

PARTE II
GIURISPRUDENZA

RAPPORTO DI LAVORO

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI, 26.11.2015, Sez. Quinta, ricorso n. 64846/11 – Pres. Casadevall – Ebrahimian (Word, avocat) c. Francia (François Alabrune agente, direttore degli affari giuridici al ministero degli Affari Esteri).

Discriminazioni – Libertà di pensiero, coscienza, e religione nel rapporto di lavoro – Cedu – Lavoro a tempo parziale – Lavoro pubblico – Sanzione disciplinare – Restrizioni consentite – Margine di apprezzamento.

Non si può ritenere che le autorità nazionali abbiano ecceduto il loro margine di apprezzamento nel riscontare che non vi fossero possibilità di riconciliare le convinzioni religiose di una lavoratrice che svolga una funzione pubblica con il divieto di manifestarle quand'anche ciò comporti la sanzione della perdita del lavoro, se ciò è dovuto alla volontà di dare precedenza al requisito della neutralità e imparzialità dello Stato e al funzionamento del servizio pubblico su basi di eguaglianza di trattamento dei pazienti. (1)

(1) LA «NEUTRALIZZAZIONE» DELLA PERSONA CHE LAVORA
DIETRO IL VELO DEL PRINCIPIO DI NEUTRALITÀ

SOMMARIO: 1. Il caso e le questioni di fondo da esso sollevate. — 2. Critica alle argomentazioni della Corte. — 2.1. La limitazione prevista dalla legge. — 2.2. Legittimità e necessarietà della restrizione. — 3. Conclusioni.

1. — *Il caso e le questioni di fondo da esso sollevate* — La Corte europea dei diritti dell'uomo è tornata di recente sulla questione dei simboli religiosi già affrontata ripetutamente in passato (1).

Il rilievo della pronuncia è intellegibile non solo sul piano degli effetti giuridici e delle questioni di diritto che solleva, ma anche sul piano più generale dello sfondo culturale e sociale con il quale interagisce.

(1) Ricostruisce gli orientamenti della C. Edu in materia Ferri 2011.

Questi sono, infatti, anni in cui l'Europa già scossa, in virtù delle questioni economiche e politiche, dagli interrogativi relativi alla eventuale esistenza di una identità europea definibile attorno a valori condivisi si trova spinta, con maggiore insistenza, di fronte allo specchio per interrogarsi rispetto alle modalità attraverso cui detta eventuale identità debba entrare in rapporto – oggi come molte altre volte nella storia – con nuove e differenti visioni e culture di cui i migranti sono portatori, all'interno di un contesto nel quale il fenomeno migratorio ha smesso i panni dell'emergenza per divenire costante presente e futura.

A voler leggere le sentenze della Corte, ma anche, ad esempio, i lavori preparatori della legge sul velo (2) in Francia da un punto di vista più ampio, emerge chiaramente la paura della pressione che l'integralismo religioso potrebbe operare sulle società europee; ma il punto diventa, allora, comprendere quale sia l'atteggiamento opportuno. Il rischio visibile, a parere di chi scrive, è una reazione controintegralista di chi, tenendo stretto il libro sacro di quelli che considera diritti umani universali, non si accorge, invece, di agitare il demone della paura (3) che trova già facile albergo tra cittadini di un tempo che ha disgregato certezze e che si pone quale ostacolo all'apertura di discussioni necessarie intorno ai modelli di integrazione ereditati da un passato ben lontano, nonché intorno ai dogmi sui quali tali modelli sono stati edificati.

Così le *banlieue* parigine sono, in realtà, luoghi emblematici, figli di una doppia intransigenza dogmatica ove il fondamentalismo islamico condotto dagli stessi cittadini francesi ha trovato terreno fertile per provare ad attentare a ogni possibile dialogo nutrito proprio da quel comunitarismo chiuso che il regime di separazione radicale tra Stato e religione, rilanciato dalla legge n. 228 del 2004 (4) sul velo negli istituti scolastici prima e dalla legge n. 1192 del 2010 (5) sulla dissimulazione del volto nello spazio pubblico poi, doveva eradicare e che, invece, ha contribuito, *a contrario*, a radicare.

La decisione in commento si connota, inoltre, per uno specifico profilo in quanto non soltanto «sterilizza», per mezzo del principio di neutralità, la libertà di manifestare un'appartenenza religiosa, ma espunge dalla «camera asettica» della Seconda Sezione anche il diritto al lavoro della ricorrente e il principio di non discriminazione.

La signora *Ebrahimin*, cittadina francese di religione mussulmana, era stata assunta a termine nel 1999 nel dipartimento di psichiatria del centro di accoglienza e assistenza di Nanterre (Cash), ossia una struttura pubblica, in qualità di assistente sociale. Dopo un primo rinnovo, nel 2000 veniva informata del fatto che il suo contratto non sarebbe stato ulteriormente prorogato, poiché ella si rifiutava di togliere il velo nonostante le fosse stato ricordato il dovere, quale operatore di un pubblico servizio, di non mostrare segni di affiliazione religiosa.

(2) In particolare si veda il cosiddetto Rapporto Stasi (*Commission de reflexion sur l'application du principe de laïcité dans la republique rapport au president de la republique*), rinvenibile su <http://www.ladocumentationfrancaise.fr>.

(3) Bauman 2014.

(4) Legge della Repubblica francese del 15.3.2004, n. 228 (in *Journal Officiel de la République Française* (di seguito *JORF*), n. 65, del 17.3.2004, 5190). Per una disamina della legge v. Cavana 2004.

(5) Legge della Repubblica francese del 11.10.2010, n. 1192 (in *JORF* n. 0237 del 12.10.2010, 18344).

Il mancato rinnovo fu motivato sulla base dell'avviso del Consiglio di Stato del 3.5.2000 (6), secondo cui la libertà di coscienza e il principio di neutralità dello Stato vanno applicati a tutti i pubblici ufficiali posto che «*Il n'y a pas lieu d'établir une distinction entre les agents de ce service public selon qu'ils sont ou non chargés de fonctions d'enseignement*». Pertanto, il Consiglio di Stato stabiliva che il fatto che un agente del servizio pubblico (nello specifico un insegnante) porti un simbolo atto a rimarcare la propria appartenenza religiosa «*constitue un manquement à ses obligations*» (7) e che tale violazione degli obblighi deve essere valutata, soprattutto in sede disciplinare, dall'amministrazione tenendo presente la natura e il grado del carattere ostentatorio del simbolo religioso e di tutte le circostanze entro cui è constatata la violazione. Si deve trattare, cioè, di una valutazione caso per caso lasciata alla discrezionalità del datore di lavoro pubblico e sottoponibile a un controllo giudiziale.

Il Tribunale amministrativo, adito in primo grado, giudicava il mancato rinnovo del contratto conforme ai principi di laicità e neutralità, ma la Corte amministrativa d'Appello di Parigi, considerando che la decisione presa dal direttore risorse umane del Cash aveva avuto un carattere disciplinare, annullava la decisione per motivi procedurali. Una volta integrate le garanzie procedurali prescritte era possibile, secondo il diritto francese, rinnovare, da parte dell'autorità amministrativa, la decisione annullata, e allo stesso tempo era diritto dell'assistente sociale impugnare nuovamente la decisione. Cosa che avveniva. Questa volta, però, sia il primo grado che la Corte d'Appello di Versailles rigettavano il ricorso considerando la condotta dell'autorità amministrativa quale ottemperanza del divieto di «ostensibilità» dei simboli religiosi che difende i principi di laicità e neutralità della Repubblica francese.

Per questa ragione, la ricorrente si rivolgeva alla C. Edu ritenendo il giudizio privo di base legale e soprattutto la sanzione stessa sproporzionata e contraria alla Convenzione.

Relativamente alla decisione finale va sottolineato che la Corte ha riconosciuto l'*interférence* nella libertà religiosa della ricorrente, ma ha al contempo giustificato la restrizione, come già accaduto in altre pronunce riguardanti il velo, sulla base del comma 2 dell'art. 9.

Il comma testé citato dispone, infatti, che la sola manifestazione (8) della propria religione possa essere oggetto di restrizioni a condizione che esse siano a) stabilite dal-

(6) Parere del *Conseil d'Etat* 3.5.2000, n. 217017, *M.lle Marteaux* (in *JORF*, n. 144, del 23.6.2000, 9471).

(7) Il semplice fatto di portare un simbolo religioso visibile quale sostanziale inadempimento degli obblighi del pubblico ufficiale è stato ribadito anche dalla circolare n. 5209/SG del Primo ministro risalente al 13.4.2007 e relativa alla «*charte de laïcité dans les services publics*» del medesimo anno, che fa divieto a tutti i pubblici impiegati di manifestare le proprie convinzioni religiose nell'esercizio delle funzioni e di fare proselitismo in qualsiasi forma. Essa precisa, infatti, al secondo capoverso, che «*le fait pour un agent public de manifester ses convictions religieuses dans l'exercice de ses fonctions constitue un manquement à ses obligations*».

(8) In effetti, solo la manifestazione della religiosità può essere oggetto di restrizioni, mentre la libertà di coscienza e di religione è assoluta in quanto parte della interiorità della persona (cfr. C. Edu 25.5.1993, *Kokkinakis c. Greece*, ric. n. 14307/88). Taluna dottrina ha fatto notare che in taluni casi l'abbigliamento può rappresentare un modo di professare la propria religione più che un modo di manifestazione della stessa nel momento in cui la regola di indossare specifici capi costituisce un vero e proprio precetto religioso (Gatta 2009; Ferrari 2004).

la legge e b) costituiscano misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui.

2. — *Critica alle argomentazioni della Corte* —

2.1. — *La limitazione prevista dalla legge* — La prima questione affrontata riguarda l'esistenza di restrizioni determinate *ex lege*, posto che la ricorrente aveva sollecitato l'attenzione della Corte sul punto dell'assenza di testi legislativi che, alla data del fatto, vietassero a un *agent public* (9) di portare un simbolo religioso nell'esercizio delle sue funzioni.

La Corte di Giustizia ha, attraverso, una giurisprudenza consolidata, chiarito che cosa deve intendersi per «legge» ai fini della lettura delle disposizioni della Convenzione sotto due profili relativi, rispettivamente, al tipo di atto e alla qualità della legge stessa.

Relativamente al primo aspetto, per «legge» si intende non soltanto il diritto scritto o le disposizioni legislative prodotte dal Parlamento, ma anche i testi di rango inferiore e la giurisprudenza nazionale che interpreta il complesso delle disposizioni. In sintesi, il concetto di legge deve essere inteso in senso sostanziale e non formale (10).

Questo passaggio è essenziale nel ragionamento della Corte relativo al caso di specie, poiché di fatto la stessa dichiara che la giurisprudenza del Consiglio di Stato e del Consiglio costituzionale costituiscono nell'insieme una base legale sufficientemente significativa per permettere alle autorità nazionali di imprimere una restrizione alla libertà religiosa della ricorrente (par. 50), e ciò sulla base di una lettura complementare di detta giurisprudenza, laddove il *Conseil d'État* ha affermato che la neutralità dei servizi pubblici costituisce un elemento della laicità dello Stato e il *Conseil constitutionnel* ha statuito che il principio di neutralità costituisce un principio fondamentale del servizio pubblico.

La questione così posta dalla Corte sembra somigliare quasi a un sillogismo aristotelico avente come obiettivo finale quello di far discendere la restrizione della libertà

Opinione, quest'ultima, in grado di colpire alla base l'intera giurisprudenza della C. Edu in materia, posto che tali comportamenti andrebbero conseguentemente considerati del tutto immuni da restrizioni.

(9) Da questo punto di vista va precisato che la giurisprudenza francese ha chiarito che il principio di neutralità non si applica soltanto ai funzionari pubblici impiegati da una persona giuridica di diritto pubblico, poiché «*Le fait que le service public soit confié à une personne privée ne change pas la nature des obligations inhérentes à l'exécution du service public*» (Ce, Sect., 31.1.1964, *Caf de l'arrondissement de Lyon*, Rec. p. 76). Inoltre e più nello specifico, la *Chambre sociale* della *Cour de Cassation* ha precisato in una sua sentenza che «*les principes de neutralité et de laïcité du service public sont applicables à l'ensemble des services publics, y compris lorsque ceux-ci sont assurés par des organismes de droit privé*» (Cass. soc., 19.3.2013, n. 12-11.690). In sintesi, il principio di laicità sarebbe collegato alla funzione o al servizio pubblico che i lavoratori svolgono quale attività lavorativa.

(10) Cfr., in particolare, Court (Plenary) 18.6.1971, *De Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio*, par. 93, req. n. 2832-2835-2899/66, relativamente ai testi di rango infralegislativo e Court (Chambre), 24.4.1990, *Kruslin c. Francia*, par. 29, req. n. 11801/85, relativamente alla giurisprudenza. Più recentemente, si veda C. Edu 4.12.2008, *Dogru c. France*, req. n. 27058/05, par. 52.

religiosa dall'unico appiglio normativo certo, ossia l'art. 1 della Costituzione francese, e che si basa sulla somma dello *stare decisis* delle due massime Corti nazionali.

In sostanza, sembra suggerire la C. Edu: a) se la neutralità è un corollario del principio di laicità fondante lo Stato francese e b) se è fondamentale che i servizi pubblici siano improntati al principio di neutralità che preserva l'eguaglianza degli utenti, allora 3) ne deriva che la neutralità del servizio pubblico discende direttamente dalla laicità dello Stato.

Le cose, in verità, sono tutt'altro che così logiche e piane. A ben guardare, questo assunto richiede un passaggio, che, se apparentemente non può dirsi in contrasto con la precedente giurisprudenza, fa, in verità, slittare silenziosamente la posizione originaria al fine di consentire ai giudici di passare oltre questo primo ostacolo. Vediamo perché.

Le prime sentenze nelle quali la giurisprudenza fu considerata come «legge» (11) riguardavano tutte il Regno Unito, e questo spiega la ragione per cui fu necessario, per tenere dentro un sistema di *common law*, interpretare l'espressione «prevista dalla legge» nel modo appena spiegato.

Successivamente, però, la Corte in *Kruslin c. France* (cit. in nota 10) aveva chiarito in via definitiva che, seppur esista una differenza di peso relativamente al ruolo della giurisprudenza nei due sistemi di *civil* e *common law*, sarebbe stato sbagliato forzare tale differenza, dare cioè a essa una eccessiva importanza, e aveva così aggiunto che «*dans un domaine couvert par le droit écrit, la «loi» est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété en ayant égard, au besoin, à des données techniques nouvelles*» (par. 29). Si intese così estendere anche alla giurisprudenza dei paesi a legislazione scritta quanto valeva per il Regno Unito in termini di valore e attenzione al diritto giurisprudenziale, ma ciò che si voleva significare era che nei paesi di diritto continentale è necessario valutare come la giurisprudenza interpreta e, quindi, «riempie» la base del diritto interno scritto. La misura restrittiva che viene impugnata in quanto ritenuta lesiva di un diritto umano, però, «*should have some basis in domestic law*» (12), onde dare certezza rispetto alle condotte in una materia così delicata.

Nel caso di specie non v'erano, all'epoca dei fatti, disposizioni che vietassero il porto del velo negli ospedali o negli uffici pubblici. Sia la legge sul velo nelle scuole, sia la circolare sulla laicità nelle istituzioni di salute pubblica (13) sono successive e anche l'avviso del Consiglio di Stato, nonostante la precisazione riportata relativa al complesso dei funzionari pubblici, prendeva il la da quanto accadeva nelle scuole e segnava un cambio di rotta rispetto a un precedente parere del medesimo organo (27.11.1989) col quale si riconosceva l'uso del velo conforme al principio di laicità.

Quindi, in questa circostanza, il divieto è fatto discendere dalla Corte immediatamente dal principio astratto della neutralità dei funzionari pubblici, il quale a sua volta deriverebbe direttamente dalla caratterizzazione della Repubblica francese come *laïca* a norma dell'art. 1 della Costituzione.

(11) Grande Camera 21.10.1981, *Dudgeon c. UK*, app. n. 7525/76; Court (Plenary) 26.4.1979, *Sunday Times c. UK*, app. n. 6538/74; C. Edu 30.3.1989, *Chappell v. the United Kingdom*, app. n. 10461/83.

(12) Sic., da ultimo, C. Edu 28.7.2008, *Liberty and others c. UK*, ric. n. 58243/00, par. 59.

(13) *Circulaire* n. dhos/g/2005/57 del 2.2.2005.

In verità, quindi, il principio di neutralità in sé non ha una reale base scritta e non è neppure legato irrimediabilmente al principio di laicità, come dimostrano le tradizioni della stragrande parte del continente europeo, nonché quella nordamericana. Esso è una costruzione giuridica e dogmatica che si giustappone alla laicità denotando esclusivamente il modello francese (posto che quello turco e quello belga hanno subito l'influenza del primo) sulla base di una inveterata tradizione che affonda le radici nell'illuminismo d'oltralpe. L'art. 1 della Costituzione francese pone, invece, a chiare lettere il concetto di uguaglianza senza discriminazioni, che viene però utilizzato, come vedremo, quale giustificazione della neutralità del personale avente funzione pubblica.

Il fatto che la misura relativa al velo dovesse essere dedotta, per altro in via indiretta, quale conseguenza di alcune pronunce delle massime Corti francesi, da mettersi in relazione tra loro e leggersi come assieme, ci porta al punto successivo.

La «legge», sempre sulla base dei precedenti giurisprudenziali della C. Edu, deve avere, come si diceva, determinati requisiti qualitativi (14). Deve, cioè, essere accessibile alla persona interessata e deve indicare con sufficiente chiarezza in quali circostanze e a quali condizioni le autorità pubbliche sono autorizzate a ricorrere a misure in grado di incidere sui diritti protetti dalla Convenzione. Soltanto in questo modo, infatti, ciascuno è in grado di regolare la propria condotta prevedendo le possibili conseguenze della stessa.

In primo luogo, è lecito chiedersi se la «normativa» in questo caso fosse accessibile, dato che la ricorrente avrebbe dovuto probabilmente essere una esperta di diritto per potersi avvertire dell'esistenza di un divieto di portare il velo nel suo specifico caso dovendolo ricostruire sulla base dell'attenta lettura incrociata della giurisprudenza nazionale. Inoltre, non si possono ritenere chiare neanche le circostanze e le condizioni che consentivano la restrizione, se, appunto, la stessa C. Edu ammette «*que le contenu de l'obligation de neutralité ainsi affirmée [per il tramite della giurisprudenza] ne comportait pas de mention ou d'application se référant explicitement à la profession qu'elle exerçait. Elle accepte donc que, lorsqu'elle a pris ses fonctions, la requérante ne pouvait pas prévoir que l'expression de ses convictions religieuses subirait des restrictions*» (par. 51).

In effetti, le pronunce che costituivano la base legislativa da prendersi in considerazione enunciavano solo principi generali e non specifici obblighi, né si può pensare che una disposizione costituzionale possa disciplinare circostanze e condizioni in maniera dettagliata. Per questo motivo, per la Corte diviene di massima importanza sottolineare che la data di pubblicazione dell'avviso del Consiglio di Stato del 3 maggio 2000 precede di 6 mesi la sanzione e che esso, *incidenter tantum*, ha chiarito che il principio di neutralità si applica a tutti i servizi pubblici e le relative sanzioni. Tanto basta alla C. Edu per ritenere soddisfatti anche i requisiti di prevedibilità e accessibilità.

2.2. — *Legittimità e necessità della restrizione* — Rispetto al punto dello scopo legittimo della restrizione, la Corte si limita a sposare pienamente la posizione del Governo francese secondo cui il divieto di manifestare l'appartenenza religiosa e il ri-

(14) Vedi Grande Camera 12.6.2014, *Fernández Martines c. Espagne*, app. n. 56030/07, par. 117; C. Edu 25.3.1998, *Kopp v. Switzerland*, par. 55, Reports 1998-II; C. Edu 24.4.2008 *C.G. and Others v. Bulgaria*, n. 1365/07, par. 39.

spetto della neutralità si imporrebbero in ragione della necessità di tutelare il credo e gli orientamenti religiosi dei pazienti e degli utenti, nonché per garantire a questi ultimi la certezza dell'eguaglianza di trattamento senza distinzioni dettate dalla religione e senza che essi possano dubitare dell'imparzialità di chi esercita funzioni pubbliche. Per questo stesso motivo la neutralità dello spazio pubblico nelle scuole come negli ospedali è imposto anche agli studenti e agli utenti. Lo scopo perseguito apparirebbe, pertanto, legittimo (par. 53-54).

Quando si tratta di vagliare la necessità della limitazione la Corte trae il principio generale da applicare al caso di specie dai suoi precedenti, e in particolare dalle sentenze *Kokkinakis c. Grecia* (15) e *Dablab c. Svizzera* (16). L'esistenza di differenti gruppi religiosi in una medesima società, precisa la Corte, determina la imprescindibilità di limitazioni alla libertà di manifestazione religiosa funzionali allo scopo di conciliare gli interessi di ciascun gruppo e ad assicurare il rispetto delle convinzioni di ciascuno.

Nel caso *Dablab*, il divieto di indossare il velo imposto a un insegnante di scuola pubblica era stato, quindi, ritenuto coerente con lo scopo di assicurare la neutralità dell'ambiente scolastico onde evitare di influenzare studenti in formazione per mezzo dell'autorità esercitata su di loro dall'insegnante.

Nel caso in commento, diversamente dal precedente, si procede al vaglio del merito delle questioni anziché dichiarare la manifesta infondatezza del ricorso, ma il risultato rimane invariato poiché, in sostanza, la Corte si spoglia da subito di ogni competenza a decidere espandendo oltremodo la teoria del margine di apprezzamento sin dal primo passaggio (17).

Infatti, a detta della stessa C. Edu, le modalità attraverso cui si deve concretizzare il temperamento delle differenti esigenze dei gruppi devono essere lasciate necessariamente, in una certa misura, ai singoli Stati sulla base delle proprie tradizioni e caratteristiche, e anzi bisogna accordare particolare importanza al ruolo del decisore nazionale (par. 56).

Inoltre, la Corte ricorda come non solo nel caso *Dablab*, ma anche in *Kurtulmus* (18), avesse già precisato di ritenere legittimo che uno Stato chieda a tutti i funzionari che lo rappresentano, senza discriminazioni relative alla funzione specifica svolta, di mantenere un'apparenza neutra nell'esercizio della stessa.

L'opzione della Corte è chiara. Non soltanto avalla ancora una volta il modello della neutralità, ma sembra che lo sposi in pieno come l'unico in grado di assicurare l'esercizio di tutte le fedi, l'ordine pubblico e la pace religiosa, anche se traveste questa opzione da impossibilità di sindacare lo specifico modello di laicità scelto da singoli paesi parte della Convenzione (19).

(15) Cit. in nota 8, par. 33.

(16) C. Edu 15.2.2001, *Dablab c. Suisse*, req. n. 42393/98, p. 12.

(17) Va in realtà detto che ciò avviene coerentemente con quanto deciso in *Leyla Sahin* (C. Edu, Quarta Sezione, 29.6.2004, app. n. 44774/98), dove si era già assistito a un mutamento parziale dell'opinione della Corte, che aveva ritenuto la questione ammissibile nonché necessario considerare la tenuta delle misure rispetto allo scrutinio dei criteri del comma 2 dell'art. 9 della Convenzione. Per un commento, Gilbert 2006 e De Gregorio, Rodriguez Blanco 2012.

(18) C. Edu 24.1.2006, *Kurtulmus c. Turquie*, req. n. 65500/01.

(19) Per altro, contrariamente a quanto la Corte afferma, il modello francese in questione è ampiamente minoritario, tanto da potersi affermare che esiste una omogeneità di disciplina

Il caso *Ebrahimian* appare alla Corte del tutto assimilabile agli altri in quanto non soltanto la ricorrente svolgeva una funzione pubblica né più né meno come farebbe un insegnante, ma anche perché ella lavorava a contatto con utenti altrettanto fragili (pazienti invece che studenti) i quali versavano in una condizione di dipendenza rispetto alle cure del personale sanitario. In più l'attività era svolta presso una struttura pubblica.

Il caso presenta cioè quegli elementi di «pubblicità qualificata» che, nell'ottica della Corte, segnerebbero «la linea di discriminazione tra libertà religiosa dei singoli e dei gruppi da una parte e neutralità dello Stato rispetto alle credenze religiose dall'altra»: linea che verrebbe superata solo da «normativa interna che ponga il divieto assoluto di indossare abiti religiosamente connotati» fuori da luoghi riconducibili a funzioni pubbliche dello Stato (20).

Da questo punto di vista diviene assolutamente ininfluenza per la Corte che la *Ebrahimian* non abbia mai operato pressioni, provocazioni o tentato di fare proselitismo nei confronti dei pazienti, essendo sufficiente il semplice simbolo a provocare disarmonia in un ambiente che dovrebbe essere neutro.

Nessun colpo di scena ad aspettare il lettore neanche quando la Corte viene a sottoporre il caso alla misurazione della proporzionalità tra la misura dell'ingerenza nella libertà religiosa subita dalla ricorrente e lo scopo della legge già considerato legittimo.

Secondo la Corte, in Francia gli agenti del servizio pubblico beneficiano del rispetto della loro libertà di coscienza e del divieto di discriminazione fondata sull'appartenenza religiosa ai fini dell'accesso delle funzioni pubbliche e ai fini dello sviluppo della carriera in base all'art. 6 della legge 13.7.1983. Allo stesso tempo, però, tale libertà deve conciliarsi con le necessità del funzionamento del servizio e, inoltre, come l'avviso del *Conseil d'État* del 3 maggio 2000 preciserebbe, la libertà di esprimere le proprie convinzioni religiose deve conciliarsi con il principio di neutralità del servizio pubblico: «*corollaire du principe d'égalité qui régit le fonctionnement de ces services et vise au respect de toutes les convictions*» (par. 66).

Di fatto, quindi, la garanzia generale della legge viene nullificata sul luogo del lavoro sulla base del solito schema reiterato dalla Corte: la laicità sommata alla neutralità, che sola consentirebbe il funzionamento del servizio pubblico su di un piano di eguaglianza per tutti, disinnescava anche ogni possibile ricorso al diritto di non discriminazione sul luogo di lavoro in ragione della propria fede.

in Europa per ciò che attiene ai simboli religiosi nel senso di ammetterli. Cfr. sul punto la *dis-senting opinion* del giudice Tulkens in *Leyla Sabin* (cit. *supra*). Parla di una vera e propria manipolazione della asserita assenza di un consenso europeo sul modello in grado di contemperare gli opposti interessi, di cui i commi 1 e 2 dell'art. 9 sono lo specchio, al fine del raggiungimento di uno specifico risultato, J.-F. Flauss 2006, 209.

(20) Questa l'opinione di Marchei (2016, 144), la quale ritiene che la conferma di ciò venga dalla sentenza C. Edu 23.2.2010, *Ahmet Arslan et Autres c. Turquie*, req. n. 41135/98, nella quale si presentava il caso dell'arresto di semplici cittadini che non rivestivano funzioni pubbliche, ma avevano avuto la colpa di percorrere le vie cittadine vestiti con abbigliamento tipico del gruppo religioso. In tal caso la Corte aveva ovviamente trovato che vi fosse stata violazione della Convenzione secondo un'impostazione che appare, però, contraddetta dalla sentenza Grande Camera 1.7.2014, *Sas c. France*, req. n. 43835/11 (vedi *infra*). Commenta quest'ultima sentenza Valentino 2014.

Per ciò che attiene alla sanzione in sé, essa discende dal mancato rispetto dell'obbligo rigoroso di stretta neutralità. Pertanto, una volta che la Corte ha posto tale obbligo al riparo dal suo scrutinio di compatibilità con la Convenzione non ritenendo di poter sindacare il modello scelto dalla Francia, ne deve fare discendere necessariamente la legittimità della applicazione della sanzione stessa.

Il punto è, però, che neanche la proporzionalità della sanzione viene effettivamente valutata dalla Corte.

La stessa, infatti, ritiene che incombe sul giudice amministrativo il compito di riscontare che l'amministrazione, ossia il datore di lavoro, non abbia arrecato un'offesa sproporzionata alla libertà di coscienza degli *agents publics* quando sia invocata la neutralità dello Stato (par. 68).

Il giudice amministrativo non ha ritenuto di censurare la sanzione del mancato rinnovo del contratto sulla base di un giudizio di proporzionalità tra quest'ultima e la colpa della ricorrente, che consiste appunto nel essersi rifiutata di togliere il velo considerato simbolo «ostensibile» in palese contrasto con il principio di neutralità. Inoltre, nelle controversie davanti i giudici nazionali è stato preso in considerazione il fatto che la Ebrahimian era a contatto diretto con i pazienti e il suo comportamento avrebbe causato non meglio precisate difficoltà al servizio.

Da un lato, quindi, secondo la legge francese (art. 29, legge 13.7.1983) l'amministrazione ha un ampio potere discrezionale nel valutare la colpa e, dall'altro, «*les autorités nationales* [cioè i giudici in particolare] *sont les mieux placées pour apprécier la proportionnalité de la sanction, qui doit être déterminée au regard de l'ensemble des circonstances dans lesquelles un manquement a été constaté, afin de respecter l'article 9 de la Convention*» (par. 69).

Altro punto importante ai fini della decisione finale è che, per la C. Edu, la ricorrente si è esposta essa stessa con un comportamento che sapeva essere contrario sia alle richieste dell'amministrazione per cui lavorava sia all'avviso del Consiglio di Stato dopo che questo era stato pubblicato. In sostanza, ella avrebbe messo in opera un atteggiamento consapevole in sprezzo della possibile sanzione, di cui non può, quindi dolersi.

Inoltre è stata la ricorrente a rifiutare di presentarsi a un concorso per assistente sociale organizzato dalla Cash dopo essere stata inserita nelle liste.

Sembra che la Corte in qualche modo consideri questa iscrizione alle liste utili per il concorso come una sorta di tentativo di accomodamento ragionevole (21). Un dato che la stessa riteneva evidentemente utile da sottolineare posto che non era più possibile richiamare in questa circostanza e senza contraddirsi la cosiddetta «teoria della libertà di dimettersi» (22), già superata con la sentenza *Eweida and others v. United*

(21) In realtà, la cultura dell'accomodamento ragionevole implica una laicità intesa non come sinonimo di esclusione, ma all'opposto come strumento di realizzazione di uno spazio pubblico aperto in cui ciascuna appartenenza culturale e religiosa può essere pienamente valorizzata, ossia un'accezione molto lontana da quella che emerge dalle sentenze della C. Edu sic. Ferri 2015) che definirei come pluralismo «neutralista».

(22) Secondo questa teoria è stato giudicato che, nei casi di restrizioni messe in atto dal datore di lavoro nei confronti della libertà di religione del lavoratore, non si potesse riscontrare una lesione di tale libertà ogniquale fosse stato possibile per quest'ultimo dimettersi o cambiare lavoro (v. C. Edu Commission 3.12.1996, *Konttinen v. Finland*, app. n. 24949/94; C.

Kingdom (23), al fine di negare la violazione del diritto. La circostanza riportata, inoltre, scagionerebbe ulteriormente la Cash e risolverebbe in tal modo anche la questione della possibile conciliazione tra le esigenze religiose del lavoratore e il principio di laicità-neutralità.

Così la Corte, anche relativamente al criterio della proporzionalità, asserisce, con atteggiamento pilatesco, di non poter riscontrare un caso di superamento del margine d'apprezzamento.

Ciò che va qui sottolineato è che, in realtà, il vaglio della proporzionalità della sanzione e del temperamento della laicità con gli interessi di chi voleva ottemperare a un precetto religioso è completamente esterno e per così dire formale e non ha riguardo della effettiva capacità di infliggere un pregiudizio sproporzionato alla condizione di fatto della ricorrente (24).

Questo errore visuale deriva, come ha giustamente sottolineato il giudice O'Leary, nella sua *dissenting opinion*, dal fatto che anche il giudizio sulla proporzionalità è fatto discendere direttamente da principi astratti (segnatamente laicità e neutralità) invece che dalle circostanze del caso.

Vanno condivise anche le conclusioni di questo giudice quando egli scrive che il margine di apprezzamento «*must not absolve the Member States, at first instance, and, one step removed, the Court, of their obligation to ensure a concrete assessment of proportionality, particularly when what is at issue is a blanket ban which interferes with the rights of an individual, while also potentially affecting the employment opportunities of an entire collectivity*» (25).

3. — *Conclusioni* — Esaminata la sentenza in commento assieme ai più importanti precedenti fra i moltissimi inerenti, non ci si può esimere da alcune considerazioni generali che si riallacciano a quanto affermato nell'introduzione.

Il complesso delle sentenze della Corte relative ai simboli religiosi fa risuonare a un orecchio attento le preoccupazioni relative soprattutto ai valori di cui sarebbe portatrice una specifica fede religiosa, ossia l'Islam, e che sono considerati spesso irrimediabilmente contrastanti con quelli dell'Europa che si riconosce nella Convenzione. Si tratta, va detto senza nascondimenti, di un giudizio valoriale aprioristico e infondato che, presente in molte società europee, ha trovato, attraverso la legislazione di un paese come la Francia, una sorta di legittimazione istituzionale.

La Corte dei diritti dell'uomo, schiacciata sulla posizione di neutralità che le è consentita dalla dottrina del margine di apprezzamento lasciato agli Stati in alcune delicate questioni, non ha contrastato tale pregiudizio, ma si è anzi limitata a rifletterlo nelle sue sentenze.

La stessa finisce, infatti, per assecondare gli assetti nazionali e riprodurne le con-

Edu Commission 9.4.1997, *Stedman v. the United Kingdom*, app. n. 29107/95; C. Edu 13.4.2006, *Kosteski v. «the former Yugoslav Republic of Macedonia»*, app. n. 55170/00).

(23) C. Edu 15.1.2013, *Eweida and Others v. The United Kingdom*, app. n. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10. Per un commento Sorda, 2013.

(24) Cfr., su questo stesso aspetto, l'opinione espressa da Bribosia Rorive (2004, 960), in merito alla sentenza *Leyla Sahin*, cit. in nota 17.

(25) Punto VI Conclusion. Da ultimo, presenta il concetto e le critiche mosse alla dottrina del margine d'apprezzamento Kopa 2014, pp. 36-37.

tradizioni sul piano della difesa dei diritti proprio al massimo livello di tutela giudiziale degli stessi (26).

A riprova di quanto appena asserito sta la differente impostazione seguita, ad esempio, nella sentenza *Leyla Sabin* e nella sentenza che si commenta quando si tocca il problema della tutela delle minoranze. Nel primo caso, la Corte considera necessario imporre restrizioni a tutela delle minoranze non musulmane in ragione delle condizioni materiali della Turchia, mentre in Francia, ove la maggioranza della popolazione è cristiana o laica, questo aspetto non è affatto considerato. In entrambi i casi comunque la posizione presa determina una restrizione al porto del velo islamico.

In tal modo si può plausibilmente ritenere che il problema sia proprio questo specifico capo d'abbigliamento che è costantemente considerato dalla Corte simbolo forte di appartenenza religiosa in grado di per sé di indurre pressione sui non credenti a prescindere dalla volontà in tal senso di chi lo porta, mentre contraddittoriamente il crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche italiane è stato considerato «simbolo passivo» non in grado di influenzare la formazione degli alunni e neppure di minare la laicità dello Stato italiano (27).

Una diversa possibile spiegazione di questa mancanza di coerenza sarebbe altrimenti da doversi ricercare nel differente peso politico dei singoli Stati che aderiscono alla Convenzione.

In ogni caso, dal punto di vista giuridico, la Corte necessita, al fine di giustificare la limitazione del diritto alla libertà di religione, di riscontrare la presenza di uno degli scopi legittimi elencati al comma 2 dell'art. 9, e per questa ragione tutte le volte in cui non ricorre il caso della tutela della salute, dell'ordine o della sicurezza pubblica (28), la «protezione dei diritti e delle libertà altrui» rimane unica possibile causa di giustificazione.

Al fine, quindi, di fare salvo il principio di neutralità dello Stato e dei suoi funzionari (di diritto o di fatto), la Corte è stata costretta a un'operazione innaturale che consiste nel connettere tale principio con l'imparzialità del servizio e l'uguaglianza di trattamento degli utenti.

Una volta operata questa connessione, ogniquale volta si espanda il principio di neutralità si espande di conseguenza anche la limitazione della libertà di manifestazione religiosa con effetti paradossali.

La necessità della neutralità riguarderebbe, infatti, tutti i servizi pubblici, tutti i funzionari pubblici o i lavoratori che opererebbero nel servizio pubblico, e in definitiva anche i luoghi ove tali funzioni e/o servizi vengono svolti.

(26) Come sottolineato da Tega (2004), si crea spesso un meccanismo di richiamo incrociato da parte della pubblica amministrazione o delle Corti nazionali alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e di quest'ultima alla giurisprudenza delle massime Corti nazionali sulla base dell'assunto che le stesse sono in una posizione migliore per giudicare gli interessi in gioco. In tal modo, però, la Corte rinuncia alla sua vocazione di giudice dei diritti minando il meccanismo di tutela di questi ultimi.

(27) Si fa riferimento a Grande Camera 18.3.2011, *Lautsi e altri c. Italia*, ric. 30814/06, par. 72.

(28) Come, ad esempio, nei casi: C. Edu Commission 12.7.1978, *X v. United Kingdom*, app. n. 7992/77; C. Edu 11.1.2005, *Phull c. France*, req. n. 35753/03; C. Edu 13.11.2008, *Mann Singh c. France*, req. n. 24479/07; C. Edu 4.12.2008, *Kervanci c. Francia*, req. n. 31645/04; *Dogru c. Francia* (cit. in nota 15) o il caso *Chaplin*, in *Eweida e altri* (cit. in nota 28).

La sentenza *Ahmet Arslan* pareva suggerire che fossero salvi quantomeno gli spazi pubblici non connotati dall'appartenenza allo Stato o dallo svolgimento del servizio pubblico (in sostanza solo piazze e strade), ma la tendenza espansiva del criterio di giudizio usato dalla Corte e la sua ambiguità sono dimostrate ulteriormente dalla sentenza *Sas c. France*, ove la legislazione francese del 2011 che vieta di coprire il volto è stata fatta salva sulla base dell'esigenza di non turbare il *vivre ensemble*: concezione questa strettamente legata alla definizione di spazio pubblico neutrale e alla separazione netta tra sfera pubblica e sfera privata.

Come dimostra il caso giudicato dal Tribunale amministrativo di Montreuil (29) in stretta applicazione del principio di neutralità, anche i genitori che accompagnano i figli durante le visite d'istruzione – e quindi fuori dall'istituto scolastico – debbono rispettare tale principio e devono togliere il velo in quanto «*partecipent au service public de l'école élémentaire*» assumendo così «la posizione di pubblici funzionari di fatto» (30).

Lo stesso vale anche per gli utenti del servizio pubblico o coloro che si recano in luoghi riconducibili allo Stato-apparato, che saranno costretti al dovere di neutralità come esplicitamente asserito dalla Corte in questo caso come anche in *Leyla Sahin*, ad esempio.

Il punto fondamentale è, però, per l'appunto che questa premessa, questa sorta di assioma indimostrato, della necessaria connessione tra il principio di neutralità e la protezione dei diritti e delle libertà altrui è, in realtà, falso!

L'unico criterio per accertare se un utente dell'ospedale ove lavorava la ricorrente fosse stato sfavorito o non adeguatamente curato e al pari degli altri in ragione della fede della Ebrahimian sarebbe dovuto consistere nel verificare se quest'ultima non avesse adempiuto a uno dei suoi doveri di servizio o se ella fosse stata negligente sul lavoro o nella propria attività professionale a causa di precetti religiosi derivanti dalla propria fede. In sintesi, sarebbe stato necessario riscontrare se un inadempimento nella prestazione lavorativa era stato dettato dall'appartenenza religiosa.

La C. Edu ha riconosciuto che in nessuno dei gradi di giudizio è emerso che il datore di lavoro si sia potuto lamentare di qualsivoglia inadempimento o di mancanze nei comportamenti organizzativi attinenti la prestazione lavorativa della Ebrahimian, la quale anzi appariva assolutamente professionale e competente.

Come può quella che è stata considerata una vera e propria sanzione disciplinare (anche se in realtà a stretto rigore si è trattato di un mancato rinnovo del contratto) discendere non da un inadempimento, ma dal rifiuto di non mostrare simboli ostensibili della propria fede?

Si dovrebbe a quel punto sostenere, con non poche difficoltà, che il dovere di neutralità è parte dell'obbligazione contrattuale in capo al lavoratore quasi fosse un obbligo integrativo al pari della diligenza o dell'obbedienza. In questo caso, però, le specificazioni relative all'aspetto personale del lavoratore non sarebbero imposte in ragione delle necessità aziendali (31), ma al fine di tutelare soggetti terzi al rapporto, os-

(29) *Tribunal administratif de Montreuil (5ème et 6ème chambres réunies)*, sentenza 22.11.2011, n. 1012015, rinvenibile on-line su www.montreuil.tribunal-administratif.fr.

(30) Ferrari 2011, 9, in commento alla detta sentenza.

(31) In Italia, in generale, la giurisprudenza maggioritaria ritiene che le limitazioni della libertà di abbigliarsi devono derivare da ragioni di igiene e sicurezza sul lavoro oppure per giu-

sia gli utenti, e con la lesione di un diritto fondamentale del lavoratore che è invece parte del rapporto a prestazioni corrispettive.

Tale obbligazione contrattuale specifica distinguerebbe, inoltre, il rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici e dei lavoratori operanti nell'ambito dei servizi pubblici da quello di tutti gli altri lavoratori che dipendono da un datore privato, come sembrerebbe dimostrare il caso della signora Eweida, ove la Corte ha ritenuto che la necessità del datore di lavoro privato di proteggere una immagine rigorosamente neutrale fosse legittima, ma recessiva rispetto al bisogno della donna di indossare un crocifisso, ossia del suo diritto di manifestare liberamente la fede religiosa.

Viceversa il medesimo bisogno, se espresso da un dipendente pubblico o da un *agent public* di diritto o di fatto, può portare, secondo quanto sentenziato in questo caso dalla C. Edu, a un licenziamento giustificato ovvero alla massima sanzione possibile.

E questo ci porta al punto. A fronte di una discriminazione solo potenziale del terzo soggetto, ossia dell'utente, in questo caso per altro mai verificatasi, si consente la discriminazione dei lavoratori per ragioni religiose, e ciò sia all'interno dell'insieme dei lavoratori sulla base della distinzione pubblico/privato sia all'esterno tra cittadini di diverse culture e fedi.

Tale discriminazione opera in particolare per quelle persone come musulmani, sikh o ebrei che comunemente portano segni religiosi esteriori, ed è in grado di operare sia all'atto del reclutamento, quindi nella fase genetica del rapporto, sia in quella funzionale.

Si tratta con tutta evidenza di una discriminazione indiretta dovuta a norme di diritto interno (prevalentemente giurisprudenziale) che, apparentemente neutre, perché applicabili a tutti i cittadini in ragione della supposta peculiarità dell'attività lavorativa e del contesto in cui essa viene espletata, mettono, in realtà, in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione, e ciò appunto, come detto, sulla base di una falsa premessa.

Questo nonostante la Direttiva n. 2000/78/Ce (32), la quale ovviamente si applica in Francia sia nel settore pubblico che in quello privato, e nonostante la Costituzione francese, posta a fondamento dell'esistenza dell'obbligo di stretta neutralità, enunci (art. 5 del preambolo della Costituzione del 27 ottobre 1946) (33) che «*Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances*».

stificate e specifiche ragioni produttive e di immagine del datore. Si vedano fra le altre T. Latina 18.9.1989, in *RIDL*, 1990, n. 1, II, 248; Cass. 9.4.1993, n. 4307, in *RGL*, 1994, n. 1, II, 223, con nota di Bellavista, e Pret. Roma 3.12.1998, in *RGL*, 1999, n. 4, II, 619, con nota di Valente).

(32) Si segnala che sono allo stato disponibili le conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott del 31.5.2016 relative alla causa C. Giust. C-157/15, *S. Achbita et altri c. Secure Solutions*, e quelle dell'Avvocato Generale Sharpston (C-188/15, *A. Bougnaoui et altri c. Micropole SA*) vertenti sulla questione delle discriminazioni di carattere religioso sui luoghi di lavoro. Su questa tematica si rimanda, uno fra tutti, ad Aimo 2007 e alla bibliografia ivi citata.

(33) Va precisato che il preambolo della Costituzione del 1958 richiama direttamente ed esplicitamente la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26.8.1789 e la Costituzione del 1946, che i giudici applicano costantemente i principi fondamentali enunciati in detti testi e il legislatore pone attenzione al rispetto degli stessi.

Ciò che si chiede, in sintesi, al lavoratore per non cadere sotto la scure del licenziamento sanzionatorio è di soggiacere alla finta «libertà» di dimettersi, ossia di passare (se lo trova) ad altro lavoro nel quale la propria personalità possa emergere senza creare disturbo e magari possa addirittura pienamente svolgersi (34), oppure di rispondere a un dovere di neutralità che implica, in sostanza, di «neutralizzare» se stesso lasciando parte della propria personalità e delle proprie convinzioni fuori dall'ambiente di lavoro (e lo stesso vale qualora intenda partecipare alla selezione per un posto di lavoro) (35).

Questa sorta di ricatto interiore a cui viene esposto ciascun prestatore di lavoro non è, in verità, distinguibile per chi scrive da quello che, prima dell'avvento in Italia dello Statuto dei lavoratori, operava quale divieto di fatto alla possibilità per gli operai di palesare le proprie convinzioni politiche o la propria appartenenza sindacale, con l'aggravante, però, che in questo caso tale «necessario sacrificio» discenderebbe proprio dal principio per il quale lo Stato non interferisce nella sfera spirituale e religiosa (*rectius*, la laicità). Un vero e proprio ossimoro!

Appare evidente, infine, che il condivisibile presupposto da cui la Corte parte, secondo cui nella società democratiche, ove sono presenti diverse sensibilità e religioni, il ruolo delle autorità non è quello di sopprimere le cause delle possibili tensioni che si possono aprire in virtù delle differenze eliminando il pluralismo (par. 55), ma quello di assicurare la tolleranza tra i diversi gruppi, è palesemente contraddetto dagli effetti della sentenza.

Riferimenti bibliografici

- Aimo M. (2007), *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, in Barbera M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Padova, 43 ss.
- Bauman Z. (2014), *Il demone della paura*, Laterza, Bari.
- Bellavista A. (1994), *Abbigliamento del dipendente e poteri del datore di lavoro*, in *RGL*, n. 1, II, p. 226 ss.
- Bribosia E., Rorive I. (2004), *Le voile à l'école: une Europe divisée* in *Révue trimestrielle des droits de l'homme*, n. 60, p. 951 ss.
- Cavana P. (2004), *I segni della discordia. Laicità e simboli religiosi in Francia*, Giappichelli, Torino.
- De Gregorio L., Rodriguez Blanco M. (2012), *Fede, identità religiosa e formazione universitaria nel caso «Leyla Sahin c. Turchia»*, in Mazzola R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla libertà religiosa*, il Mulino, Bologna, pp. 259 ss.

(34) È evidente quanto lontana sia questa impostazione dai principi dettati dalla Costituzione italiana agli artt. 2, 3 e 4.

(35) Completamente opposto l'approccio della giurisprudenza italiana. Cfr. C. App. Milano 20.5.2016, rinvenibile in rete, che ha dichiarato discriminatoria l'esclusione dalla selezione di una hostess che si rifiutava di togliere il velo.

- Ferrari D. (2011), *Neutralità della scuola e ruolo dei genitori nelle attività extrascolastiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, reperibile su www.statoechiese.it.
- Ferrari S. (2004), *Le ragioni del velo*, in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose* (reperibile su www.olir.it).
- Ferri M. (2011), *I principali orientamenti della Cedu in materia di libertà religiosa*, in Goisis L., Berisha Q. (a cura di), *Un percorso di studio sui diritti umani (Pristina 2008-Bergamo 2010)*, Bergamo University Press - Sestante Edizioni, Bergamo, 347 ss.
- Ferri M. (2015), *Gli accomodamenti ragionevoli in materia di libertà religiosa tra giurisprudenza della Corte europea e della Corte canadese*, in *Jus*, n. 3, 307 ss.
- Flauss J.-F. (2006), *Le port des signes religieux distinctifs par les usagers dans les établissements publics d'enseignement*, in Gonzalez G. (a cura di), *Laïcité, liberté de religion et Convention Européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 201 ss.
- Gatta G.L. (2009), *Islam, abbigliamento religioso, diritto e processo penale: brevi note a margine di due casi giurisprudenziali*, in *Stato Chiesa e pluralismo confessionale* (reperibile su www.statoechiese.it).
- Gilbert H. (2006), *Redifining Manifestation of Belief in Leyla Sabin v. Turkey*, in *European Human Right Law Review*, n. 3, 308 ss.
- Kopa M. (2014), *The algorithm of the margin of appreciation doctrine in light of the protocol n. 15 amending the European Convention of Human Rights*, in *International and comparative law review*, vol. 14, 1 ss.
- Marchei N. (2016), *Ebrahimian c. Francia: una nuova vittoria per il principio di neutralità dello Stato*, in *QC*, n. 1, 143 ss.
- Sorda E. (2013), *Lavoro e fede nella Corte di Strasburgo. Note a margine della sentenza Eweida e altri c. Regno Unito*, in *Forum di Quaderni costituzionali 14.11.2013*, reperibile su www.forumcostituzionale.it.
- Tega D. (2004), *La Corte di Strasburgo torna a pronunciarsi sulla questione del velo islamico: un monito, non troppo rassicurante, per il futuro (caso Şahin c. Turchia)*, in *Forum di Quaderni costituzionali 15.7.2004*, reperibile su www.forumcostituzionale.it.
- Valente L. (1999), *Capelli corti e acconciature classiche: quando la sanzione disciplinare è legittimamente connessa alla violazione di direttive in materia di aspetto estetico*, in *RGL*, 1999, n. 4, II, 621 ss.
- Valentino A. (2014), *La sentenza sul caso Sas c. Francia della Corte europea dei diritti dell'uomo: principi di laicità e divieto assoluto di coprirsi il volto in pubblico*, in *Rivista Aic, Osservatorio costituzionale ottobre 2014*, 1 ss.

Pierluigi Digennaro

Dottore di ricerca presso l'Università di Bari

I

CASSAZIONE, 13.6.2016, n. 12101 – Pres. Venuti, Est. Manna, P.M. Celentano (diff.) – C.D. (avv. Agosto) c. Teknalsystems Srl (avv. Giampà). Cassa Corte d'Appello di Catanzaro, 4.9.2012.

Licenziamento individuale – Giustificato motivo oggettivo – Lavoratore (creditore) – Prova dell'esistenza del rapporto – Allegazione altrui inadempimento – Datore di lavoro (debitore) – Allegazione e prova fatto estintivo – Giustificato motivo di recesso – Impossibilità del *repêchage* – onere di allegazione – Datore di lavoro – Sussiste.

Licenziamento individuale – Giustificato motivo oggettivo – Art. 5, l. n. 604/1966 – Prova dell'impossibilità del *repêchage* – Datore di lavoro – Indisgiungibilità onere della prova e onere di allegazione – Onere di allegazione del datore di lavoro – Sussiste – Onere di allegazione del lavoratore – Non sussiste.

*Il lavoratore, creditore della reintegra, una volta provata l'esistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato risolto dal licenziamento intimatogli, deve solo allegare l'altrui inadempimento, vale a dire l'illegittimo rifiuto di continuare a farlo lavorare oppostogli dal datore di lavoro in assenza di giusta causa o giustificato motivo, mentre su questi incombe allegare e dimostrare il fatto estintivo del diritto azionato, vale a dire l'effettiva esistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso, in cui rientra anche l'impossibilità del *repêchage*. (1)*

Poiché l'onere di allegazione e quello probatorio non possono che incombere sulla medesima parte, nel senso che chi ha l'onere di provare un fatto primario (costitutivo del diritto azionato o impeditivo, modificativo o estintivo dello stesso) ha altresì l'onere della relativa compiuta allegazione, non spetta al lavoratore l'onere di segnalare postazioni di lavoro – analoghe a quella soppressa e alla quale era adibito – cui essere utilmente riallocato. (2)

II

CASSAZIONE, 22.3.2016, n. 5592 – Pres. Venuti, Est. Patti, P.M. Mastroberardino (conf.) – P.A. (avv. Pullano) c. Harpo Spa (avv.ti Morabito, Consoli). Cassa Corte d'Appello di Trieste, 13.2.2013.

Licenziamento individuale – Giustificato motivo oggettivo – Impossibilità del *repêchage* – Requisito del giustificato motivo – Art. 5, l. n. 604/1966 – Onere della prova datore di lavoro – Principio di riferibilità o vicinanza della prova – Art. 2697 c.c. – Indisgiungibilità onere della prova e onere di allegazione – Onere di allegazione del datore di lavoro – Sussiste – Onere di allegazione del lavoratore – Non sussiste.

In caso di impugnazione di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, grava sul datore di lavoro l'onere di allegare (oltre che di provare) l'impossibilità del repêchage, in quanto quest'ultimo rappresenta un requisito del giustificato motivo oggettivo. Il lavoratore, invece, non è tenuto ad allegare le diverse mansioni cui avrebbe potuto essere adibito; laddove si accogliesse la tesi opposta, si determinerebbe una divaricazione tra onere di allegazione e onere della prova, entrambi spettanti, alla luce degli ordinari principi processuali, alla parte deducente. (3)

(1-3) LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO
E *REPÊCHAGE*: NESSUN ONERE DI ALLEGAZIONE

SOMMARIO: 1. I casi in esame. — 2. L'origine e il fondamento normativo dell'obbligo di *repêchage*. — 3. L'onere di allegazione a carico del lavoratore: le argomentazioni dell'indirizzo prevalente. — 4. L'opposto orientamento accolto dalla Suprema Corte nelle sentenze in epigrafe. — 4.1. L'indisgiungibilità dell'onere di allegazione e dell'onere della prova alla stregua degli ordinari principi processuali. — 4.2. La ripartizione dell'onere della prova ai sensi dell'art. 5, l. n. 604/1966. — 4.3. L'impossibilità del *repêchage*: requisito del giustificato motivo e fatto estintivo del diritto fatto valere in giudizio. — 5. Conclusioni.

1. — *I casi in esame* — Entrambe le sentenze in epigrafe traggono origine da controversie in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo e offrono lo spunto per affrontare un argomento che appariva negli ultimi tempi indirizzato verso una soluzione pressoché unanimemente condivisa.

Sembrava infatti consolidato l'orientamento secondo il quale il lavoratore che impugni un licenziamento per giustificato motivo oggettivo sia gravato di una sorta di obbligo di cooperazione processuale che si traduce nell'onere di allegare le diverse posizioni lavorative ove il datore avrebbe potuto ricollocarlo, onde scongiurare il recesso.

Operando un'inversione di rotta, le pronunce in commento ribaltano questa tesi affermando che incombe interamente ed esclusivamente sul datore di lavoro l'onere di allegare (oltre che di provare) l'impossibilità del cd. *repêchage* (1).

(1) Nello stesso senso si erano pronunciate Cass. 7.7.1992, n. 8254, in www.dejure.giuffrè.it, e Cass. 18.4.1991, n. 4164, in *MGL*, 1991, n. 4, 426, richiamate nella sentenza n. 5592/2016 a supporto della tesi ivi espressa.

In particolare, nel caso definito con la sentenza del 22.3.2016, n. 5592, un lavoratore viene licenziato a causa di una presunta riorganizzazione aziendale: in ragione dell'andamento economico e finanziario negativo, la divisione da lui diretta viene accorpata a un'altra.

Il prestatore, dunque, decide di adire il Tribunale contestando la legittimità del licenziamento e chiedendo di essere reintegrato nel posto di lavoro, oltre al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali. Il giudice di prime cure rigetta il ricorso e la sentenza viene confermata in sede di gravame.

Viene, dunque, proposto ricorso per Cassazione sulla base di cinque motivi di impugnazione; la società resiste con controricorso.

Il primo motivo è dichiarato inammissibile, mentre sono accolti il secondo e il terzo, esaminati congiuntamente per la loro stretta connessione, con conseguente assorbimento dei motivi residui.

Con il secondo motivo il ricorrente lamenta che la Corte d'Appello non avrebbe accertato la violazione dell'obbligo di *repêchage* da parte della società convenuta; con il terzo motivo viene denunciata l'erronea ripartizione dell'onere della prova in relazione al *repêchage*, poiché il giudice di secondo grado avrebbe dovuto porre l'*onus probandi* a carico del datore, senza alcun coinvolgimento collaborativo del prestatore di lavoro.

La Suprema Corte, sovvertendo l'indirizzo maggioritario, osserva che gravare il prestatore dell'onere di indicare le posizioni lavorative in cui avrebbe potuto essere reimpiegato comporta, in sostanza, un'inversione del carico probatorio rispetto alla ripartizione fissata dall'art. 5, l. n. 604/1966. Il lavoratore, infatti, in sede di ricorso, deve limitarsi a dedurre l'inesistenza dei fatti giustificativi del potere di recesso del datore, mentre quest'ultimo sarà onerato di dimostrare la sussistenza del giustificato motivo di licenziamento comprensivo di tutti i suoi elementi costitutivi, ivi inclusa l'impossibilità del *repêchage*.

Siffatta ricostruzione, peraltro, sarebbe confermata anche alla luce dei principi civilistici che regolano la responsabilità per inadempimento contrattuale *ex art. 1218 c.c.*, applicabili in via residuale alla fattispecie del licenziamento.

Inoltre – prosegue il giudice di legittimità –, configurare un simile onere di allegazione a carico del lavoratore comporterebbe una dissociazione tra onere di allegazione (posto in capo al dipendente) e onere della prova (posto *ex lege* a carico dal datore), in contrasto con le norme processuali che riconducono entrambi gli oneri in capo al soggetto deducendo.

Infine, per corroborare ulteriormente la propria tesi, la Suprema Corte ne sottolinea la coerenza rispetto al principio di riferibilità o vicinanza della prova, che fa propendere per l'attribuzione dell'onere di allegazione a carico del soggetto che sia più prossimo agli elementi da allegare (e provare), ossia il datore di lavoro.

Alla luce di tali osservazioni, il Collegio cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d'Appello di Trieste (in diversa composizione), formulando il seguente principio di diritto: «In materia di illegittimo licenziamento per giustificato motivo oggettivo, spetta al datore di lavoro l'allegazione e la prova dell'impossibilità di *repêchage* del lavoratore licenziato, in quanto requisito del giustificato motivo di licenziamento, con esclusione di un onere di allegazione al riguardo del secondo, essendo contraria agli ordinari principi processuali una divaricazione tra i due suddetti oneri, entrambi spettanti alla parte deducendo».

Analoghe considerazioni sono svolte nella più recente pronuncia del 13.6.2016, n. 12101, con la quale la Corte di Cassazione, in riforma della sentenza emessa dalla Corte d'Appello di Catanzaro, accoglie il ricorso, ripercorrendo il ragionamento giuridico esplicitato nella precedente pronuncia n. 5592/2016 e aderendo alle conclusioni ivi espresse. In particolare, in tale occasione, il Collegio mette ben in evidenza che l'impossibilità del *repêchage* rappresenta non già un elemento costitutivo della domanda giudiziale, bensì un fatto estintivo dell'altrui pretesa a proseguire il rapporto di lavoro, della cui allegazione e prova è onerato il datore di lavoro, senza che sia necessaria a tal fine un'apposita contestazione da parte del ricorrente.

2. — *L'origine e il fondamento normativo dell'obbligo di repêchage* — L'esame delle articolate pronunce non può prescindere da una breve disamina sulle origini e sul fondamento normativo dell'obbligo di *repêchage*; questione, quest'ultima, tutt'altro che pacifica e foriera, peraltro, di oscillanti interpretazioni giurisprudenziali in relazione all'obbligo *de quo*.

Come noto, il cd. obbligo di ripescaggio consiste nell'impossibilità di reimpiegare il lavoratore licenziato in altre posizioni lavorative. Ai fini della legittimità del recesso del datore di lavoro, occorre dunque verificare non soltanto la sussistenza delle «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa» (2) e del nesso eziologico tra dette ragioni e il licenziamento del singolo lavoratore, ma è necessario appurare altresì l'ineluttabilità del recesso.

Strettamente connesso alla concezione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo quale *extrema ratio* (3), l'obbligo di *repêchage* ha matrice giurisprudenziale e fa la sua comparsa nei primi anni settanta (4).

Esso in particolare deriva dall'esigenza dei giudici di tutelare la conservazione del posto di lavoro, in considerazione della condizione di soggezione e debolezza del lavoratore all'interno del rapporto e nel mercato del lavoro «notoriamente ingessato e asfittico se non del tutto bloccato in talune parti d'Italia» (5).

L'obbligo di cui si discorre è stato tradizionalmente inteso quale parametro di valutazione della sussistenza dei due requisiti che integrano il giustificato motivo oggettivo. Invero, la non ricollocabilità del lavoratore consentirebbe di ottenere una conferma indiretta sia dell'effettività delle ragioni organizzative addotte alla base del recesso sia della sussistenza di un collegamento causale tra dette esigenze e il licenziamento intimato al lavoratore. L'impossibilità del *repêchage*, inoltre, permetterebbe di escludere la pretestuosità o arbitrarietà del recesso e di assicurare che il medesimo non è legato ad alcuna motivazione di carattere personale.

La giurisprudenza ha di frequente considerato il menzionato obbligo quale espressione dell'esigenza di contemperamento della libertà di iniziativa economica privata con

(2) Sull'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale di tale ampia formulazione cfr. Calcaterra 2005, 621; cfr. anche Carinci (2005, 87), la quale rileva come, di norma, la giurisprudenza opti per una lettura unitaria del concetto di giustificato motivo oggettivo.

(3) Mancini 1972, 259. Brun (2013, 785) considera «fuorviante» l'utilizzo dell'espressione «licenziamento *extrema ratio*».

(4) La prima apparizione giurisprudenziale del cd. ripescaggio si riscontra nella sentenza della Corte di Cassazione 12.12.1972, n. 3578. Cfr., in questo senso, Calcaterra 2009, 278.

(5) Amato 2007, 33.

l'utilità sociale (ex art. 41, comma 2, Cost.) nonché quale estrinsecazione dei principi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto ex artt. 1375 e 1175 c.c.

Non si ravvisa però nel nostro ordinamento una norma giuridica che detti una specifica disciplina in materia. Al fine di colmare tale lacuna sono state avanzate diverse tesi in dottrina.

Alcuni Autori hanno individuato la fonte normativa dell'obbligo in esame nell'art. 3, l. n. 604/1966 (6); in altri casi è stato individuato un collegamento con l'art. 2103 c.c. (7), mentre altra parte della dottrina ha prospettato una lettura del giustificato motivo oggettivo (e, dunque, anche del *repêchage*) imperniata sulla figura dell'abuso del diritto (8) o, ancora, è stato invocato il principio di proporzionalità (9). Più precisamente, secondo tale ultima impostazione, il giudice, chiamato a valutare l'impossibilità di reimpiegare altrove il dipendente, effettua un «controllo di necessità», ossia verifica se la misura organizzativa prescelta – cioè il licenziamento – sia indispensabile e non ecceda lo stretto necessario. Deve esserci, in altri termini, proporzionalità tra le finalità dell'azione e i mezzi utilizzati.

Degna di nota è, inoltre, l'interpretazione che ricostruisce il giustificato motivo oggettivo secondo lo schema della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità ex art. 1467 c.c. (10). In tale ottica troverebbe idonea spiegazione anche l'obbligo di *repêchage* e il correlato onere di allegazione gravante sul lavoratore. Invero, applicando i principi civilistici, si può ricostruire l'onere di indicazione delle posizioni disponibili in azienda come l'«offerta» che, a mente del comma 3 dell'art. 1467 c.c., il lavoratore (ossia la parte che subisce la risoluzione) può formulare per evitare la risoluzione stessa (*rectius*: per scongiurare il recesso datoriale). Successivamente è necessario che il giudice vagli l'«offerta», appurando se essa rispetti il canone dell'equità e se, quindi, non implichi un eccessivo sacrificio per il datore sotto il profilo della sua libertà organizzativa. Solo a seguito di una valutazione favorevole da parte del giudice la fattispecie potrà dirsi perfezionata e, dunque, sorgerà in capo al datore l'obbligo di dare esecuzione al nuovo regolamento contrattuale. Prima di tale momento si utilizza impropriamente il termine «obbligo» poiché, in realtà, grava sul datore un mero onere che consiste nel dimostrare di non poter ricollocare il lavoratore, anche a fronte dell'offerta da parte di quest'ultimo (11).

3. — *L'onere di allegazione a carico del lavoratore: le argomentazioni dell'indirizzo prevalente* — In assenza di una regolamentazione normativa, la disciplina dell'obbligo di *repêchage* è stata rimessa alle altalenanti interpretazioni della giurisprudenza, assumendo portata e confini differenti (12).

(6) Nogler 2011, 29; Albi, 2008, 75-76.

(7) Napoli 1980, 315.

(8) Carinci 2005, 126 ss.

(9) Perulli 2007, 142 ss.

(10) Calcaterra 2009, 292 ss.

(11) Calcaterra (2009, 296) evidenzia come, prima della valutazione del giudice, il *repêchage* venga classificato come un obbligo solo per convenzione.

(12) Ciucciiovino (2016) evidenzia come, a opera della giurisprudenza, l'obbligo di *repêchage* si sia affrancato dalla sua originaria funzione probatoria per acquisire i caratteri di una vera e propria obbligazione sociale posta a carico del datore di lavoro licenziante.

Non si riscontra infatti una soluzione univoca circa l'oggetto del controllo datoriale, che, secondo alcuni giudici, dovrebbe ricomprendere non solo le mansioni equivalenti, ma anche quelle di livello inferiore (pur richiedendosi il consenso del lavoratore) (13). Inoltre, sotto il profilo topografico, seppur è opinione largamente condivisa quella secondo cui le posizioni alternative in cui reimpiegare il lavoratore debbano essere ricercate all'interno dell'intero complesso aziendale, in alcune occasioni si è ritenuto che il ripescaggio debba essere tentato anche con riferimento alle sedi situate all'estero (14) o, in presenza di un gruppo di imprese, nell'ambito delle società appartenenti al gruppo (purché le medesime integrino un unico centro di imputazione di interessi) (15).

Anche a fronte di una tale incertezza circa l'estensione dell'obbligo in esame, sono stati adottati alcuni accorgimenti sul piano processuale, volti a evitare di gravare il datore di lavoro di un *probatio diabolica*. Sicché si è ritenuto che l'onere della prova *ex art. 5, l. n. 604/1966*, debba essere interpretato secondo il canone della ragionevolezza.

Di conseguenza, da un lato, si è ammesso che l'impossibilità di reimpiegare il lavoratore in altre posizioni possa essere dimostrata mediante circostanze indiziarie, come l'assenza di nuove assunzioni in relazione alle mansioni assegnate al dipendente licenziato; dall'altro lato, è stato configurato in capo al lavoratore un obbligo di cooperazione processuale che si traduce nell'onere di allegare le posizioni nelle quali avrebbe potuto essere utilmente riutilizzato, delimitando in tal modo il *thema probandum* e alleggerendo il carico probatorio in capo al datore (16).

Questa tesi, accolta in via prevalente e ribadita di recente anche nella sentenza della Corte di Cassazione del 10.5.2016, n. 9467, è avversata nelle pronunce in esame, nelle quali il citato indirizzo viene definito «meramente tralaticio, fondandosi su una petizione di principio [...] assunta come postulato, in quanto affatto argomentata nel suo fondamento giuridico» (17).

Pertanto, il giudice di legittimità indaga sulle origini di tale corrente giurisprudenziale, individuando una risalente sentenza – Cassazione del 23.10.1998, n. 10559 (18) – nella quale sembra rinvenirsi il presupposto normativo dell'onere di allegazione di cui si discorre.

Invero, nella menzionata pronuncia, si afferma espressamente che, fermo restando l'onere della prova a carico del datore di lavoro ai sensi dell'art. 5, l. n. 604/1966, il prestatore di lavoro che agisce in giudizio per l'annullamento del licenziamento è tenuto ai sensi dell'art. 414 c.p.c. a dedurre le specifiche circostanze e ragioni costituenti i presupposti di tale azione. Sicché egli deve allegare «la insussistenza di un giustifi-

(13) Cass. 23.10.2013, n. 24037, in *RIDL*, 2014, n. 2, II, 296; Cass. 18.3.2009, n. 6552, in *D&L*, 2009, n. 2, 507; Cass. 13.8.2008, n. 21579, in *RIDL*, 2009, n. 3, II, 664.

(14) Cass. 15.7.2010, n. 16579, in *OGI*, 2011, n. 1, I, 182.

(15) Cass. n. 7717/2003, in *www.dejure.giuffrè.it*.

(16) Cfr., *inter alia*, Cass. 10.5.2016, n. 9467, in *www.dejure.giuffrè.it*; Cass. 6.10.2015, n. 19923, in *www.dejure.giuffrè.it*; Cass. 3.3.2014, n. 4920, in *www.dejure.giuffrè.it*; Cass. 8.11.2013, n. 25197, in *www.dejure.giuffrè.it*; Cass. 8.2.2011, n. 3040, in *GLav*, 2011, n. 10, p. 26; Cass. 2.2.2012, n. 6501, in *RCDL*, 2012, n. 2, 552.

(17) Cfr. Cass. 22.3.2016, n. 5592; nella sentenza del 13.6.2016, n. 12101, la Corte si esprime in termini analoghi.

(18) Cass. 23.10.1998, n. 10559, in *MGL*, 1999, 159.

cato motivo, ovvero l'inadeguatezza in tal senso del motivo addotto dal datore di lavoro, e anche la possibilità, comunque, di una sua diversa utilizzazione nell'impresa con mansioni equivalenti».

In difetto di specifica deduzione da parte del lavoratore circa la possibilità di una ricollocazione in altre posizioni lavorative non sorgerà in capo al datore di lavoro il corrispondente onere di dimostrare l'inutilizzabilità *aliunde* del dipendente licenziato, quale fatto estintivo del diritto vantato dal ricorrente.

Né tale omissione potrebbe essere colmata dall'allegazione dell'insussistenza delle ragioni dedotte a giustificazione del recesso. L'impossibilità del *repêchage*, infatti, «costituisce elemento di fatto certamente collegato, ma pur sempre differenziato e distinto rispetto alle vere e proprie ragioni di carattere organizzativo, produttivo e funzionale riferite alla attività aziendale dal citato art. 3».

4. — *L'opposto orientamento accolto dalla Suprema Corte nelle sentenze in epigrafe* — Come già accennato, in entrambe le sentenze in commento la Suprema Corte si discosta dalla tesi maggioritaria, negando che possa essere imposto al ricorrente un dovere di collaborare con il convenuto.

Un obbligo di cooperazione sarebbe configurabile solo sul piano sostanziale, quale estrinsecazione dei principi di correttezza e buona fede ai sensi degli artt. 1175, 1375 e 1206 c.c., e non anche su quello processuale, «ispirato – invece – a una leale, ma pur sempre dialettica, contrapposizione» (19).

Per sostenere la propria decisione, il Collegio adduce interessanti argomentazioni che, pur tra loro strettamente connesse, appare opportuno analizzare separatamente.

4.1. — *L'indisgiungibilità dell'onere di allegazione e dell'onere della prova alla stregua degli ordinari principi processuali* — Come noto, ai sensi dell'art. 5, l. n. 604/1966, l'*onus probandi* grava sul datore di lavoro. Anche alla luce di tale distribuzione del carico probatorio la Corte di Cassazione nega che possa essere condivisa la tesi prevalentemente diffusa in giurisprudenza.

Invero, imponendo al lavoratore licenziato l'onere di dedurre le posizioni in cui avrebbe potuto essere utilmente reimpiegato, si realizza inevitabilmente una scissione tra onere di allegazione e onere probatorio «che non si rinviene in nessun altro caso nella giurisprudenza di legittimità» (20).

L'esame di tale motivazione richiede un sintetico inquadramento di tali istituti.

In primo luogo occorre precisare che l'onere rappresenta un comportamento recante un vantaggio al soggetto che deve porlo in essere. Questa figura, contemplata sia nel diritto sostanziale sia in quello processuale, assume nei due contesti una portata differente.

Nel diritto sostanziale l'assolvimento di un onere comporta la conservazione o l'acquisizione di un diritto; in sede processuale, invece, l'adempimento dell'onere non garantisce che verrà emessa una sentenza di merito favorevole per la parte onerata, ma comporta soltanto il determinarsi di una situazione processuale che può contribuire a ottenere un simile risultato (21).

(19) Cass. n. 12101/2016.

(20) *Ivi*.

(21) Sull'onere della prova cfr. Patti 1987; De Stefano 1980; Comoglio 2010; Taruffo 2012.

Nel rito civile (così come in quello del lavoro) le parti sono gravate di una serie di oneri (22), tra i quali, a monte, quello di dare impulso al processo (cd. onere della domanda): la parte che intende far valere in giudizio il proprio diritto è tenuta ad adire il giudice competente ai sensi dell'art. 99 c.p.c.

La domanda, inoltre, deve essere proposta nel rispetto di alcuni specifici requisiti. A pena di nullità, ex art. 163 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 4, l'atto di citazione deve contenere «la determinazione della cosa oggetto della domanda» (il cd. *petitum*) nonché «l'esposizione degli elementi di fatto e di diritto costituenti le ragioni della domanda» (la cd. *causa petendi*). Analogamente, ai sensi dell'art. 414 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 4, tali elementi devono essere indicati quando la domanda sia proposta con ricorso.

Viene in tal modo circoscritto il *thema decidendum*, che, nell'ambito del processo di tipo dispositivo (23), quale quello civile, è rimesso all'esclusiva disponibilità delle parti. La valutazione del giudice dovrà quindi attenersi entro i confini così delineati, secondo il noto brocardo *iudex secundum alligata iudicare debet* (24); in caso contrario, la pronuncia sarà affetta da vizio di ultrapetizione.

I fatti allegati dalle parti dovranno essere poi provati in giudizio dalle stesse ex art. 2697 c.c. Alla stregua di tale disposizione l'attore è tenuto a dimostrare i fatti costitutivi posti a fondamento della propria domanda e, specularmente, il convenuto deve fornire la prova dei fatti impeditivi, modificativi o estintivi che pone alla base delle proprie eccezioni (*onus probandi incumbit ei qui dicit*). In tal modo viene definito il quadro istruttorio sulla base del quale il giudice dovrà formare il proprio libero convincimento.

L'art. 2697 c.c. inoltre sancisce la cd. regola di giudizio dell'onere della prova (25) volta a evitare pronunce di *non liquet* e secondo la quale la parte che non riuscirà ad assolvere il proprio onere probatorio risulterà soccombente in giudizio (*actore non probante reus absolvitur*) (26).

Onere di allegazione e onere della prova sono, dunque, tra loro strettamente connessi, tant'è che si è dubitato in dottrina circa la possibilità di attribuire al primo autonomia rispetto al secondo (27). In particolare, si è autorevolmente osserva-

(22) Per un'approfondita analisi sul punto, v. De Stefano 1980.

(23) L'onere di allegazione caratterizza anche il processo del lavoro, pur essendo quest'ultimo connotato da più ampi poteri istruttori riconosciuti al giudice. In proposito cfr. Vallebona (1988, 36-37), secondo il quale «l'onere di allegazione inteso come monopolio delle parti private per la delimitazione dell'ambito della lite è collegato con i principi della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato e non è affatto incompatibile con l'attribuzione al giudice di poteri istruttori, poiché questa scelta investe un problema (modalità di accertamento dei fatti di causa) logicamente successivo e distinto».

(24) Cfr. l'art. 112 c.p.c., che sancisce il principio della necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

(25) La regola sull'onere della prova ha una funzione *lato sensu* epistemica e spiccatamente pubblicistica secondo Taruffo 2012, 427.

(26) Cfr. Patti (1980, 12 ss.), il quale evidenzia le funzioni della regola espressa nell'art. 2697 c.c., distinguendo onere della prova in senso soggettivo e onere della prova in senso oggettivo.

(27) Cfr. per un riepilogo delle divergenti opinioni sul punto Patti (1987, 9 ss.), il quale opta per una tesi intermedia, sostenendo che sussiste un onere di allegazione autonomo rispetto all'onere della prova in relazione ai fatti che costituiscono oggetto di una presunzione.

to che, mentre la legge delinea chiaramente l'onere della domanda e l'onere della prova, fa un mero accenno all'allegazione nell'art. 163, comma 3, n. 4, c.p.c. «dove si stabilisce che l'attore deve indicare in citazione l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti la ragione della domanda» (28).

Un'eventuale omissione peraltro non è sanzionata da nullità, e da tale circostanza potrebbe inferirsi l'impossibilità di riconoscere nell'allegazione un vero e proprio onere. Ma anche laddove si ammettesse la configurabilità di un onere senza sanzione, deve considerarsi che il legislatore non indica quali fatti debbano essere allegati, pertanto oggetto di allegazione saranno i fatti che devono essere provati oppure i fatti necessari e sufficienti a individuare la *causa petendi* (29).

Proiettando tali osservazioni sul caso concreto si osserva che – condivisibilmente – il giudice di legittimità valorizza lo stretto collegamento esistente tra onere della prova e onere di allegazione. Infatti, l'imposizione in capo al lavoratore dell'onere di allegare un fatto (l'impossibilità del *repêchage*) che spetta al datore di lavoro provare determina «una divaricazione davvero singolare, in quanto inedita sul piano processuale, nel quale l'onere della prova è modulato in coerente corrispondenza con quello dell'allegazione, come inequivocabilmente stabilito dall'indicazione dei requisiti della domanda [...] in funzione di una corretta ripartizione dell'onere probatorio secondo la previsione dell'art. 2697 c.c., a norma del quale ciascuna delle parti deve provare i fatti a fondamento delle proprie domande o eccezioni, espressione del rispettivo onere di allegazione, nell'evidente indisgiungibilità dei due piani» (30).

In altre parole, come ribadito chiaramente anche nella sentenza n. 12101/2016, l'onere di allegazione costituisce un presupposto dell'onere della prova poiché «onere di allegazione e onere probatorio non possono che incombere sulla medesima parte, nel senso che chi ha l'onere di provare un fatto primario (costitutivo del diritto azionato o impeditivo, modificativo o estintivo dello stesso) ha altresì l'onere della relativa compiuta allegazione».

Peraltro, anche laddove – facendosi guidare dal ragionamento dottrinale sopra esposto – si intendesse far coincidere l'oggetto dell'allegazione non con i fatti da provare, ma con la *causa petendi*, si giungerebbe alla medesima conclusione in quanto l'impossibilità del *repêchage* rappresenta un elemento estraneo alla *causa petendi*, che coincide invero con la mera inesistenza del giustificato motivo oggettivo così come individuato dal datore di lavoro. Sul lavoratore, quindi, non può incombere alcun onere di allegazione.

(28) Cfr. Sacco 1957, 416.

(29) *Ivi*, 416-417. Cfr. anche Vallebona (1988, 36), il quale precisa che «la distinzione dell'onere di allegazione dall'onere della prova ha un senso soltanto in presenza di poteri istruttori del giudice e della regola della indifferenza della provenienza della prova, poiché altrimenti i due oneri si confonderebbero, essendo in tal caso del tutto inutile l'iniziativa di una parte limitata alla sola affermazione senza l'offerta della relativa prova».

(30) Cfr. in senso analogo in dottrina Pisani (2013, 191), che – pur condividendone la *ratio* – definisce di «fragili basi giuridiche» tale rimedio di carattere processuale introdotto per controbilanciare l'ampliamento dell'area del ripescaggio sotto il profilo topografico nonché della tipologia di mansioni da tenere in considerazione.

4.2. — *La ripartizione dell'onere della prova ai sensi dell'art. 5, l. n. 604/1966* — Come accennato, l'art. 2697 c.c. definisce il regime di distribuzione dell'onere probatorio. Tale disposizione rappresenta una «norma di chiusura» (31), applicata in via residuale laddove non operino norme sostanziali che disciplinino specificamente le singole fattispecie. In taluni casi, siffatte previsioni possono subire deroghe, disposte direttamente *ex lege* o introdotte in via giurisprudenziale.

Nel processo del lavoro è stato talvolta contemplato un alleggerimento dell'onere probatorio gravante sul lavoratore al fine di controbilanciare la disparità che caratterizza per definizione le parti del contratto. Tale obiettivo è stato raggiunto in alcune ipotesi mediante l'utilizzo della tecnica delle presunzioni; in altre, il legislatore ha operato una vera e propria inversione dell'onere della prova rispetto all'assetto risultante dall'applicazione della norma codicistica, come si riscontra nell'ipotesi di impugnazione del licenziamento ove, ai sensi dell'art. 5, l. n. 604/1966, è stato imposto a carico del datore di lavoro l'onere di dimostrare la legittimità del recesso.

A ben vedere, tuttavia, siffatta ripartizione non rappresenterebbe una deviazione rispetto alla regola sancita dall'art. 2697 c.c., poiché al medesimo risultato condurrebbe l'applicazione di quest'ultima norma in relazione all'obbligo di giustificazione del licenziamento disposto dall'art. 1, l. n. 604/1966 (32).

In proposito occorre altresì osservare che «la giustificazione del recesso configura sicuramente un fatto costitutivo della fattispecie genetica della facoltà di licenziamento o, se si vuole, un fatto impeditivo dell'azione di annullamento proposta dal lavoratore, al quale basta dimostrare l'esistenza del rapporto e il licenziamento» (33).

Siffatte considerazioni sono invocate dal giudice di legittimità nelle pronunce in esame. Invero, anche alla luce di quanto statuito dall'art. 1218 c.c. — norma applicabile in via residuale all'ipotesi di impugnazione del licenziamento —, il creditore che agisce in giudizio è tenuto unicamente ad allegare e a dimostrare la fonte negoziale del proprio diritto nonché ad allegare l'inadempimento, mentre il debitore è gravato dell'onere di provare che l'inadempimento o il ritardo siano stati causati da impossibilità della prestazione dovuta a una causa a lui non imputabile.

Il lavoratore che impugna il licenziamento, quindi, è tenuto a provare la sussistenza del rapporto di lavoro e ad allegare altresì l'illegittimità del recesso del datore. Quest'ultimo dovrà invece dimostrare il fatto estintivo del diritto vantato dal ricorrente e, quindi, l'esistenza del giustificato motivo oggettivo dedotto, comprensivo di tutti i suoi elementi costitutivi, tra i quali l'impossibilità di ricollocare *aliunde* il dipendente.

Pertanto, «se è indubbio che nel giudizio di impugnazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo la *causa petendi* sia data dall'inesistenza dei fatti giustificativi del potere spettante al datore di lavoro, gravando su quest'ultimo l'onere di provare la concreta sussistenza delle ragioni inerenti all'attività produttiva e l'impossibilità di utilizzare il lavoratore licenziato in altre mansioni compatibili con la qualifica rivestita, è pur vero che l'indicazione (pur "possibile" da parte del "lavoratore" che si sia fatto "parte diligente") di un posto di lavoro alternativo a lui assegnabile, o l'allegazio-

(31) Comoglio 2010, 284.

(32) Vallebona 1988, 62 ss. Nello stesso senso, Ghera *et al.* 2013, 244.

(33) Vallebona 1988, 62 ss.

ne di circostanze idonee a comprovare l'insussistenza del motivo oggettivo di licenziamento, comporti l'inversione dell'onere della prova» (34).

Le conclusioni cui approda il Collegio nei casi in esame trovano peraltro conferma in quell'orientamento dottrinale secondo cui la previsione dell'onere di indicare le posizioni lavorative disponibili in azienda a carico del lavoratore implica una notevole alterazione dell'assetto dei carichi probatori voluti dalla legge. Infatti, «l'onere di allegazione imposto al lavoratore altro non è che un inizio di prova circa l'*inesistenza* della causa, mentre la norma sul giustificato motivo vuole che, per intero, la prova della *esistenza* della causa competa al datore di lavoro» (35).

4.3. — *L'impossibilità del repêchage: requisito del giustificato motivo e fatto estintivo del diritto fatto valere in giudizio* — La collocazione dell'obbligo di *repêchage* nell'ambito della fattispecie del giustificato motivo assume un ruolo centrale nella motivazione adottata dalla Corte di Cassazione a supporto del proprio orientamento (36).

Invero questo aspetto è stato oggetto di un annoso dibattito in dottrina. Alcuni Autori hanno considerato l'impossibilità del *repêchage* quale presupposto di legittimità del licenziamento (37); altri, pur senza negarne la rilevanza, hanno ritenuto che esso integrasse un limite esterno all'esercizio del diritto di recesso (38).

La discussione si è rianimata a seguito delle modifiche apportate dalla l. 28 giugno 2012, n. 92, spostandosi tuttavia sulla possibilità di inquadrare il *repêchage* all'interno

(34) Cass. n. 5592/2016.

(35) Carinci 160. *Contra*, Persiani 2016, 1164 ss.

(36) Tale aspetto è evidenziato con maggior vigore nella sentenza n. 5592/2016, ove espressamente il giudice di legittimità annovera l'impossibilità del *repêchage* tra gli elementi costitutivi del giustificato motivo oggettivo.

(37) Rossi Dettori (1999, 349) lo definisce un «estremo integratore della legittimità del licenziamento»; Carabelli 2001, 217. Quest'ultimo Autore ha altresì evidenziato che il principio del *repêchage* non contrasta con la libertà di iniziativa economica provata *ex art.* 41 Cost., poiché esso «non limita le scelte dell'imprenditore, ma si colloca a valle di esse, vincolandolo solo a soddisfare un'eventuale esigenza occupazionale rinvenibile in altre parti dell'impresa, attraverso l'impiego, in via prioritaria, del lavoratore da licenziare». *Ivi*, 215. In senso analogo Cfr. Scarpelli 1997, 41. *Contra*, Brun (2002, 149), la quale ha rilevato che, pur non incidendo sull'*an* e sul *quantum* dell'attività imprenditoriale e, dunque, sugli assetti produttivi, l'obbligo di *repêchage* influirebbe sugli assetti organizzativi, ossia sul *quomodo* dell'attività.

(38) Cfr. Zoli 1988, 158; condivide tale impostazione anche Brun (2002, 149), secondo la quale il potere di recesso si perfeziona prima del momento in cui il datore è obbligato a effettuare la verifica dell'impossibilità di ricollocare il lavoratore in altre mansioni. Non rientrando tra gli elementi costitutivi del potere di recedere, il *repêchage* integrerebbe un requisito di efficacia e non di validità del licenziamento; Nogler 2007, 648. Cfr. inoltre Persiani (2016, 1164 ss.), il quale, nell'ambito di un commento critico alla sentenza n. 5592/2016, ha ribadito che l'impossibilità di ricollocare *aliunde* il dipendente rappresenta un elemento esterno al giustificato motivo e non può, invece, rientrare tra le ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa evocate dall'art. 3, l. n. 604/1966. L'impossibilità del *repêchage*, più precisamente, costituisce «elemento di una fattispecie che non solo è diversa da quella che ha come effetto il diritto di licenziare, ma che è anche destinata a produrre effetti diversi: non già il sorgere del diritto a licenziare, ma l'impedimento del suo esercizio». Sicché la violazione dell'obbligo di cui si discorre dovrà essere eccepita dalla parte che vi ha interesse (il lavoratore), mentre in difetto di specifica allegazione nessun onere graverà in capo al datore di lavoro.

del «fatto posto alla base del licenziamento» ex art. 18, l. n. 300/1970. Pur senza incidere sulla nozione di giustificato motivo, la cd. riforma Fornero infatti è intervenuta significativamente sulla disciplina del regime sanzionatorio applicabile in caso di licenziamento illegittimo e, in particolare, la nuova formulazione della citata norma statutaria – tutt'altro che cristallina – ha prestato il fianco a letture divergenti circa la definizione dell'area di «manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento» in cui insiste la tutela reintegratoria. Le attenzioni maggiori sul cd. obbligo di ripescaggio e sulla riconducibilità del medesimo alla dimensione del «fatto».

Secondo parte della dottrina il requisito della «manifesta insussistenza del fatto» ricorre esclusivamente nel caso di insussistenza delle ragioni addotte a fondamento del recesso o qualora difetti il nesso di causalità. Al contrario, l'obbligo di *repêchage*, pur essendo compreso tra gli elementi identificativi della fattispecie del giustificato motivo, esula dal fatto posto alla base del licenziamento e determinerebbe l'operare del più blando regime indennitario (39).

Di contrario avviso coloro secondo i quali il *repêchage* rientra nella definizione di giustificato motivo oggettivo e atiene alla dimensione del «fatto» considerato che, in casi di mancato rispetto dell'obbligo *de quo*, il recesso sarà illegittimo per carenza di giustificazione (40).

Il giudice di legittimità sembra aderire a una interpretazione estensiva laddove annovera l'impossibilità del *repêchage* tra i requisiti del giustificato motivo inquadrandolo, più precisamente, «quale criterio di integrazione delle ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, nella modulazione della loro diretta incidenza sulla posizione del singolo lavoratore licenziato» (41).

Pertanto, poiché, anche alla luce delle argomentazioni di carattere processuale sopra esposte, il datore risulta essere il soggetto tenuto a provare e, dunque, ad allegare il fatto estintivo della pretesa del ricorrente, egli dovrà allegare tale fatto estintivo, ossia giustificato motivo oggettivo, comprensivo di tutti i suoi elementi costitutivi e, quindi, anche dell'inutilizzabilità *aliunde*.

Tale profilo è approfondito nella sentenza n. 12101/2016, ove si esclude espressamente che l'impossibilità del *repêchage* debba formare oggetto di apposita contestazione da parte del lavoratore. Essa, invero, non può considerarsi un fatto estintivo autonomo rispetto all'esistenza delle ragioni produttive e organizzative addotte dal datore di lavoro alla base del recesso, trattandosi di «due aspetti del medesimo fatto estintivo (il giustificato motivo oggettivo, appunto), fra loro inscindibili perché l'uno senza l'altro inidoneo a rendere valido il licenziamento» (42).

Infine, non può non menzionarsi l'ulteriore – e condivisibile – argomentazione invocata dalla Corte di Cassazione a conferma della bontà della propria tesi ove richiama il principio di vicinanza del datore di lavoro ai fatti da allegare (e da provare).

(39) Santoro Passarelli 2013, 236-237.

(40) Cfr. Perulli 2012, 800-801. Ritiene che il controllo della possibilità di utilizzazione *aliunde* rientri nell'ambito dell'accertamento della sussistenza del fatto Scarpelli (2013, 284). La violazione dell'obbligo di *repêchage* comporta l'applicazione della tutela reintegratoria anche secondo Speciale (2012, 563-564).

(41) Cass. n. 5592/2016.

(42) Cass. n. 12101/2016.

Il datore, infatti, a differenza del prestatore di lavoro, è ben a conoscenza delle scelte organizzative effettuate e, dunque, ha la disponibilità delle informazioni necessarie a dimostrare l'assolvimento dell'obbligo di *repêchage*.

Al contrario, è alquanto arduo per il dipendente licenziato – che non ha accesso a strumenti o documenti che fotografino l'assetto aziendale – indicare fondatamente, in sede di ricorso, le posizioni disponibili nelle quali avrebbe potuto essere reimpiegato, specialmente ove si consideri che, «all'atto del licenziamento per giustificato motivo oggettivo determinato da ragioni di carattere produttivo o tecnico-organizzativo, il riassetto aziendale è ancora tutto in divenire» (43). Anche il criterio di maggior vicinanza della prova (44), dunque, depone a favore dell'individuazione del datore quale unico soggetto onerato dell'allegazione in tema di *repêchage*.

5. — *Conclusioni* — Le pronunce in epigrafe sono degne di nota non solo per le conclusioni ivi accolte – che si pongono in contrasto con l'orientamento prevalente –, ma anche per le argomentazioni invocate dalla Suprema Corte a supporto della propria tesi, che offrono notevoli spunti di riflessione. Indipendentemente dalla adesione o meno alla ricostruzione giuridica prospettata, non può negarsi che il giudice di legittimità non si limiti a fugaci e laconiche affermazioni (45), ma indaghi il fondamento giuridico posto alla base dell'orientamento maggioritario, ponendosi in un atteggiamento di chiara e netta rottura rispetto a esso.

Le motivazioni esposte nelle sentenze in esame appaiono nel complesso condivisibili.

Convince il ragionamento sviluppato dalla Corte ove sottolinea l'esigenza di preservare intatta la ripartizione del carico probatorio fissata dall'art. 5, n. 604/1966, che sarebbe inevitabilmente minata dall'imposizione dell'onere di allegazione a carico del lavoratore.

Queste osservazioni sono inoltre corroborate dall'applicazione al caso in esame del principio di vicinanza dell'onere di allegazione e prova, che induce a esonerare il prestatore di lavoro dall'adempimento di un onere che presuppone la conoscenza di elementi spesso sottratti alla sua sfera di disponibilità, soprattutto nelle aziende di dimensioni medio-grandi. Tale circostanza parrebbe, peraltro, attenuare anche le eventuali perplessità sotto il profilo della genericità della domanda di impugnazione del licenziamento priva dell'individuazione delle posizioni lavorative in cui il ricorrente avrebbe potuto essere ricollocato (46).

(43) Cass. n. 12101/2016. *Contra*, Persiani 2016, 1164 ss.

(44) Si rammenti inoltre che il principio di vicinanza della prova è stato invocato in altre occasioni dalla giurisprudenza di legittimità quale chiave di lettura della ripartizione dell'onere della prova. Cfr. Cass. 10.1.2006, n. 141, S.U., in *RIDL*, 2006, n. 2, II, 640, in relazione all'individuazione del soggetto onerato di dimostrare il requisito dimensionale ai fini dell'applicazione della tutela *ex art.* 18, l. n. 300/1970.

(45) Cfr. Cass. 5.3.2015, n. 4460, in *ADL*, 2015, n. 3, II, 649, ove la Corte di Cassazione sembra aderire all'orientamento che pone l'obbligo di allegazione dell'impossibilità del *repêchage* in capo al datore di lavoro (richiamando all'uopo la sentenza della Corte di Cassazione n. 8254/1992) senza tuttavia argomentare sul punto.

(46) Cfr. Boghetich (2013, 188), la quale – commentando l'indirizzo prevalente – precisa che «trattandosi di circostanze che attengono alla struttura organizzativa scelta dal datore di lavoro, le deduzioni non dovranno essere particolarmente specifiche».

I tempi non sono ancora maturi per comprendere se i recenti arresti inaugureranno un vero e proprio *revirement* della giurisprudenza o se resteranno confinati nell'ambito di un orientamento minoritario. A distanza di pochi mesi dalla pubblicazione della sentenza n. 5592/2016 le reazioni sono discordanti. Occorre infatti segnalare che, sebbene la citata pronuncia abbia trovato riscontro nella successiva sentenza n. 12101/2016, in un'analoga occasione, il giudice di legittimità si è pronunciato nel senso opposto, inserendosi nel solco tracciato dall'indirizzo maggioritario (47).

Riferimenti bibliografici

- Albi P. (2008), *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento fra clausole generali, norme generali e principi fondamentali*, in Mazzotta O. (a cura di), *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Giappichelli, Torino, 67 ss.
- Amato F. (2007), *Licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, obbligo di repêchage e tutela della professionalità del lavoratore*, in Alleva P. et al., *I licenziamenti per motivi economico-produttivi e la responsabilità d'impresa*, Ediesse, Roma, 33 ss.
- Boghetich E. (2013), *I requisiti sostanziali. Il giustificato motivo oggettivo*, in Pellacani G., *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, Torino, 167 ss.
- Brun S. (2002), *I licenziamenti individuali*, in *QDLRI*, n. 26, 131 ss.
- Brun S. (2013), *L'obbligo di repêchage tra elaborazione giurisprudenziale e recenti riforme*, in *RIDL*, 2013, n. 4, II, 781 ss.
- Calcaterra L. (2005), *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi nella giurisprudenza di legittimità*, in *DRI*, 2015, n. 3, 621 ss.
- Calcaterra L. (2009), *La giustificazione oggettiva del licenziamento*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Carabelli U. (2001), *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, in Aa.Vv., *I licenziamenti per riduzione del personale in Europa*, Cacucci, Bari, 111 ss.
- Carinci M.T. (2005), *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in Galgano F. (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 1 ss.
- Ciucciovino S. (2016), *Giustificato motivo di licenziamento e repêchage dopo il «Jobs Act»*, in *MGL*, in corso di pubblicazione.
- Comoglio P. (2010), *Le prove civili*, Utet, Milanofiori, Assago.
- De Stefano G. (1980), voce *Onere (dir. proc. civ.)*, in *ED*, 114 ss.
- Ghera E. et al. (2013), *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Mancini G.F. (1972), *Sub art. 18*, in Romagnoli U. et al., *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli, Bologna-Roma, 243 ss.
- Napoli M. (1980), *La Stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano.
- Nogler L. (2007), *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i principi costituzionali*, in *DLRI*, n. 29, 593 ss.
- Nogler L. (2011), *Rilettura giuslavoristica di «Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico»*, in *W.P.Csdlle «Massimo D'Antona».IT*, n. 128.

(47) Cass. 10.5.2016, n. 9467, in www.dejure.giuffrè.it.

- Patti S. (1987), *Le prove. Disposizioni generali*, in Scialoja A., Branca G. (a cura di), *Commentario al codice civile*, Zanichelli, Bologna, 1 ss.
- Persiani M. (2016), *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repêchage*, in *GI*, n. 5, 1164 ss.
- Perulli A. (2007), *Il licenziamento per motivi economici: spunti comparati e prospettive di riforma*, in *I licenziamenti per motivi economico-produttivi e la responsabilità d'impresa*, 135 ss.
- Perulli A. (2012), *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, n. 4-5, I, 785 ss.
- Pisani C. (2013), *Il repêchage nel licenziamento per motivi oggettivi: la «creazione» si espande al pari dell'incertezza*, in *MGL*, 186 ss.
- Rossi Dettori S. (1999), *Sub art. 3, l. n. 604/1966*, in Mazzotta O., *I licenziamenti. Commentario*, Giuffrè, Milano, 316 ss.
- Sacco R. (1957), *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *RDC*, n. 1, I, 399 ss.
- Santoro Passarelli G. (2013), *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *ADL*, n. 2, I, 231 ss.
- Scarpelli F. (1997), *La nozione e il controllo del giudice*, in *QDLRI, I licenziamenti collettivi*, n. 19, 29 ss.
- Scarpelli F. (2013), *Giustificato motivo di recesso e divieto di licenziamento per rifiuto della trasformazione del rapporto a tempo pieno*, in *RIDL*, n. 1, II, 279 ss.
- Speziale V. (2012), *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *RIDL*, n. 3, I, 521 ss.
- Taruffo M. (1995), voce *Onere della prova*, in *DDPCiv.*, XIII, Utet, Torino, 65 ss.
- Taruffo M. (2012), *Fatti e prove*, in Taruffo M. (a cura di), *La prova nel processo civile. Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 3 ss.
- Vallebona A. (1988), *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova.
- Zoli C. (1988), *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Giuffrè, Milano.

Luisa Monterossi

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

CASSAZIONE, 7.4.2016, n. 6775 – Pres. Nobile, Est. Tria, P.M. Celentano (diff.) – R.G. (avv. Petrocelli) c. Telecom Italia Spa (avv.ti Maresca, Romei, Boccia, Morriconi).

Cassa Corte d'Appello di Roma, 20.2.2012.

Trattamento dati personali – Accesso del lavoratore al proprio fascicolo personale – Diritto soggettivo del lavoratore.

Trattamento dati personali – Principio di alternatività tra ricorso in sede amministrativa e ricorso giudiziario – Applicabilità solo in caso di litispendenza o continenza.

Il diritto del lavoratore ad accedere al proprio fascicolo personale e alle valutazioni del datore di lavoro su rendimento e capacità è tutelabile in quanto tale, perché trattasi di una posizione giuridica soggettiva che trae la sua fonte dal rapporto di lavoro. (1)

In materia di trattamento dei dati personali, il principio di alternatività tra ricorso all'autorità giudiziaria e ricorso al Garante può applicarsi solo quando le domande proposte siano in via generale assoggettabili al regime processuale della litispendenza o della continenza. Non può applicarsi, quindi, ogniqualvolta sia fatta valere in giudizio l'inottemperanza ai provvedimenti emanati dal Garante e venga chiesto il risarcimento del danno subito. (2)

(1-2) IL DIRITTO DI ACCESSO DEL LAVORATORE
AL PROPRIO FASCICOLO PERSONALE: QUALE TUTELA?

1. — La tutela della riservatezza dei lavoratori è sempre stato un punto nevralgico nel dibattito giuslavoristico: basti pensare che gli artt. 4 e 8 dello Statuto dei lavoratori hanno preceduto di ben ventisei anni la disciplina generale sulla riservatezza introdotta con la l. n. 675/1996!

A conferma dell'elevato grado di *sensibilità* dell'argomento non può passare inosservato il grande interesse suscitato dalle recenti modifiche intervenute nell'ambito dei cd. controlli a distanza dei lavoratori, in quanto la tutela della *privacy* è considerata uno strumento di garanzia della libertà e dignità del lavoratore (Per un approfondimento, v. Trojsi 2013; Lambertucci 2014, 795 ss.).

Protezione dei dati personali, però, non significa soltanto arginare l'invasione del datore di lavoro «su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore». Per una tutela a trecentosessanta gradi è necessario assicurare anche il corretto trattamento delle informazioni personali, ivi compresa la possibilità per l'interessato di accesso, aggiornamento, rettificazione e integrazione dei dati (Da ultimo, v. Marazza 2016, 28).

Proprio su questo profilo, meno vagliato in sede giurisprudenziale, è stata chiamata a pronunciarsi la Corte di Cassazione nella sentenza in commento.

La lavoratrice ricorrente, inizialmente adibita all'uso dei videoterminali, a seguito di gravi e comprovati motivi di salute, dal novembre del 1994 è stata assegnata ad altre mansioni non comportanti l'uso di apparecchiature elettroniche. Da tale momento sulle schede annuali di valutazione della dipendente – precedentemente molto positive – vengono riportati giudizi critici e di inadeguatezza.

Nel corso degli anni la società non ha fornito alcuna risposta alle ripetute richieste della lavoratrice di conoscere le motivazioni delle valutazioni negative e di verificare che il nuovo superiore gerarchico fosse a conoscenza dei gravi motivi di salute che impedivano l'utilizzo dei videoterminali. Pertanto, la ricorrente si è rivolta al Garante per la protezione dei dati personali, che, nel 1999, ha ordinato al datore di lavoro di esibire il fascicolo personale della lavoratrice con i documenti ivi contenuti.

In parziale ottemperanza al provvedimento del Garante, la società ha consegnato alla dipendente l'elenco dei documenti conservati nel suo fascicolo personale, comunicando di non essere in possesso delle schede di valutazione anteriori al 1998. Preso atto dell'incompletezza dei dati forniti, il Garante per la *privacy* ha invitato la società a fornire alla richiedente tutti i propri dati personali, relativi all'intero periodo lavorativo, ma dall'accesso alla cartella è emersa la mancanza di diversi documenti.

Con delibera del 16.2.2000, il Garante ha ordinato alla società di dare esecuzione alla precedente ordinanza e, in seguito al mancato adempimento, la dipendente ha proposto ricorso in sede giurisdizionale, chiedendo la messa a disposizione di tutti i dati personali ovunque conservati, il chiarimento sui criteri di selezione dei documenti da conservare nel fascicolo personale, nonché l'eliminazione delle schede di valutazione successive al 1995. Inoltre, la lavoratrice ha chiesto la condanna della società al risarcimento dei danni, anche non patrimoniali, in quanto il trattamento incompleto e non aggiornato dei dati nel fascicolo personale non solo ha compromesso la corretta valutazione della prestazione lavorativa sia in occasione di provvedimenti individuali sia di selezioni comparative, ma ha anche determinato l'adibizione a turni di lavoro incompatibili con le proprie condizioni di salute.

Il Tribunale e la Corte d'Appello di Roma hanno dichiarato improponibile la domanda di accesso al fascicolo personale – in quanto già esperito il procedimento amministrativo davanti al Garante, in considerazione dell'alternatività tra i due ricorsi – e, conseguentemente, hanno rigettato la richiesta di risarcimento dei danni, peraltro non suffragata da adeguate allegazioni in riferimento all'*an* e al *quantum*.

La Suprema Corte, accogliendo il ricorso della lavoratrice, ha cassato la sentenza impugnata e ha rinviato alla Corte d'Appello di Roma, in diversa composizione, indicando i principi di diritto ai quali attenersi per la decisione.

2. — Preliminarmente, occorre segnalare che, *ratione temporis*, la normativa applicabile al caso di specie è la legge n. 675/1996 e non il cd. Codice della *privacy* (d.lgs. n. 196/2003), emanato nelle more dell'*iter* processuale.

La Corte di Cassazione, nella pronuncia *de qua*, focalizza innanzitutto l'attenzione sulla qualificazione giuridica da attribuire all'accesso da parte del dipendente al proprio fascicolo personale, precisando che si è in presenza di un «diritto soggettivo [...] la cui titolarità deriva dalla qualità di dipendente della società» e, pertanto, «tutelabile in

quanto tale perché si tratta di una posizione giuridica soggettiva che trae la sua fonte dal rapporto di lavoro» (In tal senso, v. Cass. 4.2.2014, n. 2397, S.U., in *DeJure*).

Al riguardo, l'art. 13, l. n. 675/1996 (ora trasfuso nell'art. 7, d.lgs. n. 196/2003), afferma che l'interessato ha il «diritto» di ottenere dal titolare o responsabile del trattamento «la conferma dell'esistenza o meno di dati personali che lo riguardano» e «la comunicazione [...] dei medesimi dati e della loro origine, nonché della logica e delle finalità su cui si basa il trattamento». Non solo: il citato art. 13 elenca tra i diritti dell'interessato anche quello di aggiornamento, rettificazione e integrazione dei dati personali, nonché di cancellazione nel caso di trattamento in violazione di legge.

Alla luce di ciò, la richiesta della lavoratrice si basa sicuramente su un idoneo presupposto normativo, ma la Suprema Corte, nella pronuncia in epigrafe, sottolinea che «l'obbligo del datore di lavoro» di consentire l'accesso al fascicolo personale, «prima ancora che dalla l. n. 675 del 1996, deriva dal rispetto dei canoni di buona fede e correttezza che incombe sulle parti del rapporto di lavoro ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c.». Anche se correttezza e buona fede sono clausole generali, prive di contenuti specifici, mirano comunque «a stabilire una relazione di rispetto e di collaborazione reciproca tra le parti in ogni fase del rapporto» (Campanella 2014, 246; v. anche Mengoni 1997, 9). Ciò è confermato anche da specifiche clausole inserite in alcuni contratti collettivi – tra cui anche quello applicato nel caso di specie – che prevedono espressamente sia l'obbligo del datore di lavoro di conservare in un apposito fascicolo tutti gli atti e documenti relativi al percorso professionale e ai «fatti più significativi» di ciascun dipendente, sia il diritto del lavoratore di prendere liberamente visione di quanto contenuto nella cartella personale.

Inoltre, la lavoratrice *de qua*, essendo adibita all'uso di videoterminali fino all'insorgenza della grave patologia accertata, doveva essere sottoposta a sorveglianza sanitaria, come prescritto dall'art. 55, d.lgs. n. 626/1994, e, pertanto, come stabilito dall'art. 4, comma 8, del medesimo d.lgs., il datore di lavoro era tenuto a custodire presso l'azienda anche la cartella sanitaria della dipendente.

2.1. — Per «dato personale» si intende, a norma dell'art. 1, comma 2, lett. c, l. n. 675/1996, «qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente o associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente» (ora trasfuso nell'art. 4, comma 1, lett. b, d.lgs. n. 196/2003). In tale ampia definizione rientrano senz'altro tutte le informazioni detenute dal datore di lavoro e conservate nel fascicolo personale del dipendente, purché idonee a fornire un contributo aggiuntivo di conoscenza sul lavoratore.

In tale ottica costituiscono dati personali anche le valutazioni di merito sulla prestazione del dipendente, come più volte ribadito dal Garante per la *privacy* (Provvedimenti del 19.12.2001; del 27.12.2001; del 10.1.2002; del 15.11.2004; del 17.1.2008; art. 9 della deliberazione 23.11.2006, n. 53, cd. *Linee guida in materia di trattamento di dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze di datori di lavoro privati*, tutti in www.garanteprivacy.it). Al riguardo, a nulla rileva che tali note di qualifica, «essendo espressione del libero e soggettivo convincimento del valutatore» (Provvedimento del Garante del 5.12.2001), non siano suscettibili di correzione o di rettifica da parte dell'interessato, in quanto il diritto di accesso è imprescindibile, anche al fine di consentire il controllo giudiziale.

Come più volte affermato in sede giurisprudenziale, «le valutazioni del datore di lavoro in ordine al rendimento e alla capacità professionale del lavoratore, espresse con le note di qualifica, sono sindacabili dal giudice in riferimento ai parametri oggettivi previsti dal contratto collettivo e agli obblighi contrattuali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375, c.c., e, quindi, sul datore di lavoro grava l'onere di motivare queste note, allo scopo di permettere il controllo da parte del giudice dell'osservanza di siffatti parametri» (Cass. 20.6.2003, n. 9898, integralmente consultabile in *www.ago.camcomit*; in tal senso anche Cass. 9.1.2001, in *NGL*, 2001, n. 3, 283; Cass. 11.2.2008, n. 3227, in *MGC*, 2008, n. 2, 204). Pertanto, come rilevato nella pronuncia in commento, gli obblighi generali che incombono su ogni gestore di dati personali (Su cui si veda Cass. 11.8.2013, n. 18443, in *DeJure*) si cumulano con l'obbligo di trasparenza del datore di lavoro.

3. — Chiarito che l'accesso del lavoratore al proprio fascicolo personale e a tutti i documenti ivi contenuti, incluse le valutazioni di merito e i parametri adottati, è un «diritto», il passaggio successivo consiste nell'individuare le tutele apprestate dal nostro ordinamento per renderlo effettivo.

L'art. 29, l. n. 675/1996 (le forme di tutela sono ora disciplinate dagli artt. 141 ss., d.lgs. n. 196/2003), prevede per l'interessato la scelta tra la tutela amministrativa e quella giurisdizionale: «i diritti di cui all'articolo 13, comma 1, possono essere fatti valere dinanzi all'autorità giudiziaria o con ricorso al Garante. Il ricorso al Garante non può essere proposto qualora, per il medesimo oggetto e tra le stesse parti, sia stata già adita l'autorità giudiziaria. [...] La presentazione del ricorso rende improponibile un'ulteriore domanda dinanzi all'autorità giudiziaria tra le stesse parti e per il medesimo oggetto». E proprio sulla base del principio di alternatività tra le tutele, la domanda proposta dalla lavoratrice *de qua* era stata dichiarata inammissibile in primo e secondo grado, in quanto aveva già fatto ricorso all'autorità amministrativa competente.

Nella pronuncia in commento, però, la Corte di Cassazione chiarisce che «l'alternatività riguarda esclusivamente le domande aventi un identico oggetto», cioè quelle assoggettabili al regime processuale della litispendenza o della continenza. Secondo la Suprema Corte, l'identità di oggetto «deve essere intesa in senso specifico e conforme ai principi generali del diritto processuale» (Su questo punto v. anche Cass. 17.9.2014, n. 19534, in *DeJure*). In tale prospettiva, secondo un condivisibile principio di ragionevolezza, quando «in sede giurisdizionale si fa valere l'inottemperanza da parte del gestore dei dati personali rispetto ai provvedimenti assunti dal Garante e/o viene proposta una domanda di risarcimento del danno patrimoniale o non patrimoniale – che ha *causa petendi* e *petitum* specifici e del tutto diversi rispetto alle ragioni fatte valere con il ricorso al Garante – non può certamente ipotizzarsi l'applicazione del principio di alternatività».

In particolar modo, occorre sottolineare che tra le competenze assegnate al Garante per la *privacy* rientra senz'altro la facoltà di ordinare la «cessazione del comportamento illegittimo, indicando le misure necessarie a tutela dei diritti dell'interessato e assegnando un termine per la loro adozione» (art. 29, comma 4, l. n. 675/1996), ma non la cognizione sulle domande risarcitorie (V. Cass. n. 19534, cit.; Provvedimenti del Garante del 19.2.2002, del 30.12.2003, del 29.12.2003, del

5.10.2006, tutti in *www.garanteprivacy.it*), devolute alla competenza esclusiva dell'autorità giudiziaria ordinaria. Di conseguenza, il principio di alternatività – inteso in senso generale e assoluto – non può imporre al ricorrente la scelta tra la tutela inibitoria (davanti al Garante) e quella risarcitoria (davanti al giudice ordinario): si tratterebbe di un inaccettabile *vulnus* del diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost.

3.1. — Per quanto concerne il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali, l'art. 18, l. n. 675/1996, stabilisce che «chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del codice civile». È estremamente significativo che il trattamento dei dati personali venga equiparato all'esercizio di «attività pericolose», con la conseguenza per il responsabile del trattamento dei dati personali di dover provare «di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno» (Sul punto v. anche Cass. 5.9.2014, n. 18812). Si tratta di una prova non certo agevole nel caso di specie, considerato che il datore di lavoro risulta inottemperante a ben due provvedimenti del Garante.

Al ricorrente spetta, comunque, la prova dei danni subiti e del nesso di causalità con l'attività di trattamento dei dati personali: proprio su questo è chiamata a pronunciarsi nel merito la Corte d'Appello di Roma, a cui è rinviata la controversia.

Nella sua decisione la Corte territoriale dovrà, però, attenersi ai principi enunciati nell'annotata sentenza, infissi come vere e proprie pietre miliari per segnare le tappe del – lento ma inesorabile – percorso di metabolizzazione delle molteplici connessioni tra diritti dei lavoratori e tutela della riservatezza.

Riferimenti bibliografici

- Campanella P. (2014), *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, in Aa.Vv., *Clausole generali e diritto del lavoro. Atti delle giornate di studio di Diritto del lavoro*, Roma, 29-30.5.2014, Giuffrè, Milano, 205 ss.
- Lambertucci P. (2014), *I controlli del datore di lavoro e la tutela della privacy*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Utet, Milano, 795 ss.
- Marazza M. (2016), *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 300.
- Mengoni L. (1997), *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, n. 1, I, 9 ss.
- Trojsi A. (2013), *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, Torino.

Marianna Russo
*Assegnista di ricerca
presso la «Sapienza» Università di Roma*

CASSAZIONE, 6.4.2016, n. 6693 – Pres. Di Cerbo, Est. Boghetich, P.M. Celentano (conf.) – Sas Società consortile (avv.ti Marinelli, Alongi) c. L.D. (avv. Cremona).
Conf. Corte d'Appello di Palermo, 12.6.2014.

Trasferimento di azienda – Cessione di soli dipendenti – Possesso di particolari competenze e stabile coordinamento e organizzazione – Applicabilità art. 2112 c.c. – Esclusione art. 29, d.lgs. n. 276/2003.

È configurabile il trasferimento di un ramo di azienda anche nel caso in cui la cessione abbia ad oggetto solo un gruppo di dipendenti, purché dotati di particolari competenze e stabilmente coordinati e organizzati, così da rendere le loro attività idonee a tradursi in beni e servizi ben individuabili. (1)

(1) IL TRASFERIMENTO D'AZIENDA NEI SETTORI *LABOUR INTENSIVE*

SOMMARIO: 1. La fattispecie esaminata e il percorso esegetico seguito dalla Suprema Corte. — 2. Gli insegnamenti della giurisprudenza comunitaria nella ricostruzione della fattispecie del trasferimento d'azienda. — 3. Le previsioni del d.lgs. n. 276/2003 e le iniziali ostilità italiane a un'interpretazione estensiva del trasferimento d'azienda. — 4. L'interpretazione adeguatrice e l'allineamento all'orientamento comunitario. — 5. La conferma della concezione dell'impresa come entità economica «dematerializzata». — 6. La recente modifica dell'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003 e l'inedita nozione codicistica di appalto *labour intensive*.

1. — *La fattispecie esaminata e il percorso esegetico seguito dalla Suprema Corte* — La Corte di Cassazione – nella sentenza in commento – esamina la vicenda di un licenziamento intimato all'esito di una procedura di licenziamento collettivo aperta da una società a partecipazione regionale, operante nel campo dei servizi sanitari ausiliari, a seguito della dismissione delle attività e dell'assegnazione dell'appalto a una società consortile, in esecuzione delle disposizioni della legge regionale siciliana n. 11/2010 (1). La società consortile neocostituita assumeva quasi tutto il personale già in forza alla società dismessa «con la sola eccezione dei lavoratori già in possesso dei requisiti per accedere alla pensione e di quelli che – come il ricorrente – avevano ottenuto provvedimenti giudiziali di conversione di contratti a termine o di somministrazione illegittima in rapporti di lavoro a tempo indeterminato».

All'esito della fase sommaria, il giudice, previa dichiarazione di inefficacia dell'intimato licenziamento, condannava la società subentrata nell'esecuzione del servizio alla reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato, imponendo altresì la corrispondenza delle retribuzioni *medio tempore* maturate. In particolare, accertato il suben-

(1) La legge regionale n. 11 del 12.5.2010 aveva previsto un piano di riordino delle società pubbliche o a partecipazione maggioritaria regionale finalizzato alla razionalizzazione delle risorse e alla creazione di una sola società per area strategica regionale.

tro della nuova società nell'attività economica già svolta dalla precedente datrice e verificata l'assunzione dei lavoratori già addetti all'attività medesima, riteneva applicabile al caso di specie le previsioni e le tutele di cui all'art. 2112 c.c. Le statuizioni dell'ordinanza venivano confermate con sentenza all'esito del giudizio di opposizione e tempestivamente reclamate ex art. 1, comma 58, l. n. 92/2012, dalle società coinvolte.

La Corte d'Appello di Palermo confermava la sentenza impugnata e, nel merito, rilevava la sussistenza del trasferimento di azienda ex art. 2112 c.c., essendo la società consortile «subentrata nell'attività economica già svolta dalla precedente datrice di lavoro in favore delle strutture sanitarie regionali, adoperando la quasi totalità della forza lavoro in precedenza addetta all'attività medesima».

Per la cassazione di tale sentenza la società propone ricorso fondato su tre motivi, tutti disattesi dalla Suprema Corte.

Limitandoci agli aspetti giuslavoristici della decisione in commento, che affronta anche tematiche relative alla valutazione della prova e al controllo della società *in house* a partecipazione interamente pubblica, occorre evidenziare che la società ricorrente ha fondato la propria impugnazione sull'asserita violazione dell'art. 2112 c.c., dolendosi che la Corte territoriale avesse ritenuto sufficiente, ai fini dell'accertamento integrante la successione in un'attività economica organizzata, la sola riassunzione di una quota rilevante del personale già dipendente dalla precedente società, senza verificare – ed è questo il fulcro della strategia difensiva della società ricorrente –, da un lato, se la specifica attività svolta da tali soggetti fosse tale da escludere la necessità del passaggio anche di beni strumentali per l'esecuzione delle attività affidate e, dall'altro, se, all'esito del trasferimento, la pretesa entità economica trasferita avesse conservato la propria identità. La società lamentava, altresì, la violazione del d.lgs. n. 276/2003, art. 29, comma 3, e della legge regionale n. 11/2010, art. 20, deducendo che la Corte territoriale aveva errato laddove non aveva tenuto in debita considerazione che i lavoratori erano impiegati nell'ambito di un contratto di appalto e che la società subentrata non era libera nella scelta dei soggetti da assumere, bensì vincolata dalle previsioni della legge regionale (2), con ciò dovendosi ulteriormente escludere la configurazione di un trasferimento d'azienda.

La Cassazione, ritenendo i motivi non meritevoli di accoglimento, sposa senza riserve l'orientamento consolidato in seno alla Corte di Giustizia europea, ribadito e confermato anche nelle pronunce più recenti (3), in base al quale «deve considerarsi trasferimento d'azienda anche l'acquisizione di un complesso stabile organizzato di persone quando non occorrono mezzi patrimoniali per l'esercizio dell'attività economica» (4).

Le argomentazioni poste a fondamento della sentenza in commento offrono l'opportunità di esaminare il percorso evolutivo – giurisprudenziale e dottrinale – che ha, in definitiva, determinato l'accoglimento di una nozione estensiva del trasferimento d'azienda, inclusiva di tutte le ipotesi di trasferimento anche di una singola attività di

(2) L'art. 20, c. 6, della legge regionale n. 11/2010 prevede un'espressa garanzia del livello occupazionale dei lavoratori coinvolti nel procedimento di dismissione, con espresso divieto di procedere a nuove assunzioni.

(3) C. Giust. 9.9.2015, C-160/14.

(4) C. Giust. 6.9.2011, C-108/10, punti 42-51; C. Giust. 20.1.2011, C-463/2009.

impresa e sempre che sia riscontrabile un complesso di beni, materiali o immateriali, interessati e/o coinvolti dal fenomeno traslativo (5).

Nella decisione *de qua*, il passaggio che si rivela strategico (e che mira a ricomporre opinioni non sempre allineate) è relativo al concetto di «entità economica trasferita» che si ritiene possa essere integrata anche da «un gruppo di lavoratori che assolva stabilmente un'attività comune», laddove «il nuovo titolare non si limiti a proseguire l'impresa ma riassume anche una parte essenziale (in termini di numero e competenza) del personale specificatamente destinato dal predecessore a tali compiti».

Passaggio strategico, dicevamo, perché – come è noto – il complesso tema dell'individuazione della fattispecie del trasferimento d'azienda è da anni terreno di conflitti interpretativi tra la giurisprudenza comunitaria e quella nazionale, che ritiene (*recitius*: riteneva) indispensabile la presenza di un trasferimento della materialità dell'impresa, ovvero dell'azienda, come complesso organizzato di beni *ex art.* 2555 c.c. (6).

La giurisprudenza comunitaria, invece, ha progressivamente mostrato di voler ricondurre determinate ipotesi di successione nella titolarità di un appalto di servizi all'interno della fattispecie del trasferimento d'azienda, garantendo ai lavoratori la più marcata tutela legale che ne deriva, in forza di un'interpretazione estensiva della sfera di operatività della Direttiva comunitaria n. 2001/23/Ce (7).

La sentenza in commento, dopo aver tracciato il percorso evolutivo della giurisprudenza della Corte europea, afferma che non v'è motivo di discostarsi dall'interpretazione cd. «estensiva» della nozione di trasferimento d'azienda (o di parte di essa) e arriva ad affermare che «anche un gruppo di lavoratori che assolva stabilmente un'attività comune può corrispondere a (e integrare un) entità economica» che, come tale, può essere oggetto di trasferimento.

2. — *Gli insegnamenti della giurisprudenza comunitaria nella ricostruzione della fattispecie del trasferimento d'azienda* — La Corte di Giustizia da tempo accoglie, infatti, una nozione ampia di «trasferimento d'impresa», facendovi rientrare, a determinate condizioni, anche le «operazioni triangolari» nelle quali non ricorre alcun legame tra cedente e cessionario. La giurisprudenza comunitaria – in taluni casi – ha declinato tali principi anche nelle fattispecie di successione di appalti, ritenendo sussistente un trasferimento d'azienda allorquando alla mera successione cronologica di contratti di appalto si aggiungano quanto meno una cessione di elementi patrimo-

(5) Sul progressivo accoglimento della nozione «estensiva»: Cass. 13.4.2011, n. 8460; Cass. 15.10.2010, n. 21278; Cass. 10.3.2009, n. 5708; Cass. 17.3.2009, n. 6452; Cass. 5.3.2008, n. 5932; Cass. 8.10.2007, n. 21023. Cass. 10.1.2004, n. 206; Cass. 20.12.2003, n. 19842; Cass. 23.7.2002, n. 10761.

(6) Cfr. Lozito M. (2016) secondo il quale «la Corte di Giustizia – chiamata diverse volte a chiarire quali siano le circostanze rilevanti per stabilire se sussista un trasferimento d'azienda –, sebbene abbia elaborato alcuni principi guida, ha adottato un approccio casistico, spostandosi dalla nomofilachia del diritto dell'Ue alla soluzione delle questioni nel merito»; Cester C. 2014; Lambertucci P. 1999. Sui contrasti riguardo all'individuazione della fattispecie, *ex plurimis*, Foglia A. 2000; Romei R. 1999; Cfr. anche T. Chieti 19.11.2015, n. 479.

(7) Sull'orientamento comunitario: C. Giust. 6.9.2011, C-108/10; C. Giust. 20.1.2011, C-463/2009; C. Giust. 24.1.2002, C-51/2000; C. Giust. 2.12.1999, C-234/1998; C. Giust. 11.3.1997, C-13/95.

niali, materiali o immateriali, significativi, ovvero, l'assunzione, a opera del nuovo appaltatore, di una parte essenziale del personale già destinato dal predecessore all'esecuzione del contratto (8).

In riferimento all'argomento che in questa sede rileva, appare interessante evidenziare come, nell'ambito di un ragionamento relativo ai criteri utili all'individuazione dell'oggetto del trasferimento di impresa si sia formata ed evoluta la nozione di «entità economica», enucleata per la prima volta nella sentenza *Spijkers* (9), laddove la Corte europea, partendo dal presupposto «che la Direttiva n. 77/187 mira a garantire la continuità dei rapporti di lavoro esistenti nell'ambito di un'entità economica» a prescindere da chi di quell'attività sia titolare, ha derivato l'idea secondo la quale «il criterio decisivo per stabilire se si configuri un trasferimento consiste nella circostanza che l'entità in questione conservi la propria identità». Muovendosi nell'alveo tracciato dalle argomentazioni della citata sentenza, che ha determinato il progressivo disinteresse della centralità degli elementi materiali per un'attenzione maggiore all'immaterialità (di cui si dirà innanzi), la Corte ha poi ampliato progressivamente la portata del concetto stesso di «entità economica». Nella sentenza *Stichting* (10) i giudici hanno ribadito come il richiamo alla «cessione contrattuale» contenuto all'articolo 1 della Direttiva n. 77/187 vada interpretato in maniera elastica; nel caso *Schmidt* hanno fatto coincidere l'identità economica dell'impresa trasferita con la similarità delle attività espletate anteriormente e successivamente al passaggio di titolarità (11).

La successiva decisione del caso *Suzen* (12) ha segnato un passaggio importante nell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria, poiché con la rilevanza attribuita al requisito dell'organizzazione dei mezzi si è consolidato l'orientamento secondo cui è configurabile un trasferimento di azienda ogni qualvolta si abbia successione nella titolarità di un'entità economica, intesa come organizzazione funzionale di beni e rapporti giuridici finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo. Nella decisione *de qua*, la Corte europea ha, infatti, individuato nell'organizzazione, e non nei beni, quel *quid pluris* delle singole prestazioni e ha incentrato la verifica sull'organizzazione imprenditoriale per allontanare il rischio che «la nozione di attività economica possa essere dilata *ad libitum* legittimando operazioni selvagge di esternalizzazione lesive degli interessi dei lavoratori», precisando, appunto, che deve trattarsi di un'organizzazione stabile, che abbia avuto e mantenga una storia prima e dopo il trasferimento (13).

Riconoscendo, poi, l'esistenza di determinate attività d'impresa caratterizzate in maniera essenziale dall'impiego di manodopera, cd. *labour intensive*, sulla base della

(8) Sull'evoluzione in ambito comunitario v. sentenze: *Rask* (C. Giust. 12.11.1992, C-209/91, punto 17), *Schmidt* (C. Giust. 4.4.1994, C-392/92, punti 12-14), *Suzen* (C. Giust. 11.3.1997, C-13/95), *Hidalgo* (C. Giust. 10.11.1998, cause riunite C-173/96 e C-247/96), *Hernández Vidal* (C. Giust. 10.12.1998, cause riunite C-127/96, C-229/96 e C-74/97), *Allen* (C. Giust. 2.12.1999, C-234/98), *Liikenne* (C. Giust. 25.1.2001, C-172/99), *Temco* (C. Giust. 24.2.2002, C-51/00), *Abler* (C. Giust. 20.11.2003, C-340/01), *Guney Gorres* (C. Giust. 15.12.2005, cause riunite C-232/04 e C-233/04); *Scattolon* (C. Giust. 6.9.2011, C-108/10).

(9) C. Giust. 18.3.1986, C-24/85.

(10) C. Giust. 12.11.1992, C-29/91.

(11) C. Giust. 14.4.1994, C-392/92.

(12) C. Giust. 11.3.1997, C-13/95.

(13) Ciucciiovino S. 2000.

considerazione che «in determinati settori in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla manodopera, un gruppo di lavoratori che assolva stabilmente una attività comune può corrispondere a una entità economica», la Corte europea ha ritenuto che in tali settori – come in quello in esame – è il gruppo di lavoratori che esercita specificamente e stabilmente un determinato lavoro a identificare l'entità economica determinando uno spostamento dell'angolo visuale in cui si colloca il rapporto di lavoro, che passa da essere destinatario di forma di tutela a elemento costitutivo del complesso aziendale (14).

Tale orientamento è peraltro diventato una costante del giudice comunitario, confermato anche nei casi *Hernández Vidal* (15), *Sánchez Hidalgo* (16), *Allen* (17), salvo essere criticato come eccessivamente «estensivo» (18) e modulato secondo criteri più rigorosi nel caso *Abler* (19), laddove si è precisato che, in alcune attività, l'entità dei mezzi materiali necessari all'esecuzione della prestazione è tale da non consentire di dare rilevanza autonoma al fattore umano posto che i lavoratori, per svolgere le loro mansioni, necessitano di una notevole organizzazione di mezzi che, pertanto, devono essere oggetto di cessione anch'essi.

Ma è certamente alla sentenza *Guney Gorres* (20), citata pressoché pedissequamente dalla Suprema Corte, che la decisione in commento intende conformarsi, laddove – indagando le caratteristiche di un trasferimento di un'entità economica organizzata in modo stabile – precisa che «dev'essere preso in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di cui trattasi, fra le quali rientrano in particolare il tipo d'impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno di elementi materiali, quali gli edifici e i beni mobili, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione» (21).

Sicché, in ottemperanza alla direttiva comunitaria come interpretata dalla Corte di Giustizia, la realizzazione della relativa fattispecie legale può comportare accertamenti diversi a seconda del tipo di organizzazione che connota in concreto l'azienda da trasferire, laddove, nelle imprese cd. *labour intensive*, l'unico vero *asset* disponibile (e cedibile) è rappresentato dal complesso dei lavoratori, ovvero dalla continuazione dei loro rapporti con il cessionario/subentrante.

3. — *Le previsioni del d.lgs. n. 276/2003 e le iniziali ostilità italiane a un'interpretazione estensiva del trasferimento d'azienda* — Ci corre, tuttavia, l'obbligo di segnalare che le conclusioni cui è pervenuta la Suprema Corte nella sentenza che qui si commenta e l'*iter* logico-argomentativo dalla stessa seguito erano tutt'altro che scontati.

(14) Romei R. 2007.

(15) C. Giust. 10.12.1998, cause riunite C-127/96, C-229/96 e C-74/97.

(16) C. Giust. 10.12.1998, C-173/96.

(17) C. Giust. 2.12.1999, C-234/98.

(18) *Ex plurimis*: Simitis 1995; Friant 1997; Körner, 997.

(19) C. Giust. 20.11.2003, C-340/01, punto 29.

(20) C. Giust. 15.12.2005, cause riunite C-232/04 e C-233/04, punto 33.

(21) Cfr. par. 3.1 della sentenza in commento.

Vero è che non ci troviamo dinanzi a una pronuncia innovativa, posto che la stessa si colloca all'interno di orientamenti via via consolidatisi anche nell'ambito della giurisprudenza nazionale (22).

Infatti, sulla scorta delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza comunitaria, si sono via via registrate alcune sentenze nazionali che hanno riconosciuto l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. anche all'ipotesi di successione in un contratto di appalto, tentando una lettura della normativa italiana il più possibile conforme alla disciplina comunitaria e ritenendo che l'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, non possa interpretarsi nel senso che in ogni ipotesi di subentro in un appalto «deve escludersi *ex lege* il trasferimento d'azienda (23), poiché tale lettura sarebbe in contrasto con la normativa comunitaria, ma piuttosto vada interpretato nel senso che nei cd. cambi di gestione non vi è trasferimento d'azienda per il solo fatto che vi sia acquisizione di personale» (24).

Tuttavia, il tentativo di allinearsi alle istanze comunitarie di garanzia della continuità occupazionale non può esimersi dallo scontro (*recte*: dal confronto) con il dato normativo dell'art. 29 citato, che – di fatto – ostacola(va) qualunque valutazione dell'interprete, imponendo *a priori* di considerare esclusa dal campo di applicazione dell'art. 2112 c.c. l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore (25).

E che l'argomento *de quo* sia giuridicamente dirimente è provato anche dalla strategia processuale della società ricorrente, che, con il secondo motivo di ricorso, sostiene come, nel caso di specie, si sarebbe dovuta applicare la detta norma che – come noto – dispone(va) che «l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda» ed esclude(va) le incisive e notorie tutele poste da tale norma a garanzia della continuità dell'occupazione e della posizione patrimoniale dei lavoratori trasferiti (26).

In ordine a tale motivo di ricorso, la sentenza in commento liquida – in modo per la verità estremamente *tranchant* – la questione giuridica sottesa ritenendo il detto richiamo normativo «non pertinente» al caso di specie. La fattispecie non integra – secondo la Corte – i requisiti previsti dall'invocata disposizione normativa.

Approfondendo la tematica in questione, il problema precipuo da risolvere risulta essere quello relativo all'individuazione delle ipotesi nelle quali l'avvicendamento di due appaltatori nella titolarità di un contratto di appalto e la riassunzione da parte dell'appaltatore subentrante dei lavoratori già addetti al medesimo appalto presso l'appaltatore uscente possa configurare – o meno – un trasferimento d'azienda (27).

In proposito, va rilevato che la giurisprudenza italiana è stata per molto tempo propensa a escludere l'applicabilità della normativa sul trasferimento d'azienda ai casi

(22) Cass. 16.5.2013, n. 11918; Cass. 13.4.2011, n. 8460; Cass. 15.10.2010, n. 21278; Cass. 7.4.2010, n. 8262; Cass. 10.3.2009, n. 5708; Cass. 8.10.2007, n. 21023.

(23) Rosano M. 2005.

(24) T. Roma 20.11.2007; T. Roma 9.6. 2005.

(25) C. Giust. 24.1.2002, C-51/00, punto 33.

(26) Maresca A. 2004; Cester C. 2005; Bavaro V. 2006; Novella M., Vallauri M.L. 2005; Perulli A. 2007; Speziale V. 2010, Carinci M.T. 2010; Brino V. 2014.

(27) Romei R. 2005; Ferraro G. 2005; Gragnoli E. 2005.

di successione di due appaltatori nella titolarità di un contratto di appalto: da un lato, in forza del carattere «a-negoziale» del passaggio di titolarità, che avviene in assenza di un qualsivoglia legame contrattuale diretto tra appaltatore uscente e appaltatore subentrante (28); dall'altro lato, evidenziando la necessità che al passaggio della titolarità soggettiva del contratto si accompagni, indipendentemente dalla tipologia negoziale utilizzata, anche il trasferimento di un complesso di beni organizzati (29).

Successivamente, ma in casi isolati, la Suprema Corte aveva iniziato a interpretare la normativa sul trasferimento d'azienda in modo estensivo (30), ricomprendendovi anche alcune fattispecie di mutamento della titolarità del complesso aziendale che, in base all'orientamento tradizionale, ne sarebbero rimaste escluse, in quanto caratterizzate dall'assenza di un vincolo negoziale diretto tra gli imprenditori coinvolti o dalla «non identità» del complesso aziendale *ante* e *post* trasferimento (31). Tale lettura ha poi trovato conforto nel testo ora vigente dell'art. 2112 c.c., che si riferisce al titolo giuridico del trasferimento con la generica espressione «qualsiasi operazione» (32).

Invero, sulla falsariga della giurisprudenza comunitaria (33), anche i giudici italiani hanno progressivamente mostrato una maggiore sensibilità verso le finalità di tutela dei lavoratori coinvolti nelle ipotesi di successione di contratti di appalto, pur a fronte dell'introduzione, nell'ordinamento italiano, della citata norma, ora recentemente riformulata.

A tale impostazione sono seguite critiche e polemiche in dottrina, giungendo a delineare una situazione quasi paradossale: da un lato, una diffusa opinione ha sottolineato il potenziale utilizzo distorto ed eccessivo della norma di cui all'articolo 2112 c.c., che tradirebbe la *ratio* di tutela dei diritti dei lavoratori coinvolti nel trasferimento (34); dall'altro, si è sostenuto che il rigore definitorio del decreto legislativo n. 18/2001 escluderebbe dall'ambito applicativo della fattispecie di cui all'articolo 2112 c.c. operazioni di genuina esternalizzazione (35).

4. — *L'interpretazione adeguatrice e l'allineamento all'orientamento comunitario* — In disparte l'apprezzamento della tematica dei rapporti contrattuali diretti tra cedente e cessionario, non opportuno in questa sede, occorre sottolineare che, come visto, per una parte della dottrina la norma non intende escludere *a priori* che la successione di contratti d'appalto possa configurare un trasferimento *ex art.* 2112 c.c., perché, se così fosse, si porrebbe in aperto conflitto con la normativa europea (36). Secondo questa lettura, che riflette una condivisibile «ottica conservativa della norma finalizzata al-

(28) Cass. 20.11.1997, n. 11575; Cass. 15.7.2002, n. 1026.

(29) Cass. 16.5.2013, n. 11918; Cass. 18.3.1996, n. 2254; T. Chieti 19.11.2015, n. 479.

(30) *Ex plurimis*: Cass. 7.12.2006, n. 26215; Cass. 2.10.2006, n. 21287; Cass. 13.1.2005, n. 493; Cass. 27.2.1998, n. 2200; Cass. 29.11.1996, n. 10688.

(31) Cass. 2.7.2015, n. 13646.

(32) Cester C. 2005.

(33) C. Giust. 25.1.2001, C-172/99, in *MGL*, 2001, n. 2, 490, con nota di Foglia R.; in *GC*, 2001, 831, con nota di Passalacqua P.; in dottrina cfr. Santoro Passarelli 2003; Romei 1997.

(34) Scarpelli F. 1999a; Scarpelli F. 1999b.

(35) De Luca Tamajo 2002.

(36) Ichino P. 2000.

la ricerca di un'interpretazione adeguatrice dell'art. 29, c. 3, che ne eviti l'espunzione dal sistema» (37), bisogna verificare, caso per caso, se sussistono o meno i presupposti del trasferimento ovvero di una cessione, tra gli imprenditori coinvolti, di un complesso di beni organizzato che preservi la sua identità obiettiva.

Per altra parte della dottrina (38), invece, la norma è in contrasto con la posizione espressa dalla Corte di Giustizia in quanto, alla luce di un'interpretazione letterale, «si può affermare che l'esistenza di un obbligo di riassunzione in capo all'appaltatore subentrante, di origine legale o negoziale, comporta sì la garanzia della continuità dell'occupazione dei dipendenti del precedente appaltatore già impiegati nell'esecuzione dell'appalto, ma non, invece, l'applicazione dell'insieme delle tutele previste dall'art. 2112 c.c.» (39).

Sicché, «si impone al giudice nazionale di scegliere, tra le diverse e possibili opzioni interpretative e della norma interna di attuazione, quella adeguatrice del diritto nazionale al diritto comunitario» (40) in attuazione del principio di primazia del diritto comunitario (41).

È, quindi, sulla strada aperta dalla giurisprudenza comunitaria che alcune sentenze italiane, peraltro confermate ed espressamente citate in quella che qui si commenta, hanno ritenuto che anche la successione in un appalto di servizi costituisca, al ricorrere di determinate condizioni, un trasferimento d'azienda, in ciò realizzando un difficile contemperamento tra la normativa comunitaria e quella nazionale in materia.

Vero è che le peculiarità del trasferimento *ex art. 2112 c.c.* (42) non impediscono tuttavia che lo stesso si possa realizzare contestualmente a una successione di appalto (43).

Del resto, la Suprema Corte, al riguardo, ha evidenziato – si legge testualmente nella pronuncia in commento – che la funzione garantistica nei confronti dei lavoratori assegnata dalla norma, «in conformità anche con le indicazioni contenute nella normativa europea di riferimento e con le sentenze della Corte di Giustizia Ue in materia, comporta l'accoglimento di una nozione estensiva del trasferimento di azienda, la quale ricomprende in esso tutte le ipotesi di trasferimento anche di una singola attività di impresa, sempre che sia riscontrabile un complesso di beni o di rapporti interessati al fenomeno traslativo, anche quindi in assenza del trasferimento di significativi beni patrimoniali, materiali o immateriali» (44).

5. — *La conferma della concezione dell'impresa come entità economica «dematerializzata»* — Così sintetizzato il panorama interpretativo della materia in esame, appaiono perfettamente coerenti e condivisibili le affermazioni contenute nella sentenza in commento laddove la Suprema Corte, conformandosi peraltro all'orientamento

(37) Aimo M. 2007.

(38) Speziale V. 2006a; Ciucciovino S. 2007; Alvino I. 2005.

(39) Aimo M. 2007.

(40) C. Giust. 10.4.1984, n. 14/83.

(41) Minervini A. 1992; Sciarra S. 1995, Nigro C. 1996.

(42) Santoro Passarelli G. 2003; Scarpelli F. 2004.

(43) Cass. 16.5.2013, n. 11918; Cass. 2.3.2012, n. 3301; Cass. 13.4.2010, n. 16733; Cass. 10.7.2009, n. 16198; Cfr. Barraco E. 2007.

(44) Cass. 14.10.2011, n. 21282; Cass. 12.10.2011, n. 20980; Cass. 17.3.2009, n. 6452.

comunitario, richiama il proprio indirizzo secondo cui è configurabile il trasferimento di una parte di impresa pure nel caso in cui la cessione abbia a oggetto anche solo un gruppo di dipendenti dotati di particolari competenze che siano stabilmente coordinati e organizzati tra loro, e conferma l'adesione incondizionata – nei settori cd. *labour intensive* – alla concezione dell'impresa come «entità economica dematerializzata» (45).

Requisito indefettibile della fattispecie legale tipica, come delineata dal diritto comunitario e dall'art. 2112 c.c., resta, comunque, l'elemento dell'organizzazione, intesa come dato dinamico e legame funzionale (46) che rende le attività dei dipendenti appartenenti al gruppo non solo interagenti tra loro, ma anche capaci di tradursi in beni o servizi ben individuabili (47).

Logica conseguenza dell'*iter* argomentativo svolto è la conferma delle statuizioni della Corte d'Appello, che, come si legge nella sentenza *de qua*, «ha fatto corretta applicazione degli orientamenti giurisprudenziali elaborati con riferimento all'art. 2112 c.c.», accertando che la società «è subentrata nell'attività economica già svolta [...], adoperando la quasi totalità della forza lavoro in precedenza addetta all'attività medesima e dipendente dalla stessa», e che tale subentro «ha configurato nella fattispecie un trasferimento di azienda *ex art. 2112 c.c.*», rilevando espressamente che a tanto «non osta la circostanza che il fenomeno traslativo abbia riguardato soltanto il personale».

La Suprema Corte ha, quindi, validato l'operato della Corte territoriale consistito nell'accertamento dell'esistenza di un'entità economica – cd. dematerializzata – rappresentata dal gruppo di lavoratori dell'imprenditore che assolveva stabilmente alle attività di servizi ausiliari presso le strutture sanitarie regionali (nella specie, 897 lavoratori) che ha mantenuto la sua identità presso il successore, proseguendo la medesima attività lavorativa presso la società subentrante che ha continuato a fornire alle strutture ospedaliere il medesimo servizio. D'altra parte, sulla scorta delle osservazioni innanzi svolte, appare evidente come si sia delineata una nozione «leggera» di azienda (e parte d'azienda) legittimante anche il trasferimento di un'azienda priva di elementi materiali e caratterizzata dalla sussistenza di solo personale, purché tecnicamente preparato e autosufficiente in relazione al comparto produttivo in cui opera l'impresa – o parte di impresa – in atto (48), così codificando principi già consolidatisi in dottrina (49).

Il riferimento al concetto di «attività economica organizzata» pone l'accento sulla nozione di organizzazione, intesa come insieme dei meccanismi e dei rapporti interdipendenti funzionali all'esercizio di una determinata attività economica: in tal modo è possibile identificare, quale discrimine per l'esistenza di un trasferimento d'azienda, l'idoneità all'esercizio di un'attività economica da parte del complesso di beni ceduti, nel caso in cui, in considerazione della peculiare attività svolta, il passaggio di mezzi materiali sia stato minimo o addirittura assente (50).

(45) Aimo *et al.* 2014; Corazza L. 2010; Bano F. 2008.

(46) Cass. 10.8.2004, n. 15443; Cass. 1.1.2004, n. 206.

(47) Conf. Cass. 9.4.2015, n. 7144; Cass. 28.4.2014, n. 9361; *contra*, Cass. 8.7.2011, n. 15094.

(48) Santoro Passarelli G. 2001.

(49) Alleva P. 2003; Mazzotta O. 2003.

(50) Maresca A. 2005.

Sicché, sulla scorta degli insegnamenti comunitari, la nozione di «azienda», o di una sua articolazione, va oggi letta in una dimensione smaterializzata, legata al concetto unitario di impresa come organizzazione e attività (51), che, nei settori *labour intensive*, può coincidere con le sole prestazioni lavorative come tali qualificabili come mezzi produttivi: cioè, entità organizzate e in grado di realizzare un autonomo risultato produttivo, grazie al possesso, per esempio, di un particolare *know-how*, o comunque di un significativo bagaglio di competenze (52). Non deve trattarsi, quindi, di un'occasionale aggregazione di persone all'interno della struttura aziendale, occorrendo all'uopo l'esistenza di un collegamento stabile e funzionale delle attività dei lavoratori che, per essere continuativamente addetti a un ramo dell'impresa, e per avere acquisito un complesso di nozioni e di esperienze, siano capaci di svolgere le loro funzioni presso il nuovo datore di lavoro (53).

Potranno quindi essere trasferiti anche i soli rapporti di lavoro, quando questi siano contrassegnati da un elevato contenuto tecnico-professionale o dall'esclusività della prestazione lavorativa (54); sicché l'oggetto della cessione consisterà – come nel caso di specie – in un bene immateriale, qual è l'attività e/o il *know-how* dei lavoratori trasferiti (55).

La «retrocessione» del trasferimento di beni materiali a mero indice della fattispecie comporta che la presenza del trasferimento di tali beni si renda necessaria solo in relazione ad alcuni settori o metodi produttivi, mentre in altre situazioni potrà essere sufficiente il passaggio di soli elementi immateriali (56); o perfino dei soli rapporti di lavoro, considerati come realtà produttive autonome purché in grado di operare anche in mancanza di ulteriori beni, materiali o immateriali, significativi (57).

6. — *La recente modifica dell'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, e l'inedita nozione codicistica di appalto labour intensive* — Alla luce delle considerazioni svolte possiamo ritenere che risulta ormai acquisito anche in Italia il «modello social-giurisprudenziale» di trasferimento d'azienda immateriale (58), laddove mediante un'interpretazione evolutiva della normativa si è inteso ampliarne il campo oggettivo di applicazione al fine di rendere più incisive le tutele dei lavoratori coinvolti, anche in ipotesi di operazioni traslative attuate sotto la veste del passaggio d'appalto (59).

Ci corre l'obbligo di segnalare, a questo punto, che il 23 luglio 2016 è entrata in vigore la l. n. 122/2016, recante «Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea», che, tra le previsioni normative in materia di occupazione, ha sostituito l'art. 29, c. 3, d.lgs. n. 276/2003, limi-

(51) Santoro Passarelli G. 2001.

(52) Barbera M. 2010.

(53) Cass. 8.3.2006, n. 4963.

(54) C. Giust. 9.9.2015, Sez. II, n. 160, in *RIDL*, n. 1, II, 232, con nota di Lozito M.; C. Giust. 11.3.1997, punti 18 e 21.

(55) Santoro Passarelli G. 2014; Buoncristiani D. 2007.

(56) Cass. 23.7.2002, n. 10761, in *RIDL*, 2003, n. 1, II, 148, con nota di Scarpelli F.

(57) Cass. 20.9.2003, n. 13949, in *RIDL*, 2004, n. 2, II, 404, con nota di Senatori I.

(58) Lepore 2012, 83.

(59) Cass. 5.5.1995, n. 3974. Cfr. Bellomo S. 1995.

tando l'esclusione della fattispecie del trasferimento d'azienda (60). L'intervento legislativo, che nella versione originaria prevedeva l'integrale abrogazione del comma in questione, è stato determinato da una procedura di preinfrazione della Commissione europea (61) nei confronti dell'Italia.

La nuova norma tenta ora di rispondere alle istanze comunitarie facendo salvo il principio per cui la successione di appalti e il trasferimento di azienda costituiscono due fattispecie distinte e, come tali, meritevoli di regole differenti, precisando che l'acquisizione di personale già impiegato nell'appalto non comporta l'applicazione delle regole del trasferimento di azienda qualora il subentro nella gestione del servizio avvenga in favore di un soggetto dotato di propria struttura organizzativa e operativa, e a condizione che sussistano elementi di discontinuità con il precedente appaltatore che determinino una specifica identità di impresa. L'intento di tali modifiche è certamente quello di respingere la configurazione di un trasferimento di azienda (o di ramo) tutte le volte che il nuovo appaltatore inserisca i lavoratori «ereditati» in una propria organizzazione di impresa attraverso la quale il servizio viene però realizzato in modo «discontinuo» rispetto al precedente.

È troppo presto per stabilire come, in concreto, la giurisprudenza identificherà questi elementi. È, però, evidente come la nuova norma, nell'individuare gli elementi di inapplicabilità dell'art. 2112 c.c., non utilizzi parametri oggettivi e certi e ciò potrebbe dar luogo a ulteriori incertezze, interpretative e applicative, facendo così lievitare la mole di contenziosi sul tema.

Nondimeno occorre segnalare che all'interno del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), nella norma in cui si disciplinano le clausole sociali (art. 50), è contenuta un'interessante definizione degli appalti «ad alta intensità di manodopera». Si legge, infatti, nel recente testo normativo che «I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto». Al di là, quindi, delle interpretazioni più o meno condivisibili di cui si è fino a ora dato conto, esiste ora un dato normativo oggettivo che, benché si inserisca in modo trasversale nelle fonti giuslavoristiche sul tema, mostra di aver (se non recepito, almeno) tenuto in debito conto gli apprezzamenti relativi alla qualificazione delle attività e/o degli appalti *labour intensive*.

Si auspica, a questo punto, che l'enunciazione contenuta nel d.lgs. n. 50/2016 – avente allo stato un valore meramente definitorio, probabilmente ancora da perfezionare – possa essere utilizzata anche per accogliere le istanze finalizzate all'effettività della tutela dei lavoratori, soprattutto in settori specificatamente caratterizzati da un mercato in costante evoluzione nel quale i protagonisti sono portatori di interessi contrap-

(60) L'art. 30 della l. n. 122/2016 sostituisce il comma 3 dell'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, con la seguente formulazione: «l'acquisizione di personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto ove presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda».

(61) Caso EU Pilot 7622/15/EMPL. La Commissione ha ritenuto la (pre)vigente disciplina contenuta nell'art. 29, comma 3, «in contrasto con le regole comunitarie» e, nello specifico, con la Direttiva n. 2001/23/Ce del Consiglio in quanto restringerebbe in modo illegittimo l'ambito di applicazione delle regole contenute nell'articolo 2112 c.c.

posti e in cui appare estremamente complessa l'individuazione delle regole volte a governare l'evoluzione dei sistemi produttivi e le loro ricadute sul mercato del lavoro (62).

Allo stato, le finalità di garanzia occupazionale dei lavoratori coinvolti nel fenomeno della successione di appalti sembrano essere state perseguite per il solo tramite delle clausole di protezione introdotte dalla contrattazione collettiva (63), e tale modalità sembra ora altresì avallata dalle previsioni contenute nella l. n. 11/2016, che nella delega al Governo per la riforma del codice appalti ha previsto, al comma 10 dell'art. 1 (benché limitatamente al settore dei *call center*), una successione *ex lege*, tra appaltatori, anche se espressamente per via convenzionale.

L'aspetto cogente di tale norma è però avallato dall'ulteriore inedita previsione per la quale «In assenza di specifica disciplina nazionale collettiva, il ministero del Lavoro e delle politiche sociali, con proprio decreto, adottato sentite le organizzazioni datoriali e sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale, definisce i criteri generali per l'attuazione del presente comma» (64).

Un impegno nuovo – e inedito a quanto consta – per il Ministero, rivelatore dell'attenzione che il tema in commento richiama e che consente di apprezzare come si stia progressivamente superando il «bilico tra sensibilità nei confronti dei fenomeni di razionalizzazione produttiva e storiche diffidenze nei confronti dei processi di disarticolazione delle strutture imprenditoriali» (65).

Riferimenti bibliografici

- Adinolfi A. *et al.* (2015), *Subentro di nuovo appaltatore e garanzie per i lavoratori occupati*, in *DPL*, n. 15, 937 ss.
- Aimo M. (2007), *Stabilità del lavoro e tutela della concorrenza. Le vicende circolatorie dell'impresa alla luce del diritto comunitario*, in *LD*, n. 3, III, 438 ss.
- Aimo M. *et al.* (a cura di) (2014), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 123 ss.
- Alleva P. (2003), *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *RGL*, n. 4, I, 896 ss.
- Alleva P. (2004), *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, in Ghezzi G. (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, Roma, 165 ss.
- Alvino (2005), *Successione nell'appalto e trasferimento di azienda alla luce del contrasto tra normativa comunitaria e art. 29, terzo comma, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, in *OGL*, n. 2, 575 ss.
- Bano F. (2008), *La circolazione comunitaria di servizi labour intensive*, in *LD*, 2008, n. 1, p. 7 ss.
- Barbera M. (2010), *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, *Atti delle giornate di studio Aidlass di Catania del 21-23 maggio 2009*, Giuffrè, Milano, 2010.

(62) Aimo M. 2007.

(63) Ghera E. 2001; Adinolfi A. *et al.* 2015; Brino V. 2015; Costantini S. 2014, 45; Vallebona A. 1999.

(64) Cfr. il testo della previsione contenuta al comma 10, art. 1, l. n. 11/2016.

(65) De Luca Tamajo R. (2007), *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in *RIDL*, n. 1, I, 10.

- Barraco E. (2007), *Le modificazioni soggettive: il trasferimento d'azienda*, in Carinci F. (diretto da), *Diritto del lavoro*, Commentario, II, Utet, Torino, 1507 ss.
- Bavaro V. (2006), *Il trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda*, in Curzio P. (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 222 ss.
- Bellomo S. (1995), *Puntualizzazioni giurisprudenziali sulla nozione di trasferimento d'azienda e l'efficacia delle direttive comunitarie*, in RGL, n. 4, II, 711 ss.
- Brino V. (2014), *Successione di appalti e tutela della continuità dell'occupazione*, in Aimò M., Izzi D. (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Torino, Utet, 123 ss.
- Brino V. (2015), *Le clausole sociali a tutela dell'impiego e i vincoli di compatibilità con il mercato*, in Carinci M.T. (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa (scelte organizzative e diritto del lavoro)*, Milano, Giuffè, 321 ss.
- Buoncristiani A. (2007), *Forme di tutela del lavoratore «ereditato» nel cambio di gestione di appalti labour intensive*, in RIDL, n. 2, I, 165 ss.
- Carinci M.T. (2010), *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, in *Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, Utet, Torino.
- Cester C. (2004), *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo di azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, in QDLRI, n. 28, 27 ss.
- Cester C. (2005), *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in Carinci M.T., Cester C. (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, vol. 8, tomo II, Milano, Ipsoa, 249 ss.
- Cester C. (2014), *Il trasferimento del ramo d'azienda ancora alla prova della Corte di Giustizia fra uso capovolto della normativa di tutela e disciplina di maggior favore*, in RIDL, n. 2, II, 473 ss.
- Ciucciovino S. (2000), *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazione*, in ADL, n. 2, , 392 ss.
- Ciucciovino S. (2007), *La tutela del lavoro nell'appalto*, in Amoroso, Di Cerbo, Maresca (a cura di), *Il diritto del lavoro. Costituzione, codice civile e leggi speciali*, vol. I, II ed., Milano, Giuffrè, 1260 ss.
- Corazza L. (2009), *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 93.
- Corazza L. (2010), *Trasferimento parziale d'impresa e autonomia organizzativa nel primo della giurisprudenza europea*, in LG, *Gli speciali*, n. 11, 15 ss.
- Costantini S. (2014), *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le «clausole sociali» fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, in W. P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 196, 45 ss.
- De Luca Tamajo R. (2002), *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in De Luca Tamajo R. (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Esi, Napoli, 32 ss.
- De Luca Tamajo R. (2007), *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in RIDL, n. 1, I, 10 ss.
- Davies (1997), *Corte di Giustizia, Corti nazionali, trasferimento d'azienda: l'esperienza inglese*, in DRI, n. 2, 65 ss.
- Ferraro G. (2005), *Il rapporto di lavoro negli appalti*, in *Diritto del lavoro: i nuovi problemi. Omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, Cedam, Padova, 2005, 971 ss.

- Foglia R. (2000), *La fattispecie trasferimento di azienda alla luce della nuova Direttiva n. 98/50, profili definitori e interpretativi*, in *FI*, n. 3, I, 866 ss.
- Foglia R. (2001), *Trasferimento d'azienda e successione nell'appalto pubblico di servizi*, in *GC*, n. 6, 831 ss.
- Friant A. (1997), *Corte di Giustizia, Corti nazionali, trasferimento d'azienda; l'esperienza francese*, in *DRI*, n. 2, 91 ss.
- Ghera E. (2001), *Le cd. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, n. 2, 133 ss.
- Gragnoles E. (2005), *Contratti di appalto di servizi e trasferimento di azienda*, in Aa. Vv., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro – Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza (Quaderni di diritto del lavoro)*, 2, Giuffrè, Milano, 195 ss.
- Ichino P. (2000), *La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro, Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro Trento, 4-5 giugno 1999*, Milano, 3 ss.
- Inglese I. (1996), *Sulla necessità di una rigorosa definizione di trasferimento d'azienda*, in *MGL*, n. 4, 362 ss.
- Körner G. (1997), *Corte di Giustizia, Corti nazionali, trasferimento d'azienda; l'esperienza tedesca*, in *DRI*, n. 2, 117 ss.
- Lambertucci P. (1999), *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Torino, Giappichelli, 81 ss.
- Lepore A. (2012), *Il trasferimento d'impresa tra legge e «case law». Italia e Gran Bretagna a confronto*, Jovene, 35.
- Lozito M. (2013), *Tutele e sottotutele del lavoro negli appalti privati*, Cacucci, Bari, 111.
- Lozito M. (2016), *La conservazione dell'identità dell'entità nel trasferimento d'azienda: un film o una fotografia?*, in *RIDL*, n. 1, II, 232 ss.
- Luciani V. (2004), *Trasferimento d'azienda e tutela dei lavoratori: il bilanciamento di interessi nell'evoluzione dell'art. 2112 c.c.*, in De Luca Tamajo R. et al. (a cura di) *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, Napoli, Esi, 561 ss.
- Maresca A. (2004), *Modifica all'articolo 2112 comma quinto del codice civile*, in Aa.Vv., *Il nuovo mercato del lavoro*, coordinato da Pedrazzoli M., Zanichelli, Bologna, 370 ss.
- Maresca A. (2005), *L'oggetto del trasferimento: azienda e ramo d'azienda*, in Aa.Vv., *Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza*, Giuffrè, 87 ss.
- Mazzotta O. (2003), *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità dei rapporti interpositori*, in *RIDL*, 2003, n. 3, I, 265 ss.
- Minervini A. (1992), *Necessità dell'esplicita normazione in materia di trasferimenti d'azienda e diretta applicabilità della Direttiva n. 77/187*, in *DL*, n. 2, I, 159 ss.
- Nigro C. (1996), *Trasferimento d'azienda: il quadro normativo di riferimento*, in *DPL*, Serie Oro, 2, 7-8.
- Novella M., Vallauri M. (2005), *Il nuovo art. 2112 c.c. e i vincoli del diritto europeo*, in *DRI*, n. 2, 177 ss.
- Passalacqua P. (2001), *Successione nell'appalto, trasferimento d'azienda e definizione legale della fattispecie*, in *MGL*, n. 2, 490.
- Perulli A. (2007), *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, in *RIDL*, n. 1, I, 29 ss.
- Romei R. (1997), *Trasferimento d'azienda e successione in un rapporto d'appalto*, nota a Cass. 18.3.1996, n. 2254, in *RIDL*, n. 2, II, 395.

- Romei R. (1999), *Cessione di ramo d'azienda e appalti*, in *DRI*, n. 82, 334 ss.
- Romei R. (2005), *Il trasferimento di azienda e gli orientamenti della dottrina*, in Aa.Vv., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro – Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza (Quaderni di diritto del lavoro)*, 2, Milano, 293 ss.
- Romei R. (2007), *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda. Art. 2112 c.c.*, in Schlesinger P. (a cura di), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 7.
- Rosano M. (2005), *Trasferimento d'azienda e successione in appalto di servizi aeroportuali: due discipline incompatibili?*, in *RIDL*, n. 4, II, 957 ss.
- Santoro Passarelli G. (2001), *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, in *ADL*, n. 2, II, 575 ss.
- Santoro Passarelli G. (2003), *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento di azienda e di ramo d'azienda*, in *RIDL*, n. 2, I, 205.
- Santoro Passarelli G. (2004), *La disciplina del rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda: evoluzione e prospettive*, in Carinci F. et al., *Il trasferimento d'azienda*, in *QDLRI*, n. 28, 22 ss.
- Santoro Passarelli G. (2014), *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'impresa e di articolazione funzionalmente autonoma*, Giappichelli, 16 ss.
- Scarpelli F. (1999a), *Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *DRI*, n. 3, 351 ss.
- Scarpelli F. (1999b), *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni. Le opinioni*, in *DRI*, n. 2, 491 ss.
- Scarpelli F. (2003), *Nozione di trasferimento di ramo d'azienda e rilevanza del consenso del lavoratore*, in *RIDL*, n. 1, II, 148 ss.
- Scarpelli F. (2004), *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».INT, n. 20.
- Scarpelli F. (2006), *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *RGL*, n. 4, II, 753 ss.
- Sciarra S. (1995), *Integrazione dinamica tra fonti nazionali e comunitarie: il caso del lavoro notturno delle donne*, in *DL*, n. 2, II, 153-154.
- Senatori I. (2004), *Successione in appalto di servizi e trasferimento di azienda tra ratio comunitaria e riforma del mercato del lavoro italiano*, in *RIDL*, n. 2, II, 404.
- Simitis (1995), *Fine o rinascita del diritto del lavoro. Il caso della Corte di Giustizia europea*, in *DRI*, n. 2, 521 ss.
- Speziale V. (2006a), *Le «esternalizzazioni» dei processi produttivi dopo il d.lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, in *RGL*, n. 1, I, 24.
- Speziale V. (2006b), *Appalti e trasferimento d'azienda*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 41/2006.
- Speziale V. (2010), *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 94, 24 ss.
- Vallauri M. (2002), *Studio sull'oggetto del trasferimento ai fini dell'applicazione del nuovo art. 2112 c.c.*, in *LD*, n. 4, 634.
- Vallebona A. (1999), *Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro*, in *RIDL*, n. 1, II, 217.

Fabiola Lamberti

Avvocato - Dottore di ricerca e Professore a contratto di Diritto del lavoro
Membro della Commissione di certificazione presso l'Università di Roma Tre

CASSAZIONE, 15.3.2016, n. 5072, S.U. – Pres. Rovelli, Est. Amoroso, P.M. Apice (conf.) – Azienda ospedaliera universitaria San Martino di Genova (avv.ti Ciminelli, Mancini) c. S.G., M.C. (avv.ti Andriola, Bissocoli). Cassa con rinvio Corte d’Appello di Genova, 9.1.2009.

Contratto a termine – Lavoro pubblico – Assunzione – Concorso – Danno patrimoniale – Danno non patrimoniale – Unione europea – Danno da precarizzazione – Onere della prova – Interpretazione adeguatrice – Danno ex art. 36, c. 5, d.lgs. n. 165/2001 – Danno presunto – Liquidazione – Criteri – Perdita del posto di lavoro – Esclusione – Fondamento – Perdita di chance – Configurabilità.

In materia di pubblico impiego privatizzato, nell’ipotesi di abusiva reiterazione di contratti a termine, la misura risarcitoria prevista dall’art. 36, c. 5, d.lgs. n. 165/2001, va interpretata in conformità al canone di effettività della tutela affermato dalla Corte di Giustizia (ord. 12.12.2013, C-50/13), sicché, mentre va escluso – siccome incongruo – il ricorso ai criteri previsti per il licenziamento illegittimo, può farsi riferimento alla fattispecie omogenea di cui all’art. 32, c. 5, l. n. 183/2010, quale danno presunto, con valenza sanzionatoria e qualificabile come «danno comunitario», determinato tra un minimo e un massimo, salva la prova del maggior pregiudizio sofferto, senza che ne derivi una posizione di favore del lavoratore privato rispetto al dipendente pubblico, atteso che, per il primo, l’indennità forfezzata limita il danno risarcibile, per il secondo, invece, agevola l’onere probatorio del danno subito. (1)

(1) LA SENTENZA A TERMINE DELLA CORTE DI CASSAZIONE

SOMMARIO: 1. I precedenti. — 2. La sentenza. — 2.1. Il pubblico concorso. — 2.2. La misura risarcitoria. — 3. Conclusioni.

1. — *I precedenti* — Le varie declinazioni dello Stato hanno utilizzato in maniera massiva i contratti a termine: dunque la questione esaminata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, concernente la sanzione applicabile in caso di abuso, era una delle più rilevanti, per i riflessi economici connessi.

La difficile configurabilità del risarcimento del danno secondo i canoni del diritto civile comune è scolpita dalla sentenza n. 392/12 della Corte di Cassazione (1); in successive pronunce si sono ricercati criteri risarcitori insicuri (2).

(1) Pres. ed Est. Vidiri. Il ricorrente che non ha ottenuto né riqualificazione del rapporto di lavoro né risarcimento del danno ha proposto il ricorso n. 44205/2012 alla Cedu, depositato il 12.7.2012; il giudizio è pendente.

(2) In Cass. 20.3.2012, n. 4417, si liquida un danno di 12 mensilità in ipotesi di un solo contratto a termine, prorogato, della durata complessiva di due mesi, sostenendosi la necessità di concorso pubblico per un bagnino trimestrale.

Inoltre, escludere la costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato quale sanzione obbliga a ritenere risarcibile il danno anche per i lavoratori stabilizzati (leggi finanziarie n. 296/2006, n. 244/2007 e successive) (3).

La Cassazione, con la sentenza n. 18618/13, a fronte della doglianza del lavoratore relativa alla mancata riassunzione con contratti a termine, stanti le medesime esigenze, afferma: «al Comune non era consentito stipulare più contratti a termine in sequenza con il medesimo lavoratore, pena l'esposizione alle sanzioni previste dall'art. 36 del decreto legislativo n. 165 del 2001»; si legittima così l'assunzione di lavoratore collocato successivamente nella medesima graduatoria, in elusione degli obblighi di cui alla Direttiva n. 1999/70/Ce (4): nella verifica dell'abuso si deve tener conto non solo del numero di contratti con lo stesso lavoratore, ma anche con altri lavoratori per lo svolgimento della medesima attività.

La sentenza n. 19371/13 (5) della Cassazione riconosce un danno effettivo, mediante l'applicazione diretta dell'art. 32, cc. 5-7, della legge n. 183/10. Non è condizionale, nei termini espressi, l'affermazione secondo la quale «la distinzione tra il regime sanzionatorio del settore pubblico e quello privato è stata più volte rimarcata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia» (cfr., *ex aliis*, sentenza 1.10.2010, C-3/10, *Affatato*): la Corte di Giustizia ha indicato la mera possibilità, non la necessità, di distinguere il regime sanzionatorio, senza peraltro specificare in cosa consista il settore pubblico ed evidenziando che la conformità della normativa interna non era certa, ma doveva essere oggetto di puntuale verifica. È anche richiamato il pubblico concorso, ma non si comprende se esso fosse stato espletato. Se non era necessario, ovvero era stato espletato, il richiamo all'art. 97, c. 3, della Costituzione sarebbe erroneo e fuorviante (6).

Rilevante, nella evoluzione giurisprudenziale, la sentenza n. 27481/14 della Cassazione: si tenta di configurare un danno comunque presente, in linea con i canoni di adeguatezza, effettività e dissuasività (ed energicità, indicato solo per l'Italia dalla Corte di Giustizia); vi sono però note dolenti.

La Corte afferma erroneamente che la causa *Mascolo et. al.*, pendente avanti alla Corte di Giustizia, non riguardava il precariato pubblico in generale: la causa *Russo*, ivi riunita, riguardava il precariato in generale; la Corte non ha atteso la pubblicazione della sentenza *Mascolo*, che contiene importanti affermazioni in relazione al con-

(3) Il giudice delle leggi, nel dichiarare incostituzionali le leggi regionali in materia di stabilizzazione (n. 215 e n. 293 del 2009, nonché n. 42 del 2011 e n. 277 del 2013), per violazione del principio del pubblico concorso, ha ommesso di verificare il rapporto tra art. 97, c. 3, Cost. e obbligo al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario (artt. 11 e 117 Cost., Direttiva n. 1999/70/Ce).

(4) C. Giust. 26.1.2012, C-586/10, *Bianca Küçük contro Land Nordrhein-Westfalen*, punto 40; C. Giust. 23.4.2009, C-378/07, *Angelidaki*. Cfr. anche punto 102 di C. Giust. 26.11.2014, C-22/13, *Mascolo*: occorre «... prendere in considerazione, in particolare, il numero di detti contratti successivi stipulati con la stessa persona oppure per lo svolgimento di uno stesso lavoro, al fine di escludere che contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, sebbene palesemente conclusi per soddisfare un'esigenza di personale sostitutivo, siano utilizzati in modo abusivo dai datori di lavoro...».

(5) Cass. 21.8.2013, n. 19371.

(6) In caso contrario il contratto è contrario a principio fondamentale dell'ordinamento, affetto dunque da nullità radicale e non foriero di danno.

petto di Stato/settore, di adeguatezza della misura sanzionatoria e di ulteriori questioni pregiudiziali da proporre.

Non è condivisibile l'affermazione che l'indennità risarcitoria di cui all'art. 32, c. 5, del Collegato lavoro costituisce un risarcimento troppo basso ai fini di cui si tratta, per poi liquidare la più bassa indennità di cui alla l. n. 604/1966, salvo a ritenersi applicabile tale misura risarcitoria per ogni contratto illegittimo: era preferibile maggiore chiarezza, posto che la sentenza gravata era della Corte d'Appello di Torino che riformava le sentenze risarcitorie del Tribunale di Aosta.

Quest'ultimo aveva proposto (si può ipotizzare proprio per tale ragione) questione interpretativa pregiudiziale alla Corte di Giustizia (7), che, nella assoluta incertezza del criterio risarcitorio di cui al c. 5 dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, ha dichiarato che il diritto dell'Unione osta all'art. 36, c. 5, d.lgs. n. 165/2001 (8). Il giudice europeo nutre fieri dubbi circa la genuinità della difesa erariale, che sosteneva la possibilità di provare per presunzioni l'esistenza del danno sofferto a causa dell'abusivo utilizzo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato. (9) La Corte conclude affermando che la Direttiva n. 1999/70/Ce osta alla norma interna che prevede soltanto «il diritto di ottenere il risarcimento del danno [...], restando esclusa qualsiasi trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato», in ragione delle modalità del risarcimento.

Mettere mano, dopo l'ord. *Papalia*, all'interpretazione del risarcimento del danno, comportava la necessità di un'interpretazione assolutamente conforme al diritto dell'Unione; la sentenza n. 27481/2014 della Cassazione appare in contrasto con il punto 76 della sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Impact* (10): «la lettura patrocinata dalla Commissione equivarrebbe a istituire una gerarchia tra le diverse misure di cui alla clausola 5, punto 1, dell'Accordo quadro europeo sul contratto a termine, mentre i termini stessi di tale disposizione indicano senza equivoco che le diverse misure prese in considerazione sono concepite come "equivalenti"». Dunque la equivalenza non riguarda solo le analoghe situazioni di diritto interno, ma anche le misure tra di loro e, posto che parte essenziale della misura è la sanzione, le sanzioni.

Ne deriva che la sanzione della trasformazione del contratto di lavoro, in uno con l'indennità risarcitoria di cui all'art. 32, c. 5, della l. n. 183/10 (settore privato), deve essere equivalente al risarcimento del danno di cui all'art. 36, c. 5, del d.lgs. n. 165/01 (settore pubblico): è quantomeno dubbia la compatibilità eurounitaria del danno con-

(7) Nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale del 30 gennaio 2013 il Tribunale di Aosta ha chiesto alla Corte di Lussemburgo: «Se [...] il lavoratore [...] abbia diritto al risarcimento del danno soltanto se ne provi la concreta effettività, e cioè nei limiti in cui fornisca una positiva prova, anche indiziaria, ma comunque precisa, di aver dovuto rinunciare ad altre, migliori occasioni di lavoro».

(8) C. Giust. 12.12.2013, C-50/13, *Papalia*, ord.

(9) Al punto 27 dell'ord. *Papalia*, la C. Giust. fa riferimento alla pretesa esistenza di presunzioni per la determinazione del danno: «Il Governo italiano [*n.d.r.*: punto 21 delle osservazioni scritte] [...] sostiene che nell'ordinamento nazionale il lavoratore del settore pubblico può provare con presunzioni l'esistenza del danno [...] e può invocare, in tale cornice, elementi gravi, precisi e concordanti i quali [...] potrebbero [...] fondare il convincimento del giudice riguardo all'esistenza di un danno siffatto...». Al punto 33 si legge: «ammesso che risultino provate le affermazioni del Governo italiano, richiamate nel punto 27 della presente ordinanza...».

(10) Sentenza della Corte del 15.4.2008, procedimento C-268/06.

figurato dalla Cassazione, perché nessuna posta risarcitoria copre la riqualificazione del contratto da tempo determinato a indeterminato.

Peraltro già configurare, come fa la Cassazione, il danno di cui all'art. 36, c. 5, quale danno sanzione, ovvero «danno comunitario» («un risarcimento conforme ai canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità e dissuasività rispetto al ricorso abusivo alla stipulazione da parte della p.a. di contratti a termine, configurabile come una sorta di sanzione *ex lege* a carico del datore di lavoro»), appare erroneo sia per l'assenza di supporto normativo, sia perché la predetta disposizione regolamentata non solo la violazione delle disposizioni normative concernenti i contratti a termine, ma ogni ipotesi di contratto illegittimo: detto nuovo «danno» di creazione *praetoria* andrebbe applicato anche a vicende che nulla hanno a che vedere con la Direttiva n. 1999/70/Ce.

È inesatto affermare (così invece la Corte interna) che all'accoglimento del ricorso si perveniva in considerazione della sopravvenuta ord. *Papalia*, e dei principi ivi espressi, posto che si tratta dei medesimi principi, da sempre affermati dalla Corte di Giustizia, che ha pertanto deciso la causa *Papalia* nelle forme della ordinanza, prevista solo in ipotesi di *res clara* o *res interpretata*.

Pur nella esiguità del criterio risarcitorio indicato, correttamente quale meramente tendenziale, si deve convenire con la Cassazione che, nella quantificazione del danno, si deve «tenere conto del numero dei contratti a termine, dell'intervallo di tempo intercorrente tra l'uno e l'altro contratto, della durata dei singoli contratti e della complessiva durata del periodo in cui vi è stata la reiterazione [...] si dovrà anche considerare il principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto (estensibile all'adempimento degli specifici obblighi di comportamento stabiliti dalla legge a carico della pubblica amministrazione, anche in ambito contrattuale) quale espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., che impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra e costituisce dovere giuridico autonomo a carico di entrambe, a prescindere dalla esistenza di specifici obblighi contrattuali o di espresse previsioni di legge: con la conseguenza della risarcibilità del danno derivato dall'inadempimento dovuto a una tale violazione».

2. — *La sentenza* — Concluso tale *excursus* si può ora esaminare la sentenza della Cass. n. 5072/16, S.U.; essa è definibile «a termine» perché contraria a propria precedente e recente sentenza, nonché alla sentenza *Mascolo* della Corte di Giustizia: si deve ritenere che il sistema delle Corti sarà in grado in breve di superarla, come accaduto con la sentenza n. 10127/13 (delle Sezioni semplici) (11).

La sentenza n. 5072 pone la parola fine (?) alla controversia iniziata presso il Tribunale di Genova dai signori Marrosu e Sardino nel lontano maggio 2003, conclusa in primo grado dal Tribunale di Genova, dopo aver sollevato una questione pregiudiziale in Corte di Giustizia (12).

La Corte di Giustizia afferma che dalla ordinanza di rinvio pregiudiziale risulta che le «assunzioni sono state effettuate sulla base di una graduatoria redatta in esito a una selezione pubblica [...] per l'assunzione di personale a tempo determinato con la qua-

(11) La sentenza «scolastica» della Cassazione, in evidente contrasto con la sentenza della C. Giust. nel caso *Mascolo*.

(12) C. Giust. 7.9.2006, C-53/04.

lifica di “operatore tecnico cuoco” [...] alla quale i ricorrenti [...] avevano partecipato con successo». Per il Tribunale di Genova i ricorrenti sono stati assunti secondo la procedura di reclutamento legittima e normativamente prevista: la medesima prevista per le assunzioni a tempo determinato e indeterminato.

In modo incomprensibile la Cassazione fa riferimento alla necessità di pubblico concorso (art. 97, c. 3, Cost.), sorgendo così un amletico dubbio: ma a quale concorso si fa riferimento? La Corte interna ha commesso probabilmente un errore di fatto determinante che la pone in contrasto con la sentenza resa dalla Corte di Giustizia nel caso *Mascolo*, ove si afferma l'impossibilità di opporre il pubblico concorso quando i lavoratori a termine e a tempo indeterminato vengono assunti secondo le medesime modalità (13): forse tale principio deve ancora essere metabolizzato dalle S.U.

La Cassazione procede poi alla ricostruzione «attenta» del quadro normativo, per affermare che da sempre vige il divieto di costituzione del rapporto di lavoro con la p.a. in assenza di concorso pubblico (ma i ricorrenti hanno probabilmente espletato una procedura selettiva concorsuale).

Si ricordano anche disposizioni normative ben successive ai fatti di causa (1999/2002), fino al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: «ancora più recentemente nell'art. 36 d.lgs. n. 165 del 2001 sono stati introdotti due commi (5-ter e 5-quater) [...] che [...] fermi restando il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato e del diritto al risarcimento del danno per il dipendente – hanno stabilito che i contratti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione della medesima disposizione sono nulli e determinano responsabilità erariale; e hanno confermato la responsabilità dei dirigenti che operano in violazione delle disposizioni di legge aggiungendo che al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato».

(13) Cfr. punti 89 e 111:

89. «Nel caso di specie si deve, in via preliminare, rilevare che [...] l'assunzione di personale nelle scuole statali ha luogo sia a tempo indeterminato tramite l'immissione in ruolo sia a tempo determinato mediante lo svolgimento di supplenze. L'immissione in ruolo si effettua secondo il sistema cosiddetto “del doppio canale”, ossia, quanto alla metà dei posti vacanti per anno scolastico, mediante concorsi per titoli ed esami e, quanto all'altra metà, attingendo alle graduatorie permanenti, nelle quali figurano i docenti che hanno vinto un siffatto concorso senza tuttavia ottenere un posto di ruolo, e quelli che hanno seguito corsi di abilitazione tenuti dalle scuole di specializzazione per l'insegnamento. Si è fatto ricorso alle supplenze attingendo alle medesime graduatorie: la successione delle supplenze da parte di uno stesso docente ne comporta l'avanzamento in graduatoria e può condurlo all'immissione in ruolo...».

111. «In ogni caso, va osservato che, come risulta dal punto 89 della presente sentenza, una normativa nazionale quale quella di cui ai procedimenti principali non riserva l'accesso ai posti permanenti nelle scuole statali al personale vincitore di concorso, poiché essa consente altresì, nell'ambito del sistema del doppio canale, l'immissione in ruolo di docenti che abbiano unicamente frequentato corsi di abilitazione. In tali circostanze, come la Commissione ha fatto valere in udienza, non è assolutamente ovvio [...] che possa essere considerato oggettivamente giustificato, alla luce della clausola 5, punto 1, lettera a, dell'Accordo quadro, il ricorso, nel caso di specie, a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili in dette scuole motivato dall'attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali».

Il principio è analogo a quanto espresso dalla C. Giust. con la sentenza 9.9.2003, C-285/01, *Isabel Burbaud c. ministère de l'Emploi et de la Solidarité*, punto 110.

Invero il c. 5-*quater*, come introdotto nel 2013, prevede: «I contratti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione del presente articolo sono nulli e determinano responsabilità erariale. I dirigenti [...] sono, altresì, responsabili ai sensi dell'articolo 21. Al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato».

Si introduce, per i contratti a termine, un meccanismo ostatico identico a quello previsto dal c. 5, privo del solo risarcimento del danno: si tratta di una disposizione evidentemente speciale. Una diversa interpretazione appare, *prima facie*, contraria al dettato normativo: dunque la opposta tesi della Cassazione richiedeva uno sforzo ermeneutico e non una mera asserzione.

La residua responsabilità erariale sembra inidonea a costituire misura ostatica, vista sia l'assenza di danno risarcibile, sia la inammissibilità della mera azione dichiarativa della illegittimità del termine per carenza di interesse ad agire (14): peraltro neanche la precedente previsione del risarcimento del danno è stata di ostacolo alla crescita esponenziale del precariato pubblico di lunga durata.

Il c. 5-*quater* prevede, altresì, la responsabilità dirigenziale ai sensi dell'articolo 21 del d.lgs. n. 165/01, con divieto di erogazione della retribuzione di risultato. La prima previsione era già presente nel c. 5; la seconda, peraltro già implicitamente presente nella responsabilità *ex art.* 21, è inefficace perché non può seriamente ritenersi compatibile la mancata erogazione con i tempi necessari all'accertamento definitivo della illegittimità dell'apposizione del termine: quando l'accertamento interverrà, la retribuzione di risultato sarà già stata erogata.

Dalla ordinanza *Papalia* e dalla sentenza *Mascolo* emerge che responsabilità dirigenziale ed erariale non costituiscono misure ostatiche: in entrambe le pronunce la Corte di Giustizia, nel riportare, nel corpo della ordinanza, la normativa interna ostatica rilevante (il c. 5 dell'art. 36), non ha riprodotto l'inciso relativo alla responsabilità dirigenziale: la Corte non ritiene che detta previsione costituisca misura ostatica. È dunque *ius receptum* (le statuizioni della Corte di Giustizia integrano il precetto della disposizione interpretata, chiarificandolo) che responsabilità dirigenziale ed erariale non costituiscono misure ostatiche. Solo il risarcimento del danno (effettivo, energetico e dissuasivo) o la costituzione del rapporto di lavoro (cfr. sentenza *Mascolo*) sono misure ostatiche.

(14) Cfr. Cass. n. 392/2012: a fronte della doglianza per cui «la Corte di merito erroneamente aveva ommesso di pronunziarsi sulla domanda» di mero accertamento della illegittimità del termine, la Corte rileva che a livello giurisprudenziale costituisce principio consolidato che l'interesse ad agire, previsto quale condizione dell'azione dall'art. 100 c.p.c. – con una disposizione che consente di distinguere fra le azioni di mera iattanza e quelle oggettivamente dirette a conseguire il bene della vita consistente nella rimozione dello stato di giuridica incertezza in ordine alla sussistenza di un determinato diritto –, va identificato in una situazione di carattere oggettivo derivante da un fatto lesivo, in senso ampio, del diritto e consistente in ciò, che senza il processo e l'esercizio della giurisdizione, l'attore soffrirebbe un danno. Da ciò consegue che esso deve avere necessariamente carattere attuale, poiché solo in tal caso trascende il piano di una mera prospettiva soggettiva, assurgendo a giuridica e oggettiva consistenza. Tale interesse resta invece escluso quando il giudizio risulti strumentale alla soluzione, soltanto in via di massima o accademica, di una questione di diritto in vista di situazioni future o meramente ipotetiche (cfr. in tali sensi: Cass. 23.11.2011, n. 24434, e ancora per analoghe statuizioni: Cass. 23.12.2009, n. 27151; Cass. 28.11.2008, n. 28405).

Non può affermarsi «che l'ordinamento giuridico prevede, nel complesso, “misure energiche” (come richiesto dalla Corte di Giustizia, sentenza 26.11.2014, C-22, barra 13 ss., *Mascolo*), fortemente dissuasive, per contrastare l'illegittimo ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato...». Le misure di contorno non sono misure ostative per la Corte di Giustizia: dunque l'affermazione della piena compatibilità [...] della disciplina nazionale anche sulla scorta della disciplina di contorno è erronea.

Difficilmente condivisibile è, nel complesso, l'analisi della Direttiva n. 1999/70/Ce e della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

La Cassazione afferma che la Direttiva n. 70 è «una Direttiva “obiettivo”, quindi non autoapplicativa». Invero tutte le direttive fissano un obiettivo, per cui in questo senso sono sempre obiettivo, avendo lo scopo di riavvicinare le legislazioni degli Stati membri ed essendo a essi rivolte; questi sono vincolati al raggiungimento dei risultati prefissi (obbligo di risultato), onerati ad adottare una normativa interna rispettosa dei precetti delle direttive e atta al raggiungimento dello scopo previsto (15): l'affermazione della Cassazione è dunque inutile, salvo si fosse voluto affermare che la direttiva non contiene disposizioni autoapplicative, ma, in senso opposto, basta fare riferimento alla clausola 4 dell'Accordo quadro europeo sul contratto a termine.

Diversamente da quanto affermato dalla Cassazione, la clausola 3 della Direttiva n. 1999/70/Ce non fissa le condizioni legittimanti l'assunzione a termine, bensì definisce il contratto a termine (16); è la clausola 5 che fissa le condizioni legittimanti, prevedendo, tra l'altro, la possibilità della misura ostativa della causalità delle esigenze del rinnovo dei contratti (17) e, dunque, del primo contratto, necessaria per valutare la causalità dei rinnovi. Quindi non solo gli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 368/01 sono in attuazione della clausola 5, ma anche l'art. 1.

È vero, come afferma la Cassazione, che la clausola 5, nel porre le misure ostative necessarie a impedire una illegittima reiterazione degli abusi, è elastica, perché consente misure alternative equivalenti, ma ciò solo in sede di prima applicazione (18): successivamente non è consentito prevedere misure diverse da quelle elencate.

Non è conforme all'ultima giurisprudenza della Corte di Giustizia l'affermazione per cui «è possibile una differenziazione che tenga conto delle esigenze di settori e/o

(15) Cfr art. 288 del TfUE: «La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi».

(16) Clausola 3 – definizioni: 1. «Ai fini del presente accordo, il termine “lavoratore a tempo determinato” indica una persona con un contratto o un rapporto di lavoro definiti direttamente fra il datore di lavoro e il lavoratore e il cui termine è determinato da condizioni oggettive, quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico...».

(17) Clausola 5 – misure di prevenzione degli abusi: 1. «Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; ...».

(18) C. Giust. 4.7.2006, C-212/04, *Adeneler e a.*, punto 101.

categorie specifici di lavoratori, così coonestando la compatibilità comunitaria di discipline differenziate da quella, nell'ordinamento italiano, dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni».

La Corte di Giustizia, interrogata sul concetto di Stato (di diritto eurounitario e giammai interno, visto che la direttiva, sul punto, non rimanda al diritto interno), nella sentenza *Mascolo* non fa più riferimento al settore p.a. ma, nel caso di specie, al settore scuola.

La Corte di Lussemburgo, nello statuire la possibilità di distinguere il regime sanzionatorio tra settore pubblico e privato, mai ha fornito indicazioni, in precedenza, su cosa costituisca settore pubblico (19). Un primo segnale in tal senso è nel punto 69 della sentenza *Mascolo*: la scuola è un settore, non la p.a. La Corte afferma (20) «che l'Accordo quadro non esclude nessun settore particolare dalla sua sfera d'applicazione e che, pertanto, è applicabile al personale assunto nel settore dell'insegnamento». «Tale conclusione è avvalorata dal contenuto della clausola 5, punto 1, dell'Accordo quadro, da cui si ricava che, conformemente al c. 3 del preambolo dell'Accordo quadro nonché ai punti 8 e 10 delle sue considerazioni generali, è nell'ambito dell'attuazione di detto Accordo quadro che gli Stati membri hanno facoltà, in quanto ciò sia oggettivamente giustificato, di tener conto delle esigenze particolari relative ai settori di attività e/o alle categorie specifici di lavoratori in questione (sentenza *Fiamingo e a.*, EU:C:2014:2044, punto 39)».

Chiara l'equazione settore/scuola: prendendo posizione sul quesito posto dal Tribunale di Napoli circa quando debba ritenersi che un rapporto di lavoro sia alle dipendenze dello «Stato», e in particolare anche dell'inciso «settori e/o categorie specifiche di lavoratori», e quindi sia atto a legittimare conseguenze differenti rispetto ai rapporti di lavoro privati, la Corte di Giustizia opta per un concetto merceologico di settore. Si tratta di un'affermazione conforme alle conclusioni dell'Avvocato Generale Jääskinen nella causa *Jansen* (C-313/10), non decisa dalla Corte di Giustizia perché «il procedimento principale era divenuto privo di oggetto».

In quest'ultima l'Avv. Gen. evidenzia che mai è stato chiarito cosa si intenda per Stato ovvero settore pubblico; ricorda che «la clausola 5, punto 1, dell'Accordo quadro autorizza chiaramente gli Stati membri a tener conto delle caratteristiche proprie a taluni settori, che sono inerenti alle attività specifiche», ma nelle varie versioni linguistiche della clausola 5, punto 1, la dizione più corretta appare essere «determinati rami», e non «settori specifici» come nel testo italiano, e «tale terminologia rinvia più a suddivisioni professionali quali l'industria, l'industria automobilistica, la siderurgia [...] la sanità ecc., piuttosto che a una ramificazione che permetta di opporre il settore privato e il settore pubblico [...] La nozione utilizzata in tale clausola 5 deve essere interpretata con riferimento ai criteri pertinenti del diritto del lavoro collettivo, sapendo che il concetto economico di “ramo” è in particolare utilizzato per determinare l'ambito di applicazione professionale di contratti collettivi di lavoro»: non è dunque consentita una differenziazione delle misure ostative a fronte di mansioni perfettamente identiche che «possono essere espletate dai dipendenti del settore pubblico e da

(19) La questione è stata oggetto delle conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa C-313/10, *Jansen*, presentate il 15 settembre 2011.

(20) Cfr. punti 69-71.

quelli che lavorano nel settore privato. Un'interpretazione della clausola 5 [...] che riservi una sorte particolare agli impieghi rientranti nel settore pubblico potrebbe condurre a un livello di tutela dei lavoratori abbastanza variabile tra gli Stati membri, tenuto conto delle differenze esistenti per quanto riguarda segnatamente il ruolo rispettivo dei soggetti pubblici e dei soggetti privati nella prestazione di servizi di interesse generale».

La sentenza resa nel caso *Mascolo* afferma, al punto 118, che uno Stato membro può «legittimamente, nell'attuazione della clausola 5, punto 1, dell'Accordo quadro, prendere in considerazione esigenze di un settore specifico come quello dell'insegnamento». Si evince una interpretazione restrittiva del concetto di Stato, nel quale certamente rientrano le funzioni tipicamente essenziali dello stesso (21), ampliato, nel caso di specie, in relazione alle funzioni essenziali previste dal diritto interno (22): una differenziazione delle misure sanzionatorie appare possibile solo in relazione a detti settori. La Corte di Cassazione non ha tenuto conto di dette specificazioni e, se ancora nutriv dubbi, era onerata al rinvio pregiudiziale quale giudice di ultima istanza. Sarebbe stato conforme al diritto eurolunitario se la Cassazione avesse verificato se il cuoco ospedaliero appartenesse al settore merceologico sanità (dunque con legittima previsione normativa di una sanzione giustificabilmente diversa) ovvero ristorazione (i pasti ospedalieri sono sovente dati in appalto esterno; in questo caso la differente sanzione rispetto a quella prevista ordinariamente con il settore privato era ingiustificata), ma ciò non ha fatto.

La Cassazione diviene pericolosa proponente di riforme normative quando afferma che la clausola 5, quanto alle sanzioni, nulla dice (23), di tal che appare ipotizzabile anche una sanzione solo amministrativa: essa dimentica che «quando una [...] utilizzazione abusiva abbia [...] avuto luogo, deve poter essere applicata una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela del lavoratore al fine di sanzionare debitamente tale abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto comunitario. Infatti, secondo i termini stessi dell'art. 2, c. 1, della Direttiva n. 1999/70, gli Stati membri devono "prendere tutte le disposizioni necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti dalla [detta] direttiva"» (24).

Una mera sanzione amministrativa non può cancellare, con il suo versamento, peraltro in favore della stessa p.a., le conseguenze dell'abuso che colpisce non la p.a., ma un lavoratore,

La Corte di Cassazione prosegue nel suo *iter* argomentativo, ricostruendo l'art. 5, c. 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/01 come ipotesi di responsabilità aggravata, rispetto alle altre di cui al medesimo decreto: la ricostruzione, del tutto irrilevante ai fini del decidere, sembra in conflitto con il testo della norma, dal quale l'interprete non può discostarsi.

(21) Di certo difesa, giustizia, polizia, funzionamento degli organi essenziali, esteri.

(22) Sentenza *Mascolo*, punto 94: «Inoltre, va rilevato che, come risulta, in particolare, dall'ordinanza di rinvio nella causa C-418/13, l'insegnamento è correlato a un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione della Repubblica italiana...».

(23) La clausola 5 invero, pur senza imporla, indica espressamente la sanzione della riqualificazione a tempo indeterminato.

(24) C. Giust. 4.7.2006, C-212/04, *Adeneler e a.*, punto 102.

La stessa prevede: «qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del c. 2» ovvero, visto il richiamo, «dalla scadenza del predetto termine».

La sanzione non opera sul contratto, ma sul rapporto, mediante costituzione *ex lege* di un contratto a tempo indeterminato dalla data di superamento dei 36 mesi (non già dalla stipula del contratto che determina detto superamento): la disposizione non prevede alcuna valutazione in ordine ai singoli contratti. La Cassazione afferma che la *ratio* della disposizione sia nel senso di una «fattispecie “aggravata”»; ma *ratio* non è norma e dunque non si può ritenere, visto il testo della disposizione, la illegittimità di alcun contratto: conseguenzialmente è impossibile far luogo al risarcimento del danno *ex art. 36, c. 5*, che prevede un contratto illegittimo.

Per supportare la interpretazione dell'art. 36, c. 5, la Cassazione fa riferimento alla sentenza n. 89/03 della Corte costituzionale, così affermando la irrilevanza della questione interpretativa pregiudiziale sollevata dalla Consulta con l'ordinanza *Napolitano* (25), stante la specialità della disciplina ivi trattata (supplenze annuali). Sfugge alla Corte di legittimità che lì come qui si tratta di procedure di assunzione conformi a procedure di reclutamento previste da disposizioni normative, con la sola deviazione che, in entrambi i casi, il reclutamento è stato effettuato per contratti a termine.

Detta deviazione non appare ostativa: le medesime S.U., con la sentenza n. 8078 del 21.4.2015, hanno ritenuto, in materia di stabilizzazioni, che fosse soddisfatto il requisito normativamente imposto del pubblico concorso, per procedure selettive espletate per contratti a termine. Dunque per la sentenza n. 5072/16 una procedura selettiva conforme a norma, ma rivolta a selezione di personale a termine, viola l'art. 97 della Costituzione ai fini dell'assunzione a tempo indeterminato, mentre per la sentenza n. 8078/15 non vi è tale violazione: in entrambi i casi vi è questione di costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Allora resta la domanda: ma a quale concorso fa riferimento la sentenza n. 5072? Qual è la differenza tra le procedure concorsuali delle due sentenze? Sembra nessuna.

2.1. — *Il pubblico concorso* — Per fare chiarezza, con riferimento a cosa costituisca pubblico concorso, appare opportuno richiamare l'ordinanza n. 1778 del 2011 delle S.U. La Corte ricorda che, «al riguardo, il termine “concorsuale” va inteso in senso restrittivo, dovendo identificarsi la procedura concorsuale esclusivamente in quella caratterizzata dall'emanazione di un bando, dalla valutazione comparativa dei candidati e dalla compilazione finale di una graduatoria di merito, la cui approvazione, individuando i “vincitori”, rappresenta l'atto terminale del procedimento preordinato alla selezione dei soggetti idonei. Pacificamente, sono concorsuali sia le procedure connotate dall'espletamento di prove, ma comunque libere nella modalità, purché la procedura concreti una selezione tra diversi aspiranti (Cass. n. 10374 del 2007, S.U.), sia i concorsi per soli titoli (cfr. Cass. n. 1517 del 2006, S.U.). Non concretano, perciò, procedure concorsuali le assunzioni in esito a procedimenti di diverso tipo: assunzio-

(25) Ord. n. 207 del 2013, riunita dalla C. Giust. alla causa *Mascolo*.

ni dirette, procedure di mera verifica di idoneità dei soggetti da assumere, in quanto titolari di riserva o iscritti in apposita lista, giacché il possesso dei requisiti e l'idoneità si valutano in termini assoluti, senza originare una graduatoria di merito».

Il «concorso» pubblico si divide per l'ordinamento interno in due fattispecie: vero e proprio concorso e selezione (prevista dall'art. 16, l. n. 56/87); sono assolutamente residuali le ipotesi di chiamata diretta senza alcuna selezione. La selezione è prevista per «le amministrazioni dello Stato, anche a ordinamento autonomo, gli enti pubblici non economici a carattere nazionale, e quelli che svolgono attività in una o più Regioni, le Province, i Comuni e le unità sanitarie locali». Essi «effettuano le assunzioni dei lavoratori da inquadrare nei livelli retributivo-funzionali per i quali non è richiesto il titolo di studio superiore a quello della scuola dell'obbligo, sulla base di selezioni effettuate tra gli iscritti nelle liste di collocamento e in quelle di mobilità, che abbiano la professionalità eventualmente richiesta e i requisiti previsti per l'accesso al pubblico impiego. Essi sono avviati numericamente alla sezione secondo l'ordine delle graduatorie risultante dalle liste delle circoscrizioni territorialmente competenti [...] Gli avviamenti vengono effettuati sulla base delle graduatorie circoscrizionali...».

Nel caso *Marrosu e Sardino*, cuochi, questi avevano «lavorato alle dipendenze dell'Azienda ospedaliera Ospedale S. Martino di Genova e cliniche universitarie convenzionate [...] con inquadramento nel livello B e qualifica di operatore tecnico cuoco» (26); per l'operatore tecnico cuoco (livello economico B super sulla scorta del Ccnl) è previsto (art. 26 del d.P.R. 27.3.2001, n. 220) il solo titolo della scuola dell'obbligo, in uno con «cinque anni di esperienza professionale acquisita nel corrispondente profilo professionale presso pubbliche amministrazioni o imprese private e possesso di specifici titoli e abilitazioni professionali o attestati di qualifica di mestieri necessari allo svolgimento dell'attività inerente il profilo professionale messo a concorso...» (27).

Sembra doversi concludere che Marrosu e Sardino avessero effettuato una procedura selettiva che è per giurisprudenza pacifica concorsuale, come ricordato, a detta della Corte di Giustizia, dal Tribunale di Genova, ma poco importa. Ciò che importa è che i principi affermati dalla Cassazione valgono ove una procedura selettiva/concorsuale non è stata espletata: una diversa opzione interpretativa doveva essere esternata dal giudice di legittimità.

2.2. — *La misura risarcitoria* — La Cassazione fa riferimento alla sentenza n. 303/2011 della Corte costituzionale sulla indennità risarcitoria di cui all'art. 32, c. 5, della l. n. 183/10, ma la lettura è parziale. Per la Consulta «l'indennità prevista dall'art. 32, commi 5 e 6, della legge n. 183 del 2010 va chiaramente a integrare la garanzia della conversione del contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro a tempo indeterminato. E la stabilizzazione del rapporto è la protezione più intensa che

(26) Tra virgolette la sentenza del Tribunale di Genova.

(27) Tali fossero i requisiti anche prima del predetto d.P.R. come da allegato 1 al Ccnl sanità pubblica, personale non dirigente del 7.4.1999: per l'accesso dall'esterno, «per l'operatore tecnico – cuoco – non in possesso del diploma di scuola alberghiera è richiesta un'anzianità di 3 anni di esperienza professionale nel profilo sottostante unitamente all'effettuazione di un corso di formazione definito a livello aziendale».

possa essere riconosciuta a un lavoratore precario». Di contro, le S.U. riconoscono quella parte della protezione che è accessoria, nelle parole della Consulta, alla vera protezione, che è costituita dalla stabilizzazione, escludendo di contro quest'ultima e non ritenendo che il differente trattamento sia in alcun modo da compensarsi: è evidente il contrasto, posto che il giudice delle leggi ha anche affermato che dopo la sentenza che converte il rapporto «è da ritenere che il datore di lavoro sia indefettibilmente obbligato a riammettere in servizio il lavoratore e a corrispondergli, in ogni caso, le retribuzioni dovute, anche in ipotesi di mancata riammissione effettiva».

«Diversamente opinando, la tutela fondamentale della conversione del rapporto in lavoro a tempo indeterminato sarebbe completamente svuotata».

Ancora per la Consulta, l'art. 32, c. 5, non è applicabile allo Stato, perché non è applicabile a esso la conversione del contratto.

La sentenza della Cassazione non tiene conto che l'ordinanza *Papalia* ha accertato la contrarietà dell'art. 36, c. 5, del d.lgs. n. 165/01, come interpretato dalla stessa Cassazione, agli obblighi di appartenenza alla Ue, dimostrando di credere poco alle difese dello Stato italiano, con un «cartellino giallo» che richiedeva grande attenzione nella determinazione del criterio risarcitorio. Si doveva tener conto di quanto affermato nella sentenza *Mascolo*, che è invece «nominata» (28) una sola volta dalle S.U.

Le S.U., attraverso una interpretazione «adeguatrice», impossibile sulla scorta del dettato normativo interno, integrano il danno di cui all'art. 1223 c.c. Più che di integrazione, si tratta di una sentenza additiva, di competenza della Consulta; al più si poteva affermare la *vacatio legis* e la necessità di ricorso, a chiare lettere, all'analogia. Non vi era però spazio per un'applicazione analogica dell'art. 32, c. 5, della l. n. 183/10, mandandone i presupposti: ne deriva il sospetto della creazione di un nuovo genere di interpolazione/integrazione della norma, di dubbia compatibilità ordinamentale interna.

Il criterio risarcitorio affermato è costituito da una indennità tra 2,5 e 12 mensilità di retribuzione per tutti i rapporti intrattenuti (art. 32, c. 5, della l. n. 183/10), oltre eventuali altri danni da provare specificamente e puntualmente, secondo gli ordinari canoni civilistici.

Provare altri danni è impossibile o eccessivamente difficile, per come accertato dalla ordinanza *Papalia*, per cui tale parte del danno non può essere ritenuta attuazione della Direttiva n. 1999/70/Ce. Resta come misura ostativa solo il danno tra 2,5 e 12 mensilità di retribuzione, anche per una intera vita da precario. Nulla spetta con riferimento alla mancata costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato perché le due situazioni sono incomparabili per il diritto interno, e tale incomparabilità è corretta, ad avviso della Cassazione, per la Corte di Giustizia.

L'errore è nel termine di comparazione adoperato. La Corte di Lussemburgo ha ripetutamente ricordato che si può non costituire il rapporto di lavoro e non che non si devono comparare le due situazioni, bensì ha affermato l'opposto, come già ricordato, con la sentenza *Impact* («le diverse misure prese in considerazione sono concepite come "equivalenti"»): la equivalenza non riguarda solo le analoghe situazioni di diritto interno, ma anche le misure ostative tra di loro. Posto che parte relevantissima della misura è costituita dalla sanzione, una misura con una sanzione

(28) Nominata, non citata, non riportandosi in alcun passo della sentenza n. 5072/2016 cosa la stessa specificamente e innovativamente affermi.

di scarsissima incisività non può essere equivalente a una misura accompagnata a una sanzione molto efficace.

Inoltre non vi è rispondenza ai canoni di dissuasività, adeguatezza, proporzionalità e, per l'Italia, energicità richiesti: per un solo contratto si devono liquidare 2,5 mensilità di retribuzione e per una vita di precariato al massimo 12.

Dunque più si precarizza meno si è sanzionati: una misura rivelatasi inidonea sin dal primo contratto si affievolisce, invece di rafforzarsi, all'aumentare dell'abuso; la logica vorrebbe l'opposto.

La Sezione lavoro della Corte di Cassazione (sentenza n. 10070/2013) ha già affermato implicitamente la insufficienza di tale criterio: nel ribadire l'accesso tramite pubblico concorso, la Cassazione ricorda che «la tutela del lavoratore dovrà invece avvenire mediante il “risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative”. Il che è un modo per tutelare il lavoratore senza intaccare le finalità perseguite con la regola del concorso. L'impossibilità (“non può”) di costituire un rapporto di lavoro a tempo indeterminato non è volta a tutelare le amministrazioni pubbliche sul piano finanziario (la tutela risarcitoria, in conformità alla giurisprudenza europea, dovrà essere incisiva, anche perché, contrariamente a quanto avviene nel settore privato, essa non costituisce un mero completamento della tutela prioritaria di natura reintegratoria). Ciò che si tutela mediante lo strumento del concorso pubblico sono invece i valori costituzionali della imparzialità ed efficienza della pubblica amministrazione, nonché il diritto di “tutti” i cittadini ad accedere al lavoro pubblico, partecipando a selezioni basate sul merito».

3. — *Conclusioni* — L'Italia ha sostenuto innanzi la Corte di Giustizia nella causa *Affatato* (29) che, decorsi 36 mesi, il rapporto di lavoro con la p.a. diviene a tempo indeterminato in ragione della piena operatività anche verso di essa dell'art. 5, c. 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001. Anche la Commissione europea ha ritenuto, due mesi dopo l'ord. *Affatato*, che superati i 36 mesi fosse possibile costituire un rapporto di lavoro con la p.a. (30). Sulle conseguenze di tale dichiarazione resa alla Corte di Giustizia è stata interrogata dal Tribunale di Napoli la Corte di Giustizia (cfr. sentenza *Mascolo*), e la Corte ha ritenuto la questione proposta irrilevante perché il giudice interno aderiva a tale impostazione: la Corte di Cassazione, giudice di ultima istanza, aveva il dovere, *ex art.* 267 del TFUE (31), di proporre identica pregiudiziale, ovvero di non pren-

(29) Corte di Giustizia 1.10.2010, C-3/10, Sesta Sezione, ord., *Affatato*. Sull'ordinanza *Affatato* della Corte di Giustizia v. W. Ferrante, *Il divieto di conversione a tempo indeterminato dei contratti a termine nel pubblico impiego*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2011, 2, Sez. I, 12-16; M. Borzaga, *L'intervento legislativo sul caso Poste italiane e le sanzioni contro l'abuso di contratti a termine nel pubblico impiego: la Corte di Giustizia si pronuncia ancora sulle «peculiarità» dell'ordinamento italiano*, in *RIDL*, 2011, II, 859-865.

(30) Risposta fornita, a seguito di una interrogazione scritta del parlamentare europeo on. Rita Borsellino, dal Commissario europeo Laszlo Andor a nome della Commissione in data 10.5.2010 (atto E-2354/10).

(31) Art. 267 TFUE: 1. «La Corte di Giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: [...] b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione. 2. Quando una questione del genere è sollevata dinanzi a una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora re-

dere alcuna posizione con riferimento all'art. 5, c. 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/01, irrilevante, nel caso concreto, ai fini del decidere.

Deve ribadirsi come astrarre la riqualificazione del rapporto dal novero delle sanzioni comporta doversi ritenere la risarcibilità del danno anche per le centinaia di migliaia di lavoratori stabilizzati dalla p.a.

È ancora sostenibile che il lavoratore assunto, a tempo determinato sarebbe stato assunto a tempo indeterminato se fosse stata bandita una selezione pubblica in tal senso: in via indiziaria, per precariato massivo ultradecennale sembra sostenibile che la p.a. avesse necessità di un lavoratore a tempo indeterminato. Il lavoratore aveva superato la relativa selezione, tanto da essere assunto per cui si paventa la risarcibilità del danno da mancata assunzione, con capitalizzazione delle retribuzioni e delle prestazioni previdenziali eventualmente non percepite, per tutta l'aspettativa di vita.

Invero la riqualificazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato presenta astratti problemi di compatibilità non con il c. 3 dell'art. 97 Cost., ma con il c. 1: il termine al contratto di lavoro rende il posto meno appetibile, con minore partecipazione di concorrenti alla selezione. È un problema di buon andamento in relazione al quale, stante la limitazione dei poteri del giudice ordinario, è difficile sostenere un diniego di costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Peraltro si tratta del medesimo *vulnus* al buon andamento insito nei processi di stabilizzazione, di cui alla sentenza delle S.U. n. 8078/15.

Conclusivamente, per chi fosse interessato ai fatti di cui alla sentenza delle S.U. in commento, dal contratto di assunzione, firmato in data 20.10.1999, atto Prot. n. 38612 del 25.1.1999 della Azienda ospedaliera San Martino di Genova, risulta che «con provvedimento n. [...] è stata approvata la graduatoria della selezione pubblica a tempo determinato per titoli ed esami a n. 7 posti di operatore tecnico cuoco e con provvedimento n. [...] è stato conferito un incarico al [lavoratore], classificato al 12° posto della suddetta graduatoria».

Credo si possa affermare che vi fosse regolare concorso pubblico.

Paolo Coppola
Giudice del lavoro

puti necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione. 3. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte».

CASSAZIONE, 29.2.2016, n. 3982, ord. ex art. 267 TfUe – Pres. Stile, Est. Napoletano, P.M. Matera – Abercrombie & Fitch Italia Srl (avv.ti Brocchieri, Di Garbo) c. B.A. (avv.ti Mazza Ricci, Guariso).

Lavoro intermittente – Cessazione automatica del rapporto – Principio di non discriminazione in base all'età – Eccezioni al divieto di discriminare – Rito ex art. 28, d.lgs. n. 150/2011.

Ai sensi e per gli effetti dell'art. 267 TfUe, si chiede se la normativa nazionale di cui all'art. 34, d.lgs. n. 276/2003, secondo cui il contratto di lavoro intermittente può in ogni caso essere concluso con riferimento a prestazioni rese da soggetti con meno di 25 anni di età, sia contraria al principio di non discriminazione in base all'età, di cui alla Direttiva n. 2000/78 e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue (art. 21.1). (1)

(1) LAVORO INTERMITTENTE E PRINCIPIO
DI NON DISCRIMINAZIONE IN BASE ALL'ETÀ

SOMMARIO: 1. L'oggetto dell'ordinanza e il quadro giuridico di riferimento. — 2. Le questioni oggetto del procedimento interno: il giudizio di merito. — 3. Le censure sollevate in via di legittimità e le considerazioni della S.C. — 4. Lavoro intermittente: quale fattispecie? — 5. *L'acquis communautaire* rilevante sul tema. — 6. Osservazioni attuali e visioni prospettiche.

1. — *L'oggetto dell'ordinanza e il quadro giuridico di riferimento* — L'ordinanza in epigrafe apre un procedimento di rinvio pregiudiziale alla C. Giust., ex art. 267 TfUe. La normativa in oggetto è il d.lgs. n. 276/2003 e, segnatamente, il suo art. 34, riguardante il contratto di lavoro intermittente. La Cass. pone un'unica questione pregiudiziale circa l'eventuale confliggenza dell'art. 34, c. 2, d.lgs. n. 276/2003, rispetto alla Direttiva n. 2000/78 e all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue (di seguito, CdfUe), nella parte in cui la norma nazionale prevede che «il contratto di lavoro intermittente può in ogni caso essere concluso con riferimento a prestazioni rese da soggetti con meno di 25 anni di età».

Nel quadro giuridico convergono sia le diverse formulazioni assunte nel tempo dalla disposizione di cui al c. 2 dell'art. 34 succitato, sia le involuzioni che hanno recentemente interessato la disciplina vigente in materia di licenziamento. Tuttavia, in considerazione dello «specifico e caratterizzante riferimento all'età» contenuto nel predetto art. 34, la sfera normativa si amplia al livello europeo (come attesta la natura stessa del procedimento in esame), ambito in cui il principio di uguaglianza, cardine dell'ordinamento interno, trova una sua specifica esplicitazione nel divieto di non discriminazione in base all'età, contemplato all'art. 6 della Direttiva n. 2000/78, oltre che dal disposto, di tenore primario, di cui all'art. 21 CdfUe.

La materia, peraltro, è stata interessata da diverse pronunce della C. Giust., note al giudice di merito e prese in considerazione dalla stessa S.C. nell'ordinanza che sospende il procedimento interno operando il rinvio in esame.

2. — *Le questioni oggetto del procedimento interno: il giudizio di merito* — Il procedimento interno nasce dalla controversa cessazione di un rapporto di lavoro riconducibile alle forme di lavoro cd. flessibile, introdotte dalla riforma Biagi: in particolare, un rapporto di lavoro subordinato avviato il 14.12.2010 con un contratto di lavoro intermittente a termine (*ex art. 34, c. 2, d.lgs. n. 276/2003*), dal 1.1.2012 convertito in lavoro a tempo indeterminato e, successivamente, risolto con licenziamento per raggiungimento del 25° anno di età del prestatore di lavoro. A fronte del licenziamento, motivato dalla suddetta ragione, il lavoratore ha azionato il procedimento speciale previsto dall'art. 28, d.lgs. n. 150/2011, deducendo l'illegittimità del contratto di lavoro intermittente a tempo determinato (per discriminazione in base all'età) e del relativo licenziamento operato per raggiungimento del 25° anno di età.

Il giudizio di merito, che deciso in primo grado dal T. di Milano respingeva le pretese del lavoratore dichiarandole improponibili, ha, invece, avuto esito positivo in C. App. di Milano, avendo questa riformato l'ordinanza del Tribunale predetto e condannato il datore di lavoro a «riammettere il lavoratore nel posto di lavoro» con annesso risarcimento danni.

Una questione centrale in discussione ha riguardato la scelta del rito operata dal prestatore di lavoro, considerata l'intervenuta riforma Fornero sul recesso datoriale e la sopravvivenza dello speciale procedimento previgente per le controversie in materia di discriminazione. La decisione assunta a riguardo, in secondo grado, ha puntualizzato che il rito introdotto dalla riforma Fornero (1) non ha abrogato quello previsto dall'art. 28, d.lgs. n. 150/2011; dunque, l'azione è stata correttamente esercitata dal lavoratore.

La pronuncia d'appello rileva soprattutto per avere dato applicazione diretta orizzontale (nei rapporti interprivati) a un principio generale di diritto comunitario, con disapplicazione della norma interna. Dal confronto tra il diritto interno in materia di lavoro intermittente e il diritto derivato europeo in materia di non discriminazione, emergeva l'illegittimità del contratto di lavoro intermittente concluso solo ed esclusivamente in ragione dell'età, senza finalizzare la scelta ad alcun obiettivo individuabile o altra condizione soggettiva del lavoratore. Secondo la C. App. di Milano detto contratto era, dunque, da intendersi a tempo indeterminato con orario *part-time* (quale effetto «sanzionatorio»). La risoluzione del contratto di lavoro in questione era, quindi, invalida.

La sentenza di illegittimo licenziamento ordinava la riammissione del lavoratore nel posto di lavoro con risarcimento del danno da mancata retribuzione calcolata dalla data di licenziamento a quella della sentenza, tenendo conto della media mensile percepita durante il rapporto. Peraltro, il corretto richiamo all'art. 18, l. n. 300/1970, operato dal lavoratore, risultava, secondo il giudice d'appello, funzionale alla cessazione del comportamento discriminatorio (2).

3. — *Le censure sollevate in via di legittimità e le considerazioni della S.C.* — Il datore di lavoro ha avanzato ricorso in Cass. avverso la pronuncia della C. App. di

(1) V. art. 1, cc. 48 ss., l. 28.6.2012, n. 92.

(2) Sul giudizio d'appello, v.: Izzi 2015; Guaglianone 2014; Lassandari, 2014; Tarquini 2014.

Milano, con tre censure mediante cui ha: sostenuto l'azionabilità della procedura di cui all'art. 1, cc. 48 ss., l. n. 92/2012, anziché quella *ex art.* 28, d.lgs. n. 150/2011; contestato che la sanzione praticabile nel caso di lavoro intermittente sia la conversione del rapporto in lavoro a tempo indeterminato, ritenendo applicabile, al contrario, la sola risarcibilità del danno, comunque non quantificabile attraverso il metodo della media delle retribuzioni corrisposte; infine, soprattutto, ha richiesto alla Cass. di rimettere una questione interpretativa alla C. Giust., ritenendo l'art. 34, c. 2, d.lgs. n. 276/2003, «sovrapponibile alla Direttiva n. 2000/78» (3).

In ordine alla prima censura, il giudice di legittimità ha richiamato la sua pregressa giurisprudenza (4) e specificato che l'inesattezza del rito non inficia la sussistenza o la validità della sentenza e assume rilevanza invalidante solo ove, in sede d'impugnazione, la parte indichi in modo specifico una precisa e apprezzabile lesione del diritto di difesa, del contraddittorio e delle prerogative processuali protette in generale. L'ipotesi in questione è stata ritenuta dalla Cass. non ricorrente nel caso di specie. Mentre, nel considerare i margini di compatibilità del suddetto art. 34 rispetto alla direttiva in parola, la Cass., ricostruiti i tempi di assunzione e licenziamento del lavoratore in relazione all'età di questi e riproposte testualmente le formulazioni della norma nazionale alle date di assunzione e licenziamento, in motivazione ha annotato che: il lavoratore «assunto quando non aveva ancora compiuto il 25° anno di età veniva, successivamente, licenziato in ragione esclusiva del compimento di detta età».

La Cass. ha richiamato correttamente la giurisprudenza comunitaria rilevante in materia (5) operando un testuale esame dell'art. 6.1 della Direttiva n. 2000/78, così come applicato nel noto caso *Küçükdeveci*. In tal senso, la S.C. ha considerato che l'art. 34 «potrebbe porsi [...] in conflitto con il principio di non discriminazione in base all'età» espresso nella direttiva citata e nella CdfUe, «stante lo specifico e caratterizzante riferimento all'età» presente nelle varie versioni della disposizione nazionale, ma ha anche rimarcato la possibilità di eccezioni al divieto di discriminazione secondo l'età, prevista dalla stessa direttiva e specificata dalla C. Giust.: il trattamento difforme può essere giustificato, in ambito nazionale, da una finalità legittima perseguita con mezzi appropriati e necessari.

In sostanza, il giudice del rinvio ha evocato quanto già noto: che il superamento di un test improntato al principio di proporzionalità potrebbe legittimare un contratto di lavoro operante in base all'età; che la finalità legittima esimente può riguardare gli obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale (6). Alla luce dell'ordinanza appare evidente che la Cass., pur manifestando conoscenza del diritto europeo e chiara contezza di quanto disposto dalla normativa nazionale, abbia ritenuto ancora sussistente un dubbio interpretativo tale da sollevare un rinvio pregiudiziale. Il dubbio in parola non risulta, peraltro, esplicitato in modo particolarmente articolato, neppure nel dispositivo di rinvio.

(3) Testualmente dall'ord., 3.

(4) Cass. 18.7.2008, n. 19942; Cass. 10.2.2009, n. 3758, S.U., Cass. 22.10.2014, n. 22325, e Cass. 27.1.2015, n. 1448.

(5) C. Giust. 19.1.2010, C-555/07, *Küçükdeveci*; C. Giust. 22.11.2005, C-144/04, *Mangold*; C. Giust. 8.4.1976, 43/75, *Defrenne*. Circa le scelte della C. Giust., v. Izzi 2012.

(6) Così in *Küçükdeveci*, cit., punto 33, e nel Considerando 25 della Direttiva stessa.

4. — *Lavoro intermittente: quale fattispecie?* — Prima di avanzare nel ragionamento critico con approfondimenti inerenti l'ordinamento comunitario, è utile richiamare velocemente alcuni specifici contenuti della normativa controversa. Non rilevano tutti i mutamenti intervenuti nella disciplina sul lavoro intermittente a far data dalla sua prima formulazione, ma è particolarmente importante evidenziare un aspetto sostanziale rintracciabile, in funzione del dato cronologico, nel testo dell'art. 34, che diviene alquanto significativo se osservato alla luce del diritto Ue.

L'art. predetto definisce, da sempre, le ipotesi di legittimo ricorso al lavoro intermittente. In forza del principio di causalità di cui al c. 1, è rimessa alla fonte collettiva l'individuazione dei casi in cui è possibile ricorrere al contratto per specifiche esigenze. È ormai assodata la competenza dei contratti collettivi anche per l'individuazione dei cd. periodi predeterminati di cui al medesimo c. 1, fatta salva la possibilità di intervento con d.m.

Il c. 2 individua, invece, le ipotesi, ammesse in via sperimentale, di stipulazione cd. «a-causale, in funzione cioè delle sole condizioni soggettive del prestatore di lavoro», come precisato dalla circolare del ministero del Lavoro n. 4/2005. Percorrendo la linea del tempo, risalta che, con la l. n. 80/2005, sia stato eliminato ogni riferimento alla posizione soggettiva nel mercato del lavoro, originariamente contenuto nell'art. 34, che richiedeva, in aggiunta al requisito anagrafico, per gli *ultra* 45enni, la risultanza di un'espulsione dal ciclo produttivo o l'iscrizione alle liste di mobilità e collocamento e, per i soggetti di età inferiore a 25 anni, lo *status* di disoccupato. Detta modifica, vigente anche dopo la trasfusione dei contenuti del predetto art. 34, c. 2, nel più recente art. 13, par. 2, del d.lgs. n. 81/2015, attuativo del *Jobs Act*, fa sì che il contratto intermittente stipulato in ipotesi puramente soggettiva non solo prescinda da causali e/o esigenze individuate dal contratto collettivo, ma risulti anche sganciato da requisiti soggettivi connessi all'occupazione e, in tal senso, sia stipulabile «in ogni caso», al ricorrere dell'unico requisito dell'età, con uno specifico limite di durata nella fattispecie riguardante i giovani.

La soluzione del dubbio interpretativo sollevato in ambito Ue fa sì che l'eventuale riscontro della confliggenza tra il contratto stipulato e cessato solo ed esclusivamente in funzione dell'età e il principio di cui all'art. 21 della CdfUe e all'art. 6, Direttiva n. 2000/78, imponga al giudice interno di vagliare il lavoro effettivamente prestatosi ai sensi dell'unica ipotesi residua prevista dalla norma nazionale, con la conseguente conversione del contratto controverso in rapporto di lavoro subordinato (*part-time*), in assenza di specifica causa legittima prevista da fonte collettiva.

In ordine a quest'ultima causale, va ricordato, in più, che le parti sociali godono di un'ampia discrezionalità nell'individuazione delle esigenze specifiche di cui al c. 1 dell'art. 34 e che in dottrina è dibattuto se le dette causali giustificative debbano essere ricondotte esclusivamente a esigenze di tipo oggettivo riferibili all'impresa o anche a quelle di tipo soggettivo. In quest'ultimo caso, rileverebbero esigenze occupazionali di specifici lavoratori individuati sulla base di parametri ulteriori rispetto a quelli indicati dal c. 2 dell'art. 34 (7).

Il fattore età è, quindi, essenziale al fine della legittima stipulazione del rapporto

(7) Per l'economia del contributo, sia consentito un ampio rinvio alla letteratura in tema e il semplice richiamo di Ciucciavino 2013 (2102 ss., spec. 2106) e Ciucciavino 2009 (2372).

sul piano interno e di centrale rilievo ove la legittimità del contratto sia posta al vaglio comunitario.

5. — *L'acquis communautaire rilevante sul tema* — È certo che il principio di non discriminazione in base all'età sia un principio generale del diritto Ue. In tal senso, innanzitutto, esiste una giurisprudenza risalente da cui si evince che i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto cui la C. Giust. garantisce l'osservanza (8) e che vanno considerati in relazione alla loro funzione sociale (9) e nell'ambito della struttura e delle finalità dell'Unione (10); nello specifico, è possibile rintracciare, nell'ambito della giurisprudenza inerente il diritto derivato che ha dato attuazione al principio di parità di trattamento a partire dagli anni settanta (11) fino ad arrivare all'ultimo decennio, i casi in cui la C. Giust., pronunciandosi sulla più recente Direttiva n. 2000/78, ha valorizzato anche i contenuti della CdfUe (12).

Dopo le formulazioni di diritto derivato del 2000, sono state numerose le pronunce interpretative emesse dalla C. Giust. e non vi è dubbio che una parte consistente ri-guardi proprio le controverse confliggenze di normative nazionali con la Direttiva n. 2000/78, rispetto al fattore discriminante età (13). La diversa efficacia delle norme europee di diritto primario e derivato rappresenta una rilevante questione che interessa il giudice nazionale, ove in materia di diritto comunitario una storica giurisprudenza della C. Giust. ha affermato l'efficacia diretta delle norme dei trattati e dei regolamenti, riconoscendola anche alle sole direttive «chiare, precise e incondizionate» (14).

Il tema dell'obbligo di disapplicazione della norma interna non conforme al diritto comunitario trova argomenti ulteriori in riferimento alla problematica dell'efficacia orizzontale delle direttive.

Più precisamente, le norme di diritto primario producono in capo ai singoli situazioni soggettive azionabili innanzi al giudice nazionale, con effetto diretto verticale (nei confronti degli Stati membri e delle loro articolazioni) e orizzontale (nei confronti di altri privati, persone fisiche o giuridiche).

(8) C. Giust. 13.12.1979, C-44/79, *Hauer c. Land Rheinland Pfalz*.

(9) C. Giust. 17.10.1995, C-44/94, *The Queen c. Minister of Agriculture*; C. Giust. 10.1.1992, C-177/90, *R.H. Kuhn c. Landwirtschaftskammer*.

(10) C. Giust. 12.11.1969, C-29/69, *Stauder*; C. Giust. 17.12.1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft c. Einfuhr und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel*.

(11) V. caso *Defrenne*, cit.

(12) V. casi *Mangold*, cit., e *Kücükdeveci*, cit.

(13) Sull'art. 6 della Direttiva n. 2000/78, *in primis*, *Mangold*, cit., con nota di Calafà (2006, 205); Bonardi 2006, 266, Sciarra 2006; appartengono allo stesso filone C. Giust. 23.4.2009, cause riunite, C-378/07, C-379/07 e C-380/07, *Angelidaki et al.*, nonché C. Giust. 6.12.2008, C-364/07, ord., *Vasilaki Spyridon et a. c. Dimos Kerkyraion*. In dottrina, v. Meneghini 2009, 475; Calafà 2010, 993.

(14) Nel caso del loro mancato recepimento, e con il limite del solo effetto diretto verticale: C. Giust. 4.12.1975, C-41/74, *Van Duyn c. Home office*; C. Giust. 5.4.1979, C-148/78, *Ratti*. Negati invece gli effetti orizzontali in C. Giust. 26.2.1986, C-152/84, *Marshall*, e C. Giust. 14.7.1994, C-91/92, *Faccini Dori*, la Corte li ha indirettamente concepiti nel caso C. Giust. 13.11.1990, C-106/89, *Marleasing*, riconoscendo al singolo di avanzare innanzi al giudice una pretesa di interpretazione conforme al diritto Ue della norma interna controversa. Per approfondimenti sull'efficacia delle fonti Ue, v. Tesauro 2012, 161 ss.

Per giurisprudenza costante della C. Giust., invece, «una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può, quindi, essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti». Mentre, per effetto dell'emanazione di una direttiva sorge in capo allo Stato membro e alle sue articolazioni e organi l'obbligo di assicurare il cd. effetto utile della direttiva stessa. Per questo, il giudice nazionale chiamato a interpretare il diritto interno deve procedere a un'interpretazione conforme al diritto Ue, appunto per garantire la piena efficacia di detto diritto.

In materia di discriminazioni per età, dal momento che il divieto relativo può e deve essere letto come un principio generale del diritto Ue, applicazione specifica del principio di parità di trattamento (*Mangold*), anche nell'ambito di una controversia tra privati, il giudice nazionale che ritenga la norma interna incompatibile con il suddetto principio e per la quale risulti impossibile un'interpretazione conforme a quest'ultimo, «deve disapplicare detta disposizione, senza che gli sia imposto né gli sia vietato di sottoporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale» (15).

Va quindi rimarcata l'interessante interpretazione dell'art. 6 della Direttiva n. 2000/78, di cui al caso *Kücükdeveci*, in quanto il giudice comunitario si è espresso negando gli effetti orizzontali della direttiva e, osservato il quadro sistematico aggiornato dopo l'entrata in vigore dell'art. 6 del Trattato di Lisbona, ha adottato una soluzione avente perno nel riconoscimento del principio di non discriminazione in base all'età quale principio generale del diritto Ue (16).

In tal senso, è possibile puntualizzare che, stante quanto affermato dalla C. Giust., il giudice nazionale, investito di una controversia che mette in discussione il principio di non discriminazione in base all'età, è chiamato a garantire la piena efficacia del diritto Ue e a disapplicare la norma interna configgente con il divieto (sancito dalle norme europee di diritto primario e derivato), ma il medesimo divieto non deve essere applicato in ogni caso, e cioè anche se l'eventuale comportamento discriminatorio non presenta alcun nesso con il diritto comunitario (17).

Riscontrato il nesso predetto, al giudice spetta l'accertamento dell'eventuale sussistenza di finalità legittime che giustifichino una deroga al divieto in parola. Dette finalità vanno distinte dai motivi puramente individuali che appartengono ai datori di lavoro, come, ad esempio, il bisogno di ridurre i costi o migliorare la competitività, non essendo essi rispondenti al requisito dell'interesse generale (18). Peraltro, secondo

(15) A sostegno di questa sintetica esposizione v. *Kücükdeveci*, punti 46-48 e 53; nonché *Mangold*, punti 74-77, e le sentenze ivi citate.

(16) Nel caso *Kücükdeveci*, cit., la C. Giust. ha specificato che il giudice nazionale, investito di una controversia tra privati che mette in discussione il principio di non discriminazione in base all'età, ha il compito di assicurare, nel quadro delle sue competenze, la protezione giuridica derivante dal diritto Ue e garantire il pieno effetto del principio in parola disapplicando, ove necessario, qualsiasi disposizione contraria, indipendentemente dall'esercizio della facoltà di cui dispone di operare il rinvio pregiudiziale al giudice comunitario. Così sviluppando la posizione assunta nel caso *Mangold*, cit.; v. Lazzarini 2010; Di Federico 2010; Fontanelli 2010; Allocca 2010; Peruzzi 2011.

(17) Così, ad es., in C. Giust. 23.9.2008, C-427/06, *Bartsch*, inerente il rifiuto di una società di versare la pensione di reversibilità, con nota di Borelli (2009). Analogamente in *Mangold*, cit., punto 37.

(18) C. Giust. 5.3.2009, C-388/07, *Age concern England*, punto 46, con nota di Allocca (2009).

la C. Giust., non si può «escludere che una norma nazionale riconosca, nel perseguimento delle suddette finalità legittime, un certo grado di flessibilità in favore dei datori di lavoro» (19). Ad esempio, costituiscono finalità legittime che giustificano disparità di trattamento basate sull'età: la volontà di favorire l'occupazione e la promozione dei giovani, ottimizzare la gestione del personale e, nel contempo, prevenire eventuali controversie relative all'idoneità di un lavoratore all'esercizio della propria attività superata una determinata età. Ciò a condizione che la legge consenta di raggiungere le finalità perseguite con mezzi appropriati e necessari (20).

Ulteriori pronunce inerenti il fattore età (21) hanno riguardato le fattispecie più varie: l'età massima di assunzione prevista per accedere al servizio tecnico dei Vigili del fuoco (22); la distinzione riguardante soggetti con esperienza professionale maturata prima e dopo il raggiungimento dei 18 anni (23); l'età massima per l'esercizio della professione di dentista (convenzionato) (24); il pensionamento d'ufficio dei professori universitari al raggiungimento del 68° anno di età (25); la normativa italiana con differente età pensionabile per uomini e donne (26); il caso delle clausole di risoluzione automatica del rapporto di lavoro legate al compimento di una specifica età (27) e quello su analoga clausola contenuta in contratto collettivo (28); i regimi retributivi discriminatori in base all'età (29).

Al di là del variegato panorama entro cui è osservabile la casistica giurisprudenziale in argomento, un principio sembra essere costantemente confermato: il carattere appropriato e necessario del provvedimento nazionale va accertato sulla base della sua ragionevolezza rispetto alla finalità perseguita e della sussistenza di elementi probatori che vanno apprezzati dal giudice nazionale (30).

A tale proposito va ricordato che, secondo l'*acquis* comunitario, la promozione delle assunzioni costituisce indiscutibilmente un obiettivo legittimo di politica sociale o dell'occupazione degli Stati membri; così è pure nel caso degli strumenti di politica del mercato del lavoro nazionale diretti a migliorare le opportunità di inserimento nella vita attiva di specifiche categorie di lavoratori (31).

(19) Come già in C-388/07, *ult. cit.*, e ribadito anche in C. Giust. 21.7.2011, cause C-159/10 e C-160/10, *G. Fuchs e P. Köhler c. Land Hessen*, punto 52.

(20) Così nei casi *Fuchs e Köhler c. Land Hessen*, cit., cfr. punti 49, 50 e 65, inerenti una legge che dispone per il collocamento a riposo dei funzionari pubblici nominati a vita che raggiungano 65 anni di età.

(21) In tema v. Scarponi 2011, 543; Ballestrero 2011, 141; Papa 2011, 63.

(22) C. Giust. 12.1.2010, C-229/08, *Colin Wolf*.

(23) C. Giust. 18.6.2009, C-88/08, *David Hütter c. Technische Universität Graz*.

(24) C. Giust. 12.1.2010, C-341/08, *Domnica Petersen*.

(25) C. Giust. 18.11.2010, cause riunite C-250/09 e C-268/09, *Vasil Iovanov Georgiev c. Tehnicheski Universitet-Softa, filial Plovdiv*.

(26) C. Giust. 13.11.2008, C-46/07, con nota di Mazziotti (2009), 227.

(27) C. Giust. 12.10.2010, C-45/09, *Rosenblatt*.

(28) C. Giust. 13.9.2011, C-447/09, *Prigge et al. c. Deutsche Lufthansa AG*, in cui la Corte ha ritenuto sproporzionato il divieto assoluto di esercitare l'attività di pilota di linea dopo i 60 anni di età, considerato il fine della protezione della sicurezza pubblica e della salute e la superiore età massima fissata dalla normativa nazionale e internazionale.

(29) C. Giust. 8.9.2011, cause riunite C-297/10 e C-298/10, *Sabine Hennings e Land Berlin*.

(30) Cfr. *Fuchs e Köhler*, cit., punti 82, 83, e punto 2 del dispositivo.

(31) Principio enunciato in C. Giust. 11.1.2007, C-208/05, *Itc*, punto 39; C. Giust.

Da questo punto di vista, la finalità storicamente associata alle (allora) nuove forme di lavoro flessibile, introdotte dal d.lgs. n. 276/2003 (tra cui il lavoro a chiamata), presenta buoni margini di compatibilità e coerenza con l'assetto Ue (32). Resta, tuttavia, un margine critico alla luce delle successive modifiche della normativa sul contratto di lavoro intermittente, che, pur confermando la natura sperimentale del tipo negoziale, sembra aver rafforzato il carattere arbitrario agganciato al solo dato anagrafico, a detrimento del suo connotato originario.

6. — *Osservazioni attuali e visioni prospettiche* — È ormai acclarato che, in linea di principio, gli obiettivi di politica del lavoro e la tutela dei lavoratori siano una ragione imperativa di interesse generale per il diritto comunitario e possano, quindi, costituire valide ragioni giustificatrici rispetto a compressioni di altri interessi fondamentali dell'Ue. Questa regola, formulata più volte nella giurisprudenza della C. Giust., riflette i contenuti delle disposizioni sociali di rango primario contemplate dal TfUe, che impongono di impostare le politiche dell'Ue secondo un principio di coerenza, che tenga conto di tutti i suoi obiettivi fondamentali (33). Il principio costituisce una valida acquisizione che ha indubbiamente arricchito il quadro del diritto sociale europeo nel corso del tempo. Si potrebbe dire che «in un certo intorno» detto principio risulti squisitamente *pro labor*; è pur noto, tuttavia, che, ampliando «l'intervallo» e osservando la concreta azione di bilanciamento di valori operata dalla C. Giust., detta regola di coerenza non abbia sempre condotto ai risultati sperati.

In effetti, sull'altro fronte del diritto primario, il principio di proporzionalità, di cui all'art. 52 CdfUe, quale parte integrante del sistema dei diritti e principi fondamentali dell'Ue, regola le legittime limitazioni che possono essere apportate all'esercizio di diritti e libertà riconosciute dalla Carta stessa, ove siano necessarie e sussistano finalità di interesse generale riconosciute dall'Ue ovvero rispondano all'esigenza di proteggere altri diritti e libertà. Ed è d'uopo, appunto, aggiungere che, stando a quanto chiarito dalle Spiegazioni della CdfUe (34), «il riferimento agli interessi generali

16.10.2007, C-411/05, *Félix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA*, punto 65; e ribadito, tra gli altri, anche nelle cause riunite *Fuchs e Köhler*, cit., punto 49.

(32) Secondo la relazione di accompagnamento al decreto di attuazione della riforma Biagi, alla base dell'introduzione del lavoro intermittente vi era, da una parte, la finalità di incremento occupazionale e, dall'altra, quella di «regolarizzare le prassi esistenti di lavoro non dichiarato o comunque non regolare (fenomeno del “lavoro a fattura”)», rilevando che le suddette prassi risultavano lesive dei diritti dei prestatori di lavoro e distorsive della stessa competizione corretta tra imprese, in netto contrasto con un'impostazione volta a modernizzare le regole del mercato del lavoro.

(33) Sin dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, l'obiettivo occupazionale è stato considerato un obiettivo di «natura orizzontale» dell'Ue che, pertanto, deve essere tenuto presente in fase di definizione e di attuazione delle politiche e delle attività contemplate nel Trattato. Quindi, gli atti adottati nell'ambito di altre politiche e l'interpretazione stessa di norme generali e principi fondamentali dell'Ue sono condizionati dal rispetto di un principio di coerenza con l'obiettivo primario di garantire «un livello di occupazione elevato e duraturo» e, nel contempo, gli obiettivi di politica sociale vanno perseguiti tenendo conto della «necessità di mantenere la competitività dell'economia della Comunità» (v. vecchio art. 136 TCe e cfr. con l'attuale art. 151 TfUe).

(34) C-303/32 T, in *GU Ce* del 14 dicembre 2007.

comprende sia gli obiettivi citati dall'art. 3 TUE, sia altri interessi tutelati da disposizioni specifiche dei trattati».

Se la tutela del lavoro e, più in generale, dei diritti sociali è suscettibile di poter limitare il rispetto di un principio fondamentale, finanche di tipo economico, va pur considerato che il giudice comunitario ha affermato che l'esercizio dei diritti sociali fondamentali possa essere assoggettato a limitazioni, in particolare, nell'ambito di un'organizzazione comune di mercato, a condizione che l'intervento restrittivo non risulti smisurato e intollerabile e tale da pregiudicare la sostanza stessa dei diritti in questione (35).

Per queste ragioni, la finalità di agevolare l'occupazione attraverso l'assunzione con contratti di lavoro intermittente agganciati al fattore età, seppure potenzialmente legittima, va sicuramente posta al vaglio del principio di proporzionalità prima di poter ammettere la compressione del divieto di discriminazione sancito dalla Direttiva n. 2000/78 e dall'art. 21 CdUE.

Ma chi sono i soggetti obbligati e legittimati a compiere questa operazione? Innanzitutto, va tenuto presente che, ai sensi dell'art. 6.1 della Direttiva n. 2000/78, «gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione» e, posta una finalità legittima, gli stessi «dispongono di un ampio margine discrezionale nella definizione delle misure atte a realizzare la finalità suddetta» (36), fermo restando il rispetto del principio di proporzionalità. Questo vuol dire che il primo test di proporzionalità dovrebbe essere operato, a monte, dal legislatore, per non incorrere nella violazione *ab origine* del principio di parità di trattamento (37). Stando, inoltre, al Considerando 15 della Direttiva n. 2000/78, la valutazione dei fatti che consentono di presumere l'esistenza di una discriminazione è una questione che spetta alle autorità giudiziarie nazionali o ad altre autorità competenti conformemente alle norme o alle prassi nazionali. Come ricordato pure dalla C. Giust., ai fini probatori, queste possono ammettere «qualsiasi mezzo, compresi i dati statistici» (38).

Una riflessione a parte va fatta in ordine a eventuali espressioni che possono essere introdotte come inciso *e/o a incipit* di alcuni provvedimenti di riforma, nell'intento di dichiarare i legittimi fini cui l'intervento normativo è ispirato, e alle incoerenze emergenti sul fronte attuativo, che la dottrina non ha mancato di denunciare (39).

(35) In questo senso, v. *Kuhn*, cit., e C. Giust. 8.4.1992, C-62/90, *Commissione Ce c. Germania*.

(36) In tal senso si è pronunciata più volte anche la C. Giust.: ad es., v. *Palacios de la Villa*, cit., punto 68.

(37) D'altronde la Corte ha sottolineato che l'onere di dimostrare il carattere legittimo della finalità invocata quale giustificazione, fermo il rispetto di un'elevata soglia probatoria, è imposto agli Stati membri dalla stessa Direttiva n. 2000/78; v. *Age concern England*, cit., punto 67; *Fuchs e Köhler*, cit., punto 78.

(38) Così *Fuchs e Köhler*, cit., punto 79; v. punti 81 e 83, circa gli elementi su cui può basarsi la scelta della misura appropriata.

(39) Si v. il dibattito critico sulla divergenza tra i fini dichiarati nella l. n. 30/2003 e la concreta attuazione nel testo del d.lgs. n. 276/2003. Inoltre, rilevano i contenuti del *Jobs Act* (v. art. 1, par. 7, c. 1, l. n. 183/2014, e cfr. d.lgs. n. 23/2015), su cui v. Speciale 2015; Zoppoli 2015. Stando al dato meramente formale, l'*incipit* relativo al fine occupazionale, presente in rubrica dei diversi decreti attuativi del *Jobs Act*, persiste anche in capo al contratto di lavoro intermittente, ora regolato dal d.lgs. n. 81/2015.

Quanto al dato giurisprudenziale sull'argomento, la C. Giust. ha chiarito che non si può dedurre dall'art. 6.1 della Direttiva n. 2000/78 che la mancanza di precisione di una normativa riguardo allo scopo perseguito «avrebbe la conseguenza di escludere automaticamente che essa possa essere giustificata ai sensi della disposizione suddetta. In mancanza di tale precisazione, è importante che altri elementi, attinenti al contesto generale della misura interessata, consentano l'identificazione dell'obiettivo cui tende quest'ultima, al fine di esercitare un controllo giurisdizionale quanto alla sua legittimità e al carattere appropriato e necessario dei mezzi adottati per realizzare detto obiettivo» (40). D'altra parte, la medesima Corte ha anche precisato che «semplici affermazioni generiche», attestanti l'idoneità del provvedimento a incidere sulla politica del lavoro, del mercato del lavoro o della formazione professionale, «non sono sufficienti per dimostrare che l'obiettivo perseguito da tale provvedimento giustifichi una deroga al principio del divieto di discriminazioni fondate sull'età, né costituiscono elementi sulla scorta dei quali poter ragionevolmente ritenere che gli strumenti prescelti siano atti alla realizzazione di tale obiettivo» (41).

Nell'operazione di bilanciamento riguardante le deroghe al divieto di discriminazione basata sull'età, non va dimenticato che, ai sensi del Considerando 25 della Direttiva n. 2000/78, detto divieto «costituisce un elemento essenziale per il perseguimento degli obiettivi definiti negli orientamenti in materia di occupazione e la promozione della diversità nell'occupazione». Inoltre, va tenuto presente che gli Stati membri, pur godendo di una certa discrezionalità in forza dell'art. 6, «non possono svuotare della sua sostanza il divieto di discriminazioni basate sull'età enunciato nella Direttiva n. 2000/78» (42). Alla luce della giurisprudenza comunitaria va aggiunto che, se, su un fronte, occorre accertare che non venga minata la sostanza stessa del diritto che subisce la restrizione, su altro fronte, occorre valutare l'idoneità della misura adottata nel garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito (43).

Sul punto, è utile rilevare anche quanto tra i *considerata* espressi dal giudice del rinvio, in merito al contenuto del citato art. 34, c. 2, ove in motivazione viene precisato che la norma «mostra di non contenere alcuna esplicita ragione rilevante ai sensi dell'art. 6.1, c. 1, della citata Direttiva» (44).

Chiaramente, quanto così seccamente osservato dalla Cass. è stato ritenuto dalla stessa sufficiente per argomentare le ragioni del rinvio pregiudiziale, ma non per decidere direttamente sulla censura sollevata dal datore di lavoro ricorrente. Si pone in rilievo, invece, la posizione del sostituto procuratore generale circa la necessità di concludere per il rigetto del ricorso.

Qui preme ricordare che l'unica argomentazione addotta dal ricorrente a sostegno della tesi sulla compatibilità della norma nazionale rispetto al diritto comunitario e

(40) V. caso *Palacios de la Villa*, cit., punti 56 e 57; C. Giust. 12.1.2010, C-341/08, *Petersen*, punto 40; caso *Rosenbladt*, cit., punto 58; e, così, nelle cause *Fuchs e Köhler*, cit., punto 39.

(41) Così in *Age concern England*, cit., p. 51, e ribadito in *Fuchs e Köhler*, cit., punto 77.

(42) Così nella giurisprudenza comunitaria e, di recente, in *Fuchs e Köhler*, cit., punto 62; ma a questa affermazione fa eco anche il significativo disposto dell'art. 52 CdfUe, mirante alla salvaguardia del «contenuto essenziale» dei diritti.

(43) In tal senso rilevano: C. Giust. 13.4.2000, C-292/97, *Karlsson*; C. Giust. 26.2.1992, C-357/89, *Raulin c. min. olandese*; C. Giust. 13.7.1989, C-5/88, *Wachauf*; C. Giust. 8.10.1986, C-234/85, *Keller*.

(44) Così nell'ordinanza di rinvio, 7.

della relativa richiesta di rimettere la decisione al giudice dell'Ue poggia sul fatto che «si tratti di una legge che favorisce i lavoratori in ragione della loro età e non viceversa». Considerata l'apertura della procedura di rinvio, la posizione della Cass. appare, in prima approssimazione, da questo punto di vista, più in linea con la posizione del ricorrente che con quella del P.M.

Sempre che si concordi che la legge in questione si limiti a favorire alcuni lavoratori in ragione dell'età e non viceversa (tanto potrebbe essere sostenuto in riferimento alla fase di costituzione del rapporto di lavoro), si potrebbe opinare che sfugge, tuttavia, a questa semplice costruzione argomentativa che il fatto di introdurre un'agevolazione ovvero un vantaggio a sostegno di un soggetto o una categoria di soggetti rispetto ad altri non costituisce di per sé una valida giustificazione per la misura stessa che viene adottata.

Per scongiurare la confliggenza tra norma nazionale e direttiva occorre non solo presumere una finalità legittima (la lotta alla disoccupazione giovanile) non (più) ricavabile espressamente dalla disposizione, ma occorrerebbe quanto meno provare la sussistenza di uno squilibrio occupazionale riferibile a una specifica fascia di età rispetto all'età media degli occupati, tale da giustificare una sorta di «azione positiva» a favore della categoria svantaggiata (fermo restando che la C. Giust. ha specificato che, anche nel caso di legittime azioni positive consistenti nel dare «precedenza a soggetti sottorappresentati», va garantito il rispetto di un esame obiettivo di altre candidature che non tenga conto dell'eventuale precedenza accordata ai soggetti «svantaggiati») (45).

È, infatti, insito nella natura della discriminazione l'atto di riconoscere un trattamento diverso a qualcuno rispetto a un altro, con l'effetto di svantaggiare quest'ultimo (individuo o gruppo), sia pure con l'intento di operare in favore del primo dei due, fondando la disparità di trattamento esclusivamente su uno specifico fattore, detto appunto di discriminazione (46).

Per di più, affinché sussista una discriminazione non occorre si sostanzi necessariamente un trattamento peggiorativo basato *direttamente* su un fattore specifico. È infatti noto che la discriminazione possa essere non solo «diretta», ma anche «indiretta» (47) e finanche alla «rovescia» (48). L'astratta situazione ricadente sotto il divieto im-

(45) In tema di azioni positive, v. le storiche C. Giust. 17.10.1995, C-450/93, *Kalanke*; C. Giust. 11.11.1997, C-409/95, *Marshall*; C. Giust. 6.7.2000, C-407/98, *Abrahamsson*; riguardo cui v. Ales 1998, 109; Calafà 1998, 214.

(46) Per giurisprudenza costante della C. Giust., il divieto di discriminazione impone di non trattare situazioni analoghe in maniera differente e situazioni diverse in maniera uguale, salvo sussista un'obiettiva giustificazione; v. *Karlsson*, cit.; C. Giust. 2.10.2003, C-148/02, *Garcia Avello*; C. Giust. 9.9.2004, cause riunite C-184/02 e C-223/02, *Regno di Spagna e Repubblica finlandese c. Pe e Consiglio dell'Ue*.

(47) Nozioni all'art. 2.2, *a* e *b*, Direttiva n. 2000/78.

(48) «Alla rovescia» in quanto la discriminazione colpisce una categoria di soggetti solitamente privilegiata; alle prime questioni sulle quote di genere (cfr. *Kalanke* e *Marshall*, diff., cit.), hanno fatto seguito C. Giust. 28.3.2000, C-158/97, *Badeck*; *Abrahamsson*, cit.; C. Giust. 7.12.2000, C-79/99, *Schnorbus*; C. Giust. 19.3.2002, C-476/99, *Lommers*; C. Giust. 29.11.2001, C-366/99, *Griesmar*; C. Giust. 30.9.2004, C-319/03, *Bribeche*; C. Giust. 30.9.2010, C-104/09, *Roca Alvarez*; la citata giurisprudenza segna il passaggio verso la dibattuta «legittimità della *reverse discrimination*» costituita da azioni positive, tracciandone i confini e affermando il necessario rispetto del principio di proporzionalità tra la misura di diritto diseguale e il risultato che si vorrebbe perseguire. Per maggiori dettagli, oltre alla dottrina già citata nella nota 44, v. Nunin 2013,

posto dal principio di parità di trattamento attrae non solo le discriminazioni palesi, ma qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, fondandosi su criteri di distinzione, pervenga nei fatti al medesimo risultato di disparità (49).

È proprio in quest'ottica che il diritto europeo ha visto arricchire la gamma delle possibili fattispecie discriminatorie, anche attraverso l'emanazione della Direttiva n. 2000/43 sulla razza e origine etnica e della Direttiva n. 2000/78 sugli altri nuovi fattori di discriminazione, tra cui l'età.

Se, dunque, alla luce del diritto derivato e considerato l'ultimo assunto maturato in ambito europeo con il caso *Küçükdeveci*, risulta vietato un trattamento difforme fondato direttamente ed esclusivamente sull'età, privo di giustificazione oggettiva e ragionevole, e risulta evidente dal dato testuale della normativa controversa che non sussiste una giustificazione costituente finalità legittima perseguita con mezzi appropriati e necessari, il dubbio interpretativo che può sciogliere la C. Giust. appare veramente circoscritto, tanto da sembrare palesemente insussistente, soprattutto considerato il dato effettuale sull'evidente carenza del contratto di lavoro intermittente in ordine a una significativa e stabile ricaduta sul piano occupazionale. Si rimarca che nell'ordinanza non si rintraccia alcun riferimento a valutazioni quali-quantitative desumibili dalla letteratura specialistica e/o da fonti di tipo meramente statistico, che possano far deporre in senso contrario.

Presumibilmente, la C. Giust. potrebbe esprimersi negando la compatibilità dell'art. 34 in ordine al fatto che la stipula del contratto sia ammessa in ogni caso e solo in dipendenza del fattore età, senza alcuna legittima giustificazione ricavabile dal dato testuale o probatorio emerso nel procedimento, salvo che preferisca desumere in via indiretta (50) l'esistenza della legittima giustificazione connessa all'obiettivo di favorire l'occupazione giovanile e rimettere al giudice del rinvio tutti gli ulteriori accertamenti circa la necessità e l'adeguatezza dell'intervento normativo rispetto al fine perseguito con lo stesso. Questa soluzione scioglierebbe il residuo dubbio del giudice nazionale, ma non aggiungerebbe nulla all'*acquis communautaire*.

Il rinvio in esame apre, però, anche la possibilità che la C. Giust. si pronunci in modo innovativo sulla questione, non tanto relativamente agli aspetti legati all'assunzione di soggetti rientranti in una certa fascia di età, quanto, piuttosto, in ordine alla risoluzione automatica del rapporto al raggiungimento di una soglia d'età limite.

Infatti, ove si volesse astrattamente sezionare la fattispecie, in ordine alla fase di accesso all'occupazione, potrebbe forzatamente legittimarsi l'eccezione al divieto di discriminazione sulla base dell'età, giustificandola, appunto, con un obiettivo di crescita occupazionale di una certa categoria di soggetti svantaggiati (varrebbe in tal senso la tesi, avanzata dalla società ricorrente, di una sorta di azione positiva a sostegno dei giovani di età inferiore ai 25 anni o di soggetti a rischio di esclusione dal mercato, co-

130-132. Nell'ordinamento comunitario, l'espressione in narrativa, oltre a essere ricondotta alle politiche di vantaggio poste in essere attraverso azioni positive, può riferirsi anche alle «conseguenze discriminatorie derivanti dal limitato campo di applicazione delle norme comunitarie di libera circolazione» (v. Spitaleri 2010, 99); in tema esistono, quindi, anche altri casi connessi a nazionalità e fattore etnico-razziale (qui appena evocabili per economia del lavoro).

(49) V. C. Giust. 16.2.1978, C-61/77, *Commissione c. Irlanda*.

(50) Identificando l'obiettivo cui tende la norma attraverso elementi attinenti al contesto generale della misura interessata. Qui rileva quanto nelle note 37 e 39.

me gli *over 55*) (51); ma la clausola di cessazione automatica andrebbe comunque ponderata alla luce di un test di necessità e adeguatezza: è plausibile ritenere che la cessazione automatica al 25° anno di età concretizzi una non trascurabile incoerenza con l'obiettivo occupazionale che si vorrebbe perseguire e che sarebbe implicitamente a base della legittima eccezione al principio di non discriminazione. Ciò soprattutto se questa età limite viene confrontata con quella prevista per altri contratti di lavoro a sostegno dell'occupazione giovanile (si consideri, ad esempio, che la durata del contratto di apprendistato può estendersi fino ai 29 anni) (52). Ai fini del temperamento di interessi, inoltre, assai ardua appare l'individuazione del vantaggio, di portata generale, prodotto dalla risoluzione automatica del rapporto in funzione di siffatta età (53). In effetti, la legittima compressione del principio di parità di trattamento vuole che clausole simili vadano ammesse solo se compensate con un interesse generale, quale, ad esempio, altre proporzionate opportunità offerte a specifiche categorie di lavoratori. Per di più, anche volendo recuperare la vecchia *ratio* del contratto in esame, essendo venuto meno nel dettato normativo l'aggancio al parametro dello stato di disoccupazione, in linea di principio, la finalità occupazionale del contratto ne risulta indebolita, mentre la persistenza del parametro anagrafico, in ordine alla stipulazione come alla cessazione del rapporto, non sembra particolarmente calzante con il fine di regolarizzare le prassi scorrette riscontrate sul piano effettuale.

Si noti che il divieto enunciato dalla Direttiva n. 2000/78 deve essere interpretato anche alla luce del diritto di lavorare sancito dall'art. 15.1 CdfUe. Se quanto appena espresso è valido in ordine alla partecipazione dei lavoratori anziani alla vita professionale – e così è per esplicita affermazione della C. Giust. (54) –, a maggior ragione dovrebbe valere nel caso di risoluzione contrattuale che coinvolga giovani di 25 anni, ove si fatica a intravedere l'interesse di ordine generale eventualmente contrastante rispetto al mantenimento in attività di tali persone.

In sintesi, stante la disciplina nazionale sul lavoro intermittente, l'azione complessiva sembrerebbe sostanziarsi nell'effetto finale di generare una lesione sproporzionata e incoerente del principio di uguaglianza di cui all'art. 21 CdfUe, che rischia di risultare lesivo nella sua stessa sostanza, con l'aggiunta della legittimazione di un'ipotesi di recesso che costituisce un'ulteriore eccezione al divieto di licenziamento arbitrario vigente in ambito nazionale e sovranazionale. È anche in questo senso che potrebbe essere riconosciuta un'incompatibilità della norma nazionale rispetto ai principi generali dell'ordinamento comunitario e del diritto derivato in materia di non discriminazione.

Si ribadisce, però, che il giudice del rinvio non ha articolato una domanda particolarmente complessa: richiamando genericamente l'art. 34, d.lgs. n. 276/2003, ha rimarcato solo la parte della disposizione relativa alla stipula del contratto (da parte di soggetti con meno di 25 anni) «in ogni caso». Nella domanda non vi sono riferimen-

(51) Ciò sarebbe compatibile con le interpretazioni della C. Giust., nel senso che sarebbe volta a rimediare agli squilibri occupazionali riscontrabili in certe fasce d'età. Ma discutibili restano i vantaggi realmente accordati dalla disciplina specifica rispetto al contratto standard.

(52) Sul confronto rileva *Prigge*, cit.

(53) Qui non ricorrono infatti le ipotesi giustificatrici individuate nel filone di sentenze citate nel par. 1, sulla cessazione automatica del rapporto di lavoro per sopraggiunto limite di età: esigenze di sicurezza, efficienza della prestazione, ripartizione del lavoro tra le generazioni.

(54) V. caso *Fuchs e Köhler*, cit., punti 62 e 63.

ti espliciti alla parte della norma, vigente al tempo del licenziamento e tuttora in essere ai sensi dell'art. 13, par. 2, d.lgs. n. 81/2015, che prevede che «le prestazioni contrattuali devono essere svolte entro il 25° anno di età». Si potrebbe, verosimilmente, ritenere che la S.C. abbia operato il rinvio considerando la fattispecie controversa in termini unitari ed enucleando solo l'elemento della stipula a-causale, chiaramente discriminatoria, in modo tale da avocare una pronuncia della C. Giust. poco sorprendente sotto l'aspetto dell'*acquis*, ma assicurata sotto il profilo dell'incompatibilità della norma interna con il diritto Ue.

Se l'assenza degli espliciti riferimenti di cui sopra non preclude in assoluto che la C. Giust. esprima la sua pronuncia interpretativa anche in ordine alla clausola di licenziamento automatico (accertato il nesso con il diritto comunitario), è anche vero che essa potrebbe spingere la C. Giust. a una restrizione del *decisum* e a un ampio rinvio al giudice nazionale in ordine a detto aspetto. Di lì, la prospettiva di bilanciamento del giudice italiano sarebbe, da una parte, ancorata al rispetto del principio di proporzionalità imposto dal diritto Ue di rango primario e, in un altro senso, ricollocata all'interno del sistema assiologico costituzionale, che trova nell'art. 4 Cost. una leva da far valere a sostegno di interpretazioni volte a garantire la stabilità del posto di lavoro.

Riferimenti bibliografici

- Ales E. (1998), *Azioni positive e parità di trattamento uomo-donna nel diritto comunitario: la Corte di Giustizia supera l'indirizzo Kalanke?*, in *DL*, n. 1-2, II, 109 ss.
- Allocca V. (2009), *La sentenza della Corte di Giustizia 5 marzo 2009 (C-388/07) sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*, in *DML*, n. 3, 665 ss.
- Allocca V. (2010), *Le discriminazioni fondate sull'età del lavoratore secondo la Corte di Giustizia*, in *DML*, n. 1-2, 199 ss.
- Ballestrero M.V. (2011), *Pensionati recalcitranti e discriminazioni fondate sull'età*, in *LD*, n. 1, 141 ss.
- Bonardi O. (2006), *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazioni per motivi di età secondo la Corte di Giustizia*, in *RIDL*, n. 2, II, 266 ss.
- Borelli S. (2009), *Commento alla sentenza Bartsch. Efficacia e ambito di applicazione dei principi di non discriminazione*, in *europenrights.eu*.
- Calafà L. (1998), *Le «quote condizionate» a favore delle donne al vaglio della Corte del Lussemburgo*, in *RIDL*, n. 2, II, 214 ss.
- Calafà L. (2006), *Clausole di non regresso e divieti di discriminazione per età: il caso Mangold e i limiti alla discrezionalità del legislatore nazionale in materia di lavoro*, in *RGL*, n. 2, II, 205 ss.
- Calafà L. (2010), *Le discriminazioni fondate sull'età: sequenza giurisprudenziale recente del fattore di rischio «emergente»*, in *RIDL*, n. 4, II, 993 ss.
- Ciucciovino S. (2009), *Artt. 33-40*, in De Luca Tamajo R., Mazzotta O. (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, 2368-2380.
- Ciucciovino S. (2013), *Artt. 33-40*, in De Luca Tamajo R., Mazzotta O. (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, 2102 ss.
- Di Federico G. (2010), *La sentenza Küçükdeveci e la vexata quaestio degli effetti diretti orizzontali delle direttive*, in *RIDL*, n. 4, II, 1002 ss.

- Fontanelli F. (2010), *I principi generali dell'ordinamento dopo «Küçükdeveci». Riflessioni sull'efficacia indiretta orizzontale e sul principio di solidarietà*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5, 1145 ss.
- Guaglianone L. (2014), *Il caso Abercrombie: contratto intermittente e discriminazioni per età*, in *RGL*, n. 4, II, 613 ss.
- Imberti L. (2008), *Il criterio dell'età tra divieto di discriminazione e politiche del lavoro*, in *RIDL*, n. 2, II, 301 ss.
- Izzi D. (2012), *La Corte di Giustizia e le discriminazioni per età: scelte di metodo e di merito*, in *RGL*, n. 1, I, 125 ss.
- Izzi D. (2015), *Il lavoro a chiamata per ragioni anagrafiche è messo fuori gioco dal diritto dell'Unione europea?*, in *giustiziacivile.com*.
- Lassandari A. (2014), *L'irrisolvibile confronto tra le Corti e gli Stati sulle discriminazioni per ragioni di età*, in *RIDL*, n. 3, II, 750 ss.
- Lazzerini N. (2010), *Effetti diretti orizzontali dei principi generali... Ma non delle direttive che li esprimono? La sentenza della Corte di Giustizia nel caso Küçükdeveci*, in *RDI*, n. 2, 443 ss.
- Mazziotti A. (2009), *La problematica della diversa età pensionabile per lavoratori e lavoratrici tra ambiguità legislative ed equivoci: una discutibile sentenza della Corte di Giustizia Ce*, in *RGL*, n. 1, II, 227 ss.
- Meneghini L. (2009), *Direttive sociali e clausole di non regresso: il variabile ruolo del diritto comunitario nelle decisioni delle Corti superiori*, in *RGL*, n. 3, II, 475 ss.
- Nunin R. (2013), *Le azioni positive e il contrasto alle discriminazioni di genere nel lavoro*, in Spitaleri F. (a cura), *L'eguaglianza alla prova delle azioni positive*, Giappichelli, Torino, 130 ss.
- Papa V. (2011), *Il fattore new comer di discriminazione e il suo temperamento con le politiche sociali nazionali*, in *DLM*, n. 1, 63 ss.
- Peruzzi M. (2011), *Ritorno a Mangold nell'epoca del Trattato di Lisbona*, in *RGL*, 2011, n. 2, II, 140 ss.
- Scarponi S. (2011), *Discriminazioni per età, ricambio generazionale, discriminazione di genere nei recenti orientamenti della Corte di Giustizia Ue*, in *RGL*, n. 2, I, 543 ss.
- Sciarra S. (2006), *Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*, in *FI*, vol. 131, n. 6, IV, 341 ss.
- Speziale V. (2015), *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 259.
- Spitaleri, F. (2010), *Le discriminazioni alla rovescia nel diritto dell'Unione europea*, Aracne, Roma.
- Tarquini E. (2014), *Il divieto di discriminazione per età come principio generale di diritto dell'Unione: una fattispecie di efficacia diretta nei rapporti tra privati*, in *questionegiustizia.it*.
- Tesaurò G. (2012), *Diritto dell'Unione europea*, Cedam, 161 ss.
- Zoppoli L. (2015), *Legittimità costituzionale del contratto di lavoro a tutele crescenti, tutela reale per il licenziamento ingiustificato, tecnica del bilanciamento*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 260.

Serena Zitti
Professore a contratto di Diritto del lavoro e delle relazioni industriali
presso l'Università di Pescara

I

CASSAZIONE, 4.2.2016, n. 2210 – Pres. Stile, Est. Bronzini, P.M. Sanlorenzo (conf.) – Fonpresmetal Gap Spa (avv. La Gioia) c. F.P. (avv.ti Muggia R., Muggia S., Ragusa).
Conf. Corte d'Appello di Brescia, 26.10.2012.

Disabilità – Licenziamento individuale – Apprendisti – Quota di riserva (computabilità) – Adattamento ragionevole.

Nel dubbio interpretativo, nelle controversie aventi a oggetto la tutela delle persone con disabilità (Pcd), non può che darsi un'interpretazione conforme alla Convenzione Onu sui diritti delle Pcd, in quanto meritevoli di una protezione rafforzata anche sul piano lavorativo. (1)

II

CASSAZIONE, 3.11.2015, n. 22421 – Pres. Forselli, Est. Tria, P.M. Servello (diff.) – M.N.E. (avv. Fortuna) c. Poste italiane Spa (avv. Granozzi).
Cassa Corte d'Appello di Palermo, 14.5.2012.

Disabilità – Licenziamento individuale – Trasferimento – Adattamento ragionevole – Caregiver.

La tutela delle Pcd è un diritto fondamentale, che presuppone la previsione di un'adeguata regolamentazione del contratto di lavoro, anche quando ciò interessa i familiari conviventi con la persona con disabilità. Ne consegue che il licenziamento intimato a una lavoratrice che si oppone a un trasferimento, in quanto caregiver, è illegittimo. (2)

III

TRIBUNALE IVREA, 24.2.2016, ord. – Est. Fadda – T.G. c. Officine meccaniche piemontesi Srl.

Disabilità – Licenziamento individuale – Mansioni e qualifica – Malattia – Adattamento ragionevole.

È illegittimo il licenziamento della lavoratrice per sopravvenuta inidoneità alle mansioni quando lo svolgimento delle stesse sarebbe possibile con un adattamento ragionevole dell'ambiente di lavoro o con lo spostamento a mansioni diverse. È onere del datore di lavoro provare l'impossibilità di mantenere la lavoratrice nello svolgimento delle sue mansioni o di adibirla a mansioni diverse, anche con adattamenti dell'ambiente di lavoro, a meno che questi non determinino un onere sproporzionato. (3)

(1-3) IL SISTEMA DI PROTEZIONE RAFFORZATO
DELLE PERSONE CON DISABILITÀ

1. — Il pregio delle sentenze che si commentano è l'aver posto la Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità (Pcd) a fondamento di un sistema unitario di protezione a favore di queste ultime.

La prima sentenza (Cass. n. 2210/16) ha a oggetto l'interpretazione delle norme sulla computabilità degli apprendisti nel novero dei dipendenti ai fini del calcolo della quota di riserva, poiché da questa dipende la legittimità o meno – ai sensi dell'art. 10, c. 4, l. n. 68/1999 – del licenziamento di una lavoratrice con disabilità. Nel caso di specie la Corte non adotta a fondamento del proprio giudicato solo le norme strettamente inerenti, ma le interpreta in modo sistematico con altre fonti al fine di accogliere l'interpretazione di maggior favore per la lavoratrice, dichiarando così l'illegittimità del recesso.

Nella seconda (Cass. n. 22421/2015) la lavoratrice impugna il licenziamento a lei comminato per aver rifiutato un trasferimento. Nel caso di specie la lavoratrice è una *caregiver* e, in ragione del diritto fondamentale all'assistenza da parte della Pcd – non solo per motivi di tipo sanitario, ma anche relazionali –, la Corte considera il trasferimento e il conseguente licenziamento illegittimi.

La terza sentenza (Tribunale di Ivrea) ha a oggetto un licenziamento per sopravvenuta inidoneità fisica alle mansioni svolte, avverso il quale la ricorrente invoca l'adozione di adattamenti ragionevoli che farebbero venir meno tale inidoneità. Il giudice qualifica il licenziamento illegittimo, in quanto il deficit di integrazione nel rapporto di lavoro è una forma di disabilità le cui cause, originanti effetti discriminatori, vanno rimosse con adattamenti dell'ambiente di lavoro.

Nonostante siano diversi i casi affrontati dai giudici (criteri di computo della quota di riserva, trasferimento, inidoneità sopravvenuta alle mansioni), c'è un filo conduttore che li lega: aver assunto a fondamento la Convenzione Onu sui diritti delle Pcd e altre norme di rango sovranazionale che, pur non essendo «fonti» delle singole fattispecie, hanno comunque carattere espressivo di principi comuni degli ordinamenti europei, il rispetto dei quali deve presumersi nelle politiche legislative degli Stati membri (Come affermato dalla C. cost., sent. n. 135/2002). E tra le fonti, la Carta di Nizza agisce in una logica di integrazione tra quelle ai diversi livelli dedicate alla protezione dei diritti fondamentali (C. cost., sent. n. 178/2015). In questo concatenarsi e integrarsi di fonti, il processo interpretativo delle direttive e delle normative antidiscriminatorie deve avvenire in modo conforme alla Convenzione Onu (V. Corte di Giustizia Ue 18.12.2014, C-354/13).

Dato questo assunto, le sentenze che si commentano si caratterizzano per la permeabilità delle norme che regolano il rapporto di lavoro alla tutela dei diritti fondamentali delle Pcd. L'effetto più rilevante è il conseguente mutamento di paradigma nella valutazione dell'esercizio dei poteri datoriali, che dà vita, per dirla con le parole dei giudici di legittimità, a «un sistema unitario di protezione». Due sono i principi a fondamento: la nozione (ampia) di disabilità e la tutela antidiscriminatoria, che trova la sua concretizzazione nell'obbligo di adattamento dell'ambiente di lavoro.

La nozione di disabilità è la chiave di volta di questo mutato assetto. Quella accolta dalla Convenzione Onu (art. 1) segna il passaggio da una modalità di valuta-

zione della disabilità di tipo esclusivamente medico-sanitario a una di tipo bio-psico-sociale (Effiom 2015), in cui non è la condizione soggettiva – stato psicofisico menomato – a qualificare la disabilità, ma l'interazione fra persona e ambiente specifico, che, a causa di barriere di diversa natura, può determinare limitazioni alla piena ed effettiva partecipazione dell'individuo al lavoro.

Questa nozione è a fondamento dell'evoluzione giurisprudenziale europea, che si caratterizza per l'abbandono del modello medico-sanitario ancora presente in *Chacon Navas* (Corte di Giustizia Ue 11.7.2006, C-13/05) a favore di una nozione ampia di disabilità in *HK Danmark* (Corte di Giustizia Ue 11.4.2013, C-335/11 e C-337/11) e più di recente in *Kaltoft* (Corte di Giustizia Ue 18.12.2014, C-354/13). In entrambe, se la condizione individuale (dovuta a una malattia di lunga durata o all'obesità) in interazione con barriere di diversa natura crea ostacoli al godimento di diritti fondamentali, va qualificata come disabilità.

Le sentenze che si commentano mostrano che una conseguenza di quest'accezione ampia di disabilità è il venir meno di una differenziazione di tutele in ragione della tipizzazione legislativa della condizione soggettiva.

Nel nostro ordinamento la disabilità è stata ricondotta a fattispecie diverse in base a durata, causa o effetto sulla prestazione lavorativa, con ciò determinando tecniche di tutela differenziate per i lavoratori. Una tipizzazione che ha portato a distinguere i casi di disabilità derivante da malattie e infortuni che non determinano un impedimento definitivo, con le tutele *ex art.* 2110 c.c.; l'inidoneità sopravvenuta a svolgere le proprie mansioni, rispetto alla quale era possibile il licenziamento per giustificato motivo oggettivo; le ipotesi di sopravvenuta inidoneità alle mansioni (per cause soggettive od oggettive, legate a mutamenti organizzativi o produttivi) per le persone assunte obbligatoriamente, cui si applica la disciplina del collocamento delle Pcd (l. n. 482/1968, prima, e l. n. 68/1999, poi) (Su questi aspetti v. Voza 2015).

Il caso della sopravvenuta inidoneità alle mansioni è esemplificativo. Storicamente la giurisprudenza ha adottato a fondamento delle decisioni il principio di libertà di iniziativa economica, in base al quale il mantenimento occupazionale della Pcd non doveva comportare modifiche dell'organizzazione aziendale (in senso critico v. Ferraro 2009). Le Sezioni Unite (Cass. 7.8.1998, n. 7755, S.U.) in materia di inidoneità sopravvenuta (Topo 2014) ammettevano l'adibizione a mansioni equivalenti o inferiori in caso di sopravvenuta infermità permanente e conseguente impossibilità della prestazione lavorativa, purché l'attività fosse «utilizzabile nell'impresa, secondo l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore». L'obbligo datoriale si limitava ai «possibili adattamenti dell'organizzazione aziendale» T. Ferrara 22.10.2008, n. 219, in *RIDL*, 2009, n. 3, II, pp. 652 ss.) o, al pari degli altri lavoratori, al *repêchage* (Giubboni 2008, p. 7; in precedenza neanche questo era ammesso, Voza 2015), anche se parte della giurisprudenza aveva già cominciato a infrangere il principio di intangibilità dell'organizzazione aziendale (Giubboni 2012, p. 293). L'adozione dei principi di buona fede e correttezza aveva spostato i criteri di valutazione dell'esercizio dei poteri datoriali: la sua legittimità non era più rimessa al solo rispetto delle norme che regolavano le singole fattispecie, ma a una valutazione della «cooperazione all'adempimento» posta in essere dal datore stesso (Bruzzone 2016).

Le sentenze che si commentano mostrano come questo assetto sia stato rovesciato con l'introduzione del c. 3-*bis* all'art. 3 del d.lgs. n. 216 del 2003. Questa norma impone l'adozione di un adattamento ragionevole dell'ambiente di lavoro da parte del datore di lavoro e, alla base della valutazione dell'esercizio dei poteri datoriali, viene adottato il paradigma antidiscriminatorio, in quanto tale adattamento è funzionale alla rimozione delle barriere che sono causa dell'interazione (negativa) fra persona e ambiente, andando così a recare uno svantaggio nel godimento di diritti fondamentali.

Nella sentenza del Tribunale di Ivrea questa norma viene assunta a fondamento dell'illegittimità del recesso intimato senza aver provveduto ad adattamenti dell'ambiente di lavoro per evitarlo. Interpretazione questa resa possibile dall'integrazione delle norme in materia di sopravvenuta inidoneità alla mansione proprio con il dettato dell'art. 3, c. 3-*bis*, del d.lgs. n. 216/03, per «disegnare una tutela che può dirsi unitaria». In altri termini, la normativa antidiscriminatoria concorre a integrare il sistema del diritto del lavoro a favore della persona con disabilità, con forme di tutela aggiuntive rispetto a quelle tipizzate dalle norme sostanziali (Giubboni 2008, p. 22).

Altro ambito in cui questa norma trova manifestazione è il *caregiver*. Analogamente al caso della sentenza *Coleman* (C. Giust. 17.7.2008, C-303/06), la tutela a favore delle Pcd in quanto diritto fondamentale impone che per la sua effettività siano rese funzionali le norme esistenti, anche quando solo indirettamente rivolte alla Pcd, come nel caso delle norme sul rapporto di lavoro del *caregiver*. Come affermato dalla Cassazione (Sent. n. 22421/15), la tutela da garantire alla Pcd deve essere finalizzata ad assicurare «un più adeguato livello di vita e di protezione sociale, in tutti gli ambiti», e deve, quindi, essere piena, il che richiede «oltre alle necessarie prestazioni sanitarie e di riabilitazione, anche la cura, l'inserimento sociale e, soprattutto, la continuità delle relazioni costitutive della personalità umana» (C. cost. 18.7.2013, n. 203). Conseguentemente si amplia la funzione del *caregiver*, divenendo depositario di diritti esercitabili nell'ambito del rapporto di lavoro, anche quando la condizione di disabilità non sia accertata ai fini dei permessi accordati ai familiari lavoratori (Art. 4, l. n. 104 del 1992).

Diretta conseguenza dell'accezione di disabilità ampia accolta è l'ampiezza dell'obbligo di adattamento ragionevole. Se le barriere che ostacolano l'interazione della persona nell'ambiente specifico sono di diversa natura, anche gli adattamenti dell'ambiente stesso dovranno assumere connotazione diversa e ampia. Sul punto la Corte di Giustizia si è già pronunciata – seguita dalle sentenze che si commentano –, accogliendo una nozione ampia di adattamento ragionevole che non può ridursi alle modifiche di natura fisica/architettonica dell'ambiente di lavoro, ma imponendo di considerare anche aspetti organizzativi e procedurali, come la redistribuzione delle mansioni, il cambiamento dei turni, la riduzione e rimodulazione dell'orario di lavoro, nonché interventi di carattere materiale (Cimaglia 2013), con un approccio fortemente individualizzato in base alle esigenze della persona (Effiom 2015).

Ciò ha delle implicazioni notevoli sull'onere della prova. L'adattamento ragionevole è un obbligo gravante sul datore di lavoro, la cui violazione determina un inadempimento contrattuale. L'adozione del paradigma antidiscriminatorio impone che sia il datore di lavoro a dimostrare l'impossibilità di impiegare il lavoratore con disabilità, provando non solo l'inesistenza di mansioni equivalenti o inferiori, ma anche che gli adattamenti, compresi quelli di natura organizzativa, che sarebbero effettiva-

mente necessari per consentire la ricollocazione del lavoratore, imporrebbero la sopportazione di un onere finanziario irragionevole. La dimostrazione dell'impossibilità di impiegare la persona con disabilità si estende, quindi, alle modifiche all'organizzazione aziendale, anche onerose, e alla loro irragionevolezza (Giubboni 2014).

Sulla ragionevolezza dell'onere, qualche dubbio desta la decisione del Tribunale di Ivrea, che assume a riferimento la cifra che l'azienda si era dichiarata disponibile a corrispondere in fase di conciliazione. Per quanto la normativa su questo sia lacunosa (gli unici indicatori possono trarsi dai Considerando 20 e 21 della Direttiva n. 78/2000), sarebbe opportuna l'individuazione di criteri oggettivi. L'economia del presente lavoro non consente approfondimenti opportuni, ma uno strumento potrebbe essere il progetto di inserimento lavorativo, quale atto utile alla definizione e quantificazione degli oneri di adattamento, anche a fini probatori (Cimaglia 2013). È chiaro che ciò richiede quanto prima la messa a regime della riforma introdotta dal d.lgs. n. 151/2015 con l'emanazione delle linee guida ivi previste, a condizione che la *governance* complessiva del sistema del collocamento mirato faccia proprio l'approccio della valutazione bio-psico-sociale.

Riferimenti bibliografici

- Bruzzone S. (2016), *L'inclusione lavorativa e gli «accomodamenti ragionevoli»: prime riflessioni*, in *@Bollettino Adapt*, 17 maggio 2016.
- Cartabia M. (2014), *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Incontro trilaterale tra le Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, dattiloscritto.
- Cimaglia M.C. (2013), «Niente su di noi senza di noi»: la Corte di Giustizia delinea il nuovo diritto al lavoro delle persone con disabilità, in *RGL*, n. 3, II, 397 ss.
- Effiom S.B. (2015), *Disability Discrimination and Substantive Equality: What Lessons Could Be Learned from the british Public Sector Equality Duty?*, in *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, vol. 4, n. 2, maggio-giugno 2015, 1 ss.
- Ferraro G. (2009), *Tutela dei disabili e poteri imprenditoriali*, in La Macchia C. (a cura di), *Disabilità e lavoro*, Ediesse, Roma.
- Giubboni S. (2008), *Il licenziamento del lavoratore disabile tra disciplina speciale e tutela antidiscriminatoria*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 67.
- Giubboni S. (2012), *Sopravvenuta inidoneità alla mansione e licenziamento. Note per una interpretazione «adeguata»*, in *RIDL*, vol 31, n. 2, I, 289 ss.
- Giubboni S. (2015), *Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione dopo la legge Fornero e il Jobs Act*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 261.
- Topo A. (2014), *Il licenziamento del lavoratore malato e del lavoratore disabile*, in *GI*, n. 2, cc. 436 ss.
- Vencharutti A. (2014), *La disabilità secondo la Corte di Giustizia: il modello bio-psico-sociale diventa «europeo»?», in *Diritticomparati.it*.*
- Voza R. (2015), *Sopravvenuta inidoneità psicofisica e licenziamento del lavoratore nel puzzle normativo delle ultime riforme*, in *ADL*, n. 4-5, I, 771 ss.

Maria Cristina Cimaglia
Dottore di ricerca in Diritto del lavoro

CASSAZIONE, 28.1.2016, n. 1608 – Pres. Venuti, Est. Venuti, P.M. Finocchi Ghersi (diff.) – G.M. (avv.ti Mangazzo, Blasio, Abbate) c. Eni Spa - Divisione Refining & Marketing (avv. Abignente).
Cassa Corte d'Appello di Napoli, 18.1.2012.

Trasferimento del lavoratore – Art. 2103, c. 8, c.c. – Ragioni tecniche, organizzative e produttive – Sindacato del giudice – Controllo di legittimità – Artt. 1175 e 1375 c.c. – Buona fede e correttezza – Adeguatezza e proporzionalità – Criteri di scelta – Unità produttiva di provenienza e di destinazione – Prova delle ragioni.

Salva l'insindacabilità nel merito del trasferimento del lavoratore, il datore di lavoro, in applicazione dei principi di correttezza e buona fede, qualora possa far fronte alle ragioni aziendali optando per differenti soluzioni organizzative, per lui paritarie, è tenuto a preferire quella meno gravosa per il dipendente, soprattutto laddove quest'ultimo dimostri la sussistenza di serie ragioni familiari ostative al provvedimento. Peraltro, alla luce degli artt. 1175 e 1375 c.c., il controllo giudiziale delle ragioni non può limitarsi alla sola sede di provenienza, ma deve estendersi anche a quella di destinazione del lavoratore, con onere a carico del datore di provare l'esistenza delle ragioni stesse. (1)

(1) TRASFERIMENTO DEL LAVORATORE, CORRETTEZZA E BUONA FEDE

1. — La pronuncia in epigrafe consente di verificare il ruolo giocato dalle clausole di correttezza e buona fede nell'accertamento della legittimità del trasferimento del prestatore di lavoro.

G.M., operaio specializzato dipendente dell'Eni Spa - Divisione Refining & Marketing, a seguito di una sentenza con la quale era stata accertata un'illecita interposizione di manodopera e disposta la sua reintegrazione nel posto di lavoro, veniva invitato dalla società datrice a prendere servizio presso l'unità produttiva di Livorno-Collesalveti, distante oltre seicento chilometri dal suo luogo di residenza: Napoli. G.M., contestato il trasferimento, non si presentava presso la nuova sede, venendo così licenziato. Il lavoratore, pertanto, depositava ricorso volto alla declaratoria di illegittimità del trasferimento e del successivo licenziamento. La domanda veniva rigettata in primo grado e confermata dalla Corte d'Appello di Napoli, con sentenza del 18.1.2012. Secondo la Corte, il trasferimento era legittimo perché sorretto da ragioni tecniche, organizzative e produttive e non avendo la società violato i criteri di buona fede e correttezza. Veniva escluso, inoltre, il carattere persecutorio o ritorsivo del provvedimento e la sua finalizzazione a indurre il lavoratore a non prendere servizio, attesa la lontananza della nuova sede di lavoro dalla sua residenza. A detta della Corte, la società non risultava obbligata a soddisfare le richieste del lavoratore in relazione alle condizioni di vita e alle esigenze familiari, dovendone valutare la compatibilità rispetto alle ragioni aziendali. Peraltro, il controllo giudiziale non poteva sindacare il meri-

to della scelta datoriale di trasferire il dipendente, cosicché essa non doveva essere inevitabile, bastando che costituisse una delle possibili opzioni adottabili sul piano tecnico, organizzativo e produttivo.

Avverso tale pronuncia G.M. proponeva ricorso per Cassazione, per violazione degli artt. 2103, 1175 e 1375 c.c. La società datrice avrebbe dovuto tener conto, nell'individuazione della sede di destinazione, delle esigenze familiari del lavoratore. Inoltre, le ragioni tecniche, organizzative e produttive dovevano essere valutate e provate con riguardo alla sede *a qua* come a quella *ad quam*, alla luce dei criteri di buona fede e correttezza.

Con la sentenza in commento, la Suprema Corte, accogliendo il ricorso di G.M., cassava la decisione impugnata, rinviando, anche per le spese, alla Corte d'Appello di Napoli in diversa composizione.

2. — La Corte esordisce ribadendo alcuni principi ben conosciuti in giurisprudenza e dottrina in materia di trasferimento del lavoratore.

Com'è noto, il trasferimento del lavoratore, ai sensi dell'art. 2103, comma 8, c.c., può essere disposto solo in presenza di «comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive», ossia di un giustificato motivo oggettivo. Secondo la dottrina maggioritaria tali ragioni costituiscono un «limite esterno» al potere datoriale [Cfr.: Perulli 2015; Zoli 2014; Zoli 2008; per Carinci (2005), invece, si tratterebbe di un «limite interno»], ossia «i presupposti di fatto dell'atto», che, «pur rimanendo al di fuori della struttura negoziale, sono considerati requisiti di validità dell'atto» (Napoli 1982, 16). In altre parole, alla base del trasferimento deve esservi un fatto, costituito da una modifica organizzativa cui il datore di lavoro deve rispondere (Cfr. Tufo 2016; Carinci 2005).

È orientamento consolidato nella giurisprudenza della Suprema Corte che il controllo giurisdizionale sul trasferimento debba fermarsi alla valutazione della legittimità dell'atto e non possa estendersi al merito della scelta datoriale (Tra le più recenti v. Cass. 25.10.2013, n. 24189, in *Defure*; Cass. 22.8.2013, n. 19425, *ivi*; Cass. 7.8.2013, n. 18827, *ivi*; Cass. 2.3.2011, n. 5099, *ivi*), sostituendosi il giudice, in tale secondo caso, al datore di lavoro, in violazione del principio di libertà dell'iniziativa economica, *ex art.* 41, comma 1, Cost. Tale orientamento, peraltro, è stato da tempo recepito dal legislatore, secondo il quale nelle norme sull'esercizio dei poteri datoriali «il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro...» (Art. 30, comma 1, l. 4.11.2010, n. 183, cd. Collegato lavoro, su cui v. Ballestrero 2014 e Carinci 2011).

Il controllo di legittimità da parte del giudice si sostanzia nell'accertamento della sussistenza del nesso di causalità tra il trasferimento e le sue ragioni, costituite dal fatto presupposto della «modifica organizzativa». Tale verifica giudiziale si risolve, a ben vedere, in un controllo esterno sulla causa negoziale concreta del trasferimento. Per mezzo di questa operazione il giudice accerta che il datore abbia posto in essere l'atto allo scopo di rispondere alla esigenza organizzativa sorta nel caso di specie e che, dunque, non vi sia una deviazione dalla causa in concreto. Se la conformità rispetto alla causa sarà accertata, l'atto datoriale sarà razionale, essendovi adeguatezza e con-

gruenza tra mezzi e fini dell'azione, ossia tra il trasferimento e la modifica organizzativa (Cfr. Tufo, 2016). Di conseguenza, la scelta datoriale non dovrà essere necessariamente inevitabile, essendo sufficiente che il trasferimento costituisca una tra le possibili opzioni, tutte ragionevoli, che il datore possa adottare sul piano tecnico, organizzativo e produttivo (Cfr. Cass. n. 24189/2013, cit.; Cass. n. 19425/2013, cit.; Cass. n. 18827/2013, cit.; Cass. n. 5099/2011, cit.).

3. — L'ampia discrezionalità attribuita al datore di lavoro in tema di modifica del luogo della prestazione trova ulteriori limiti, attinenti alla proporzionalità dell'esercizio del potere di trasferire rispetto all'interesse del lavoratore.

A volte la contrattazione collettiva subordina la scelta del lavoratore da trasferire alla ponderazione delle esigenze personali o familiari di quest'ultimo (V., ad esempio, art. 8, commi 1-2, Sez. IV, Titolo I, Ccnl 5.12.2012 per i lavoratori addetti all'industria metalmeccanica privata e alla installazione di impianti; art. 58, comma 1, Ccnl 5.3.2004 edilizia cemento, calce, gesso). In mancanza di tali disposizioni, si esclude che esista un obbligo generale a carico del datore di effettuare una comparazione tra i dipendenti ai fini del trasferimento (Cfr., tra le più recenti, Cass. 14.5.2013, n. 11527, in *DeJure*).

È però noto che il datore, nell'esercizio dei suoi poteri, deve rispettare i principi di buona fede e correttezza, ex artt. 1175 e 1375 c.c. (Cfr. Perulli 2002; Persiani 1995), preservando gli interessi della controparte contrattuale, in attuazione del principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost. e nel rispetto della sicurezza, libertà e dignità umana, ex art. 41, comma 2, Cost. (Cfr. Brollo 1997). In questa misura, le condizioni soggettive del lavoratore, codificate all'art. 5, l. n. 223/1991, in tema di licenziamenti collettivi, fanno ingresso per mezzo delle clausole generali nell'esercizio del potere di trasferimento (Cfr.: Levi 2000; Brollo 1997; Angiello 1986) e, dunque, qualora il creditore della prestazione di lavoro possa far fronte alle ragioni oggettive optando per una diversa soluzione organizzativa, per lui paritaria, sarà tenuto ad adottare quella meno gravosa per il dipendente, specialmente laddove questi provi l'esistenza di serie ragioni familiari ostative al trasferimento (Cfr. Cass. 28.7.2003, n. 11597, in *DeJure*). Sulla scorta di ciò, la dottrina ha elaborato un procedimento in due fasi per la scelta del lavoratore da trasferire, che il datore dovrebbe osservare (Cfr. Brollo 1997): nella prima fase bisognerebbe individuare la «cerchia dei trasferibili», ossia i soggetti il cui trasferimento soddisferebbe l'interesse datoriale; nella seconda fase si darebbe applicazione ai criteri di scelta del lavoratore da trasferire sopra citati. Il datore dovrebbe cioè seguire il principio secondo il quale andrebbe trasferito «il lavoratore «più forte» anziché quello «più debole»», la cui inosservanza darebbe luogo alla nullità del provvedimento, attenendo il rispetto di tale principio alla sussistenza del nesso di causalità tra trasferimento e singolo dipendente trasferito [Brollo 1997, 530; *contra*, Nogler (2007), secondo il quale ciò si risolverebbe nella violazione degli artt. 1175 e 1375 c.c., con conseguente risarcimento del danno]. In altre parole, la scelta del datore deve essere orientata a contemperare l'interesse organizzativo con quello del lavoratore, e la giurisprudenza verifica il raggiungimento di questo «equo bilanciamento» per mezzo di un controllo di proporzionalità in senso stretto (Cfr. Perulli 2015).

4. — La novità della sentenza in commento risiede nell'affermazione secondo cui le ragioni oggettive non devono sussistere solamente nella sede *a qua*, ma anche nella sede *ad quam* del trasferimento.

Per la dottrina (Cfr. Zoli 2014; Vallebona 1987) e giurisprudenza maggioritarie, la prova delle ragioni del trasferimento, seppur rigorosa (V., *ex multis*, Cass. 16.4.1992, n. 4655, in *RIDL*, 1993, n. 3, II, 571, con nota di Proia), può riguardare tanto la sola unità produttiva di provenienza (Cfr. Cass. n. 18827/2013, cit.), quanto esclusivamente quella di destinazione (Cfr. Cass. n. 5099/2011, cit.; Cass. 2.1.2001, n. 27, in *DeJure*; Cass. 18.11.1999, n. 12812, *ivi*). Al contrario, da tempo parte della giurisprudenza di merito richiede la prova delle ragioni presso entrambe le sedi (Cfr. T. Varese 6.2.2014, in *DeJure*; T. Milano 28.11.2003, *ivi*; T. Roma 30.5.2003, *ivi*; Pret. Milano 10.9.1979, *ivi*), in ragione del rigore probatorio del trasferimento e dei principi di correttezza e buona fede, al fine di escludere scelte arbitrarie e lesive degli interessi dei lavoratori (Cfr. T. Varese, cit.).

Questa opinione è stata ritenuta «eccessiva» (Cfr. Liso 1982), dovendosi dimostrare la non impiegabilità del lavoratore presso la sede *a qua* e, al contempo, la sua impiegabilità presso quella *ad quam*, cosicché il trasferimento sarebbe legittimo solo se inevitabile, con estensione del sindacato del giudice al merito delle scelte del datore e senza opportunità per quest'ultimo di decidere tra le possibili opzioni organizzative a disposizione (Cfr. Zoli 2014). Solo laddove il datore di lavoro abbia allegato la sussistenza di una pluralità di ragioni, ordinate secondo una scala di priorità, egli dovrebbe provare sia la ragione secondaria, sia quella principale, alla luce degli artt. 1175 e 1375 c.c. (Cfr. Cass. 22.3.2005, n. 6117, in *DeJure*).

5. — Con la decisione in epigrafe la Cassazione accoglie l'impostazione della giurisprudenza di merito sopra citata, estendendo il controllo delle ragioni a entrambe le sedi del trasferimento, per mezzo dei principi di buona fede e correttezza. La prova delle ragioni presso entrambe le unità produttive risponde alla necessità di accertare che l'atto datoriale sia stato posto in essere per affrontare una genuina modifica organizzativa e non al fine di perseguire scopi lesivi degli interessi del lavoratore. Come ribadito dalla Suprema Corte nella sentenza in commento, tale soluzione non si sostanzia nella configurazione del trasferimento quale *extrema ratio*, ossia nella sua inevitabilità (Si tratta di un orientamento di merito, oramai superato, sostenuto in particolare da T. Firenze 23.3.1985, in *RIDL*, 1985, n. 3, II, 426, con nota di Del Punta), ma piuttosto in un controllo di legittimità del nesso di causalità tra la scelta del lavoratore da trasferire e il trasferimento, teso a evitare decisioni arbitrarie da parte del datore di lavoro. Questa estensione del controllo giudiziale appare opportuna, potendosi verificare situazioni in cui il trasferimento sia sorretto da una ragione organizzativa, e dunque appaia giustificato, ma nasconda la finalità di ledere la posizione del prestatore di lavoro. Nel caso di specie, sebbene il provvedimento di trasferimento apparisse adeguato rispetto a una modifica organizzativa esistente presso la sede di provenienza, non risultava tuttavia proporzionato rispetto all'interesse del dipendente, considerate le esigenze soggettive di quest'ultimo, ossia le sue condizioni familiari, ma anche le mansioni di operaio specializzato da lui svolte in relazione alla sede di destinazione.

Riferimenti bibliografici

- Angiello L. (1986), *Il trasferimento dei lavoratori*, Cedam, Padova.
- Ballestrero M.V. (2014), *Tra confusione e sospetti. Clausole generali e discrezionalità del giudice del lavoro*, in *LD*, n. 2-3, 389 ss.
- Brollo M. (1997), *La mobilità interna del lavoratore: mutamento di mansioni e trasferimento*, Giuffrè, Milano.
- Carinci M.T. (2005), *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, Padova.
- Carinci M.T. (2011), *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. n. 183/2010*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 114.
- Levi A. (2000), *Il trasferimento disciplinare del prestatore di lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Liso F. (1982), *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano.
- Napoli M. (1982), *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano.
- Nogler L. (2007), *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in *DLRI*, n. 4, 593 ss.
- Persiani M. (1995), *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, in *DL*, n. 2, 135 ss.
- Perulli A. (2002), *La buona fede nel diritto del lavoro*, in *RGL*, n. 1, I, 3 ss.
- Perulli A. (2015), *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *RIDL*, n. 1, I, 83 ss.
- Tufo M. (2016), *Il trasferimento per incompatibilità ambientale nell'impiego privato*, in *DLM*, n. 1 (in corso di pubblicazione).
- Vallebona A. (1987), *Il trasferimento del lavoratore*, in *RIDL*, n. 1, I, 67 ss.
- Zoli C. (2008), *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *ADL*, n. 1, I, 31 ss.
- Zoli C. (2014), *Il controllo giudiziario e gli atti di esercizio del potere direttivo: il trasferimento del lavoratore e il mutamento delle mansioni*, in *DRI*, n. 3, 709 ss.

Marco Tufo

*Dottorando di ricerca in Relazioni di lavoro
presso l'Università di Modena e Reggio Emilia,
Fondazione Marco Biagi*

I

CORTE D'APPELLO BOLOGNA, 10.3.2016 – Pres. Brusati, Est. Ponterio – Radiologia D.M. Srl (avv. Arnò) c. M.M. (avv. Casini).

Licenziamento individuale – Giusta causa – Licenziamento ritorsivo – Motivo illecito – Carattere ritorsivo delle sanzioni disciplinari – Reintegrazione.

L'intento ritorsivo del datore di lavoro, quale motivo illecito determinante la sua condotta, può guidare l'intero esercizio del potere disciplinare, rendendo quindi affette da nullità anche le contestazioni disciplinari che precedono il licenziamento. (1)

II

TRIBUNALE MONZA, 9.2.2016, ord. – Est. Cappelli – X.X. (avv. ti Apollonio, Martino) c. Y.Y. (avv. Caglio).

Licenziamento individuale – Giustificato motivo oggettivo – Licenziamento ritorsivo – Motivo illecito – Reintegrazione.

Il licenziamento irrogato per motivi ritorsivi, relativi alla mancata accettazione da parte del lavoratore della proposta formulata del datore di lavoro (di sottoscrivere un accordo in sede protetta e di stipulare un contratto), è nullo in quanto determinato da un motivo illecito, stante anche l'inesistenza della ragione oggettiva addotta a giustificazione del recesso. (2)

(1-2) SULLA NATURA RITORSIVA DEL LICENZIAMENTO

1. — Le pronunce in epigrafe si occupano della tematica inerente al licenziamento individuale determinato dal motivo illecito. Tale motivo consiste, segnatamente, nell'intento ritorsivo del datore di lavoro a danno del lavoratore. L'argomento ivi trattato rimanda a molteplici e complesse questioni interpretative, oggetto tutt'ora di differenti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali.

La sentenza della Corte d'Appello di Bologna riguarda il licenziamento di una lavoratrice in seguito al suo rifiuto di rinegoziare il proprio contratto di lavoro nei termini, peggiorativi, richiesti dal datore di lavoro. Come emerge dalle risultanze istruttorie richiamate in motivazione, immediatamente dopo la mancata accettazione della proposta datoriale la dipendente riceveva due distinte contestazioni disciplinari nello spazio di pochi giorni. Alle contestazioni seguiva il licenziamento per giusta causa. La lavoratrice proponeva ricorso dinanzi al giudice competente, il quale ordinava alla so-

cietà datrice di lavoro la reintegra della ricorrente. Tale decisione veniva confermata dal giudice dell'opposizione e poi dalla Corte d'Appello di Bologna. Quest'ultima, infatti, rigetta integralmente il reclamo del datore di lavoro e afferma la natura ritorsiva anche delle contestazioni disciplinari che avevano preceduto il licenziamento.

L'altra pronuncia del Tribunale di Monza concerne un recesso intimato a un impiegato con funzioni direttive, asseritamente per giustificato motivo oggettivo. Il licenziamento interveniva proprio nell'arco temporale in cui l'amministratore delegato della società datrice di lavoro e il dipendente avevano intrapreso delle trattative riguardanti il loro rapporto di lavoro. L'amministratore aveva proposto al lavoratore di stipulare un nuovo contratto di collaborazione autonoma, subordinato però alla sottoscrizione di un accordo in sede sindacale con cui il lavoratore avrebbe dovuto accettare il licenziamento proposto dal datore. A fronte di tale richiesta, vista l'iniziale titubanza dell'impiegato, iniziava un intenso scambio di mail nell'ambito del quale mentre l'amministratore continuava a domandare la sottoscrizione del contratto e l'accettazione del licenziamento, il dipendente richiedeva la modifica di alcuni punti del contratto di consulenza senza tuttavia ottenere alcun riscontro. Nel frattempo giungeva al lavoratore la lettera di licenziamento. Il Tribunale accoglie il ricorso del lavoratore inquadrando la fattispecie concreta nell'ambito del licenziamento cosiddetto ritorsivo.

A tali casi risulta applicabile *ratione temporis* la disciplina prevista dallo Statuto a tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo, poiché i relativi rapporti di lavoro sono sorti prima del 7 marzo 2015.

2. — La ritorsione è definita dalla giurisprudenza come quell'atto caratterizzato da un motivo vendicativo del datore di lavoro che si manifesta nelle forme di una «ingiusta e arbitraria reazione a un comportamento legittimo del lavoratore colpito» (Così, tra le altre, Cass. 8.8.2011, n. 17087, in *RGL*, 2012, n. 2, II, con nota di Cannati, 326 ss.). Tradizionalmente l'atto unilaterale datoriale di natura ritorsiva veniva considerato nullo in virtù del combinato disposto degli artt. 1418, 1345 e 1324 c.c. (A riguardo, si v. Sordi 2013, 253 ss.). Allo scopo di fornire maggiore tutela al lavoratore, si usava anche considerare il licenziamento ritorsivo in rapporto di *species a genus* rispetto al recesso discriminatorio (Così, Cass. 3.8.2011, n. 16925, in *RIDL*, 2012, n. 2, II, 362, con nota di Pederzoli. Sul punto, cfr. Barbera 2013, 160 ss.). Tale sovrapposizione, però, mortificava la distinzione tra licenziamento discriminatorio, in presenza di fattori tipizzati, e quello dovuto alla motivazione illecita dell'agente: com'è noto, secondo la dottrina maggioritaria, la nozione di discriminazione presente nel nostro ordinamento avrebbe una connotazione puramente oggettiva in quanto connessa agli effetti pregiudizievoli subiti dal lavoratore e non all'intento del datore di lavoro (Si v., anche in relazione alle fonti normative del licenziamento discriminatorio, Ballestrero 2012, 810 ss.) La questione pare essere stata affrontata dal legislatore del 2012 che, novellando l'art. 18 St. lav., ha distinto il licenziamento discriminatorio da quello per «motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 del codice civile», accomunando i due recessi nel solo regime sanzionatorio consistente nella cosiddetta tutela ripristinatoria piena. È dunque opinione diffusa, soprattutto in dottrina, che proprio alla luce delle modifiche statutarie introdotte dalla l. n. 92 del 2012 «il licenziamento per ritorsione non può essere ricondotto nell'ambito del licenziamento disci-

minatorio e va invece considerato una delle fattispecie sussumibili nella categoria del recesso datoriale nullo per illiceità dei motivi» (Sordi 2013, 256; e, tra gli altri, Barbieri 2013, 19 ss.; *contra*, v. Carinci 2012, per la quale ogni licenziamento ingiustificato è da considerarsi discriminatorio). In piena aderenza a tale ipotesi interpretativa si pone la pronuncia del Tribunale di Monza che attrae il licenziamento ritorsivo nell'alveo del motivo illecito determinante: l'ordinanza qualifica il recesso ritorsivo come «nullo perché determinato da motivo illecito ai sensi dell'art. 1345 del codice civile», richiamando pedissequamente l'art. 18, c. 1, St. lav. (Con riferimento al motivo illecito nell'ambito della disciplina del licenziamento si v. Lepore 2014, 541 ss.). Anche la Corte d'Appello di Bologna, nel confermare la sentenza del giudice di primo grado, sgancia il licenziamento ritorsivo da quello discriminatorio dichiarando anche l'inesistenza di altre ragioni, concorrenti rispetto all'intento vendicativo, a giustificazione del licenziamento.

È utile evidenziare come parte della dottrina abbia proposto di interpretare alla lettera l'art. 18, c. 1, St. lav., negando che il riferimento al motivo determinante e illecito vada inteso nel senso della necessaria sussistenza anche del requisito dell'esclusività (In tal senso, ad esempio, cfr.: Marazza 2012, 615 ss.; Carinci 2012; Lepore 2014, 546). Con tale interpretazione si vuole accordare al lavoratore colpito da un licenziamento ritorsivo la tutela reintegratoria di cui all'art. 18, cc. 1 e 2, anche qualora il motivo illecito risulti determinante ma non esclusivo. Ci si riferisce, chiaramente, ai casi in cui l'intento ritorsivo concorre a determinare il licenziamento insieme ad altra valida motivazione. La questione è tutt'altro che pacifica, giacché proprio l'art. 18 richiama la norma dell'art. 1345 c.c. che definisce detto motivo quale determinante, illecito ed esclusivo. Sul punto, tanto la Corte d'Appello di Bologna quanto il Tribunale di Monza sembrano confermare l'indirizzo espresso da molteplici pronunce di legittimità (Cfr., da ultimo, Cass. 27.2.2015, n. 3986, in *Diritto e giustizia*, 2015) che affermano la necessaria esclusività del motivo illecito, ai fini dell'applicazione dei rimedi previsti dall'art. 18, cc. 1 e 2, dello Statuto.

3. — Alla luce di quanto fin qui esposto appare evidente che l'indagine sulla inesistenza della giustificazione posta a fondamento del recesso datoriale sia intimamente connessa alla verifica della natura ritorsiva di quest'ultimo.

Nel primo caso qui esaminato la Corte d'Appello, come detto, dichiara la natura ritorsiva dell'intero procedimento disciplinare conclusosi con il licenziamento del lavoratore. La sentenza ha origine dal reclamo del datore di lavoro che, nel censurare la pronuncia di primo grado, lamentava la mancata indagine sulla proporzionalità della sanzione disciplinare, continuando a sostenere l'esistenza di un inadempimento del lavoratore (Sul principio di proporzionalità, *ex plurimis*, Cass. 13.12.2010, n. 25144, in *DeJure*). Secondo il reclamante, il licenziamento non poteva essere considerato irrogato per un motivo illecito, giacché l'intento ritorsivo non sarebbe stato unico e determinante. Il Collegio ritiene invece accertata l'inesistenza o spiccata modestia dei fatti contestati al lavoratore, tali da non poter avere alcuna rilevanza disciplinare (Per un caso simile nell'esito, ma riguardante un licenziamento per motivi sindacali, cfr. Cass. 26.5.2015, n. 10834, in *ADL*, 2015, n. 4, II, 966, con nota di Gramano, 971 ss.). Pertanto la Corte, in linea con il primo giudice, individua quale reale e unica motivazione del recesso il rifiuto opposto dalla lavoratrice a rinegoziare il contratto di lavoro

nei termini richiesti dal datore. Essa dichiara quindi la nullità delle stesse contestazioni disciplinari, poiché ritenute determinate dal medesimo motivo ritorsivo che ha contraddistinto pure il susseguente licenziamento. È importante notare che la nullità delle contestazioni disciplinari non può certamente discendere dall'applicazione dall'art. 18, c. 1, poiché detta norma sanziona il solo licenziamento illegittimo. Il Collegio, perciò, pare aver correttamente applicato le norme generali in tema di nullità per il motivo illecito dell'atto unilaterale. Ci si riferisce agli artt. 1418, 1324 e 1345 c.c., il cui combinato disposto ha costituito, come rilevato in precedenza, la porta d'accesso del licenziamento ritorsivo nella casa della tutela reintegratoria ben prima della l. n. 92/2012. Secondo la Corte: «l'intento ritorsivo, quale motivo illecito determinante la condotta datoriale, ampiamente provato dalla lavoratrice, ha agito nelle stesse contestazioni disciplinari e poi nella decisione del recesso. Con la conseguenza che la nullità derivante dal motivo illecito determinante (Cfr. artt. 1418 e 1343 c.c.) investe dall'interno gli atti datoriali di contestazione e licenziamento e impedisce di valutare la condotta contestata ai fini della eventuale integrazione di un illecito disciplinare». I giudici bolognesi, dunque, richiamano la già consolidata ricostruzione interpretativa al fine di includere nella nozione di ritorsione anche atti datoriali diversi dal licenziamento, così da dichiararne la nullità. Si noti peraltro come il Collegio, parlando di «nullità derivante dal motivo illecito» nonché affermando che questa «investe dall'interno gli atti datoriali» e allo stesso tempo richiamando l'art. 1343 c.c., sembri alludere alla questione inerente al rapporto tra motivo e causa illecita, che non è qui possibile affrontare.

Anche il Tribunale di Monza ritiene che nella vicenda esaminata risulti insussistente ogni giustificazione del recesso datoriale. Il giudice rileva un evidente contrasto tra il contenuto della mail inviata dall'amministratore delegato durante le trattative con il lavoratore e quanto scritto nella lettera di licenziamento. Nella mail si affermava che le mansioni assegnate al lavoratore, qualora egli avesse accettato un nuovo contratto di collaborazione esterna, sarebbero rimaste immutate rispetto a quelle già svolte come dipendente. La lettera di licenziamento, però, indicava come motivo oggettivo a giustificazione del recesso la necessità di attivare una ristrutturazione aziendale «che obbliga la società a privarsi della sua figura».

Al profilo dell'accertamento del motivo illecito si collega direttamente la questione dell'onere probatorio. Le pronunce in esame richiamano un consolidato indirizzo (Cass. 8.8.2011, n. 17087, cit., e Cass. 6.6.2013, n. 14319, in *LG*, 2014, n. 2, 145, con nota di Cosattini, 148 ss.) in base al quale la prova della natura vendicativa del licenziamento, che può essere data anche per presunzioni, grava sul lavoratore. Questi, in particolare, deve dimostrare l'esistenza di un motivo ritorsivo, unico e determinante, nonché di un collegamento causale tra il recesso e l'intento vendicativo (Cfr., da ultimo, Cass. 16.7.2015, n. 14928, in *Diritto e giustizia*, 2015, n. 29, 9, con nota di Tonetti). Rispetto a tale prova «riveste rilievo pregnante la omessa dimostrazione, con onere a carico del datore, dell'esistenza delle ragioni formalmente addotte a giustificazione del licenziamento» (Cass. 8.8.2011, n. 17087, cit.).

4. — Le questioni giuridiche affrontate dalle pronunce in discorso risultano ugualmente importanti a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 23 del 2015. I rapporti di lavoro a cui si applica l'art. 18 St. lav. sono copiosi e del resto le argomentazioni

esprese da tale giurisprudenza di merito sembrano riproducibili anche a tutela dei lavoratori occupati con il nuovo contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Anche l'art. 2 del decreto legislativo n. 23/2015, infatti, sanziona con la reintegrazione il licenziamento nullo. Tale norma, però, non indica nessuna specifica ipotesi di nullità del licenziamento, salvo quella per discriminazione: manca una chiara menzione anche del motivo illecito determinante. Ciononostante occorre rilevare, senza pretesa di esaustività, come la disposizione in discorso possa essere interpretata includendo nei «casi di nullità espressamente previsti dalla legge» la previsione di cui all'art. 1418 c.c., comma 2 (dunque, in combinato disposto con gli artt. 1324 e 1345 c.c.). Infatti, detto art. 1418 prevede «espressamente», tra le cause di nullità, il motivo illecito, nel cui ambito si riconduce il licenziamento ritorsivo. Siffatta interpretazione dell'art. 2 appare preferibile a quella di segno opposto che potrebbe, sotto diversi profili, rendere la norma costituzionalmente illegittima (Per un'analisi della questione, si v. Speciale 2016). In tal senso, le opzioni interpretative in tema di licenziamento ritorsivo e di nullità dell'atto prodromico a questo, quale la contestazione disciplinare, paiono essere valide anche in riferimento alla disciplina concernente il contratto di lavoro a tutele crescenti.

Riferimenti bibliografici

- Ballestrero M.V. (2012), voce *Licenziamento individuale*, in *ED, Annali*, vol. V, Giuffrè, Milano, 791 ss.
- Barbera M. (2013), *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *RGL*, n. 1, I, 139 ss.
- Barbieri M. (2013), *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in Barbieri M., Dalfino D., *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 7 ss.
- Carinci M.T. (2012), *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity «all'italiana» a confronto*, in *DLRI*, n. 136, 527 ss.
- Lepore A. (2014), *Non discriminazione, licenziamento discriminatorio ed effettività delle tutele*, in *RGL*, n. 3, I, 531 ss.
- Marazza M. (2012), *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *ADL*, n. 3, I, 612 ss.
- Sordi P. (2013), *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in Aa.Vv., *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, Giuffrè, Milano, 251 ss.
- Speciale V. (2016), *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in *RIDL*, n. 1, I, 111 ss.

Lucia Viola
Dottore in Giurisprudenza

CORTE D'APPELLO TORINO, 26.11.2015 – Pres. Mariani, Est. Milani – T.E. (avv.ti Mazza, Caretta) c. Sogin (avv.ti Maresca, Frus, Bonomo).

Malattia – Licenziamento individuale – Lavoratore assente per malattia – Svolgimento di attività extralavorativa – Giusta causa.

Lo svolgimento di altra attività da parte del dipendente assente per malattia può giustificare il recesso del datore di lavoro, in relazione alla violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà, non solo allorché tale attività esterna sia per sé sufficiente a far presumere l'inesistenza della malattia, dimostrando, quindi, una fraudolenta simulazione, ma anche nell'ipotesi in cui la medesima attività, valutata in relazione alla natura della patologia e delle mansioni svolte, possa pregiudicare o ritardare la guarigione e il rientro in servizio del lavoratore. (1)

(1) STATO DI MALATTIA, PRESTAZIONE DI ATTIVITÀ
EXTRALAVORATIVA E LICENZIAMENTO

1. — La sentenza in epigrafe affronta il tema della compatibilità dello stato di malattia del lavoratore con lo svolgimento di altra attività, nonché della possibilità che tale condotta giustifichi il recesso del datore di lavoro per violazione dei generali doveri di correttezza e buona fede *ex artt.* 1175 e 1375 c.c., oltre che degli specifici obblighi di diligenza e fedeltà previsti dagli *artt.* 2104 e 2105 c.c. La decisione, inoltre, offre lo spunto per affrontare il tema dei carichi probatori relativi a tale compatibilità tra stato patologico e attività extralavorativa, che parte della giurisprudenza pone a carico del lavoratore mentre altra parte a carico del datore di lavoro.

In linea generale, i casi in cui l'infermità del lavoratore subordinato, o comunque le esigenze di tutela della sua salute, giustificano la sospensione della prestazione lavorativa, *ex art.* 38 Cost. ed *ex art.* 2110 c.c., sono quelli in cui l'alterazione dello stato di salute o di integrità fisica del lavoratore renda di fatto impossibile, o nociva, o eccessivamente penosa per lo stesso lavoratore l'esecuzione della prestazione a cui è obbligato contrattualmente, oppure i casi in cui tale sospensione della prestazione sia in concreto ragionevolmente necessaria ai fini della prevenzione o della terapia di una infermità (Ichino 1988, 2; sull'impossibilità o inesigibilità della prestazione a tutela della salute del lavoratore v. Del Punta 1992, 38; Del Punta 2009, 820; P. Ichino 2003, 31 ss. e 48 ss.).

Nella sentenza in esame la Corte d'Appello di Torino ha confermato la decisione del Tribunale di Vercelli che in primo grado ha respinto le domande formulate dall'attore. Quest'ultimo adduceva, in primo grado, di essere stato oggetto di comportamenti vessatori e persecutori da parte della società datrice di lavoro culminati nel licenziamento per giusta causa intimatogli per aver svolto, in costanza di malattia, attività fisica e funzioni arbitrali di quarto ufficiale; l'attore chiedeva al Tribunale la condanna della convenuta al risarcimento dei danni derivati dai comportamenti mobbizzanti e, inoltre, deduceva l'illegittimità del licenziamento determinato dal *mobbing* e privo di

giusta causa e giustificato motivo. La società, costituitasi in giudizio, contestava le domande dell'attore e, quanto al licenziamento, ne ribadiva la legittimità in quanto il comportamento era «sintomatico di uno stato patologico denunciato ma insussistente ovvero era suscettibile di aggravare la malattia». Il Tribunale con sentenza respinge le domande proposte dall'attore. Interpone, allora, appello il lavoratore per chiedere l'integrale riforma della sentenza riproponendo le domande già prospettate in primo grado.

La Corte respinge il ricorso conformandosi alla decisione del primo giudice; l'organo giudicante di secondo grado, infatti, ha ritenuto che, in base ai rilievi istruttori del caso, l'attività svolta dal dipendente e oggetto di contestazione disciplinare avesse «impedito o comunque rallentato il recupero delle energie psico-fisiche». La prova della propria malattia, prodotta in giudizio dal dipendente, era costituita dal certificato medico rilasciato dallo specialista della Asl che aveva certificato una «sintomatologia caratterizzata da ansia oltre i limiti fisiologici, insonnia, sintomi depressivi». Nel caso di specie, la Corte, confermando il giudicato del Tribunale di primo grado, riteneva tale stato patologico inconciliabile con la «faticosa attività di allenamento fisico» e «di quarto ufficiale di gara» svolta dal lavoratore e inoltre non accoglieva il rilievo del ricorrente che riferiva la raccomandazione dei medici di «mantenere invariate le ordinarie attività psico-fisiche» in quanto «l'esercizio di un'attività sportiva professionale comporta comunque uno stress sia fisico, sia psicologico». Infine, anche la Corte come in primo grado il Tribunale attribuiva rilievo alla considerazione che «il pregiudizio allo stato di salute» fosse confermato dallo stesso ricorrente che con successiva mail comunicava il «persistere dei progressi problemi di salute».

Tali principi, accolti dall'organo giudicante in primo grado e confermati dalla sentenza della Corte d'Appello, si inseriscono nel solco di un orientamento giurisprudenziale ormai costante, che delinea i doveri del lavoratore durante la malattia e in base al quale «lo svolgimento di altra attività da parte del dipendente assente per malattia può giustificare il recesso del datore di lavoro, in relazione alla violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà ove tale attività esterna, prestata o meno a titolo oneroso, sia per sé sufficiente a far presumere l'inesistenza della malattia, dimostrando, quindi, una sua fraudolenta simulazione ovvero quando, valutata in relazione alla natura della patologia e delle mansioni svolte, l'attività stessa possa pregiudicare o ritardare la guarigione e il rientro in servizio del lavoratore» (*Ex plurimis*: Cass. 5.11.2009, n. 23444, in *DPL*, n. 1, 28, in *NGL*, 2009, n. 6, 754; Cass. 14.9.2012, n. 15476, *ivi*, 2012, n. 6, 634; Cass. 6.12.2012, n. 21938, in *MGL*, 2013, n. 5, 314, con nota di Tamburro; T. Milano 19.2.2013, n. 433, in *DeJure*; Cass. 5.8.2014, n. 17625, in *RFI*, 2015, n. 1058).

A ogni modo, la giurisprudenza si spinge ben oltre e giunge addirittura ad affermare che il recesso datoriale è giustificato «anche nel caso in cui la medesima attività, valutata con giudizio *ex ante* in relazione alla natura della patologia e delle mansioni svolte, possa pregiudicare o ritardare la guarigione e il rientro in servizio, con conseguente irrilevanza della tempestiva ripresa del lavoro alla scadenza del periodo di malattia» (*Ex plurimis*: Cass. 26.11.2014, n. 25162, *cit.*; Cass. 24.4.2008, n. 10706, in *NGL*, 2008, 634; Cass. 1.7.2005, n. 14046, in *DG*, 2005, fasc. 37, 31; Cass. 6.6.2005, n. 11747, in *MGC*, 2005, fasc. 6; Cass. 3.12.2002, n. 17128, in *NGL*, 2003, 223; Cass. 19.12.2000, n. 15916, in *NGL*, 2001, n. 3, 294)».

Inoltre, secondo l'orientamento costante della giurisprudenza «l'espletamento di altra attività, lavorativa ed extralavorativa, da parte del lavoratore durante lo stato di malattia, è idoneo a violare i doveri contrattuali di correttezza e buona fede nell'adempimento dell'obbligazione e a giustificare il recesso del datore di lavoro, laddove si riscontrino che l'attività espletata costituisca indice di una scarsa attenzione del lavoratore alla propria salute e ai relativi doveri di cura e di non ritardata guarigione, oltre a essere dimostrativa dell'inidoneità dello stato di malattia a impedire, comunque, l'espletamento di un'attività ludica o lavorativa» (Cass. 7.7.2015, n. 13955, inedita a quanto consta; Cass. 28.2.2014, n. 4869, in *GI*, agosto-settembre 2014, 1955, con nota di Tomba; Cass. 5.8.2014, n. 17625, in *RFI*, 2015, n. 1058; Cass. 21.4.2009, n. 9474, in *RCDL*, 2009, n. 2, 448; in *MGC*, 2009, n. 4, 656).

Nel caso di specie, il comportamento del dipendente unitamente a una predisposizione dello stesso a «vanificare la sua presenza sul lavoro», sanzionata nel corso del rapporto con provvedimenti disciplinari risultanti agli atti e di cui è stata valutata la recidiva, aveva inciso sul vincolo fiduciario.

Nell'ipotesi di malattia, la prestazione di lavoro resta sospesa, ma permangono gli obblighi di correttezza e fedeltà del dipendente; ossia, il lavoratore, in costanza di malattia, deve sempre rispettare i doveri che su di lui incombono, altrimenti si profila una lesione del vincolo fiduciario e il «venir meno dell'idoneità del lavoratore all'esecuzione della prestazione» (Vallebona 2010, 389); vincolo fiduciario che deve sempre permeare il rapporto di lavoro durante la sua estrinsecazione.

Sussiste violazione dell'obbligo di fedeltà quando il lavoratore, in costanza di malattia, svolge attività extralavorativa, che in considerazione dell'inconciliabilità con la malattia faccia presumere la simulazione della malattia stessa; infatti, risulta ormai acquisito dalla giurisprudenza il principio secondo il quale l'obbligo di fedeltà a carico del lavoratore subordinato ha un contenuto più ampio di quello risultante dall'art. 2105 c.c., dovendo integrarsi con gli artt. 1175 e 1375 c.c., che impongono correttezza e buona fede anche nei comportamenti extralavorativi, necessariamente tali da non danneggiare il datore di lavoro (Cass. 18.6.2009, n. 14176, in *RFI*, 2009, 3890, n. 1053).

Più specificamente i doveri generali di correttezza e buona fede impongono una serie di obblighi atipici, non previsti espressamente da alcuna norma, e assumono funzione integrativa rispetto al contenuto tipico del rapporto, per cui il debitore è tenuto non solo alla prestazione dedotta nel contratto, ma anche a un comportamento corretto che è misura della prestazione stessa (Mancini 1957, 53 ss.; Franceschetti *et al.* 1996, 71).

La giurisprudenza ha fatto derivare dalle clausole generali di correttezza e buona fede un obbligo di astensione del lavoratore malato da quelle condotte che possano compromettere o rallentare il recupero delle energie psico-fisiche.

Tornando al caso di specie, con il ricorso in appello, il lavoratore impugnava la sentenza di primo grado adducendo che sulla base di un'errata valutazione dei fatti tale decisione avesse ritenuto incompatibile l'attività sportiva svolta e lo stato patologico attestato dalle certificazioni mediche, mentre, invece, tale onere della prova doveva gravare sulla società; inoltre il ricorrente rilevava che il giudice fosse pervenuto a una valutazione di incompatibilità con giudizio apodittico, senza utilizzare elementi di scienza medica.

La Corte d'Appello su tale incompatibilità ha confermato le valutazioni operate dal Tribunale giudicandole corrette, in quanto acquisibili sulla base del notorio, senza necessità di disporre dell'ausilio di consulenza tecnica, ritenendo evidente che né l'attività fisica, a causa delle modalità con le quali è stata svolta, né tanto meno le funzioni arbitrali potessero agevolare la guarigione di un «forte stato di ansia dovuto a stress». Il notorio è inteso come fatto acquisito alle conoscenze della collettività con tale grado di certezza da apparire indubitabile e incontestabile. Secondo la valutazione della Corte, il certificato rilasciato dallo specialista della Asl, nel consigliare che «il paziente mantenga il più possibile invariate le sue attività psicofisiche della vita quotidiana», contiene un'indicazione che non sembra volersi estendere a prescrivere una situazione di stress anomalo e aggiuntivo connesso con lo svolgimento di funzioni di arbitro nel calcio professionistico.

Per quanto attiene l'onere della prova, la sentenza in commento aderisce al filone giurisprudenziale secondo il quale il lavoratore, al quale sia contestato in sede disciplinare di avere svolto un altro lavoro o attività ludica durante un'assenza per malattia, ha l'onere di dimostrare la compatibilità dell'attività svolta con la malattia impeditiva della prestazione lavorativa contrattuale e la sua inidoneità a pregiudicare il recupero delle normali energie psico-fisiche, restando peraltro le relative valutazioni riservate al giudice del merito all'esito di un accertamento da svolgersi non in astratto ma in concreto; al datore di lavoro spetterà, invece, l'onere di dimostrare solo lo svolgimento di altra attività in costanza di malattia (*Ex plurimis*: Cass. 19.12.2000, n. 15916, in *NGL*, 2001, n. 3, 294; Cass. 13.4.1999, n. 3647, in *RFI*, 1999, 3890, n. 1862; Cass. 21.10.1991, n. 11142, *ivi*, 1992, n. 2, 163; T. Roma 22.2.1996, in *OGL*, 1996, I, 941; C. App. Torino 8.1.2009, in *Giurisprudenza piemontese*, 2008, n. 3, 426; Cass. 26.9.2012, n. 16375, in *ADL*, 2012, n. 6, II, 1281, con nota di Riccio; Cass. 22.10.2014, n. 22386, inedita a quanto consta; Cass. 28.2.2014, n. 4869, in *GI*, agosto-settembre 2014, 1955).

Tale orientamento applica il principio, ormai consolidato in giurisprudenza, di «vicinanza della prova» (Cass. 30.10.2001, n. 13533, S.U., in *Corriere giuridico*, 2001, 1565); tale principio garantisce una lettura dell'art. 2697 c.c. compatibile con l'art. 24 Cost., in quanto attua uno spostamento del carico probatorio in capo al lavoratore in grado di allegare e provare gli elementi fattuali posti alla base delle proprie pretese senza essere sottoposto all'onere di una *probatio diabolica*.

Questo orientamento deriva anche dal fatto che il datore è, generalmente, a conoscenza della sola prognosi e non della diagnosi, e dunque si trova, nella generalità dei casi, nell'impossibilità di dimostrare sia l'incompatibilità tra lo stato patologico del lavoratore e l'attività svolta, sia la ricaduta di quest'ultima sul recupero delle energie psico-fisiche. Altro orientamento giurisprudenziale, invece, attribuisce l'*onus probandi* al datore di lavoro, che avrebbe l'onere di fornire la prova dell'inesistenza della malattia oppure dell'idoneità dell'attività svolta dal lavoratore in costanza di malattia ad aggravare la patologia o a ritardare la guarigione (Cass. 21.3.2011, n. 6375, in *NGL*, 2011, n. 2, 367; Cass. 14.9.2012, n. 15476, in *ADL*, 2012, n. 6, II, 1278, con nota di Riccio; Cass. 22.10.2014, n. 22386, inedita a quanto consta; Cass. 28.2.2014, n. 4869, in *GI*, agosto-settembre 2014).

Riferimenti bibliografici

- Del Punta R. (1992), *La sospensione del rapporto di lavoro. Sub art. 2110 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Schlesinger P., Giuffrè, Milano.
- Del Punta R. (2009), *La sospensione della prestazione di lavoro*, in Vallebona A. (a cura di), *I contratti di lavoro*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno P., Gabrielli E., I, Utet, Torino.
- Franceschetti P. et al. (1996), *Obbligazioni e responsabilità civile*, Napoli.
- Ichino P. (1988), voce *Malattia del lavoratore*, in EGT.
- Ichino P. (2003), *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu A., Messineo F., Mengoni L. e continuato da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano.
- Mancini G.F. (1957), *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Suppiej G. et al. (2008), *Diritto del lavoro, Il rapporto individuale*, IV ed., Cedam, Padova.
- Vallebona A. (2010), *Istituzioni di diritto del lavoro, Il rapporto di lavoro*, VIII ed., Cedam, Padova.

Francesca Milli
*Dottore di ricerca in Diritto del lavoro
presso la «Sapienza» Università di Roma*

TRIBUNALE ROMA, 23.3.2016, ord. – Est. Vetrutto – E.C. (avv.ti Pirani, Parascandolo) c. Provincia italiana della Congregazione dei figli dell’Immacolata Concezione in amministrazione straordinaria (avv. Salonia) e c. Fondazione Luigi Maria Monti (avv.ti Bergamini, Granzotto, Crapolicchio).

Discriminazioni – Handicap e malattia di lunga durata – Prova statistica – Onere della prova – Effetti sulla continuità del rapporto.

Nel caso di cessione di ramo d’azienda mobiliare, l’esclusione del lavoratore affetto da handicap dall’elenco del personale ceduto integra un’ipotesi di discriminazione. Al lavoratore è consentito fornire elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, da cui poter presumere l’esistenza della discriminazione, mentre spetta al datore di lavoro l’onere di provarne l’insussistenza. In mancanza di qualsiasi giustificazione posta a base del mancato trasferimento, è fatto obbligo alla cessionaria di reintegrare il lavoratore nelle mansioni e alle medesime condizioni di lavoro precedenti l’accordo di cessione. (1)

(1) FUNZIONE DEL DATO STATISTICO E INVERSIONE DELL’ONERE DELLA PROVA NEL CASO DELLA DISCRIMINAZIONE PER HANDICAP

1. — Con l’ordinanza in commento il giudice del lavoro affronta la questione della natura discriminatoria della condotta datoriale di esclusione del lavoratore disabile dalla procedura di cessione di ramo d’azienda, con riferimento agli effetti del comportamento lesivo sulla continuità del rapporto di lavoro (Sul licenziamento del lavoratore disabile per inidoneità alle mansioni assegnate, con diverse affinità rispetto al caso in esame, T. Pisa 16.4.2015, in *questionegiustizia.it*, con nota di Basilico; sulla malattia permanente, T. Milano 11.2.2013, in *RCDL*, 2013, n. 1, 208; sulla discriminazione per disabilità del lavoratore somministrato, T. Potenza 21.3.2005, in *LG*, 2005, n. 9, 871, con nota di Saffiotti).

La fattispecie si riferisce all’esclusione di una lavoratrice affetta da handicap grave dall’elenco del personale ceduto con atto di compravendita di ramo aziendale, a fronte della prosecuzione dell’attività lavorativa dell’intero personale dipendente non opante per la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro.

L’evento si inseriva in un articolato *iter* di episodi discriminatori, sorti a seguito della accertata idoneità con limitazioni alle mansioni e consistenti nella revoca immotivata del trasferimento della lavoratrice presso un reparto per lo svolgimento di attività congrue alle sue condizioni di salute e nella collocazione in congedo prima temporaneo, poi permanente (a seguito dell’esito negativo di una procedura di conciliazione per recesso per giustificato motivo oggettivo e della rinuncia del datore di lavoro a procedere al licenziamento).

La pronuncia si segnala per la trasversalità degli istituti coinvolti, considerati unitariamente in funzione della tipicità della discriminazione (Sul punto, Lassandari 2010,

63). Rileva in tal senso il grado di effettività della tutela accordata giudizialmente, attraverso la tipizzazione delle ipotesi riconducibili alle cause di discriminazione determinate dalla legge (Sulla funzione estensiva della tutela esercitata dalla giurisprudenza, C. Giust. 10.5.2011, C-147/08, *Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*, Grande Sezione, in *Racc.*, 2011, I-03591, e in *RIDL*, 2012, n. 1, II, 215, con nota di Borzaga).

Una prima conseguenza è individuabile indirettamente nella pacifica adesione del giudice ai precedenti giurisprudenziali sulla parificazione della malattia di lunga durata alla discriminazione per handicap di cui all'art. 2, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216. Sul punto, in mancanza di definizione, la Corte di Giustizia ha escluso la parificazione tra malattia e handicap, consistente quest'ultimo nei limiti derivanti da forme di minorazioni che ostacolano la partecipazione della persona alla vita professionale (C. Giust. 11.7.2006, C-13/05, *Chacon Navas c. Eures Colectividades*, in *Racc.*, 2006, I-6467; C. Giust. 11.4.2013, C-335/11 e C-337/11, *HK Denmark c. Pro Display A/S*, in *Racc.*, 2013, IV), la scelta terminologica non inficiando, tuttavia, l'assimilabilità alla malattia continuativa. I motivi di discriminazione individuati dalla Direttiva n. 2000/78/Ce costituiscono infatti un elenco non integrabile da fattispecie aggiuntive, ma soggetto in via interpretativa a specificazioni (Per la definizione di handicap aggiornata alla Convenzione Onu sui diritti dei disabili cfr. Tucci 2011, 1-28; sul rapporto tra Convenzioni internazionali e norme interne cfr. C. cost. 24.10.2007, n. 348, in *GDA*, 2008, 1, 25, con nota di Randazzo, e C. cost. 24.10.2009, n. 349, in *Corriere giuridico*, 2008, n. 2, 183, con nota di Luciani; recentemente, cfr. C. cost. 14.1.2015, n. 49, in *osservatorioaic.it*, 2015, 2, con nota di Zagrebelsky).

Il principio è stato recepito nel caso del lavoratore affetto da patologia grave e permanente (Cfr. T. Milano 11.2.2013, in *RCDL*, 2013, n. 1, 208), peraltro individuando la peculiarità del licenziamento discriminatorio nell'odioso motivo di «escludere dalla compagine sociale un soggetto per il solo fatto di una sua caratteristica personale che lo contraddistingue, per un puro pregiudizio di non identità e omologazione che guarda alla condizione psico-fisica ovvero alla personalità complessivamente intesa del lavoratore» (p. 4). La necessità di meglio definire la natura del recesso per motivi discriminatori, anche in relazione ai recenti interventi di riforma in materia di licenziamento, emerge inoltre dalla rilevata differenza tra licenziamento ritorsivo, per il quale è necessaria la prova dell'unico motivo illecito determinante, e licenziamento discriminatorio, operante di per sé in funzione del trattamento peggiore riservato al lavoratore appartenente alla categoria protetta (Cass. 5.4.2016, n. 6575, in *DPL*, n. 20, 1219, con nota di Servidio).

In applicazione della citata direttiva, la tutela del lavoratore affetto da handicap grave ricomprende l'obbligo per il datore di lavoro di individuare soluzioni che consentano il regolare svolgimento delle mansioni limitate, anche nell'eventualità in cui sia necessario modificare l'assetto aziendale e riorganizzare il personale, ove ciò non risulti eccessivamente oneroso e sproporzionato (Sul punto, già Cass. 7.8.1998, n. 7755, S.U., in *LPO*, 1998, vol. 11, 2059, con nota di Meucci; più di recente, sulla condanna dell'Italia per incompleto recepimento dell'art. 5 della Direttiva n. 2000/78/Ce, si v. C. Giust. 4.7.2013, C-312/11, *Commissione c. Repubblica italiana*, in *GU Ue*, 2.8.2013).

Pertanto, se il preliminare trasferimento della lavoratrice presso altro reparto integrava una delle «soluzioni ragionevoli di accomodamento» di cui all'art. 5 della

Direttiva, correttamente il giudicante ha qualificato la revoca del provvedimento e i successivi atti di messa a riposo forzato e di intimazione di licenziamento quali discriminazione diretta per motivi di handicap. L'assunto trova ragione nelle determinazioni in tema di onere della prova, che provengono dal disposto dell'art. 28, d.lgs. n. 150/2011, e dall'art. 4, d.lgs. n. 216/2003. La presunta disparità di condizioni tra le parti è infatti bilanciata dalla possibilità per il lavoratore di fornire in giudizio elementi di fatto da cui sia desumibile, *prima facie*, la lamentata discriminazione, mentre spetta al datore di lavoro provarne l'insussistenza. E così, l'alleggerimento dell'onere probatorio si concretizza nell'uso di dati di carattere statistico da cui segua un'evidenza di discriminazione subita, indipendentemente dalla loro scientificità e sulla base di una valutazione di verosimiglianza. Sul punto, la pronuncia conferma l'orientamento prevalente, rafforzatosi con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2011, per cui, con interpretazione condivisibile, non si tratta tanto di prevedere nel diritto interno un meccanismo di inversione dell'onere della prova, quanto di semplificarlo, specie ove si tratti di valutare la sussistenza di una discriminazione nell'ambito di realtà numericamente contenute (Sul punto, T. Roma 21.6.2012, in *RCDL*, 2012, n. 2, 15, con nota di Borelli; in *RIDL*, 2013, n. 1, II, 180, con nota di Militello; in *MGL*, 2012, n. 8/9, 622, con nota di Vallebona; per una più ampia riflessione, cfr. Barbera, *Protopapa* 2014, 163).

Restano valide le criticità evidenziate in relazione all'effettività della tutela garantita dalle norme di derivazione europea, e in particolare dalle Direttive di seconda generazione (Santagata De Castro, Santucci 2015, 534). Inoltre, rimane controversa la questione dell'introduzione nell'ordinamento interno del principio di inversione dell'onere probatorio (Widmann 2011, 650; *contra*, Vallebona 2015, 305; in giurisprudenza, Cass. 5.6.2013, n. 14206, in *MGL*, 2013, n. 10, 672, con nota di Vallebona). Dal quadro normativo europeo emerge invece con chiarezza il ruolo della prova presuntiva come limitazione del potere valutativo del giudice sulla idoneità dei fatti adottati, qualora effettivamente provati, a ritenere sussistente la discriminazione (Cfr. C. App. Roma 9.10.2012, in *RCDL*, 2012, n. 3, 661, con nota di Guariso).

L'ordinanza in commento si uniforma a tale indirizzo, ritenendo sufficiente a integrare discriminazione l'estromissione della lavoratrice dall'elenco dei lavoratori da trasferire, non risultando, peraltro, provato che le parti avessero optato per una cessione nominativa e parziale di singoli lavoratori. D'altra parte, sebbene l'assenza di un accordo in tali termini avrebbe in ipotesi consentito la ricostituzione del rapporto di lavoro con la cessionaria anche in assenza di discriminazione, l'unicità dell'esclusione della lavoratrice in situazione di handicap dalla lista dei lavoratori ceduti e la collocazione in riposo forzato, in attesa della chiusura delle procedure di liquidazione della cedente, ha di fatto reso necessario il ricorso all'azione civile contro la discriminazione a salvaguardia del posto di lavoro. In tal senso rileva il giudicante come la cessionaria sia l'unico soggetto a beneficiare dell'esclusione della lavoratrice dalla procedura di trasferimento.

Emerge pertanto il principio generale che vuole assolto l'onere di allegazione ove sussista un nesso causale tra il trattamento di disfavore inflitto al lavoratore e la sua appartenenza a una delle categorie protette indicate dalla legge (Sulla discriminazione oggettiva, già Barbera, 1994, 55; in giurisprudenza, C. App. Milano 17.6.2009, in *RCDL*, 2009, n. 4, 975, con nota di Guariso). Del pari è confermato l'orientamento

per cui non è ravvisabile alcuna simmetria in termini di alleggerimento dell'onere probatorio, mentre l'ordinamento interno risponde agli obiettivi europei di emersione del fenomeno discriminatorio mediante il generale *favor* riconosciuto al soggetto negoziale più debole (Cfr. Barbera 2007, XI). In tal senso, avrebbe potuto ritenersi assolto l'onere della prova se l'estromissione della lavoratrice dalla procedura di trasferimento fosse stata giustificata da una ragione oggettiva diversa dalla malattia, per cui la presunzione di discriminazione sarebbe stata vinta facilmente con la dimostrazione delle ragioni poste alla base del provvedimento del datore di lavoro.

In ultimo, alla prova della avvenuta discriminazione conseguono la rimozione degli effetti lesivi (Cfr. Casadonte, Guariso 2010) e la condanna risarcitoria (Tra gli altri, Ziviz 2012, 368) e ripristinatoria. Alla rilevata tipizzazione delle condotte in via giudiziale corrisponde specifica condanna, consistente nell'ordine di trasferimento della lavoratrice alle dipendenze della cessionaria, con stessa qualifica e alle medesime condizioni lavorative godute prima dell'accordo di cessione (Sull'incoercibilità degli obblighi di fare infungibili, già Barbieri *et al.* 2004). Il principio di conservazione dei diritti maturati nel pregresso rapporto di lavoro alle dipendenze della cedente risulta pertanto affermato anche in caso di discriminazione, costituendo l'esclusione dalla procedura di cessione proprio quella condotta discriminatoria che, allorché rimossa, consente l'espansione dei diritti generalmente previsti dalla legge.

Riferimenti bibliografici

- Barbera M. (1994), *La nozione di discriminazione nella legge n. 125/91*, in *NLC*, n. 1, 46 ss. dell'estratto.
- Barbera M. (2007), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano.
- Barbera M., Protopapa V. (2014), *Il caso Fiat: come la tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sindacale*, in *RGL*, 2014, n. 2, II, 163 ss.
- Barbieri M. *et al.* (2004), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro. Atti del convegno. Foggia, 14-15 novembre 2003*, Giuffrè, Milano.
- Basilico M. (2015), *Non si può licenziare il lavoratore affetto da handicap senza adottare ogni misura ragionevole a sua tutela*, in *questionegiustizia.it*.
- Borelli S. (2012), *Il diritto antidiscriminatorio nella vicenda Fiat/Fabbrica Italia Pomigliano (Fip) - Fiom*, in *RCDL*, 2, n. 1, 15 ss.
- Borzaga M. (2012), *Unioni civili, trattamenti pensionistici e discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale: fin dove può spingersi il diritto comunitario del lavoro?*, in *RIDL*, n. 1, II, 215 ss.
- Casadonte A., Guariso A. (2010), *L'azione civile contro la discriminazione: rassegna giurisprudenziale dei primi dieci anni*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2, 59 ss.
- Guariso A. (2009), *Ancora sulle conseguenze del comportamento discriminatorio*, in *RCDL*, n. 4, 975 ss.
- Guariso A. (2012), *Pronuncia antidiscriminatoria, autonomia privata e ripristino della parità*, in *RCDL*, n. 3, 661 ss.
- Guariso A. (2013), *Licenziamento ritorsivo e licenziamento discriminatorio: utilità di una distinzione*, in *RCDL*, n. 1-2, 208 ss.

- Lassandari A. (2010), *Le discriminazioni nel lavoro. Nozioni, interessi, tutele*, Cedam, Padova.
- Luciani M. (2008), *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corriere giuridico*, n. 2, 201 ss.
- Meucci M. (1998), *Obbligo di ricollocazione in altre mansioni del lavoratore colpito da sopravvenuta inidoneità*, in *LPO*, vol. 11, 2059 ss.
- Militello M. (2013), *Dal conflitto di classe al conflitto tra gruppi. Il caso Fiat e le nuove frontiere del diritto antidiscriminatorio*, in *RIDL*, n. 1, II, 227 ss.
- Randazzo B. (2008), *Costituzione e Cedu: il giudice delle leggi apre una «finestra» su Strasburgo*, in *GDA*, n. 1, 25 ss.
- Saffiotti T. (2005), *Discriminazione e lavoro somministrato: i problematici confini della tutela antidiscriminatoria*, in *LG*, n. 9, 871.
- Santagata De Castro R., Santucci R. (2015), *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina (Parte I)*, in *ADL*, n. 3, I, 534 ss.
- Santagata De Castro R., Santucci R. (2015), *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina (Parte II)*, in *ADL*, n. 4-5, I, 820 ss.
- Servidio S. (2016), *Parità uomo-donna e licenziamento discriminatorio*, in *DPL*, n. 20, 1219.
- Tucci G. (2011), *La discriminazione contro il disabile: i rimedi giuridici*, in *DLRI*, n. 1, 1 ss.
- Vallebona A. (2012), *Le discriminazioni per convinzioni personali comprendono anche quelle per affiliazione sindacale: un'altra inammissibile stortura a favore della Fiom-Cgil*, in *MGL*, n. 8/9, 622.
- Vallebona A. (2013), *L'onere della prova delle discriminazioni*, in *MGL*, 10, 672 ss.
- Vallebona A. (2015), *Breviario di diritto del lavoro*, Cedam, Padova.
- Widmann P. (2011), *La tutela processuale contro le discriminazioni con particolare riferimento ai d.lgs. 215/2003 e 216/2003*, in Viscomi A. (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 633 ss.
- Zagrebel'sky V. (2015), *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *osservatorioaic.it*.
- Ziviz P. (2012), *La responsabilità civile – I danni non patrimoniali*, Utet giuridica, Torino.

Ilaria Valenzi

*Dottore di ricerca in Autonomia individuale e autonomia collettiva
presso l'Università di Roma Tor Vergata*

TRIBUNALE FERRARA, 30.1.2016, decreto *ex art.* 28, l. n. 300/70 – Est. D’Ancona – L.F. (avv.ti Piccinini, Mangione, Mozzanti) c. B.P.I. Srl (avv.ti Pavone, Marasco, Lopez).

Condotta antisindacale – Lavoratore sindacalista – Uso di espressioni aspre e inopportune durante una trattativa sindacale – Rivendicazione del ruolo sindacale – Licenziamento disciplinare – Pertinenza delle espressioni utilizzate ai temi oggetto di critica – Sproporzione della sanzione e carattere strumentale del licenziamento – Nullità – Natura antisindacale e ritorsiva del recesso – Reintegra.

Qualora il lavoratore sindacalista alzi la voce e utilizzi espressioni inopportune e sconvenienti (tra cui bestemmie) all'interno di una trattativa sindacale con i responsabili aziendali e le stesse siano rivolte a questi ultimi nell'ambito però di tematiche che riguardino politiche occupazionali e oggetto di discussione, senza tuttavia che il medesimo pronunci ingiurie, tale condotta può ritenersi oggetto di disapprovazione alla stregua di parametri sociali e, eventualmente, portare a una nota di biasimo da parte dell'organizzazione sindacale a cui appartiene il sindacalista, ma la reazione aziendale deve essere contestualizzata nell'ambito della tensione che si sviluppa in seno a una trattativa sindacale, ove è naturale che si riscontri un accentuato antagonismo tra le parti che si trovano però in una posizione paritaria. La contestazione di tali comportamenti, che sono posti a giustificazione del licenziamento del lavoratore sindacalista, rileva quindi l'uso abusivo e strumentale del potere disciplinare, avente natura e finalità ritorsiva e antisindacale in quanto preordinato a fare cessare l'attività sindacale. (1)

(1) DIRITTO DI CRITICA, UTILIZZO DI ESPRESSIONI SCONVENIENTI
E LICENZIAMENTO DEL SINDACALISTA

SOMMARIO: 1. Il fatto: la condotta del lavoratore sindacalista nell'ambito di una trattativa. — 2. La contestualizzazione delle imprecazioni del sindacalista proferite in sede di conflittualità aziendale: l'uso strumentale della contestazione disciplinare avente finalità antisindacale. — 3. Trattativa sindacale, sospensione del rapporto di lavoro e non applicabilità della fattispecie collettiva del diverbio litigioso avvenuto nel «recinto dello stabilimento». — 4. Il diritto di critica del sindacalista in ragione del proprio ruolo «ontologicamente contrapposto» agli interessi imprenditoriali. — 5. Insussistenza del fatto, uso sproporzionato del potere disciplinare e condotta antisindacale. — 6. Considerazioni conclusive.

1. — *Il fatto: la condotta del lavoratore sindacalista nell'ambito di una trattativa* — La vicenda trae le mosse da una contestazione disciplinare addebitata a un sindacali-

sta della Filtcem Cgil di Ferrara nel corso di una discussione sindacale tra membri della Rsu e dipendenti dell'Ufficio del personale e della Direzione aziendale.

Occorre sin da subito evidenziare, al fine di comprendere l'importanza del contesto in cui sono accadute le circostanze oggetto di causa, che il fatto addebitato al lavoratore si è verificato nell'ambito di una trattativa complessa e delicata e che si stava prolungando nel tempo proprio in ragione delle vicende sottese alla stessa, ossia problematiche occupazionali della società che interessavano la tutela di posti di lavoro.

Tale trattativa sindacale, proprio per la natura dei rilevanti temi esaminati, era caratterizzata da un'accesa discussione tra i presenti, ognuno dei quali intenzionato a far valere le proprie posizioni. Nella specie, il tema era quello del rinnovo del contratto collettivo aziendale e i rappresentanti sindacali aziendali, tra i quali il lavoratore licenziato, richiedevano che, a salvaguardia dell'occupazione, fosse inserita la medesima clausola, già contenuta nel precedente contratto integrativo aziendale scaduto, che prevedeva la rioccupazione dei prestatori in esubero.

Le precisazioni sul contesto dell'attività sindacale svolta all'interno della suddetta riunione risultano determinanti per comprendere appieno i fatti oggetto di addebito e, al contempo, contestualizzare i comportamenti dei singoli partecipanti della stessa, tra cui il rappresentante sindacale licenziato, anche con riferimento alla qualificazione dei termini essenziali della invocata condotta antisindacale (1).

In breve, questi i fatti oggetto del procedimento disciplinare: il sindacalista della Filtcem Cgil, secondo la ricostruzione contenuta nella contestazione, a un certo punto della discussione si sarebbe alzato e, in un primo momento, avrebbe reiteramente bestemmiato e urlato verso una responsabile della società, e, successivamente, inveito contro un altro componente della direzione aziendale per poi minacciarlo, con il gesto di dare un pugno, e spingerlo, facendogli perdere l'equilibrio.

Peraltro, veniva contestata al lavoratore anche la circostanza di aver alzato la voce per pronunciare, contro i responsabili aziendali presenti alla riunione, frasi quali «voi avete licenziato», «tu hai licenziato», con riferimento a un precedente licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato ad altri dipendenti della società.

A seguito di tali addebiti, il sindacalista è stato licenziato e nella lettera di recesso l'azienda ha richiamato, a supporto dell'ipotesi risolutoria, l'art. 52, lettera j, del Ccnl industria chimica, senza però far espresso riferimento alle esemplificazioni del contratto collettivo che qualificano le tipizzazioni delle condotte del prestatore al fine di giustificare la massima sanzione espulsiva.

L'organizzazione sindacale ha lamentato, mediante ricorso *ex art.* 28, l. n. 300/1970, presentato innanzi al Tribunale di Ferrara, la condotta antisindacale posta in essere dalla società manifestasi con il licenziamento del proprio rappresentante.

(1) Per completezza di informazione, si evidenzia che la decisione in commento è stata pubblicata anche in *LG*, 2016, n. 2, pp. 179-182, con nota di Miscione (2016), il quale, dopo aver evidenziato che l'intero procedimento di condotta antisindacale, a parte il caso notorio del licenziamento dei tre sindacalisti dello stabilimento di Melfi, sembrava essere ormai una fattispecie rara e quasi scomparsa dalla casistica giurisprudenziale, sottolinea «una specie di ritorno alle origini» in quanto, leggendo la pronuncia del Tribunale di Ferrara, sembra «di tornare indietro, quando per colpire i sindacati si colpivano i sindacalisti e quando il processo era o poteva essere lo strumento principale di tutela dei diritti».

2. — *La contestualizzazione delle imprecazioni del sindacalista proferite in sede di conflittualità aziendale: l'uso strumentale della contestazione disciplinare avente finalità antisindacale* — Preliminarmente, occorre evidenziare che la società, costituendosi in giudizio, ha eccepito il difetto di interesse ad agire e il difetto di legittimazione attiva in capo al sindacato. Il giudice ha respinto tale eccezione ritenendo che il lavoratore, durante i fatti contestati, era seduto al tavolo delle trattative in qualità di rappresentante sindacale e, quindi, stava sostenendo una negoziazione con la direzione aziendale. Secondo il Tribunale di Ferrara l'iniziativa giudiziaria del sindacato tende proprio a consentire al lavoratore di riprendere l'attività sindacale in seno alla trattativa in corso e, quindi, l'azione intrapresa risulta pienamente ammissibile.

Nel merito, poi, il giudice ha esperito l'istruttoria sommaria ascoltando gli informatori che, tuttavia, sui fatti contestati al lavoratore, hanno rilasciato dichiarazioni divergenti. Nel corso della causa è emersa infatti una «netta inconciliabilità della versione dei fatti rispettivamente offerta» dai sindacalisti rispetto a quella prospettata dai membri dell'Ufficio del personale, tutti presenti alla riunione oggetto di controversia. Il Tribunale, in ragione della «rilevata divergenza di contenuto delle deposizioni degli informatori dell'uno e dell'altro antagonista processuale, rese da soggetti che hanno partecipato al tavolo delle trattative», ha affermato che non era possibile «ottenere un quadro univoco delle singole condotte sussistendo la rilevata discrasia su circostanze fondamentali degli accadimenti».

Il giudice conseguentemente, per un verso, ha ritenuto non provata la tesi dei gesti minacciosi di dare un pugno e dello spingere con veemenza uno dei responsabili aziendali né degli effetti di tale comportamento, visto il diverso contenuto delle deposizioni rese dagli informatori chiamati da entrambe le parti; per altro verso, con riferimento alle asserite espressioni inopportune del lavoratore, ha affermato che alcune imprecazioni, sicuramente non consone durante una trattativa sindacale (nella specie delle bestemmie), non possono ritenersi quali comportamenti suscettibili di intimidazione, risultando quindi non idonei a integrare un'ipotesi di licenziamento disciplinare.

Il Tribunale di Ferrara ha osservato ancora sul punto che neanche l'alzare la voce nel corso di trattative sindacali, nel quadro di tensione che si determina nelle stesse, ove è naturale che si riscontri un accentuato antagonismo tra le parti, può essere considerata quale condotta intimidatrice. In particolare, il giudice ha sostenuto che le bestemmie, l'alzare la voce, senza però pronunciare ingiurie, è condotta che può ritenersi oggetto di disapprovazione alla stregua di parametri sociali. Tutto ciò, come stabilito nell'ordinanza *de qua*, può eventualmente comportare una nota di biasimo da parte dell'organizzazione sindacale a cui appartiene il sindacalista, ma la reazione deve essere contestualizzata nella tensione che si sviluppa in seno a una trattativa sindacale (2).

(2) In merito, quale precedente specifico sul licenziamento «per rappresaglia» del sindacalista, si veda T. Roma 10.1.2003, *RGL*, n. 3, 2003, con nota di Ghirardi (2003, 819), secondo cui è illegittimo il licenziamento del lavoratore rappresentante sindacale a causa delle critiche espresse nei confronti del datore di lavoro, purché le espressioni e i toni usati non siano tali da trasformare la critica in un attacco meramente offensivo e volgare dal datore di lavoro. In particolare, afferma sul punto il Tribunale di Roma che «una certa tolleranza è connaturata all'attività sindacale come a quella politica e una forma di comunicazione esorbitante dal *politically correct* può risultare assolutamente efficace al fine di far comprendere il tipo di valutazione che viene fatta di vicende che interessano i lavoratori».

Secondo il Tribunale, alla luce anche delle contrastanti risultanze istruttorie, l'addebito mosso al sindacalista deve essere notevolmente ridimensionato rispetto alla gravità dei fatti prospettati dall'azienda. Il giudice ha, pertanto, ravvisato una sproporzione tra recesso e fatto commesso, tale da rilevare l'uso strumentale, e quindi abusivo, del potere disciplinare, con chiara finalità ritorsiva visto che la condotta del rappresentante sindacale non è risultata connotata da quegli elementi di gravità posti alla base del licenziamento. Il Tribunale, conseguentemente, ha dichiarato la natura antisindacale della condotta aziendale, ordinandone la cessazione mediante immediata reintegrazione del lavoratore.

3. — *Trattativa sindacale, sospensione del rapporto di lavoro e non applicabilità della fattispecie collettiva del diverbio litigioso avvenuto nel «recinto dello stabilimento»* — Il Tribunale di Ferrara, infine, ha trattato un'altra interessante questione con riferimento alla disposizione collettiva che sanziona i comportamenti dei lavoratori all'interno del luogo di lavoro. Il giudice, difatti, nell'interpretazione della norma richiamata nella lettera di recesso ai fini della qualificazione della fattispecie risolutiva, ha dato particolare rilevanza al luogo in cui sono avvenuti i fatti contestati, ove era in essere lo svolgimento di un'attività sindacale, che si connota essa stessa per una parità tra i componenti della riunione.

In particolare il giudice, vista anche la accertata ritorsività del recesso, ha affermato che nella fattispecie posta al proprio vaglio non potessero essere impiegate le nozioni del contratto collettivo che presiedono al giudizio disciplinare del datore di lavoro e, segnatamente, quella regolamentata dalla lettera *j* dell'articolo 52, Ccnl industria chimica attinente al «diverbio litigioso, seguito da vie di fatto, avvenuto nel recinto dello stabilimento e che rechi grave perturbamento alla vita aziendale».

Il Tribunale di Ferrara, a tal riguardo, pur dando conto che la società ha richiamato genericamente solo l'art. 52 del Ccnl di settore, senza indicare la specifica esemplificazione che secondo la contrattazione collettiva consente il recesso per giusta causa, tuttavia, ha ritenuto dovesse eventualmente individuarsi la suddetta previsione della lettera *j*, quale ipotesi applicabile per la risoluzione della controversia, trattandosi di previsione di Ccnl in cui gli elementi valutati nella fattispecie posta al proprio vaglio possono essere eventualmente sussunti.

Il magistrato, pertanto, in merito all'interpretazione di tale norma contrattuale, ha affermato un importante principio ritenendo che il diverbio litigioso è solo quello che avviene nel «recinto dello stabilimento»; tale fattispecie, secondo il giudice, non ricorre nel momento in cui il rappresentante della Rsu adempie il mandato sindacale durante una trattativa, ove si verifica una sospensione del rapporto di lavoro.

L'assunto espresso dal Tribunale di Ferrara sulla qualificazione giuridica del «recinto dello stabilimento», risulta di rilevante interesse in quanto il giudice appura una circostanza che può sembrare scontata ma che, in realtà, non trova specifico riscontro, a quanto consta, in altri precedenti giurisprudenziali. In tal modo, la riunione sindacale viene ricondotta nella sua naturale connotazione, ossia quale luogo «neutro» rispetto a quello oggetto della prestazione lavorativa, con conseguente delimitazione del potere disciplinare del datore e dell'uso strumentale dello stesso. Difatti, come correttamente affermato dal provvedimento in esame, all'interno di tale contesto il ruolo delle parti è paritario e i toni, per così dire accesi, sono spesso utilizzati da entrambe le parti «anta-

goniste». La decisione in commento, quindi, risulta conforme a un precedente indirizzo giurisprudenziale secondo cui il lavoratore, che sia anche rappresentante sindacale, si «pone, in relazione all'attività di sindacalista, su un piano paritetico con il datore di lavoro, con esclusione di qualsiasi vincolo di subordinazione, giacché tale attività, diretta alla tutela di interessi collettivi dei lavoratori nei confronti di quelli contrapposti del datore di lavoro, non può essere subordinata alla volontà di quest'ultimo» (3).

4. — *Il diritto di critica del sindacalista in ragione del proprio ruolo «ontologicamente contrapposto» agli interessi imprenditoriali* — I profili sicuramente più interessanti del provvedimento oggetto di nota sono due. Il primo, che è rilevabile indirettamente dall'esame dal decreto, in quanto il giudice non lo tratta specificatamente, investe un tema particolarmente dibattuto nel diritto del lavoro, ossia quello dei limiti del diritto di critica del lavoratore sindacalista, con particolare riferimento alle espressioni proferte in un contesto di conflittualità aziendale (4). Il secondo, invece, riguarda il rapporto tra il potere disciplinare e la condotta antisindacale realizzata mediante l'utilizzo strumentale di una sanzione sproporzionata rispetto all'addebito contestato.

Per quanto attiene al primo profilo, per ragioni di brevità espositiva, in questa sede non è possibile ripercorrere analiticamente l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale che nel tempo ha esaminato il diritto di critica del lavoratore sindacalista, enunciando il cosiddetto decalogo del buon lavoratore (5). Tuttavia, anche al fine di meglio inquadrare la vicenda in commento, pare opportuno segnalare alcuni provvedimenti significativi che hanno caratterizzato l'esegesi giurisprudenziale. Nel tempo, infatti, la giurisprudenza, sia di merito sia di legittimità, ha affrontato la materia del diritto di critica del lavoratore sindacalista con alterne soluzioni interpretative (6).

A parere di chi scrive, con riferimento alla tematica che qui interessa, va richiamato un caso emblematico, analizzato sia dalla giurisprudenza sia dalla dottrina, che rappresenta un vero e proprio paradigma della fattispecie in commento: una cosiddetta ipotesi di scuola.

(3) Cass. 14.5.2012, n. 7471, in *RIDL*, 2013, n. 1, II, 81, con nota di Grivet-Fetà (2013).

(4) Sul diritto di critica del lavoratore sindacalista si segnalano i seguenti contributi della dottrina risalenti nel tempo: Giovagnoli 2001, 796; Matto 2002, 452; Muggia R., Muggia S. 2004, 105.

(5) In giurisprudenza, in generale, si veda: Cass. 25.2.1986, n. 1173, pubblicata rispettivamente in *FI*, 1986, I, 1878, con nota di Mazzotta (1986, 1879), e in *RCDL*, 1986, con nota di Muggia (1986, 245), che, per prima, ha tratteggiato i limiti dell'esercizio del diritto di critica nel rapporto di lavoro, delineando il cosiddetto decalogo del buon lavoratore, mutando tali principi da uno specifico precedente; Cass. 18.10.1984, n. 5259, in *FI*, 1984, I, 2711, ove i giudici di legittimità, con riferimento ai limiti del diritto di cronaca giornalistica, hanno dettato i criteri che rendono legittimo tale esercizio d'informazione tutelato dall'art. 21 della Cost. Sull'esercizio del diritto di critica del lavoratore sindacalista manifestato attraverso articoli e interviste sui quotidiani si veda anche Cass. 6.5.1998, n. 5952, con nota di Aimo (1999). In dottrina, quali contributi più recenti sull'evoluzione del diritto di critica del lavoratore sindacalista e sui limiti delle azioni che il medesimo può esercitare nell'ambito del proprio ruolo, si segnala: Grivet-Fetà 2013, pp. 86-95, nonché Papa V. 2010, pp. 806-813.

(6) Sul ruolo della dialettica sindacale che deve essere contestualizzata secondo le dinamiche espressive del linguaggio utilizzato dai propri rappresentanti si veda Cass. 27.6.2000, *NGL*, 2001, p. 147, nonché Cass. 24.5.2001, n. 7091, *MGL*, 2001.

Si tratta infatti di un episodio riguardante alcune espressioni, per così dire sconvenienti, utilizzate da un lavoratore sindacalista in un contesto di conflittualità aziendale che, in modo analogo alla controversia in analisi, hanno determinato il licenziamento del lavoratore (7).

Tale vicenda è stata sottoposta al vaglio della Suprema Corte, che, di fatto, ha deciso lo stesso caso giuridico riguardante sempre il medesimo sindacalista con due sentenze, succedutesi a distanza di alcuni anni l'una dall'altra, con cui i giudici di legittimità hanno offerto soluzioni interpretative differenti.

Nella prima decisione del 5.7.2002, n. 9743, la Corte di Cassazione ha affermato che il «giudice di merito nel valutare, al fine di accertare la legittimità di un licenziamento per giusta causa, le espressioni proferite da un lavoratore sindacalista in un contesto di conflittualità aziendale, che possono essere esorbitanti rispetto ai limiti di un corretto esercizio delle libertà sindacali [...] deve accertare se le stesse non costituiscono la forma di comunicazione ritenuta più efficace e adeguata dal sindacalista in relazione alla propria posizione in un determinato contesto conflittuale...». La Cassazione con tale arresto ha legittimato, in un certo senso, il principio per cui il sindacalista può scegliere la forma di comunicazione ritenuta più efficace al fine di far comprendere le proprie posizioni. Condotta questa che, in quanto espressione di una responsabilità politico-sindacale in senso lato, avente peraltro rilevanza costituzionale, non configurerebbe un inadempimento nei confronti del datore. È evidente, infatti, che la critica sindacale consente un dialettica diversa rispetto a quella comune del prestatore di lavoro, il cui scopo è proprio quello di esprimere un'opinione di tipo antagonista, manifestando una «esternazione di un giudizio, una valutazione critica, fondata su un'interpretazione soggettiva» (8). In tale ambito, le manifestazioni di disaccordo non solo sono ammesse ma, soprattutto, visto il piano paritetico con il datore di lavoro, consentono espressioni più forti, proprio in ragione del ruolo rivestito dal rappresentante sindacale avente natura «ontologicamente contrapposta» agli interessi imprenditoriali (9).

Nella seconda sentenza del 21.4.2006, n. 9395, i giudici di legittimità, come anticipato, hanno riesaminato nuovamente il medesimo caso giuridico, traendone però conclusioni del tutto diverse. I magistrati della Corte di Cassazione hanno osservato sul punto, da una parte, che il diritto di critica del lavoratore sindacalista, che è conseguen-

(7) In tal senso, si vedano i due differenti orientamenti espressi, dapprima, da Cass. 5.7.2002, n. 9743, e, successivamente, da Cass. 21.4.2006, n. 9395, pubblicate in *DRI*, 2007, n. 3, 810, con nota di Papa D. (2007, 810-821), entrambe sul medesimo caso riguardante un rappresentante sindacale licenziato per giusta causa per aver redatto e affisso in azienda un comunicato sindacale contenente espressioni offensive nei confronti di responsabili aziendali.

(8) In merito, cfr. De Luca 2008, in *LG*, n. 10, 987.

(9) Sul ruolo paritetico tra le parti antagoniste e sulla natura dell'attività sindacale che deve risultare «ontologicamente contrappositiva agli interessi imprenditoriali», si veda Cass. 8.11.1995, n. 11436, in *LPO*, 1996, n. 1, 144. Sull'idoneità delle espressioni critiche del lavoratore sindacalista, formalmente non opportune e sconvenienti, in ragione del proprio *status* che giustifica tali comportamenti quasi si tratti di una scriminante, si veda anche T. Ascoli Piceno 3.7.2009, n. 696, in *RGL*, 2010, n. 1, 198, con nota di Terenzio (2010, pp. 198); nonché T. Roma 26.10.2009, in *RIDL*, 2010, n. 4, II, p. 799, con nota di Papa V. (2010), secondo cui le «forme di critica sindacale, anche se svolte con uso di linguaggio pungente e incisivo, devono essere riconosciute legittime in quanto socialmente utili». Sempre sul punto, si veda, infine, T. Frosinone, 8.10.1986, in *FI*, 1987, I, 948.

te e funzionalmente connesso alla libertà sindacale, non può essere limitato nel suo esercizio; dall'altra, che anche se il comportamento di quest'ultimo nell'espletamento delle proprie prerogative sindacali non può essere qualificato quale inadempimento contrattuale, tuttavia, si dovrà considerare, nella valutazione della condotta posta in essere dal medesimo, la tutela di altri diritti fondamentali. Quindi, in tale contesto non si potranno giustificare «espressioni diffamatorie di singole persone, che vanno valutate come inadempimento degli obblighi derivanti dal contratto di lavoro» (10).

La Suprema Corte, in questa ultima decisione del 2006, applica la ben nota «regola del bilanciamento» degli interessi di natura individuale e collettiva in conflitto, ove i giudici di legittimità non hanno in realtà limitato il diritto di critica del lavoratore sindacalista ma, semmai, il tipo di espressioni utilizzate dal medesimo nell'ambito di tale «dialettica» sindacale. Come sostenuto dalla dottrina, il criterio del bilanciamento si qualifica come «tecnica di giudizio adottata in giurisprudenza per operare una valutazione complessiva e ponderata di ogni singola vicenda» che deve vagliare, da un lato, l'interesse alla reputazione e all'onore del destinatario della critica e, dall'altro, il contrapposto diritto alla manifestazione del pensiero (11). Secondo altro Autore, nel dover considerare i due interessi costituzionalmente protetti, ossia il diritto di critica e quello della dignità personale, è naturale che tale «bilanciamento richiede un più stringente rispetto dell'altrui onore e reputazione quando l'interesse del lavoratore non sia un interesse di natura generale o anche soltanto collettiva» (12). Per altra dottrina, invece, l'elemento che qualifica l'abuso della libertà di critica si ha quando le espressioni del lavoratore non prendono di mira l'azienda nella sua accezione imprenditoriale e organizzativa, ma la «persona del datore di lavoro o di singoli dirigenti, basandosi sui cosiddetti *argumenta ad hominem*, intesi a gettare discredito appunto sulla persona del destinatario piuttosto che a criticarne le idee» (13).

La letteratura giuridica, quindi, nel tempo ha tratteggiato differenti soluzioni interpretative al fine di trovare quell'equo temperamento tra i diversi interessi coinvolti: quelli individuali della personalità da una parte (di cui sono titolari le persone offese dalle espressioni offensive) e quelli collettivi dall'altra (di cui è portatore il rappresentante sindacale nell'ambito dell'esercizio delle sue prerogative) (14).

(10) Sul punto, quali precedenti specifici, si vedano anche Cass. 17.12.2003, n. 19350, in *MGL*, 2004, 311, che riteneva legittima la sanzione disciplinare nei confronti del lavoratore sindacalista che aveva proferito frasi denigratorie e disonorevoli ai dirigenti aziendali, nonché, in tempo più risalente, Cass. 16.5.1998, n. 4952, pubblicata rispettivamente in *MGL*, 1998, p. 663, con nota di Failla (1998), e in *RIDL*, 1999, n. 2, II, p. 346, con nota di Tullini (1999), secondo cui è legittimo il licenziamento in tronco del lavoratore che, in violazione dell'obbligo di fedeltà e dei doveri di correttezza e buona fede, «abbia esercitato il diritto di critica oltre il limite del rispetto della verità oggettiva».

(11) In tal senso, Tullini 1999, 346.

(12) Sul punto, cfr. Emiliani 2007, 429.

(13) Inglese 2014, 40. Con riferimento poi alla liceità del diritto di critica del prestatore che deve essere verificata con riferimento al contesto complessivo della vicenda si veda Bettini 2008, 141. Sul ruolo della giurisprudenza nella valutazione del diritto di critica si veda anche Franza 2007, 785.

(14) In generale, sul diritto di critica del lavoratore in relazione con il licenziamento disciplinare, si vedano i seguenti contributi dottrinali: Levi 2003, 529; Nuzzo 2004, 817; Dessi 2013, pp. 407.

Sul punto, si segnala un indirizzo di legittimità che, seppur risalente nel tempo, afferma un principio pienamente condivisibile per il tipo di soluzione interpretativa adottata. Osserva in merito la Suprema Corte che il diritto di critica, anche se non può spingersi sino alla violazione di altri diritti garantiti costituzionalmente, può però consentire tale compressione quando «l'azione che la pone in essere sia ragionevolmente e prudentemente ordinata al soddisfacimento di interessi di rilievo (sul piano giuridico) almeno pari a quello del bene leso», con la conseguenza che «l'interesse concreto in funzione del quale la critica è svolta deve essere attentamente considerato dal giudice ai fini del temperamento degli interessi coinvolti, potendo configurarsi come una "causa di giustificazione" o una discriminante (anche ai sensi dell'art. 51 c.p.) rispetto a una condotta del lavoratore, in ipotesi, persino diffamatoria» (15).

Per concludere, con riferimento a tale tematica, al fine di stabilire quali siano i limiti di critica del sindacalista, e se effettivamente le modalità espressive utilizzate dal medesimo abbiano travalicato le proprie prerogative, sconfinando appunto i confini del sopra richiamato bilanciamento tra questi diversi e allo stesso tempo rilevanti interessi di rango costituzionale, appare opportuno richiamare quanto concretamente stabilito dalla Suprema Corte, nella sopra citata sentenza n. 9743, del 5.7.2002. In particolare, con riferimento al caso di specie, risultano interessanti alcuni passaggi di tale sentenza che si connotano per la rigorosità e lucidità del ragionamento decisorio adottato. I giudici di legittimità, infatti, delimitano opportunamente i requisiti essenziali dell'indagine che deve necessariamente effettuare il magistrato di merito nella valutazione della condotta del prestatore sindacalista, affermando al riguardo che si può configurare una lesione del rapporto di fiducia solo ove sia stato accertato «che l'attività del lavoratore sindacalista era solo formalmente tale, debordando del tutto dagli standard propri di una vera, per quanto aspra, attività sindacale».

Osserva ancora sul punto la Suprema Corte del 2002 che l'attività sindacale «è ontologicamente contrappositiva agli interessi imprenditoriali», e che «si svolge in un regime di pluralismo sindacale concorrenziale». Ciò implica che ogni esponente sindacale possa prescegliere la forma e il tipo di comunicazione che «meglio ritenga adatta a far comprendere le posizioni da esso assunte in relazione a determinate vicende aziendali, non diversamente da quanto avviene nella sfera lata della politica». Conseguentemente, solo quando la «comunicazione "non corretta" non è sorretta da questa finalizzazione vien meno la stessa esistenza di un'attività sindacale configurandosi solo l'aggressione dell'altrui sfera giuridica utilizzando, strumentalmente, i diritti sindacali». Tali principi sono quelli che maggiormente si attagliano alla presente vicenda, conferendole la giusta connotazione giuridica rispetto alla cosiddetta tecnica del bilanciamento dei diritti.

(15) Cfr. Cass. 25.2.1986, n. 1173, in *RIDL*, 1987, n. 2, 127, richiamata espressamente anche da Tullini (1987, 348). Quale indirizzo più recente, si segnala Cass. 27.2.2012, n. 7633, in *GDir.*, 2012, n. 27, p. 32, con riferimento all'esercizio del diritto di critica da parte di un sindacalista accusato di reato per aver utilizzato toni aspri, ove i giudici di legittimità hanno ritenuto la condotta incensurabile «nell'ambito e in ragione del mandato sindacale dell'imputato in quanto rappresentante di un'organizzazione di categoria e dunque in funzione delle finalità istituzionali sottese a quell'incarico». In senso conforme, sempre sulla critica sindacale realizzata con toni e modi di disapprovazione si vedano, *ex multis*, Cass. 12.6.2009, n. 32180, in *RFI*, 2010, 3580, n. 82, Cass. 5.6.2007, n. 34432, e Cass. 17.11.2004, n. 6465, a quanto consta inedite.

Per concludere, si evidenzia che l'indagine sul comportamento del lavoratore sindacalista non può avere quale esclusivo riferimento, *sic et simpliciter*, sia il parametro dell'inadempimento ai propri obblighi di lavoratore sia quello dell'osservanza dei doveri di fedeltà *ex art.* 2105 c.c. (16). E infatti, quando la condotta di quest'ultimo è posta in essere nell'ambito di un contesto di conflittualità aziendale, come quello di una trattativa, ove si esprimono posizioni afferenti alla politica sindacale, il giudizio sulla condotta del prestatore deve tener conto, da un lato, necessariamente del ruolo politico sindacale dal medesimo ricoperto in quel momento, dall'altro, della finalità che si persegue quale obiettivo intrinseco delle azioni complessive poste in essere dal sindacalista.

5. — *Insussistenza del fatto, uso sproporzionato del potere disciplinare e condotta antisindacale* — Passando poi all'esame del secondo profilo, ossia quello del rapporto tra potere disciplinare e condotta antisindacale, così come delineato dal Tribunale di Ferrara, si evidenzia che, per esigenze di spazio espositivo, in questa sede non si affronterà la tematica inerente il dibattito giurisprudenziale e dottrinale sviluppatosi intorno al concetto di fatto materiale e giuridico. Per completezza d'informazione, si sottolinea come la Corte di Cassazione, con la prima sentenza intervenuta in materia, abbia affermato che la «reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto» (17).

Appare sicuramente più interessante approfondire la questione della proporzionalità del recesso, così come affrontata dalla decisione del Tribunale di Ferrara, in quanto la mancanza di tale presupposto può essere ritenuta, come è avvenuto nel caso di specie, un indizio essenziale, anche alla luce delle presunzioni *ex art.* 2729 c.c., per determinare la ritorsività del licenziamento e la conseguente condotta antisindacale.

La giurisprudenza più recente, infatti, ha espresso un indirizzo per così dire più «attento» e «sensibile» in merito alla interpretazione della tematica della proporzionalità tra il fatto contestato e il recesso, affermando che, in presenza di fatti contestati di lieve entità e, pertanto, in ipotesi di inadempimento «non notevole», si possa ancora disporre la reintegrazione nel posto di lavoro. È il caso affrontato dalla Suprema Corte, con sentenza del 13.10.2015, n. 20540, in cui è stato ritenuto insussistente un fatto materiale, pur verificatosi, relativo a un comportamento di una dipendente che nei confronti dell'amministratore delegato aveva utilizzato parole risentite e irriguardose (18). La Corte di Cassazione ha ritenuto i fatti insussistenti perché unicamente con-

(16) Sui limiti del diritto di critica del lavoratore in generale e la violazione dell'obbligo di fedeltà *ex art.* 2105 c.c. che impone al lavoratore un obbligo di osservanza dei principi generali della correttezza e buona fede si veda Cass. 16.1.2001, n. 519, in *MGL*, 2001, p. 593, con nota di Niccolai (2001). Sempre in giurisprudenza si veda anche Cass. 5.12.1990, n. 11657, in *RIDL*, 1991. In dottrina, cfr. Perulli 2002, p. 3.

(17) In tal senso, Cass. 6.11.2014, n. 23699, pubblicata rispettivamente in *MGL*, 2014, 874, nonché in *FI*, 2014, I, 3418, con nota di De Luca (2014). In dottrina, sulle differenze tra fatto materiale e fatto giuridico si segnalano, tra i tanti commentatori: De Luca Tamajo 2012, 1049; cfr. anche Fabbri 2012, 761; Carinci 2012, 773; Barbieri 2013, 334; si veda, da ultimo, anche Piccinini 2016, 339.

(18) In *RGL*, 2016, n. 1, 31, con nota di Federici (2016).

trari alle «regole della compostezza e degli usi mondani» e, pertanto, «giuridicamente non rilevanti». Sul punto, i giudici di legittimità stabiliscono il rilevante principio secondo cui, «quanto alla tutela reintegratoria, non è plausibile che il legislatore, parlando di “insussistenza del fatto contestato”, abbia voluto negarla nel caso di fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, ossia non suscettibile di alcuna sanzione», come potrebbe essere il caso in annotazione, ove le censure riguardano espressioni sconvenienti ma non talmente gravi da giustificare il recesso.

Nella vicenda in analisi, infatti, la sanzione espulsiva è stata irrogata a fronte di un episodio isolato relativamente a una condotta che, come correttamente interpretata dal Tribunale di Ferrara, non aveva alcuna ricaduta con l'esecuzione della prestazione lavorativa e con l'adempimento degli obblighi contrattuali. I fatti contestati sono riferiti a un episodio tenutosi nel corso di una trattativa sindacale e, in quanto tali, protetti da una sorta di esimente per i contegni in essa tenuti dal sindacalista; ciò in ragione della naturale conflittualità insita nella riunione, ove i rapporti tra le parti sono paritari. Peraltro, occorre evidenziare che al lavoratore, in passato, non erano mai stati contestati altri provvedimenti disciplinari. Il recesso, conseguentemente, appariva sproporzionato non solo rispetto ai fatti addebitati, ma anche in relazione sia alla comprovata mancanza di sanzioni disciplinari precedentemente irrogate nei confronti del prestatore sia in considerazione della circostanza che la sanzione irrogata era più grave di quella prevista dalla contrattazione collettiva. In riferimento a questo ultimo passaggio, si segnala una recente decisione della Suprema Corte del 30.3.2016, che tratta una vicenda di licenziamento disciplinare in cui la contestazione richiama la fattispecie tipizzata dal contratto collettivo del «diverbio litigioso seguito da vie di fatto» (19).

È il caso di un lavoratore il quale, nel richiedere le proprie spettanze economiche al datore di lavoro, aveva utilizzato nei confronti di quest'ultimo espressioni volgari e intimidatorie; in merito, la Corte d'Appello di Reggio Calabria aveva confermato la legittimità del recesso in ragione della violazione delle norme del vivere civile e degli obblighi correlati alla posizione di subordinazione del prestatore anche se, tuttavia, tra le parti non erano seguite «le vie di fatto». In tale ambito, la Cassazione ha sancito un rilevante principio che si richiama proprio per le analogie con il caso in commento. Secondo i giudici di legittimità, il fatto deve ritenersi insussistente quando al lavoratore viene irrogata una sanzione più grave rispetto a quella prevista dalle stesse tipizzazioni disciplinate dal contratto collettivo. Osserva al riguardo la Suprema Corte che in tema di licenziamento le «tipizzazioni degli illeciti disciplinari contenute nei contratti collettivi, rappresentando le valutazioni che le parti sociali hanno fatto in ordine alla gravità di determinati comportamenti rispondenti, in linea di principio, a canoni di normalità, non consentono al datore di lavoro di irrogare la sanzione risolutiva quando questa costituisca una sanzione più grave di quella prevista dal contratto collettivo in relazione a una determinata infrazione».

Tornando al caso in commento, anche alla luce di tale ultimo indirizzo giurisprudenziale, il punto nodale della controversia si rinviene proprio nella rilevante circostanza che il dipendente è stato licenziato mentre esercitava le sue prerogative di rap-

(19) Cfr. Cass. 30.3.2016, n. 6165, sul sito online *Diritto e Giustizia*, nonché in *RFI*, 2016, voce *Lavoro (rapporto)*, 3890, n. 27.

presentante sindacale. Al riguardo, il giudice della fase sommaria, in maniera condivisibile, ha riconosciuto a favore del lavoratore sindacalista l'esercizio di una funzione che prevede, istituzionalmente, una contrapposizione con il datore di lavoro e che, proprio in ragione di tale conflittualità costituzionalmente garantita, non può essere mortificata o compressa con licenziamenti pretestuosi.

Il Tribunale di Ferrara, quindi, ha correttamente accertato la condotta antisindacale della società proprio in ragione della circostanza che il comportamento sanzionato non era funzionalmente connesso a un inadempimento contrattuale legato allo svolgimento dell'attività lavorativa. Il fatto doveva ritenersi insussistente anche perché assolutamente sproporzionato rispetto alla condotta accertata. Sul punto, si segnala infine una sentenza della Corte di Cassazione che ha qualificato quale condotta antisindacale il comportamento della società che, in maniera pretestuosa, ha utilizzato le mancanze del rappresentante sindacale al fine di comminare al medesimo la più grave delle sanzioni, ossia il licenziamento. Al riguardo, i giudici di legittimità hanno tenuto conto della rilevante circostanza che l'istruttoria, come avvenuto nel caso di specie, aveva dimostrato che la condotta antisindacale era connotata dalla «volontà dell'impresa di approfittare dell'episodio disciplinarmente rilevante per liberarsi di un sindacalista particolarmente attivo, come tale idonea a colpire il sindacato nella sua attività istituzionale all'interno dell'azienda» (20).

6. — *Considerazioni conclusive* — Per concludere rispetto alla vicenda oggetto di annotazione, si può affermare che il giudice, in ossequio ai principi costituzionali e dello Statuto dei lavoratori che garantiscono l'attività sindacale, deve valutare con particolare attenzione e rigore quanto accade all'interno delle riunioni ove si esercita la stessa. Ciò al fine di evitare che il datore di lavoro, in maniera strumentale, possa sanzionare condotte che in realtà non risultano essere così gravi ma che, invece, sono intrinsecamente funzionali alla politica sindacale. Come infatti è accaduto nel caso di specie, ove il fatto contestato non assumeva una rilevanza disciplinare tale da giustificare la massima sanzione, visto che lo stesso non era finalizzato all'offesa diretta della dignità dei rappresentanti aziendali. Comportamento che, al massimo, poteva ritenersi contrario alle «regole della compostezza e degli usi mondani» (21), ma restando giuridicamente irrilevante ai fini di un licenziamento.

Un diverso approccio interpretativo, presterebbe il fianco a pretestuose «espulsioni» di lavoratori sindacalisti ritenuti «scomodi»; condotta questa che assume la veste dell'antisindacalità e deve essere legittimamente sanzionata.

Conseguentemente, il comportamento del rappresentante sindacale nell'ambito di una riunione sindacale deve essere contestualizzato rispetto alle condizioni oggettive e soggettive in cui si verifica. L'indagine del giudice pertanto, nell'ambito della verifica di tale condotta, deve essere particolarmente scrupolosa laddove vi sono «in gioco» interessi collettivi dei lavoratori costituzionalmente garantiti. In tal modo, si potrà evi-

(20) In merito, Cass. 12.12.2008, n. 29257, in *RIDL*, 2009, n. 4, II, pp. 1022-1027, con nota di Verrecchia (2009). Sempre sulla condotta antisindacale quando il licenziamento colpisce il dirigente sindacale provocando un oggettivo indebolimento del sindacato, si veda anche T. Bergamo, 11.12.2004, in *DRI*, 2005, n. 3, pp. 778-780, con nota di Quaranta (2005).

(21) In tal senso Cass. 13.10.2015, n. 20540, in *RGL*, 2016, n. 1, 31.

tare che possano realizzarsi condotte pretestuose e strumentali a danno del rappresentante sindacale nell'espletamento delle proprie prerogative istituzionali che, invece, devono essere tutelate in quanto espressione di una libertà garantita dall'art. 39 della Costituzione.

Riferimenti bibliografici

- Aimo M. (1999), *Appunti sul diritto di critica del lavoratore*, in *RGL*, n. 3, II, 463 ss.
- Barbieri M. (2013), *La nuova disciplina sostanziale del licenziamento individuale: prime risposte giurisprudenziali*, in *RGL*, n. 3, II, 334 ss.
- Bettini M.N. (2008), *Il diritto di critica del lavoratore nella giurisprudenza*, in *Aa.Vv., Diritto e libertà. Studi in onore di Matteo Dell'Olio*, Giapichelli, Torino, 141 ss.
- Carinci F. (2012), *Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore ed il prudente conservatore*, in *ADL*, n. 4-5, 773 ss.
- De Luca A. (2008), *Diritto di critica del lavoratore*, in *LG*, n. 10, 987 ss.
- De Luca M. (2014), *Il fatto nella riforma della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia della Corte di Cassazione*, in *FI*, I, 3418 ss.
- De Luca Tamajo R. (2012), *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *RIDL*, n. 2, II, 1049 ss.
- Dessi O. (2013), *Il diritto di critica del lavoratore*, in *RIDL*, I, 407 ss.
- Emiliani S.P. (2007), *La libertà del lavoratore di manifestare il proprio pensiero e il dovere di rispettare l'altrui onore e reputazione*, in *ADL*, I, 429 ss.
- Fabbri F. (2012), *Alcune considerazioni sulla insussistenza del fatto addebitato e sulle incongruenze del nuovo art. 18 St. lav.*, in *RGL*, n. 2, II, 761 ss.
- Failla L. (1998), *Diritto di critica e rapporto di lavoro: una importante presa di posizione della Corte di Cassazione*, in *MGL*, 663 ss.
- Federici A. (2016), *In tema di insussistenza del fatto disciplinare*, in *RGL*, n. 1, 31 ss.
- Franza G. (2007), *Sul diritto di critica del lavoratore*, in *MGL*, 2007, 785 ss.
- Ghirardi N. (2003), *Licenziamento per rappresaglia e diritto di critica del rappresentante sindacale*, in *RGL*, n. 4, II, 819 ss.
- Giovagnoli R. (2001), *Diritto di critica del rappresentante sindacale e giusta causa di licenziamento*, in *MGL*, 2001, 796 ss.
- Grivet-Fetà S. (2013), *Presupposti e limiti del diritto di critica del lavoratore*, in *RIDL*, n. 1, II, 86 ss.
- Inglese I. (2014), *Il diritto di critica nei luoghi di lavoro*, Torino, 40 ss.
- Levi A. (2003), *La critica della persona nel diritto del lavoro*, in *RGL*, n. 3, 529 ss.
- Matto V. (2002), *Diritto di critica, esercizio di una responsabilità politico-sindacale e licenziamento*, in *OGL*, I, 452 ss.
- Mazzotta O. (1986), *Diritto di critica e diritto del lavoro*, in *FI*, 1986, I, 1878 ss.
- Miscione M. (2016), *Antisindacale licenziare per antagonismo*, in *LG*, n. 2, 179 ss.
- Muggia R. (1986), *I confini tra diritto di critica e potere di licenziamento*, in *RCDL*, 245 ss.
- Muggia R., Muggia S. (2004), *Diritto di critica e rapporto di lavoro*, in *LG*, 105 ss.
- Niccolai A. (2001), *L'obbligo di fedeltà fra lealtà, fiducia e convivenza*, in *MGL*, 593 ss.

- Nuzzo V. (2004), *Diritto di critica del dipendente e presunta violazione del vincolo di fiducia*, in *MGL*, 817 ss.
- Papa D. (2007), *Limiti del diritto di critica del lavoratore sindacalista*, in *DRI*, n. 3, 810 ss.
- Papa V. (2010), *Il diritto di critica del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza: una lettura costituzionalmente orientata*, in *RIDL*, n. 4, II, 806 ss.
- Perulli A. (2002), *La buona fede nel diritto del lavoro*, in *RGL*, n. 1, 3 ss.
- Piccinini A. (2016), *Licenziamento disciplinare: il fatto materiale tra legge Fornero e Jobs Act*, in *LG*, n. 4, 339 ss.
- Quaranta M. (2005), *Trattamenti migliorativi ad personam e condotta antisindacale*, in *DRI*, n. 3, 778 ss.
- Terenzio E.M. (2010), *Il diritto di critica del prestatore di lavoro subordinato: un difficile equilibrio tra garanzie costituzionali e obblighi contrattuali*, in *RGL*, n. 1, pp. 198.
- Tullini P. (1999), *Il diritto di critica civile del sindacalista*, in *RIDL*, 1999, n. 2, II, 349 ss.
- Verrecchia G. (2009), *Licenziamento per mancata rimozione della cd. bandiera della pace: condotta antisindacale e violazione del principio di proporzionalità nell'esercizio del potere disciplinare*, in *RIDL*, n. 4, II, 1022 ss.

Michelangelo Salvagni
Avvocato in Roma

I

TRIBUNALE ROMA, 30.9.2015 – Est. Sordi – P.E. (avv. Russo) c. F.E. (avv. Ghera).

Mansioni e qualifica – Art. 2103 c.c. – Adibizione a mansioni inferiori – Illecito contrattuale a carattere permanente – Configurabilità – Art. 3, d.lgs. n. 81/2015 – Immediata applicabilità ai rapporti di lavoro in corso – Disciplina legislativa e contrattuale giorno per giorno vigente – Rilevanza.

Mansioni e qualifica – Art. 2103 c.c., novellato dall'art. 3, d.lgs. n. 81/15 – Mobilità orizzontale – Giudizio di equivalenza – Concreto contenuto delle mansioni – Irrilevanza – Adibizione del lavoratore a mansioni appartenenti allo stesso livello contrattuale di inquadramento di quelle in precedenza svolte – Legittimità – Accertamento sulla specifica competenza del dipendente – Esclusione.

Il demansionamento del lavoratore costituisce una sorta di illecito permanente, nel senso che esso si attua e si rinnova ogni giorno in cui il dipendente viene mantenuto a svolgere mansioni inferiori rispetto a quelle che egli, secondo legge e contratto, avrebbe diritto di svolgere. Conseguentemente, la valutazione della liceità o meno della condotta posta in essere dal datore di lavoro nell'esercizio del suo potere di assegnare e variare, a certe condizioni, le mansioni che il dipendente è chiamato a espletare va necessariamente compiuta con riferimento alla disciplina legislativa e contrattuale vigente giorno per giorno; con l'ulteriore conseguenza che l'assegnazione di determinate mansioni che deve essere considerata illegittima in un certo momento può non esserlo più in un momento successivo. (1)

Nel nuovo art. 2103 c.c., così come novellato dall'art. 3 del d.lgs. n. 81/15 – che consente l'assegnazione di «mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte» –, il giudizio di equivalenza deve essere condotto assumendo quale parametro non più il concreto contenuto delle mansioni svolte in precedenza dal dipendente, bensì solamente le astratte previsioni del sistema di classificazione adottato dal contratto collettivo applicabile al rapporto. Ne consegue che è oggi legittimo lo spostamento del lavoratore a mansioni che appartengono allo stesso livello di inquadramento cui appartenevano quelle svolte in precedenza dallo stesso dipendente, non dovendosi più accertare che le nuove mansioni siano aderenti alla specifica competenza del dipendente, come ritenuto in passato dalla consolidata giurisprudenza di legittimità. (2)

II

TRIBUNALE RAVENNA, 22.9.2015 – Est. Rivero – P.G. (avv. Bagnara) c. H. Spa (avv. Pivato, Baraccani).

Mansioni e qualifica – Art. 2103 c.c. – Adibizione del lavoratore a mansioni inferiori – Illecito contrattuale prodottosi in vigenza della disciplina antecedente – Applicabilità dell’art. 3, d.lgs. n. 81/15 – Esclusione – Continuazione del demansionamento in vigenza della nuova disciplina – Irrilevanza – Insussistenza di norme retroattive e/o transitorie.

La nuova normativa in materia di mansioni non è applicabile al demansionamento che si è prodotto nel vigore della legge precedente, in quanto il fatto che segna il discrimine tra una normativa e l'altra è proprio il prodursi del demansionamento stesso – illecito contrattuale, con la correlata tutela reintegratoria e risarcitoria –, a nulla rilevando che esso continui nel vigore della legge successiva, la quale peraltro non contiene alcuna norma di natura retroattiva e nemmeno di diritto intertemporale. (3)

(1-3) GLI (INEVITABILI) PROBLEMI APPLICATIVI DELLA SOPRAVVENUTA ABROGAZIONE DEL CRITERIO DELL'EQUIVALENZA DELLE MANSIONI

SOMMARIO: 1. Il fatto. — 2. La mobilità orizzontale e la tutela della professionalità nel «vecchio» art. 2103 c.c. — 3. L'art. 3, d.lgs. n. 81/15. — 4. La motivazione. — 5. Considerazioni conclusive.

1. — *Il fatto* — Nella prima sentenza, il Tribunale di Roma era stato adito da una dipendente di una Fondazione, che lamentava di essere stata illegittimamente richiamata, a seguito di un provvedimento del maggio 2014, da una società terza ove aveva prestato la sua attività in regime di distacco negli ultimi anni e, contestualmente, di avere subito, dapprima, una sottrazione di mansioni e, successivamente, a decorrere dal mese di gennaio 2015, una vera e propria dequalificazione, per essere stata adibita a mansioni inferiori e/o comunque non equivalenti alle ultime effettivamente svolte quando si trovava ancora presso la società distaccataria.

Chiedeva, pertanto, la condanna della convenuta a ripristinare le mansioni in precedenza svolte e/o ad attribuirle mansioni equivalenti, ai sensi e per gli effetti delle disposizioni di cui all'art. 2103 c.c., con conseguente condanna della stessa al risarcimento del danno alla salute e degli ulteriori danni di natura non patrimoniale, quali il danno morale, all'immagine, alla dignità personale e professionale, nella misura ritenuta di giustizia, oltre al risarcimento del danno da dequalificazione professionale sempre da quantificarsi secondo giustizia.

Si costituiva la Fondazione, la quale, nel chiedere il rigetto del ricorso, nelle note

conclusive eccepiva, tra l'altro, che, a seguito della modifica dell'art. 2103 c.c. disposta dal d.lgs. n. 81/15, nessun demansionamento sarebbe potuto essere riconosciuto in epoca successiva all'entrata in vigore della predetta novella, con la conseguenza, da un lato, che nessun danno sarebbe stato configurabile a partire dal 25.6.2015 e, dall'altro, che non avrebbe potuto comunque essere pronunciata la condanna della datrice di lavoro all'assegnazione di mansioni equivalenti a quelle svolte presso la società distaccataria.

Il Tribunale, nell'escludere nel merito il dedotto demansionamento, comunque, riteneva fondata la suddetta eccezione, affermando l'immediata applicabilità, anche ai rapporti di lavoro in corso, delle modifiche introdotte all'art. 2103 c.c., dall'art. 3, d.lgs. n. 81/15.

1.1. Nella seconda sentenza, il Tribunale di Ravenna veniva adito da un dipendente di una società per azioni, il quale chiedeva che venisse accertata la sua assegnazione a mansioni inferiori a decorrere dal mese di marzo 2013, con conseguente condanna della convenuta a reintegrarlo nelle mansioni in precedenza svolte e comunque in mansioni tecniche equivalenti, del 6° livello del Ccnl per il settore gas-acqua. Con risarcimento dei «danni tutti».

Si costituiva in giudizio la società convenuta, la quale contestava integralmente la fondatezza della domanda sia in fatto che in diritto e chiedeva il rigetto del ricorso.

Il Tribunale rigettava il ricorso, ritenendo in ogni caso inapplicabile al caso in esame le modifiche che nel frattempo erano intervenute con l'art. 3, d.lgs. n. 81/15.

2. — *La mobilità orizzontale e la tutela della professionalità nel «vecchio» art. 2103 c.c.* — Una delle più significative riflessioni che avevano accompagnato l'art. 13, l. n. 300/70, nel novellare l'art. 2103 c.c., rispetto alla sua originaria formulazione (1), consentendocelo invariato fino al d.lgs. n. 81/15, si sostanziava nell'affermare che il contratto di lavoro, dopo tale intervento (2), non sarebbe più stato esclusivamente ispirato, come lo era nel codice civile, al soddisfacimento delle esigenze aziendali, in chiave di strumento di organizzazione dell'impresa, da cui legittimare il potere direttivo dell'imprenditore sia esso finalizzato a uno scopo coerente con il fine organizzativo oppure anche solo arbitrario, ma anche come mezzo idoneo a valorizzarne la dimensione sociale, superando così la logica patrimonialistica del mero scambio delle prestazioni (3).

In questo senso, si era osservato che la l. n. 300/70 avrebbe operato in un duplice senso: da un lato, oggettivando lo scambio, attraverso la limitazione della soggezione

(1) L'art. 2103 c.c. del 1942 così recitava: «Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per cui è stato assunto. Tuttavia, se non è convenuto diversamente, l'imprenditore può, in relazione alle esigenze dell'impresa, adibire il prestatore di lavoro a una mansione diversa, purché essa non importi una diminuzione della retribuzione e un mutamento sostanziale nella posizione di lui. Nel caso previsto nel comma precedente il prestatore di lavoro ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta, se è a lui più vantaggioso».

(2) Unitamente all'introduzione della cd. «tutela reale», con l'art. 18, l. n. 300/70, e l'istituzionalizzazione del sindacato in azienda, con l'art. 19 della stessa legge. Così Liso 1982, 65 e 66. Per una ricostruzione dell'argomento si segnalano, senza pretesa di completezza: Romagnoli 1972, 178; Assanti 1972, 140; Brollo 1997 e Pisani 1996.

(3) *Ivi*.

del prestatore di lavoro, grazie all'espunzione di concezioni personalistiche e fiduciarie (4); dall'altro, creando in favore dello stesso titoli di partecipazione alla formazione sociale, indipendenti dall'esecuzione della prestazione (5).

Invero, la l. n. 300/70 avrebbe avuto la funzione di ridurre, sul versante del credito della prestazione, l'ampiezza dei poteri dell'imprenditore, aumentandone la dimensione patrimoniale, mentre, sul versante del debito, avrebbe ampliato la sfera degli interessi del lavoratore, espandendoli nell'ambito dell'organizzazione aziendale e non più circoscrivendoli alla mera percezione della retribuzione (6).

Nell'originaria formulazione dell'art. 2103 c.c., volendo tralasciare, per evidenti ragioni espositive, l'ampio dibattito che era intercorso sulla definizione di mansioni e sulla loro individuazione al momento dell'assunzione (7), si era escluso che nel dato normativo fosse rinvenibile un diritto del lavoratore alla qualifica, in quanto la tutela della cd. «posizione sostanziale» altro non poteva considerarsi che un limite all'esercizio del potere direttivo datoriale (8), posto a tutela di una sua libertà contro l'arbitraria invasione della sfera giuridica altrui, risolvendosi sostanzialmente, da parte del lavoratore, in un diritto a non fare ciò cui non si era obbligati (9).

Tanto meno, tale diritto, poteva essere evinto dall'art. 96 disp. att. c.c., in quanto l'obbligo di comunicare la categoria e la qualifica al momento dell'assunzione era da considerarsi una garanzia prettamente a contenuto patrimoniale, posta a tutela del corretto adempimento della prestazione retributiva da parte del datore di lavoro in favore del prestatore, approntando, invero, l'art. 2103 c.c., un meccanismo di tutela del trattamento e non già della qualifica (10).

In sintesi, il legislatore del 1942 si era limitato a dettare soltanto dei limiti al cd. *ius variandi*, inteso questo come espressione del più generale potere direttivo dell'imprenditore, giustificato, secondo autorevole dottrina (11), con la funzione organizzativa insita nella causa del contratto, al pari di quella di scambio lavoro-retribuzione, e volto a modificare unilateralmente l'oggetto del contratto di lavoro.

Il mutamento di mansioni, ove non fosse stato espressione diretta dell'esercizio del potere direttivo nell'ambito dell'attività, convenuta nel contratto al momento dell'assunzione, ovvero oggetto di un patto modificativo, essendo sempre ammesso in questi casi (12), veniva ritenuto possibile, secondo la comune opinione, a condizione che: ricorressero specifiche esigenze dell'impresa; le nuove mansioni fossero affini alle precedenti; venisse corrisposta la retribuzione più elevata tra quelle previste per le due mansioni; lo spostamento fosse temporaneo (13).

Si è osservato che nell'esperienza concreta i predetti limiti non erano riusciti a por-

(4) Persiani 1971, 681.

(5) Liso 1982, 69.

(6) *Ibidem*.

(7) Giugni 1963, 103 ss.

(8) *Ivi*, 105.

(9) *Ivi*, 104.

(10) *Ivi*, 103.

(11) In dottrina, non è pacifico che il cd. *ius variandi* sia espressione del potere direttivo dell'imprenditore. Sul tema, si rinvia a Persiani 2011, 421 ss.

(12) Liso 1982, 141.

(13) Suppiej 1975, 335; Giugni 1963, 327 ss.

re un serio condizionamento alla discrezionalità imprenditoriale, stante: l'inevitabile squilibrio nei rapporti di forza a sfavore dei prestatori, insito nella subordinazione; l'impossibilità di oggettivare il limite delle «esigenze aziendali», trattandosi di una realtà nell'esclusiva disponibilità dell'imprenditore, e la genericità del riferimento alla posizione sostanziale (14).

Soprattutto, ciò che era stato ritenuto più inadeguato a tutelare la posizione del prestatore era quella mobilità disposta in via definitiva, che veniva giustificata dalla giurisprudenza, ipotizzando la ricorrenza di una fonte consensuale, ricavabile indirettamente anche dal comportamento concludente del prestatore che non si opponeva, magari dimettendosi per giusta causa, al mutamento così come disposto dall'imprenditore (15).

La novella del 1970, nel riaffermare il principio della contrattualità delle mansioni di assunzione del lavoratore, le accostava a quelle «corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito», nonché alle «mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte»; accostamento che mancava nel vecchio testo, il quale faceva seguire alla norma sulla contrattualità delle mansioni l'altra derogatrice della prima, contenuta in un'autonoma proposizione sull'eccezionale potere di modifica unilaterale dell'imprenditore (16).

Di qui l'opzione interpretativa, affermata da una parte della dottrina (17), e seguita da alcune pronunce giurisprudenziali (18), che le modifiche alle mansioni, consentite dalla nuova normativa, fossero ammissibili solo su base consensuale, non essendo più in vigore lo *ius variandi*, vista l'abrogazione della norma che in origine, come visto, lo prevedeva esplicitamente, sia pure entro certi limiti.

Invero, rimasta isolata la predetta tesi, si era generalmente ritenuto che la nuova formulazione non si limitasse più a disciplinare le modifiche temporanee, come avveniva in precedenza, ma sottoponesse a controllo l'intero fenomeno della mobilità, «manifestandosi così più consapevole del carattere normale delle vicende modificative delle mansioni nella vita del rapporto di lavoro, nonché di una necessità di una tutela del lavoratore anche contro accordi modificativi a suo danno» (19).

In altri termini, l'art. 2103 c.c., così come riformulato nel 1970, riconosceva, in via generale, la possibilità, derivante dall'esercizio dello *ius variandi* dell'imprenditore, di un'adibizione del lavoratore a mansioni diverse da quelle originariamente convenute anche per disposizione unilaterale del datore di lavoro, essendo così riconosciuta e permessa una certa mobilità del prestatore, tanto temporanea e occasionale quanto definitiva, da svilupparsi, però, solo in direzione cd. orizzontale, in mansioni equivalenti, oppure in direzione cd. verticale, in mansioni superiori, con esclusione di regola dell'adibizione a mansioni inferiori (20).

(14) Liso 1982, 143.

(15) *Ibidem*.

(16) Suppiej 1975, 340.

(17) *Ibidem*, per una compiuta ricostruzione del dibattito sul punto; conf. Pisani 1996, 5 ss.

(18) Pret. Milano 12.7.1971, in *OGL*, 1971, n. 4, 829; Pret. Massa 28.7.1972, in *OGL*, 1972, n. 4, 655; Pret. Roma 31.12.1974, in *RGL*, 1977, n. 1, II, 229.

(19) Liso 1982, 165. In questo senso anche: Romagnoli 1972, 177; Assanti 1972, 141; Brolo 1997, 15.

(20) Ghera 2006, 106.

Nell'ambito del mutato quadro normativo, se il termine di paragone da cui partire, e cioè il contenuto delle mansioni di assunzione, non aveva suscitato particolari problemi interpretativi, ritenendosi che fosse identificabile con la posizione che il lavoratore andava stabilmente a occupare nella divisione concreta del lavoro, mediante il provvedimento esecutivo di adibizione, idoneo, come tale, a dichiararne e a puntualizzarne la posizione contrattuale (21), non altrettanto può dirsi riguardo all'individuazione del contenuto del criterio dell'equivalenza.

In proposito, si era affermato che il predetto criterio non si limitava a garantire la parità di trattamento retributivo delle nuove mansioni rispetto alle precedenti, ricollegandosi piuttosto al criterio dell'affinità, già elaborato dalla giurisprudenza in vigore della vecchia disciplina, di cui, però, restringeva e precisava la portata.

Mentre, infatti, l'affinità aveva riguardo esclusivamente alle mansioni oggettivamente considerate in sé stesse, il criterio dell'equivalenza poteva includere anche il requisito soggettivo della capacità professionale, vale a dire della professionalità del lavoratore, tanto da potersi dire che il significato dell'equivalenza fosse da ravvisare «nella conservazione della posizione professionale acquisita attraverso l'esercizio delle mansioni originarie o di quelle successivamente svolte all'interno dell'organizzazione produttiva, la quale dunque per questa via funge da criterio oggettivo d'interpretazione del contratto, ex art. 1366 c.c., per l'identificazione delle mansioni in concreto equivalenti» (22).

L'equivalenza delle mansioni era stata, dunque, interpretata, in chiave cd. dinamica, nel senso di dover consentire l'utilizzo e il perfezionamento del corredo di nozioni, abilità ed esperienze acquisite durante il rapporto, e che costituiscono il patrimonio professionale di quel singolo lavoratore, anche in previsione di possibili sviluppi di carriera (23).

In particolare, gli stessi giudici della Consulta avevano affermato che l'art. 13, l. n. 300/70 doveva considerarsi una speciale norma di protezione del lavoratore per preservarlo dai danni a quel complesso di capacità e di attitudini che viene definito con il termine professionalità, con conseguente compromissione delle aspettative di miglioramenti all'interno o all'esterno dell'azienda, nonché dai danni alla persona e alla sua dignità, particolarmente gravi nell'ipotesi, ad esempio, in cui la mancata adibizione del lavoratore alle mansioni cui ha diritto si concretizzi nella mancanza di qualsiasi prestazione, dai danni alla salute psichica e fisica; potendo integrare l'attribuzione al lavoratore di mansioni inferiori a quelle a lui spettanti o il mancato affidamento di qualsiasi mansione – situazioni in cui si risolve la violazione dell'art. 2103 c.c. con il cd. demansionamento – anche la violazione dell'art. 2087 c.c. (24).

Inoltre, secondo la costante giurisprudenza di legittimità, ai fini della verifica del legittimo esercizio dello *ius variandi* da parte del datore di lavoro, doveva essere valutata, dal giudice di merito, la omogeneità tra le mansioni successivamente attribuite e quelle di originaria appartenenza, sotto il profilo della loro equivalenza in concreto, ri-

(21) Liso 1982, 166; Ghera 2006, 108.

(22) Ghera 2006, 108.

(23) Tra le molte pronunce giurisprudenziali formatesi negli anni: Cass. 13.2.1980, n. 1026, in *RGL*, 1980, n. 4, II, 619; Cass. 4.10.1995, in *RIDL*, 1996, n. 3, II, 578. Si veda anche Bianchi, D'Urso, in *QDL*, n. 1, 1987, 117 ss.; Perina 2016, 81.

(24) C. cost. 6.4.2004, n. 113, in *RIDL*, 2004, n. 3, II, 276.

spetto alla competenza richiesta, al livello professionale raggiunto e alla utilizzazione del patrimonio professionale acquisito dal dipendente (25).

In particolare, le nuove mansioni dovevano, altresì, garantire l'accrescimento del bagaglio di conoscenze ed esperienze, senza che potesse assumere alcun rilievo l'equivalenza formale fra le vecchie e le nuove mansioni (26).

Il divieto di variazione peggiorativa, comportava che al prestatore di lavoro non potessero essere affidate, anche se soltanto secondo un criterio di equivalenza formale, mansioni sostanzialmente inferiori a quelle in precedenza disimpegnate, neppure per mezzo della contrattazione collettiva, che nell'operare un riassetto delle qualifiche e dei rapporti di equivalenza delle mansioni non poteva in ogni caso condurre allo svilimento della professionalità acquisita dal singolo lavoratore, mediante un'equivalenza verso mansioni che, anche se rivalutate, avessero in concreto l'effetto di mortificarla (27).

Quanto ai danni derivanti dall'impovertimento della capacità professionale acquisita dal lavoratore e dalla mancata acquisizione di una maggiore capacità, si era ritenuto che, oltre a quello patrimoniale, direttamente connesso alla professionalità, fosse risarcibile anche il danno non patrimoniale, in quanto attinente alla dignità personale del lavoratore, in riferimento agli artt. 2, 4 e 32 Cost., rientrando la tutela della professionalità, di cui all'art. 2103 c.c. nella tavola dei diritti inviolabili della persona (28).

Si è obiettato che l'intero impianto normativo introdotto dall'art. 13, l. n. 300, conferiva al giudice il potere di verificare l'equivalenza, comparando le vecchie e le

(25) V. Cass. 24.11.2006, n. 25033, S.U., in *ADL*, 2007, n. 3, II, 660, con nota di Borzaga; in *DLM*, 2007, 113, con nota di Gargiulo; in *MGL*, 2007, n. 1, 24, con nota di Pisani, nella quale la Corte, nel conformarsi ai consolidati principi, dei quali si è dato conto, aveva confermato la decisione d'appello, che aveva ritenuto legittima la clausola di fungibilità espressa dall'art. 46, Ccnl 26.11.1994 per i dipendenti postali, recante l'intercambiabilità delle mansioni, con esclusione delle mansioni tecniche, all'interno della stessa area operativa e di quella di base, sul verificato presupposto della ricorrenza delle necessità di servizio, la cui sussistenza, nella specie, non risultava contestata, se non in termini assolutamente generici, dalla lavoratrice.

(26) Cass. 3.2.2015, n. 1916, inedita a quanto consta, nella quale la S.C. ha ritenuto che le mansioni di *customer care* fossero di contenuto professionale inferiore rispetto alle precedenti di *telephone sales account*, benché entrambe riconducibili al quarto livello Ccnl telecomunicazioni, in quanto le prime non richiedevano lo svolgimento di un ruolo attivo e il possesso di specifiche competenze.

(27) Cass. 4.3.2014, n. 4989, inedita a quanto consta; conf. Cass. 14.6.2013, n. 15010, inedita a quanto consta, nella quale la S.C., in una controversia, in cui il Ccnl per i dipendenti postali del 26.11.1994, nell'introdurre le nuove classificazioni per il personale, aveva accorpato in un'unica area operativa mansioni in precedenza diversificate, prevedendo la fungibilità tra i diversi settori operativi, aveva rilevato che vi era stata una concreta dequalificazione, attesa la destinazione del lavoratore allo svolgimento di semplici compiti di sportello con sottrazione delle funzioni di coordinamento e controllo di altro personale precedentemente spiegate, con impossibilità di utilizzare le pregresse capacità professionali, destinate alla progressiva scomparsa.

(28) Per tutte: Cass. 11.11.2008, n. 26972, S.U., in *RGL*, 2009, n. 1, II, 74; in *MGL*, 2009, n. 2, 49, con la quale la Corte ha ritenuto che, il danno non patrimoniale derivante dalla lesione di diritti inviolabili della persona, come tali costituzionalmente garantiti, sia risarcibile – sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. – anche quando non sussista un fatto-reato, né ricorra alcuna delle altre ipotesi in cui la legge consente espressamente il ristoro dei pregiudizi non patrimoniali, a tre condizioni: a) che l'interesse leso – e non il pregiudizio sofferto – abbia rilevanza costituzionale (altrimenti si verrebbe a

nuove mansioni, pesandone la qualità, valutando la competenza del dipendente nell'esplicare le nuove mansioni e imponendo un obbligo ripristinatorio e risarcitorio al datore di lavoro.

In altre parole, con il criterio dell'equivalenza si finiva per demandare al giudice un giudizio qualitativo di valore che poteva rivelarsi incerto, sia con riferimento al dato oggettivo, sul valore qualitativo delle mansioni, sia sul piano soggettivo sull'utilizzabilità del bagaglio professionale del dipendente (29).

Di qui forse una delle ragioni (inespresse) dell'intervento riformatore del 2015.

3. — *L'art. 3, d.lgs. n. 81/15* — Come noto, nell'ambito delle previsioni della l. 10.12.2014, n. 183, cd. *Jobs Act*, al c. 7, lett. e, dell'art. 1, è stata prevista l'attribuzione al Governo di una delega legislativa diretta ad assicurare la «revisione della disciplina delle mansioni, in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi, contemperando l'interesse dell'impresa all'utile impiego del personale con l'interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche, prevedendo limiti alla modifica dell'inquadramento».

La predetta previsione, sia pure nella sua ampia genericità, sembrava finalizzata a consentire, mediante decisione unilaterale del datore, quanto era già ammesso sulla scorta dell'art. 4, c. 11, l. n. 223/1991, ove si riconosceva, in presenza di un accordo collettivo aziendale, la legittimità del «demansionamento» quale soluzione alternativa al licenziamento.

In altre parole, si era ritenuto che, al di là dell'ampiezza e della genericità della delega, fosse intenzione del legislatore di modificare soltanto l'art. 2103, c. 2, c.c., che sanzionava con la nullità ogni patto contrario, traducendo in norma quello che era oramai da considerarsi un consolidato principio giurisprudenziale, vale a dire il cd. «licenziamento modificativo» – ipotesi, nella quale «si fronteggiano l'interesse produttivo dell'imprenditore alla modificazione delle mansioni e l'interesse del lavoratore e di riflesso della collettività alla conservazione dell'occupazione» (30) –, reputandosi, al contrario, inopportune quelle eventuali ulteriori deroghe, basate sulla ricorrenza di «serie e ragionevoli esigenze aziendali», risultando decisamente più instabili e talvolta contraddittori gli orientamenti di legittimità, che ne avevano affermato la legittimità (31).

un'abrogazione per via interpretativa dell'art. 2059 c.c., giacché qualsiasi danno non patrimoniale, per il fatto stesso di essere tale, e cioè di toccare interessi della persona, sarebbe sempre risarcibile); b) che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità (in quanto il dovere di solidarietà, di cui all'art. 2 Cost., impone a ciascuno di tollerare le minime intrusioni nella propria sfera personale inevitabilmente scaturenti dalla convivenza); c) che il danno non sia futile, vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi, ovvero nella lesione di diritti del tutto immaginari, come quello alla qualità della vita o alla felicità.: conf. Cass. 12.6.2015, n. 12253, in *GI*, 2015, 2683.

(29) Perina 2016, 81.

(30) Ghera 1984, 409. In giurisprudenza, tra le molte: Cass. 22.8.2006, n. 18269, in *RGL*, 2007, n. 1, II, 43; conf. Cass. 8.3.2016, n. 4509, inedita a quanto consta; Cass. 19.11.2015, n. 23698, inedita a quanto consta.

(31) Gargiulo 2014, 101, il quale richiama Cass. 12.7.2002, n. 10187120, in *RIDL*, 2003, n. 1, II, p. 53.

La legge delega ha trovato attuazione mediante l'art. 3, d.lgs. 15.6.2015, n. 81, che sostituisce integralmente il precedente disposto dell'art. 13, l. n. 300/70, con una previsione dal contenuto normativo completamente rinnovato (32).

Viene meno, infatti, la nozione di equivalenza come limite nell'adibizione a nuove mansioni; si ammette inoltre il «demansionamento» o mobilità verso il basso, nei casi di «modifica degli assetti organizzativi aziendali» ovvero a fronte di accordi collettivi, con il solo limite dell'invarianza della retribuzione (limite, quest'ultimo, che può, peraltro, venir meno qualora l'adibizione a mansioni inferiori sia consensuale, purché l'accordo fra le parti sia raggiunto in sede «protetta»); e si nega, poi, la possibilità di ricorrere a forme di autotutela individuale, affermandosi l'efficacia dell'ordine datoriale anche in caso di mancato assolvimento dell'obbligo formativo.

In particolare, si è osservato che, l'assegnazione del lavoratore a mansioni di livello inferiore non può essere disposta alla luce di un «qualsiasi» mutamento dell'assetto organizzativo, posto che il richiamo alla relazione con la posizione del lavoratore sembra richiedere esclusivamente un nesso di causalità tra modifica organizzativa, posizione del singolo ed esercizio dello *ius variandi* verso il basso (33).

In realtà, se il citato comma 2 lo si interpretasse alla luce dei principi contenuti nella legge delega, ne deriverebbe che l'adibizione a mansioni inferiori sarebbe consentita solo in presenza di un interesse dell'impresa all'utile impiego del personale e di

(32) L'attuale art. 2103 c.c. così recita «Il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte. In caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore, lo stesso può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale. Il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo, il cui mancato adempimento non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni. Ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale, possono essere previste dai contratti collettivi. Nelle ipotesi di cui ai commi 2 e 4, il mutamento di mansioni è comunicato per iscritto, a pena di nullità, e il lavoratore ha diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento, fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa. Nelle sedi di cui all'articolo 2113, comma 4, o avanti alle commissioni di certificazione, possono essere stipulati accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita. Il lavoratore può farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro. Nel caso di assegnazione a mansioni superiori il lavoratore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta e l'assegnazione diviene definitiva, salvo diversa volontà del lavoratore, ove la medesima non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio, dopo il periodo fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi. Il lavoratore non può essere trasferito da un'unità produttiva a un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive. Salvo che ricorrano le condizioni di cui ai commi 2 e 4, e fermo quanto disposto al comma 6, ogni patto contrario è nullo».

(33) Gargiulo 2015, 6.

quello del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche (34).

La disposizione in esame, in assenza di limiti temporali, potenzialmente potrebbe giustificare una permanenza *sine die* del prestatore nello svolgimento di compiti inferiori, creando una dissociazione tra inquadramento formale ed economico, resistente a ogni mutamento, salvo quanto previsto dal successivo comma 5, e prestazione effettivamente esigibile.

Di qui la configurabilità del diritto del lavoratore all'assegnazione di mansioni proprie del livello nel quale è inquadrato, che consisterebbe nella conservazione del livello formale contrattualmente assegnato o successivamente conseguito – che lo stesso comma 5 qualifica in termini di «diritto» – con conseguente riassegnazione alle mansioni proprie di quel livello, nel caso in cui, ad esempio, per effetto di dimissioni, pensionamenti o riassetti organizzativi, si liberi una posizione che richieda una prestazione coerente, in termini contenutistici, con il livello d'inquadramento formalmente posseduto dal lavoratore che sia stato precedentemente demansionato ai sensi dell'art. 2103, c. 2, c.c. (35).

In ogni caso, in assenza dei presupposti che consentono l'adibizione a mansioni inferiori, il carattere imperativo della norma continua a determinare la nullità tanto degli atti unilaterali, quanto degli accordi modificativi, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1324 e 1418, c. 1, c.c. (36).

Infine, si eleva a sei mesi la durata dell'assegnazione a mansioni superiori perché questa diventi definitiva, mentre viene mantenuta la previsione di nullità dei patti contrari, salva per l'appunto la legittimità delle adibizioni a mansioni inferiori realizzate per decisione unilaterale nei casi di cui, come detto, al c. 2 o per accordo fra le parti, secondo quanto previsto dal c. 4, del «nuovo» art. 2103 c.c.

In particolare, ai fini dell'individuazione del livello e categoria legale d'inquadramento per il legittimo esercizio della mobilità orizzontale, se il termine di raffronto esterno resta quello tradizionale delle mansioni ultime effettivamente svolte, e cioè delle mansioni effettive, e non occasionali, ricoperte per ultime dal lavoratore, il termine di raffronto interno, come visto, non è più basato sull'equivalenza professionale, venendo sostituito da un criterio di tipicità negoziale, incentrato sulla posizione professionale, valutata dall'autonomia collettiva.

In pratica, nella comparazione tra le vecchie e nuove mansioni, viene meno il criterio di valutazione soggettivo, tradizionalmente basato sulla professionalità acquisita dal lavoratore, restando soltanto quello oggettivo-formale, delineato dal sistema di inquadramento, così come definito dalla contrattazione collettiva ma anche soltanto da regolamenti aziendali (37).

L'equivalenza è stata, dunque, sostituita dalla nuova categoria della «riconducibilità» delle mansioni di nuova attribuzione «allo stesso livello di inquadramento e categoria di inquadramento delle ultime effettivamente svolte».

(34) *Ivi*, 7.

(35) *Ivi*, 8 ss.; conf. Brollo 2015b, 71, e Liso 2015, 12.

(36) Voza 2015, 6.

(37) Brollo (2015a, 1162), che parla di rinvio «neutro» alla contrattazione collettiva e non solo; v. anche Miscione 2015, 437.

Si è osservato che se il termine «riconducibili» fosse da intendersi alla stregua di sinonimo di «proprie», posto che altrimenti verrebbero a mancare dei criteri per determinare in maniera oggettiva la potenzialità ivi descritta, si dovrebbe ipotizzare che il legislatore abbia voluto ammettere un'illimitata fungibilità fra tutte le mansioni che la contrattazione collettiva colloca all'interno di un unitario livello di inquadramento, con la conseguenza di dover ritenere la norma irragionevole e per certi aspetti restrittiva rispetto alla giurisprudenza formatasi in precedenza (38).

Ammettere, infatti, la piena fungibilità fra tutti i profili, soprattutto in quei settori ove si richiedono specifiche e diverse competenze tecniche, significherebbe legittimare, nell'ambito dello stesso livello, la completa interscambiabilità tra profili professionali spesso del tutto diversi tra loro (39).

Il ricorso alla cd. «banda larga» e/o ad aree omogenee di cui alla giurisprudenza di legittimità in precedenza richiamata (40), si muoveva, infatti, in un quadro normativo incentrato sull'equivalenza, dove la fungibilità delle mansioni era comunque contenuta entro criteri che rinviavano alla prassi aziendale o alla presenza di precedenti o al permanere di caratteristiche estrinseche e intrinseche dell'attività.

La nuova formulazione, invece, attraverso il richiamo a un'operazione dai confini, anche temporali, indefiniti circa il significato concreto della «riconducibilità», affida la pratica operatività della norma alle possibili incertezze della sua attuazione giurisprudenziale, senza riuscire a identificare un nucleo essenziale intorno al quale fondare con sicurezza la delimitazione dei nuovi poteri datoriali (41).

A questo sembrerebbe non poter soccorrere neppure il limite della categoria legale, pure richiamato dal legislatore del 2015, posto che l'idoneità classificatoria dell'art. 2095 c.c. già aveva mostrato di segnare il passo, all'esito dell'affermazione del cd. inquadramento unico, che aveva già reso del tutto inattuale la permanente suddivisione tra operai e impiegati (42).

Nell'ambito delle suddette modifiche normative, si è affermato che la professionalità del prestatore di lavoro continuerebbe a essere tutelata, sia pure in una diversa accezione rispetto al passato.

I mutamenti della posizione sostanziale ricoperta dal lavoratore, disposti unilateralmente dal datore di lavoro, dovrebbero, infatti, ora conformarsi alle valutazioni della contrattazione collettiva, anche aziendale, che, in quanto tali, sia per la qualità degli agenti sociali, sia per la loro maggiore qualificazione in materia di organizzazione del lavoro, costituirebbero la migliore garanzia della professionalità del lavoratore, ancorché non più intesa in termini potenziali come nel passato, ma come insieme di valori (professionali) inclusi nella posizione ricoperta e in quelle legittimamente ricopribili (43).

(38) Ferrante 2015, 5.

(39) Si consideri, ad es., il Ccnl del trasporto ferroviario, dove all'interno del livello B vi è sia la figura professionale del «capo treno», sia quella dell'«ufficiale di macchina», che ovviamente non possono nella pratica essere ritenuti fungibili.

(40) Cfr. nota 25.

(41) Ferrante 2015, 6.

(42) Brollo (2015a, 1163), la quale afferma che il richiamo alle categorie legali conterrebbe un implicito rinvio alla contrattazione collettiva o, in mancanza, al r.d.l. n. 1825/1924.

(43) Paolitto 2015, 170.

4. — *La motivazione* — Entrambe le sentenze in commento affrontano, ciascuna, un caso di demansionamento, iniziato prima dell'entrata in vigore dell'art. 3, d.lgs. n. 81/15 – risalente al 25.6.2015 –, e continuato anche in epoca successiva a tale data, pervenendo, però, a soluzioni diametralmente opposte, circa l'applicabilità della nuova disciplina al caso sottoposto al loro esame e, quindi, sull'attualità della richiesta di reintegrazione nelle mansioni in precedenza svolte, che era stata formulata in ciascuna delle controversie in esame.

Accertato che nel d.lgs. n. 81/15 manca una disciplina transitoria in materia di mansioni, il Tribunale di Ravenna ha concluso per l'inapplicabilità della nuova disciplina al caso esaminato, in quanto il fatto generatore del diritto allegato nel giudizio – il demansionamento – si sarebbe prodotto nel vigore della legge precedente, mentre il fatto che segna il discrimine tra una normativa e l'altra sarebbe proprio il prodursi del demansionamento stesso, con la correlata tutela reintegratoria e risarcitoria; a nulla rilevando invece che esso continui nel vigore della legge successiva, «la quale peraltro non contiene alcuna norma di natura retroattiva e nemmeno di diritto intertemporale».

Al contrario, il Tribunale di Roma ha ritenuto applicabile la nuova disciplina, in quanto il demansionamento del lavoratore costituirebbe una sorta di illecito permanente, nel senso che esso si attuerebbe e si rinnoverebbe ogni giorno in cui il dipendente viene mantenuto a svolgere mansioni inferiori rispetto a quelle che, secondo legge e contratto, avrebbe avuto diritto di svolgere, con la conseguenza che la valutazione della liceità o meno della condotta posta in essere dal datore di lavoro nell'esercizio del suo potere di assegnare e variare le mansioni che il dipendente è chiamato a espletare andrebbe necessariamente compiuta con riferimento alla disciplina legislativa e contrattuale vigente giorno per giorno.

Di tal che, l'assegnazione di determinate mansioni che deve essere considerata illegittima in un certo momento può non esserlo più in un momento successivo (44).

Il discrimine tra le due posizioni poggia, dunque, sulla diversa qualificazione della fattispecie del demansionamento: in un caso (Tribunale di Ravenna) viene considerato come illecito istantaneo, che si realizza e perfeziona nel momento stesso in cui viene posto in essere, e i cui effetti lesivi perdurano fino a che il demansionamento persiste; nell'altro (Tribunale di Roma), come illecito permanente, il cui perfezionamento sarebbe, invece, costante e diluito nel tempo, rinnovandosi di giorno in giorno.

Invero, la distinzione tra illecito permanente e istantaneo è stata elaborata dai giudici di legittimità al fine di determinare il *dies a quo* della decorrenza della prescrizione.

Nell'ipotesi, ad esempio, di illecito istantaneo, che si concretizza allorquando il danneggiante pone in essere la condotta illegittima con modalità tali da determinare conseguenze giuridicamente rilevanti, il termine di prescrizione del diritto al risarcimento inizia a decorrere con la prima manifestazione del danno, restando irrilevanti ulteriori conseguenze pregiudizievoli che ne costituiscano un mero sviluppo o aggravamento, senza tradursi in una lesione nuova e autonoma (45).

(44) De Marinis 2016, 122 ss.

(45) Tra le più recenti: Cass. civ., Sez. I, 15.3.2016, n. 5081, inedita a quanto consta, nella quale, in applicazione dell'enunciato principio, la S.C. ha confermato la decisione impugnata.

La S.C. ha altresì precisato che la mera protrazione degli effetti negativi derivanti da una condotta illecita integra un illecito istantaneo a effetti permanenti, e non già un illecito permanente, per il quale invece è configurabile un diritto al risarcimento che sorge in modo continuo e che in modo continuo si prescrive, se non esercitato entro cinque anni dal momento in cui si produce (46).

Il Tribunale di Roma, nell'affermare la natura di illecito permanente del demansionamento, richiama espressamente i precedenti di legittimità, in tema di trasferimento della giurisdizione delle controversie di lavoro in materia di pubblico impiego, dal giudice amministrativo a quello ordinario, in applicazione dell'art. 45, c. 17, d.lgs. 31.3.1998, n. 80, abrogato e sostituito dal successivo art. 69, c. 7, d.lgs. 30.3.2001, n. 165.

Le predette disposizioni, lo si rammenta, contenevano un primo termine fissato al 30.6.1998 per il passaggio delle controversie dal giudice amministrativo a quello ordinario, restando attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore a tale data; mentre le azioni giudiziarie dovevano essere proposte entro il 15.9.2000.

In particolare, la S.C. ha ritenuto che nelle controversie in materia di pubblico impiego privatizzato, ove la lesione alla situazione giuridica dedotta in giudizio abbia origine da un comportamento caratterizzato da permanenza, si deve far riferimento, ai fini del riparto di giurisdizione, al momento di realizzazione del fatto dannoso e, quindi, al momento di cessazione della permanenza, con la conseguenza che la possibilità di declaratoria della residuale giurisdizione amministrativa è limitata ai soli casi in cui tale cessazione sia anteriore al 30.6.1998 (47).

Una volta, dunque, operata una siffatta qualificazione del demansionamento, in termini di illecito permanente, il Tribunale di Roma si è spinto per primo a interpretare la nuova disposizione dell'art. 2103 c.c., in tema di mobilità orizzontale, affermando che il giudizio di equivalenza deve essere condotto assumendo quale parametro, non più il concreto contenuto delle mansioni svolte in precedenza dal dipendente, bensì solamente le astratte previsioni del sistema di classificazione adottato dal contratto collettivo applicabile al rapporto, con la conseguenza che, a differenza che nel passato, sarebbe oggi legittimo lo spostamento del lavoratore a mansioni che appar-

ta, che aveva ritenuto realizzato l'illecito con la produzione del documento falso a corredo di un ricorso per decreto ingiuntivo, dalla cui notificazione aveva fatto, quindi, decorrere il termine prescrizionale dell'intrapresa azione risarcitoria, senza attribuire rilevanza alla successiva esecuzione forzata.

(46) Cass., Sez. III, 28.5.2013, n. 13201, inedita a quanto consta: fattispecie in tema di diritto al risarcimento del danno derivante dal mancato conseguimento della disponibilità di un fondo, in ragione della conclusione di un contratto in frode alla legge da parte degli autori dell'illecito.

(47) Cass. 19.1.2007, n. 1141, S.U., ord., inedita a quanto consta. Nella specie si trattava proprio di un asserito demansionamento di una dipendente comunale, sollevata dall'incarico dirigenziale ricoperto con provvedimento dell'ottobre 1995 e con l'attribuzione di nuovi incarichi dirigenziali solo nel novembre 1999, la S.C., trovandosi in presenza di elementi fattuali successivi al 30.6.1998, ha dichiarato la giurisdizione dell'ago, a nulla rilevando, in applicazione del principio di cui in massima, che gli atti denunciati come illegittimi fossero caratterizzati dalla continuità con atti posti in essere prima del 30.6.1998. Per un più ampio quadro della giurisprudenza sul punto si rinvia ad Aiello 2016, 187.

tengono allo stesso livello di inquadramento cui appartenevano quelle svolte in precedenza dallo stesso dipendente, non dovendosi più accertare che le nuove mansioni siano aderenti alla specifica competenza del dipendente, come ritenuto in passato dalla consolidata giurisprudenza di legittimità.

Dunque, la «riconcucibilità», prevista dal nuovo art. 2103 c.c., allo stesso livello di inquadramento sarebbe da interpretare, secondo il giudice capitolino, solo sul piano oggettivo in termini di astratta fungibilità tra le vecchie e le nuove mansioni, così come tipizzata dalla contrattazione collettiva, tralasciando ogni valutazione del profilo soggettivo, attinente alle concrete capacità acquisite, cioè a dire la professionalità.

5. — *Considerazioni conclusive* — Entrambe le soluzioni qualificatorie sul demansionamento, diversamente affermate dai due Tribunali, appaiono in linea di principio giuridicamente sostenibili.

Si può, infatti, ben dire del demansionamento, sia che si tratti di un illecito istantaneo con effetti permanenti, posto che esso si realizzerebbe nel momento stesso in cui il prestatore di lavoro viene adibito a mansioni inferiori o comunque non equivalenti, secondo la vecchia normativa, rispetto alle ultime in concreto svolte, i cui effetti lesivi permanenti persistono fino a che non cessi il demansionamento; sia che si tratti di un illecito permanente che si realizza e si rinnova di giorno in giorno, fino a diversa e nuova adibizione.

Ciò che non convince sono i diversi effetti cui conducono le due distinte impostazioni nel caso concreto; effetti che invece dovrebbero essere presi in considerazione per «funzionalizzare» la diversa qualificazione alla loro realizzazione, come ha dimostrato di fare la S.C., nella giurisprudenza richiamata dal Tribunale di Roma.

In quel frangente, i giudici di legittimità, allo scopo evidente di non frazionare i singoli episodi di demansionamento, iniziati prima della data indicata per il passaggio delle controversie in materia di pubblico impiego (30.6.1998) dal giudice amministrativo a quello ordinario, di modo che un periodo restasse di competenza del primo e un altro del secondo, avevano affermato che si verteva in un'ipotesi di illecito permanente, tale per cui il momento di realizzazione dal fatto dannoso, coincidendo con la cessazione della permanenza, segnava l'attribuzione della controversia all'una o all'altra giurisdizione.

Invero, lo scopo era chiaramente quello di attribuire quanto più possibile al giudice ordinario tutti quei casi di demansionamento che erano sì iniziati nel periodo di competenza del giudice amministrativo, ma che erano poi cessati o comunque continuati nel periodo di competenza del giudice ordinario.

L'invocazione del predetto principio per determinare l'applicabilità della nuova normativa in materia di *ius variandi* a tutti quei demansionamenti già iniziati in epoca antecedente al 25.6.2015 (data di entrata in vigore della nuova normativa), a ben vedere, porterebbe a conseguenze ben più estreme di quelle tracciate dal Tribunale di Roma.

Se è vero, infatti, che nell'illecito permanente, la realizzazione del danno coincide con la cessazione della permanenza, come afferma la S.C. (48) — al punto da aver segnato nel passato il momento dell'attribuzione delle controversie di demansionamen-

(48) Cfr. nota 43.

to del pubblico impiego al giudice ordinario (se la cessazione della permanenza avveniva dopo la data del 30.6.1998) –, allora, allo stesso modo, tutti quei demansionamenti iniziati prima del 25.6.2015 e cessati o continuati dopo tale data verrebbero a essere assoggettati alla nuova disciplina; e ciò in ragione dell'unicità dell'illecito permanente, che, sempre secondo la S.C., andrebbe considerato unitariamente nel suo complesso e non frammentato in base ai diversi periodi, sia ai fini della determinazione della giurisdizione, sia, a questo punto, ai fini della determinazione della legge applicabile.

In pratica, l'adesione alla predetta impostazione qualificatoria dovrebbe, invero, condurre a conclusioni diametralmente opposte a quelle affermate dal Tribunale di Roma; e cioè all'applicazione della nuova disciplina anche a tutte le fattispecie di demansionamento che, sebbene iniziate prima del 25.6.2015, come nella specie, continuino anche in epoca successiva; dovendo rilevare, secondo quanto affermato dalla S.C., quale criterio applicativo della nuova normativa, la circostanza della cessazione della permanenza del demansionamento.

È evidente, però, che tali effetti retroattivi non solo non risultano voluti dal legislatore del 2015, ma neppure appaiono evincibili, in via interpretativa, dai principi di delega contenuti nell'art. 1, c. 7, lett. e, l. n. 183/14.

Ecco allora che lo stesso Tribunale di Roma finisce per plasmare la permanenza del demansionamento al caso concreto – diversamente dai precedenti di legittimità richiamati che davano rilievo, come visto, ai fini della determinazione della giurisdizione alla cessazione della permanenza quale momento produttivo del danno – frammentando il demansionamento stesso in tanti episodi quotidiani, tali da giustificare l'applicazione di entrambe le diverse discipline, la vecchia e la nuova, alla medesima fattispecie, in base al solo criterio cronologico dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/15 (49).

Invero, sembrerebbe più coerente, sotto il profilo interpretativo, e giusto, secondo anche i più generali criteri di correttezza e buona fede cui deve informarsi l'esecuzione del contratto, affermare che la nuova disciplina non solo non possa essere applicata a tutti quegli atti modificativi delle mansioni posti in essere in epoca antecedente al 25.6.2015, per il principio *tempus regit actum*, ma anche che gli effetti medesimi di tali atti continuino a essere disciplinati dalla normativa previgente.

D'altro canto, appare innegabile che la percezione di avere subito un danno, unitamente al verificarsi dell'inadempimento che lo presuppone, in caso di demansionamento, sussiste immediatamente, allorché venga disposta la concreta assegnazione a mansioni diverse dalle precedenti, e permane fin tanto che non venga disposta una diversa assegnazione, la quale ultima potrà, semmai, essere valutata secondo i parametri della nuova disciplina, ove ricada sotto la vigenza della stessa.

Diversamente, si conferirebbe alla nuova normativa un'efficacia, per certi versi, «sanante» di eventuali progressi inadempimenti, per lo meno a decorrere dall'entrata in vigore della nuova normativa o addirittura anche prima – se ci si attendesse ai criteri determinativi della giurisdizione tracciati dalla giurisprudenza di legittimità di cui si

(49) Cfr. Pisani 2015, 780, il quale, pur trovandosi d'accordo con la soluzione adottata dal Tribunale di Roma, critica la rilevanza del periodo di demansionamento successivo all'entrata in vigore della nuova normativa, in quanto, nella specie, tale esame sarebbe stato comunque precluso da ragioni procedurali.

è detto, estendendoli anche all'applicazione della legge –, che però non sembra trovare adeguato riscontro nella delega.

D'altro canto, che la nuova normativa possa avere una portata «sanante» rispetto a eventuali inadempimenti pregressi, basati sulla violazione della vecchia disciplina, lo afferma lo stesso Tribunale di Roma, ove per l'appunto, nell'interpretare il nuovo criterio della «riconducibilità» allo stesso livello di inquadramento o categoria legale, per legittimare la mobilità cd. orizzontale, ha affermato che dal vaglio giudiziale sarebbe stata oramai espunta qualsiasi valutazione sulla competenza acquisita, cioè a dire sulla professionalità del lavoratore, che invece, prima, faceva parte integrante del giudizio di equivalenza (50).

In altri termini, il nuovo art. 2103 c.c. andrebbe interpretato nel senso di considerare legittimi tutti quei mutamenti (di mansioni) che soddisfino l'unica condizione oggettiva dettata dalla norma, cioè l'appartenenza-riconducibilità allo stesso livello d'inquadramento.

Ora, se a parere di alcuni, è innegabile che la soppressione del dato dell'equivalenza – che si prestava a essere governato esclusivamente attraverso la mediazione giudiziaria – implica la restituzione di un ruolo decisivo all'autonomia collettiva (51), altrettanto lo è l'inadeguatezza delle attuali declaratorie contrattuali a soddisfare un rinvio legale di tale portata; sussistendo il grave rischio di compromettere seriamente la professionalità del singolo lavoratore e contestualmente di allargarne la posizione debitoria, vista la spesso fungibilità all'interno dello stesso livello contrattuale delle mansioni le più disparate, sul presupposto che la contrattazione, fino a ora, si dovesse prevalentemente occupare dell'inquadramento, in funzione soprattutto della determinazione della retribuzione.

Pertanto, nell'attesa che tale opera di adeguamento della contrattazione venga completata, sembrerebbe condivisibile l'opinione di chi, al fine di trovare una soluzione più coerente con i principi generali del nostro ordinamento in tema di tutela della dignità della persona, o con quelli contenuti nella delega, sostiene che la «riconducibilità» venga, alla fine, a essere intesa quale variante semantica dell'equivalenza; valorizzando la terminologia diffusasi in precedenza, nei termini quindi di una equivalenza per così dire «dinamica», come possibile sviluppo, anche attraverso un percorso formativo, della professionalità già acquisita dal lavoratore, secondo un significato che, tuttavia, poco o nulla innoverebbe, rispetto alla precedente disciplina sulla mobilità orizzontale (52).

(50) Si rimanda alla dottrina e alla giurisprudenza richiamate al par. 2. Si veda anche Pisani (2015, 780 ss.), il quale rileva che comunque il criterio per confrontare le nuove mansioni con le vecchie è ancora basato sull'effettività dello svolgimento delle stesse e non limitato alle astratte previsioni delle declaratorie contrattuali.

(51) Liso 2015, 8.

(52) Ferrante 2015, 6, Cfr. da ultimo Cass. 18.2.2016, n. 3216, inedita a quanto consta, sulla funzione interpretativa assorbente svolta dalle declaratorie contrattuali di appartenenza ai vari livelli classificatori, già in vigore del vecchio art. 2103 c.c.

Riferimenti bibliografici

- Aiello F. (2016), *Il nuovo art. 2103 c.c. si applica agli illeciti antecedenti alla novella del 2015?*, in *LG*, n. 2, 183 ss.
- Assanti C. (1972), in Assanti C., Pera G., *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova, 142 ss.
- Brollo M. (1997), *La mobilità interna del lavoratore*, Giuffrè, Milano.
- Brollo M. (2015a), *La disciplina delle mansioni dopo il Job Act*, in *ADL*, n. 6, II, 1156 ss.
- Brollo M. (2015b), in Carinci F. (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo ius variandi*, Adapt University Press – Pubblicazione online della collana Adapt, Modena, 29 ss.
- De Marinis N. (2016), *La nuova disciplina delle mansioni. Questioni di diritto intertemporale*, in Piccinini I. et al. (a cura di), *La nuova disciplina delle mansioni dopo il Job Act*, Iuridica Edizioni, Roma, 121 ss.
- Ferrante V. (2015), *La nuova disciplina delle mansioni del lavoratore*, in *Quaderni Cedri*, n. 1, 1 ss.
- Gargiulo U. (2014), *La revisione della disciplina delle mansioni nel Job Act*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona». Collective Volumes*, n. 3, 99 ss.
- Gargiulo U. (2015), *Lo ius variandi nel nuovo art. 2103 cod. civ.*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 268, Catania.
- Ghera E. (1984), *Mobilità introaziendale e limiti dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, in *MGL*, n. 3-4, 392 ss.
- Ghera E. (2006), *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.
- Giugni G. (1963), *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli.
- Liso F. (1982), *La mobilità el lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano.
- Liso F. (2015), *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 257, Catania.
- Paolitto L. (2015), *La nuova nozione di equivalenza delle mansioni. La mobilità verso il basso: condizioni e limiti*, in Ghera E, Garofalo D. (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Job Act 2*, Cacucci, Bari, 155 ss.
- Perina L. (2016), *La tutela della professionalità nel nuovo art. 2103 c.c.*, in Piccinini I. et al. (a cura di), *La nuova disciplina delle mansioni dopo il Job Act*, Iuridica Edizioni, Roma, 79 ss.
- Persiani M. (1966), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova.
- Persiani M. (1971), *Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori*, in *DL*, 1971, n., I, 13 ss.
- Persiani M. (2011), *Lineamenti del potere direttivo*, in Persiani M., Carinci F. (diretta da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV: Martone M. (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, tomo I, *Contratto e rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, cap. VI, sez. I, 421 ss.
- Pisani C. (1996), *La modificazione delle mansioni*, Franco Angeli, Milano.
- Pisani C. (2015), *Sull'abolizione dell'equivalenza delle mansioni*, in *MGL*, n. 11, 780 ss.

- Romagnoli U. (1972), in Ghezzi G. *et al.*, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, 1972, Zanichelli, Bologna, 176 ss.
- Suppiej G. (1975), *Mansioni del lavoratore*, in Prosperetti U. (diretto da), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 334 ss.
- Voza R. (2015), *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 262, Catania.

Enrico Maria Terenzio
*Avvocato in Roma e docente SSPL
presso la «Sapienza» Università di Roma*

TRIBUNALE LIVORNO, 3.9.2015 – Est. Calò – A.B. c. L.C.C. Srl in liquidazione.

Licenziamento collettivo – Società controllate da pubbliche amministrazioni – Gestione eccedenze di personale – Art. 1, cc. 563 ss., l. n. 147/2013 – Passaggio ad altra società controllata – Condizioni.

In caso di esubero di personale in una società controllata da enti pubblici non si configura in capo al lavoratore dichiarato in esubero un diritto soggettivo a proseguire il rapporto con altra società controllata dallo stesso ente. (1)

(1) LA GESTIONE DELLE ECCELENZE DI PERSONALE
NELLE SOCIETÀ CONTROLLATE

1. — Con la sentenza in commento, il Tribunale di Livorno ha affrontato il problema della gestione delle eccedenze di personale nelle società a capitale pubblico.

Il caso è quello di una società in liquidazione che, in seno a un procedimento per licenziamento collettivo, avrebbe omesso di fare riferimento alla possibilità di riallocazione del personale facendo ricorso alla mobilità interna tra le società controllate introdotta dall'art. 1, c. 565, l. n. 147/2013.

Il Tribunale, con riferimento a tale norma, ha ritenuto non configurabile un diritto soggettivo del lavoratore a transitare alle dipendenze delle altre società controllate in mancanza di un accordo tra di esse per la realizzazione del processo di mobilità, ritenendo non sussistere un rapporto di specialità tra la l. n. 223/1991 e la l. n. 147/2013.

Nel passare in esame la fattispecie legale, la progressione della legislazione sembra evidenziare come strumenti che tipicamente nell'ordinamento giuslavoristico rispondono alla esigenza di garanzia dei lavoratori, possono anche piegarsi a presidio di interessi pubblici, in particolare il contenimento della spesa pubblica, marginalizzando tutte le tradizionali componenti di gestione dello stato di crisi aziendale.

Il problema della gestione degli esuberi nelle società a capitale pubblico sta emergendo con particolare evidenza poiché il settore sarà interessato, a seguito dell'attuazione della legge delega n. 124/2014, da una complessiva riduzione del numero di società e dalla necessità di gestire gli esuberi.

Si tratta di una operazione circolare: alla riduzione complessiva della spesa consegue la riduzione del numero di società e dalla riduzione di quest'ultime anche la riduzione degli organici.

Il meccanismo di gestione dei conseguenti esuberi di personale si pone a cavallo tra le modalità di gestione delle crisi di impresa con effetti espulsivi (l. n. 223/1991) e strumenti di assorbimento già utilizzati nell'ambito del pubblico impiego per la ricollocazione in ambito extraaziendale del personale in soprannumero (ad esempio, art. 4, d.l. n. 78/2015, per il personale delle Province).

Per questo appare importante procedere a una disamina della normativa vigente, sulla quale, con elementi di continuità, si innesta quella *in fieri*.

Nel settore, sebbene si parli di mobilità, la fattispecie in considerazione ha una sua autonomia categoriale ed è distinta dall'omonimo istituto del sistema privato disciplinato dalla l. n. 223/1991.

La *ratio* che ispira la normativa speciale di settore è quella di fare fronte alle situazioni di eccedenza attraverso una compensazione tra società partecipate dallo stesso ente pubblico: il punto nodale in tale operazione è rappresentato dalla interazione tra i fabbisogni delle diverse società, in modo che chi ha personale in esubero non necessariamente deve procedere al licenziamento e chi ha necessità di assumere dovrà prioritariamente fare ricorso alla mobilità intersocietaria; rispetto al complessivo sistema, centrale è la funzione dell'ente pubblico, il quale deve fornire gli indirizzi per la ricollocazione del personale eccedente verso altre società controllate.

Ulteriore elemento caratterizzante è la neutralizzazione della dimensione individuale, nel senso che la mobilità si realizza automaticamente senza che sia necessario il consenso del lavoratore e la marginalizzazione del momento collettivo, essendo confinato il ruolo del sindacato nel nucleo centrale a destinatario di una informativa.

Passando in rassegna la normativa, con l'art. 1, cc. 536 ss., l. n. 147/2013, il legislatore ha inteso regolare i processi di mobilità tra società controllate da parte di enti pubblici che rientrano nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 165/2001, prevedendo la possibilità che il personale in esubero possa essere assorbito mediante accordo da altra società controllata dal medesimo ente, senza che sia richiesto il consenso del lavoratore e con il coinvolgimento delle rappresentanze sindacali al solo livello della informativa.

Sebbene la normativa sembri palesare una mera facoltà, al comma 564 pone poi un'area di vincolo parziale, stabilendo che, verificatosi l'esubero in una delle società partecipate, le altre società controllate dal medesimo ente pubblico possono procedere ad assunzioni provvedendo ad acquisire il personale posto in mobilità dalla consociata.

Si tratta, tuttavia, anche qui non di un obbligo, ma di una preferenza, che deve trovare corrispondenza negli atti di indirizzo degli enti vigilanti, tra i cui compiti rientra anche quello di favorire, nei processi di riorganizzazione delle esternalizzazioni e nell'ambito dei piani industriali, il riassorbimento delle eccedenze verificatesi nel settore oggetto di *outsourcing*.

Le successive disposizioni definiscono le procedure di rilevazione delle eccedenze, disponendo in particolare che la regola dell'intera procedura compete all'ente controllante, a cui spetta governare i processi di riallocazione totale o parziale del personale in eccedenza prioritariamente nell'ambito della stessa società (anche mediante il ricorso a forme flessibili di gestione del tempo di lavoro), ovvero subordinatamente, con le modalità stabilite dalla normativa in esame, presso altre società controllate dal medesimo ente o dai suoi enti strumentali con le modalità previste dal comma 563. Si applica l'articolo 3, comma 19, della legge 28 giugno 2012, n. 92, e successive modificazioni.

Infine, è prevista una norma di salvaguardia per il personale non rioccupato, in favore del quale è stabilito un sistema di precedenza nelle assunzioni, anche per esigenze temporanee.

Il punto critico della normativa appena esaminata è che, a fronte dell'onere a carico della amministrazione controllante di ricollocazione del personale in esubero presso le altre società controllate, il sistema è condizionato dalla disponibilità di vacanze

nei ruoli delle società di destinazione tali da giustificare, nel rispetto degli equilibri economico-finanziari, il reclutamento di nuovo personale.

Per favorire questo processo di integrazione il comma 567 (completato dal comma 567-*bis* per gli aspetti procedurali) rinvia alla possibilità della stipula di accordi gestionali con le organizzazioni sindacali.

Sebbene, oltre questa possibile co-gestione della mobilità, l'unica prerogativa riconosciuta al sindacato è quella di ricevere una informativa, comunque a esso, in relazione a diversi aspetti, è riconosciuta una funzione centrale di partecipazione alla gestione della eccedenza di personale; tutto però avviene sulla base di una normativa speciale che, anche se fa richiamo di strumenti di relazioni sindacali consueti, si pone fuori dalle procedure di cui alla l. n. 223/1991, stabilite in generale per la gestione delle eccedenze di personale.

Infatti, in questo quadro generale un primo dato che emerge è quello dell'autonomia della mobilità speciale stabilita dalla normativa in esame rispetto alle procedure per licenziamento collettivo, quantomeno perché sotto il profilo soggettivo diverso è il soggetto procedente e sotto quello funzionale diversa è la *ratio* dei due istituti.

Per quanto riguarda gli aspetti soggettivi, la fattispecie in esame non è riconducibile a quella dell'art. 2359 c.c. (società collegate) e, comunque, resta assorbente la imputazione del rapporto di lavoro unicamente alla società controllata o partecipata.

Per quanto concerne gli aspetti funzionali, nella l. n. 147/2013 la conservazione dei livelli occupazionali è un effetto indiretto che solo eventualmente può conseguire dallo scopo principale, cioè il rispetto dell'equilibrio di finanza pubblica.

Eppure una consequenzialità tra licenziamento collettivo e mobilità del personale tra società partecipate emerge quantomeno in via indiretta o incidentale; e allora ci si chiede: come interagiscono le due cose nella gestione degli esuberi?

Per favorire questo processo di integrazione, la normativa, oltre a prevedere la possibilità di accordi diretti tra società (cedente e cessionaria), riconosce un ruolo primario, ma solo eventuale, all'azione sindacale, prevedendo la possibilità della stipula di accordi gestionali dell'ente controllante con le organizzazioni sindacali; il che consente di affidare all'autonomia collettiva, in uno scenario connotato dal collegamento della interazione funzionale tra enti pubblici e aziende ausiliarie, un ruolo analogo a quello che il sindacato svolge nella gestione delle procedure per licenziamento collettivo nell'articolazione tra più imprese facenti capo a una stessa *holding*.

Il punto di maggior interesse in questo senso è la previsione a monte di un atto di indirizzo delle amministrazioni controllanti, alle quali è riservato il compito di definire un piano industriale e, in tale contesto, dare eventualmente un ruolo allo strumento della mobilità speciale nelle procedure di mobilità ordinaria; dopo di questo emerge in posizione eventuale il ruolo dell'autonomia collettiva, cui può essere rimessa la partecipazione alla fase gestionale delle eccedenze di personale.

Il punto critico del sistema è dato dal fatto che, a fronte di un onere a carico dell'amministrazione controllante di ricollocazione del personale in esubero presso le altre società controllate, la nuova allocazione del personale eccedente logicamente è subordinata alla disponibilità di vacanze nei ruoli delle altre società tali da giustificare, nel rispetto degli equilibri economico-finanziari, il reclutamento di nuovo personale.

Tale previsione ricade in via limitativa sulla ricollocabilità dei lavoratori con gli ordinari strumenti di gestione delle eccedenze di personale, in particolare con le

procedure previste dalla l. n. 223/1991, con ciò riducendo la rilevanza del sindacato in un'area dove la mediazione dell'autonomia collettiva ha sempre avuto un ruolo primario.

Questo è quanto emerge da una interpretazione formale della normativa in questione: opzione esegetica che ha consentito al Tribunale di Livorno di eliminare ogni valenza, anche modale, del momento dell'autonomia collettiva rispetto agli effetti ricadenti sul rapporto individuale di lavoro.

Eppure, la posizione del lavoratore, ancorché non connotata dalla titolarità di un diritto pieno alla mobilità verso altre società partecipate, assume una sua qualificazione differenziata in quanto si connota per l'interesse a che la complessa procedura sopra richiamata sia posta in essere.

Ciò che emerge, dunque, è una posizione di interesse legittimo (di diritto privato) dei lavoratori, i quali vedono presidiata la loro posizione non in relazione a un interesse sostanziale, ma a un interesse cd. procedimentale: con l'attuazione del differenziato procedimento di gestione delle eccedenze è possibile controllare la legittimità dell'azione dell'ente e il rispetto dei fondamentali canoni di correttezza e buona fede.

Non è necessario che operi la prerogativa di controllo *ex post* e sia demandata alla fase giudiziale, ma può essere resa operativa *ex ante* con la partecipazione del sindacato; infatti, se l'esclusione di un diritto soggettivo dei lavoratori all'assunzione presso altre società controllate consente l'emersione di un interesse legittimo (di diritto privato), quest'ultimo altro non può essere che un interesse collettivo all'espletamento delle procedure di mobilità, cosa che pone diversi punti di incrocio con la procedura di mobilità *ex l. n. 223/1991*, con l'esigenza di verificarne di volta in volta, in relazione alla concreta fattispecie, l'eventuale reciproco assorbimento.

Ma, forse, la fattispecie con cui la normativa speciale trova maggiore contiguità è quella del trasferimento d'azienda, e non solo per il richiamo da essa posta all'art. 2112 c.c.

Anche in questo caso l'operazione descritta non si ingloba integralmente neanche nell'art. 2112 c.c., in quanto l'applicabilità di tale norma formalmente è limitata ai soli cc. 1 e 2, e riguarda, dunque, la continuità del rapporto di lavoro e la solidarietà passiva per i crediti lavorativi.

Tuttavia lo strumento contenuto nella normativa in esame presenta con il trasferimento d'azienda una stretta connessione, fino al conglobamento in essa nel caso in cui si dovesse realizzare un trasferimento di funzioni ad altra società nel quadro generale delle competenze dell'ente controllante; in questo caso troverebbe infatti integrale applicazione l'art. 2112 c.c., con tutti gli obblighi sindacali derivanti dalla l. n. 428/1990.

Lo svolgimento della fase di relazione sindacale secondo il modello definito dall'art. 47, l. n. 428/1990, è quello che sembra meglio innestarsi nella dinamica procedurale stabilita dalla normativa in esame, poiché calibrata sulla interazione tra informazione preventiva ed esame congiunto.

Questo perché la fattispecie più facilmente può sottendere, anche se in ipotesi atipica, il fenomeno del trasferimento di azienda, inteso nel senso primario di ricollocazione di funzioni strumentali, e secondario di riallocazione delle risorse, ovvero del complesso aziendale, anche perché, come stabilito, l'ente controllante deve operare nel quadro generale di riorganizzazione dei servizi esternalizzati.

È ovvio che in una tale situazione l'art. 2112 c.c. non può operare *tout court*, ma è necessaria una norma di adattamento o di raccordo, che si può trovare appunto nei principi ordinatori della mobilità effettuale a matrice compensativa del pubblico impiego, con il recupero di un ruolo ulteriore dell'autonomia collettiva nella fase gestionale.

Si può senz'altro sostenere che la fattispecie in questo caso opererebbe in posizione omologa rispetto all'art. 31, d.lgs. n. 165/2001: norma che disciplina l'attuazione del passaggio di dipendenti per trasferimento di attività nell'impiego pubblico (che fa rinvio all'art. 2112 c.c. e, quanto agli aspetti procedurali, all'art. 47, l. n. 428/1990).

In definitiva, la fattispecie in esame si pone come procedura *extra ordinem* rispetto ai tradizionali strumenti di gestione delle eccedenze o ricollocazione del personale perché l'elemento ordinatore di tutto il sistema è dato dal fatto che l'obiettivo cui tende la normativa non è quello di implementare un sistema di tutela dei lavoratori o di mantenimento dei livelli occupazionali, ma quello di concorrere al raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica, mettendo sotto controllo le società in perdita economica sistemica e riportando in equilibrio le società con una eccedenza nella spesa per il personale oltre una data aliquota che definisce la soglia di sostenibilità.

La normativa è nuova e non è di agevole lettura, né è agevole comprenderne la portata, anche perché manca una significativa casistica giurisprudenziale; sicché alla sola luce della sentenza in commento (che tratteggia le linee essenziali di una opzione ermeneutica) si può ipotizzare una delle possibili esegesi cui si presta il testo normativo, ma non è sufficiente a comprendere quale sia l'orientamento applicativo, quantomeno prevalente, che verrà a formarsi nel dare identità a una fattispecie che, nonostante il *dictum* del Tribunale di Livorno, ontologicamente non sembra differenziarsi e affrancarsi *in toto* da istituti già conosciuti dall'ordinamento per la ricollocazione del personale in esubero, ma che sotto il profilo fenomenologico appare resistente a un processo di omologazione.

Allo stato, nella incertezza degli istituti giuridici coinvolti, la cosa che sembra essere più plausibile è che le maggiori possibilità di tutela per i lavoratori si ritrovano più nella realizzazione dell'interesse collettivo che in quello individuale; anche perché nel caso in cui l'ente controllante, attraverso una condotta omissiva, impedisca il coinvolgimento dei sindacati nella fase gestionale, potrebbe incorrere in una condotta anti-sindacale per la ragione che i fattori preliminari ai processi ricadenti sui livelli occupazionali assumono valenza nel sistema delle relazioni sindacali in quanto si tende ad anticipare il più possibile il momento in cui il sindacato è chiamato a una compartecipazione alla funzione di gestione delle eccedenze di personale (T. Roma, 14.1.2010, in *NGL*, 2010, 529).

Antonio Federici
*Dottore di ricerca in Autonomia individuale e autonomia collettiva
presso l'Università di Roma Tor Vergata*

TRIBUNALE MILANO, 5.5.2015, Sez. civ., decr. – Est. D’Aquino – M.V. (avv. Mazzi) c. Fallimento O.M.B. (avv. Riva).

Procedure concorsuali – Affitto d’azienda – Fallimento – Recesso ex art. 79 l. f. con retrocessione del ramo – Sospensione del rapporto di lavoro – Recesso ex art. 72 l. f. – Sterilizzazione dei crediti – Tfr – Dall’affitto del ramo alla dichiarazione di fallimento e dal fallimento al licenziamento – Immissione al passivo – Esclusione.

Trasferimento di azienda – Affitto – Dipendente in Cigs – Fallimento affittante – Retrocessione del ramo – Licenziamento intimato dalla curatela – Contestualità con scadenza della Cigs – Indennità di preavviso – Spettanza – Immissione al passivo – Privilegio ex art. 2571-bis, n. 1, c.c. – Concessione.

In caso di contratto di affitto di ramo di azienda stipulato dalla società affittante in bonis e temporaneamente proseguito dalla curatela, ove il curatore in seguito eserciti il diritto di recesso da tale contratto ex art. 79 l. f. (con retrocessione del ramo) e dal rapporto di lavoro ex art. 72 l. f., aderendo all’indirizzo maggioritario che consente lo «spacchettamento» del Tfr, non è ammissibile allo stato passivo del fallimento della società affittante il credito per trattamento di fine rapporto, asseritamente vantato dal lavoratore dipendente, né con riferimento al periodo che va dal passaggio alle dipendenze dell’affittuario alla dichiarazione di fallimento – per il quale unico obbligato è la società affittaria –, né con riferimento al periodo successivo al fallimento, poiché tra gli effetti del recesso dal rapporto di lavoro, comunicato ex art. 72 l. f., opera la sterilizzazione dei crediti riferibili al rapporto, rimasto peraltro sospeso ex lege a partire dalla dichiarazione di fallimento. (1)

Al lavoratore che, successivamente al passaggio alle dipendenze di società affittaria di un ramo d’azienda, sia collocato in cassa integrazione straordinaria spetta – da parte del fallimento (medio tempore dichiarato) della società affittante, alle dipendenze della quale originariamente lavorava e alla quale torna astrattamente a far capo il rapporto di lavoro una volta intervenuta la retrocessione del ramo, pur senza ripresa dell’attività lavorativa – l’indennità sostitutiva del preavviso, ove la curatela comunichi il recesso dal rapporto di lavoro ex art. 72 l. f. contestualmente alla conclusione del periodo di spettanza dell’indennità di mobilità senza rispettare il preavviso legale, viceversa indispensabile anche in costanza di trattamento Cigs. Tale credito è ammissibile al passivo con il privilegio di cui all’art. 2571-bis, n. 1, c.c. (2)

(1-2) CIRCOLAZIONE DELL'AZIENDA, FALLIMENTO
E CREDITI DEL LAVORATORE

1. — La pronuncia si colloca tra diritto fallimentare e diritto del lavoro: oltre a porre problemi in tema di rapporto tra crediti da lavoro e circolazione dell'azienda (Carinci 2013, 179 ss.; De Luca Tamajo, Salimbeni 2013, 609 ss.; Santoro Passarelli 2014, 65), la vicenda si svolge nella crisi dell'impresa, con le complicazioni che emergono quando la disciplina dei rapporti di lavoro incontra il diritto concorsuale (In generale, *ex multis*, Alleva 1975; Caiafa 1994; Vallauri 2013; Tullini 2014; Marazza, Garofalo 2015).

Lo scenario di fondo corrisponde ad alcuni *topoi* classici, ma il caso è peculiare e di particolare novità sotto più profili. Tralasciando gli aspetti più strettamente fallimentaristici, svolgeremo riflessioni su: la disciplina della retrocessione dell'azienda affittata prima del fallimento; la natura e il profilo passivo dell'obbligazione da Tfr; la concorrenza tra Cigs e indennità sostitutiva del preavviso; l'(in)effettività delle tecniche di tutela messe a disposizione dall'ordinamento, anche in ottica processualistica, in tali ipotesi.

Nel caso di specie, un ex dipendente della società *Alpha* si oppone allo stato passivo del fallimento di *Alpha* nella parte in cui sono esclusi i crediti relativi al Tfr (per i periodi dall'affitto del ramo a *Beta* fino alla retrocessione e da tale momento fino al licenziamento, comunicato dalla curatela di *Alpha*) e all'indennità di preavviso (poiché il recesso è intervenuto con effetti immediati alla scadenza del trattamento di Cigs). Il Collegio rigetta il primo motivo, sostenendo che con l'esercizio del recesso *ex art. 72* della legge fallimentare (di seguito, l. f.) i crediti da lavoro vantati verso il fallimento siano «sterilizzati» a partire dalla data di dichiarazione di quest'ultimo e che, con riferimento a tutto il periodo (precedente al dissesto, ma) successivo alla stipula dell'affitto, unico obbligato sia *Beta*, titolare del rapporto dall'inizio dell'affitto sino alla retrocessione; così ricostruendo l'evoluzione nel tempo dell'obbligazione da Tfr, e concedendo lo «spacchettamento» di quest'ultimo, è inevitabile il rigetto di questa parte del *petitum*.

L'accoglimento del secondo motivo discende dal fatto che il trattamento di mobilità è cumulabile con l'indennità di preavviso se il licenziamento viene intimato al dipendente con effetti immediati alla scadenza della Cigs, in cui il lavoratore era stato *medio tempore* collocato. Il fallimento deve corrispondere l'indennità quale credito privilegiato *ex art. 2751-bis*, n. 1, c.c.

Un primo rilievo è che manca una norma *ad hoc* nella l. f. che disciplini i contratti di lavoro in esecuzione alla dichiarazione di insolvenza (Riva 2009, 313 ss.). Tale aporia produce conseguenze negative in termini di certezza del diritto e omogeneità giurisprudenziale. Al di là dell'art. 2119, c. 2, che esclude solo che il fallimento sia di per sé giusta causa di licenziamento (Alleva 1975, 213 ss.; Grandi 2006, 271 ss.), vi sono notevoli lacune per varie ipotesi che l'evoluzione della disciplina del fallimento ha reso possibili.

L'affitto dell'azienda, ad esempio, è regolato per il caso in cui sia stipulato in sede endofallimentare (Grandi 2006, 265; Patti 2007, 1088; Lambertucci 2010; Quattrocchio, Goffi 2014, 32 ss.), come mezzo per salvare patrimonio e beni aziendali, già parzialmente compromessi. Ma ove sia stipulato prima dell'insolvenza

(Fimmanò 2008; Fimmanò 2012; Rossi 2010), *qui iuris* nel silenzio del legislatore? *Idem* per la retrocessione di azienda conseguente ad affitto «extrafallimentare». È l'interprete a dover scegliere la regola tra tante opzioni interpretative.

In certi casi si sono accomunate analogicamente le due ipotesi (T. Monza 19.11.2013 – Est. Buratti –, in *www.ilcaso.it*, 24 febbraio 2014), ma la lacuna è grave.

La dottrina ha affrontato il problema di rado e, per le conseguenze della retrocessione sui rapporti di lavoro, si è divisa tra chi applicherebbe l'art. 104-*bis* l. f. (Quattrocchio, Goffi 2014, 33; Fimmanò 2008, 7; Caiafa 1994, 31; Marazza, Garofalo 2015, 57), che esclude la responsabilità della procedura per i debiti, e chi l'art. 2112 c.c. (Vallauri 2013, 98 ss.; Tullini 2014, 227).

Di per sé, l'estinzione dell'affitto d'azienda, con circolazione inversa, configura un trasferimento *ex art.* 2112 c.c. (Pret. Napoli 12.12.1990, ord., in *RGL*, 1992, n. 1, II, 245, e, sul campo di applicazione dell'art. 2112, Cass. 15.10.2010, n. 21278, in *MGC*, 2010, 10, 1329), ma il discorso muta quando la vicenda si svolge nel fallimento ove gli interessi da bilanciare sono molteplici e gli effetti del trasferimento si modificano, con tendenziale disapplicazione dell'art. 2112 c.c. (Santoro Passarelli 2014, 79).

Tuttavia, se nell'affitto successivo al fallimento è certo che la finalità sia la salvaguardia del patrimonio aziendale e dell'occupazione, nel caso di affitto stipulato prima potrebbe celarsi una finalità elusiva, se la crisi irreversibile è ipotizzabile e la regola di prevedibile applicazione esclude la responsabilità dell'affittante per debiti verso i lavoratori.

Il rigetto della richiesta di ammissione al passivo del credito da Tfr per i periodi successivi alla stipula dell'affitto di ramo nasce dalla natura retributiva e sinallagmatica del Tfr, dalla possibilità di «spacchettare» quest'ultimo e dalle norme della l. f., perché il Collegio argomenta che l'esclusione dell'obbligo del fallimento dipende non dall'art. 104-*bis* l. f., ma dagli artt. 72 e 79 l. f., che impongono di «sterilizzare» per l'affittante gli effetti derivanti da rapporti contrattuali sinallagmatici di durata con prestazioni parzialmente ineseguite, tra cui il rapporto di lavoro.

La classica discussione su funzione e momento di maturazione del credito da Tfr rileva su due piani: *in primis*, se il Tfr matura anno per anno, rinviando solo l'esigibilità all'estinzione del rapporto, si può «distribuire» l'obbligazione debitoria in capo ai diversi datori per i quali il lavoratore ha nel tempo prestato attività (come nel decreto qui annotato). *In secundis*, se il debito da Tfr sorgesse solo alla conclusione del rapporto, potrebbe essere escluso dal novero dei crediti per i quali la legge prevede regole speciali (a garanzia del soddisfacimento) nel passaggio da un datore a un altro (Così Carinci 2013, 210, nota 58), anche se la giurisprudenza più recente riconduce sempre il Tfr all'art. 2112 c.c. (Cass. 22.9.2011, n. 19291, in *DRI*, 2012, n. 4, 1156).

La dottrina però da tempo considera il Tfr una prestazione retributiva e sinallagmatica che matura mese per mese, con rinvio della sola esigibilità all'estinzione del rapporto. Questa ricostruzione ha qui consentito l'esito negativo per l'opponente. Infatti, la esclusiva responsabilità di *Beta* (non convenuta) per le quote di Tfr corrispondenti al lavoro presso di essa, sarebbe stata incompatibile con la concezione «monolitica» del Tfr.

Questa ricostruzione, pur accettabile a livello sostanziale, provoca un appesantimento irragionevole degli oneri per il lavoratore in termini processuali, esponendolo

al peso di rivolgersi a più soggetti per vedere soddisfatto un credito già certo nell'*an* ed esigibile se il rapporto è stato interrotto.

Sul secondo tema rilevante, va segnalato che un ampio dibattito in passato ha riguardato la concorrenza tra indennità di preavviso e Cigs. Alla luce dell'asestamento appagante della *querelle*, il nodo può sciogliersi in poche battute.

La prima distinzione riguarda i casi in cui la Cigs è antecedente al licenziamento e quelli in cui è successiva: in questi ultimi la cumulabilità va esclusa, perché la Cigs implica «sospensione» della prestazione mentre l'indennità presuppone che la prestazione lavorativa sia interrotta, con definitivo rifiuto datoriale di riceverla (Cass. 12.3.1996, n. 2012, in *Il fallimento*, 1996, n. 12, 1183). Sulla prima ipotesi, decisivo è stabilire se con l'ipotetico cumulo tra le due prestazioni possa aversi l'anomalia del periodo «doppiamente retribuito». Tuttavia, in forza della natura indennitaria dell'indennità di preavviso, la duplice retribuzione è un rischio che non si corre, poiché i due istituti rispondono a finalità distinte.

Per giunta, l'art. 72 l. f. prevede al c. 4 che, «in caso di scioglimento, il contraente ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, senza che gli sia dovuto risarcimento del danno». Dunque, siccome l'indennità non è «risarcitoria», è doverosa la sua ammissione al passivo quale credito concorsuale. Inoltre, nel precedente più significativo in materia (Cass. 29.9.1994, n. 7914, S.U., in *GC*, 1995, n. 12, 3099) la questione si poneva proprio con riferimento a una impresa fallita e il ragionamento lì svolto chiarisce quale sia la migliore soluzione: il cumulo può escludersi se il lavoratore ha *continuato* a percepire la Cigs *dopo* l'intimazione del licenziamento (senza preavviso), ma è indubbio che le due prestazioni possano coesistere se il recesso interviene subito dopo l'esaurimento della Cigs, quando in astratto il rapporto poteva proseguire.

Quello proposto è uno dei tanti casi di successione di datori di lavoro cui fa capo un unico rapporto individuale per i quali di solito la legge introduce una regola fondamentale: la responsabilità solidale tra datori, con possibilità di rivolgersi a ciascuno. È una contromisura per la posizione di passiva impotenza che il dipendente sopporta rispetto a ogni modificazione soggettiva dal lato datoriale.

In un quadro articolato come la duplice circolazione aziendale, aggiungendo l'incertezza dell'intersezione con il fallimento (e la l. f.), la posizione del lavoratore rischia di essere penalizzata nella tutela dei propri diritti-crediti. Una risposta equa dovrebbe venire dal legislatore, stretto nel conflitto tra le regole funzionali a riequilibrare il rapporto di lavoro e le regole concorsuali che, per antonomasia, perseguono la *par condicio creditorum* tendendo a parificare tutti i creditori dell'impresa, trascurando talora che il lavoratore subordinato è creditore del tutto peculiare.

In punto di diritto sostanziale e *de iure condito*, la soluzione adottata è accettabile, forse più di quella offerta dal T. monzese nel caso citato. Siccome però per il lavoratore doversi rivolgere a due soggetti è un rischio notevole, in casi del genere si produce una situazione di *ineffettività* delle tecniche di tutela dei crediti da lavoro. Cercando risposte nel sistema si può ragionare sul risvolto processuale della questione, pensando a strumenti quali il litisconsorzio necessario o la chiamata in causa per ordine del giudice (art. 107 c.p.c.): tali istituti avrebbero la funzione di rimediare alla descritta situazione di scarsa efficacia dei mezzi di tutela dei crediti del lavoratore, coinvolgendo tutti gli obbligati nel giudizio.

Il litisconsorzio sarebbe quello cd. «solo processuale», poiché manca l'unicità del rapporto sostanziale (Costantino 1979, 142 ss.) e le due cause sono scindibili. Questa idea ricorda quanto previsto in tema di appalti all'art. 29, c. 2, del d.lgs. n. 276/2003, per il quale il committente è «convenuto unitamente» all'appaltatore (Riverso 2014): a presidio dell'adempimento dei crediti, si prevede un litisconsorzio siffatto, che non implica che senza contraddittorio nei confronti di tutti la sentenza sia *inutiliter data*, ma impone di concedere un termine per integrare il contraddittorio.

Tuttavia, il parallelismo non convince fino in fondo: l'art. 29 è la sponda processuale della coobbligazione sostanziale dei debitori, presupposto assente nella nostra ipotesi. Restano due strade: o ipotizzare la creazione da parte del legislatore di una ipotesi di litisconsorzio *propter opportunitatem* (Proto Pisani 2006, 304) oppure auspicare l'uso dell'art. 107 c.p.c.: dottrina e giurisprudenza ammettono che questi istituti siano conciliabili con la specialità della procedura davanti al tribunale fallimentare (Perina 2009, 1089).

Riferimenti bibliografici

- Alleva P.G. (1975), *Fallimento e tutela dei diritti dei lavoratori*, in *RTDPC*, n. 1, I, 210 ss.
- Caiafa A. (1994), *I rapporti di lavoro nelle procedure concorsuali*, Cedam, Padova.
- Carinci M.T. (2013), *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Giappichelli, Torino.
- Costantino G. (1979), *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Jovene, Napoli.
- De Luca Tamajo R., Salimbeni M.T. (2013), *Sub art. 2112*, in Cagnasso O., Vallebona A., *Dell'impresa e del lavoro*, tomo II, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli E., Utet, Torino.
- Fimmanò F. (2008), *L'affitto di azienda preesistente al fallimento*, in *www.ilcaso.it*, n. 98.
- Fimmanò F. (2012), *Affitto di azienda preesistente, recesso dal contratto e determinazione dell'equo indennizzo*, in *Il fallimento*, n. 11, 1349 ss.
- Grandi B. (2006), *La sorte dei rapporti di lavoro nell'affitto e nella retrocessione delle aziende sottoposte a procedura concorsuale*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, n. 1-2, 271 ss.
- Lambertucci P. (2010), *Il trasferimento di azienda in crisi*, in *LG*, 2010, n. 11, allegato 1, 67 ss.
- Marazza M., Garofalo D. (2015), *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, Giappichelli, Torino.
- Patti A. (2007), *L'affitto dell'azienda*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 9, 1088 ss.
- Perina L. (2009), *Rito del lavoro e rito fallimentare*, in Amoroso G. et al., *Diritto del lavoro, Il processo*, vol. IV, Giuffrè, Milano.
- Proto Pisani A. (2006), *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli.

- Quattrocchio L.M., Goffi G. (2014), *Il curatore fallimentare quale datore di lavoro – funzioni e obblighi in caso di cessazione dell'attività produttiva, di esercizio provvisorio, di affitto e cessione d'azienda, di retrocessione dell'azienda ceduta*, in *Il nuovo diritto delle società*, n. 3, 15 ss.
- Riva A. (2009), *Fallimento e rapporti di lavoro*, in Sanzo S. (a cura di), *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, Zanichelli, Bologna, 313 ss.
- Rivero R. (2014), *Appalti, processo e azioni. L'art. 29, d.lgs. n. 276/2003 e succ. mod.*, in *www.altalex.it*, 1° ottobre 2014.
- Rossi R. (2010), *L'affitto di azienda stipulato prima della dichiarazione di fallimento*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 3-4, 370 ss.
- Santoro Passarelli G. (2014), *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'impresa e di articolazione funzionalmente autonoma*, Giappichelli, Torino.
- Tullini P. (2014), *Tutela del lavoro nella crisi d'impresa e assetto delle procedure concorsuali: prove di dialogo*, in *RIDL*, n. 2, I, 199 ss.
- Vallauri M.L. (2013), *Il lavoro nella crisi dell'impresa*, Franco Angeli, Milano.

Simone D'Ascola
*Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Verona*

CONTROVERSIE DI LAVORO

GIUDICE DI PACE PARMA, 24.2.2016 – Est. Cesaretti – Opponente (avv. Petronio); Opposto I. Srl (avv. Bastoni).

Retribuzione – Decreto ingiuntivo – Spese di esecuzione – Compensi Istituto vendite giudiziarie – Esenzione ex art. 10 della l. n. 533/1973 – Sussistenza.

Rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 10 della l. n. 533/1973, e sono pertanto oggetto di esenzione, i compensi dovuti all'Istituto vendite giudiziarie, in ragione della vendita di un bene sottoposto a pignoramento, laddove i crediti eseguiti siano crediti da lavoro. L'art. 10 della l. n. 533/1973, infatti, nel riferirsi a spese di esecuzione mobiliare e immobiliare di provvedimenti resi in controversie di lavoro, deve essere interpretato estensivamente come già affermato dalla Corte costituzionale. (1)

(1) ESENZIONE DAL PAGAMENTO DEI COMPENSI DELL'ISTITUTO VENDITE GIUDIZIARIE: UNA LETTURA ESTENSIVA DELL'ART. 10, L. N. 533/1973

1. — La controversia sorge nell'ambito di un'opposizione a decreto ingiuntivo formulata da parte di un lavoratore, al quale era stato precedentemente ingiunto di corrispondere i compensi dovuti all'Istituto vendite giudiziarie (d'ora in avanti: Ivig) ai sensi degli artt. 30 ss. del d.m. 11.2.1997, n. 109, in ragione dell'esperimento della vendita di un bene sottoposto a pignoramento su iniziativa del lavoratore e custodito presso il medesimo istituto.

In sede di opposizione, il giudice di pace ribalta l'esito ottenuto dall'Ivig con ricorso ex art. 633 c.p.c., attraendo, cioè, i compensi spettanti all'ente nell'area dell'esenzione, di cui godono le spese di esecuzione mobiliare e immobiliare dei provvedimenti resi in materia di lavoro e previdenza, ai sensi dell'art. 10 della l. 11.8.1973, n. 533.

Rammenta, in particolare, il giudice che il citato art. 10 della cd. legge sul processo del lavoro è già stato oggetto di una sentenza della Consulta, la numero 227/2001, diretta a estenderne la portata al di là dei confini evincibili dalla lettera della norma (C. cost. 6.7.2001, n. 227, in *GCost.*, 2001, n. 4).

Con riferimento alle azioni giudiziali soggette all'esenzione, la Corte costituzionale ha, invero, già chiarito che debbano essere esenti «dall'imposta di bollo, di registro e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura» anche i procedimenti che, pur non essendo formalmente contemplati dalla norma del codice di procedura civile, sono comunque finalizzati alla tutela di crediti da lavoro, tra cui per l'appunto i decreti ingiuntivi.

L'ambito di esenzione viene poi esteso dal legislatore agli «atti e documenti relativi alla esecuzione sia immobiliare che mobiliare» di provvedimenti giudiziari che vertono sulla medesima materia. Di tal ché, ad avviso del giudice, nessun dubbio può sollevarsi sull'applicabilità della previsione alle spese connesse alla *vendita* di un bene pignorato per il conseguimento di un credito da lavoro. Le Sezioni Unite nel 2007 hanno, del resto, chiarito che la clausola di chiusura impiegata dall'art. 10 aggiunge all'area dell'esonero, accanto all'imposta di bollo, di registro e ogni tassa, «ogni spesa o diritto» ricollegabile «in termini ampi alla fruizione del servizio giustizia» (Cass. 7.12.2007, n. 25551, S.U. in *www.iusexplorer.it*. Per una lettura ampia dell'art. 10, l. n. 533/1973, si veda anche giudice di pace di Napoli 12.6.2006, in *www.iusexplorer.it*, oltre che i precedenti di legittimità Cass. civ. 17.7.2009, n. 16732, Cass. civ. 3.11.1999, n. 12272; Cass. civ. 14.6.1983, n. 4073).

Data tale premessa, non può che dedursi l'attrazione dei compensi dell'Ivg, previsti dal d.m. n. 109/1997 agli artt. 30 ss., nella sfera applicativa dell'art. 10 della l. n. 533/1973.

Si potrebbe sostenere che dette strutture hanno natura privatistica e che, pertanto, non sarebbero direttamente coinvolte nell'erogazione del servizio pubblico giudiziario, di cui è titolare la pubblica amministrazione. Tale affermazione è, tuttavia, difficilmente conciliabile con la disciplina normativa dell'Ivg nonché con il crescente ruolo che la fase esecutiva, e conseguentemente l'Ivg, sta assumendo nella materia del lavoro.

In primis, è bene ricordare che l'Ivg è autorizzato alla custodia e alla vendita di beni mobili pignorati dalla legge, ed è dettagliatamente normato dal menzionato d.m. 11.2.1997, n. 109, ragion per cui «rientra sicuramente nella categoria degli ausiliari» cui fa riferimento il d.P.R. 30.5.2002, n. 115, sulle spese di giustizia (Cass. civ. 3.7.2008, n. 18204, in *www.iusexplorer.it*).

In secondo luogo, l'attività espletata dagli Ivg, nell'esercizio del ruolo attribuito loro dalla legge, e in particolare dagli artt. 534 ss. c.p.c., costituisce uno strumento spesso essenziale per poter accedere, a fronte di un inadempimento datoriale, agli importi a vario titolo maturati nel corso del rapporto di lavoro. In ragione della crisi economica ormai cronicizzata e delle condotte imprenditoriali dilatorie tenute a causa (o con pretesto) della stessa, è sempre meno frequente che il datore condannato al pagamento di un indennizzo o di differenze retributive, sia a esito di un procedimento ordinario sia a esito di un'ingiunzione, vi provveda spontaneamente. Per contro, è noto come spesso il lavoratore, la cui pretesa economica sia riconosciuta fondata dall'autorità giudiziaria, si trovi nella condizione di dover necessariamente avviare un'esecuzione individuale del provvedimento e vincere così l'inerzia della controparte.

Da ciò discende non solo un aggravio di spese e tempo, ma anche un pericoloso «*deterrence effect*». I costi e l'eccessiva durata della procedura esecutiva, infatti, costituiscono un notevole disincentivo all'avvio della stessa e, quindi, al godimento del diritto che quest'ultima, strumentalmente, mira a garantire. Qualsiasi ostacolo, di caratte-

re economico o procedurale, si frapponga all'esecuzione di un provvedimento giudiziario non potrà, infatti, che pregiudicare il diritto tutelato da tale provvedimento.

Così come il processo è strumentale rispetto al diritto sostanziale poiché «deve dare, per quanto è possibile praticamente, a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire» (Chiovenda 1965, 39 ss.), a sua volta lo è anche l'esecuzione forzata, per il tramite della quale l'ordinamento si pone l'obiettivo di «far sì che il creditore conseguia ciò che gli è dovuto prescindendo dalla cooperazione del soggetto obbligato» (Vaccarella 2007, 1 ss.). Mentre, infatti, con l'attività giurisdizionale di cognizione si passa «dall'affermazione del diritto al suo accertamento», con l'attività giurisdizionale esecutiva «si passa dall'accertamento all'attuazione materiale coattiva» (Mandrioli 2016).

In tale ottica, anche il diritto di conseguire forzosamente il *dovuto*, lungi dal poter essere risolto alla stregua di una questione di carattere meramente pratico, costituisce l'espressione del principio di civiltà giuridica di cd. effettività della tutela giurisdizionale, *acquis* delle tradizioni costituzionali nazionali, consacrato agli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e 47 della Carta di Nizza, sulla base del quale non è sufficiente la garanzia di accedere alle Corti, nel nostro ordinamento garantita all'art. 24 Cost., ma occorre che sia assegnato all'attore un «rimedio adeguato sul piano sostanziale a trasfondere nella realtà quelli che sono enunciati normativi» (Breggia 2016, 715) (In materia di effettività della tutela giurisdizionale si veda, *ex multis*, C. Giust. 13.3.2007, C-432/05, *Unibet*).

Le considerazioni sin qui formulate assumono rilievo ancora maggiore ove si dibatta nell'ambito della disciplina del rapporto di lavoro.

Innanzitutto, gravare il lavoratore delle spese di esecuzione di un provvedimento equivarrebbe, paradossalmente, a sanzionare la parte adempiente, già costretta ad avviare una procedura esecutiva al fine di ottenere quanto dovuto. Ragion per cui l'art. 10, l. n. 533/1973, prevede che tali spese siano anticipate dagli uffici giudiziari e poste a carico dell'erario, per il tramite di una prenotazione a debito ossia «l'annotazione a futura memoria di una voce di spesa, per la quale non vi è pagamento, ai fini dell'eventuale successivo recupero» (Art. 2, c. 1, lett. s, del d.P.R. 30.5.2002, n. 115).

Ma vi è di più. A causa della patologica disorganizzazione degli uffici giudiziari, spesso tra il momento della notifica del pignoramento e la vendita del bene oggetto di esecuzione intercorre un lasso di tempo assai esteso nel corso del quale, ove – come nel caso di specie – si tratti di bene mobile, esso viene custodito presso l'Ivg dietro corresponsione di un canone giornaliero. Si legge, invero, all'art. 37 del d.m. n. 109/1997 che «l'istituto quando risponde come custode delle cose avute in consegna ha diritto, fino al tempo necessario per l'espletamento della procedura di vendita e comunque per tutto il periodo della custodia, a un compenso diverso e ulteriore rispetto a quelli indicati negli articoli precedenti». Detti canoni andranno, quindi, ad aggiungersi al compenso dovuto per l'attività della vendita (pari a una percentuale dell'importo ottenuto dall'incanto), regolato all'art. 32 dello stesso d.m. n. 109/1997.

Non si può trascurare, inoltre, che nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato l'esecuzione individuale costituisce un presupposto necessario per formulare la domanda di intervento del fondo di garanzia istituito presso l'Inps. Ai sensi dell'art. 2, c. 5, della l. 29.5.1982, n. 297, infatti, qualora il datore non sia soggetto a fallimento o a procedure concorsuali, il lavoratore dovrà fornire la prova dell'insolvenza del da-

tore «attraverso la dimostrazione che, a seguito dell'esecuzione forzata sul patrimonio dello stesso, le garanzie patrimoniali siano risultate in tutto o in parte insufficienti a soddisfare il credito del lavoratore» (Circolare Inps del 15.7.2008).

L'irragionevole, oltre che illegittima (perché contraria all'art. 10, l. n. 533/1973), imputazione dei costi dell'esecuzione in capo al lavoratore rappresenta, quindi, non solo un disincentivo all'avvio della fase esecutiva, ma anche – nel caso di crediti retributivi – un impedimento all'eventuale presentazione della domanda al Fondo di garanzia e, conseguentemente, alla soddisfazione del proprio diritto.

Eppure, come ci ricorda il giudice di pace di Parma, uno degli assi portanti su cui si fonda(va) il rito del lavoro è costituito dalla sua completa gratuità, derivante dalla consapevolezza che non solo negozialmente ma anche processualmente il lavoratore rappresenti la parte debole. Di talché, al fine di evitare che la differente condizione patrimoniale incida sulla volontà di accedere alla tutela giudiziale, il legislatore ha approntato una serie di misure di matrice economica, tra le quali vanno per l'appunto ricordate l'esenzione dal pagamento del contributo unificato, l'esenzione dalle spese di notifica di cui all'art. 32, d.P.R. 30.5.2002, n. 115, nonché, per l'appunto, l'esenzione dalle spese di cui all'art. 10, l. n. 533/1973.

Vero è che con l'art. 37, c. 6, lett. b, n. 2, del d.l. 6.7.2011, n. 98, il legislatore ha parzialmente eroso il fondamentale principio di gratuità del processo del lavoro, originariamente introdotto con la l. 2.4.1958, n. 319, prevedendo la corresponsione del contributo unificato laddove, con riferimento al nucleo familiare, il ricorrente superi un limite reddituale predeterminato (Cristiani 2011, 869).

La norma si inserisce nell'ambito di un più ampio progetto di deflazione del contenzioso che, da ultimo, trova ulteriore conferma nel nuovo testo dell'art. 92, c. 2, c.p.c. (Così come modificato dall'art. 13, c. 1, d.l. 12.9.2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla l. 10.11.2014, n. 162), sulla base del quale la facoltà del giudice di compensare le spese di lite è limitata all'«assoluta novità della questione trattata» e al «mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti» (Su cui si veda Sordi 2015). Detta disposizione è attualmente al vaglio della Corte costituzionale perché ritenuta dal giudice *a quo* lesiva, tra gli altri, anche dell'art. 24, c. 1, Cost. (Tribunale di Torino 30.1.2016, n. 9666, ord. – dott. Ciocchetti). L'art. 24 Cost. prevede, infatti, ai commi 1 e 2, che «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi» e che «la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento», stabilendo così «l'accesso incondizionato alla giustizia quale necessario presupposto costituzionale di tutela dell'individuo» (Police 1979).

Per contro, ad avviso del Tribunale di Torino remittente, il nuovo art. 92, c. 2, c.p.c. tende «a scoraggiare in modo indebito l'esercizio dei diritti in sede giudiziaria, divenendo così uno strumento deflattivo (e punitivo) incongruo, ad esempio, nelle ipotesi in cui la condotta della parte (poi risultata soccombente) sia improntata a correttezza, prudenza, buona fede, difetto di informazioni, difficoltà di conoscenza dei fatti, erroneo affidamento su condotte altrui [...] e cioè a situazioni del tutto antitetiche rispetto a quelle ipotizzate dalla norma, correlate all'abuso del processo» (T. Torino, cit.; sulla necessità che fosse sollevata una questione di legittimità costituzionale sull'art. 92, c. 2, c.p.c., a seguito della riforma del 2014, si veda Scarselli 2015).

Va detto però che, nell'introdurre l'art. 9, c. 1-*bis*, del d.P.R. 30.5.2002, n. 115, sul contributo unificato, nessuna modifica è stata apportata ai sopra richiamati artt.

32 del medesimo d.P.R. e 10 della l. n. 533/1973 in materia, rispettivamente, di spese di notifica e spese di esecuzione (Sugli strumenti di deflazione giudiziale nel rito del lavoro si vedano, recentemente, De Michele, Galleano 2016; De Luca 2016, 240; De Luca 2013, 271).

La decisione del giudice di Parma va, pertanto, condivisa. Nel mandare esente il lavoratore dal pagamento dei compensi dell'Ivg, infatti, il giudice ha rispettato lettera e *ratio* dell'art. 10 della l. n. 533/1973, ma ha altresì offerto un'equa e ragionevole attuazione del principio di effettività dell'accesso alla tutela giurisdizionale: principio nato dalla consapevolezza che «benché le porte dei tribunali siano formalmente aperte ugualmente a tutti», l'accesso alla giustizia è «diverso per chi abbia una sufficiente informazione sui propri diritti, possa farsi rappresentare da un buon avvocato, e abbia la possibilità di attendere i risultati spesso tardivi delle procedure giurisdizionali, e chi manchi invece di tali requisiti economico-culturali» (Cappelletti 1994).

Riferimenti bibliografici

- Breggia L. (2016), *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, in *RTDPC*, n. 2, 715 ss.
- Cappelletti M. (1994), voce *Accesso alla giustizia*, in *Enc. delle scienze sociali*, Treccani, Roma.
- Carratta A., Mandrioli C. (2016), *Diritto processuale civile*, vol. IV, Giappichelli, Torino.
- Chioyenda G. (1965), *Principii di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli.
- Cristiani R. (2011), *Il contributo unificato nel rito del lavoro*, in *LG*, n. 9, 869 ss.
- De Luca M. (2013), *Diritti dei lavoratori: strumentalità del processo versus declino della tutela giurisdizionale effettiva (a quarant'anni dalla fondazione del nuovo processo del lavoro)*, in *RIDL*, n. 2, I, 271 ss.
- De Luca M. (2016), *Processo del lavoro e deflazione del contenzioso*, in *LG*, n. 3, 240 ss.
- De Michele V., Galleano S. (2016), *Il diritto ad un ricorso effettivo nel processo del lavoro italiano*, in *Europeanrights.eu*, 1.5.2016.
- Police A. (2006), *Commento all'art. 24 della Costituzione*, in Bifulco R. *et al.* (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 501.
- Scarselli G. (2015), *Il nuovo art. 92, comma 2, c.p.c.*, in *FI*, n. 11, V, 49 ss.
- Sordi P. (2015), *Il decreto legge n. 132 del 2014 e le controversie in materia di lavoro*, in *GC.com.*, 12.3.2015.
- Vaccarella R. (2007), *Esecuzione forzata*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, n. 1, 1 ss.

Marta Giaconi
*Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Milano-Bicocca*

SICUREZZA SOCIALE

CORTE DI GIUSTIZIA, 21.1.2016, C-453/14, Quarta Sezione – Avv. Gen. Bot – Vorarlberger Gebietskrankenkasse, Alfred Knauer c. Landeshauptmann von Vorarlberg.

Contribuzione previdenziale – Pensione – Previdenza complementare – Libera circolazione delle persone.

Il concetto di «equivalenza» delle prestazioni di cui all'art. 5, lett. a, del Regolamento Ce n. 883/2004 deve essere valutato in concreto e solo se i sistemi pensionistici di diversi Stati membri sono fra loro comparabili. Tale giudizio di comparabilità deve essere effettuato avendo riguardo alla finalità perseguita dalle fonti che istituiscono i regimi pensionistici che sono oggetto della comparazione. Non rilevano eventuali differenze relative a caratteristiche operativo-amministrative di tali regimi pensionistici, quali le modalità di acquisizione dei diritti a tali prestazioni o la possibilità per gli assicurati di beneficiare di prestazioni complementari facoltative. (1)

(1) IL CONCETTO DI EQUIVALENZA DELLE PRESTAZIONI IN BASE AL REGOLAMENTO CE N. 833/2004

1. — La Quarta Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione europea è stata chiamata a esprimersi, nella causa C-453/14, *Vorarlberger Gebietskrankenkasse* (cioè, la cassa malattia regionale del Land del Vorarlberg; di seguito, «Cassa malattia») e *Alfred Knauer contro il Landeshauptmann von Vorarlberg* (il governatore del Land del Vorarlberg), su una domanda di pronuncia pregiudiziale relativa all'interpretazione dell'art. 5 del Regolamento (Ce) n. 883/2004 sul coordinamento europeo dei sistemi di sicurezza sociale nonché all'art. 45 del TfUe (Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) in materia di equivalenza delle prestazioni (Sul tema, si vedano, in dottrina, Faioli 2006; Ciccù, Andrea 2011; Giubboni 2010; Monserez, Schoukens 2010; Schoukens 2009).

La questione ruota attorno all'obbligo del sig. Knauer di versare i contributi al regime austriaco di assicurazione malattia per le prestazioni pensionistiche riferibili a un regime pensionistico aziendale/di categoria del Principato del Liechtenstein.

Ci si chiede, in particolare, se la nuova disposizione contenuta nell'art. 5 del Regolamento (Ce) n. 883/2004 debba considerarsi ostativa alla possibilità che uno Stato membro nel quale il cittadino ha la propria residenza possa includere nella base contributiva di assicurazione malattia una prestazione pensionistica erogata da altro Stato membro. Ciò può accadere nell'ipotesi in cui un pensionato residente in uno Stato membro percepisca, oltre alla pensione erogata da tale Stato, un'ulteriore pensione erogata da un regime pensionistico di un altro Stato membro (o dello Spazio economico europeo - See).

La Corte Suprema amministrativa austriaca (*Verwaltungsgerichtshof*) ha sospeso il procedimento in corso e ha sottoposto alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la questione pregiudiziale. In particolare mediante tale questione pregiudiziale si richiedeva alla Corte di Giustizia se l'art. 5, lett. a, del Regolamento n. 883/2004 sarebbe dovuto essere interpretato, tenendo conto della disposizione di cui all'art. 45 del TfUE, nel senso che le pensioni di vecchiaia, siano esse erogate da un regime pensionistico aziendale/di categoria o erogate da un regime pensionistico imposto dalla legge, debbano essere considerate fra loro «equivalenti». L'equivalenza avrebbe comportato l'obbligo del sig. Knauer di versare i contributi al regime austriaco di assicurazione malattia anche per le prestazioni ricevute dal regime pensionistico di vecchiaia aziendale/di categoria del Principato del Liechtenstein.

Si richiedeva, dunque, di esemplificare il dubbio circa la possibile assimilabilità di forme pensionistiche aziendali/di categoria alle prestazioni pensionistiche derivanti invece dal regime legale generalista dello Stato membro, alla luce di quanto previsto dal Regolamento n. 883/2004.

Esposto l'oggetto del problema, ora è utile ripercorrere gli elementi di fatto che hanno dato luogo alla richiesta di chiarimento circa tale dubbio interpretativo.

Il sig. Knauer, residente in Austria e beneficiario di una pensione austriaca, era altresì sottoposto al regime di assicurazione malattia previsto dal codice di previdenza sociale dello Stato membro. Inoltre, avendo il sig. Knauer svolto attività lavorativa nel Liechtenstein, percepiva una pensione di vecchiaia da una cassa di regime pensionistico di rilievo privatistico, aziendale/di categoria, di quest'ultimo Stato. Accadeva che la Cassa malattia obbligasse il sig. Knauer al versamento di contribuzione verso il regime di assicurazione malattia anche relativamente alle prestazioni economico-pensionistiche ricevute dalla cassa pensioni aziendale/di categoria del Liechtenstein.

Successivamente il governatore del Land del Vorarlberg decideva di ridurre l'importo dei contributi versati dal sig. Knauer. Tale decisione si basava sul presupposto che i contributi versati, relativi al regime pensionistico aziendale/di categoria del Liechtenstein, dovessero essere considerati utili per la parte corrispondente al limite minimo previsto dalla legge: questi rientrerebbero nell'ambito di applicazione del Regolamento n. 883/2004, essendo di conseguenza riferibili, solo per tale limite, all'obbligo di contribuzione previsto dall'art. 73a del codice di previdenza sociale austriaco, quale fonte che prevede l'obbligo di contribuzione alla Cassa malattia.

A seguito di questa decisione, la Cassa malattia proponeva ricorso. La Cassa malattia riteneva, con suo evidente interesse, che i contributi dovevano essere calcolati sulla base della totalità dell'importo delle pensioni cumulativamente considerate, quindi considerando la totalità dell'importo della pensione professionale/di categoria erogata dal fondo del Liechtenstein. Al contrario il sig. Knauer, nel proprio controri-

corso, riteneva che le prestazioni derivanti dall'attività lavorativa che egli aveva svolto nel Principato del Liechtenstein non dovessero affatto essere considerate.

Si può, quindi, affermare che, prima del richiesto intervento della Corte di Giustizia dell'Unione europea, erano dalle parti sostenute tre differenti tesi: (i) per il governatore del Land del Vorarlberg, l'importo contributivo da considerare doveva essere esclusivamente quello corrispondente al minimo individuato per legge; (ii) per la Cassa malattia si sarebbe dovuto considerare quanto percepito da tutte le pensioni, nella relativa complessità e, infine; (iii) per il sig. Knauer, la pensione percepita dal Principato del Liechtenstein non doveva affatto essere considerata.

Il giudice austriaco del rinvio, prima di rivolgersi alla Corte di Giustizia europea, aveva esposto non conclusive considerazioni, che si riportano di seguito. Un primo punto riguarda il fatto che, comparando i requisiti legali richiesti per beneficiare dell'erogazione di entrambe le pensioni di vecchiaia, si sarebbe potuto affermare che le prestazioni pensionistiche erano da considerarsi equivalenti, ai sensi dell'art. 5, lett. a, del Regolamento n. 883/2004. Inoltre, rileva il giudice di rinvio, si trattava in entrambi i casi di pensioni che riguardano il settore o il regime di previdenza sociale delle prestazioni di vecchiaia, avendo anche valutato che la legge sulla previdenza professionale è stata «notificata» alle autorità europee dal Principato del Liechtenstein, poiché ricompresa nella sfera di applicazione *ratione materiae* del citato regolamento (V. sent. *Martinez Losada e a.*, C-88/95, C-102/95 e C-103/95, 20.2.1997, EU:C:1997:69). Insisteva il giudice austriaco del rinvio nel rilevare che, qualora prestazioni di vecchiaia (entrambe quella austriaca e quella del Liechtenstein) fossero oggetto della dichiarazione ai sensi dell'art. 9 del Regolamento n. 883/2004, allora rientrerebbero nell'ambito di applicazione del regolamento medesimo (V. sent. *Mora Romero*, C-131/96, 12.11.2015, EU:C:1997:317, punto 25, e sent. *Pérez García e a.*, C-225/10, 21.1.2016, EU:C:2011:678, punto 36). Poiché è certo e non contestato che il regime pensionistico aziendale/di categoria era stato oggetto di una dichiarazione ai sensi dell'art. 9 del Regolamento n. 883/2004 del Principato del Liechtenstein, tale forma pensionistica doveva essere considerata senz'altro ricompresa nell'ambito di applicazione del regolamento stesso. Ciò detto, dubbi potevano rimanere, sempre secondo il giudice del rinvio, circa l'equivalenza fra le due prestazioni pensionistiche, valutata le possibilità di gestione autonoma a livello privato del regime pensionistico aziendale/di categoria del Liechtenstein. Ulteriormente, in questo senso, rileva il giudice di rinvio, un'eventuale inclusione dell'insieme delle prestazioni erogate dal regime del Liechtenstein nella base contributiva della Cassa malattia potrebbe addirittura essere considerata ostativa al principio/diritto della libera circolazione previsto dall'art. 45 del TfUE (V. sent. *Paraschi*, C-349/87, 21.4.2016, EU:C:1991:372).

La Corte di Giustizia europea, con sentenza del 21.1.2016, decide sulla questione pregiudiziale affermando che i due regimi, rientrando nell'ambito di applicazione dello stesso regolamento, determinano prestazioni equivalenti ai sensi della disposizione contenuta nell'art. 5, lett. a, del Regolamento n. 883/2004. Di fatto, per la Corte, entrambe le prestazioni hanno come obiettivo quello di garantire al beneficiario il mantenimento di un tenore di vita analogo a quello del periodo lavorativo attivo (Anche prestazioni pensionistiche di natura diversa potrebbero essere ritenute funzionalmente equivalenti. V. anche sent. *Cordelle*, C-366/96, 12.2.1998, EU:C:1998:57).

Ma prima di analizzare le motivazioni e i ragionamenti alla base delle conclusioni della Corte di Giustizia europea sembra opportuno un breve riepilogo delle fonti normative europee e nazionali che sono alla base della soluzione giuridica.

Il primo elemento da considerare, relativamente alla disciplina dettata dal Regolamento n. 883/2004 risiede nel contenuto testuale dell'art. 3, nel quale è specificato alla lettera *d* del comma 1 che il presente regolamento si applica a tutte le legislazioni riguardanti le prestazioni pensionistiche di vecchiaia. Deve essere analizzato, inoltre, l'art. 5 del Regolamento medesimo, in particolare la lettera *a*, che rappresenta l'oggetto della domanda pregiudiziale che ha dato alla Corte di Giustizia l'opportunità di esprimersi sul tema. In particolare, lì si dispone che, «laddove a titolo della legislazione dello Stato membro competente il beneficio di prestazioni di sicurezza sociale o altri redditi producano effetti giuridici, le pertinenti disposizioni di detta legislazione si applicano altresì in caso di beneficio di prestazioni equivalenti acquisite a titolo di legislazione di un altro Stato membro o di redditi acquisiti in un altro Stato membro». Come esposto, la questione pregiudiziale riguarderà la corretta interpretazione da dare al concetto di equivalenza delle prestazioni appena letto. Appare utile riportare quando disposto dall'art. 9 del Regolamento n. 883/2004, cioè l'obbligo per gli Stati membri di notificare per iscritto alla Commissione europea le legislazioni e i regimi di cui all'art. 3 del medesimo Regolamento: quindi anche con riferimento alle pensioni di vecchiaia (Art. 3, lett. *d*, Regolamento n. 883/2004). È utile qui segnalare che il Regolamento n. 883/2004 va inteso solo come uno strumento di coordinamento delle legislazioni nazionali, senza alcun intento di armonizzazione (V. sent. *Derouin*, C-103/06, 3.4.2008, EU:C:2008:185).

A tale quadro di natura europea vanno aggiunte le considerazioni operate circa le fonti di diritto austriaco e del Principato del Liechtenstein.

Per il diritto austriaco il beneficiario di una prestazione acquisita all'estero e ricompresa nella sfera di applicazione del Regolamento n. 883/2004, se gode di un diritto a prestazioni dell'assicurazione contro le malattie, è tenuto a corrispondere il contributo di assicurazione malattia anche su tale prestazione acquisita all'estero.

Con riferimento alla situazione normativa del Liechtenstein si noti che l'affiliazione al regime pensionistico aziendale/di categoria è obbligatoria, al fine di consentire all'assicurato di mantenere un tenore di vita analogo a quello di cui beneficiava prima del pensionamento. Il Principato del Liechtenstein notificava la legge sulla previdenza professionale come previsto dall'art. 9 del Regolamento n. 883/2004, quale normativa rientrante nell'ambito di applicazione *ratione materiae*.

La Corte di Giustizia europea rileva preliminarmente che, qualora le prestazioni derivanti da una pensione di vecchiaia sono oggetto della dichiarazione di cui all'art. 9 del Regolamento n. 883/2004, rientrano nell'ambito di applicazione di tale regolamento.

Il giudice europeo muove da questo punto fermo, cioè dal fatto che entrambi i regimi (austriaco e del Principato del Liechtenstein) rientrano nell'ambito di applicazione del Regolamento n. 883/2004, utilizzando i criteri «formali» previsti per l'interpretazione della norma. Per determinare, dunque, se le prestazioni possano essere considerate «equivalenti» ai sensi dell'art. 5, lett. *a*, del Regolamento n. 883/2004, è necessario valutare contestualmente il testo letterale di tale norma, il contesto e le sue finalità.

Con riferimento al dato testuale della norma europea, nessuna diretta indicazione è fornita circa le modalità interpretative della nozione di «prestazioni equivalenti». Con riferimento al contesto dell'art. 5, lett. *a*, del Regolamento n. 883/2004, seppure è senz'altro vero che altre disposizioni europee possono disciplinare le condizioni in cui l'istituzione di uno Stato membro può procedere alla riscossione dei contributi per la copertura delle prestazioni di malattia, questa circostanza non esclude che tale facoltà possa derivare, anche, dall'art. 5, lett. *a*, del Regolamento in esame.

Infine, con riferimento alla finalità della norma da interpretare, questa va intesa nel senso che il legislatore europeo abbia voluto consolidare il principio dell'assimilazione delle prestazioni, redditi e fatti, recependo quanto già indicato dalla precedente giurisprudenza (V. sent. *Kloppel*, C-507/06, 21.2.2008, EU:C:2008:110; sent. *O*, C-432/14, 1.10.2015, EU:C:2015:643).

A giudizio della Corte, il concetto di «prestazioni equivalenti» deve essere letto nel senso che debba far riferimento a due prestazioni di vecchiaia che siano, tra loro, comparabili. Per effettuare la valutazione circa la comparabilità dei due istituti, si dovrà valutare quello che è l'obiettivo perseguito dalle prestazioni nonché le finalità delle fonti normative che le hanno istituite. La Corte, dunque, fa ricorso al principio dell'equivalenza funzionale che, principio generale del diritto, è stato spesso richiamato sia in dottrina che in giurisprudenza, come criterio di interpretazione da utilizzare in materia contrattualistica, specialmente con riferimento ai contratti cd. sinallagmatici o a prestazioni corrispettive. Generalmente parlando, c'è equivalenza funzionale in due o più sistemi quando, comparandoli, risulta che questi svolgano uguale funzione, senza che vengano prese in considerazione modalità di raggiungimento di tale funzione eventualmente non analoghe.

È su questi presupposti che le prestazioni pensionistiche di vecchiaia oggetto del procedimento principale, quella austriaca e quella del Principato del Liechtenstein, devono essere giudicate fra loro comparabili: entrambe perseguono l'obiettivo di fornire ai beneficiari una prestazione che consenta di mantenere un tenore di vita analogo a quello goduto durante il periodo lavorativo (Lo stesso principio di assimilazione implica il ricorso a un metodo comparativo basato sull'equivalenza funzionale. V. anche Godechot-Patris 2010 e Rennuy 2011).

Dalla decisione sulla questione pregiudiziale, appena descritta, deriveranno conseguenze importanti sulla decisione che il giudice austriaco dovrà prendere nel processo principale. Infatti, certamente dovranno essere respinte le ragioni sostenute dal sig. Knauer. Se la prestazione pensionistica di vecchiaia che deriva dall'attività svolta in Liechtenstein è comparabile e, dunque, «equivalente» secondo quanto disposto dall'art. 5, lett. *a*, del Regolamento n. 883/2004, allora senz'altro l'importo connesso dovrà essere considerato fonte contributiva per la Cassa malattia. Ciò che invece non è definito dalla pronuncia della Corte di Giustizia europea – spetterà al giudice del rinvio decidere – è se possa essere fissato un limite all'importo da cui far discendere la contribuzione per la Cassa malattia. È probabile che la scelta del giudice del rinvio austriaco debba muoversi nella direzione sostenuta dalla Cassa malattia: se la funzione della prestazione previdenziale che ha consentito il giudizio di equivalenza ai sensi dell'art. 5, lett. *b*, del Regolamento n. 883/2004, è quella di garantire al beneficiario il medesimo stile di vita posseduto prima del pensionamento, allora l'importo da considerare dovrà verosimilmente essere l'importo totale della prestazione pensionistica di

vecchiaia aziendale/di categoria del Principato del Liechtenstein e non invece solo una sua parte (come invece sostenuto dal governatore del Land del Vorarlberg).

Il punto di ricaduta più importante di tale sentenza riguarda il concetto di equivalenza delle prestazioni con riferimento a regimi pensionistici di natura privatistica, resi obbligatori, e regimi pensionistici pubblici. In entrambi i casi abbiamo una disposizione normativa che, rendendo obbligatoria la contribuzione a detti regimi, permette al giudice europeo di considerare equivalenti le relative prestazioni ai fini del coordinamento della sicurezza sociale.

Riferimenti bibliografici

- Ciccù M, Andrea C. (2011), *Regolamento n. 883/2004/Ce di coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale: disposizioni applicative e questioni interpretative*, in *RDSS*, fasc. 1, 177-214.
- Faioli M. (2006), *Sulla tutela previdenziale dei lavoratori migranti*, in Della Valle E. et al. (a cura di), *La mobilità transnazionale del lavoratore dipendente: profili tributari*, XV, 504 ss.
- Giubboni S. (2010), *Coordinamento europeo della sicurezza sociale e regimi di previdenza complementare*, in *RDSS*, fasc. 2, 192-212.
- Godechot-Patris S. (2010), *Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des systèmes*, in *Revue critique de droit international privé*, t. 99, n. 2 (aprile-giugno), 271 ss.
- Monserez L., Schoukens P. (2010), *Introduzione al coordinamento della sicurezza sociale nell'Unione Europea*, in *IPrev.*, fasc. 1, 31-95.
- Rennuy N. (2011), *Assimilation, territoriality and reverse discrimination: a shift in European social security law?*, in *European journal of social law*, n. 4, 289 ss.
- Schoukens P. (2009), *Introduzione al coordinamento della sicurezza sociale nell'Unione Europea*, in *IPrev.*, fasc. 3, 557-607.

Emanuele Petrilli

Esperto di relazioni industriali e contrattazione collettiva

I

CONSIGLIO DI STATO, 29.2.2016, n. 842, Sez. IV – Pres. Giaccardi, Est. Russo – P.C.M. e altri (Avvocatura Generale dello Stato) c. C.L. (avv.ti Farronato, Mosillo).
Conf. Tar Lazio, 11.2.2015, n. 2454.

Disabilità – Art. 5, c. 1, d.l. n. 201/2011 – D.P.c.m. 5.12.2013, n. 159 – Indicatore della situazione economica equivalente (Isee) – Prestazioni indennitarie e risarcitorie – Computabilità – Esclusione.

Ricomprensere, tra i redditi che fanno base di calcolo per l'Isee, i trattamenti indennitari percepiti dai disabili significa considerare la disabilità alla stregua di una fonte di reddito – come se fosse un lavoro o un patrimonio – e i trattamenti erogati dalle pubbliche amministrazioni alla stregua di una «remunerazione» dello stato di invalidità invece che un sostegno al disabile; dato oltremodo irragionevole, oltre che in contrasto con l'art. 3 Cost. (1)

II

CONSIGLIO DI STATO, 29.2.2016, n. 841, Sez. IV – Pres. Giaccardi, Est. Russo – P.C.M. e altri (Avvocatura Generale dello Stato) c. B.T. (avv.ti Farronato, Mosillo).
Conf. Tar Lazio, 11.2.2015, n. 2454).

Disabilità – Art. 5, c. 1, d.l. n. 201/2011 – D.P.c.m. 5.12.2013, n. 159 – Indicatore della situazione economica equivalente (Isee) – Prestazioni indennitarie e risarcitorie – Computabilità – Esclusione.

Poiché non ogni indennità è assimilabile a un reddito, è illegittimo l'art. 4 del d.P.c.m. n. 159/2013 nella parte in cui, ai fini della determinazione dell'Isee, definisce come reddito le prestazioni indennitarie o risarcitorie corrisposte a fronte di una condizione di disabilità grave e in sé non altrimenti rimediabile. Infatti, l'indennità di accompagnamento, e tutte le forme risarcitorie, non hanno funzione remunerativa e non concorrono all'accumulo del patrimonio personale, bensì servono a compensare un'oggettiva e ontologica situazione d'invalidità che provoca in sé e per sé disagi e diminuzione di capacità reddituale. Atteso che tali prestazioni non determinano una «migliore» situazione economica del disabile rispetto al non disabile (al più mirando a colmare tale situazione di svantaggio subita da chi richiede la prestazione assistenziale), esse sono ac-

cordate a chi si trova in una situazione di svantaggio per consentire al beneficiario, in una posizione uguale rispetto a chi non soffre, di ristabilire una parità morale e competitiva. (2)

III

CONSIGLIO DI STATO, 29.2.2016, n. 838, Sez. IV – Pres. Giaccardi, Est. Russo – U.T.I.M. (avv.ti Torrani Cerenzia, Motta) c. P.C.M. e altri (Avvocatura Generale dello Stato).
Conf. Tar Lazio, 11.2.2015, n. 2458.

Disabilità – Art. 5, c. 1, d.l. n. 201/2011 – D.P.c.m. 5.12.2013, n. 159 – Indicatore della situazione economica equivalente (Isee) – Prestazioni indennitarie e risarcitorie – Computabilità – Esclusione.

È illegittimo il d.P.c.m. 5.12.2013, n. 159, nella parte in cui, nel regolamentare l'indicatore della situazione economica equivalente (Isee), ricomprende, tra i trattamenti fiscalmente esenti ma rilevanti, l'indennità o il risarcimento a favore delle situazioni di «disabilità», quali le indennità di accompagnamento, le pensioni Inps alle persone che versano in stato di disabilità e bisogno economico, gli indennizzi da danno biologico invalidante di carattere risarcitorio, gli assegni mensili da indennizzo, dovendo essere considerati per ciò che essi sono, perché posti a fronte di una condizione di disabilità grave e già in sé non altrimenti rimediabile. (3)

(1-3) LA RILEVANZA DEL BISOGNO ESISTENZIALE NELL'ART. 38 COST.

1. — Con le sentenze n. 834, n. 841 e n. 842 del 2016 il Consiglio di Stato ha recensito la questione della inclusione nel computo dell'Indicatore della situazione economica equivalente (di seguito, Isee) dei trattamenti assistenziali, previdenziali e indennitari, corrisposti a qualsiasi titolo dalla pubblica amministrazione.

La normativa presa in considerazione è il d.P.c.m. n. 159/2013 (attuativo dell'art. 5, l. n. 214/2011), particolarmente l'art. 4, c. 2, lett. *f*, il quale, prima dell'intervento caducante del Consiglio di Stato, includeva nel computo del reddito complessivo, tra le altre, prestazioni indennitarie o risarcitorie che non sono riconducibili alla nozione di reddito (ad esempio: l'indennità di accompagnamento, le prestazioni Inail ecc.).

Nel cassare la disposizione, le sentenze in commento pongono un collegamento diretto e immediato tra gli artt. 32 e 38 Cost., stabilendo che il secondo, nel quadro costituzionale di tutela della salute, integra il primo, in quanto entrambi sono funzionali al medesimo scopo di garantire il benessere della persona.

Il punto di particolare rilievo è quello nel quale il Consiglio di Stato affronta il problema della natura delle indennità risarcitorie corrisposte dagli enti previdenziali (prima tra tutte l'indennità di accompagnamento), alle quali riconosce non una funzione

remunerativa, bensì una funzione compensativa per colmare una situazione oggettiva e ontologica di svantaggio non riducibile alla sola diminuzione della capacità reddituale, ma qualificata ulteriormente e in maniera determinante dalla sua incidenza sulla sfera esistenziale della persona.

A sostegno della qualificazione in termini a-reddituali di tali prestazioni afferma il consesso che «Tale indennità o il risarcimento sono accordati a chi si trova già così com'è in uno stato di svantaggio, al fine di pervenire in una posizione uguale rispetto a chi non soffre di quest'ultimo e a stabilire una parità morale e competitiva».

Lo scopo di perequare la posizione di chi è affetto da grave disabilità con quella di chi non lo è, tradizionalmente riferito a un elemento di indole materiale (la capacità lavorativa o di guadagno), è qui posto in concorso con una componente puramente non patrimoniale: la personalità morale dell'individuo.

Si dà così corso, nel quadro sostanziale dell'art. 3, c. 2, Cost., a una ricomposizione di posizioni asimmetriche, che vengono prese in considerazione non solo e non tanto perché provocano disuguaglianze sotto il profilo sociale, ma anche e soprattutto perché incidono sugli aspetti esistenziali della persona umana a carico dei quali si determina una condizione ontologica di svantaggio.

La sola considerazione del profilo sociale, infatti, avrebbe lasciato spazio alla possibilità di una configurazione delle prestazioni in questione come reddito; la soluzione accolta dal Consiglio di Stato, invece, riporta nel patrimonio giurisprudenziale un principio che l'elaborazione dottrinale aveva già affermato da tempo, cioè quello secondo cui rientrano nel sistema di sicurezza sociale anche le prestazioni finalizzate a proteggere l'individuo nella sua proiezione dinamico-relazionale (Andreoni 1992; conf. Federici 2009, *passim*, spec. 239 ss.).

Conferma la natura risarcitoria di tali prestazioni il riconoscimento in favore dell'ente previdenziale di un diritto di rivalsa nei confronti del terzo responsabile.

Dentro il rapporto assicurativo il richiamo è all'art. 13, d.lgs. n. 38/2000, per quanto riguarda il danno biologico coperto dall'assicurazione in materia di infortuni sul lavoro, per il quale l'effetto esonerativo della responsabilità *ex art.* 10, d.P.R. n. 1124/1965, opera nei limiti della capitalizzazione della prestazione erogata dall'istituto assicuratore: per la quota eccedente è dovuto il risarcimento del danno (cd. danno differenziale) e la rivalsa dell'Inail è limitata alla sola quota coperta dall'assicurazione sociale.

Fuori dal rapporto assicurativo una più recente ipotesi è quella dell'art. 41, l. n. 183/2010 (operativa a seguito della emanazione del d.m. 19.3.2013), che sottopone a rivalsa le prestazioni assistenziali (pensioni, assegni e indennità) spettanti agli invalidi civili fino a concorrenza del loro ammontare nel caso in cui siano liquidate invalidità derivanti da responsabilità di terzi.

In un sistema più strettamente di sicurezza sociale, altro caso in cui l'indennizzo concesso in funzione di tutela sociale concorre alla copertura del risarcimento del danno è quello delle prestazioni riconosciute *ex l.* n. 210/1992 a beneficio di coloro che hanno contratto patologie a causa di vaccinazioni, ovvero di somministrazione di sangue ed emoderivati (Cass. civ. 11.1.2008, n. 584, S.U., in *FI*, 2008, I, 451, in *GI*, 2008, 1115, in *Ragusan*, 2009, fasc. 301, 199, in *GC*, 2009, I, 2531; tra le prime v. T. Roma 1.8.2003, in *FI*, 2003, I, 622, in *GI*, 2003, 1039, e in *Giurisprudenza di merito*, 2003, 631).

Ulteriore ragione che consente di considerare le prestazioni in questione eterogenee rispetto a quelle aventi direttamente o indirettamente valenza reddituale è la differente destinazione di esse, poiché la computabilità ai fini dell'accertamento della situazione economica richiede sempre e comunque che si tratti di indicatori di capacità economica («Anche se non può disconoscersi in capo al Comune il potere di prendere in considerazione entrate ulteriori ancorché siano “esenti Irpef” ai sensi dell'art. 34, d.P.R. n. 601/73, occorre sempre che si tratti di indicatori di capacità economica, tali non essendo l'indennità di accompagnamento e la pensione di invalidità, le cui peculiari destinazioni risultano ben diverse rispetto a quella di sopperire alle normali necessità della vita», Tar Campania, Sez. I, 15.11.2012, n. 4604, inedita a quanto consta).

Apparentemente le sentenze in commento rappresentano una regressione del sistema di protezione sociale nel passaggio dalla nozione di danno a quella di bisogno, perché ciò che esse pongono in evidenza è la irriducibilità delle prestazioni previdenziali in questione alla funzione redistributiva.

Tuttavia, il fatto che si tratta di prestazioni che rispondono a bisogni solo indirettamente correlati alla capacità reddituale della persona, ma riferibili direttamente alla esistenza umana e legati a un concetto di integrità psicofisica che va oltre il semplice dato medico-legale, modifica la prospettiva ampliando il contesto in cui operano le misure di protezione dei soggetti svantaggiati.

Dunque, le sentenze in esame sembrano dare atto che l'ordinamento si è sviluppato adeguando la *ratio* delle prestazioni indennitarie a una nuova ed evoluta funzione, cioè quella di porre rimedio a nuovi bisogni espressivi di esigenze di solidarietà e uguaglianza in funzione perequativa di un danno o pregiudizio da emendare prima di tutto a livello sociale e poi nel regime della responsabilità civile: si tratta della cd. socializzazione del danno non patrimoniale.

Questa evoluzione della nozione di *bisogno* in senso a-patrimoniale è sintomo della rilevanza nel sistema di protezione sociale della pari opportunità nell'accesso alle prestazioni a prescindere dalle condizioni economiche, perché la tutela della persona umana deve avvenire in ogni situazione possibile, anche quando l'interesse protetto è quello della dignitosa qualità della vita: il *bisogno esistenziale* è espressione del *benessere* della persona, che si realizza anche quando il soggetto ha come aspettativa la sola riduzione della sofferenza.

Antonio Federici

*Dottore di ricerca in Autonomia individuale e autonomia collettiva
presso l'Università di Roma Tor Vergata*

Riferimenti bibliografici

- Andreoni A. (1992), voce *Disabilità*, in *DDPComm.*, Utet, Torino, 1992, 297.
Federici A. (2009), *Il danno biologico nel sistema previdenziale*, Giuffrè, Milano, 2009, 239 ss.).

INDICE

ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

CONDOTTA ANTISINDACALE

Lavoratore sindacalista – Uso di espressioni aspre e inopportune durante una trattativa sindacale – Rivendicazione del ruolo sindacale – Licenziamento disciplinare – Pertinenza delle espressioni utilizzate ai temi oggetto di critica – Sproporzione della sanzione e carattere strumentale del licenziamento – Nullità – Natura antisindacale e ritorsiva del recesso – Reintegra. 391

CONTRATTO A TERMINE

Lavoro pubblico – Assunzione – Concorso – Danno patrimoniale – Danno non patrimoniale – Unione europea – Danno da precarizzazione – Onere della prova – Interpretazione adeguatrice – Danno *ex art. 36, c. 5, d.lgs. n. 165/2001* – Danno presunto – Liquidazione – Criteri – Perdita del posto di lavoro – Esclusione – Fondamento – Perdita di *chance* – Configurabilità. 337

CONTRIBUZIONE PREVIDENZIALE

Pensione – Previdenza complementare – Libera circolazione delle persone. 439

DISABILITÀ

Licenziamento individuale – Apprendisti – Quota di riserva (computabilità) – Adattamento ragionevole. 366

Licenziamento individuale – Trasferimento – Adattamento ragionevole – *Caregiver*. 366

Licenziamento individuale – Mansioni e qualifica – Malattia – Adattamento ragionevole. 366

Art. 5, c. 1, d.l. n. 201/2011 – D.P.c.m. 5.12.2013, n. 159 – Indicatore della situazione economica equivalente (Isee) – Prestazioni indennitarie e risarcitorie – Computabilità – Esclusione.	445
Art. 5, c. 1, d.l. n. 201/2011 – D.P.c.m. 5.12.2013, n. 159 – Indicatore della situazione economica equivalente (Isee) – Prestazioni indennitarie e risarcitorie – Computabilità – Esclusione.	445
Art. 5, c. 1, d.l. n. 201/2011 – D.P.c.m. 5.12.2013, n. 159 – Indicatore della situazione economica equivalente (Isee) – Prestazioni indennitarie e risarcitorie – Computabilità – Esclusione.	446
 DISCRIMINAZIONI	
Libertà di pensiero, coscienza, e religione nel rapporto di lavoro – Cedu – Lavoro a tempo parziale – Lavoro pubblico – Sanzione disciplinare – Restrizioni consentite – Margine di apprezzamento.	287
Handicap e malattia di lunga durata – Prova statistica – Onere della prova – Effetti sulla continuità del rapporto.	386
 LAVORO INTERMITTENTE	
Cessazione automatica del rapporto – Principio di non discriminazione in base all'età – Eccezioni al divieto di discriminare – Rito <i>ex art.</i> 28, d.lgs. n. 150/2011.	351
 LICENZIAMENTO COLLETTIVO	
Società controllate da pubbliche amministrazioni – Gestione eccedenze di personale – Art. 1, cc. 563 ss., l. n. 147/2013 – Passaggio ad altra società controllata – Condizioni.	422
 LICENZIAMENTO INDIVIDUALE	
Giustificato motivo oggettivo – Lavoratore (creditore) – Prova dell'esistenza del rapporto – Allegazione altrui inadempimento – Datore di lavoro (debitore) – allegazione e prova fatto estintivo – Giustificato motivo di recesso – Impossibilità del <i>repêchage</i> – onere di allegazione – Datore di lavoro – Sussiste.	302
Giustificato motivo oggettivo – Art. 5, l. n. 604/1966 – Prova dell'impossibilità del <i>repêchage</i> – Datore di lavoro – Indisgiungibilità onere della prova e onere di allegazione – Onere di allegazione del datore di lavoro – Sussiste – Onere di allegazione del lavoratore – Non sussiste.	302

Giustificato motivo oggettivo – Impossibilità del *repêchage* – Requisito del giustificato motivo – Art. 5, l. n. 604/1966 – Onere della prova datore di lavoro – Principio di riferibilità o vicinanza della prova – Art. 2697 c.c. – Indisgiungibilità onere della prova e onere di allegazione – Onere di allegazione del datore di lavoro – Sussiste – Onere di allegazione del lavoratore – Non sussiste. 302

Giusta causa – Licenziamento ritorsivo – Motivo illecito – Carattere ritorsivo delle sanzioni disciplinari – Reintegrazione. 376

Giustificato motivo oggettivo – Licenziamento ritorsivo – Motivo illecito – Reintegrazione. 376

MALATTIA

Licenziamento individuale – Lavoratore assente per malattia – Svolgimento di attività extralavorativa – Giusta causa. 381

MANSIONI E QUALIFICA

Art. 2103 c.c. – Adibizione a mansioni inferiori – Illecito contrattuale a carattere permanente – Configurabilità – Art. 3, d.lgs. n. 81/2015 – Immediata applicabilità ai rapporti di lavoro in corso – Disciplina legislativa e contrattuale giorno per giorno vigente – Rilevanza. 404

Art. 2103 c.c., novellato dall'art. 3, d.lgs. n. 81/15 – Mobilità orizzontale – Giudizio di equivalenza – Concreto contenuto delle mansioni – Irrilevanza – Adibizione del lavoratore a mansioni appartenenti allo stesso livello contrattuale di inquadramento di quelle in precedenza svolte – Legittimità – Accertamento sulla specifica competenza del dipendente – Esclusione. 404

Art. 2103 c.c. – Adibizione del lavoratore a mansioni inferiori – Illecito contrattuale prodottosi in vigenza della disciplina antecedente – Applicabilità dell'art. 3, d.lgs. n. 81/15 – Esclusione – Continuazione del demansionamento in vigenza della nuova disciplina – Irrilevanza – Insussistenza di norme retroattive e/o transitorie. 405

PROCEDURE CONCORSUALI

Affitto d'azienda – Fallimento – Recesso *ex art. 79 l. f.* con retrocessione del ramo – Sospensione del rapporto di lavoro – Recesso *ex art. 72 l. f.* – Sterilizzazione dei crediti – Tfr – Dall'affitto del ra-

mo alla dichiarazione di fallimento e dal fallimento al licenziamento – Immissione al passivo – Esclusione.	427
RETRIBUZIONE	
Decreto ingiuntivo – Spese di esecuzione – Compensi Istituto vendite giudiziarie – Esenzione <i>ex art.</i> 10 della l. n. 533/1973 – Sussistenza.	433
TRASFERIMENTO DEL LAVORATORE	
Art. 2013, c. 8, c.c. – Ragioni tecniche, organizzative e produttive – Sindacato del giudice – Controllo di legittimità – Artt. 1175 e 1375 c.c. – Buona fede e correttezza – Adeguatezza e proporzionalità – Criteri di scelta – Unità produttiva di provenienza e di destinazione – Prova delle ragioni.	371
TRASFERIMENTO DI AZIENDA	
Cessione di soli dipendenti – Possesso di particolari competenze e stabile coordinamento e organizzazione – Applicabilità art. 2112 c.c. – Esclusione art. 29, d.lgs. n. 276/2003.	322
Affitto – Dipendente in Cigs – Fallimento affittante – Retrocessione del ramo – Licenziamento intimato dalla curatela – Contestualità con scadenza della Cigs – Indennità di preavviso – Spettanza – Immissione al passivo – Privilegio <i>ex art.</i> 2571- <i>bis</i> , n. 1, c.c. – Concessione.	427
TRATTAMENTO DATI PERSONALI	
Accesso del lavoratore al proprio fascicolo personale – Diritto soggettivo del lavoratore.	317
Principio di alternatività tra ricorso in sede amministrativa e ricorso giudiziario – Applicabilità solo in caso di litispendenza o continenza.	317

PUBBLICITÀ 'UN IPO LSAI

(pesce che salta)

