr., di recente, Santoro Passarelli 2014; Lepore 2014; Raffi 2014; Barraco 2013; Carinci M.T. 2013; Nicolosi 2012; De Luca

Tamajo Salimbeni 2012; Lambertucci 2010. In precedenza si vd. gli interventi contenuti in Aa.Vv. 2006), sia sul requisito della firma del contratto collettivo stabilito dall'art. 19 St. lav. ai fini della costituzione delle Rsa, anche alla luce degli interventi sul punto operati nel tempo dalla Corte costituzionale (vd. *infra*).

Ma andiamo per ordine.

Con ricorso *ex art. 28 St. lav.* datato 7.6.2000, la Fls (Federazione lavoratori sanità) Cisl (Confederazione italiana sindacati autonomi lavoratori) – Segreteria provinciale di Bari – conveniva in giudizio le società Case di Cura Riunite Srl e Città di Bari Hospital Spa denunciando la loro pretesa condotta antisindacale consistente nella decisione di escludere l'O.S. ricorrente dall'informativa e dall'esame congiunto *ex art. 47, l. n. 428/1990*, in occasione dell'avvio della procedura di trasferimento di azienda che la prima società aveva attivato a favore della seconda. L'esclusione era maturata nonostante l'O.S. ricorrente fosse firmataria di accordi sindacali cd. gestionali e di contratti collettivi sottoscritti per adesione applicati in azienda.

Costituitesi in giudizio, le società resistenti eccepivano:

- (a) il difetto di legittimazione attiva dell'O.S. poiché non firmataria di Ccnl;
- (b) la carenza dei requisiti per la costituzione di Rsa, giacché la Fls-Cisl non era firmataria, se non «per adesione», dei contratti collettivi di settore;
- (c) la conformità del comportamento datoriale all'art. 47, l. n. 428 del 1990, nel testo vigente *ratione temporis* al momento del trasferimento di azienda (avvenuto nel 2000), in quanto la O.S. ricorrente non aveva all'epoca alcuna Rsa costituita all'interno della società cedente.

Il Tribunale di Bari rigettava il ricorso *ex art. 28* e il provvedimento della prima fase veniva confermato in sede di opposizione. La sentenza successivamente, però, veniva riformata dalla Corte d'Appello di Bari.

La società Città di Bari Hospital Spa ha proposto dunque un ricorso per cassazione articolato in quattro motivi (in cui tra l'altro denunciava la violazione degli artt. 28 St. lav. e 47, l. n. 428/1990, nonché vizi di motivazione) e la Fls-Cisl ha resistito con controricorso. La S.C., accogliendo alcuni dei motivi di doglianza, ha cassato parzialmente la sentenza impugnata e ha deciso nel merito.

Con la sentenza in commento, dunque, la Cassazione anzitutto conferma la legittimazione attiva *ex art. 28* dell'O.S. ricorrente, giacché – ad avviso della Corte – «per “associazioni sindacali nazionali” devono intendersi le associazioni che abbiano una struttura organizzativa articolata a livello nazionale e che svolgano attività sindacale su tutto o su ampia parte del territorio nazionale», non essendo necessaria, viceversa, «la sottoscrizione dei contratti collettivi nazionali che rimane, comunque, un indice tipico – ma non l'unico – rilevante ai fini della individuazione del requisito della “nazionalità”». In tal modo la S.C. si è mossa nel solco tracciato da un proprio consolidato orientamento (Oltre ai precedenti citati in sentenza, cfr.: Cass. 9.2.2015, n. 2375, in *MGC*, 2015; Cass. 22.7.2014, n. 16637, in *GLav.*, 2014, n. 36, 73; Cass. 6.12.2012, n. 21941, in *RIDL*, 2013, n. 4, II, 913, con nota di Zanetto; Cass. 17.2.2012, n. 2314, in *RIDL*, 2012, n. 4, II, 927, con nota di Spinelli; Cass. 12.12.2008, n. 29257, in *RIDL*, 2009, n. 4, II, 1022, con nota di Verrecchia; Cass. 21.12.2005, n. 28269, S.U., in *RIDL*, 2006, n. 4, II, 830, con nota di De Rosa; in senso parzialmente difforme cfr. Cass. 9.1.2008, n. 212, in *RIDL*, 2008, n. 3, II, 528, con nota di Ferrara). È appena il caso di ricordare che il requisito della «nazio-

nalità» è stato ritenuto costituzionalmente legittimo in quanto la dimensione organizzativa nazionale del sindacato è un indice di adeguato livello di rappresentatività che corrisponde al ruolo tradizionalmente svolto dal movimento sindacale italiano nonché al principio solidaristico nel quale va inserito l'art. 39 Cost. (C. cost. 17.3.1995, n. 89, in *FI*, 1995, I, 1735, con nota di Cerri; C. cost. 24.3.1988, n. 334, in q. *Riv.*, 1988, II, 180).

In secondo luogo, la S.C. ha affermato che il testo originario dell'art. 47, c. 1, l. n. 428/1990, ritenuto applicabile alla fattispecie *ratione temporis* – risalendo in fatti al 2000 – prevedeva testualmente che la comunicazione riguardante l'avvio della procedura di trasferimento d'azienda dovesse essere diretta alle rappresentanze sindacali costituite in senso alle unità produttive interessate. Mentre aveva – e ha – carattere residuale la previsione che contempla l'obbligo datoriale di rivolgere le medesime informazioni ai sindacati maggiormente rappresentativi, poiché essa opera solo ove nelle unità produttive non vi siano rappresentanze sindacali «costituite» (In passato, *ex multis*, T. Reggio Emilia 23.3.1998, in *OGI*, 1998, n. 1, 125; Pret. Varese, 3.3.1998, in *MGL*, 1998, 411).

Pertanto, l'art. 47 – nell'individuare i destinatari della comunicazione – ha sempre fatto riferimento alle rappresentanze «costituite», con ciò intendendo quelle effettivamente esistenti e non quelle potenzialmente «costituibili» ai sensi dell'art. 19 St. lav. (Cfr. Pret. Milano 26.6.1997, in *OGI*, 1997, 916, con nota di Dallara, e, in parte, T. Milano 20.9.2002, in *RCDL*, 2003, n. 1, 49, con nota di Capurro, e T. Milano 3.1.2004, in *RCDL*, 2004, n. 2, 363).

Pertanto, l'O.S. ricorrente – non avendo «proprie» rappresentanze – difettava dei requisiti minimi per reclamare il diritto a essere consultata in merito alla procedura in corso.

In buona sostanza, la S.C. – riformando sul punto la sentenza impugnata – esclude in radice che alla fattispecie in analisi possa trovare applicazione il testo dell'art. 47, c. 1, l. n. 428/1990, come riformulato dall'art. 2, d.lgs. n. 18/2001, giacché tali modifiche – ad avviso della Corte – hanno natura innovativa e non sono applicabili a fattispecie anteriori all'entrata in vigore del d.lgs. citato (Cfr. Cass. 9.5.2005, n. 9589, in *OGI*, 2005, n. 2, I, 228).

È noto come quest'ultimo decreto abbia ampliato l'alveo applicativo dell'art. 47, c. 1, indicando, quali soggetti destinatari del diritto a ricevere le comunicazioni, non solo le Rsa/Rsu costituite nelle unità produttive interessate, ma anche i «sindacati di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo applicato nelle imprese interessate al trasferimento» (Sul punto, cfr. T. Roma 29.12.2005, in *GL*, 2006, n. 8, 822), mantenendo ferma la previsione di chiusura secondo cui, in mancanza di rappresentanze, l'obbligo va adempiuto nei confronti dei «sindacati di categoria» (Vd. Galantino 2005, 221).

Ebbene, a questo punto la Corte di Cassazione apre una ulteriore riflessione che – per quanto parzialmente ultronea rispetto alla materia del contendere – offre alcuni spunti interessanti in ordine a tematiche di estrema attualità nel contesto del diritto sindacale.

In effetti, la S.C. afferma che quand'anche fosse stato applicabile al caso di specie l'art. 47, c. 1, nuovo testo, comunque l'O.S. ricorrente non avrebbe avuto i requisiti per reclamare un diritto di convocazione *ex art.* 47.

Quanto sopra poiché la sottoscrizione di accordi collettivi cd. «gestionali» e la sottoscrizione «per adesione» di contratti collettivi normativi applicati in azienda non attribuisce il diritto a ricevere la comunicazione *ex art. 47*, così come non attribuisce il diritto alla costituzione di una Rsa *ex art. 19 St. lav.* giacché tali attività negoziali non sono, per loro natura, atte a comprovare la rappresentatività richiesta dalla norma (Così anche Cass. 11.7.2008, n. 19275, in *FI*, 2010, n. 2, I, 623, e in *LG*, 2009, n. 1, 45, con nota di Ratti; Cass. 5.4.2008, n. 8585, in *MGC*, 2007, n. 4; Cass. 2.12.2005, n. 26239, in *MGC*, 2005, n. 7/8).

In altre parole, la Corte rigetta quell'orientamento interpretativo – accolto dalla Corte d'Appello (Cfr. in precedenza, anche C. App. Bari 24.1.2005, in *LG*, 2006, n. 4, 339, con nota di R. Garofalo) e seguito da una parte della giurisprudenza di legittimità (Cfr. Cass. 9.1.2008, n. 212, cit.; Cass. 11.1.2008, n. 520, in *RIDL*, 2009, n. 4, II, 1057, con nota di Campanella, Cass. 24.9.2004, n. 19271, in q. *Riv.*, 2005, n. 2, II, 331, con nota di Valente, e, ai soli fini della legittimazione *ex art. 28 St. lav.*, si vd. Cass. 4.3.2010, n. 5209, in *MGC*, 2010, n. 3, 322) – secondo cui i cd. contratti collettivi gestionali (Riguardanti, ad esempio: la mobilità, le procedure di cassa integrazione o i contratti di solidarietà; vd. Persiani 1999), seppure riferibili a un solo istituto, regolerebbero momenti importanti del rapporto di lavoro, assumendo notevole importanza economica per il datore e costituendo, di conseguenza, espressione di quella capacità negoziale delle Oo.Ss. firmatarie che è il presupposto per il riconoscimento del diritto a costituire Rsa.

La Cassazione ricorda come certamente l'art. 19 St. lav. – nel testo modificato dal *referendum* del 1995 e all'esito della recente interpretazione fornita Corte costituzionale – riconosce il diritto di costituire Rsa nell'ambito tanto dei sindacati firmatari di contratti applicati nell'unità produttiva quanto di quelli che, pur non firmatari, abbiano comunque partecipato alla negoziazione (Cfr. C. cost. 23.7.2013, n. 231, in *DRI*, 2013, n. 4, 1143, con nota di Santoro Passarelli; in *RIDL*, 2013, n. 4, II, 979, con nota di Romei e Lambertucci; nonché in *GCost.*, 2013, n. 4, 3417, con note di Romagnoli; Algotino; Pessi. Sul punto, senza pretese di completezza, vd. Carinci F. 2013; Tosi 2014; Zoppoli 2014, nonché i contributi tematici contenuti in q. *Riv.*, 2014, n. 1, I, 1. Per una recente ricostruzione del dibattito si vd. Scarponi 2016, 11 ss.).

Tuttavia, le pronunce della Corte costituzionale postreferendarie (C. cost. 12.7.1996, n. 244, in *RIDL*, 1996, n. 3, II, 447, con nota di Pera; C. cost. 18.10.1996, n. 345, in *NGL*, 1996, n. 5, 655; C. cost., 23.5.1997, n. 148, in *GCost.*, 1997, n. 3, 1616; C. cost. 26.3.1998, n. 76, in *NGL*, 1998, n. 5, 521) avevano già fornito alcune indicazioni sulla portata del nuovo testo dell'art. 19 St. lav. chiarendo come la rappresentatività del sindacato non derivi da un riconoscimento o accreditamento del datore di lavoro, bensì dalla capacità del sindacato di imporsi come controparte negoziale (Vd. Garilli 2014).

In tale contesto, il giudice delle leggi ha, inoltre, affermato come a tal fine non sia sufficiente né la mera adesione formale a un contratto negoziato da altri sindacati (poiché occorre una partecipazione attiva al processo di formazione del contratto) né la stipulazione di un contratto qualsiasi (giacché è necessaria la negoziazione di un contratto normativo, il quale regoli in modo organico i rapporti di lavoro, almeno per un settore o un istituto importante della loro disciplina). Prospettiva confermata anche dalla sentenza n. 231 del 2013 (Vd. Maresca 2013).

In altri termini, la capacità dell'O.S. di accreditarsi come interlocutrice stabile dell'imprenditore è testimoniata dalla stipulazione – o dalla partecipazione alle trattative – di un contratto collettivo, certamente di qualunque livello, ma non di qualunque natura, dovendo trattarsi di un atto negoziale con caratteristiche tali da attestare l'effettività dell'azione sindacale, rappresentando un arco di interessi più vasto di quello dei soli iscritti, e incidendo su diversi istituti che regolino i rapporti di lavoro e non su meri episodi contingenti della vita aziendale. In mancanza di tali requisiti, dunque, l'O.S. non è legittimata alla costituzione della Rsa e conseguentemente va esclusa l'antisindacalità della condotta datoriale che neghi prerogative sindacali (quali quelle di consultazione in caso di trasferimento di azienda) ad associazioni prive di rappresentatività negoziale.

In definitiva, la sottoscrizione di un accordo cd. gestionale – secondo la sentenza in commento – non equivale alla stipulazione di un contratto normativo, poiché la prima tipologia negoziale, benché costituisca indice del riconoscimento dell'O.S. come interlocutrice, nondimeno esprimerebbe un grado di riconoscimento di minore livello, giacché relativo a episodi contingenti, che non accredita della stessa capacità rappresentativa che discende dalla stipulazione di un contratto della seconda tipologia.

L'opzione interpretativa accolta dalla S.C. ha sicuramente il pregio di evitare la frammentazione della rappresentatività, impedendo che per l'esercizio di rilevanti diritti in azienda sia sufficiente possedere un frammento, ancorché ristretto, di rappresentatività.

Purtuttavia, tale conclusione, se intesa in senso assoluto, potrebbe prestare il fianco a qualche critica, in particolare nel caso in cui l'O.S., in ipotesi, non si limiti a stipulare un singolo e isolato accordo gestionale, ma ne stipuli una serie che per la loro ripetizione nel tempo e per la loro importanza sotto il profilo contenutistico siano comunque idonei a testimoniare l'effettiva capacità negoziale del sindacato e il suo riconoscimento come stabile controparte negoziale.

Riferimenti bibliografici

- Aa.Vv. (2006), *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro Aidlass, Lecce 26-27 maggio 2005, Milano, Giuffrè.
- Barraco E. (2013), *Il trasferimento d'azienda*, in *LG*, n. 6, 627 ss.
- Carinci F. (2013), *La tenuta del sistema di relazioni industriali alla prova del legislatore e della magistratura. Il buio oltre la siepe: Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231*, in *DRI*, n. 4, 899 ss.
- Carinci M.T. (2013), *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo: Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, Torino, Giappichelli, 192 ss.
- Cester C. (2001), *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in *LG*, n. 6, 505 ss.
- De Luca Tamajo R., Salimbeni M.T. (2012), *Il trasferimento d'azienda*, in M. Brolo (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Padova, Cedam, 1454 ss.

- Galantino L. (2005), *I diritti di informazione e consultazione nel trasferimento d'azienda*, in *DL*, n. 3, I, 213 ss.
- Garilli A. (2014), *Reciproco riconoscimento e rappresentatività sindacale (spunti ricostruttivi della sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013)*, in *ADL*, n. 1, I, 19 ss.
- Lambertucci P. (2010), *Trasferimento di azienda e problemi occupazionali*, in *DRI*, 2010, n. 2, 387 ss.
- Lepore A. (2014), *Il trasferimento d'azienda*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, Utet, 1582 ss.
- Maresca A. (2013), *Costituzione della Rsa e sindacati legittimati*, in *ADL*, n. 6, I, 1298.
- Nicolosi M. (2012), *Il lavoro esternalizzato*, Torino, Giappichelli, 74 ss.
- Persiani M. (1999), *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, in *ADL*, n. 1, II, 1 ss.
- Raffi A. (2014), *Le procedure sindacali nel trasferimento d'impresa*, in M. Aimo, D. Izzi (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Milano, Utet, 317 ss.
- Santoro Passarelli G. (2014), *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'impresa e di articolazione funzionalmente autonoma*, Giappichelli, Torino.
- Scarpelli F. (2001), *Nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, in *DPL*, n. 12, 779 ss.
- Scarponi S. (2016), *La dottrina giuslavoristica italiana di fronte al mutamento delle relazioni sindacali e alla questione della rappresentatività*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 295.
- Tosi (2014), *I diritti sindacali tra rappresentatività e rappresentanza*, in *ADL*, n. 1, I, 1 ss.
- Zoppoli A. (2014), *Art. 19 dello Statuto dei lavoratori, democrazia sindacale e realismo della Consulta nella sentenza n. 231/2013*, in *ADL*, n. 2, I, 333 ss.

Angelo Delogu
Dottore di ricerca in Diritto del lavoro
presso la «Sapienza» Università di Roma

CONTROVERSIE DI LAVORO

CASSAZIONE, 10.8.2015, n. 16662 – Pres. Vidiri, Est. Maisano, P.M. Ceroni (parz. conf.) – F.R. (avv. Rapisarda) c. Poste italiane Spa (avv.ti Fiorillo, Granozzi).
Conf. Corte d'Appello di Catanzaro, 23.10.2013.

Controversie di lavoro e previdenza – Rito in materia di licenziamenti – Ambito di applicazione – Domanda di tutela *ex art. 8, l. n. 604/1966* – È improponibile.

*Ai sensi dell'art. 1, c. 48, della l. n. 92 del 2012, per l'applicazione del cd. rito Fornero, le domande diverse da quella avente a oggetto la reintegrazione nel posto di lavoro devono basarsi su «fatti costitutivi» identici a quelli fondanti la richiesta nel giudizio di tutela reale. Ne consegue che la lettura della suddetta disposizione e la sua ratio rendono improponibile la domanda di riassunzione del prestatore di lavoro *ex art. 8 della l. n. 604 del 1966*, spiegata in via subordinata all'applicazione dell'art. 18 della l. n. 300 del 1970, in ragione della diversità dei rispettivi fatti costitutivi, così come in tutti i restanti casi di domande connesse a quella di reintegra nel posto di lavoro. (1)*

(1) È DAVVERO «IMPROPONIBILE» NEL RITO FORNERO
LA DOMANDA DI TUTELA *EX ART. 8, L. N. 604/1966*?

1. — La domanda di tutela obbligatoria *ex art. 8, l. n. 604/1966*, nel rito Fornero è sempre e comunque improponibile. Questa è la tranciante quanto discutibile conclusione cui giunge la Suprema Corte nella prima pronuncia che affronta espressamente tale problematica.

Chiamata a decidere, per vero, una questione diversa, ossia se sia ammissibile il reclamo proposto *per saltum* alla Corte d'Appello avverso un'ordinanza Fornero conclusiva della fase sommaria senza la previa opposizione davanti al giudice di primo grado, la Suprema Corte non si è limitata a confermare la decisione della Corte territoriale dichiarando inammissibile il gravame, ma ha affermato il principio di diritto in

epigrafe traendo spunto dalla prospettazione offerta dal ricorrente. Quest'ultimo, secondo quanto è possibile inferire dalla succinta ricostruzione dello svolgimento del processo contenuta nella decisione in esame, nel ricorso introduttivo aveva affermato che la domanda a suo tempo introdotta era diretta a ottenere in via subordinata la tutela obbligatoria, e che, pertanto, la Corte d'Appello avrebbe dovuto rinviare la causa al giudice di primo grado per disporre il mutamento di rito ai fini dell'esame di tale domanda (questione, in realtà, insussistente avendo il giudice del gravame accertato che la richiesta originariamente avanzata in giudizio era diretta unicamente a ottenere la tutela reale). La Corte ha colto al volo l'occasione offerta dalla prospettazione del ricorrente per affermare che la domanda di riassunzione *ex art. 8, l. n. 604/1966*, spiegata in via subordinata a quella di tutela *ex art. 18, l. n. 300/1970*, è improponibile nel rito Fornero «così come in tutti i restanti casi di domande connesse a quella di reintegra [*sic!*] nel posto di lavoro».

2. — La questione dell'individuazione delle domande che possono essere introdotte, trattate e decise nel rito Fornero, ossia dell'esatta definizione del campo d'applicazione di quest'ultimo, origina, com'è noto, dal «tessuto normativo pasticciato» (Così Buoncristiani 2013, 360) dettato dai cc. 47 e 48 dell'art. 1 della l. n. 92/2012. Tali disposizioni, da una parte, limitano l'applicabilità del rito speciale alle controversie aventi a oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 St. lav. anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro, e, dall'altra parte, stabiliscono che con il ricorso non possono essere proposte domande diverse salvo quelle fondate sugli «identici fatti costitutivi», omettendo qualsiasi indicazione circa la sorte delle eventuali domande erroneamente proposte. In proposito-dottrina e giurisprudenza hanno dato vita a un vivace dibattito, con soluzioni variamente articolate in relazione alle diverse fattispecie (In generale, sull'ambito di applicazione del rito Fornero: Raimondi 2014, 89-98; Dalfino 2013a; Musella 2013, 354-371; Sordi 2012, 7-17).

In particolare, con specifico riferimento alla questione affrontata dalla decisione in esame, sono emersi orientamenti nettamente divergenti.

Da una parte, si è affermata l'inammissibilità/improponibilità della domanda di tutela (ormai in molti casi solo un po' più) debole, soprattutto in considerazione della finalità del nuovo rito di assicurare una corsia preferenziale esclusivamente alle controversie idonee a determinare l'applicazione dell'art. 18 St. lav., con conseguente necessità per il giudice di pronunciare una decisione in rito (Vd., ad es., T. Milano 22.2.2014, ord., in *LG*, 2014, n. 6, 617; T. Arezzo 22.11.2012, ord., in *Boll. spec. Adapt*, 12.7.2013, n. 21; vd. anche le *Decisioni prese dalla Sezione lavoro del Tribunale di Firenze in ordine al cd. Rito Fornero*, in *RIDL*, 2012, n. 4, II, 1110 ss.).

Un opposto orientamento, invece, si è espresso nel senso di ritenere ammissibile e trattabile nel rito speciale la domanda di tutela *ex art. 8, l. n. 604/1966*, proposta in via subordinata rispetto a quella *ex art. 18 St. lav.*, con argomentazioni sia basate sulla lettera della legge, sul presupposto ricostruttivo che la domanda di tutela debole sia fondata sugli «identici fatti costitutivi» della domanda di tutela forte (Ad es., T. Padova 16.10.2012, ord., in *GLav.*, 2012, n. 44, 16. In dottrina, Raimondi 2014, 97; Pagni 2013, 349; Musella 2013, 371; nello stesso senso, sia pure con qualche distinguo, Luiso 2012, 10-14), sia di natura apagogica, «dovendosi altrimenti ipotizzare un'assur-

da separazione tra domanda principale e domanda subordinata relative allo stesso licenziamento, perfino, in ipotesi, per lo stesso vizio di ingiustificatezza» (Così Vallebona 2012, 73; in termini identici T. Napoli 16.10.2012, ord., in *RIDL*, 2012, n. 4, II, 1085 ss., con nota di Bottini; vd. anche T. Roma 28.11.2012, ord., *ivi*, 1118 ss., e, in dottrina, Dalfino 2013b, 163).

Un terzo orientamento, infine, si è collocato in una posizione intermedia, cercando di bilanciare le riconosciute ragioni di esclusività e celerità del procedimento sommario con quella di limitare le decisioni negative in rito ai soli vizi processuali insanabili. Secondo tale lettura, l'erronea proposizione nel rito Fornero di una domanda diversa da quella diretta all'applicazione dell'art. 18 St. lav. (e non fondata sugli identici fatti costitutivi di quest'ultima) non ne determina l'inammissibilità/improponibilità ma, trattandosi di errore di rito sanabile con il passaggio dal rito sbagliato a quello giusto, comporta che il giudice debba disporre il mutamento del rito in quello ordinario lavoro in applicazione analogica degli artt. 426 e 427 c.p.c. e/o dell'art. 4, d.lgs. n. 150/2011. Ne consegue che, qualora sia proposta la domanda di tutela *ex art.* 8, l. n. 604/1966, in subordine alla domanda di tutela *ex art.* 18 St. lav. – e anche in mancanza di espressa domanda in tal senso, accedendo all'orientamento che la ritiene implicitamente contenuta in quella di tutela forte –, il giudice che ritenga non fondata la domanda principale di tutela *ex art.* 18 St. lav. per mancanza dei relativi presupposti di fatto deve respingere tale domanda nel merito e disporre contestualmente la conversione del rito per la trattazione e la decisione della domanda di tutela debole [In questo senso, ad es.: T. Bari 4.3.2014, ord., in *LG*, 2014, n. 5, 516 s.; C. App. Roma 23.12.2013, n. 11199, in q. *Riv.*, 2014, n. 4, II, 675 ss., con nota di Caponetti; T. Bari 26.11.2012, ord., in *MGL*, 2013, n. 1/2, 85 ss., con nota di Vallebona; vd. anche gli orientamenti del Tribunale di Venezia, *Aspetti processuali ed organizzativi nel rito speciale dell'art. 1, l. n. 92 del 2012 (cd. legge Fornero)*, in *RIDL*, 2012, n. 4, II, 1115 ss.]. Allo stesso risultato della necessità di conversione del rito, previo rigetto nel merito della domanda principale, perviene anche chi, pur riconoscendo che «non è possibile considerare domanda diversa la domanda subordinata di tutela debole *ex art.* 8, l. 604/1966», ritiene comunque «preferibile [...] rispettare lo steccato eretto dal legislatore per il nuovo rito» (Così Buoncristiani 2013, rispettivamente 365 e 368), al dichiarato fine di impedire alla parte di scegliere il rito accelerato, ad esempio, avanzando una domanda principale *ex art.* 18 St. lav. pretestuosa e strumentale solo a radicare il rito anche per la subordinata domanda di tutela *ex art.* 8, l. n. 604/1966.

3. — Come si è anticipato, la sentenza in rassegna ha consacrato il primo e più restrittivo degli orientamenti sommariamente descritti, statuendo che la domanda di riassunzione *ex art.* 8, l. n. 604/1966, spiegata in via subordinata a quella di tutela *ex art.* 18, l. n. 300/1970, è improponibile nel rito Fornero.

È opportuno mettere sin d'ora in evidenza due aspetti, per così dire, generali dell'interpretazione offerta dalla Corte del dato testuale dell'art. 1, c. 48, l. n. 92/2012.

Tale norma dispone che con il ricorso introduttivo «non possono essere proposte domande diverse da quelle di cui al comma 47 del presente articolo, salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi». In proposito, la Corte, innanzitutto, interpreta la restrizione alla proposizione di «domande diverse» come necessariamente comportante il loro rigetto in rito, con una deduzione tutt'altro che obbligata alla luce della

lettera della disposizione normativa (Musella 2013, 369; Buoncristiani 2013, *passim*, e spec. 374), e che stride con la necessità di interpretare le norme processuali alla luce del principio generale secondo cui «il processo [...] mira a concludersi con pronunce di merito» (Proto Pisani 1994, 239).

In secondo luogo, la Corte legge il varco concesso all'ingresso di altre domande, definito dall'identità dei fatti costitutivi, nel senso di coincidenza integrale con i fatti costitutivi posti a fondamento della domanda di tutela *ex art.* 18 St. lav. Tanto si desume dall'ampiezza con cui è affermato il principio di diritto in relazione alla domanda *ex art.* 8, l. n. 604/1966, che sancisce l'improponibilità in ogni caso, dunque finanche laddove la domanda sia fondata sugli stessi fatti costitutivi posti a base della domanda di tutela *ex art.* 18 St. lav. differenziandosene solo in negativo per l'assenza di un unico elemento. Una simile lettura è eccessivamente restrittiva e non convince perché finisce per svuotare di senso la stessa previsione dell'art. 1, c. 48, l. n. 92/2012, dal momento che in tale ottica diventa difficile ipotizzare l'esistenza di domande diverse fondate su identici fatti costitutivi (Infatti, chi sostiene questa lettura ne individua una sola: quella dell'indennità sostitutiva del preavviso; vd. Tosi 2014, 486). Proprio per evitare un tale contraddittorio risultato si è invece affermato che l'identità pretesa dalla norma debba intendersi in senso parziale (Luiso 2012, 7-8), interpretazione che appare compatibile con le esigenze di rapidità del rito sommario se per «parziale identità» si intende una selezione dei fatti costitutivi tutta interna all'insieme di quelli posti a fondamento della domanda di tutela *ex art.* 18 St. lav., restando comunque esclusa la proponibilità di domande diverse fondate «anche» su fatti costitutivi ulteriori.

4. — Venendo al tema più specificamente affrontato dalla pronuncia, secondo la Corte la domanda di tutela *ex art.* 18 St. lav. e quella di tutela *ex art.* 8, l. n. 604/1966, devono considerarsi «domande diverse» in quanto non fondate su «identici fatti costitutivi». La Corte su tale questione è lapidaria quanto ermetica, limitandosi ad affermare in motivazione: «non potendosi dubitare che la domanda di riassunzione l. n. 604 del 1966, *ex art.* 8, sia basata su “fatti costitutivi” diversi da quelli fondanti la domanda di reintegra [*sic!*] *ex art.* 18 St. lav. (specificamente per quanto attiene al numero dei dipendenti del datore di lavoro nonché alla natura delle imprese datrici di lavoro)». In tal modo la Corte dà per scontato proprio quel che andrebbe dimostrato, ossia la diversità dei rispettivi fatti costitutivi, proponendo, peraltro implicitamente, un punto di vista esattamente ribaltato non solo rispetto al disposto dell'art. 4, l. n. 108/1990 (dal cui tenore testuale emerge che la natura di organizzazione di tendenza del datore costituisce fatto impeditivo del diritto alla tutela *ex art.* 18 St. lav.), ma anche rispetto a orientamenti sinora pacifici in materia di identificazione dell'azione di impugnativa del licenziamento.

Infatti, quanto al *petitum*, la giurisprudenza, anche di legittimità, è da tempo consolidata nel senso di ritenere la domanda di tutela *ex art.* 8, l. n. 604/1966, in rapporto di continenza – in quanto omogenea benché di ampiezza minore – rispetto a quella *ex art.* 18 St. lav., ammettendosi, per un verso, che il giudice possa accordare la tutela debole anche in assenza di espressa domanda in tal senso del lavoratore laddove risulti accertato che non sussistono i requisiti dimensionali per l'applicazione dell'art. 18 St. lav. (Cass. 27.5.2011, n. 11777, in *GI*, 2012, n. 4, 785 ss., con nota di Fessia; Cass. 11.9.2003, n. 13375, in *FI*, 2003, n. 12, I, cc. 3321

ss.) e, per altro verso, che la parte possa modificare in sede di conclusioni e finanche proporre per la prima volta in appello la domanda di tutela obbligatoria, a fronte di una iniziale domanda di tutela reale, senza che ciò costituisca una inammissibile innovazione (Vd., rispettivamente, Cass. 1.12.2004, n. 22523, in *DeJure*; Cass. 11 settembre 1997, n. 8906, in *FP*, 1998, n. 1, I, 10 ss., con nota di Tarsitano).

Per quanto attiene, poi, alla *causa petendi*, è ormai univoco l'orientamento secondo cui i fatti costitutivi della tutela *ex art.* 18 St. lav., del tutto analogamente a quelli della tutela *ex art.* 8, l. n. 604/1966, sono rappresentati esclusivamente dall'esistenza del rapporto di lavoro subordinato e dall'illegittimità dell'atto espulsivo, dovendosi di contro qualificare la dimensione dell'impresa inferiore ai limiti di cui all'*art.* 18 St. lav. fatto impeditivo del diritto soggettivo del lavoratore alla tutela più forte, il cui onere della prova, quindi, grava sul datore di lavoro (Cass. 10.1.2006, n. 141, S.U. in *FI*, 2006, n. 3, I, cc. 704 ss., con note adesive di Dalfino e Proto Pisani).

In virtù di tali principi, pertanto, potrebbe al più discutersi se la domanda subordinata di tutela *ex art.* 8, l. n. 604/1966, sia indistinguibile dalla domanda di tutela *ex art.* 18 St. lav. (se si ritiene che la differente ampiezza del *petitum* non fa venir meno l'unitarietà dell'oggetto del processo) e come tale trattabile nel rito Fornero direttamente *ex art.* 1, c. 47, oppure costituisca «domanda diversa» per il minor *petitum* ma fondata sugli «identici fatti costitutivi» e dunque trattabile *ex art.* 1, c. 48.

La Corte, invece, dalla (assunta) difformità dei fatti costitutivi desume la diversità della domanda *ex art.* 8, l. n. 604/1966, rispetto a quella *ex art.* 18 St. lav., per poi sancire l'improponibilità della prima nel rito Fornero. Tale *iter* argomentativo presenta un ulteriore profilo di criticità. Se, come sembra, la Corte muove dall'assunto – in contrasto rispettivamente con la lettera dell'*art.* 4, l. n. 108/1990, e con l'orientamento consacrato dalle Sezioni Unite sopra ricordato, e senza considerarne le conseguenze in tema di distribuzione degli oneri di allegazione e prova – che la natura «non di organizzazione di tendenza» e il raggiungimento dei requisiti dimensionali si collocano sul versante dei fatti costitutivi della tutela *ex art.* 18 St. lav., da ciò solo non può comunque discendere l'affermazione della diversità della domanda di tutela *ex art.* 8, l. n. 604/1966, rispetto a quella *ex art.* 18 St. lav.: in entrambi i casi, infatti, le fattispecie normative presentano la stessa relazione di esclusione (raggiungimento/non raggiungimento dei requisiti dimensionali; natura o no di organizzazione di tendenza del datore), ossia «hanno una parte in comune, ma ciascuna di esse prevede un elemento ulteriore, la cui sussistenza è incompatibile con quella della circostanza caratterizzante l'altra [...] sono, cioè, composte rispettivamente dai fattori A + B + C e A + B + D, ma C e D sono in un rapporto tale che o esiste l'uno o esiste l'altro», per cui «non potendo coesistere gli elementi, che contraddistinguono l'una fattispecie rispetto all'altra, il fatto storico non può, per definizione, integrarle entrambe, cosicché una sola è la pretesa sostanziale» e quindi «unico è l'oggetto del processo» (Le citazioni sono tratte da Menchini 1987, 250-251). Anche da questo punto di vista, essendo riferite alla stessa situazione sostanziale dedotta nel giudizio, non v'è spazio per considerare diverse la domanda di tutela *ex art.* 18 St. lav. e quella di tutela *ex art.* 8, l. n. 604/1966. Del resto, proprio l'attenere o meno le domande alla «medesima e originaria vicenda sostanziale», a prescindere cioè da eventuali differenze nel *petitum* e nella *causa petendi*, costituisce il discrimi-

ne individuato dalle Sezioni Unite nella recente pronuncia che ha completamente ridefinito i confini tra *emendatio* e *mutatio libelli* (Cass., 15.6.2015, n. 12310, S.U. in *Corriere giuridico*, 2015, n. 7, 961 ss., con nota adesiva di Consolo).

5. — La decisione in rassegna, infine, appare poco convincente per gli esiti ultimi cui conduce. Essa, infatti, comportando una pronuncia in rito inidonea a salvare gli effetti sostanziali e processuali della domanda, tra cui l'effetto impeditivo della decadenza – almeno allo stato attuale dell'univoca giurisprudenza di legittimità (Vd., ad es., Cass. 18.1.2007, n. 1090, in *Corriere giuridico*, 2008, n. 5, 710 ss., con nota di Triola) al cui cospetto devono ritenersi destituite di fondamento le petizioni di principio di segno opposto talvolta affioranti in alcune pronunce di merito attestate proprio sulla tesi dell'inammissibilità/improponibilità (Cfr. Buoncristiani 2014) –, espone il lavoratore, la cui domanda di tutela *ex art. 18 St. lav.* sia rigettata, al rischio di non poter più avanzare (nelle forme del «rito lavoro ordinario») la domanda di tutela *ex art. 8, l. n. 604/1966*, per l'intervenuto spirare del termine decadenziale di cui all'*art. 6, l. n. 604/1966*. È vero che la finalità del rito Fornero è quella di garantire una definizione celere alle controversie che involgono l'applicazione dell'*art. 18 St. lav.*, e che tale finalità sarebbe frustrata ove si consentisse il cumulo di domande diverse che necessitino di istruttoria in relazione a fatti ulteriori, e che vanno impediti i possibili abusi e le prospettazioni strumentali volte a determinare «per trascinamento» (Vallebona 2012, 73) l'applicazione del rito sommario anche a controversie naturalmente destinatarie della tutela *ex art. 8, l. n. 604/1966*, ma la soluzione accolta con la sentenza in esame rischia di essere allo stesso tempo eccessivamente punitiva e di non cogliere nel segno. Essa, infatti, da una parte non considera la possibilità di sanzionare gli abusi in altri modi (a cominciare da accorte decisioni sulle «spese»), dall'altra impone che ogni qual volta sussista una eventualità di applicazione dell'*art. 8, l. n. 604/1966*, il lavoratore debba agire sin dall'inizio con due distinti ricorsi, idonei a instaurare due distinti e contemporanei giudizi, con conseguente aggravio del carico degli uffici giudiziari e rischi di disarmonie decisionali (Cfr. Rivero 2015). Da quest'ultimo punto di vista, la sentenza in esame presenta un profilo di intrinseca contraddittorietà, laddove impone al giudice il rigetto in rito della domanda subordinata di tutela *ex art. 8, l. n. 604/1966*, anche nei casi in cui si controverta esclusivamente circa la qualificazione giuridica dell'atto di recesso (come, nell'assetto dell'*art. 18 St. lav. post riforma*, in caso di licenziamento nelle imprese minori impugnato perché discriminatorio, nullo o determinato da motivo illecito): casi nei quali l'insieme dei fatti posti a fondamento della domanda di tutela *ex art. 8, l. n. 604/1966*, è interamente contenuto nell'insieme di quelli «identici» posti a fondamento della domanda di tutela *ex art. 18 St. lav.*, differenziandosene solo per un elemento, appunto la qualificazione dell'atto di recesso, il quale all'esito del giudizio risulta accertato, con conseguente insussistenza dei rischi, paventati dalla Corte, di «dilatazione dei tempi del processo».

Anche da questo punto di vista, dunque, la pronuncia in esame appare ispirata da un eccesso di formalismo, difficilmente accettabile (e ancor prima spiegabile) alla luce dell'evoluzione dei principi fondamentali che ispirano l'intero sistema processuale, se sol si considera che «la previsione costituzionale di un processo “giusto” impone al giudice di non limitarsi alla meccanica e formalistica applicazione di re-

gole processuali astratte, ma di verificare sempre (e quindi ogni volta) se l'interpretazione adottata sia necessaria ad assicurare nel caso concreto le garanzie fondamentali in funzione delle quali le norme oggetto di interpretazione sono state poste» (Così, testualmente, si legge proprio nella motivazione della già richiamata Cass., n. 12310/2015, S.U.).

Riferimenti bibliografici

- Buoncrisiani D. (2013), *Rito licenziamento: profili sistematici e problemi applicativi*, in *RIDL*, n. 2, I, 351 ss.
- Buoncrisiani D. (2014), *La conversione del rito Fornero in rito laburistico*, in *RIDL*, n. 3, II, 607 ss.
- Dalfino D. (2013a), *L'impugnativa del licenziamento secondo il cd. «rito Fornero»: questioni interpretative*, in *FI*, n. 1, V, 6 ss.
- Dalfino D. (2013b), *Il rito Fornero nella giurisprudenza: prime applicazioni*, in *q. Riv.*, n. 2, II, 153 ss.
- Luiso F.P. (2012), *La disciplina processuale speciale della legge n. 92 del 2012 nell'ambito del processo civile: modelli di riferimento ed inquadramento sistematico*, in *www.judicium.it*.
- Menchini S. (1987), *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Giuffrè, Milano.
- Musella C. (2013), *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 348 ss.
- Pagni I. (2013), *I correttivi alla durata del processo nella l. 28 giugno 2012, n. 92: note brevi sul nuovo rito in materia di licenziamenti*, in *RIDL*, n. 2, I, 339 ss.
- Proto Pisani A. (1994), *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli.
- Raimondi E. (2014), *Il rito per i licenziamenti tra teoria e prassi*, in *RIDL*, n. 1, I, 83 ss.
- Riverso R. (2015), *Licenziamenti: la disciplina processuale tra esigenze di velocità e di giustizia*, in *www.altalex.com*.
- Sordi P. (2012), *L'ambito di applicazione del nuovo rito per l'impugnazione dei licenziamenti e disciplina della fase di tutela urgente*, relazione all'Incontro di studio organizzato dal Csm «La riforma del mercato del lavoro nella legge 28 giugno 2012, n. 92», Roma, 29-31 ottobre 2012, dattiloscritto.
- Tosi P. (2014), *Il «rito speciale» per l'impugnazione dei licenziamenti*, in *GI*, 2014, n. 2, 483 ss.
- Vallebona A. (2012), *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino.

Matteo Maria Mutarelli
*Ricercatore di Diritto del lavoro
presso l'Università di Napoli «Federico II»*

SICUREZZA SOCIALE

CASSAZIONE, 19.1.2016, n. 836 – Pres. Macioce, Est. Amendola, P.M. Servello (conf.) – Fiat Group Automobiles Spa (avv.ti De Luca Tamajo, Dirutigliano, Ropolo) c. C.L.A. e altri (avv.ti Pellerito, Chiodo, Pellerito). Conf. Corte d’Appello di Torino, 18.2.2011.

Sicurezza sul lavoro – Art. 1460 c.c. – Eccezione d’inadempimento – Legittimità – Condizioni – Diritto alla retribuzione per la prestazione lavorativa rifiutata – Sussiste – Condizioni.

La mancata predisposizione, da parte del datore di lavoro, di misure o cautele che consentano di operare in condizioni di salubrità e sicurezza nell’ambiente di lavoro legittima il lavoratore a rifiutare la prestazione, conservando egli il diritto a percepire la retribuzione per l’attività lavorativa non effettuata. (1)

(1) L’EXCEPTIO INADIMPLENTI DEL LAVORATORE

A FRONTE DELLA VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI SICUREZZA:

LIMITI DELL’ELABORAZIONE GIURISPRUDENZIALE E SUPPLENZA DELLA DOTTRINA

SOMMARIO: 1. Le lacune della giurisprudenza e il contributo della dottrina. — 2. Il diritto alla retribuzione per la prestazione lavorativa rifiutata. — 3. Presupposti e condizioni dell’*exceptio inadimplenti*. — 4. L’*exceptio* nel diritto della sicurezza sul lavoro.

1. — *Le lacune della giurisprudenza e il contributo della dottrina* — La sentenza che si annota si inserisce in un quadro giurisprudenziale consolidato (Vd., fra gli altri: Cass. 7.5.2013, n. 10553, in *FI*, 2013, n. 6, I, 1863; Cass. 7.11.2005, n. 21479, in *OGL*, 2005, n. 4, 751) che accorda al lavoratore, in caso di violazione, da parte del datore di lavoro, dell’obbligo di sicurezza sancito dall’art. 2087 c.c., oltre alle ordinarie tutele civilistiche (adempimento in forma specifica e risarcimento del danno), anche quello specifico potere di autotutela contrattuale che si esercita mediante la cd. *exceptio inadimplenti* di cui all’art. 1460 c.c. (In dottrina, in generale, sulla possibilità di opporre l’*exceptio inadimplenti* a fronte della violazione delle norme di sicurezza, vd.

Albi 2009, 551 ss.; Bigliazzi Geri 1991, 331 ss.; Fabris 2009, 881 ss.; Martinelli 2015, 623 ss.; Pasquarella 2003, 114-119; Stolfa 2015, 686 ss.).

In realtà, la Corte di legittimità ha sancito lo stesso principio, in generale, in qualsiasi altro ambito del diritto del lavoro (Per un caso in cui l'*exceptio inadimplenti* è stata sollevata dal datore di lavoro per giustificare il rifiuto di versare le retribuzioni al lavoratore assente ingiustificato, vd. Cass. 11.10.2012, n. 17353 in *MGC*, 2012). Un certo contrasto è emerso in relazione al rifiuto di accettare il trasferimento o il mutamento di mansioni ritenuti illegittimi (Cass. 19.3.2013, n. 17713, in *Diritto e giustizia online*, 22 luglio 2013, e Cass. 29.2.2016, n. 3959, in *MGC*, 2016, e, per esteso, in *www.iusexplorer.it*, lo hanno ritenuto legittimo, sia pure a certe condizioni; *contra*, vd. Cass. 12.11.2013, n. 25932, in *Ragiusan*, 2014, n. 3, 367-368; Cass. 19.12.2008, n. 29832, in *GC*, 2009, n. 7-8, I, 1622; Cass. 23.13.2003, n. 19689, in *RIDL*, 2004, n. 4, II, 777, secondo cui il rifiuto non è legittimo poiché può essere opposto solo se il datore di lavoro sia rimasto «totalmente inadempiente»; hanno ritenuto illegittimo il rifiuto del distacco Cass. 21.5.2015, n. 10468, in *Diritto e giustizia online*, e Cass. 5.3.2015, n. 4474, in *MGC*, 2015; in generale, sui contrasti giurisprudenziali inerenti il rifiuto del mutamento di mansioni o del trasferimento o del lavoro festivo, vd. le ricostruzioni di Riccobono 2010, 121 e quelle di Scarano 2009, 634, e 2016, 141). Più recentemente, la giurisprudenza ha sancito, infine, espressamente, il diritto del lavoratore *excipiens* alla conservazione del diritto alla retribuzione per le ore o le giornate non lavorate in quanto «non possono derivargli conseguenze sfavorevoli in ragione della condotta inadempiente del datore di lavoro» (Così si esprime Cass. 1.4.2015, n. 6631, in *FI*, 2015, n. 6, I, 1960, che decide una fattispecie analoga e la cui scarna motivazione la sentenza in commento riprende testualmente).

Entrambi i principi così sanciti appaiono corretti, anche se le motivazioni utilizzate dalla giurisprudenza sono sempre state piuttosto sbrigative sia in ordine alla conservazione dell'obbligazione retributiva sia nella stessa individuazione delle specifiche condizioni che legittimano l'esercizio della *exceptio inadimplenti* da parte del lavoratore.

Tali questioni meritano un approfondimento.

Sul primo punto occorre preliminarmente rilevare che, in realtà, la norma codicistica, nell'attribuire alla parte che ha subito l'avverso inadempimento il diritto di opporre il rifiuto della propria prestazione, nulla dice in ordine al suo diritto di pretendere ugualmente l'adempimento dell'obbligazione corrispettiva della prestazione rifiutata. Tale diritto, quindi, se esiste, nell'ambito del rapporto di lavoro (come in qualsiasi altro rapporto), deve essere spiegato giuridicamente secondo la disciplina generale dei contratti. È il caso di ricordare, infatti, che vi sono casi in cui si esclude pacificamente il diritto del lavoratore alla retribuzione corrispondente alla prestazione lavorativa rifiutata mediante *exceptio inadimplenti*. Cass. 7.8.2008, n. 16592 (In *MGC*, 2015), ad esempio, ritiene legittimo il rifiuto di svolgere l'attività lavorativa nelle festività infrasettimanali, senza minimamente ipotizzare un diritto dei lavoratori alla retribuzione per le giornate legittimamente non lavorate. Si possono però agevolmente ipotizzare anche altre fattispecie, come il rifiuto di svolgere ulteriore lavoro straordinario quando il datore di lavoro non abbia versato, per le prestazioni già rese, la relativa maggiorazione retributiva.

Se ne può agevolmente dedurre, quindi, che il diritto alla retribuzione non deriva affatto dall'applicazione dell'art. 1460 c.c. È vero anzi il contrario: secondo le regole

generali, infatti, per la prestazione ineseguita non è possibile pretendere la corrispondente controprestazione.

2. — *Il diritto alla retribuzione per la prestazione lavorativa rifiutata* — Ciò che determina l'insorgenza del diritto alla retribuzione è, invece, un *atto* giuridico di natura negoziale ascrivibile, esplicitamente o implicitamente, al lavoratore seguito da un ulteriore *fatto* connesso alle caratteristiche intrinseche della prestazione lavorativa. L'*atto* è l'offerta della prestazione lavorativa effettuata con modalità tali da determinare la costituzione in mora del datore di lavoro-creditore; offerta che il lavoratore può anche effettuare, *ex art.* 1217, comma 2, c.c., nelle forme d'uso. Il *fatto* è rappresentato dalla sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa offerta. Essa, infatti, per sua natura, secondo gli insegnamenti della migliore dottrina, si individua in relazione alla frazione temporale in cui deve essere contrattualmente espletata e, quindi, diviene automaticamente e irrimediabilmente impossibile «*cum transierit tempus*» (Ghera, Liso 1976, 977; Sapone 2009, 589 ss.; Cattaneo 1994, 440). Tale impossibilità resta a carico del datore di lavoro in mora, ai sensi dell'art. 1207, comma 1, c.c., con la conseguenza che, pur essendosi estinta (appunto, per impossibilità sopravvenuta) l'obbligazione lavorativa, resta valida e deve essere ugualmente eseguita quella retributiva. Nel caso esaminato e deciso dalla pronuncia in commento i lavoratori hanno sì sospeso la prestazione lavorativa per carenza delle condizioni di sicurezza, ma l'hanno anche contestualmente *offerta*, poiché dalle circostanze di causa si desume chiaramente che essi sarebbero stati disponibili a svolgerla se non vi fossero stati pericoli per la loro incolumità; lo si ricava, ad esempio, dal fatto che essi sono rimasti sul posto di lavoro durante la sospensione del lavoro e hanno effettivamente ripreso l'attività subito dopo il ripristino delle condizioni di sicurezza (In giurisprudenza, per un'impostazione analoga, vd. Cass. 29.2.2016, n. 3959, in *MGC*, 2016, e, per esteso, in *www.iusexplorer.it*: «nel caso di trasferimento illegittimo idoneo a pregiudicare gli interessi personali e familiari del dipendente, il rifiuto di assumere servizio presso la sede di destinazione dev'essere accompagnato dalla seria ed effettiva manifestazione di disponibilità a prestare servizio presso la sede originaria, diversamente configurandosi l'arbitrarietà dell'assenza dal lavoro e non essendovi proporzione tra l'inadempimento datoriale, che non attiene a tutti gli aspetti del rapporto sinallagmatico, ma solo al luogo della prestazione, e la reazione che esso determina»).

Altrettanto non può dirsi invece, ovviamente, nei casi innanzi richiamati del rifiuto del lavoro nelle festività o del lavoro straordinario, nei quali i lavoratori hanno rifiutato la prestazione lavorativa senza effettuare, palesemente, alcuna offerta della medesima sia pur condizionata all'avverso adempimento.

3. — *Presupposti e condizioni dell'exceptio inadimplenti* — In ordine all'individuazione delle condizioni di esercizio dell'*exceptio inadimplenti* una parte della giurisprudenza ha segnalato la necessità di operare una valutazione «comparativa» del comportamento dei contraenti, anche in ordine alla causalità e proporzionalità delle rispettive prestazioni omesse «rispetto alla funzione economico-sociale del contratto»; essa però talvolta finisce per attribuire rilevanza decisiva alla gravità dell'inadempimento, ritenendo che, ove tale requisito manchi nell'inadempimento cronologicamente anteriore, «il rifiuto dell'altra parte di adempiere non è di buona fede», talaltra si limita a

richiamare genericamente gli obblighi di correttezza e buona fede (Cass. 7.11.2005, n. 21479, cit.; Cass. 16.5.2006, n. 11430, in *MGC*, 2006; Cass., Sez. III civ., 11.5.1998, n. 4743, in *MGC*, 1998; Cass., Sez. II civ., 10.6.1991, n. 6576, in *MGC*, 1991; Cass., Sez. II civ., 5.3.1988, n. 2294, in *MGC*, 1988; T. Genova 28.6.2013, in *www.iusexplorer.it*, Giuffrè).

Altre pronunce sembrano invece prendere come riferimento un concetto di gravità dell'adempimento intesa in senso relativo e finalizzato, in definitiva, a verificare che l'eccezione di inadempimento non abbia connotazioni pretestuose (Vd. Cass. 10.8.2012, n. 14375, in *MGL*, 2012).

In realtà, proprio in questa materia, un'affermazione troppo generica della possibilità di esercitare l'autotutela contrattuale di cui all'art. 1460 non pare accettabile. È appena il caso di sottolineare, infatti, che le obbligazioni di sicurezza poste a carico del datore di lavoro, oggi, alla luce delle novità introdotte dalle norme di ispirazione europea recepite nel nostro ordinamento a partire dal d.lgs. n. 626/1994, sono notevolmente aumentate quantitativamente e si sono anche diversificate qualitativamente. Ciascuna delle norme pubblicistiche assistite da specifiche sanzioni afflittive fa sorgere a carico del datore di lavoro (oltre a doveri gravati da sanzioni di carattere afflittivo, penali o amministrative) anche altrettante obbligazioni civilistiche che vengono a inserirsi automaticamente, ex art. 1339 c.c., nel contratto di lavoro. Esse sanciscono anche tutta una serie di obbligazioni cd. generiche corrispondenti alle cd. norme generali di tutela oggi previste non solo dall'art. 2087 c.c. ma anche dall'art. 15 del d.lgs. n. 81/2008, che fissano all'impresa ambiziosi obiettivi connessi al raggiungimento di determinati standard prevenzionali. Le modalità e le procedure attraverso cui raggiungere tali obiettivi non sono però oggi rimesse al datore di lavoro; la novità più importante derivata dalla normativa europea è, infatti, la cd. procedimentalizzazione della sicurezza, poiché essa impone alle aziende anche tutta una serie di adempimenti di carattere burocratico, organizzativo e gestionale. A tutto ciò devono aggiungersi ulteriori obblighi che il datore di lavoro, in adempimento dei doveri di legge, si autoimpone mediante la redazione del Documento di valutazione dei rischi (di seguito, Dvr) ovvero dei più complessi modelli di organizzazione e di gestione previsti dall'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008. Anche a questi (e ad altri) documenti non si può non riconoscere, per molti aspetti, natura negoziale (Stolfa 2015, 701-703 ss.): anch'essi, dunque, integrano e arricchiscono il contratto di lavoro e fanno sorgere, in capo al datore di lavoro, una copiosa serie di obbligazioni (di formazione, informazione, aggiornamento, vigilanza, sorveglianza sanitaria ecc.), la cui diretta finalizzazione alla tutela di beni relevantissimi, quali la salute e la sicurezza del lavoratore, le rende particolarmente rilevanti nell'economia complessiva del contratto di lavoro [Vallebona (1995, 132) sottolinea opportunamente che se il rapporto è disciplinato da una pluralità di fonti individuali o collettive, il vincolo di interdipendenza sussiste fra tutte le obbligazioni contrapposte, purché attinenti al medesimo rapporto].

Questo proliferare di nuove obbligazioni rende, quindi, ancor più evidente la necessità di operare una specifica analisi dei presupposti e delle condizioni che in questo più ampio e complesso contesto contrattuale possono legittimare l'esercizio dello specialissimo potere di autotutela sancito dall'art. 1460 c.c. onde evitare di legittimarne un uso eccessivamente dilatato o addirittura strumentale (La più attenta dottrina ha

evidenziato la particolare incisività di tale strumento che offre una tutela più ampia di quella prevista dall'art. 44, del d.lgs. n. 81/2008, potendo essere invocata anche in assenza di pericolo grave, imminente e irreparabile: vd. Pasquarella 2003, 115; altri Autori hanno ritenuto invece che la norma speciale sia una mera specificazione di quelle codicistiche: vd. i richiami in Martinelli 2015, 670).

Soccorre meglio, al riguardo, l'elaborazione dottrinale secondo cui *presupposto* dell'*exceptio* ne sarebbe la corrispettività o interdipendenza fra le due prestazioni (quella inadempita e quella rifiutata), mentre *condizioni* per il suo esercizio sarebbero la sussistenza di un vero e proprio inadempimento e la conformità a buona fede del complessivo comportamento dell'*excipiens* (Bigliazzi Geri 1991, 335; Realmonte 1963, 321; Zana 1972, 1380).

Considerando soltanto il menzionato presupposto, non se ne ricavano invero indicazioni univoche o comunque esaustive in ragione dei contrasti che persistono nel dibattito dottrinale sulla nozione di corrispettività, e la dottrina si limita, sostanzialmente, a sottolineare che fra le due prestazioni vi deve essere un collegamento sinallagmatico (Bigliazzi Geri 1991, 335) e che, quindi, restano irrilevanti eventuali inadempimenti alle condizioni di sicurezza che non riguardino direttamente l'*excipiens*.

Più utile risulta, quindi, l'esame di quelle che la dottrina definisce «condizioni». Con riferimento al primo, però, non può, tuttavia, certamente, ritenersi che *qualsiasi* inadempimento datoriale possa legittimare la sospensione della prestazione lavorativa principale o anche solo le prestazioni accessorie. Al riguardo, si consideri anche – e ciò aggrava ancor più il problema – che la stessa dottrina (Bigliazzi Geri 1991, 339), con alcuni supporti giurisprudenziali (Vd., ad es., T. Cagliari 21.3.1986, in *GI*, 1987, n. 2, I, 249), ritiene che, ai fini dell'art. 1460 c.c., rilevi la semplice inesecuzione della prestazione e quindi l'inadempimento come mero fatto, senza necessità di indagini alcuna sulla sua imputabilità per dolo o per colpa: ciò che conta è soltanto che il datore di lavoro abbia ommesso di compiere atti ai quali era obbligato per legge o per contratto. Diventa quindi essenziale rifarsi alla seconda condizione, e cioè chiarire puntualmente i canoni di buona fede cui deve ispirarsi il comportamento dell'*excipiens*.

Sul punto, se la giurisprudenza, come già accennato, attribuisce rilevanza, senza particolari approfondimenti, alla *gravità* dell'inadempimento [Sacco (1982, 528) la definisce «interpretazione corrente»], la dottrina, invece, segue altre e più sofisticate vie sottolineando innanzitutto la diversità di condizioni previste per il rimedio della risoluzione contrattuale (laddove, appunto, l'art. 1455 c.c. prevede che l'inadempimento non debba avere «scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra parte») e quelle fissate per l'esercizio dell'*exceptio inadimplenti* (Albi 2009, 551; Bianca 1994, 344; Bigliazzi Geri 1991, 342). Il rimedio di cui all'art. 1460 c.c. non riveste, quindi, una funzione meramente strumentale rispetto agli altri rimedi apprestati dall'ordinamento contro l'inadempimento, e in particolare rispetto alla risoluzione del contratto, ma può essere autonomamente esercitato dal creditore a tutela dei propri interessi (Bianca 1994, 329; in sintonia anche Cass. 13.2.2008, n. 3472, in *Diritto e giustizia online*, 2008). L'*exceptio inadimplenti* non deve, quindi, ritenersi tassativamente condizionata alla sussistenza dei medesimi requisiti che legittimano la risoluzione del contratto, ossia alla gravità (*rectius*: alla non scarsa importanza, secondo la formulazione dell'art. 1455 c.c.) dell'avverso inadempimento (Sul punto, vd., ampiamente, Albi 2009, 551 ss., e ivi gli ampi ulteriori riferimenti bibliografici), essendo

invece sufficiente che il rifiuto opposto dal debitore della prestazione non risulti, appunto, contrario a buona fede (In tal senso, vd. anche Cass. 13.2.2008, n. 3472, cit.).

Questa posizione della dottrina si fa preferire in quanto più rigorosa e fedele al testo normativo, dovendosi quindi ritenere che la gravità dell'inadempimento non possa assumere rilevanza decisiva al fine di legittimare il rifiuto della prestazione lavorativa. Essa costituisce solo *uno* degli elementi che si dovranno considerare al fine di valutare la buona fede dell'*excipiens*. Ciò che conta complessivamente è che il rifiuto del lavoratore sia finalizzato alla conservazione dell'equilibrio di interessi voluto dalle parti con la stipula del contratto e quindi del sinallagma genetico e funzionale (Nella più recente giurisprudenza non mancano anche alcune pronunce che sembrano aver accolto questa impostazione: vd. Cass. 5.3.2015, n. 4474, in *MGC*, 2015, che attribuisce al giudice il compito di «procedere a una valutazione comparativa degli opposti adempimenti, avuto riguardo anche alla loro proporzionalità rispetto alla funzione economico-sociale del contratto e alla loro rispettiva incidenza sull'equilibrio sinallagmatico»; con formulazione pressoché identica, vd. anche Cass. 16.6.2014, n. 13685, in *Diritto e giustizia*, 17 giugno 2014; Cass. 8.1.2014, n. 153, *ivi*, 10 gennaio 2014; Cass. 5.1.2007, n. 43, in *GDir.*, 2007, n. 12, 56).

4. — *L'exceptio nel diritto della sicurezza sul lavoro* — «Calando» ora questa ricostruzione nella specifica situazione che si verifica nell'ambito del rapporto di lavoro quando il datore di lavoro ometta un adempimento in materia di sicurezza, è agevole rilevare che l'equilibrio di interessi voluto dalle parti (e imposto dall'ordinamento per fini di natura pubblicistica e rango costituzionale) è quello di far svolgere la prestazione lavorativa senza che siano in alcun modo messe a repentaglio la salute e la sicurezza del prestatore. Tali condizioni ineriscono, quindi, direttamente, il sinallagma contrattuale e rappresentano una condizione ineludibile ed essenziale per lo svolgimento della prestazione lavorativa. Il relativo interesse del lavoratore, anzi, è sottratto alla disponibilità delle parti e la sua tutela assume nel nostro ordinamento rilievo e rango costituzionale. Ne consegue che divengono condizioni legittimanti il rifiuto del lavoratore di svolgere la sua prestazione, tutti quegli inadempimenti (*rectius*: omissioni), nelle quali il datore di lavoro dovesse incorrere, che siano però direttamente influenti sulle condizioni di sicurezza del singolo lavoratore, esponendolo a qualsiasi tipo di rischio, anche potenziale.

In quest'ottica potranno persino assumere rilevanza adempimenti di carattere gestionale quali, ad esempio, lo svolgimento delle visite sanitarie obbligatorie e persino altri adempimenti di carattere apparentemente burocratico, come l'elaborazione del Dvr: nel primo caso si tratta, infatti, di un elemento essenziale del sistema prevenzionale aziendale che consente di valutarne «a valle» (quindi in un momento che potrebbe essere non rinviabile) mediante la verifica l'incidenza dei fattori di rischio sulle concrete condizioni psico-fisiche del lavoratore; nel secondo caso, l'omissione del datore di lavoro incide sulle basi stesse del sistema prevenzionale ed è talmente grave da rendere del tutto inaffidabile l'attitudine prevenzionale di quell'azienda, esponendo la prestazione lavorativa a rischi del tutto ignoti e quindi non tollerabili.

Ciò che conta, in ogni caso, non è l'apparente livello di *gravità* dell'omissione aziendale, bensì la sua idoneità a far venir meno, nel concreto, le condizioni di salu-

brità e sicurezza in quanto ciò inciderebbe in modo determinante sul sinallagma contrattuale, essendo tali condizioni essenziali per rendere esigibile la prestazione lavorativa (In tal senso, molto bene, T. Ravenna 16.1.2009, in *RIDL*, 2009, n. 3, II, 543, con nota di Albi 2009).

Se, invece, l'inadempimento datoriale non espone il lavoratore a rischi maggiori di quelli tollerabili secondo i canoni di legge e contrattuali – pensiamo a inadempimenti puramente burocratici o comunque non tali da aumentare in modo significativo i rischi lavorativi –, esso non potrà legittimare il rifiuto della prestazione.

Anche in presenza di altri inadempimenti datoriali non inerenti l'obbligo di sicurezza il principio da applicare resterà sempre lo stesso, dovendosi ritenere conforme a buona fede solo il rifiuto della prestazione che si ponga come reazione adeguata e proporzionata all'avversa omissione, volta a controbilanciarne gli effetti e a ripristinare l'equilibrio di interessi che le parti avevano raggiunto con la stipula del contratto. Così, solo per fare un esempio fra i più banali, la mancata erogazione della retribuzione per il lavoro straordinario consente al lavoratore di rifiutare non lo svolgimento dell'ordinaria prestazione lavorativa, ma solo quella non compresa nel normale orario di lavoro.

È appena il caso di rilevare, infine, che la valutazione in ordine alla conformità a buona fede del rifiuto della prestazione lavorativa sarà soggetto non solo alla valutazione del giudice eventualmente chiamato a dirimere la relativa controversia, ma anche, in qualche misura, alla valutazione dello stesso datore di lavoro, il quale, laddove dovesse ritenere ingiustificato il rifiuto, potrà anche esercitare, nei confronti dell'*excipiens*, il proprio potere disciplinare e adottare le sanzioni previste dall'ordinamento (sanzioni che, ovviamente, saranno a loro volta sottoposte al vaglio del giudice). Questa eventualità di incorrere nel potere privato di autotutela riconosciuto dall'ordinamento giuslavoristico al datore di lavoro in quanto capo dell'impresa costituisce il più efficace disincentivo a un uso eccessivo o distorto del potere di autotutela del lavoratore *ex art.* 1460 c.c.

Riferimenti bibliografici

- Albi P. (2009), *Eccezione di inadempimento e obbligo di sicurezza*, in *RIDL*, n. 3, II, 551 ss.
- Bianca C.M. (1994), *Diritto civile, 5, La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 329 ss.
- Bigliazzi Geri L. (1991), voce *Eccezione di inadempimento*, in *DDPCiv.*, 331 ss.
- Cattaneo G. (1994), voce *Mora del creditore*, in *DDPCiv.*, 432 ss.
- Fabris P. (2009), *Il rifiuto di adempiere del lavoratore per omissione di misure di sicurezza*, in *LG*, n. 9, 881 ss.
- Ghera E., Liso F. (1976), voce *Mora del creditore (dir. lav.)*, in *ED*, 972 ss.
- Martinelli M. (2015), *I lavoratori*, in G. Natullo (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Utet, Torino, 623 ss.
- Pasquarella V. (2003), *Autotutela del lavoratore e licenziamento ritorsivo*, in *RIDL*, n. 1, II, 114 ss.
- Realmonte F. (1963), *Importanza dell'inadempimento ed exceptio inadimpleti contractus*, in *RTDPC*, n. 3, 321 ss.

- Riccobono A. (2010), *Profili applicativi degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie: l'autotutela individuale del lavoratore*, in *RIDL*, n. 1, I, 121 ss.).
- Sacco R. (1982), *I rimedi sinallagmatici*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. 10.
- Scarano L. (2009), *Note critiche sull'applicazione dell'art. 1460 c.c. al rapporto di lavoro*, in *RIDL*, n. 3, II, 634 ss.
- Scarano L. (2016), *Absolutezza e derogabilità del diritto di astenersi dal lavoro festivo*, in *RIDL*, n. 1, II, 141 ss.
- Stolfa A. (2015), *La valutazione dei rischi*, in G. Natullo (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Utet, Torino, 686 ss.
- Vallebona A. (1995), *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Cedam, Padova, 49 ss.
- Zana M. (1972), *La regola della buona fede nell'eccezione di inadempimento*, in *RTDPC*, n. 4, 1376 ss.

Francesco Stolfa
Avvocato del Foro di Trani

CASSAZIONE, 18.1.2016, n. 705 – Pres. Stile, Est. Manna, P.M. (conf.) – Inps (avv.ti Coretti, De Rose, Stumpo) c. V.E. (avv. Concetti). Conf. Corte d'Appello di Brescia, 15.12.2009.

Indennità di disoccupazione – Lavoro a tempo parziale – Titolarità di due o più rapporti di lavoro subordinato a tempo parziale – Cessazione di uno di essi – Diritto all'indennità di mobilità – Sussiste.

Il lavoratore titolare, contemporaneamente, di due rapporti di lavoro subordinato a tempo parziale orizzontale, collocato in mobilità per uno dei due con prosecuzione dell'altro, ha diritto alla relativa indennità stante la previsione dell'art. 8, c. 6, della l. n. 223 del 1991, che consente all'iscritto alle liste di mobilità di svolgere lavoro a tempo parziale pur mantenendo l'iscrizione; né rileva la circostanza che l'emolumento, corrisposto su base giornaliera, non sia frazionabile su base oraria, in quanto una limitazione alle sole giornate di totale inattività determinerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra part-time verticale e part-time orizzontale. È altresì necessario prendere atto di un progressivo favor legislativo verso forme di sostegno commisurate al differenziale economico tra sussidio di disoccupazione e reddito percepito, piuttosto che di mantenimento dei sussidi commisurati a singole unità di tempo (giorni, settimane, mesi) di inattività. (1)

(1) IL LAVORATORE *PART-TIMER*: OCCUPATO O DISOCCUPATO PARZIALE?

1. — La sentenza Cass. 18.1.2016, n. 705, in commento, che si condivide *in toto* quanto ad argomentazioni e conclusioni, offre lo spunto per tornare a riflettere sull'annosa questione se il lavoratore *part-timer*, al pari del bicchiere semivuoto, sia un lavoratore parzialmente occupato ovvero parzialmente disoccupato nella prospettiva della tutela da accordargli nel mercato, con riferimento alle politiche attive e passive del lavoro. Nello specifico si ripropone l'interrogativo di quale sostegno al reddito si possa accordare al lavoratore con doppio rapporto *part-time* che perda uno di essi.

Il dibattito risale alla ormai nota pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione. 6.2.2003, n. 1732 (In *FI*, 2003, n. 5, I, 1445), che ha negato il diritto alla indennità di disoccupazione ai lavoratori occupati con *part-time* cd. verticale su base annua sul presupposto che i periodi di inattività che caratterizzano tale rapporto di lavoro, costituendo modalità esecutive della prestazione «accettate» dal lavoratore al momento della stipulazione del contratto *part-time*, sarebbero per ciò stesso a questi imputabili a titolo di disoccupazione volontaria (Conf. Cass. 2.10.2013, n. 22576, in *Diritto e giustizia online*, 2013, 3 ottobre; Cass. 7.8.2003, n. 11913, in *RFI*, 2003, voce *Previdenza sociale*, n. 478; Cass. 14.9.2009, n. 19253, inedita a quanto consta; Cass. 21.12.2006, n. 27287, inedita a quanto consta, Cass. 22.9.2003, n. 14052, inedita a quanto con-

sta). Quindi, il perdurare del rapporto di lavoro nei periodi di sosta, assicura al lavoratore impiegato a tempo parziale verticale «una stabilità e una sicurezza retributiva, che impediscono di considerare costituzionalmente obbligata una tutela previdenziale della retribuzione nei periodi di pausa della prestazione» [Così C. cost. 24.3.2006, n. 121, in *RIDL*, 2006, n. 4, II, p. 810 (s.m.); in dottrina, per tutti, si legga Paci 2001, 759 ss.; Id. 2000, 71 ss.; Lagala 2002, 825 ss.; Agostini 1999, 141 ss.; Andreoni 2003, 442 ss.]. Se quanto detto vale per il *part-time* cd. verticale, la sentenza annotata affronta invece il caso di una lavoratrice titolare di due rapporti di lavoro *part-time* di tipo orizzontale, che essendo stata collocata in mobilità per uno di essi richiede all'Inps la corresponsione della relativa indennità, pur rimanendo in vita l'altro rapporto lavorativo. L'Inps nega alla lavoratrice la corresponsione dell'indennità di mobilità sostenendo che quest'ultima, come tutti i trattamenti di disoccupazione, è strutturata su base giornaliera, e dunque viene corrisposta in mancanza di attività lavorativa protrattasi per l'intera giornata e non è frazionabile su base oraria. Da ciò discende che il lavoratore collocato in mobilità (*ex* l. n. 223/1991) non può continuare a svolgere attività lavorativa, in favore di altro datore di lavoro, in *part-time* di tipo orizzontale, ove voglia godere della relativa indennità. È evidente che la tesi difensiva dell'Inps è ancorata al dato letterale dell'art. 8, cc. 6 e 7, l. n. 223/1991, secondo cui il lavoratore in mobilità ha facoltà di svolgere attività di lavoro subordinato, a tempo parziale, ovvero a tempo determinato, mantenendo l'iscrizione nella lista, ma con sospensione, per le giornate di lavoro, del relativo trattamento.

Per lungo tempo, la giurisprudenza (*supra* citata) e la prassi dell'Inps hanno negato sia ai lavoratori impiegati in *part-time* verticale (Cfr. circolare n. 198 del 13.7.1995; messaggio n. 253 del 25.3.2003; circolare n. 55 del 13.4.2006) sia ai lavoratori titolari di un doppio *part-time* di tipo orizzontale l'accesso ai trattamenti di disoccupazione, nel primo caso per carenza del requisito dell'involontarietà dello stato di disoccupazione, nel secondo, invece, per effetto del criterio di commisurazione dei trattamenti di disoccupazione (compresa l'indennità di mobilità) che possono essere corrisposti solo per mancanza di attività lavorativa (*rectius*: disoccupazione) riferibile all'intera giornata e non frazionata su base oraria. Questo indirizzo interpretativo conferma che il lavoratore *part-timer* è considerato un «occupato parziale» in quanto non perde totalmente il proprio reddito e per tale motivo non necessita del sostegno pubblico.

Tale orientamento si scontra con un'evoluzione non solo dell'istituto del *part-time*, ma anche dei trattamenti di disoccupazione, e la sentenza annotata, che non consta di precedenti editti, ha il pregio di proporre un'interpretazione evolutiva della disciplina applicata, adeguandola all'attuale considerazione del rapporto di lavoro a tempo parziale non più come una scelta libera e volontaria del lavoratore, bensì come modalità occupazionale offerta dal mercato del lavoro (Vd. Brollo 2014, 1245 ss.).

E infatti, con riferimento all'evoluzione dell'istituto del *part-time*, i giudici di legittimità, in primo luogo, ritengono fondatamente che la tesi dell'Istituto previdenziale di ancorare la corresponsione dell'indennità di mobilità all'unità di tempo della giornata ponga le basi per un'ingiustificata disparità di trattamento tra il lavoratore impiegato in un *part-time* verticale (solo alcuni giorni della settimana con orario intero) e il lavoratore impiegato in un *part-time* orizzontale (orario giornaliero ridotto per tutti i giorni della settimana lavorativa). E tale discriminazione, anche se si verifica nei fatti e non nella disciplina dell'istituto, si pone in contrasto con i principi, di matrice

europea e recepiti nella normativa nazionale, di tendenziale equiparazione tra lavoratori *part-timers* e lavoratori a tempo pieno, per quanto attiene al trattamento complessivo (Vd. Alaimo 2001, 100 ss.). In secondo luogo, seppure ai sensi dell'art. 7, c. 12, l. n. 223/1991, all'indennità di mobilità si estende la disciplina sull'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria, proprio in virtù della clausole di compatibilità («in quanto applicabile»), è necessario che le sue modalità di erogazione debbano essere rese compatibili con il lavoro *part-time*, richiamato nell'art. 8, c. 6, della medesima legge. Quindi, sotto il profilo sistematico, i giudici di legittimità invitano l'Inps a non predicare la massima flessibilità solo per le tipologie contrattuali di lavoro, ma di applicarla anche per il pagamento dei trattamenti previdenziali, rispetto ai quali si riscontra invece una forte rigidità dell'Istituto.

2. — Ma i giudici di legittimità vanno oltre, offrendo anche una interpretazione storico-evolutiva dei trattamenti di disoccupazione alla luce della disciplina introdotta nel 2015 (Naspi), che, pur non applicabile *ratione temporis* al caso delibato, fissa le coordinate per gli interpreti, enunciando principi che possono essere estesi, in virtù del citato art. 7, c. 12, l. n. 223/1991, all'indennità di mobilità, almeno sino alla definitiva scomparsa dell'istituto a far data dal 1° gennaio 2017.

La Suprema Corte dà atto, a seguito dell'emanazione del d.lgs. n. 22/2015, di un *favor* legislativo verso forme di sostegno commisurate al differenziale economico tra sussidio di disoccupazione e reddito percepito, piuttosto che verso il mantenimento di sussidi commisurati a singole unità di tempo (giorni, settimane e mesi) di inattività.

In verità, la compatibilità tra stato di disoccupazione e produzione di un reddito non è una novità introdotta dalle riforme Fornero del 2012 e Renzi del 2015, rinvenendosi già nel d.lgs. n. 181/2000 laddove all'art. 4, c. 1, lett. *a*, era prevista la conservazione dello stato di disoccupazione a seguito di svolgimento da parte del disoccupato di attività lavorativa tale da assicurargli un reddito annuale non superiore al reddito minimo personale escluso da imposizione fiscale. Anche se l'art. 4 citato è stato sostituito dall'art. 19, d.lgs. n. 150/2015, l'art. 9, c. 1, del d.lgs. n. 22/2015 prevede 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), reintroducendo di fatto quanto era già previsto dall'abrogato art. 4, c. 1, lett. *a*, d.lgs. n. 181/2000, seppur solo ai fini del mantenimento dello stato di disoccupazione.

Ma il legislatore delegato, al comma 3 dell'art. 9, d.lgs. n. 22/2015, richiamato nella sentenza in commento, introduce una novità rispetto al passato con riferimento proprio al lavoratore titolare di due o più rapporti di lavoro subordinato a tempo parziale che cessi da uno dei detti rapporti a seguito di licenziamento, dimissioni per giusta causa, o di risoluzione consensuale intervenuta nell'ambito della procedura *ex* art. 7, l. n. 604/1966, e il cui reddito non superi la *no tax area* (art. 13 Tuir); in questi casi il lavoratore ha diritto, ricorrendo tutti gli altri requisiti, di percepire la Naspi, ridotta nei termini di cui all'art. 10 e cioè la riduzione di un importo pari all'80% del reddito previsto, rapportato al periodo di tempo intercorrente tra la data di inizio dell'attività e la data in cui termina il periodo di godimento dell'indennità o, se antecedente, la fine dell'anno.

Pertanto si può, attraverso l'analisi delle norme in tema di trattamenti di disoccupazione, giungere alle medesime conclusioni a cui è pervenuta la Suprema Corte nella sentenza annotata, che confermano la finalità assistenzialista dei trattamenti di disoccupazione (dimostrata anche dal progressivo decremento dell'importo degli stessi) e non di garanzia del reddito, in quanto lo Stato è tenuto a intervenire solo quando il lavoratore, rimasto privo di un impiego, non riesca a far fronte ai bisogni di vita propri e dei propri familiari a carico. Ne consegue che la fruizione di un trattamento di disoccupazione è compatibile con un rapporto di lavoro subordinato, a prescindere se *part-time* (orizzontale o verticale) o *full-time*, solo quando con la nuova occupazione il lavoratore percepisca un reddito annuale inferiore o pari a quello minimo escluso da imposizione fiscale. Il trattamento di disoccupazione dovrebbe essere, in definitiva, destinato sia a quanti perdano una precedente occupazione, che a quanti desiderino un'occupazione integrativa, in presenza di un reddito insufficiente a garantire loro l'integrazione sociale.

Il lavoratore titolare di un doppio *part-time* che ne perde involontariamente uno, oggi, dunque, può essere definito un «disoccupato parziale» e percepire il relativo trattamento (seppur in misura ridotta), per la quota oraria (nel *part-time* orizzontale) o giornaliera (nel *part-time* verticale) di inattività, solo se il reddito prodotto dal rapporto rimasto in vita non sia superiore alla *no tax area*, venendo meno, come affermato dalla Suprema Corte, la logica binaria del «tutto o niente» in relazione a una prescelta unità di tempo. Opera invece in siffatti casi il meccanismo del cumulo tra il sussidio di disoccupazione e il reddito percepito da altro lavoro, con conseguente riduzione del primo in una percentuale calcolata in base al secondo (art. 10, d.lgs. n. 22/2015).

A conferma di quanto appena detto, sotto il profilo definitorio, il legislatore aveva originariamente introdotto nell'Atto Camera n. 177 (art. 19, c. 4), e poi eliminato nel testo approvato con il d.lgs. n. 150/2015, la categoria dei «disoccupati parziali» annoverando tra essi: a) i lavoratori precari a livello reddituale e cioè i lavoratori dipendenti o autonomi che producono nell'anno fiscale redditi rientranti nella *no tax area* (art. 13 Tuir); b) i lavoratori a tempo parziale, con orario di lavoro inferiore al 70 per cento dell'orario normale di lavoro; c) i lavoratori in esubero con riduzione di orario, conseguente a sospensione o riduzione dell'attività lavorativa per integrazione salariale, contratto di solidarietà difensivo, intervento dei fondi di solidarietà, quando la riduzione sia superiore al 50% dell'orario di lavoro, calcolata in un periodo di 12 mesi.

È ipotizzabile che tale ripensamento del legislatore sia dovuto a esigenze cd. di ordine statistico, in quanto è indubbio che la nozione di «disoccupato parziale» avrebbe comportato un notevole ampliamento della platea dei destinatari di politiche attive e passive. Di contro avrebbe finalmente risolto, almeno sotto il profilo definitorio, l'annosa questione dell'attribuzione al lavoratore *part-timer* dello stato di disoccupato, seppur parziale.

L'occasione di colmare il vuoto normativo, sotto il profilo definitorio, è stata, perciò, vanificata da scelte di politica legislativa, per nulla aderenti alla *vis expansiva* dell'istituto del *part-time*, dimostrata proprio dagli ultimi interventi legislativi del 2015 che l'hanno elevato a strumento idoneo non solo a dare risposta, in conformità a quanto richiesto a livello europeo (Direttiva n. 97/81/Ce), alle esigenze di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro (l'art. 8, c. 7, d.lgs. n. 81/2015, vede addirittura nel *part-time* l'alternativa ai congedi parentali), ma anche alla domanda di lavoro esisten-

te nel mercato, non solo originaria, per soddisfare esigenze del datore, ma anche indotta dal contrasto alle eccedenze di personale (art. 21, c. 5, d.lgs. n. 148/2015, che eleva il contratto di solidarietà difensiva a soluzione prioritaria alle eccedenze di personale). A ciò si aggiunga l'ulteriore esigenza del ricambio generazionale perseguibile sia con la solidarietà espansiva per gli ultrasessantenni (art. 41, c. 5, d.lgs. n. 148/2015) sia con la trasformazione del rapporto da *full-time* a *part-time* dei lavoratori pensionabili (art. 1, c. 284, l. n. 208/2015).

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, si condivide la scelta di campo operata dal Supremo Collegio con la pronuncia in commento che, proponendo un'interpretazione evolutiva della disciplina presa in esame, ha di fatto sopperito all'inerzia legislativa, rispetto ai trattamenti di disoccupazione previgenti a quello introdotto nel 2015 (Naspi). Le conclusioni a cui sono giunti i giudici di legittimità, rispetto alla rigidità interpretativa dell'Istituto previdenziale, sono, altresì, coerenti con la realtà occupazionale attuale in cui il lavoro *part-time* è una scelta involontaria del lavoratore, e come tale necessita di adeguata tutela nel mercato del lavoro con riferimento alle politiche attive e passive, al pari del lavoro a tempo pieno. Ragionare in senso contrario comporterebbe un'ingiusta diversificazione di trattamento, non sorretta da ragioni obiettive, che violerebbe indiscutibilmente il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. e la clausola 1, lett. *a*, dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 97/81/Ce, avente lo scopo di eliminare le discriminazioni nei confronti dei lavoratori a tempo parziale e di migliorare la qualità del lavoro *part-time*.

Riferimenti bibliografici

- Agostini F. (1999), *Il lavoro a tempo parziale nella giurisprudenza ordinaria e costituzionale*, in q. *Riv.*, n. 3, II, 141 ss.
- Alaimo A. (2001), *Principio di non discriminazione e riproporzionamento dei trattamenti*, *Commento all'art. 4 del d.lgs. n. 61 del 2000*, in Aa.Vv., *Commentario al d.lgs. n. 61/2000*, a cura di M. Brollo, Ipsoa, Milano, 100 ss.
- Andreoni A. (2003), *Part-time verticale e indennità di disoccupazione: chi ha paura della Corte costituzionale?*, in q. *Riv.*, n. 2, II, 442 ss.
- Brollo M. (2014), *Part-time e lavoro intermittente alla prova dei numeri*, Relazione al convegno su «Diritto del lavoro e mercato», Roma, 26 settembre 2013, in *ADL*, n. 6, I, 1245 ss.
- Lagala C. (2002), *Le diverse funzioni dell'indennità di disoccupazione e la tutela dei lavoratori part-time*, in *LG*, n. 9, 825 ss.
- Paci N. (2000), *L'indennità di disoccupazione nel part-time verticale*, in *LG*, n. 8, 759 ss.
- Paci N. (2001) *Evoluzione, e involuzione, della giurisprudenza sull'indennità di disoccupazione nel part-time verticale*, in *LG*, n. 1, 71 ss.

Carmela Garofalo
Dottore di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Padova

CASSAZIONE, 24.11.2015, n. 23948 – Pres. Manna, Est. Balestrieri, P.M. Sanlorenzo (conf.) – B.F. (avv. Prosperi Mangili) c. Inps (avv.ti Sgroi, Maritato, D'Aloisio).

Conf. Corte d'Appello di Roma, 24.3.2011.

Pensione – Anzianità contributiva – Calcolo – Lavoro a tempo parziale verticale ciclico – Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale – Esclusione dei periodi non lavorati – Discriminazione.

I lavoratori con orario di lavoro a tempo parziale verticale ciclico non possono vedersi esclusi dall'anzianità contributiva richiesta per l'accesso alla pensione i periodi non lavorati nell'ambito del programma negoziale lavorativo concordato. L'art. 7, c. 1, della l. n. 638 del 1983 deve essere interpretato in conformità del principio di supremazia della normativa europea rispetto a quella nazionale in contrasto con essa. (1)

(1) PENSIONI E *PART-TIME*: REGIMI PREVIDENZIALI E PROSPETTIVE
ANTIDISCRIMINATORIE NELLA GIURISPRUDENZA MULTILIVELLO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. *Part-time*, mercato del lavoro e riforme pensionistiche. — 3. *Part-time* e accesso alla pensione, tra regole generali e speciali. — 4. Le «resistenze» dei giudici nazionali. — 5. La «lezione» della Corte di Giustizia Ue e la sua contestualizzazione in ambito nazionale. — 6. La qualificazione del regime previdenziale: le possibili ricadute sistemiche.

1. — *Premessa* — Con la sentenza in esame la Suprema Corte riconosce ai lavoratori a tempo parziale verticale di tipo ciclico, dipendenti della compagnia aerea Alitalia, il diritto a vedersi riconosciuti i periodi di non lavoro connessi al programma negoziale lavorativo concordato ai fini del computo dell'anzianità contributiva richiesta per l'accesso alle prestazioni previdenziali (1). La pronuncia si inserisce nel solco di un travagliato contenzioso giurisprudenziale, di matrice sia nazionale sia europea, che ha interessato, sotto diversi profili, la problematica connessa alla maturazione dei requisiti di accesso alle prestazioni pensionistiche dei lavoratori occupati a tempo parziale. La giurisprudenza multilivello è, in particolare, già più volte intervenuta a valutare i possibili effetti discriminatori, diretti e indiretti, prodotti dall'art. 7, del d.l. 12.9.1983, n. 463, convertito in l. 11.11.1983, n. 638; norma che, nell'introdurre il meccanismo di riproporzionamento del trattamento previdenziale alla quantità del lavoro svolto, penalizza i lavoratori assunti con contratto a tempo parziale sia di tipo orizzontale che verticale (2).

(1) Alla medesima conclusione, e seguendo il medesimo percorso argomentativo, perviene la Suprema Corte, con la sentenza gemella del 2.12.2015, n. 24532.

(2) Si preferisce, per maggiore chiarezza espositiva, fare ancora riferimento a tale duplice

Esattamente questa norma viene vagliata dalla Suprema Corte, la quale articola il proprio ragionamento sulla base di un duplice percorso argomentativo. Il primo, fondato sul veloce richiamo a specifici precedenti giurisprudenziali nazionali; il secondo, con valenza decisiva, sulla compatibilità di tale normativa nazionale con la disciplina europea in materia (Direttiva n. 97/81/Ce, relativa all'Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale), così come interpretata dalla Corte di Giustizia con la sentenza *Inps* del 2010 (3). A chiusura, e con valenza (forse eccessivamente) rafforzativa delle argomentazioni addotte, il giudice di legittimità richiama anche le nuove previsioni contenute nel d.lgs. 15.6.2015, n. 81 (in particolare, gli artt. 7, c. 2, e 11, cc. 2 e 4) (4). Norme, queste ultime, che in realtà sembrano piuttosto confermare le regole già contenute nelle disposizioni previgenti: quella del *pro rata temporis* (art. 4, c. 2, d.lgs. n. 61/2000) e quelle previdenziali applicabili ai lavoratori *part-time* (art. 9 del decreto, la cui formulazione è rimasta pressoché immutata).

Il profilo di maggiore interesse offerto dalla pronuncia in esame è, senza dubbio, quello riguardante l'impatto della richiamata pronuncia europea sul contenzioso nazionale esistente in materia. Il principio di diritto ivi affermato viene applicato dai giudici di legittimità nell'ordinamento interno, senza alcuna esitazione; e tuttavia tale principio risulta, come vedremo, ridimensionato, in quanto il carattere discriminatorio della norma scrutinata è, nel caso di specie, direttamente correlato alla natura del regime previdenziale al quale è iscritto il lavoratore *part-time*.

2. — *Part-time, mercato del lavoro e riforme pensionistiche* — Per comprendere appieno la portata della questione esaminata dai giudici multilivello, può essere utile svolgere alcune premesse che attengono, da una parte, al ruolo cruciale che il lavoro a tempo parziale riveste all'interno del nostro mercato del lavoro; dall'altra, alle «resistenze» legislative che, in forma sempre più accentuata nel corso del tempo, complicano l'accesso al trattamento pensionistico per i lavoratori occupati a orario ridotto. Sotto il primo profilo, basta qui ricordare che il lavoro a tempo parziale «è l'unica forma di lavoro cresciuta quasi ininterrottamente negli anni della crisi» (5), e ha costituito – soprattutto nella sua modalità di scelta involontaria (6) – una delle principali stra-

fattispecie definitoria, pur nella consapevolezza che di essa non si rinviene più traccia all'interno del d.lgs. 15.6.2015, n. 81.

(3) C. Giust. 10.6.2010, cause riunite C-395/08 e C-396/08, *Inps c. Bruno e Pettini*, in q. *Riv.*, 2011, n. 2, II, 264 ss., con nota di Altimari; in *DLM*, 2010, 486, con nota di Santucci; in *RCDL*, 2010, n. 4, 974 ss., con nota di Alessi; in *MGL*, 2011, n. 6, 470 ss., con nota di Fraioli; in *GI*, 2011, n. 5, 1105, con nota di Quadri.

(4) Per una prima analisi della nuova disciplina, vd. Calafà 2015; Leccese 2015; Bellomo 2016.

(5) *Rapporto annuale Istat 2015*, 161. Nel 2014 gli occupati a tempo parziale sono oltre 4 milioni: il 18,4% sul totale degli occupati (14,3% nel 2008). Sul crescente «uso (abuso?)» del *part-time*, vd. Altimari 2015, 364.

(6) Nel 2014 il *part-time* involontario incide in Italia per il 63,6% sul totale degli occupati a orario ridotto (rispetto al 40,2% del 2008); tale dato è confermato anche negli ultimi dati disponibili, relativi al terzo trimestre 2015 (pubblicati l'11 dicembre 2015). Il fenomeno è ancor più evidente nel confronto con la media Ue-28: a fronte di una percentuale di impiego del *part-time* leggermente più bassa in Italia (18,4% contro 20,4% in Ue-28), la quota di *part-time* involontario nel nostro paese è più che doppia rispetto a quella europea: vd. il *Rapporto Bes*

tegie delle aziende per far fronte alla crisi (7). A fronte di tale ampia diffusione, i lavoratori a tempo parziale devono fare i conti con un sistema pensionistico profondamente innovato dalla manovra di fine 2011 (8), che, come è noto, oltre ad avere generalizzato il sistema di calcolo contributivo, ha rimodulato in senso restrittivo le condizioni di accesso richieste per la maturazione del diritto ai trattamenti pensionistici (di vecchiaia e anticipata), con un inasprimento di regole che si rivela particolarmente penalizzante per i lavoratori flessibili, soprattutto se di giovane età (9). Vi sono infatti una serie di nuove condizioni che vanno in questa direzione. Si pensi, in particolare, all'elevazione del requisito contributivo minimo da cinque a venti anni, ora equiparato a quello già in vigore per i lavoratori del sistema di calcolo misto; requisito che potrà essere soddisfatto con maggiore difficoltà da parte di tutti i lavoratori flessibili, proprio in ragione della discontinuità lavorativa che caratterizza il loro percorso occupazionale. Lo stesso vale anche per il rafforzamento del requisito economico di accesso alla pensione, richiedendosi ora che l'importo del trattamento risulti almeno pari a un (più elevato) importo minimo di pensione (pari ad almeno 1,5 volte l'importo dell'assegno sociale) (10): condizione che penalizza i lavoratori privi di un'occupazione continuativa e a tempo pieno, se si considera che il sistema di calcolo contributivo è tutto imperniato sulla costruzione del montante contributivo individuale, riflesso della storia lavorativa del singolo. L'assetto del sistema di *welfare* continua dunque a essere incardinato intorno alla figura del lavoratore a tempo pieno e indeterminato; manifestando tutta la sua difficoltà di adattamento alle esigenze protettive dei lavoratori caratterizzati da periodi di inattività lavorativa, siano essi interni o esterni alle diverse tipologie contrattuali di riferimento (11).

3. — *Part-time e accesso alla pensione, tra regole generali e speciali* — Alla luce di tale complessivo contesto devono essere letti i principi enunciati nella pronuncia in commento, intervenuta in una controversia intentata da alcuni dipendenti dell'Alitalia, con mansioni di assistente di volo e iscritti al Fondo speciale di previdenza per il personale di volo dipendente da aziende di navigazione aerea (di seguito, Fondo volo), per ottenere il riconoscimento di un'anzianità contributiva comprensiva anche delle settimane non lavorate; ciò a fronte del diniego opposto

2015, cap. III, *Lavoro e conciliazione dei tempi di vita*, 108. Sul rilievo della volontarietà nel ricorso a tale tipologia contrattuale, sia nella fase genetica sia nella «gestione interna» del rapporto, vd. Delfino 2008, 35 ss.

(7) L'ampio ricorso al *part-time* sembra suggerirne l'utilizzo, almeno in parte, in «funzione di contenimento dei costi e di ammortizzatore sociale»: De Gregorio, Giordano 2014, 41.

(8) D.l. 6.12.2011, n. 201, convertito con modificazioni in l. 22.12.2011, n. 214, su cui vd. Sandulli 2012; Cinelli 2012. Sull'impatto di tali innovazioni sulla protezione sociale dei lavoratori flessibili, vd. Bozzao 2014.

(9) Si tratta, cioè, dei lavoratori rientranti nel sistema di calcolo contributivo puro, il cui primo accredito contributivo decorre dal 1.1.1996.

(10) La previsione di una soglia economica minima di pensione (pari, per il 2016, a 672 euro), quale condizione di accesso al *welfare*, rischia di produrre effetti discriminatori indiretti di genere, nella misura in cui le donne sono destinatarie di importi pensionistici di gran lunga inferiori a quelli degli uomini: cfr. il *Rapporto annuale Inps 2014*, 104 ss.

(11) Volendosi limitare a letture di ordine generale, vd. Bozzao 2005; Renga 2006; Ravelli 2007.

dall'Inps, che ritiene utili per l'accesso alla pensione solo i periodi contributivi effettivamente lavorati.

La posizione dell'Inps fa leva su una lettura «rigida» di un articolato groviglio di norme, di carattere tanto generale quanto speciale, più volte modificate nel corso dell'ultimo trentennio. Esse si incardinano intorno alla disposizione contenuta originariamente nell'art. 5, c. 11, del d.l. n. 726/1984, convertito con modificazioni in l. n. 863/1984 – trasfusa dapprima nell'art. 9, c. 4, del d.lgs. n. 61/2000 e, da ultimo, nell'art. 11, c. 4, del d.lgs. n. 81/2015 (12) –, ai sensi della quale «in caso di trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto di lavoro a tempo parziale e viceversa, ai fini della determinazione dell'ammontare del trattamento di pensione si computa per intero l'anzianità relativa ai periodi di lavoro a tempo pieno e proporzionalmente all'orario effettivamente svolto l'anzianità inerente ai periodi di lavoro a tempo parziale». Se, dunque, ai fini del calcolo della pensione, il numero di ore lavorate viene computato in modo identico, a prescindere dal fatto che il lavoro sia stato svolto a tempo pieno, a tempo parziale su base orizzontale o su base verticale ciclica (13), ai fini della maturazione del diritto alla pensione il lavoro *part-time* è assoggettato a differenti criteri di valutazione. La normativa di riferimento è, sotto questo secondo aspetto, contenuta nel richiamato art. 7 della l. n. 638 del 1983, che regola l'accreditamento della contribuzione settimanale ai fini dell'accesso alle prestazioni previdenziali per le quali è richiesto un requisito contributivo. Essa prevede, in particolare, che il numero dei contributi accreditabile nel corso dell'anno solare è pari a quello delle settimane in cui il lavoratore ha prestato la sua attività, a condizione che per ogni settimana sia stata erogata una retribuzione non inferiore al 40% dell'importo del trattamento minimo mensile di pensione a carico del «Fondo pensione lavoratori dipendenti». Viene fissata, in sostanza, una soglia retributiva minima settimanale, valevole per tutti i lavoratori dipendenti; se essa non viene raggiunta, il numero dei contributi accreditato risulterà proporzionalmente ridotto: con conseguente allungamento del periodo di tempo necessario per il soddisfacimento delle condizioni assicurative e contributive minime (14). Il meccanismo penalizza, però, i lavoratori a tempo parziale, di tipo sia orizzontale che verticale su base annua. I primi, in ragione del minor numero di ore lavorate (e, quindi, retribuite), potrebbero non riuscire a soddisfare la soglia reddituale; i secondi sarebbero invece penalizzati dall'esclusione, dal novero delle settima-

(12) L'art. 11 ha sostanzialmente confermato la disciplina previdenziale dei lavoratori a tempo parziale prevista dalle precedenti disposizioni esistenti in materia, novando la fonte e operando un mero coordinamento della normativa previgente.

(13) Per stabilire l'anzianità contributiva da prendere in considerazione ai fini del calcolo della pensione è necessario, infatti, determinare il numero delle ore retribuite in ciascun anno per lavoro a tempo parziale e dividere tale numero per il numero delle ore che costituiscono l'orario di lavoro settimanale previsto per i lavoratori a tempo pieno; il risultato di tale operazione rappresenta il numero delle settimane di contribuzione riconoscibili per il lavoro a tempo parziale (a tale numero può, poi, essere sommato il numero delle settimane addizionali di contribuzione che il lavoratore interessato può aver fatto valere, ad esempio, tramite accreditamento figurativo). Tale metodo di calcolo non produce risultati diversi a seconda che il lavoro a tempo parziale sia di tipo verticale ciclico o di tipo orizzontale.

(14) Il riproporzionamento, insieme all'adeguatezza e alla non discriminazione, costituisce uno dei «principi informativi della tutela sociale del lavoro non standard»: così Renga 2005, 57.

ne richieste per l'accesso alla pensione (cd. settimane utili), di quelle relative ai periodi non lavorati (15). Con un trattamento differenziato che opera, in questo secondo caso, soprattutto rispetto ai lavoratori occupati su base orizzontale per i quali, a parità di un monte ore lavorato e retribuito nell'anno solare, vengono considerate utili tutte le settimane dell'anno solare (16). A differenza, poi, di quanto avviene in altri modelli contrattuali (17), i periodi di inattività fisiologici al lavoro *part-time* sono privi di qualsiasi copertura, anche di tipo previdenziale (18); un vuoto di tutela che può essere «sanato» dal lavoratore solo attraverso l'oneroso accollo dei costi economici necessari ad assicurare la continuità della copertura contributiva (19).

4. — *Le «resistenze» dei giudici nazionali* — Nel dirimere la questione sottoposta al suo scrutinio, la Suprema Corte, come si è già anticipato, richiama innanzitutto i pronunciamenti precedenti dei giudici nazionali e, in particolare, la sentenza della Corte costituzionale 23.2.2012, n. 36 (20). Il richiamo è veloce, nella consapevolezza che la questione lì affrontata è distinta da quella sottoposta al suo giudizio. E tuttavia quella sentenza si rivela di estremo interesse, per le implicazioni sistematiche che possono desumersi dal ragionamento sviluppato dal giudice delle leggi, chiamato a valutare proprio la legittimità dell'art. 7, l. n. 638/1983, nella parte in cui prevede, ai fini dell'accesso al trattamento previdenziale, un'unica soglia minima retributiva, uguale per i lavoratori a tempo pieno e quelli a tempo parziale. Secondo il giudice al tempo rimettente (21), la rigida lettura di tale previsione comportava un ingiustificato elemento di discriminazione – per uguale trattamento di situazioni disuguali – a danno dei *part-timers* (in particolare, di quelli orizzontali) per i quali il minor numero di ore settimanali lavorate aumenterebbe irragionevolmente il rischio di non riuscire a raggiungere la richiamata retribuzione minima. Da qui la richiesta di un intervento di ti-

(15) Ciò in quanto ai fini della maturazione del diritto al trattamento previdenziale si considerano solo le settimane in cui c'è stato almeno un giorno lavorato.

(16) Questi profili problematici sono stati acutamente evidenziati, già trent'anni fa, da Cinelli 1986, 79.

(17) Si pensi al lavoro intermittente (con garanzia della disponibilità a rispondere alle chiamate) e alla somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, in cui tale «buco lavorativo» risulta fittizio, essendo la situazione di inattività di fatto giuridicamente riconosciuta e tutelata come vero e proprio «lavoro» attraverso l'erogazione dell'indennità di disponibilità (con riconoscimento di una – seppure ridotta – copertura previdenziale): vd. oggi, rispettivamente, gli artt. 16 e 34, d.lgs. n. 81/2015. Si fa presente che, in entrambi i casi, la predetta indennità concorre alla formazione dell'anzianità contributiva utile ai fini del diritto e della misura della pensione: vd., rispettivamente, le circolari Inps 20.3.2014, n. 33, e 1.2.2005, n. 18.

(18) Ivi compreso il riconoscimento del trattamento di disoccupazione (oggi, la Naspi): vd. C. cost. 24.3.2006, n. 121, in *FI*, 2006, I, 2637, con nota di Gentile; in *RIDL*, 2006, II, 810 ss., con nota di Alessi; in *ADL*, 2006, II, 813, con nota di A. Pessi; vd. altresì, nelle more di tale decisione, l'art. 13, c. 9, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni in l. 14 maggio 2005, n. 80. Per alcune considerazioni critiche, vd. anche Bozzao 2007, 54 ss.

(19) Ricorrendo agli istituti del riscatto e della prosecuzione volontaria: art. 8, d.lgs. 16.9.1996, n. 564.

(20) In *RIDL*, 2013, II, 470, con nota di Forlivesi. La S.C. richiama, invero, anche Cass. 5.6.2012, n. 9039, in *MGC*, 2012, con cui i giudici di legittimità si sono adeguati a quanto già stabilito, pochi mesi prima, dal giudice delle leggi.

(21) Cass. 20 ottobre 2010. ord.

po additivo, con introduzione di un meccanismo di riparametrazione su base oraria della retribuzione minima utile per l'accredito del contributo settimanale, idoneo a ricondurre tale soglia minima «al valore dell'ora lavorativa del lavoratore a tempo pieno e quindi rapportata al numero di ore settimanali del lavoratore a tempo parziale», secondo un criterio analogo a quello del calcolo del minimale imponibile di cui all'art. 1, c. 4, d.l. n. 338/1989, convertito in l. n. 389/1989 (22). Il giudice costituzionale ha, però, dichiarato la questione inammissibile, ritenendo la soluzione postulata dal giudice rimettente non costituzionalmente imposta; esistono infatti una pluralità di soluzioni astrattamente ipotizzabili, «peraltro in un settore caratterizzato da ampia discrezionalità del legislatore nel bilanciamento dei diversi interessi contrapposti». La Corte non perde di vista la necessità di mantenere l'equilibrio generale del sistema delle gestioni previdenziali, nel rispetto del limite delle risorse disponibili; e, pur riconoscendo l'effetto penalizzante della norma *de qua* per i lavoratori a tempo parziale, ponendo «in effetti [...] rendere per questi ultimi più difficile il conseguimento di detta soglia minima, avuto riguardo al più ridotto livello di reddito, conseguente al minore orario praticato», adotta un atteggiamento di particolare cautela, rinviando al legislatore l'individuazione di una disciplina caratterizzata da maggiore equità. Un intervento legislativo tanto più urgente, se si considera la prevalente composizione femminile del lavoro a tempo parziale nel nostro paese (23), soprattutto nella sua modalità di tipo orizzontale (24). Il che ben potrebbe esporre la previsione in esame a possibili effetti discriminatori fondati sul sesso, per contrasto con la Direttiva n. 79/7/Cee, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale; conclusione cui è già pervenuto il giudice europeo, relativamente all'ordinamento spagnolo, nel caso *Elbal Moreno* (25).

5. — *La «lezione» della Corte di Giustizia Ue e la sua contestualizzazione in ambito nazionale* — In effetti, nel percorso argomentativo sviluppato dalla Suprema Corte risulta decisivo il riferimento alla normativa e alla giurisprudenza europea e, in particolare, alla pronuncia della Corte di Giustizia del 2010, che ha riguardato proprio una fattispecie identica a quella oggetto di giudizio nella sentenza in esame. Il richiamato art. 7, l. n. 638/1983, è stato, infatti, oggetto di giudizio da parte dei giudici europei, intervenuti in una controversia relativa all'accesso alla pensione di vecchiaia proprio da

(22) Tale disposizione – che a decorrere dal 1.1.1989 aveva sostituito il testo dell'art. 5, c. 5, del d.l. n. 726/1984, convertito in l. n. 863/1984 – è stata trasfusa in termini immutati dapprima nell'art. 9, c. 4, del d.lgs. n. 61/2000 e, da ultimo, nell'art. 11, c. 4, del d.lgs. n. 81/2015.

(23) Si vedano a tal fine, tra gli altri, i dati contenuti nel Rapporto *Noi Italia*, Istat, 2015, 102, ove si segnala che nel 2013 il 31,9% delle donne e il 7,9% degli uomini lavorava *part-time*. Per una più ampia analisi della complessità sottesa al trinomio donne-lavoro-previdenza, vd. Olivelli 2008; Balandi 2009; Bozzao 2010. Con specifico riguardo al «difficile incontro» tra diritto di *welfare* e diritto antidiscriminatorio di genere, vd. Bonardi 2012 e, in un'ottica sovranazionale, Renga 2012.

(24) Il regime a orario ridotto più diffuso è, in Italia, proprio il *part-time* orizzontale, che interessa circa otto occupati a orario ridotto su dieci (l'83,6% tra le donne e il 73,5% tra gli uomini): cfr. il Rapporto annuale Istat 2015, cit., 161.

(25) C. Giust. 22.11.2012, C-385/11, *Elbal Moreno c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (Inss), Tesorería General de la Seguridad Social (Tgss)*, in q. Riv., 2013, n. 3, II, 479 ss., con nota di Alessi; in DLM, 2013, 189 ss., con nota di Bozzao.

parte del personale di volo di cabina della compagnia aerea Alitalia, occupato a tempo parziale di tipo verticale ciclico. La questione al tempo fu sollevata dalla Corte d'Appello di Roma (26), su una controversia che vedeva contrapposto quel personale all'Inps, in merito alla computabilità, nell'anzianità contributiva utile ai fini dell'acquisizione del diritto alla pensione, dei soli periodi lavorati, e non di quelli non lavorati, corrispondenti alla riduzione di orario di lavoro prevista nel contratto. Il giudice di Lussemburgo ha ritenuto la normativa italiana in contrasto con il principio di non discriminazione tra lavoratori a tempo pieno e lavoratori a tempo parziale, imposto dalla Direttiva n. 97/81/Ce (27). La Corte ha distinto, infatti, il sistema di calcolo dell'importo della pensione – che, dipendendo direttamente dalla quantità di lavoro effettuata dal lavoratore e dai contributi corrispondenti, ben può essere effettuato secondo la regola del *pro rata temporis* in caso di lavoro a orario ridotto (28) – dalla determinazione della data di acquisizione del diritto alla pensione, alla quale tale principio non può essere applicato. Ciò in quanto essa dipende esclusivamente dall'anzianità contributiva maturata dal lavoratore, corrispondendo alla durata effettiva del rapporto di lavoro e non alla quantità di lavoro fornita nel corso della relazione stessa. La Corte, dunque, fonda la sua decisione sull'applicazione del divieto di discriminazione di cui alla clausola 4 dell'Accordo quadro sul *part-time*: espressione specifica del principio fondamentale di uguaglianza, che vieta di trattare in maniera diversa situazioni analoghe, a meno che tale differenza sia obiettivamente giustificata (29); secondo la Corte dell'Unione «il principio di non discriminazione tra lavoratori a tempo parziale e lavoratori a tempo pieno implica che l'anzianità contributiva utile ai fini della determinazione della data di acquisizione del diritto alla pensione sia calcolata per il lavoratore a tempo parziale come se egli avesse occupato un posto a tempo pieno, prendendo integralmente in considerazione anche i periodi non lavorati» (punto 66). Il ragionamento si fonda sul presupposto che il lavoro a tempo parziale costituisce un «modo particolare di esecuzione del rapporto di lavoro», caratterizzato dalla mera riduzione della durata normale del lavoro; di modo che i periodi non lavorati sono pur sempre riconducibili all'unitario tipo contrattuale, non realizzandosi nelle pause di inattività – come invece sostenuto dall'Inps – alcuna sospensione del contratto di lavoro (30).

(26) Ord. 11.4.2008.

(27) Per un'ampia e recente analisi della giurisprudenza europea sul principio di non discriminazione dei lavoratori a tempo parziale, vd. Pettersson 2015.

(28) La considerazione della quantità di lavoro effettivamente svolta da un lavoratore a tempo parziale durante la sua carriera, paragonata a quella di un lavoratore che abbia svolto durante tutta la sua carriera la propria attività a tempo pieno, costituisce un criterio obiettivo che consente una riduzione proporzionata delle sue spettanze pensionistiche: vd., in tal senso, C. Giust. 3.10.2003, C-4/02 e C-5/02, *Schönheit c. Stadt Frankfurt am Main e Becker c. Land Hessen*, punti 90 e 91, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, 411, con nota di Ciammariconi; nonché C. Giust. 16.7.2009, C-537/07, *Gómez-Limón Sánchez-Camacho c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (Inss)*, *Tesorería General de la Seguridad Social (Tgss) e Alcampo Sa*, in *Racc.*, 2009, I-6525, punto 59.

(29) Sulla problematica applicazione, ai lavoratori a tempo parziale, del principio di proporzionalità, nel suo necessario bilanciamento con il principio di non discriminazione, si sofferma Quadri 2010, 350 ss.

(30) Per un interessante parallelismo tra la posizione assunta, sul punto, dalla Corte di Giustizia e dalla Corte costituzionale italiana nella richiamata sent. n. 121/2006, vd. Alessi 2011, 23 ss.

La Corte di Cassazione traspone il principio di diritto enunciato dal giudice europeo: dando così applicazione, nell'ordinamento interno, a quanto statuito nella richiamata pronuncia (31). Bisogna però considerare che, a una lettura più attenta, tale principio non può rivestire una portata applicativa generale, in quanto il ragionamento del giudice europeo è legato alla possibile riconducibilità *ratione materiae* delle norme previdenziali, scrutinate dai giudici in sede nazionale ed europea, nell'ambito di applicazione della Direttiva sul *part-time*. E, a tal fine, è necessario procedere alla qualificazione del regime previdenziale del Fondo volo che, si ricorda, è sostitutivo di quello generale dell'Inps. Per compiere tale operazione, la Corte muove dalla clausola 4 dell'Accordo quadro sul *part-time*, ai sensi del quale: «Per quanto attiene alle condizioni di impiego, i lavoratori a tempo parziale non devono essere trattati in modo meno favorevole rispetto ai lavoratori a tempo pieno comparabili per il solo motivo di lavorare a tempo parziale, a meno che un trattamento differente sia giustificato da ragioni obiettive»; e provvede dunque a verificare se le disposizioni previdenziali applicabili nel caso concreto siano riconducibili alle «condizioni d'impiego» richiamate dalla citata clausola 4.

A questo punto, il ragionamento si complica, perché la Corte riconduce in tale espressione sia le retribuzioni che le pensioni; ma, con riguardo a queste ultime, fa rientrare nella nozione di retribuzione – richiamata all'art. 119 del Trattato Cee (divenuto poi art. 141 e, oggi, art. 157 TfUE) – esclusivamente quelle che «dipendono da un rapporto di lavoro che lega il lavoratore al datore di lavoro, a esclusione di quelle derivanti da un sistema legale al cui finanziamento contribuiscono i lavoratori, i datori di lavoro e, eventualmente, i pubblici poteri in una misura meno dipendente da un rapporto di lavoro siffatto che da considerazioni di politica sociale»; solo la prima tipologia di pensioni, in ragione della valorizzazione del carattere retributivo, può essere ricompresa nelle richiamate «condizioni di impiego» (punto 42) (32). Si tratta di un *iter* argomentativo non nuovo per la Corte dell'Unione: essa rinvia, infatti, a un filone giurisprudenziale ormai consolidato (33), nel quale il principio di parità di trattamento nella materia previdenziale è stato ricondotto all'interno di diversi ambiti normativi di riferimento, in ragione della qualificazione, legale ovvero professionale, del regime previdenziale interessato dalla controversia. Così, mentre i regimi legali (34) sono assogget-

(31) C. cost. 1.7.2007, n. 284, in *Corriere giuridico*, 2007, 1664.

(32) Conclusione avvalorata dal fatto che lo stesso Accordo quadro rimarca l'esclusione, dal suo campo di applicazione, delle questioni relative ai regimi legali di sicurezza sociale, rimesse alle decisioni degli Stati membri: così il comma 3 del preambolo.

(33) Cfr. C. Giust. 28.9.1994, C-7/93, *Beune c. Bestuur van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds*, in *Racc.*, 1994, I-4471; C. Giust. 29.11.2001, C-366/99, *Griesmar c. Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, in *Racc.*, 2001, I-9383; C. Giust. 13.12.2001, C-206/00, *Mouflin c. Recteur de l'académie de Reims*, in *RDSS*, 2002, 271, con nota di Bozzao; C. Giust. 12.9.2002, C-351/00, *Niemi c. Valtiokonttori*, in *Racc.*, 2002, I-7007; C. Giust. 23.10.2003, C-4/02 e C-5/02, *Schönheit c. Stadt Frankfurt am Main e Becker c. Land Hessen*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, 411, con nota di Ciammariconi; C. Giust. 22.11.2012, C-385/11, *Elbal Moreno*, cit.; e, da ultimo, C. Giust. 14.4.2015, causa C-527/13, *Lourdes Cachaldora Fernández c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (Inss), Tesorería General de la Seguridad Social (Tgss)*, in *Racc.*, 2015.

(34) Secondo costante orientamento della Corte, le pensioni legali di previdenza sociale restano escluse sia dalla nozione di «retribuzione» ai sensi dell'art. 157, par. 2, TfUE, sia dalla no-

tati alla Direttiva n. 79/7/Cee, quelli professionali (35) rientrano nel campo di applicazione dell'art. 157 TfUE: solo a questi ultimi quindi, in ragione del carattere retributivo della pensione erogata, è applicabile la clausola antidiscriminatoria contenuta nella clausola 4 dell'Accordo quadro (36).

Resta, a questo punto, da definire la natura del Fondo volo, e il giudice europeo richiama i tre criteri «classici» costantemente utilizzati in specifici precedenti proprio per assimilare alla retribuzione il trattamento pensionistico erogato dall'istituto: la riferibilità soltanto a una categoria particolare di lavoratori, la diretta correlazione della pensione agli anni di servizio prestati, la commisurazione del suo importo all'ultima retribuzione percepita. Si è già avuto modo di criticare l'uso disinvolto di tali parametri (37), operato dalla Corte dell'Unione soprattutto per configurare come «professionali» i regimi pensionistici dei dipendenti pubblici, compreso quello italiano (38); uso che sta ampliando a macchia d'olio la *vis expansiva* dell'art. 157 TfUE, «con uno strisciante risultato di modificazione, o parziale soppressione, della Direttiva n. 79/7/Cee» (39).

La Corte, invero, non si spinge a individuare il campo di applicazione entro cui ricondurre il regime pensionistico in esame e, probabilmente in ragione del «carattere sibillino delle ordinanze di rinvio» (40), rimette al giudice nazionale tale accertamento. Alcune indicazioni arrivano, comunque, dal giudice europeo, quando sottolinea come, a tal fine, non sia determinante il fatto che il regime pensionistico del personale di cabina dell'Alitalia è amministrato da un ente pubblico, quale l'Inps; né tantomeno la natura – pubblica o privata – dell'azionariato dell'Alitalia (41).

6. — *La qualificazione del regime previdenziale: le possibili ricadute sistemiche* — È evidente, dunque, che, in base alle conclusioni che potranno trarre i giudici italiani, la

zione di «condizione di impiego» enunciata nella clausola 4 della Direttiva n. 97/81: nel primo senso, cfr., *ex plurimis*, C. Giust. 3.10.2003, C-4/02 e C-5/02, *Schönheit e Becker*, punti 56-64, cit., e C. Giust. 10.6.2010, C-395/08 e C-396/08, *Bruno e Pettini*, punto 41, cit. Nel secondo senso, C. Giust. 15.4.2008, C-268/06, *Impact c. Minister for Agriculture and Food e altri*, in *Racc.*, 2008, I-2483, punto 132 (relativa, in questo caso, all'analoga clausola 4 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato); C. Giust. 10.6.2010, *Bruno e Pettini*, cit., punto 42.

(35) Si ricorda che, ai sensi dell'art. 2, par. 1, lett. *e* e *f*, della Direttiva n. 2006/54/Ce del 5.7.2006, per regimi professionali di sicurezza sociale si intendono i regimi non regolati dalla Direttiva n. 79/7/Cee, «aventi lo scopo di fornire ai lavoratori, subordinati o autonomi, raggruppati nell'ambito di un'impresa o di un gruppo di imprese, di un ramo economico o di un settore professionale o interprofessionale, prestazioni destinate a integrare le prestazioni fornite dai regimi legali di sicurezza sociale o di sostituirsi a esse, indipendentemente dal fatto che l'affiliazione a questi regimi sia obbligatoria o facoltativa» (corsivo nostro).

(36) Per la puntuale ricostruzione del tessuto legislativo comunitario coinvolto in tali tipi di decisione vd. Sgroi 2009, 281 ss.

(37) Bozao 2009, 147, alla quale si rinvia anche per la ricostruzione dei numerosi precedenti giurisprudenziali, cui adde C. Giust. 26.3.2009, C-559/07, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica ellenica*, in *Racc.*, 2009, I-47.

(38) C. Giust. 13.11.2008, C-46/07, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, in *q. Riv.*, 2009, n. 1, II, 227, con nota di Mazziotti.

(39) Sandulli 2009, 100.

(40) Così le conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston, presentate il 21.1.2010, spec. punto 77.

(41) Cfr., in particolare, i punti 50 e 51 della sentenza.

portata applicativa del principio di uguaglianza in materia previdenziale risulterà differenziata in ragione della sola qualificazione del regime previdenziale di afferenza del lavoratore a tempo parziale. Di modo che: se si è in presenza di un regime professionale, i trattamenti previdenziali erogati rientreranno nell'ambito del divieto di discriminazione sancito dalla clausola 4 della Direttiva n. 97/81/Ce; viceversa, nel caso in cui il trattamento in esame venga ricondotto a un regime legale di previdenza sociale, il carattere discriminatorio della norma dovrà essere ricondotto nella sfera di applicazione del divieto di discriminazione indiretta basata sul sesso, enunciato nell'art. 4 della Direttiva n. 79/7/Cee (42). Su quest'ultima valutazione aleggiano, oggi, le conclusioni raggiunte nella già citata sentenza *Elbal Moreno*, in cui il giudice europeo, chiamato a valutare la normativa spagnola che imponeva – ai fini dell'accesso al *welfare* – periodi contributivi proporzionalmente più elevati per i lavoratori a tempo parziale rispetto a quelli assunti a tempo pieno, ha riconosciuto ai primi una posizione di svantaggio, in quanto costituiti – come statisticamente provato – nella stragrande maggioranza da donne (43). Non può qui sottacersi, però, come nella fattispecie in esame il carattere discriminatorio della norma italiana non investa tutti i lavoratori *part-time*, ma specificamente quelli assunti con contratto di lavoro a tempo parziale di tipo verticale ciclico; di modo che alla medesima conclusione potrebbe giungersi solo attraverso il ricorso (invero, per nulla agevole) (44) a solidi dati statistici, atti a dimostrare che il numero di tali lavoratori, maggiormente sfavoriti dalla normativa nazionale, è composto in prevalenza da donne.

Nel dare applicazione al principio di diritto affermato dalla Corte di Lussemburgo, la Suprema Corte bypassa però, completamente, la questione qualificatoria del Fondo volo quale regime legale, ovvero professionale, di sicurezza sociale; e, con il suo silenzio, implicitamente – e forse anche inconsapevolmente – considera quel Fondo un regime professionale di sicurezza sociale. Tale conclusione non può essere condivisa, perché il Fondo volo, rivolto sì a una categoria particolare di lavoratori (45), è stato nel tempo (46) ricondotto a sistema e conformato – salvo alcune peculiarità (47) – al regime le-

(42) Vd. C. Giust. 1.4.2008, C-267/06, *Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, in *Racc.*, 2008, I-1757, punto 59. Il ruolo fondamentale svolto dalla Corte di Giustizia nell'enucleazione della nozione di discriminazione diretta e indiretta basata sul sesso è sottolineato da Guaglianone 2007, 259 ss.

(43) In quel caso, circa l'80%. La Corte è giunta a considerare sufficienti anche dati statistici che rivelavano uno scarto meno significativo, ma persistente, tra lavoratori e lavoratrici: cfr. C. Giust. 9.2.1999, C-167/97, *Seymour-Smith e Perez*, in *Racc.*, 1999, I-623.

(44) Dati recenti evidenziano, infatti, che il *part-time* verticale interessa 596.000 lavoratori, riguardando il 21% degli uomini e il 12,3% delle donne: cfr. il *Rapporto annuale Istat 2015*, cit., 61.

(45) Si ricorda che al Fondo sono iscritti esclusivamente i comandanti, i piloti, i tecnici e gli assistenti di volo.

(46) La progressiva armonizzazione delle regole è stata, come è noto, avviata a partire dal 1992 (d.lgs. 30.12.1992, n. 503), e ha trovato un momento di ulteriore rafforzamento con il d.lgs. 24.4.1997, n. 164, attuativo della delega contenuta nella l. 8.8.1995, n. 335. Più di recente, si veda il d.P.R. 28.10.2013, n. 157, che, in attuazione di quanto previsto dall'art. 24, c. 18, l. n. 214/2011, ha introdotto specifiche regole di accesso alla pensione di vecchiaia, per gli iscritti al Fondo volo che hanno perso il titolo abilitante alla professione (art. 10).

(47) Le più rilevanti riguardano, in particolare: la ridotta età anagrafica richiesta per l'accesso alla pensione di vecchiaia; le più agevoli condizioni contributive per la pensione anticipata.

gale generale dell'Inps (per quanto attiene, specificamente, ai criteri di computo, così come al sistema di calcolo, dei trattamenti pensionistici). Una tendenza, questa, che, pur nel rispetto del criterio del pluralismo organizzativo dei regimi previdenziali di base, ha progressivamente interessato l'intera area della previdenza gestita da Enti pubblici, ormai ricondotti a un assetto di regole sostanzialmente uniformi a quelle in vigore nel regime legale ordinario.

La diversa qualificazione dei regimi previdenziali, operata dal giudice europeo attraverso la valorizzazione della natura retributiva della pensione, non trova poi riscontro nella giurisprudenza nazionale. All'interno dei *dicta* della Corte costituzionale, piuttosto, il nesso diretto tra retribuzione e prestazione pensionistica, inizialmente prospettato con esclusivo riferimento ai trattamenti di quiescenza erogati nell'area del pubblico impiego, è stato generalizzato all'intero sistema pensionistico. Il che ha consentito alla Corte di utilizzare tale nesso per giustificare l'applicabilità, al trattamento pensionistico, del criterio di proporzionalità alla quantità e qualità del lavoro prestato, così affiancato al criterio di adeguatezza: realizzando, in tal modo, una «immedesimazione funzionale» tra art. 36 e art. 38 Cost. (48) e una valorizzazione dell'accezione retributiva (più che redistributiva) del principio di adeguatezza, che si è già avuto modo di criticare in altra sede (49).

La discutibile differenziazione tra regimi previdenziali legali e professionali, così come articolatasi nei pronunciamenti europei, necessita infine di essere attentamente ponderata, per le sue potenziali ricadute sistemiche. È probabile infatti che, al verificarsi di situazioni analoghe a quella in esame, concernenti però lavoratori a tempo parziale verticale ciclico iscritti al regime generale dell'Inps, il contenzioso si riapra, con esiti tutt'altro che scontati: provocando possibili effetti discriminatori a cascata all'interno dell'ordinamento italiano, per disparità di trattamento tra situazioni giuridiche identiche.

Ritenendosi improbabile un ripensamento della Corte di Giustizia, il cui orientamento in materia appare ormai ben consolidato, questo cortocircuito giuridico potrà essere evitato solo introducendo una più equa (e uniforme, per dipendenti pubblici e privati) (50) regolamentazione delle regole di computo dell'attività lavorativa prestata a orario ridotto, ai fini della maturazione del diritto alla pensione. La strada resta quella di un intervento legislativo, non imposto, vista la mancanza di una soluzione costituzionalmente vincolata, ma certamente già sollecitato anche dal giudice delle leggi.

Riferimenti bibliografici

Ales E. (2015), *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, in *DLRI*, n. 147, 455 ss.

Alessi C. (2006), *Part-time verticale e indennità di disoccupazione: quando le ragioni di bilancio prevalgono su quelle di equità*, in *RIDL*, II, 810 ss.

ta; relativamente alla quota retributiva della pensione, l'applicazione, per le anzianità maturate fino al 31.12.1997, di aliquote di rendimento più elevate rispetto a quelle in vigore nell'Ago.

(48) Ales 2015, 468.

(49) Bozzao 2015, 373 ss.

(50) Si ricorda, infatti, che per i dipendenti pubblici, «ai fini dell'acquisizione del diritto alla pensione a carico dell'amministrazione interessata [...], gli anni di servizio a orario ridotto no da considerarsi utili per intero»: art. 8, l. 29.12.1988, n. 554.

- Alessi C. (2010), *La Corte di Giustizia e il part-time verticale e il trattamento pensionistico*, in *RCDL*, n. 4, 975 ss.
- Alessi C. (2011), *Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 123.
- Alessi C. (2013), *Part-time minimo e accesso alla pensione di vecchiaia*, in *q. Riv.*, n. 3, II, 479 ss.
- Altimari M. (2011), *Part-time verticale e disciplina previdenziale Inps*, in *q. Riv.*, n. 2, II, 263 ss.
- Altimari M. (2015), *Il tempo parziale tra contratto e mercato del lavoro*, in *LD*, n. 2, 355 ss.
- Balandi G. (2009), *La pensione delle donne*, in V. Ballestrero, G. De Simone (a cura di), *Persone, lavori, famiglie. Identità e ruoli di fronte alla crisi economica*, Giappichelli, Torino, 179 ss.
- Bellomo S. (2016), *La riscrittura della disciplina in materia di contratto di lavoro a tempo parziale: semplificazione, unificazione e ricalibratura dell'equilibrio tra autonomia collettiva ed individuale*, in G. Ziliograndi, M. Blasi (a cura di), *Commentario breve alla riforma «Jobs Act»*, Cedam, Padova, 503 ss.
- Bonardi O. (2012) *Sistemi di welfare e principio di eguaglianza*, Giappichelli, Torino.
- Bozzao P. (2002), *Parità dei sessi e prestazioni pensionistiche in ambito comunitario*, in *RDSS*, 271 ss.
- Bozzao P. (2005), *La tutela previdenziale del lavoro discontinuo*, Giappichelli, Torino.
- Bozzao P. (2007), *Le misure di sostegno al reddito per il lavoro discontinuo*, in *LD*, 29 ss.
- Bozzao P. (2009), *La Corte di Giustizia coglie nel segno sbagliando la mira: paradossi del sistema previdenziale del pubblico impiego*, in *DLM*, 147 ss.
- Bozzao P. (2010), *Le questioni di genere nella protezione sociale del lavoro discontinuo*, in *LD*, 99 ss.
- Bozzao P. (2013), *Part-time, genere e accesso al welfare: una lettura del caso Elbal Moreno nell'ottica dell'ordinamento italiano*, in *DLM*, 187 ss.
- Bozzao P. (2014), *La tutela previdenziale nel cd. lavoro flessibile*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, Torino, 2298 ss.
- Bozzao P. (2015), *Il pensiero della consulta sul blocco pensionistico: adeguatezza «retributiva» o «redistributiva» della pensione?*, in *DLM*, 361 ss.
- Calafà L. (2015), *Lavoro a tempo parziale*, in F. Carinci (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt labour studies, e-book series, n. 48, 98 ss.
- Ciammariconi A. (2004), *Part-time, trattamento pensionistico e sviluppo giurisprudenziale della nozione di discriminazione indiretta verso le donne*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 411 ss.
- Cinelli M. (1986), *La disciplina previdenziale dei rapporti di lavoro a tempo parziale tra sostegno e disincentivo*, in *RIDL*, n. 1, I, 64 ss.
- Cinelli M. (2012), *La riforma delle pensioni del «Governo tecnico». Appunti sull'art. 24 della legge n. 214 del 2011*, in *RIDL*, I, 385 ss.
- De Gregorio C., Giordano A. (2014), *Nero a metà: contratti part-time e posizioni full-time fra i dipendenti delle imprese italiane*, in *Istat Working papers*, n. 3, Roma.
- Delfino M. (2008), *La volontarietà nel part-time come essenza della flexicurity*, in L. Zoppoli, M. Delfino (a cura di), *Flexicurity e tutele. Il lavoro tipico e atipico in Italia e in Germania*, Ediesse, Roma, 31 ss.

- Forlivesi M. (2013), *Computo dei contributi settimanali per l'indennità di disoccupazione dei lavoratori part-time: ragioni di bilancio e negazione de facto del diritto alle prestazioni*, in *RIDL*, II, 470 ss.
- Fraioli A. (2011), *La Corte di Giustizia amplia il diritto alla pensione per i lavoratori a tempo parziale verticale ciclico*, in *MGL*, n. 6, 470 ss.
- Gentile S.L. (2006), *Lavoro «part-time» verticale e indennità di disoccupazione: né concomitanza né intermittenza (ovvero di una clausola che non c'è)*, in *FI*, I, 2637 ss.
- Guaglianone L. (2007), *Le discriminazioni basate sul genere*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 247 ss.
- Leccese V. (2015), *Il lavoro a tempo parziale*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, Torino, 41 ss.
- Mazziotti A. (2009), *La problematica della diversa età pensionabile per i lavoratori e le lavoratrici tra ambiguità legislative ed equivoci*, in *q. Riv.*, II, 227 ss.
- Olivelli P. (2008), *Donne e previdenza*, in *RDSS*, 367 ss.
- Pessi A. (2006), *Disoccupazione e part-time verticale*, in *ADL*, I, 813 ss.
- Pettersson H. (2015), *Discrimination against Part-Time and Fixed-Term Workers: A Critical Legal Positivist Analysis*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 31, 1, 47 ss.
- Quadri G. (2010), *Il calcolo dell'anzianità contributiva nel lavoro part-time, tra divieto di discriminazione e principio di proporzionalità*, in *DML*, n. 3, 353 ss.
- Quadri G. (2011), *Pensioni nel lavoro part-time e discriminatoria esclusione dei periodi non lavorati dal calcolo dell'anzianità contributiva*, in *GI*, n. 5, 1105 ss.
- Rapporto annuale Inps 2014.*
- Rapporto annuale Istat 2015.*
- Rapporto Bes 2015.*
- Rapporto Noi Italia*, Istat, 2015.
- Ravelli F. (2007), *Lavoro discontinuo e tutela previdenziale*, Promodis, Brescia.
- Renga S. (2005), *Proporzionalità, adeguatezza ed eguaglianza nella tutela sociale dei lavori*, in *LD*, 53 ss.
- Renga S. (2006), *La tutela sociale dei lavori*, Giappichelli, Torino.
- Renga S. (2012), *Il principio di eguaglianza di genere nei sistemi pensionistici europei*, in *LD*, 117 ss.
- Sandulli P. (2009), *Età pensionabile e parità donna uomo per i pubblici dipendenti: la Corte di Giustizia fra omissioni e ridenomiazioni*, in *RDSS*, 97 ss.
- Sandulli P. (2012), *Il sistema pensionistico tra una manovra e l'altra. Prime riflessioni sulla legge n. 214/2011*, in *RDSS*, 1 ss.
- Santucci R. (2010), *«Blow up» del divieto di discriminazione della disciplina del part-time*, in *DLM*, 486 ss.
- Sgroi A. (2009), *Previdenza, parità di trattamento, rapporto fra ordinamento comunitario e nazionale*, in *IPrev.*, n. 2, 277 ss.

Paola Bozzao
Professore associato di Diritto del lavoro e di Diritto della sicurezza sociale
presso la «Sapienza» Università di Roma

TRIBUNALE BRESCIA, 6.10.2015, ord. – Est. Mossi – A.A. e H.H.M.A. (avv.ti Guariso e Neri) c. Inps (avv. Maio) e Coram Europe Srl (avv. Sorlini).

Assegno per il nucleo familiare – Requisiti – Residenza dei familiari in Italia – Solo per familiari di stranieri con permesso di soggiorno di lungo periodo – Discriminazione – Sussiste – Conseguenze – Disapplicazione normativa interna.

È discriminatorio il comportamento dell'Inps che non consente il computo nel nucleo familiare del cittadino straniero lungosoggiornante – ai fini del pagamento del relativo assegno – dei familiari non presenti sul territorio nazionale, mentre ne consente il computo per il cittadino italiano. Tale disparità di trattamento, benché prevista dall'art. 2, c. 6-bis, l. n. 153/1988, è in contrasto con il principio sovraordinato di parità tra italiani e stranieri lungosoggiornanti contenuto nell'art. 11, Direttiva n. 2003/109, con la conseguenza che la normativa interna deve essere disapplicata. (1)

(1) LAVORATORI STRANIERI E DIRITTO AGLI ASSEGNI PER IL NUCLEO FAMILIARE ANCHE PER I COMPONENTI NON PRESENTI IN ITALIA

L'ordinanza in epigrafe si segnala per essere una delle prime decisioni (in precedenza T. Brescia 18.11.2014 e 13.4.2015, nonché, più di recente, T. Brescia 7.3.2016) a riconoscere in favore dei cittadini stranieri soggiornanti di lungo periodo il diritto agli assegni per il nucleo familiare anche se i loro familiari non sono presenti sul territorio nazionale. Il tema, assai controverso anche per la decisa opposizione dell'Inps a riconoscere tale prestazione in mancanza del requisito della residenza in Italia dei familiari dello straniero extracomunitario, è stato affrontato e risolto dal Tribunale di Brescia in senso contrario rispetto alla posizione dell'ente previdenziale, con argomentazioni condivisibili che mirano a realizzare la piena integrazione di quanti sono costretti a spostarsi da un paese a un altro per ragioni di lavoro.

Il caso ha origine dal ricorso, ex art. 28, d.lgs. n. 150/2011, e art. 44 T.U. sull'immigrazione, di due lavoratori stranieri titolari di permesso di soggiorno di lungo periodo e residenti in Italia, con il quale chiedevano all'autorità giudiziaria l'accertamento del carattere discriminatorio della condotta dell'Inps consistente nell'aver chiesto la restituzione delle somme erogate a titolo di assegno per il nucleo familiare per i periodi in cui i loro familiari non erano in Italia. Sebbene la condotta dell'Inps trovi fondamento nell'art. 2, comma 6-bis, legge n. 153/1988, ai sensi del quale: «non fanno parte del nucleo familiare il coniuge, i figli e i figli equiparati del cittadino straniero che non abbiano la residenza nel territorio della Repubblica salvo che dallo Stato di cui lo straniero è cittadino sia riservato un trattamento di reciprocità nei confronti dei cittadini italiani ovvero sia stata stipulata convenzione internazionale in materia di trattamenti di famiglia», secondo il Tribunale tale normativa – riservando un diverso

(e deteriore) trattamento ai cittadini stranieri – è in contrasto con la Direttiva n. 2003/109/Ce, che sancisce il principio di parità di trattamento tra il soggiornante di lungo periodo e il cittadino nazionale per quanto riguarda «le prestazioni sociali, l'assistenza sociale e la protezione sociale ai sensi della legislazione sociale», e perciò deve essere disapplicata (Sulla disapplicazione incidentale della norma interna da parte del giudice ordinario in caso di contrasto con il diritto dell'Unione, si rimanda alla giurisprudenza costante della Corte di Giustizia, secondo la quale «il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme del diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione nazionale contrastante». Così C. Giust. 20.10.2010, n. 396, Prima Sezione, in *NGL*, 2012, n. 1, 234, nonché C. Giust. 5.10.2010, n. 173, e, nello stesso senso, anche Cass. 15.2.2011, n. 3670, S.U., in *FI*, 2011, n. 4, I, 1101).

In verità, al medesimo risultato si sarebbe arrivati soffermandosi sul dato letterale della normativa (art. 2, comma 6-*bis*, cit.), che, a ben leggere, richiede, ai fini del riconoscimento del diritto alla prestazione, la residenza dei familiari del lavoratore straniero, non anche la loro contestuale presenza sul territorio italiano (Così T. Brescia 18.11.2014, cit.). Pur tuttavia l'ordinanza fornisce l'occasione per svolgere qualche riflessione sulla relazione tra *welfare* e tutela antidiscriminatoria: tema di stretta attualità a seguito dell'intensificarsi del fenomeno migratorio (In dottrina, tra i tanti, si veda: Bonardi 2008, 565 ss.; Loy 2009, 517 ss.; Cassese 2015, 677 ss.; Castelvetti 2003, 73; Chiaromonte 2009, 587 ss.).

Si premette che l'assegno al nucleo familiare è una prestazione previdenziale – attribuita in base all'art. 2, d.l. n. 69 del 1988, convertito in legge n. 153 del 1988 in maniera differenziata in ragione del numero dei componenti e del reddito del nucleo familiare (Per una ricostruzione dell'istituto da parte della giurisprudenza Cfr: Cass. 30.3.2015, n. 6351, in *Diritto e giustizia*, 31.3.2015; Cass. 17.4.2014, n. 8973, in *Diritto e giustizia*, 18.4.2014; in dottrina si veda Prosperetti 1993, 1) – riconosciuta al lavoratore per i figli in relazione ai quali provveda o contribuisca abitualmente al mantenimento, rimanendo irrilevante sia che i figli siano con lui conviventi, sia che, in caso di separazione personale, essi risultino affidati all'altro genitore in base agli accordi intervenuti in sede di separazione, in quanto il non essere affidatario non fa venir meno l'obbligo del genitore al mantenimento. Come più volte chiarito dalla giurisprudenza, infatti, la convivenza non è richiesta quale presupposto perché sorga il diritto a percepire l'assegno per il nucleo familiare, ma rappresenta soltanto un elemento di fatto idoneo a comprovare presuntivamente il requisito della vivenza a carico, essendo sufficiente per l'insorgenza del diritto al beneficio che il genitore, cui spetta l'assegno, provveda abitualmente al mantenimento dei figli (In questo senso, cfr: Cass. 30.12.2004, n. 24204; Cass. 7.4.2000, n. 4419, in *DG*, 2000, n. 16, 58; Cass. 20.12.2000, n. 15978, in *FD*, 2001, n. 5, 503, con nota di Nunin, *Sul diritto del genitore agli assegni familiari per i figli naturali riconosciuti non conviventi*; T. Grosseto 9.11.2004, in *LG*, 2005, n. 5, 493; C. App. Genova 18.11.2001, in *IPrev.*, 2002, n. 3, 561). Se, dunque, la convivenza non integra un requisito essenziale ai fini del riconoscimento del diritto all'assegno *de quo*, questo ben potrebbe essere erogato al lavoratore italiano quando i suoi familiari si trovino all'estero; possibilità, invece, negata ai lavoratori stranieri ai sensi dell'art. 2, comma 6-*bis*, cit. La questione posta nel caso in

esame investe, quindi, la legittimità – nell’ordinamento *multilevel* – del diverso trattamento tra straniero lungosoggiornante e cittadino italiano ai fini dell’erogazione dell’assegno per il nucleo familiare. L’accesso paritario dei cittadini extracomunitari alle prestazioni del sistema di sicurezza sociale previste dall’ordinamento italiano costituisce, in effetti, uno dei temi più delicati e controversi dell’intreccio tra diritto comunitario della sicurezza sociale (esteso ai cittadini di paesi terzi dal Regolamento n. 859/2003) fondato, come noto, sul principio di parità di trattamento e normative restrittive interne (Sul tema: Giubboni 2006, 611 ss.; Corsi 2014, 2 ss.; Veneziani 2007, 479 ss.; Biondi Dal Monte 2012, 1 ss.).

Il diritto dello straniero alla parità di trattamento in materia di sicurezza sociale è sancito, innanzitutto, a livello internazionale dalle Convenzioni Oit sui lavoratori migranti: n. 97 del 1949 (art. 6) e n. 143 del 1975 (art. 10), ratificate e rese esecutive rispettivamente con legge 2.8.1952, n. 1305, e legge 10.4.1981, n. 158. A livello comunitario, con riferimento alle prestazioni erogate dal sistema previdenziale, la Direttiva n. 2003/109/Ce garantisce al soggiornante di lungo periodo lo stesso trattamento dei cittadini nazionali (art. 11, comma 1, lett. *d*). La direttiva prevede, altresì, la possibilità che gli Stati membri limitino la parità di trattamento «ai casi in cui il soggiornante di lungo periodo, o il familiare per cui questi chiede la prestazione, ha eletto dimora o risiede abitualmente nel suo territorio» (art. 11, comma 2) e «in materia di assistenza sociale e protezione sociale alle prestazioni essenziali» (comma 4).

In Italia, tale direttiva è stata recepita con d.lgs. n. 3/2007, che ha modificato il T.U. sull’immigrazione. In particolare, l’art. 9, comma 12, lett. *c*, T.U. sull’immigrazione così novellato, prevede che il titolare del permesso di soggiorno Ce per soggiornanti di lungo periodo possa, tra le altre cose, «usufruire delle prestazioni di assistenza sociale, di previdenza sociale, di quelle relative a erogazioni in materia sanitaria, scolastica e sociale, di quelle relative all’accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico, compreso l’accesso alla procedura per l’ottenimento di alloggi di edilizia residenziale pubblica, salvo che sia diversamente disposto e sempre che sia dimostrata l’effettiva residenza dello straniero sul territorio nazionale». Si tratta, allora, di valutare se la limitazione posta dall’art. 2, comma 6-*bis*, legge n. 153/1988, possa essere considerata una legittima deroga al principio di parità di trattamento autorizzata dalla disposizione comunitaria. Al riguardo il Tribunale di Brescia – pur ritenendo il beneficio in esame una prestazione essenziale, non suscettibile, come tale, di limitazione da parte della legislazione nazionale – ha sostenuto che, ove il legislatore italiano avesse voluto mantenere in vigore le restrizioni al principio di parità di trattamento della previgente legislazione (legge n. 153/1988) avrebbe dovuto prevederlo espressamente, successivamente alla direttiva e al suo recepimento né, d’altro canto, si può ritenere che il legislatore, nel fissare un principio di parità di trattamento di portata generale, abbia inteso mantenere in vita tutte le restrizioni comportanti oggettive disparità di trattamento che erano previste dalla legislazione previgente. Tali condivisibili argomentazioni trovano conferma nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (Corte di Giustizia 24.4.2012, C-571/10, *Kamberaj*, in www.europeanrights.it, con nota di Bronzini, Allamprese 2010), secondo la quale la facoltà degli Stati membri di limitare la parità di trattamento nei confronti degli stranieri lungosoggiornanti richiede che gli Stati abbiano chiaramente espresso l’in-

tenzione di avvalersi di detta deroga; deroga, inoltre, che non deve pregiudicare l'effetto utile perseguito dalla direttiva consistente nell'integrazione dei lungo soggiornanti nel paese ospitante.

Anche se la tensione tra libertà di circolazione e principio di solidarietà è notevolmente accresciuta nell'ultimo periodo per l'ampliamento della platea dei possibili beneficiari del diritto all'accesso alle prestazioni del *Welfare State*, lo *status* occupazionale e, in particolare, la condizione di lavoratore subordinato è stata e continua a essere il principale canale di accesso alle prestazioni sociali garantite dagli Stati nazionali (ad esempio, Accordo Ce-Tunisia, ratificato con legge n. 35/1997, e Regolamento Ce n. 859/2003, cit.). Anche nel nostro sistema l'accesso alle prestazioni previdenziali è, infatti, riferito alla generale categoria dei lavoratori, senza distinzioni basate sulla nazionalità (Cfr. art. 38, comma 2, Cost. In questo senso, si veda C. cost. 30.12.1998, n. 454, in *RCDL*, 1999, n. 2, 277).

Ora, una deroga al principio di parità di trattamento potrebbe trovare una ragionevole giustificazione nella necessità di selezionare i soggetti beneficiari delle prestazioni sociali a causa della scarsità delle risorse necessarie per il loro finanziamento e nel connesso timore di eccessivi costi a carico delle finanze degli enti previdenziali (Sul bilanciamento tra diritti sociali e sostenibilità economica, per tutti: D'Onghia 2013, 133 ss.). Tuttavia, se – come nel caso di specie – la condizione dell'immigrato è regolare ed egli quindi contribuisce al progresso materiale e spirituale della società (*ex art. 4 Cost.*), concorrendo anche alle spese pubbliche in ragione della sua capacità contributiva (posto che l'art. 53 Cost. pone quest'obbligo a carico di «tutti», cittadini e non), allora non c'è discrezionalità che possa giustificare un diverso trattamento dell'immigrato nel godimento dei diritti sociali fondato esclusivamente sulla sua nazionalità (In questo senso: Corte europea dei diritti dell'uomo 8.4.2014, n. 17120, in *RIDL*, 2014, n. 4, II, 888; nonché, tra le tante, C. cost. 30.6.2008, n. 306, in q. *Riv.*, 2008, n. 4, II, 991). Solo un equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi che risiedono legalmente sul territorio degli Stati membri e il riconoscimento in loro favore di diritti il più possibile analoghi a quelli di cui godono i cittadini nazionali permette la piena attuazione del principio di parità di trattamento e non discriminazione ed evita l'esclusione sociale dei lavoratori migranti, «altri» e «ultimi arrivati»: categoria (come ci ricorda il piano d'azione adottato dall'Oil nel 2004) che necessita di particolare protezione e che merita la solidarietà delle moderne società europee.

Riferimenti bibliografici

- Biondi Dal Monte F. (2012), *Lo Stato sociale di fronte alle migrazioni. Diritti sociali, appartenenza e dignità della persona*, Atti del convegno annuale dell'Associazione «Gruppo di Pisa», Trapani, 8-9 giugno 2012, in www.gruppodipisa.it.
- Bonardi O. (2008), *Diritto alla sicurezza sociale e divieti di discriminazione*, in q. *Riv.*, n. 4, I, 565 ss.
- Bronzini G., Allamprese A. (2010), *Cittadini stranieri e discriminazione nell'accesso a prestazioni sociali a carattere essenziale: la Corte di Giustizia valorizza la Carta di Nizza*, in www.europeanrights.it.

- Cassese S. (2015), *I diritti sociali degli «altri»*, in *RDSS*, n. 4, 677 ss.
- Castelvetri S. (2003), *Parità di trattamento e piena uguaglianza dei diritti dello straniero*, in G. Dondi (a cura di), *Il lavoro degli immigrati*, Ipsoa, Milano, 73 ss.
- Chiaromonte W. (2009), *Previdenza e assistenza sociale degli stranieri. Prospettive nazionali e comunitarie*, in *LD*, n. 4, 587 ss.
- Corsi C. (2014), *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, n. 3.
- D'Onghia M. (2013), *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Cacucci, Bari.
- Giubboni S. (2006), *Libera circolazione delle persone e solidarietà europea*, in *LD*, n. 4, 611 ss.
- Loy G. (2009), *Lavoratori extracomunitari. Disparità di trattamento e discriminazioni*, in *q. Riv.*, n. 4, I, 517 ss.
- Nunin R. (2001), *Sul diritto del genitore agli assegni familiari per i figli naturali riconosciuti non conviventi*, in *FD*, n. 5, 505 ss.
- Prosperetti G. (1993), voce *Assegni familiari*, in *EGT*, Roma.
- Veneziani B. (2007), *Il «popolo» degli immigrati e il diritto del lavoro: una partitura incompleta*, in *q. Riv.*, n. 3, I, 479 ss.

Barbara Caponetti

Assegnista di ricerca presso l'Università di Roma «Tor Vergata»

INDICE

ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

APPALTO

Clausola sociale – Appalti pubblici – Direttiva n. 2004/18/Ce – Esclusione. 135

Clausola sociale – Appalti pubblici – Direttiva n. 2004/18/Ce – Salario minimo – Articolo 56 TfUe – Libera prestazione dei servizi – Restrizioni. 135

ASSEGNO PER IL NUCLEO FAMILIARE

Requisiti – Residenza dei familiari in Italia – Solo per familiari di stranieri con permesso di soggiorno di lungo periodo – Discriminazione – Sussiste – Conseguenze – Disapplicazione normativa interna. 275

CONDOTTA ANTISINDACALE

Trasferimento di azienda – Informativa – Sindacati – Contratto collettivo – Contratto gestionale. 235

CONTRATTO A TERMINE

Fondazioni lirico-sinfoniche – Disciplina – Trasformazione in soggetti di diritto privato – Rinnovi che comporterebbero la trasformazione del rapporto – Divieto – Nullità dei rinnovi – Legge di interpretazione autentica – Violazione delle norme sulla stipula dei contratti a termine, sulle proroghe e rinnovi – Stabilizzazione del rapporto – Inapplicabilità – Legge interpretata – Significato letterale – Univocità – Contrasti ermeneutici – Inesistenza – Illegittimità costituzionale. 164

CONTROLLI SUL LAVORATORE

Gps – Controlli difensivi – Ammissibilità. 148

Posta elettronica – Art. 8 della Cedu – Ammissibilità – Condizioni. 148

CONTROVERSIE DI LAVORO E PREVIDENZA

Rito in materia di licenziamenti – Ambito di applicazione – Domanda di tutela *ex art.* 8, l. n. 604/1966 – È improponibile. 241

DISCRIMINAZIONI

Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego – Art. 18, Direttiva n. 2006/54/Ce – Indennizzo o riparazione dissuasivi e proporzionati – Obbligo degli Stati membri di prevedere la copertura integrale di ogni danno subito – Sussiste – Obbligo di prevedere danni punitivi – Non sussiste. 125

GIORNALISTI

Art. 24, c. 4, d.l. n. 201/2011 – Incentivazione alla prosecuzione del rapporto di lavoro fino a settant'anni – Inapplicabilità ai lavoratori in regime previdenziale Inpgi. 206

INDENNITÀ DI DISOCCUPAZIONE

Lavoro a tempo parziale – Titolarità di due o più rapporti di lavoro subordinato a tempo parziale – Cessazione di uno di essi – Diritto all'indennità di mobilità – Sussiste. 257

LICENZIAMENTO COLLETTIVO

Licenziamento ritorsivo – Nullità. 177

LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

Art. 24, c. 4, d.l. n. 201/2011 – Incentivazione alla prosecuzione del rapporto di lavoro fino a settant'anni – Necessità del consenso del datore di lavoro – Legittimità del licenziamento per raggiungimento dei requisiti pensionistici. 206

Art. 24, c. 4, d.l. n. 201/2011 – Necessità del consenso del datore di lavoro per la prosecuzione del rapporto fino a settant'anni – Libertà di forma del consenso *ex art.* 1350 c.c. – Illegittimità del licenziamento – Reintegrazione del lavoratore. 206

Licenziamento per giustificato motivo oggettivo – Obbligo di *repechage* – Adibizione a mansioni inferiori rispetto a quelle di assunzione – Non necessità del patto di demansionamento – Richiesta coeva o anteriore al licenziamento. 182

Licenziamento ritorsivo – Nullità. 177

Proposta di sottoscrizione di un contratto di lavoro *part-time* all'esito della costituzione giudiziale di un rapporto di lavoro subordina-

to a tempo indeterminato <i>full-time</i> – Eccezione di parziale inadempimento – Rifiuto del lavoratore di rendere la prestazione – Difetto di proporzionalità tra i rispettivi inadempimenti – Licenziamento per giusta causa – Legittimità.	200
Rifiuto del lavoratore alla trasformazione del contratto di lavoro da <i>full-time</i> a <i>part-time</i> – Licenziamento per giustificato motivo oggettivo – Divieto di licenziamento e limite della sussistenza delle esigenze economico-organizzative – Valutazione delle circostanze sopravvenute alla comunicazione del recesso – Presumibile sviluppo futuro delle ragioni economiche poste a base del licenziamento – Rilevanza.	200
PENSIONE	
Anzianità contributiva – Calcolo – Lavoro a tempo parziale verticale ciclico – Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale – Esclusione dei periodi non lavorati – Discriminazione.	262
PRESCRIZIONE E DECADENZA	
Decorrenza – L. n. 92/2012 – Calcolo a ritroso – Differenze retributive – Lavoro <i>part-time</i> .	220
PROCEDIMENTO DISCIPLINARE	
Sanzioni – Accertamento legittimità – Sussistenza illecito – Inosservanza principio di proporzionalità – Titolarità potere disciplinare – Annullamento sanzione – Richiesta rideterminazione – Inammissibilità.	186
Sanzioni – Eccezione di legittimità – Accertamento infrazione – Eccessiva gravità sanzione – Tipizzazione fattispecie nella contrattazione collettiva – Riconducibilità – Annullamento sanzione – Richiesta datoriale di riduzione tardiva e generica – Inammissibilità.	186
SICUREZZA SUL LAVORO	
Art. 1460 c.c. – Eccezione d'inadempimento – Legittimità – Condizioni – Diritto alla retribuzione per la prestazione lavorativa rifiutata – Sussiste – Condizioni.	249

PUBBLICITÀ' UN IPO LSAI

(pesce che salta)