

PARTE II
GIURISPRUDENZA

Stefania Scarponi (*)

LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO: UNA SVOLTA DELLA CASSAZIONE IN UN CASO RIGUARDANTE LA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Applicazione del divieto di licenziamento discriminatorio in connessione con la Procreazione medicalmente assistita. — 3. Estensione del diritto antidiscriminatorio alla maternità potenziale e al licenziamento dopo la comunicazione dell'intenzione di sottoporsi al trattamento medico. — 4. Svolta interpretativa della Cassazione circa la nozione oggettiva di discriminazione e la distinzione rispetto alla fattispecie del motivo illecito determinante. — 5. Approfondimenti sulla natura del licenziamento ritorsivo e sul suo rapporto con il diritto antidiscriminatorio. — 6. Implicazioni derivanti dalla sentenza sul versante probatorio in caso di discriminazione e sulla concorrenza tra diverse cause del licenziamento.

1. — *Premessa* — La vicenda in esame pone in luce una molteplicità di nodi concettuali in materia di licenziamento discriminatorio che la Suprema Corte (1) ha affrontato formulando principi innovativi rispetto all'interpretazione consolidata per approdare a conclusioni più coerenti con l'impianto della materia derivante dal diritto sovranazionale, superando così la corrente interpretativa finora prevalente in tema di licenziamento discriminatorio e motivo illecito determinante.

Il caso attiene a un licenziamento comminato a una lavoratrice dopo che aveva manifestato l'intenzione di sottoporsi al trattamento finalizzato alla Procreazione medicalmente assistita (d'ora in poi Pma), anticipando che avrebbe fatto assenze nelle fasi del procedimento medico che avrebbero provocato un'indisposizione al lavoro. Il datore aveva proceduto immediatamente al licenziamento, motivandolo inizialmente come disciplinare per il preteso abuso che si sarebbe verificato nell'utilizzare le assenze per malattia a tale scopo e, in un secondo momento, adducendo la disorganizzazione derivante dal fatto che la lavoratrice era l'unica dipendente dello studio professionale, e pertanto le sue assenze avrebbero provocato disservizi.

Emergono pertanto diversi profili di analisi di particolare rilievo. Da un

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Trento.

(1) Cass. 5.4.2016, n. 6575.

lato, sul versante di bio-diritto, la portata del divieto di discriminazione in situazioni quali quella descritta, attinente l'esercizio dei diritti legati alla Pma, che si arricchisce di un nuovo apporto in tema di regole di protezione (2); dall'altro, in tema di discriminazione, viene in luce il prevalere della concezione oggettiva del licenziamento discriminatorio e l'irrelevanza dell'elemento intenzionale, nonché, in contrasto con un ampio filone di giurisprudenza di legittimità (3), l'affermazione della distinzione rispetto alla fattispecie del motivo illecito determinante; infine, ancora in tema di licenziamento discriminatorio, la portata delle ragioni organizzative eventualmente addotte dal datore di lavoro come giustificazione del licenziamento che, nel caso analizzato, soccombono rispetto alla discriminazione diretta.

Più in generale, il caso si presta a far rilevare l'incidenza che sull'intera materia è dispiegata dalla normativa di fonte comunitaria – oggi unieuropea – costituita dalle direttive in materia di antidiscriminazione, e in particolare la Direttiva n. 2006/54 sulle discriminazioni di genere, nonché dagli artt. 21 e 23 della Carta sui diritti fondamentali allegata ai Trattati, e dai principi scaturenti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo il ricco filone di sentenze che influenza tutti i profili ricordati e che obbliga il giudice nazionale a rispettare la regola dell'interpretazione conforme.

2. — *Applicazione del divieto di licenziamento discriminatorio in connessione con la Procreazione medicalmente assistita* — Seguendo l'impostazione metodologica menzionata, per ciò che riguarda la tutela della lavoratrice e la ricomprensione del licenziamento nella categoria di quelli discriminatori, la Cassazione aderisce ai precedenti già emergenti dalla giurisprudenza della C. Giust. sotto vari aspetti. Il più noto è quello che riguarda la stessa materia, ovvero la Pma, già oggetto della pronuncia *Mayr* del 2008 – infatti richiamata dalla S.C. nella sentenza in commento –, che, pur negando l'applicazione della tutela della gravidanza e maternità al caso di licenziamento antecedente l'inizio vero e proprio della gravidanza secondo i criteri medici, e suscitando sul punto alcune riserve (4), ha sancito l'applica-

(2) Circa l'evoluzione della disciplina in materia di Pma alla luce della giurisprudenza costituzionale v. Casciello 2016, 373. Per il profilo attinente l'obiezione di coscienza verso la Pma eterologa e le sue implicazioni sul rapporto di lavoro, da ultimo, Camassa 2015, 99.

(3) Il mutamento di indirizzo rispetto a quello consolidato è stato rilevato altresì dalla nota redazionale alla sentenza in commento pubblicata in *FI*, 2016, I, c. 1687, nonché, nell'ambito di più ampie analisi, da Lazzeroni 2016; Ballestrero 2016, 231 ss.; Carinci 2016, 720; Gottardi 2016, 730; Tarquini 2016, 737.

(4) Lazzeroni 2016.

zione della disciplina antidiscriminatoria in quanto il licenziamento è intimato in diretta connessione con l'avvio del processo di impianto degli ovuli fecondati nell'utero della donna. Anche la sentenza in commento si ispira al criterio di applicazione analogica della tutela prevista nei confronti della maternità naturale a quella *in vitro* ed è, in questo senso, ampiamente condivisibile. Essa è coerente, altresì, con i principi definiti dall'orientamento costante della C. Giust. nel ricondurre ogni trattamento negativo sul lavoro che sia correlato alla maternità nell'alveo dei divieti di discriminazione diretta di genere, fin dalla prima notissima sentenza *Dekker* (5), che ritenne illegittimo il rifiuto di assumere una donna incinta per i costi che nel sistema nazionale la maternità comportava per il datore di lavoro, affermando trattarsi di discriminazione per la ragione che solo le donne possono trovarsi in quella situazione.

Va ricordato che la complementarietà fra tutela antidiscriminatoria e protezione della maternità è stata oggetto di costante interpretazione estensiva allo scopo di salvaguardare una doppia finalità consistente non soltanto nel proteggere la salute della lavoratrice e del nascituro, ma anche nell'evitare che la donna sia sottoposta alla scelta fra la conservazione del posto di lavoro e la maternità, secondo i medesimi valori del resto già riconosciuti dalla nostra Costituzione all'art. 37, comma 1. Tra le pronunce della Corte di Giustizia, alcune sono particolarmente rilevanti anche per il caso in esame, come la pronuncia sul licenziamento di una lavoratrice madre collegato alle assenze per malattia originata dalla gravidanza (6).

3. — *Estensione del diritto antidiscriminatorio alla maternità potenziale e al licenziamento dopo la comunicazione dell'intenzione di sottoporsi al trattamento medico* — Come è noto, l'evoluzione interpretativa in materia ha conosciuto un punto d'approdo normativo importante nella Direttiva n. 2006/54/Cee, che all'art. 2, p. 2, lett. c (7), ha esteso le ipotesi rientranti nella definizione di discriminazione vietata oltre quelle già previste dall'art. 2, punto 1, di discriminazione diretta e indiretta, affermando altresì il ca-

(5) C. Giust. 8.11.1990, *Dekker*, C-177/88, in *Racc.*, 1990, 3968.

(6) C. Giust. 8.11.1990, *Handels*, C-179/88, in *NGL*, 1991, 188; nonché C. Giust. 30.6.1998, C-394, *Brown*, in *Racc.*, 1998, 4185.

(7) Direttiva n. 2006/54, art. 2, p. 2: «Ai fini della presente direttiva, la discriminazione comprende: a) le molestie e le molestie sessuali, nonché qualsiasi trattamento meno favorevole subito da una persona per il fatto di avere rifiutato tali comportamenti o di essersi sottomessa; b) l'ordine di discriminare persone a motivo del loro sesso; c) qualsiasi trattamento meno favorevole riservato a una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità ai sensi della Direttiva n. 92/85/Cee».

rattere discriminatorio di «qualsiasi trattamento meno favorevole riservato a una donna per ragioni collegate alla gravidanza e al congedo per maternità». La stessa formula è stata recepita, sia pure con ritardo, nel Codice di pari opportunità, d.lgs. n. 198/06, all'art. 25, comma 2-bis, permettendo in tal modo di allargare l'ambito di protezione dei genitori-lavoratori oltre i confini della protezione specificamente derivante dal regime dei congedi e dei relativi divieti di licenziamento già propri della disciplina storicamente consolidata in materia, in quanto sono considerati come discriminazione tutti i trattamenti negativi connessi a maternità, paternità, e congedi parentali, nonché all'esercizio dei relativi diritti (8).

Il caso in esame è dunque pacificamente inquadrabile nel divieto di discriminazione appena ricordato, in quanto il licenziamento è da porre in relazione alla manifestazione di volontà da parte della lavoratrice di iniziare il percorso di Pma. Secondo la sentenza, correttamente: «Rispetto al carattere discriminatorio del licenziamento rileva unicamente il rapporto di causalità tra il trattamento di fecondazione e l'atto di recesso e non anche la circostanza che l'intervento – con il conseguente impedimento al lavoro – sia già stato effettuato, sia in corso (come nella fattispecie scrutinata dalla Corte di Giustizia in *Mayr*), ovvero, come nella fattispecie in esame, sia stato semplicemente programmato».

La correttezza del ragionamento sul piano logico è confermata dall'analogia con un famoso *leading case* deciso dalla Corte di Giustizia (9) che presenta le medesime caratteristiche, pur riferendosi a un intervento medico di altro tipo: anche in quel caso il licenziamento venne comminato, infatti, poco dopo la comunicazione del lavoratore al datore di lavoro della propria intenzione di sottoporsi al trattamento di cambiamento di sesso. Ciò che accomuna le due fattispecie è il fatto che l'organo giudicante ritiene provata la connessione oggettiva tra licenziamento e volontà espressa dal lavoratore, in questo caso la lavoratrice, manifestata chiaramente al proprio datore di lavoro, pur non essendo ancora concretamente posta in atto, e relativa ad avviare la fase preparatoria di un evento protetto dall'ordinamento europeo in quanto diritto fondamentale della persona e riconosciuto come tale anche da parte della Cedu.

4. — *Svolta interpretativa della Cassazione circa la nozione oggettiva di discriminazione e la distinzione rispetto alla fattispecie del motivo illecito de-*

(8) Calafà 2014.

(9) C. Giust. 30.4.1996, *P. v. S. e Cornwall County*, C-15/94, in *Racc.*, 1996, 2143.

terminante — Il tema di rilievo ancora più generale affrontato dalla sentenza concerne, come si è detto, la ricostruzione del licenziamento discriminatorio in chiave di separatezza rispetto al licenziamento per motivo illecito determinante, ponendo fine a una disputa risalente in ambito dottrinale e giurisprudenziale, alimentata anche dalla scarsa chiarezza delle norme risultanti dalle varie tappe dell'evoluzione legislativa interna.

In effetti, la ricostruzione civilistica del licenziamento discriminatorio come atto viziato da motivo illecito determinante, secondo la visione soggettiva, benché contestabile proprio alla luce dell'applicazione del diritto comunitario, è stata del tutto prevalente nell'orientamento della Suprema Corte (10), pur se non sempre seguita da parte della giurisprudenza di merito (11), e neppure pienamente condivisa in dottrina proprio per la sua non conformità alla nozione derivante dal diritto sovranazionale (12).

Va considerato che le conseguenze derivanti dall'opzione favorevole alla nozione soggettiva anziché oggettiva della discriminazione sono di estremo rilievo sia sul piano probatorio, essendo a carico della vittima la prova dell'intenzionalità del comportamento discriminatorio, sia sul piano sostanziale, in quanto, applicando la disciplina disposta dall'art. 1345 c.c. circa il motivo unico determinante, ogni licenziamento che risulti basato sul concorso di una pluralità di ragioni, anche ma non solo discriminatorie, non potrebbe essere qualificato come illegittimo.

Preliminarmente, al fine di ricostruire in modo sistematico la fattispecie discriminatoria, occorre sgombrare il campo dall'equivoco che assumere la nozione oggettiva – secondo l'impostazione finalmente accolta dalla Cassazione – significhi negare che vi siano casi in cui il licenziamento è effettivamente sorretto dall'intenzionalità in capo al datore di lavoro di compiere una discriminazione. Tale ipotesi è non solo possibile, almeno come coscienza e volontà dell'atto, ma anche frequente e, ove sia provata, aumenta la gravità del comportamento e potrà riflettersi, ad esempio, sul risarcimento del danno connesso alla tutela giurisdizionale delle discriminazioni.

(10) Per l'identità fra le due fattispecie: Cass. 27.2.2015, n. 3986; Cass. 3.12.2015, n. 24648; Cass. 14.3.2013, n. 6501, in *MGL*, 2013, 864, con nota di Perina, e in *MGL*, 2014, 237, con nota di Sigillò Manara, in *RIDL*, 2013, II, 888, con nota di Ratti; Cass. 8.8.2011, n. 17087 in *RGL*, 2012, II, con nota di Cannati; Cass. 3.8.2011, n. 16925, in *RIDL*, 2012, II, 362, con nota di Pederzoli; Cass. 9.7.2009, n. 16155, in *RGL*, 2010, II, 59, con nota di Gragnoli.

(11) Per la nozione oggettiva del licenziamento discriminatorio, T. Roma 14.10.2014, in *www.questionegiustizia.it*, 2016, con nota di J. Michelotti.

(12) Da ultimo, in senso critico, Barbera 2013, 139, Pasqualetto 2013, 97; Carinci 2015, 27; De Luca 2015, Ballestrero 2016, 231.

La possibilità che ricorrano fattispecie di discriminazione «intenzionale» accanto a quelle che tali non sono è accolta, del resto, da tempo dagli ordinamenti sovranazionali – come emerge dalla formulazione contenuta nella Cedaw (Convenzione per l'eliminazione di tutte le discriminazioni nei confronti delle donne) all'art. 2 (13) –, e dalle direttive europee in materia antidiscriminatoria, che, in alcune ipotesi, ad esempio quelli di molestie e/o di molestie sessuali, qualificano come discriminatori i trattamenti che abbiano lo *scopo o l'effetto* di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore (14).

L'intenzionalità può quindi effettivamente caratterizzare un comportamento discriminatorio, ma, come emerge dalla stessa formulazione delle norme appena richiamate, e più in generale dall'assetto raggiunto in materia, al fine di integrare la fattispecie discriminatoria è sufficiente la prova dell'*effetto* pregiudizievole, essendo prevalsa la nozione oggettiva che rende superfluo l'accertamento dell'intento discriminatorio ai fini della configurazione della fattispecie. Secondo la nozione di discriminazione emergente dal diritto comunitario, come ricorda la stessa sentenza, «occorre sia provata la correlazione tra il danno subito dalla vittima e il fattore discriminatorio vietato, individuato dall'elenco oramai ampio che emerge dal panorama complessivo in materia».

La conclusione in tal senso è confermata dal diritto nazionale che ha trasposto le direttive, di cui ha mutuato la modalità di definizione delle discriminazioni. Esse si basano, in primo luogo, sulla comparazione fra il trattamento riservato alle diverse classi di soggetti presi in considerazione, e sull'effetto maggiormente svantaggioso subito dagli uni rispetto agli altri, come risulta dalla formulazione letterale dei decreti attuativi delle direttive comunitarie. Infatti, a partire dai decreti n. 215 e n. 216 del 2003, la definizione di discriminazione diretta riguarda il caso in cui una persona viene trattata – in relazione alla caratteristica personale considerata dalla direttiva stessa – in modo diverso e più sfavorevole di come sia, sia stata o sarebbe trattata una persona in situazione analoga. La disciplina in materia

(13) Ratificata nel 1985 e formulata all'art. 2, recepito dall'art. 1 del Codice di pari opportunità, nel modo seguente: «Le disposizioni del presente decreto hanno come oggetto le misure volte a eliminare ogni distinzione, esclusione o limitazione basata sul sesso che abbia come conseguenza o come scopo di compromettere [...] l'esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile e in ogni altro campo».

(14) Si veda l'art. 2, p. 2, lett. a, Direttiva n. 2006/54, citata *supra*, nota 7; nonché l'art. 2, p. 3, Direttiva n. 2000/78, e l'art. 2, p. 3, Direttiva n. 2000/43, dal medesimo contenuto.

di discriminazione di genere, oggi contenuta nell'art. 25 del Codice di pari opportunità, sia pure con una leggera variante, qualifica come discriminatorio «qualsiasi atto, patto o comportamento, disposizione, criterio o prassi che *produca un effetto pregiudizievole* discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso...».

Del pari, la discriminazione indiretta si concretizza nel particolare svantaggio subito da chi appartenga al gruppo o categoria protetto dai divieti di discriminazione, con riferimento anche in questo caso all'effetto pregiudizievole – il *disparate impact* di origine anglosassone – derivante da un trattamento formalmente neutro, e indipendentemente dalla prova dell'intenzionalità dell'autore della discriminazione, assumendo rilievo, peraltro, le giustificazioni fondate sull'esistenza di una finalità legittima e purché il mezzo impiegato sia appropriato e necessario.

La concezione oggettiva di discriminazione è coerente alla finalità di allargare l'ambito di applicazione dei divieti di discriminazione per garantire la loro massima ed efficace applicazione, secondo un *trend* che ha condotto nel tempo, e in particolare con le direttive di «seconda generazione», ad allargare l'ambito di applicazione della disciplina prevista per le discriminazioni non solo includendovi molti altri fattori protetti, ma anche vietando comportamenti – quali le molestie, già ricordate, oppure l'ordine di discriminare, nonché la ritorsione nei confronti di chi abbia invocato la corretta applicazione del divieto di discriminazione – secondo una tecnica che dà luogo a una gamma estesa di fattispecie rientranti nel medesimo tipo di tutela contemplato per il regime probatorio e sanzionatorio. Orientamento estensivo all'applicazione dei divieti di discriminazione che trova conferma nell'evoluzione costante dell'interpretazione della Corte di Giustizia (15).

È dunque oramai un dato indiscutibile, oltre che condiviso dalla maggior parte della dottrina, che la discriminazione costituisca una fattispecie diversa da quella civilistica del motivo illecito determinante, in quanto basate su presupposti differenti. Risulta, pertanto, pienamente condivisibile l'affermazione della sentenza in oggetto che: «La nullità derivante dal divieto di discriminazione discende dalla violazione di specifiche norme di diritto interno ed europeo, senza passare attraverso la mediazione dell'art. 1345 c.c.».

(15) Rilevante, in proposito, la configurazione della «discriminazione associata» a mente della nota sentenza C. Giust. 17.7.2008, *Coleman*, C-303/06, in *Racc.*, 2008, 5603, secondo la quale rientra nell'ambito della discriminazione vietata a tutela del disabile il diniego dei permessi utili all'espletamento delle funzioni di cura previsti nei confronti di un familiare.

Alla medesima conclusione la sentenza perviene mediante l'esame dell'evoluzione della disciplina sui licenziamenti secondo la normativa nazionale; un campo dove non si possono sottovalutare, tuttavia, anche le difficoltà originate dall'assenza di sistematicità dell'assetto complessivo. La sentenza tralascia di considerare alcune varianti lessicali utilizzate dal legislatore che possono aver alimentato confusione sulla nozione di discriminazione, come quando, ad esempio, venne definito il licenziamento discriminatorio per «ragioni di credo politico, fede religiosa, appartenenza a un sindacato» ai sensi dell'art. 4 della legge n. 604/66, in parte ripreso dall'art. 15 dello Statuto, che qualifica come discriminazione vietata i patti o gli atti «diretti a fini di discriminazioni politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso...», lasciando in dubbio se l'elemento finalistico si traduca nella rilevanza dell'intento, nonostante fin dai primi commenti si sia sostenuta l'interpretazione in senso favorevole alla concezione «oggettiva» della discriminazione (16).

La Suprema Corte richiama espressamente l'art. 3 della l. n. 108/90, secondo il quale: «Il licenziamento discriminatorio è vietato indipendentemente dalla ragione addotta», senza far cenno all'elemento intenzionale del datore di lavoro, ma semmai invitando il giudice a compiere accertamenti approfonditi andando oltre quanto risulta dalla motivazione formale del licenziamento. Altrettanto importante, secondo la pronuncia, è l'approdo raggiunto dalla legge Fornero, che distingue nettamente il licenziamento viziato da motivo illecito da quello discriminatorio, nell'elenco dei licenziamenti cui è applicabile la sanzione più incisiva.

Non vi è dubbio che le norme descritte avvalorino la conclusione raggiunta dalla Cassazione, ma essa si giustifica soprattutto in relazione alla sistemazione giuridica complessiva emergente dalla matrice comunitaria degli istituti esaminati. Alla luce di ciò, la conclusione della sentenza non potrebbe essere rimessa in discussione neppure prendendo in considerazione la più recente svolta normativa del legislatore in materia di licenziamento e tutela reale, avvenuta con il *Jobs Act*. Quest'ultima adotta un'ennesima variazione nella formula lessicale, come si desume dall'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015, che per definire il licenziamento discriminatorio utilizza nuovamente il rinvio all'art. 15 dello Statuto dei lavoratori. Per quanto detto, non può comunque intendersi la formulazione della norma, fermi restando i suoi limiti di applicazione al contratto a tutele crescenti, come un modo per reintrodurre un elemento finalistico e dunque come ritorno alla nozione soggettiva del licenziamento discriminatorio,

(16) Ghezzi 1972; Treu 1975.

in quanto una simile interpretazione entrerebbe in rotta di collisione con l'elaborazione normativa europea sopra ricordata. Pertanto, essa va interpretata come rinvio al complesso della normativa in materia di discriminazione, comprensiva delle norme di fonte sovranazionale, tra cui le direttive e i relativi provvedimenti di trasposizione, intendendo in senso lato all'interno dell'ampio sistema del diritto antidiscriminatorio il rinvio all'art. 15 e alle «sue successive modificazioni».

5. — *Approfondimenti sulla natura del licenziamento ritorsivo e sul suo rapporto con il diritto antidiscriminatorio* — Approfondendo la questione riguardante l'irrelevanza dell'elemento intenzionale dell'autore ai fini dell'applicazione della disciplina in tema di licenziamento discriminatorio, la sentenza compie un ulteriore passaggio argomentativo, importante sotto il profilo dell'assestamento complessivo della materia dei licenziamenti in generale e di quelli discriminatori in particolare, riguardante la qualificazione del licenziamento di tipo ritorsivo.

Secondo la pronuncia, infatti, il rilievo che assumerebbe l'elemento soggettivo nel campo del licenziamento discriminatorio è stato alimentato dall'orientamento giurisprudenziale che – nell'intento di estendere la forma di tutela più ampia prevista appunto in materia di discriminazioni anche a ogni caso di licenziamento ritorsivo, come risulta dalla sentenza richiamata dalla pronuncia a mo' di esempio (17) –, ha affermato l'identità assoluta fra le due fattispecie e la conseguente rilevanza per entrambe dell'elemento intenzionale. Tale criticabile *iter* argomentativo si rintraccia, infatti, anche in una sentenza recente del Supremo Collegio (18), secondo la quale «il licenziamento discriminatorio, sancito dall'art. 4, l. n. 604/1966, e art. 15 St. lav., e art. 3, l. n. 108/90, è suscettibile, in base all'art. 3 della Costituzione in materia di diritto antidiscriminatorio e antivessatorio, in particolare nei rapporti di lavoro a partire dall'introduzione dell'art. 13 del Trattato Ce, di interpretazione estensiva sicché l'area dei singoli motivi vietati comprende anche il licenziamento per ritorsione o rappresaglia quale unica ragione dei provvedimenti espulsivi, essendo necessario, in tali casi, dimostrare anche per presunzioni che il recesso sia motivato esclusivamente dall'intento ritorsivo».

Accogliendo le condivisibili critiche a tale interpretazione avanzate in sede dottrinale, come già ricordato, la pronuncia in esame se ne distanzia affermando la distinzione tra le due fattispecie, almeno in linea gene-

(17) In tal senso, Cass. 8.8.2011, n. 17087, citata dalla sentenza in commento.

(18) Cass. 3.12.2015, n. 24648.

rale. Occorre considerare, peraltro, che la ritorsione può in alcuni casi essere inquadrata nella materia antidiscriminatoria, e cioè se viene posta in essere nei confronti di soggetti appartenenti alle categorie protette dai divieti di discriminazione quale reazione alla rivendicazione del rispetto di tali divieti e della parità di trattamento. In questi casi l'ordinamento comunitario impone che sia accordata una specifica protezione alla vittima: precetto che ha dato luogo alla qualificazione di tali ritorsioni a stregua di discriminazioni (art. 26, comma 3, Codice di pari opportunità) o comunque alla possibilità per la vittima di avvalersi del peculiare regime probatorio e sanzionatorio previsto in caso di discriminazioni e ulteriori misure risarcitorie (art. 4-*bis*, d.lgs. n. 216/2003, e art. 4, comma 5, d.lgs. n. 215/2003).

Ciò non significa, tuttavia, che ogni licenziamento ritorsivo – ovvero intimato in conseguenza della rivendicazione di un proprio diritto da parte del lavoratore – sia automaticamente qualificabile come discriminatorio. Senza approfondire quest'ultimo aspetto, ma implicitamente aderendo alla tesi della duplice natura del licenziamento ritorsivo, la pronuncia si preoccupa di sottolineare, piuttosto, l'anomalia del percorso logico fin qui seguito dalla giurisprudenza di legittimità accogliendo la concezione soggettiva del licenziamento discriminatorio e trascurando la diversità ontologica rispetto alla fattispecie del motivo illecito determinante. In tal senso, essa afferma con estrema chiarezza che la sanzione della nullità del licenziamento, nel caso esaminato, discende direttamente dal diritto antidiscriminatorio, senza bisogno di invocare altri istituti civilistici. «La discriminazione, diversamente dal motivo illecito, opera obiettivamente ovvero in ragione del mero rilievo del trattamento peggiore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta e a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro». In sostanza, viene portata alla luce la confusione generata dall'approccio che ha fatto leva piuttosto sull'applicazione dell'apparato rimediabile, e sulla garanzia della tutela più ampia, anziché ricostruire rigorosamente a monte le diverse fattispecie, per trarne poi le conclusioni più coerenti anche sul piano delle sanzioni e dei rimedi.

Un interrogativo lasciato in sospenso dalla sentenza, come si è accennato, ma rilevante per la sistemazione complessiva degli istituti esaminati, riguarda a questo punto quale sia il regime applicabile al licenziamento ritorsivo qualora reagisca alla rivendicazione di diritti da parte del lavoratore che non riguardino il diritto antidiscriminatorio. Ove si ritenesse tale licenziamento viziato da motivo illecito determinante, si potrebbe sollevare l'interrogativo di quale sia la tutela applicabile dopo la riform-

ma dei licenziamenti avvenuta nell'ambito del *Jobs Act* con l'art. 2, d.lgs. n. 23/2015. Tale disposizione, come è noto, ha escluso dall'ambito della tutela «forte» i licenziamenti la cui nullità deriva dall'art. 1345 c.c., ammettendo solo quelli per i quali sia espressamente prevista dalla legge la nullità, e creando così il rischio di sottrarre questo tipo di licenziamento alla tutela reale con risarcimento del danno. In merito, oltre alla critica per l'infelice formulazione legislativa, sono condivisibili: in primo luogo la tesi ricostruttiva che configura il licenziamento di ritorsione come sorretto da causa illecita ai sensi dell'art. 1343 c.c. (19), che ne comporta in ogni caso la nullità; in secondo luogo, l'ipotesi interpretativa che, valorizzando l'interpretazione sistematica, svaluta il termine «espressamente», estendendo il regime di tutela «forte» a ogni possibile forma di licenziamento nullo sinora ammessa dall'ordinamento secondo i principi generali di diritto civile (20).

6. — *Implicazioni derivanti dalla sentenza sul versante probatorio in caso di discriminazione e sulla concorrenza tra diverse cause del licenziamento* — Le conseguenze della pronuncia in commento sono indubbiamente rilevanti sul piano probatorio, per le ragioni già illustrate in apertura, essendo del tutto pacifico sia nel diritto interno sia in quello europeo che l'onere di fornire la prova della discriminazione incombe sul ricorrente che si assume vittima della discriminazione, pur se alleggerito dall'utilizzo delle presunzioni semplici. Non dover più fornire la prova dell'intento discriminatorio, che ha costituito spesso un ostacolo alla piena ed efficace applicazione dei divieti di discriminazione, permetterà un più facile accesso alla tutela giudiziaria, in quanto la prova della discriminazione non dovrà includere quella relativa all'*animus nocendi* del datore di lavoro, né tantomeno il giudice sarà tenuto a indagare su questo aspetto nell'accertamento della fattispecie. Esso potrà quindi limitarsi ad applicare i criteri previsti e ampiamente precisati dalla giurisprudenza, soprattutto della Corte di Giustizia, verificando la correttezza del criterio di individuazione delle classi di soggetti posti in comparazione e la sussistenza di un trattamento deteriore nei confronti di quelle oggetto di protezione da parte del diritto antidiscriminatorio. Il regime delle presunzioni non viene modificato, e dunque a tal fine potranno essere utilmente impiegati gli strumenti menzionati dalla legislazione in materia, quali dati tali da fondare l'indizio della discriminazione, oppure da fornire la pro-

(19) Carinci 2015, 47; Zoli 2015, 93; Santoro Passarelli 2015, 330.

(20) Per tutti, Perulli 2015.

va piena di essa. Nei casi in cui non sia necessario procedere alla comparazione, come quello in esame, concernente il trattamento negativo dei genitori lavoratori, sarà sufficiente la prova delle circostanze menzionate dalla nozione legislativa sopra richiamata definita dall'art. 25, comma 2-*bis*, del Codice di pari opportunità; e altresì, allo stesso modo, qualora sia in contestazione quale comportamento antidiscriminatorio, la situazione che connota le molestie, morali e/sessuali, l'ordine di discriminare, l'eventuale ritorsione alla richiesta del rispetto dei diritti riconosciuti in base al divieto di discriminazione stesso.

L'abbandono della ricostruzione in chiave di motivo illecito determinante permette, inoltre, una maggiore larghezza nella valutazione del giudice sulle connessioni tra licenziamento e discriminazione, senza più la necessità che si accerti anche l'unicità del motivo discriminatorio quale fattore determinante della decisione di licenziare, secondo l'orientamento dominante. Di conseguenza, nel caso in cui concorrano diverse ragioni che hanno determinato il licenziamento, la presenza di cause o motivi anche legittimi non impedisce l'accertamento della discriminazione, in virtù del rango primario che quest'ultima riveste quale diritto fondamentale secondo l'ampia giurisprudenza europea in materia.

In merito, non si può trascurare una questione connessa e molto dibattuta nella ricostruzione della fattispecie complessiva, presa in considerazione anche dalla sentenza in oggetto, circa la portata da attribuire alla sussistenza concorrente di una giusta causa o giustificato motivo di licenziamento connessi a mancanze di particolare gravità del lavoratore o della lavoratrice, come nel caso di comportamento illecito all'origine di un licenziamento disciplinare. Nel caso in esame, il licenziamento era motivato inizialmente dal preteso abuso nel ricorso alle assenze per malattia preannunciate dalla lavoratrice, ma la sentenza ritiene non configurabile alcun illecito disciplinare in quanto il trattamento di Pma può effettivamente causare indisposizioni che impediscono l'attività lavorativa, secondo la scienza medica specialistica.

Resta aperta la questione in astratto, che riporta al tema dei valori in gioco nella materia in esame e alla «serietà» con cui devono essere presi in considerazione i diritti dei lavoratori, quale supporto indispensabile all'interpretazione del diritto positivo. Se si guarda a quest'ultimo, vi si riscontra già un caso in cui si attribuisce indubbia rilevanza alla giusta causa di licenziamento, se si considera che essa è riconosciuta, secondo il regime emergente dalla disciplina nazionale in tema di tutela della lavoratrice madre, quale eccezione al divieto di licenziamento operante dall'inizio della gravidanza, durante il periodo di congedo e fino al compimento del pri-

mo anno di età del bambino. Si dibatte pertanto se la presenza di una giusta causa di carattere soggettivo escluda anche in altri casi l'applicazione del divieto di discriminazione; ipotesi che tuttavia, se si accoglie l'emanipazione della fattispecie discriminatoria da quella del motivo illecito determinante, va respinta almeno in senso generale. Infatti, non essendovi necessità che la discriminazione costituisca il motivo esclusivo del licenziamento, per le ragioni illustrate, la presenza di una giusta causa o di giustificato motivo non impedisce di per sé l'accertamento della discriminazione. Starà al vaglio del giudice garantire il rispetto del giusto equilibrio tra i valori in gioco tenuto conto del rilievo primario dispiegato dal diritto antidiscriminatorio, che non può esimere l'organo giudicante dall'effettuare una verifica sull'eventuale utilizzo in chiave discriminatoria dei pur legittimi poteri attribuiti al datore di lavoro (21).

Sempre in tema di bilanciamento tra esigenza di contrastare le discriminazioni e considerazione per le ragioni dell'impresa, vi è un ultimo aspetto interessante affrontato dalla sentenza nell'esaminare la motivazione del licenziamento addotta dal datore di lavoro, e consistente nel giustificato motivo oggettivo a causa delle assenze derivanti dalla sottoposizione della lavoratrice al trattamento di Pma. Il metodo impiegato per dirimere la questione, respingendo la giustificazione che secondo alcuni avrebbe dovuto invece essere accolta (22), è correttamente individuato, anche in questo caso, nell'applicazione dei principi e regole che scaturiscono dal diritto europeo in materia di divieti di discriminazione e giustificazioni ammesse. Come è noto, e come ricorda la pronuncia, il regime delle eccezioni e/o giustificazioni, da tenere distinto da quello dei limiti al campo di applicazione di alcuni divieti, è differenziato a seconda che si tratti di discriminazione diretta o indiretta.

Nel caso di discriminazione diretta, l'orientamento assolutamente prevalente della Corte di Giustizia, ricordato sopra, va nel senso di non ammettere alcuna giustificazione a sostegno della sua non applicazione, neppure se fondate sui costi gravanti sull'impresa che potrebbero costituire un giustificato motivo oggettivo, come si evince fin dalla già citata sentenza *Dekker* in correlazione con la maternità. La discriminazione diretta ammette deroghe soltanto nei casi specificamente indicati dalla leg-

(21) In tal senso, benché il potere disciplinare sia per sua natura discrezionale, non è da escludere che l'applicazione di sanzioni disciplinari diverse tra lavoratori del pari inadempienti richieda un'adeguata motivazione per giustificare la razionalità e la liceità del diverso trattamento, secondo Cass. 22.2.1995, n. 2018, in *Massimario della giurisprudenza italiana*, 1995, come ricorda altresì Lazzeroni (2011, 240).

(22) In senso contrario, Carinci 2015 e Id. 2016.

ge, coerentemente all'approccio restrittivo adottato dalle direttive europee, confermato dai Considerando presenti in ciascuna di esse, che, con pochissime varianti, ammettono eccezioni attinenti «a casi strettamente limitati» e relative a situazioni in cui si tratti di un requisito «essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività o per il contesto in cui viene svolta». È dunque seguendo tale approccio, che evidentemente non implica blindare il divieto, ma applicare in modo appropriato il criterio alla luce delle caratteristiche di notevole importanza rivestite dal requisito richiesto, che potranno esserne ammesse deroghe.

Diversamente, nel caso in cui si tratti di discriminazioni indirette – che dunque dipendono non da una differenza di trattamento ma dall'impatto svantaggioso di trattamenti formalmente neutri –, è ammesso in capo al datore di lavoro il diritto di provare la sussistenza di una giustificazione che sia rispondente a una finalità legittima, fermo restando lo scrutinio di proporzionalità che accerti che i mezzi impiegati siano appropriati e necessari: questione sulla quale si è formato un ampio filone da parte della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Quest'ultima fattispecie non riguarda, peraltro, il caso in discussione, di cui è pacifica la qualificazione in termini di discriminazione diretta per la ragione ricordata, ovvero che solo le donne possono trovarsi nella situazione di maternità in atto o *in fieri*. Dato il quadro di riferimento a livello eurounitario, già ricordato, il giudice nazionale era dunque tenuto a conformarvisi nell'interpretazione delle norme interne, superando eventuali dubbi interpretativi derivanti da queste ultime, come è correttamente avvenuto.

CASSAZIONE, 5.4.2016, n. 6575 – Pres. Roselli, Est. Spina, P.M. Sanlorenzo (Rigetto) – C.L.G. (avv.ti Scognamiglio R., Scognamiglio C.) c. S.S. (avv.ti Leone, Muggia).
Conf. Corte d'Appello di Roma, 9 luglio 2012, n. 5289.

Discriminazioni – Licenziamento adottato in relazione alla manifestazione di volontà della lavoratrice di sottoporsi alla Procreazione medicalmente assistita – Carattere discriminatorio del licenziamento – Rilevanza esclusiva del rapporto causale tra fattore discriminatorio e licenziamento.

Discriminazioni – Licenziamento discriminatorio – Nullità per violazione diretta di norme dell'Ue.

Discriminazioni – Licenziamento discriminatorio – Irrilevanza dell'intento discriminatorio – Licenziamento per discriminazione diretta – Irrilevanza delle ragioni economiche.

Riveste carattere discriminatorio il licenziamento di una lavoratrice intimato dopo che la stessa ha comunicato di volersi sottoporre al trattamento di Pma. Ai fini della qualificazione come discriminatorio del licenziamento rileva unicamente il rapporto di causalità fra il trattamento di fecondazione e l'atto di recesso, e non anche la circostanza che l'intervento, con il conseguente impedimento al lavoro, sia stato già effettuato, sia in corso o sia stato semplicemente programmato. (1)

La nullità del licenziamento discriminatorio – anche qualora si tratti di licenziamento di ritorsione collegato al diritto antidiscriminatorio – discende direttamente dalla violazione di specifiche norme di diritto interno ed europeo senza passare attraverso la mediazione dell'art. 1345 c.c. (2)

La discriminazione – diversamente dal motivo illecito – opera in ragione del mero rilievo del trattamento deteriore riservato al lavoratore o alla lavoratrice, quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta e indipendentemente dall'intento del datore di lavoro. In presenza di discriminazione diretta, quale quella del licenziamento connesso alla maternità, non riveste alcun rilievo l'eventuale giustificazione collegata a ragioni economiche addotta dal datore di lavoro. (3)

Riferimenti bibliografici

- Ballestrero M.V. (2016), *Discriminazione, ritorsione, motivo illecito. Distinguendo*, in *DLRI*, n. 2, 231 ss.
- Barbera M. (2013), *Licenziamento e diritto antidiscriminatorio*, in *RGL*, I, 139 ss.
- Calafà L. (2014), *Genere e licenziamento discriminatorio dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto*, in Scarponi S. (cura di), *Diritto e genere, Analisi interdisciplinare e comparata*, Cedam, Padova, 221 ss.
- Camassa E. (2015), *Procreazione e diritto. Le mobili frontiere dell'obiezione di coscienza*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, 99 ss.
- Carinci M.T. (2015), *Il licenziamento nullo perché discriminatorio, intimato in violazione di disposizioni di legge o in forma orale*, in Carinci M.T., Tursi A. (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino.
- Carinci M.T. (2016), *Licenziamento discriminatorio alla luce della disciplina nazionale: nozioni e distinzione*, in *RIDL*, n. 3, II, *Focus sul licenziamento discriminatorio*, 720 ss.
- Casciello V. (2016), *L'evoluzione del quadro normativo in materia di procreazione medicalmente assistita. La sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014 e oltre*, in Scarponi S. (a cura di), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata. Appendice di aggiornamento*, Cedam, Padova, 373 ss.
- De Luca M. (2015), *Uguaglianza e lavoro: quanto poco resta nel nostro diritto vivente*, relazione tenuta nel corso dell'incontro di San Cerbone dedicato a G. Pera del 7.10.2015.
- Ghezzi G. (1972), *Commento sub artt. 15 e 16*, in Mancini G.F. et al., *Lo Statuto dei lavoratori*, Zanichelli, Bologna-Roma.
- Gottardi D. (2016), *L'attesa decisione sul licenziamento discriminatorio in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *RIDL*, n. 3, II, *Focus sul licenziamento discriminatorio*, 729 ss.
- Lazzeroni L. (2011), *Eguaglianza, lavoro, regole di parificazione*, Giappichelli, Torino.
- Lazzeroni L. (2016), *Licenziamento discriminatorio, motivo illecito determinante e procreazione assistita: cronaca di un diritto in evoluzione*, in *DLM*, n. 2, 303 ss.
- Pasqualetto E. (2013), *Il licenziamento nullo*, in Cester C. (a cura di), *I licenziamenti*, Cedam, Padova, 49 ss.
- Perulli A. (2015), *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi. Un mutamento di paradigma per il diritto del lavoro*, in Perulli A., Fiorillo L. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015 n. 22 e 23*, Giappichelli, Torino.
- Santoro Passarelli G. (2015), *Diritto del lavoro e occupazione*, Giappichelli Torino.
- Tarquini E. (2016), *La Corte di Cassazione e il principio di non discriminazione al tempo del diritto derogabile*, in *RIDL*, n. 3, II, *Focus sul licenziamento discriminatorio*, 737 ss.
- Treu T. (1975), *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Angeli Milano.
- Zoli C. (2016), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604/66 al d.lgs. n. 23 del 2015*, in Ferraro G. (a cura di), *I licenziamenti*, in *Quaderni di ADL*, 2015, n. 4, 93 ss.

RAPPORTO DI LAVORO

CORTE DI GIUSTIZIA, 19.4.2016, C-441/14, Grande Sezione – Pres. Lenaerts, Avv. Gen. Bot – Dansk Industri c. Successione Karsten Eigil Rasmussen.

Discriminazioni – Direttiva n. 2000/78 – Indennità di licenziamento – Esclusione – Diritto alla pensione di vecchiaia – Regime pensionistico al quale il lavoratore abbia aderito prima dei cinquanta anni d'età – Discriminazione in base all'età – Sussistenza.

Discriminazioni – Principio generale di non discriminazione in base all'età – Interpretazione conforme e disapplicazione del diritto interno non conforme – Condizioni – Principio di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento – Irrilevanza – Applicazione di una disposizione nazionale contraria al diritto dell'Ue – Lesione del diritto dei privati – Responsabilità dello Stato membro – Esclusione.

Il principio generale della non discriminazione in ragione dell'età, come espresso concretamente dalla Direttiva n. 2000/78, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, dev'essere interpretato nel senso che esso osta, anche in una controversia tra privati, a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che priva un lavoratore subordinato del diritto di beneficiare di un'indennità di licenziamento allorché ha titolo a una pensione di vecchiaia da parte del datore di lavoro nell'ambito di un regime pensionistico al quale tale lavoratore subordinato abbia aderito prima del compimento del cinquantesimo anno di età, indipendentemente dal fatto che egli scelga di restare nel mercato del lavoro o di andare in pensione. (1)

Il diritto dell'Unione dev'essere interpretato nel senso che un giudice nazionale, investito di una controversia tra privati rientrante nell'ambito di applica-

zione della Direttiva n. 2000/78, è tenuto, nel momento in cui attua le disposizioni del diritto interno, a interpretarle in modo tale che esse possano ricevere un'applicazione conforme a tale direttiva ovvero, qualora una siffatta interpretazione conforme fosse impossibile, a disapplicare, se necessario, qualsiasi disposizione del diritto interno contraria al principio generale della non discriminazione in ragione dell'età. Né i principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento, né la possibilità per il privato che si ritenga leso dall'applicazione di una disposizione nazionale contraria al diritto dell'Unione di far valere la responsabilità dello Stato membro interessato per violazione del diritto dell'Unione, possono rimettere in discussione tale obbligo. (2)

(1-2) SULL'ASSENZA DI LIMITI ALLA DISAPPLICAZIONE:

L'EFFETTO DIRETTO ORIZZONTALE DOPO IL CASO *DANSK*

1. — Nel dettare indicazioni pratiche per il concreto utilizzo del diritto antidiscriminatorio da parte degli operatori interessati, si è precisato di recente che non solo è importante conoscere «le regole in vigore a livello dell'Unione; ciò è funzionale all'obiettivo di evidenziare lo stretto legame esistente tra queste regole, anche di diverso valore (Trattato, principi generali di diritto dell'Unione e disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue), e l'accesso al giudice»; si è aggiunto che è necessario conoscere «i punti di arrivo più significativi di un'evoluzione giurisprudenziale continua della Corte di Giustizia nella specifica materia» (Cit. da Calafà 2016a, p. 51). Nell'attesa della pronuncia della Corte di Giustizia sul caso *Abercrombie Fitch* sul rinvio pregiudiziale della Corte di Cassazione italiana con riguardo alla discriminatorietà delle regole relative al contratto di lavoro intermittente siglato in ragione dell'età (Guaglianone 2014; Calafà 2016b per la pronuncia di rinvio della Cass. 29.2.2016, n. 3982), occorre collocare tra i più significativi punti di arrivo di una ricca giurisprudenza occasionata dalla generale incidenza delle discriminazioni in base all'età nel diritto del lavoro sicuramente anche la pronuncia in epigrafe.

La sentenza è significativa per diverse ragioni. In primo luogo, rappresenta un ulteriore tassello (seppur scontato) dell'esistenza della discriminazione. Le questioni sulla configurabilità della discriminazione con riguardo alla stessa disposizione ancora in vigore nell'ordinamento danese erano state risolte in senso favorevole in Corte di Giustizia 12.10.2010 (C-499/08 *Ingeniørforeningen i Danmark v. Region Syddanmark*, con nota di Minolfi 2011; per un'analisi delle pronunce successive della Corte, sempre nel contesto danese e sempre con riguardo alla discriminazione relativa all'età: Lassandari 2014). Il mancato pagamento di un'indennità speciale di licenziamento pari a tre mensilità di retribuzione a causa del possesso del titolo per beneficiare di una pensione di vecchiaia versata dal proprio datore di lavoro ai sensi di un regime previdenziale al quale hanno aderito prima di aver raggiunto i 50 anni di età è stato considerato discriminatorio nel 2010.

Il diritto del lavoro nazionale, danese o italiano che sia, alla luce del diritto Ue, si trova sempre più spesso proiettato in una peculiare dialettica tra l'essere interpretato in modo conforme al diritto Ue, se non esiste una norma avente efficacia diretta, e il

non dover essere applicato (di fronte a una norma avente efficacia diretta: il principio generale di parità di trattamento in base all'età il cui funzionamento è concretamente regolato nella Direttiva n. 2000/78).

È proprio sul funzionamento della disapplicazione e sull'esistenza di eventuali limiti che si concentra il secondo elemento d'interesse sul quale conviene soffermarsi. Dal punto di vista strettamente giudiziario, occorre ricordare che l'area del diritto dell'Unione *self executing* è in fase di costante ridefinizione, soprattutto in materia sociale e soprattutto con riguardo alla discriminazione in base all'età. Nel senso che, dal punto di vista metodologico, se anche l'interpretazione conforme risulta esclusa dalle caratteristiche specifiche della disposizione da interpretare, il giudice deve chiamare in causa le Corti superiori, in caso di dubbio interpretativo, e/o disapplicare la disposizione interna di fronte al diritto dell'Unione direttamente applicabile. Senza dimenticare che deve anche verificare se esiste una responsabilità risarcitoria dello Stato [Sulle premesse teoriche e il funzionamento dell'interpretazione conforme e, conseguentemente, della disapplicazione si rinvia, per la completezza dei profili interdisciplinari, a Bernardi (a cura di) 2015].

Sulla sequenza argomentativa appena riassunta pesa l'evoluzione costante del principio generalissimo di adeguamento del diritto nazionale a quello Ue, ovvero l'importanza assunta dal diritto dell'Unione europea in materia di parità di trattamento nel lavoro, che costituisce una sorta di polo di attrazione valoriale significativo della Corte Ue. In effetti, con riguardo al principio di parità di trattamento sulla base dell'età, il punto – con la pronuncia *Mangold* (C. Giust. 22.11.2005) – sul quale si è registrata la maggior tensione tra l'efficacia orizzontale e verticale del diritto dell'Ue nel diritto del lavoro interno segue la pronuncia *Kücükdeveci* (C. Giust. 19.1.2010, C-555/07), ma soprattutto occorre ricordare la conferma *ex post* fornita dalla Corte di Giustizia nel caso *Association de médiation sociale* (sent. 15.1.2014, C-176/12), che costituisce un ulteriore «assioma» per il giudice alle prese con il moderno diritto del lavoro dell'Unione europea (Con riguardo alle sentenze citate – dalla più recente –, si rinvia a Delfino 2014; Peruzzi 2011; Calafà 2006).

Non sorprende che proprio tale intera sequenza sia riproposta nella sentenza in commento nei punti 35 e 36: più che un incidente argomentativo, il richiamo alla pronuncia *Ams* appare la conferma (*a contrario*, per gli esiti concreti del caso francese che l'ha occasionata) della valenza del principio di parità di trattamento in base all'età in confronto con la dimensione più strettamente solidaristica riconosciuta dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue (Calafà 2014).

Le novità della pronuncia risiedono proprio nell'affermazione della vincolatività della disapplicazione, che – a livello nazionale – non può né deve essere bilanciata con i principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento, senza incidere sulla possibilità per il privato che si ritenga leso dall'applicazione di una disposizione nazionale contraria al diritto dell'Unione di far valere la responsabilità dello Stato membro interessato per violazione del diritto dell'Unione. Nel senso che, occorre sottolinearlo con forza, il giudice nazionale non può basarsi sul principio del legittimo affidamento (della correttezza Ue di una disposizione) «per continuare ad applicare una norma di diritto nazionale contraria al principio generale di non discriminazione in ragione dell'età», perché tale riconoscimento equivarrebbe «a limitare gli effetti nel tempo dell'interpretazione accolta dalla Corte, poiché [...] detta interpreta-

zione non troverebbe applicazione nel procedimento principale» (punti 38 e 39). L'interpretazione che la Corte fornisce del diritto dell'Unione «chiarisce e precisa, se necessario, il significato e la portata di tale diritto, nel senso in cui deve o avrebbe dovuto essere inteso e applicato sin dalla data della sua entrata in vigore. Ne deriva che [...] il diritto dell'Unione così interpretato deve essere applicato dal giudice anche a rapporti sorti e costituiti prima della sentenza che statuisce sulla domanda di interpretazione» (punto 40). Aggiungendo, a chiusura del ragionamento, che non si può invocare la tutela del legittimo affidamento per negare al privato che ha intrapreso l'azione (il lavoratore) il beneficio derivante dall'interpretazione in senso favorevole al diritto dell'Unione [punto 41, richiamando due precedenti pesanti come *Defrenne* (C. Giust. 8.4.1976, C-43/75) e *Barber* (C. Giust. 17.5.1990, C-262/88)].

Questo stesso caso, in terzo luogo, svela le ragioni tangibili delle ostilità che si registrano a livello nazionale con riguardo allo strumento della disapplicazione del diritto interno non conforme al diritto Ue, di cui precisa il funzionamento cercando di inserire nel ragionamento una chiara considerazione degli effetti della disapplicazione. Chi è chiamato a pagare l'indennità speciale di licenziamento? Se la norma nazionale viene disapplicata, la risposta è facile: il datore di lavoro. Nel punto 19 della sentenza, il giudice solleva il dubbio che debba essere lo Stato a risarcire il danno al lavoratore, con un ragionamento idoneo a disinnesare alla radice lo stesso meccanismo della disapplicazione del diritto interno non conforme. Nel senso che non solo si chiede se il giudice nazionale possa procedere a un bilanciamento tra il principio generale della non discriminazione in ragione dell'età, da un lato, e il principio della certezza del diritto nonché il principio della tutela del legittimo affidamento, dall'altro; si chiede anche se «nell'ambito di un siffatto bilanciamento possa essere presa in considerazione la circostanza che il lavoratore subordinato abbia la possibilità, se del caso, di esigere un risarcimento dallo Stato danese a motivo dell'incompatibilità della normativa danese con il diritto dell'Unione». Se non paga il datore – a seguito del bilanciamento interno tra opposte posizioni giuridiche –, allora paghi lo Stato.

A supporto del bilanciamento (escluso, invece, dalla Corte) tra parità di trattamento in base all'età e certezza del diritto, il giudice del rinvio si chiede se è praticabile la strada del risarcimento del danno da parte dello Stato al singolo che chiede il riconoscimento della discriminazione in base all'età. L'esistenza del diritto al risarcimento del danno in caso di lesione di un diritto soggettivo da parte di uno Stato membro non è messa in discussione dalla Corte nel senso che tale diritto al risarcimento «non può rimettere in discussione l'obbligo, per il giudice di rinvio, di privilegiare l'interpretazione del diritto nazionale che sia conforme alla Direttiva n. 2000/78 ovvero, qualora una siffatta interpretazione si rivelasse impossibile, di disapplicare la disposizione nazionale contraria al principio generale della non discriminazione in ragione dell'età come espresso concretamente da detta direttiva, né portare tale giudice [...] a far prevalere la tutela dell'affidamento del privato, nel caso di specie il datore di lavoro, che si sia conformato al diritto nazionale» (punto 42).

Gli effetti della disapplicazione, quindi, non incidono sulla tenuta del processo argomentativo che porta alla disapplicazione da parte di un giudice nazionale. Adattando le affermazioni della Corte al singolo caso possiamo ricordare che, applicando la disposizione nazionale già considerata discriminatoria nel 2010, il datore di lavoro non paga alcuna indennità al lavoratore; questa scelta è considerata discriminatoria.

Disapplicando la disposizione, laddove necessario perché esistono le condizioni, il giudice impone al datore di lavoro di pagare l'indennità speciale di licenziamento. Il fatto che lo Stato sia chiamato a pagare un risarcimento del danno al privato è mera eventualità non idonea a incidere sulle responsabilità del singolo datore di lavoro.

È in questo più recente scenario tracciato dalla Corte – che conferma delle responsabilità del singolo privato chiamato ad applicare il diritto nazionale in senso conforme al diritto dell'Unione – che ci accingiamo ad attendere la sentenza *Abercrombie Fitch*, dalla quale si attende un preliminare chiarimento con riguardo all'esistenza della configurabilità della discriminazione nel contratto di lavoro intermittente e, in via meramente secondaria, sul funzionamento della disapplicazione, che dopo la pronuncia in epigrafe risulta ulteriormente chiarita e sicuramente rafforzata.

Riferimenti bibliografici

- Bernardi S. (a cura di) (2015), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico* (a cura di), Jovene, Napoli, 2015.
- Calafà L. (2006), *Clausole di non regresso e divieti di discriminazione per età: il caso Mangold alla CGCE*, in *RGL*, 2006, II, 205 ss.
- Calafà L. (2014), *Giudici (quasi) federali e diritto del lavoro recente*, in *LD*, 479 ss.
- Calafà L. (2016a), *Il diritto antidiscriminatorio del lavoro: istruzioni per l'uso*, in Allamprese A., Fassina L. (a cura di), *Vademecum per l'Europa*, 2016, Ediesse, 51 ss.
- Calafà L. (2016b), *Tra norma inderogabile e diritto antidiscriminatorio: il caso della tutela dei lavoratori intermittenti in attesa della Corte di Giustizia*, in *RIDL*, II, 692 ss.
- Delfino M. (2014), *La Corte e la Carta: un'interpretazione «utile» dei diritti e dei principi fondamentali*, in *DLM*, 175 ss.
- Guaglianone L. (2014), *Il caso Abercrombie: contratto intermittente e discriminazioni per età*, in *RGL*, II, 613 ss.
- Lassandari A. (2014), *L'irrisolvibile confronto tra la Corte e gli Stati sulle discriminazioni per ragioni di età*, in *RIDL*, II, 750 ss.
- Minolfi F. (2011), *Ancora una pronuncia sulle discriminazioni per età: retromarcia della Corte di Giustizia*, in *RDSS*, n. 2, 568 ss.
- Peruzzi M. (2011), *Ritorno a Mangold nell'epoca del Trattato di Lisbona*, in *RGL*, II, 139 ss.

Laura Calafà
Professore associato di Diritto del lavoro
presso l'Università di Verona

I

CASSAZIONE, 21.6.2016, n. 12820 – Pres. Bronzini, Est. D’Antonio, P.M. Servello (Conf.) – Inps (avv.ti Caliulo, Sgroi, Maritato) c. C.G. Cassa Corte d’Appello di Cagliari, 29.12.2009.

Lavoro a progetto – Mancanza di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso ai sensi dell’articolo 69, comma 1, d.lgs. n. 276/2003 – Presunzione assoluta di subordinazione.

In mancanza di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa devono considerarsi, ex art. 69, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto, senza alcuna possibilità di provare la natura autonoma del rapporto di collaborazione di fatto posto in essere. (1)

II

CASSAZIONE, 10.5.2016, n. 9471 – Pres. Amoroso, Est. Cavallaro, P.M. Fresa (Diff.) – Eurofoam Srl (avv.ti Pafundi, Odelli) c. P.L. Cassa Corte d’Appello di Brescia, 22.1.2013.

Lavoro a progetto – Domanda di accertamento della subordinazione ex art. 69, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 – Mutatio libelli – Onere della prova.

Nel caso in cui con il ricorso introduttivo si deduca esclusivamente il carattere subordinato della prestazione di lavoro ex art. 69, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, non è possibile eccepire in corso di causa l’assenza, nel contratto, di uno specifico progetto, ex art. 69, comma 1, poiché ciò costituisce domanda nuova tale da alterare l’oggetto sostanziale e i termini della controversia, con conseguente violazione del divieto di mutatio libelli, in quanto le rispettive azioni giudiziali si basano su fatti costitutivi differenti, cui corrisponde una diversa ripartizione dell’onere della prova. (2)

(1-2) LAVORO A PROGETTO: INVERSIONE DELL’ONERE DELLA PROVA
E PRESUNZIONE ASSOLUTA DI SUBORDINAZIONE

1. — La Corte di Cassazione, a quanto consta per la prima volta, prende posizione su alcuni aspetti della disciplina in materia di lavoro a progetto che, prima del suo superamento con l’art. 52 del d.lgs. n. 81/2015, avevano diviso gli interpreti.

In particolare, con la prima sentenza, la Suprema Corte si pronuncia sulla natura giuridica della presunzione di subordinazione di cui al comma 1 dell'art. 69, d.lgs. n. 276/2003.

Con la seconda sentenza, invece, la Corte pone l'attenzione sulla differente operatività dei commi 1 e 2 del citato art. 69, in quanto le rispettive azioni giudiziali, sebbene siano caratterizzate dal medesimo *petitum*, differiscono per *causa petendi* e per la ripartizione degli oneri probatori.

2. — In merito alla prima sentenza, la Suprema Corte prende posizione su un tema molto dibattuto in dottrina e giurisprudenza, qualificando come assoluta la presunzione di subordinazione di cui al comma 1 dell'art. 69, d.lgs. n. 276/2003: in mancanza di progetto, il rapporto di lavoro deve presumersi subordinato, senza che sia ammessa prova contraria. Conseguentemente, nel caso di specie, in carenza di un progetto specifico, la Corte ha riconosciuto al rapporto di lavoro natura subordinata, sebbene le prestazioni contestate presentassero effettivamente tutte le caratteristiche di un rapporto di lavoro autonomo.

La Corte delinea, difatti, le principali caratteristiche delle due ipotesi disciplinate dall'art. 69, rispettivamente ai commi 1 e 2, d.lgs. n. 276/2003.

La prima ha luogo qualora venga instaurato un rapporto di collaborazione privo di uno specifico progetto. In tal caso, opera *ex lege* la cd. «conversione»: i rapporti, cioè, «sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto».

La seconda, invece, è ravvisabile qualora, sebbene sia individuabile un progetto, le modalità con cui la prestazione è concretamente resa sono tali da riscontrare il carattere della subordinazione. In tal caso, il rapporto «si trasforma in un rapporto di lavoro subordinato corrispondente alla tipologia negoziale di fatto realizzatasi tra le parti».

In tema di «trasformazione», taluni sostengono che il giudice, anche nel caso in cui il progetto sia determinato, potrebbe comunque considerare simulato il contratto concluso tra le parti e qualificare il rapporto come subordinato, dal momento che il progetto richiesto dall'art. 62 del d.lgs. n. 276/2003 è requisito di forma *ad probationem* (Cosi: Pedrazzoli 2004, 748; T. Milano 10.11.2005, in *LG*, 2006, n. 10, 1005).

In tema di «conversione», invece, in dottrina e in giurisprudenza sono emerse posizioni contrastanti.

Un primo orientamento ha ritenuto che il termine «considerati» debba essere inteso quale mera presunzione assoluta, con conseguente conversione, in mancanza di un progetto, del rapporto di lavoro in subordinato, e suo assoggettamento alla relativa disciplina legale, e ciò anche perché il termine «sono considerati», utilizzato dal legislatore, sarebbe faticosamente riconducibile all'espressione «si presume che siano» (Cosi: Nuzzo 2008, 685; T. Milano 8.1.2007, in *RGL*, 2007, n. 3, II, 449; T. Milano 13.12.2012, in *ADL*, 2013, n. 3, I, 605).

A ciò si aggiunga, poi, l'impossibilità di attribuire all'organo giudicante il potere di valutare la natura subordinata o autonoma del rapporto nell'ipotesi di cui al comma 1 dell'art. 69. Tale potere spetterebbe solo nell'ipotesi di cui al comma 2 e, dunque, solo qualora ci sia un progetto valido. Se così non fosse, sarebbe ravvisabile una normativa sconnessa e duplicata all'interno di un medesimo articolo (Guastini 2004, 172).

La natura assoluta della presunzione, inoltre, non violerebbe le inderogabili garanzie sancite dagli artt. 35, 36 e 38 della Costituzione: non riconoscendo al committente la facoltà di fornire la prova contraria, verrebbero di fatto attribuite maggiori tutele al collaboratore. Tale natura emergerebbe, altresì, dal tenore letterale della medesima norma e, pertanto, non risulterebbe in contrasto neppure con l'art. 12 delle disposizioni preliminari al c.c. (Nuzzo 2008, 693; Cass., S. I., 6.4.2001, n. 5128, in *MGC*, 2001, n. 4, 727).

Secondo un altro orientamento, invece, la presunzione in oggetto deve essere considerata relativa, con la conseguenza che l'inesistenza di un progetto non escluderebbe *a priori* la natura autonoma della prestazione del lavoratore. La natura assoluta della presunzione violerebbe gli artt. 24, comma 1, e 3 della Costituzione, in quanto precluderebbe al committente la possibilità di dimostrare la diversa natura della prestazione ricevuta e, soprattutto, perché produrrebbe una disparità di trattamento finendo per imporre il medesimo trattamento normativo a situazioni diverse, e cioè a collaboratori autonomi e a lavoratori subordinati, nonché trattamento normativo differente a situazioni sostanzialmente equivalenti, e cioè a collaboratori autonomi il cui contratto sia privo di uno specifico progetto e a collaboratori a progetto il cui contratto sia perfetto. L'effetto sanzionatorio, dunque, risulterebbe sproporzionato e non giustificato (Cosi: Santoro Passarelli 2004, 27; Pinto 2004, 146).

In tal caso, il collaboratore godrebbe della presunzione di cui all'art. 2728, comma 1, c.c., mentre il committente dovrebbe provare la natura autonoma del rapporto. Conseguentemente, qualora il giudice riscontri che il rapporto di lavoro non presenti le caratteristiche *ex art.* 2094 c.c., pur se in carenza di uno specifico progetto, lo dovrà considerare quale mero e legittimo rapporto di lavoro autonomo *ex art.* 2222 c.c., e non un tipico rapporto di co.co.pro. (Cosi: Tartaglione 2003, II; Vallebona 2009, 185; e T. Ravenna 24.11.2005, in *LG*, 2006, n. 3, 273; T. Trapani 22.7.2010, in *Corriere del merito*, 2010, n. 11, 1041; *Contra*: De Fusco *et al.* 2003, XVIII; Martelloni 2010, 655; e C. App. Firenze 26.1.2010, in *RCDL*, 2010, n. 2, 419; C. App. Firenze 17.1.2012, in *Pluris*, 2012).

Il legislatore – con l'introduzione di una norma di interpretazione autentica, e precisamente con l'art. 1, comma 24, della l. n. 92/2012, ai sensi del quale «l'articolo 69, comma 1 [...] si interpreta nel senso che l'individuazione di uno specifico progetto costituisce elemento essenziale di validità del rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, la cui mancanza determina la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato», e ancora, al comma successivo, «le disposizioni di cui ai commi 23 e 24 si applicano ai contratti di collaborazione stipulati successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge» – ha qualificato tale presunzione come assoluta, specificando, altresì, che detta interpretazione dovrà trovare applicazione per i contratti di co.co.pro. sottoscritti dopo l'entrata in vigore della legge. Un interrogativo sorge però spontaneo: *quid iuris* per i contratti sottoscritti prima di tale data? La risposta a tale interrogativo è stata ben presto fornita sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza di merito: per i contratti antecedenti la presunzione non potrà che essere considerata relativa (C. App. Milano 14.5.2013, n. 511, in *DRI*, 2013, n. 4, con nota di Bubola, 1125). Questa conclusione non sembrerebbe, però, avallata dalla giurisprudenza di legittimità. Difatti, la Suprema Corte con la sentenza in oggetto, sebbene non affronti in maniera esplicita la suddetta questione, pronunciandosi su

contratti di lavoro a progetto precedenti alla introduzione della summenzionata norma, sembrerebbe lasciare intendere che anche per questi la presunzione di subordinazione abbia natura assoluta.

Invero, neppure l'intervento del legislatore ha risolto i dubbi interpretativi sino ad allora esistenti, finendo, anzi, per incrementarli. Già all'indomani della pubblicazione della legge, infatti, è stato eccepito il contrasto tra la presunzione assoluta di subordinazione e il principio costituzionale della «indisponibilità del tipo contrattuale». Sul punto, la dottrina ha da tempo evidenziato come sia vietato per il legislatore ricondurre *ex lege* a un tipo contrattuale rapporti corrispondenti di fatto ad altri tipi. Non si comprenderebbe, pertanto, quale sia la *ratio* per cui un rapporto di lavoro che si svolge in concreto come subordinato non possa essere qualificato per legge autonomo, mentre un rapporto di lavoro di fatto autonomo ben potrebbe essere e viene considerato dal legislatore subordinato per la sola mancanza di uno specifico progetto (Cosi: Pinto 2012, 12; Luciani 2010, 282; Vallebona 2005, 26). La possibilità di applicare «al contrario» il principio di indisponibilità del tipo contrattuale è stata però già esclusa dalla Suprema Corte, secondo la quale da tale preclusione può solo derivare «la estensione dei più favorevoli principi, garanzie e diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato» (Cass. 5.9.2005, n. 17759, in *RIDL*, 2006, n. 3, II, con nota di Avondola, 552).

3. — In merito alla seconda sentenza, è principio ormai consolidato che le modificazioni della domanda consentite nel processo del lavoro, *ex art.* 420 c.p.c., comma 1, sono solo quelle che integrino una mera *emendatio* e non una *mutatio libelli* (Cosi, Cass. 28.9.2015, n. 19142, in *MGC*, 2015, rv. 637192).

Nel caso di specie, il collaboratore, con il ricorso introduttivo, aveva dedotto esclusivamente il carattere subordinato della propria prestazione, *ex art.* 69, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, eccependo l'assenza, nel contratto, di uno specifico progetto, *ex art.* 69, comma 1, soltanto in corso di causa. Come precisato dalla Suprema Corte, tale eccezione costituisce domanda nuova tale da alterare l'oggetto sostanziale e i termini della controversia, con conseguente violazione del divieto di *mutatio libelli*.

La Suprema Corte sostiene che tale conclusione non sia in contrasto con la recente decisione delle S.U. del 15.6.2015, n. 12310, la quale, sebbene ammetta la modificabilità della domanda, qualora costituisca la soluzione più adeguata agli interessi della parte, fonda tale modificabilità sull'applicabilità dell'art. 183 c.p.c., esclusa nel rito del lavoro, ove la domanda è modificabile solo in presenza di gravi motivi e previa autorizzazione del giudice *ex art.* 420 c.p.c., comma 1.

In merito all'onere della prova, è principio consolidato che, ai sensi dell'art. 2697 c.c., colui che intende far valere in giudizio un diritto deve dimostrare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Il collaboratore/lavoratore, pertanto, dovrebbe allegare le concrete modalità di svolgimento del rapporto di lavoro instaurato con la controparte, utili a una sua qualificazione in termini di subordinazione, provando il fatto costitutivo della domanda, pena il rigetto del ricorso (Cosi, Cass. 19.3.2014, n. 6332, in *MGC*, 2014, rv. 630728).

Con la sentenza in commento, la Suprema Corte, confermando il principio della prima sentenza, ha precisato la ripartizione dell'onere della prova, a seconda che la domanda sia proposta ai sensi del comma 1 o del comma 2 del citato art. 69. Nel primo

caso, è onere del committente dimostrare, quale fatto impeditivo, la sussistenza di uno specifico progetto, mentre, nel secondo caso, il collaboratore dovrà provare le concrete modalità di svolgimento della prestazione e la loro corrispondenza all'ipotesi di cui all'art. 2094 c.c., con onere della prova integralmente a suo carico.

In conclusione, sebbene con le due sentenze in commento la Suprema Corte abbia affrontato aspetti salienti concernenti il contratto di co.co.pro. – precisando i caratteri delle due distinte ipotesi di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 69, d.lgs. n. 276/2003, e la diversa operatività del principio dell'onere della prova, finendo per riconoscere natura assoluta alla presunzione di subordinazione di cui al comma 1, come confermato dalla recente sentenza della Suprema Corte del 31.8.2016, n. 17448 –, taluni aspetti risultano poco chiari.

Stante l'importanza dell'argomento e le troppe diverse interpretazioni fornite nel tempo sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza, e nonostante l'avvenuto superamento del lavoro a progetto *ex art.* 52 del d.lgs. n. 81/2015, sarebbe auspicabile, ad avviso di chi scrive, un intervento chiarificatore della Suprema Corte a Sezioni Unite, al fine di eliminare i dubbi interpretativi che il citato art. 69 ha sollevato, solleva, e molto probabilmente continuerà a sollevare.

Riferimenti bibliografici

- Avondola A. (2006), *Una breccia nel muro invalicabile della indisponibilità qualificatoria nel diritto del lavoro?*, in *RIDL*, n. 3, II, 552 ss.
- Bubola G. (2013), *La legge n. 92/2012 come spartiacque tra presunzione relativa (prima) ed assoluta (dopo) di subordinazione*, in *DRI*, n. 4, 1125 ss.
- De Fusco E. *et al.* (2003), *Le collaborazioni dopo la riforma del mercato del lavoro*, in *GLav.*, n. 42, XI ss.
- Guastini R. (2004), *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano.
- Luciani V. (2010), *Lavoro a progetto, indisponibilità del tipo contrattuale e rimodulazione delle tutele*, in *RIDL*, I, 263 ss.
- Martelloni F. (2010), *La zona grigia tra subordinazione e autonomia e il dilemma del lavoro coordinato nel diritto vivente*, in *DRI*, n. 3, 647 ss.
- Nuzzo V. (2008), *Il lavoro a progetto e l'art. 69, primo comma, del d.lgs. n. 276/2003*, in *DLRI*, n. 120, 685 ss.
- Pedrazzoli M. (2004), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali (introduzione)*, in Montuschi L., *Il nuovo mercato del lavoro: commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Bologna, 657 ss.
- Pinto V. (2004), *Lavoro e nuove regole. Dal Libro bianco al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, Roma.
- Pinto V. (2012), *Prime chiose sulla nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, n. 151.
- Santoro Passarelli G. (2004), *Prime chiose alla disciplina del lavoro a progetto*, in *ADL*, n. 1, I, 27 ss.
- Tartaglione L. (2003), *Il contratto a progetto nella riforma Biagi*, in *GLav.*, n. 42, *Speciale*, II ss.

- Vallebona A. (2005), *Istituzioni di diritto del lavoro, Il rapporto di lavoro*, II, Cedam, Padova.
- Vallebona A. (2009), *Incostituzionalità del divieto di lavoro parasubordinato senza progetto e tentativi di salvataggio*, in Santoro Passarelli G., Pellacani G. (a cura di), *Subordinazione e lavoro a progetto*, Utet, Torino, 185 ss.

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

CASSAZIONE, 12.5.2016, n. 9759 – Pres. ed Est. Bronzini, P.M. Finocchi Ghersi (Conf.) – B.D. (avv. Rimmaudo) c. Poste italiane Spa (avv. Pessi). Conf. Corte d'Appello di Genova, 9.4.2013.

Licenziamento individuale – Sanzione disciplinare – Lavoratore tossicodipendente – Inadempimento contrattuale – Violazione del vincolo fiduciario – Estinzione e risoluzione del rapporto di lavoro – Legittimità.

È legittimo il licenziamento comminato al lavoratore tossicodipendente che abbia fatto venir meno il rapporto di fiducia con il datore di lavoro attraverso comportamenti contrari ai doveri assunti nei confronti di quest'ultimo e tali da recare pregiudizio alla regolarità del servizio e alla sicurezza dei terzi e di se stesso. (1)

(1) IL LICENZIAMENTO DEL LAVORATORE TOSSICODIPENDENTE:
PROFILI E IPOTESI DI LEGITTIMITÀ

1. — Con la sentenza n. 9759 del 12.5.2016, la Cassazione afferma la legittimità del licenziamento irrogato al lavoratore tossicodipendente nell'ipotesi in cui quest'ultimo comprometta irrimediabilmente il legame fiduciario esistente con il datore di lavoro, ponendo in essere comportamenti contrari ai doveri assunti verso quest'ultimo alla nascita del vincolo contrattuale e tali da rendere – in ogni caso – non ipotizzabile un futuro corretto adempimento della prestazione lavorativa promessa.

La Corte di Cassazione, nell'esaminare la vicenda a essa devoluta (riguardante un caso di licenziamento disciplinare comminato a una lavoratrice preposta alla consegna di corrispondenza rinvenuta, in orario di lavoro, in evidente stato confusionale a seguito dell'assunzione di sostanze stupefacenti) e nell'assumere la decisione in commento, approfondisce e chiarifica, in realtà, diversi aspetti – a oggi ancora controversi – afferenti i limiti e i casi in cui il datore di lavoro può validamente e legittimamente recedere dal rapporto di lavoro: aspetti considerati dal Supremo Collegio anche alla luce dello *status* di tossicodipendente vantato dal lavoratore nei cui confronti è stato disposto il licenziamento.

Più precisamente, la statuizione in annotazione, avallando tra l'altro la tesi già espressa dai giudici di secondo grado, affronta, con dovizia di particolari, due aspetti salienti emersi in corso di causa: la necessità – *rectius* l'obbligo – per il lavoratore (che voglia avvalersene) di richiedere l'aspettativa prevista in favore di chi versi in stato di tossicodipendenza prima della commissione dell'illecito disciplinare da cui trae origine il licenziamento e la necessità – *rectius* l'obbligo – per il datore di lavoro che intenda disporre il licenziamento disciplinare, a carico del lavoratore inadempiente, di compiere una valutazione in ordine alla possibilità del lavoratore stesso di assolvere (anche a seguito dell'episodio sanzionato e in futuro) gli obblighi discendenti dal rapporto di lavoro.

Quanto al primo profilo, l'attenzione degli Ermellini si è focalizzata – onde comprenderne i limiti di applicabilità nel caso di specie – su quella che rappresenta la *ratio* sottesa alla normativa, sia generale che speciale (costituita dalla l. 26 giugno 1990, n. 162, artt. 122 e 124, e dal d.P.R. 9 ottobre 1999, n. 309, e nel caso di specie anche all'art. 47 del Ccnl di categoria), volta a tutelare il lavoratore tossicodipendente che intenda accedere ai trattamenti terapeutici necessari al proprio recupero, ciò usufruendo del periodo di aspettativa *ex lege* previsto.

La finalità di tale norma è chiaramente quella di consentire al lavoratore di beneficiare, lasciando impregiudicata ogni prerogativa acquisita, di un periodo, più o meno ampio, di aspettativa dal lavoro onde sottoporsi a terapie mirate (prodromiche a un recupero totale o quanto meno parziale dallo stato di dipendenza da sostanze psicotrope e stupefacenti), e non, bensì, quella di giustificare eventuali illeciti disciplinari – come tali contrari agli obblighi *ex contractu* discendenti, primo fra tutti quello di adempiere puntualmente alla prestazione dovuta – indotti proprio dallo stato di tossicodipendenza.

Un'interpretazione di tal genere inficerebbe, difatti e ineluttabilmente, quello che è lo scopo della normativa posta a difesa di tale categoria di lavoratori: cioè favorire, attraverso la concessione di periodi di esonero dall'attività lavorativa, l'emersione del fenomeno, allo scopo di permettere al lavoratore, soddisfacendo contestualmente un interesse generale (tutela dell'ambiente lavorativo) e un interesse strettamente individuale (tutela della salute del lavoratore), di accedere a un programma di riabilitazione presso strutture specializzate, senza che il predetto allontanamento possa incidere o pregiudicare la prosecuzione del rapporto di lavoro.

Per tale motivazione, dunque, la Corte, conscia della reale portata delle disposizioni sopra richiamate, ha ribadito – prendendo spunto dalla vicenda fattuale e giuridica analizzata – come lo stato conclamato di dipendenza da sostanze stupefacenti non possa mai essere invocato quale esimente o addirittura giustificativo per violare gli impegni suggellati entro il contratto di lavoro, ma, viceversa, rappresenti un valido motivo affinché il datore di lavoro, ancor prima che il dipendente incorra in comportamenti lesivi del codice disciplinare, conceda a quest'ultimo un periodo di astensione dal lavoro per sottoporsi alle cure del caso.

Degno di attenzione, poi, si dimostra il profilo relativo all'onere del datore di lavoro di effettuare – prima di procedere a un licenziamento disciplinare – una valutazione (quanto più attenta e precisa possibile) circa l'effettiva e irreparabile rottura del rapporto fiduciario esistente con il lavoratore e circa l'impossibilità a ché il lavoratore, già destinatario della sanzione disciplinare, possa realmente, in una prospettiva futura, attenersi agli obblighi di condotta derivanti e connessi al rapporto di lavoro.

Sicuramente caposaldo di ogni rapporto lavorativo è il legame fiduciario che lega e si instaura tra datore di lavoro e dipendente. La collaborazione professionale, di qualsiasi forma e tipologia, si fonda, infatti, proprio sul predetto rapporto di fiducia, con obbligo inderogabile del lavoratore non solo di attenersi alle normali regole di diligenza nell'adempimento dell'obbligazione assunta alla nascita del rapporto di lavoro stesso, ma, altresì, di garantire la tutela degli interessi aziendali, evitando condotte che, anche solo astrattamente, possano arrecare danno e/o pregiudizio all'azienda, a terzi e a se stessi.

Per questa ragione, quindi, sussiste la possibilità per il datore di lavoro, considerata l'impossibilità di sanzionare il comportamento pregiudizievole del lavoratore con sanzioni meno afflittive e se del caso di tipo conservativo, di disporre nei confronti del proprio dipendente il licenziamento ogniqualvolta venga violato, in maniera insanabile e definitiva, il rapporto fiduciario creatosi con il lavoratore al momento dell'assunzione.

Con riferimento specifico, però, alla situazione in cui versa il lavoratore che fa uso abituale di sostanze stupefacenti, siffatta valutazione diviene ancor più rilevante e sotto alcuni profili ancor più delicata: difatti, facendo riferimento a un costante orientamento giurisprudenziale, è ormai indiscusso che la semplice dipendenza da sostanze stupefacenti non rappresenti una condizione sufficiente a legittimare il recesso del datore di lavoro ovvero il licenziamento (Sul punto, Cass. 26.5.2011, n. 7192, in *RFI*, 2011), gravando su quest'ultimo l'obbligo di appurare e di dimostrare – prima di disporre il licenziamento in capo al dipendente – che la lesione del rapporto fiduciario derivi direttamente dalla iterazione tra lo stato di tossicodipendenza e l'assolvimento delle mansioni delegate (Sul punto, Cass. 18.1.1999, n. 434, in *FI*, 1999, n. 6, I, 124, 1899; Cass. 13.2.1997, n. 1314 in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 1998, 346, e in *RIDL*, 1997, II, con nota di Ichino).

Nel caso vagliato dalla Cassazione, non viene, però, messa in alcun modo in discussione la portata del principio di diritto *ut supra*, ma, di contro, assume rilievo, ai fini della legittimità della determinazione datoriale, esclusivamente la circostanza che la lavoratrice, benché tossicodipendente, abbia ripetutamente – come da esplicita ammissione della stessa – violato i suoi obblighi contrattuali e, conseguentemente, reciso il rapporto di fiducia esistente, giungendo finanche a costituire un pericolo per se stessa e per i terzi (tornando al caso di specie, si rammenta che alla lavoratrice preventivamente sono state contestate più condotte illecite, quali, a titolo esemplificativo: allontanamento dalla zona di competenza per lo svolgimento delle proprie mansioni, utilizzo del mezzo aziendale per fini privati, induzione spontanea dello stato di incapacità e incoscienza, guida sotto effetto di sostanze psicotrope e stupefacenti).

Come sopra anticipato, la Cassazione nella pronuncia in commento evidenzia, inoltre, che per ritenere valido e legittimo il licenziamento disciplinare (seppur comminato al lavoratore tossicodipendente) è doveroso, altresì, riscontrare – in ogni caso – l'impossibilità per il datore di lavoro di compiere una valutazione positiva in ordine al successivo corretto adempimento, da parte del lavoratore che abbia già commesso illeciti disciplinari, delle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro.

Secondo un orientamento giurisprudenziale dominante, infatti, il licenziamento per giusta causa può considerarsi legittimo soltanto se, stimata in concreto ogni circostanza, la mancanza del lavoratore sia di tale gravità da far venir meno il rapporto fiduciario con il datore di lavoro, che si sostanzia nell'aspettativa di una parte circa il comportamento dell'altra parte e presuppone sempre una prognosi favorevole relativamente al puntuale adempimento – anche in futuro – di tutti gli obblighi che derivano dal contratto stesso (*Ex pluris*, Cass. 19.8.2004, n. 16291, in *Cd Cedam*, 2004).

La sentenza in analisi ricalca, dunque, pedissequamente l'orientamento della giurisprudenza sopra indicato, ritenendo applicabile – anche nel caso di specie – il principio di diritto in virtù del quale, per poter giudicare la correttezza della condotta posta in essere dal datore di lavoro, in sede di recesso, occorre prendere in debita consi-

derazione non solo i singoli comportamenti lesivi, già posti in essere dal lavoratore e debitamente sanzionati, ma anche l'attitudine e la propensione del lavoratore stesso a reiterare nuovamente i medesimi comportamenti illeciti.

Come debitamente sostenuto nel provvedimento analizzato, nel caso di specie, però, non sussisteva alcun elemento che potesse rendere verosimile o quanto meno ipotizzabile una prognosi favorevole in ordine al futuro corretto assolvimento, da parte della lavoratrice colpita da licenziamento, degli obblighi contrattuali assunti: come già dedotto, quest'ultima ha integrato, nel tempo e ben consapevole del proprio precario stato di salute, diverse condotte contrarie al codice disciplinare, tutte univocamente indirizzate a ledere interessi di tipo generale (preminemente gli interessi aziendali) e di tipo particolare (mettendo in pericolo l'incolumità personale e di terzi), esponendosi inevitabilmente alla sanzione poi concretamente adottata.

In conclusione, quindi, con la pronuncia in commento, i giudici di legittimità giungono a confermare la liceità del licenziamento disciplinare disposto dal datore di lavoro, a danno del lavoratore tossicodipendente, purché tale disposizione non si fondi sullo stato di tossicodipendenza vantato dal lavoratore – che, come affermato anche in altri precedenti giurisprudenziali, non legittima *ex se* il licenziamento – ma sia stata assunta a conclusione di un'attenta indagine finalizzata a verificare, da un lato, la definitiva compromissione del rapporto fiduciario sussistente tra datore di lavoro e lavoratore dipendente e, dall'altro, l'impossibilità di compiere una prognosi positiva riguardo al futuro corretto adempimento, da parte del lavoratore, delle obbligazioni scaturenti dal rapporto di lavoro.

Riferimenti bibliografici

- Bianchi D'Urso F., De Luca Tamajo R. (a cura di) (2006), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Giuffrè Editore, 263 ss.
- Buffa F., De Lucia G. (2007), *Lavoratore tossicodipendente*, in *Diritti e doveri dei lavoratori: casi pratici e lineamenti teorici*, Halley Editrice, 179 ss.
- Licata F. et al. (2015), *Lavoro e tossicodipendenza*, in *Gli stupefacenti disciplina ed interpretazione: legislazione ed orientamenti delle Corti superiori*, Giappichelli Editore, Torino, parte V, cap. 6, 595 ss.
- Vallebona A. (2015), *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli Editore, Torino, 335-379.

Carolina Fusco
Avvocato del Foro di Roma

I

CASSAZIONE, 2.2.2016, n. 1965 – Pres. Amoroso, Est. Berrino, P.M. Matera (Conf.) – R. Spa (avv.ti Scognamiglio, Lax) c. A.L. (avv.ti D’Amati, Costantini).
Conf. Corte d’Appello di Roma, 12.7.2010.

Mansioni e qualifica – Diritto all’inquadramento superiore – Interpretazione del contratto collettivo – Inquadramento superiore di altri lavoratori addetti alle medesime mansioni – Rilevanza.

Il diritto del lavoratore alla qualifica corrispondente alle mansioni svolte può fondarsi anche sull’esistenza di una prassi aziendale relativa all’assegnazione di tale inquadramento ai lavoratori addetti alle stesse mansioni, quale criterio interpretativo delle previsioni del contratto collettivo. (1)

II

TRIBUNALE NAPOLI, 17.3.2016 – Est. Lombardi – D.F. (avv. D’Andrea) c. P.I. Spa (avv. Cardaropoli).

Mansioni e qualifica – Diritto all’inquadramento superiore – Inquadramento superiore di altri lavoratori addetti alle medesime mansioni – Irrilevanza.

Non esistendo nel nostro ordinamento un principio che imponga al datore di lavoro di garantire la parità di inquadramento a tutti i lavoratori svolgenti le medesime mansioni, la circostanza che determinate mansioni siano affidate a dipendenti cui il datore di lavoro riconosca una qualifica superiore è del tutto irrilevante per il dipendente al quale, con diversa e inferiore qualifica, siano affidate le stesse mansioni. (2)

(1-2) IL DIRITTO ALLA QUALIFICA SUPERIORE PUÒ FONDARSI
ANCHE SU DI UNA PRASSI AZIENDALE

1. — Le sentenze in rassegna si soffermano sulla questione se il diritto di un lavoratore all’attribuzione di una qualifica superiore rispetto a quella di inquadramento possa fondarsi sull’attribuzione da parte del datore di tale qualifica ad altri lavoratori addetti alle medesime mansioni.

La prima pronuncia ha deciso una fattispecie attinente alla rivendicazione della

qualifica di capo redattore da parte di una giornalista che era stata per anni adibita, quale responsabile, al coordinamento e alla conduzione di una rubrica televisiva di approfondimento. In proposito, il Ccnl giornalisti stabilisce (art. 11) che la qualifica di caporedattore spetta al redattore al quale sia affidato il compito di dirigere, anche sotto il profilo del coordinamento dell'utilizzo delle tecnologie, l'attività di servizi della redazione centrale secondo le disposizioni impartite dalla direzione (Sul punto, vd. Mutarelli 2014).

Dall'istruttoria raccolta in primo grado era emerso che la lavoratrice, nello svolgimento delle proprie mansioni, coordinava una struttura redazionale, si occupava del coordinamento delle attività di utilizzo delle tecnologie e curava direttamente il rapporto con la direzione della testata. Il Tribunale aveva altresì accertato l'esistenza di una prassi aziendale secondo cui i responsabili di singole rubriche ricevevano il trattamento economico dei caporedattori. Su tali presupposti, dunque, il Tribunale aveva accolto la domanda della lavoratrice, e la sentenza, appellata dalla società datrice, aveva trovato conferma in sede di gravame. La società datrice, quindi, aveva promosso il ricorso per cassazione articolato su vari motivi, rilevando in particolare che il giudice del gravame aveva violato l'interpretazione letterale della norma del Ccnl confondendo la direzione di «attività di servizi della redazione centrale» con la responsabilità di una mera «rubrica di approfondimento delle notizie», così sovrapponendo al requisito imposto dalla lettera della norma contrattuale le proprie valutazioni circa la qualità e la rilevanza delle rubriche radiotelevisive. Inoltre, secondo la società, la motivazione della Corte d'Appello era errata e contraddittoria nella misura in cui aveva attribuito rilevanza alla circostanza che ad altri responsabili di rubriche fosse stata attribuita la qualifica di caporedattore.

La Cassazione, nel respingere il ricorso, ha osservato innanzitutto che l'espressione «attività di servizi» contenuta nel Ccnl giornalisti è «talmente ampia da impedire di ritenere che si siano volute escludere dal novero dei servizi anche le rubriche di approfondimento delle notizie diffuse nel corso dei notiziari e dei telegiornali, che rappresentano, per la loro particolare qualità, un momento altrettanto significativo di quello del loro confezionamento, trattandosi, in ultima analisi, della stessa materia oggetto di divulgazione per mezzo dei sistemi radiotelevisivi». Inoltre, ad avviso del Supremo Collegio, la sentenza che aveva deciso il gravame doveva ritenersi esente da vizi di motivazione, in quanto la Corte territoriale aveva dato rilevanza all'esistenza della prassi aziendale «come elemento interpretativo concorrente all'esegesi, favorevole alla lavoratrice, della norma collettiva oggetto di disamina».

Diverso, in relazione a tale profilo, è il risultato cui è pervenuta la seconda pronuncia riportata in epigrafe, che ha deciso il giudizio instaurato da un dipendente di un'azienda di servizi postali che, inquadrato nel livello «A2-ruolo professional» del relativo Ccnl, rivendicava il diritto al superiore inquadramento nel livello «A1-professional master» sull'assunto, tra l'altro, che altri lavoratori addetti alle sue stesse mansioni erano appunto inquadrati nel superiore livello rivendicato.

Sebbene l'istruttoria svolta avesse comprovato che al ricorrente erano affidate mansioni analoghe a quelle di lavoratori inquadrati nel livello superiore, il Tribunale ha ritenuto irrilevante tale circostanza valorizzando, ai fini del rigetto del ricorso, gli elementi testuali contenuti nelle definizioni delle corrispondenti declaratorie contrattuali.

2. — Come è noto, la domanda di inquadramento superiore esige che il giudice segua un procedimento articolato in più fasi: 1. preliminare accertamento in fatto delle attività svolte dal lavoratore in concreto; 2. individuazione delle qualifiche previste dal contratto collettivo di categoria; 3. successivo raffronto tra le mansioni concretamente svolte e quelle previste dalla contrattazione collettiva in relazione all'inquadramento rivendicato (Vd., *ex multis*, Cass. 28.4.2015, n. 8589, in *DeJure*; Cass. 24.3.2004, n. 5942, in *RIDL*, 2005, n. 2, II, 657).

Ai fini del superiore inquadramento deve quindi sussistere una piena corrispondenza tra mansioni svolte e qualifica contrattuale (Cass. 19.1.1999, n. 576, in *FI*, 1999, n. 3, I, 850; T. Milano 15.2.2013, in *LG*, 2013, n. 6, 622. In dottrina, Maresca 1978; Brollo 1997, 346 ss.), e il lavoratore che agisce in giudizio per ottenere l'inquadramento in una qualifica superiore ha l'onere di allegare e di provare tutti gli elementi posti a base della domanda, tra i quali, in particolare, i profili caratterizzanti le mansioni di detta qualifica, raffrontandoli altresì espressamente con quelli concernenti le mansioni che egli deduce di avere concretamente svolto (T. Catanzaro 16.5.2014, in *LG*, 2014, n. 6, 613).

In quest'ottica è alquanto ricorrente in giurisprudenza l'affermazione secondo cui il raffronto non va compiuto in relazione alla formale qualifica posseduta da altri lavoratori addetti alle stesse mansioni, ma esclusivamente tra le mansioni svolte e quelle previste dalla contrattazione collettiva in relazione all'inquadramento invocato, in quanto, non sussistendo nel nostro ordinamento un principio di parità di trattamento nei rapporti interprivati, la circostanza che determinate mansioni siano affidate a dipendenti cui il datore di lavoro riconosca una qualifica superiore è del tutto irrilevante per il dipendente al quale, con diversa e inferiore qualifica, siano affidate le stesse mansioni (Cass. 11.2.2009, n. 3366, in *OGI*, n. 1, 77; Cass. 19.7.2007, n. 16015, in *MGL*, 2007, n. 8, 899. In dottrina, Brollo 1997, 59 ss.; vd. anche Ichino 2000, 544 ss.).

Tale orientamento, cui si è uniformato il Tribunale di Napoli con la seconda pronuncia riportata in epigrafe, non sembra tenere conto del diverso profilo valorizzato dalla Cassazione con la prima pronuncia in rassegna, la quale, affermando invece la possibile rilevanza sul piano interpretativo dell'inquadramento di altri dipendenti nel giudizio promosso per rivendicare l'attribuzione di una qualifica superiore, è giunta a mitigare la severità del principio dell'irrilevanza di una tale comparazione.

3. — In passato la Suprema Corte aveva già affermato la legittimità del confronto con le mansioni svolte da altri lavoratori al fine di identificare una prassi aziendale volta a collegare una specifica qualifica all'assolvimento di determinate mansioni (Cass. 21.10.1987, n. 7766, in *FI*, 1987, n. 4, I, 1367), anche in deroga alle previsioni del contratto collettivo (Cass. 6.10.1993, n. 9899, in *FI*, 1994, n. 5, I, 1500; Cass. 20.1.1986, n. 359, in *FI*, 1986, n. 5, I, 1373). La pronuncia della Cassazione in esame, tuttavia, si segnala perché perviene a tale risultato attraverso una rigorosa applicazione dei criteri legali di interpretazione dei contratti.

In proposito va ricordato che, secondo un orientamento ormai pacifico, le disposizioni degli accordi e dei contratti collettivi di diritto comune non rientrano tra le fonti del diritto oggettivo, ma costituiscono atti privatistici di natura negoziale, la cui interpretazione va compiuta alla luce dei canoni di ermeneutica fissati dagli artt. 1362 ss. c.c. (Vd. già Cass. 19.1.1988, n. 386, in *MGC*, 1988, n. 1, 1838). Da questo pun-

to di vista, uno specifico rilievo interpretativo può assumere anche il comportamento tenuto dalle parti successivamente alla sottoscrizione del contratto (Vd. Pisani 1990; Pisani 2015), e la prassi aziendale va considerata quale strumento di interpretazione del contratto di lavoro e di integrazione della volontà dei contraenti (Cass. 25.7.1996, n. 6690, in *MGC*, 1996, 1043).

In tema di interpretazione dei contratti collettivi nazionali di lavoro, il controllo della volontà delle parti in riferimento all'incluso del negozio si esplicita in un'indagine di fatto, affidata al giudice di merito e censurabile in sede di legittimità soltanto qualora la motivazione sia inadeguata ovvero in caso di violazione dei canoni legali di interpretazione contrattuale di cui agli artt. 1362 ss. c.c. Infatti, a causa di ciò, il ricorrente per cassazione non dovrà fare solamente esplicito riferimento alle regole legali di interpretazione mediante una dettagliata indicazione delle norme violate e dei principi in esse contenuti, ma dovrà precisare come e con quali affermazioni il giudice di merito si sia discostato dai canoni legali assunti come violati o se lo stesso li abbia applicati sulla base di argomentazioni illogiche o insufficienti, non essendo permesso il riesame in sede di legittimità (Cass. 11.10.2013, n. 23174, in *RGL*, 2014, n. 3, II, 493).

Peraltro, l'utilizzo del criterio complementare della prassi aziendale nell'interpretazione del Ccnl può farsi derivare anche direttamente dall'art. 1363 c.c., atteso che «nell'interpretazione del contratto collettivo di diritto comune un ruolo preminente e del tutto particolare deve essere assegnato alla regola di cui all'art. 1363 c.c., stante la natura complessa e particolare dell'*iter* formativo della contrattazione sindacale, la non agevole ricostruzione della comune volontà delle parti contrattuali attraverso il mero riferimento al senso letterale delle parole, l'articolazione della contrattazione su diversi livelli (nazionale, provinciale, aziendale ecc.), la vastità e complessità della materia trattata in ragione dei molteplici profili della posizione lavorativa (con ricorso a strumenti sconosciuti alla negoziazione tra parti private, quali preamboli, premesse, note a verbale ecc.), il particolare linguaggio in uso nel settore delle relazioni industriali, non necessariamente coincidente con quello comune e, da ultimo, il carattere vincolante che non di rado assumono nell'azienda l'uso e la prassi» (Così testualmente si legge nella motivazione della sentenza in esame, che richiama Cass. 21.5.2009, n. 11834, in *LG*, 2009, n. 9, 1045).

Sulla base di tale *iter* argomentativo, la Suprema Corte ha quindi affermato che la prassi aziendale può assumere rilievo come criterio complementare per l'interpretazione delle clausole contrattuali che definiscono l'inquadramento dei lavoratori, confermando la correttezza dell'operato della Corte territoriale che, avendo accertato la ricorrenza di una prassi aziendale circa l'attribuzione della qualifica di caporedattore ai colleghi della ricorrente che svolgevano mansioni analoghe a quest'ultima, le ha riconosciuto il diritto all'inquadramento nel livello superiore rivendicato.

Riferimenti bibliografici

- Brollo M. (1997), *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, Giuffrè, Milano.
- Ichino P. (2000), *Il contratto di lavoro*, vol. I, Giuffrè, Milano.

- Maresca A. (1978), *La promozione automatica del prestatore di lavoro secondo l'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, in *RGL*, n. 2, I, 413 ss.
- Mutarelli M.M. (2014), *Le qualifiche dei giornalisti nel contratto collettivo nazionale di lavoro*, in *DRI*, n. 4, 1063 ss.
- Pisani C. (1990), voce *Mansioni del lavoratore*, in *EGT*, vol. XIX, Treccani, Roma.
- Pisani C. (2015), *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Giappichelli, Torino.

Dario Calderara
Dottore in Giurisprudenza
presso la «Sapienza» Università di Roma

I

CASSAZIONE, 27.1.2016, n. 1521 – Pres. Macioce, Est. Blasutto, P.M. Matera (Conf.) – Croce rossa italiana (Avvocatura Generale dello Stato) c. B.L. + 13 (avv.ti Pallini, Scarpelli).
Conf. Corte d'Appello di Milano, 21.10.2013.

Contratto a termine – Principio di non discriminazione – Corresponsione del compenso incentivante – Insussistenza di ragioni oggettive di incompatibilità.

Deve essere esclusa in radice una incompatibilità ontologica del compenso incentivante con i rapporti di lavoro a tempo determinato. (1)

II

CASSAZIONE, 8.1.2016, n. 152 – Pres. Macioce, Est. Buffa, P.M. Matera (Conf.) – Croce rossa italiana (Avvocatura Generale dello Stato) c. G.L. (avv.ti Alfonsi, Della Corte).
Conf. Corte d'Appello di Roma, 20.6.2012.

Contratto a termine – Principio di non discriminazione – Corresponsione del compenso incentivante – Insussistenza di ragioni oggettive di incompatibilità.

La mancata corresponsione del compenso incentivante ai dipendenti a tempo determinato, in virtù di contratti ripetutamente prorogati, è in contrasto con il principio di non discriminazione introdotto dalla Direttiva n. 1999/70/Ce, anche alla luce della disciplina contrattuale collettiva in materia. (2)

(1-2) IL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE DEI LAVORATORI A TERMINE

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il fatto. — 3. Il principio di non discriminazione: profili applicativi ed eccezioni. — 4. Natura, funzione e criteri del compenso incentivante. — 5. Osservazioni conclusive.

1. — *Premessa* — Il principio di non discriminazione tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato sembra ormai un dato pacifico nel nostro ordinamento: l'art. 6, d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, in attuazione della Direttiva n. 1999/70/Ce, ha recepito la clausola 4 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato Unice, Ceep e Ces del 18 marzo 1999, sancendo che «al prestatore di lavoro con contratto a tempo determinato spettano le ferie e la gratifica natalizia o la tredicesima mensilità, il

trattamento di fine rapporto e ogni altro trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili, intendendosi per tali quelli inquadrati nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva, e in proporzione al periodo lavorativo prestato sempre che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine» (1).

Eppure, alla luce del recente e vivace contenzioso in materia, in cui spiccano cronologicamente e per esaustività le pronunce di legittimità in commento, si rileva che questo principio non sia poi così assodato o, quantomeno, necessiti di un ulteriore approfondimento per renderlo ancora più aderente alle molteplici applicazioni pratiche.

Non può sfuggire all'interprete il tentativo di concretezza operato dal legislatore italiano: l'art. 6, d.lgs. n. 368/2001 (2) – applicabile *ratione temporis* ai casi in epigrafe –, presenta una dettagliata elencazione, a scopo esemplificativo, dei trattamenti economici e normativi (ferie, tredicesima mensilità, Tfr) (3), per poi concludere con un'espressione di chiusura, onnicomprensiva, che abbraccia «ogni altro trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili».

Al riguardo, è opportuno chiedersi se il cd. compenso incentivante, cioè il premio di produttività previsto dalla contrattazione collettiva, rientri in quest'ampia previsione oppure sia una delle eccezioni al divieto di discriminazione perché sussisterebbero ragioni di incompatibilità con la natura temporanea del contratto.

Il secondo punto da affrontare consiste nell'individuare se l'autonomia collettiva affronta tale questione e in quale modo.

Questo è il «cuore» delle vicende processuali in esame, concernenti la mancata corresponsione ai dipendenti a termine dei compensi incentivanti riconosciuti ai dipendenti a tempo indeterminato comparabili.

2. — *Il fatto* — Per comprendere appieno la questione è indispensabile una – seppur rapida – ricostruzione dei fatti sottesi alle due pronunce annotate, scelte come esempi di un ormai uniforme orientamento giurisprudenziale di merito (4) e di legittimità (5).

(1) Articolo abrogato dall'art. 55, comma 1 lett. b, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, e sostanzialmente trasfuso nell'art. 25 del medesimo d.lgs. n. 81/2015.

(2) L'originaria clausola 4 del citato Accordo quadro stabilisce semplicemente che, «per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive».

(3) È opportuno segnalare che l'art. 25, d.lgs. n. 81/2015, in cui è stato trasfuso il principio di non discriminazione per i lavoratori a termine, adotta una formulazione letterale più generica («Al lavoratore a tempo determinato spetta il trattamento economico e normativo in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili...»), senza alcuna elencazione, così più aderente alla clausola 4 dell'Accordo quadro.

(4) T. Aosta 9.3.2016, n. 29; T. Milano 18.11.2014, n. 3387; C. App. Perugia 12.8.2014, n. 108; T. Torino 21.7.2014, n. 1205; T. Milano 18.6.2014, n. 1645; T. Milano 18.5.2012, n. 2540; T. Milano 12.9.2011, n. 3965; T. Milano 30.6.2011, n. 3182, tutte in *DeJure*.

(5) Cass. 3.8.2016, n. 16112; Cass. 15.7.2016, n. 14454; Cass. 27.5.2016, n. 11058; Cass. 3.5.2016, n. 8660; Cass. 29.12.2015, n. 26007; Cass. 30.11.2015, n. 24376; Cass. 17.11.2015, n. 23487, tutte in *DeJure*.

I lavoratori, dipendenti della Croce rossa italiana in forza di contratti a termine più volte prorogati, lamentano la mancata corresponsione nei loro confronti dei compensi incentivanti gravanti sul Fondo per i trattamenti accessori del personale e previsti dagli artt. 31 e 32 del Ccnl 1998/2001 per gli enti pubblici non economici.

Tali premi di produttività sono stati, invece, erogati ai lavoratori a tempo indeterminato che hanno svolto le medesime mansioni e sono stati calcolati in base a meccanismi cd. «a pioggia», cioè legati esclusivamente al livello di inquadramento e alle presenze.

I Tribunali di Roma e di Monza, applicando il principio di non discriminazione, alla luce della disciplina comunitaria e nazionale, nonché delle previsioni della contrattazione collettiva, condannano la Croce rossa italiana alla corresponsione di tali trattamenti accessori anche ai lavoratori a tempo determinato. Confermano tali decisioni anche le Corti d'Appello di Roma e di Milano.

Avverso queste pronunce, la Cri ricorre per cassazione, essenzialmente sostenendo che la corresponsione di un compenso incentivante sia incompatibile con la natura temporanea del rapporto.

La Suprema Corte, in entrambi i casi esaminati, ritiene infondati i motivi addotti, rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio.

3. — *Il principio di non discriminazione: profili applicativi ed eccezioni* — Il principio di non discriminazione dei lavoratori a termine rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato è il primo obiettivo indicato nella clausola 1, lett. *a*, del citato Accordo quadro del 1999: garantirne l'effettività è sicuramente uno degli strumenti più efficaci non solo per «migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato», ma anche per evitarne un utilizzo abusivo o fraudolento (6).

Per tale ragione, nel bilanciamento degli interessi in gioco – quello del datore di lavoro di commisurare di volta in volta la forza lavoro alle esigenze produttive e quello del lavoratore alla stabilità del rapporto –, l'ordinamento (comunitario prima e nazionale poi) interviene per tessere una trama protettiva nei confronti dei lavoratori flessibili, tentando di scoraggiare trattamenti «al ribasso» nei rapporti non standard (7).

Il primo argine apprestato è proprio l'introduzione del principio di non discriminazione, cioè il divieto di trattare i lavoratori a termine in maniera deteriore rispetto ai dipendenti a tempo indeterminato, come espressamente affermato dalla clausola 4

(6) Clausola 1, lett. *b*.

(7) Tale preoccupazione del legislatore italiano è riscontrabile sia nella cd. riforma Fornero, introdotta con la l. 28 giugno 2012, n. 92, sia nella più recente e ampia riforma del mercato del lavoro denominata *Jobs Act*, avviata con la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183. Per quanto riguarda specificamente il contratto a tempo determinato, basti pensare alla previsione di un maggior gravame contributivo a carico del datore di lavoro, pari all'aliquota addizionale dell'1,4% della retribuzione imponibile ai fini previdenziali: vd. art. 2, comma 28, l. n. 92/2012. Per un approfondimento sul punto, vd. Santoro Passarelli 2014, XIII. Anche la nuova disciplina sui licenziamenti prevista dal d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, rivela l'intenzione governativa di rendere «più conveniente e appetibile per le imprese l'assunzione a tempo indeterminato, così contribuendo a dirottare una maggior quota della domanda di lavoro dai contratti di lavoro non standard al contratto, appunto, a tempo indeterminato»: Scarpelli 2015, 2. Per un approfondimento ad ampio raggio su contratto a termine e stabilità del lavoro, vd. Saracini 2013.

dell'Accordo quadro, che può essere considerata «obiettivo e criterio ordinatore dell'intera disciplina» (8).

Il legislatore italiano, nel recepire la direttiva comunitaria, va oltre e traduce il divieto in chiave «positiva»: da «non possono essere trattati in modo meno favorevole» a «al prestatore di lavoro con contratto a tempo determinato spettano...». Si può interpretare come un rovesciamento o ampliamento delle tecniche di tutela: dal mero divieto di discriminazione alla parità di trattamento (9), salvo che «non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine» (10).

Comunque, sia l'Accordo quadro del 1999 sia il decreto legislativo del 2001 prevedono l'applicabilità (11) del principio *pro rata temporis*, calcolando i trattamenti spettanti «in proporzione al periodo lavorativo prestato».

Il termine di confronto sul quale parametrare i trattamenti normativi e retributivi applicabili (12) consiste nei lavoratori con contratto a tempo indeterminato «comparabili», cioè, in base all'interpretazione autentica fornita dallo stesso art. 6, d.lgs. n. 368/2001, «quelli inquadrati nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva».

È un criterio valutabile in concreto o in astratto?

La lettera della legge pone come condizione necessaria e sufficiente che i lavoratori – a tempo determinato e indeterminato – siano inquadrati nello stesso livello contrattuale, a prescindere dall'effettivo svolgimento delle medesime mansioni. L'art. 6 citato, infatti, non ha accolto la più stringente definizione offerta dal comma 2 della clausola 3 dell'Accordo quadro, che descrive il «lavoratore a tempo indeterminato comparabile» come «un lavoratore con un contratto o un rapporto di lavoro di durata indeterminata appartenente allo stesso stabilimento e addetto a lavoro/occupazione identico o simile, tenuto conto delle qualifiche/competenze» (13).

A ogni buon conto, la Suprema Corte, nelle sentenze in esame, *ad abundantiam*, specifica che i lavoratori a termine «avevano svolto le medesime mansioni del personale di ruolo» (14) per assicurare l'espletamento delle funzioni istituzionali dell'ente (15).

Inoltre, come più volte ribadito dalla Cassazione nelle pronunce in commento, non siamo di fronte a un rapporto lavorativo di breve durata, in quanto «protratto per anni, per la reiterazione di contratti a termine senza soluzione di continuità» (16), che ha dato vita a una sorta di *stabile precarietà*, in cui le prestazioni svolte dai lavoratori a termine e a tempo indeterminato risultano sostanzialmente fungibili.

(8) Sciarra 2007, 12.

(9) Sulla distinzione tra divieto di discriminazione e parità di trattamento, vd. Santoro Passarelli 2015, 298; Russo 2014, 493; Novella 2012, 286; Centini 2007, 2434. Al riguardo, è opportuno sottolineare che nella giurisprudenza comunitaria la parità di trattamento è intesa come «assenza di discriminazione»: cfr. C. Giust. 29.10.2009, C-63/08, *Pontin*; C. Giust. 27.5.2004, C-285/02, *Elsner-Lakeberg*, entrambe in www.curia.europa.eu.

(10) Art. 6, d.lgs. n. 368/2001.

(11) La locuzione «se del caso» riportata nel comma 2 della clausola 4 dell'Accordo non è riprodotta nell'art. 6, d.lgs. n. 368/2001.

(12) Moriglia 2002, 173.

(13) Sul punto, vd. C. Giust. 9.7.2015, C-177/14, *Regojo*, in www.curia.europa.eu.

(14) Cass. 27.1.2016, n. 1521.

(15) Cass. 8.1.2016, n. 152.

(16) Cass. n. 1521/2016, cit.

Nulla quaestio, pertanto, sulla comparabilità tra tali lavoratori al fine dell'individuazione dei trattamenti applicabili, ma resta aperto l'interrogativo sulla loro concreta attuazione.

Alla parità di trattamento e al divieto di discriminazione, «che fanno parte dei principi generali del diritto comunitario [...] deve essere riconosciuta una portata generale, in quanto costituiscono norme di diritto sociale comunitario di particolare importanza, di cui ogni lavoratore deve usufruire in quanto prescrizioni minime di tutela» (17).

L'unica eccezione è costituita dalla sussistenza di «ragioni oggettive» (18): copiosa è su questo punto la giurisprudenza comunitaria (19).

Cosa si intende per ragioni «oggettive»?

Innanzitutto, deve trattarsi di motivazioni suffragate da elementi precisi e concreti, circostanziati, «relativi in particolare all'attività di cui trattasi e alle condizioni del suo esercizio» (20). La differenza di trattamento non può basarsi su mere presunzioni, su considerazioni generali e astratte, ma deve essere fondata su «criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se tale disparità risponda a una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria» (21).

Come più volte ribadito, la mera apposizione del termine, cioè il carattere temporaneo del rapporto di lavoro, «non può costituire, di per sé, una ragione oggettiva ai sensi di tale clausola dell'Accordo quadro» (22), in quanto ciò vanificherebbe lo scopo per cui la direttiva è stata emanata.

Nel recepire la norma comunitaria, il legislatore italiano è stato ancora più rigoroso, in quanto l'art. 6, d.lgs. n. 368/2001, indica come limite all'applicazione del principio di non discriminazione soltanto l'obiettivo incompatibilità dei trattamenti con la natura del contratto a termine (23).

Proprio questo è lo snodo fondamentale del ricorso avanzato dalla Croce rossa italiana, che dichiara – senza, però, assolvere all'onere probatorio – la sussistenza di un'ontologica incompatibilità tra i rapporti temporanei dei lavoratori e la corresponsione di un premio fondato sul presupposto di una continuità di impegno.

(17) C. Giust. 13.9.2007, C-307/05, *Del Cerro*, in www.curia.europa.eu. Nel caso di specie, la Corte di Giustizia afferma che, in materia di scatti di anzianità, la clausola 4 dell'Accordo quadro «osta all'introduzione di una disparità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato giustificata dalla mera circostanza di essere prevista da una disposizione legislativa o regolamentare di uno Stato membro ovvero da un contratto collettivo».

(18) Clausola 4 dell'Accordo quadro.

(19) Per un approfondimento, vd. Aimo 2012, 147; Giubbioni 2011, 265.

(20) C. Giust. 4.7.2006, C-212/04, *Adeneler*, in www.curia.europa.eu, che, in realtà, affronta la problematica della sussistenza di ragioni obiettive alla luce della clausola 5 del citato Accordo quadro, in materia di rinnovo dei contratti a tempo determinato.

(21) C. Giust. 22.12.2010, C-444/09 e C-456/09, *Gavieiro e Torres*, in www.curia.europa.eu. Nei casi di specie, la Corte di Giustizia ha ritenuto che l'indennità per l'anzianità di servizio rientri nell'ambito di applicazione della clausola 4 dell'Accordo quadro del 1999 in quanto costituisce una condizione d'impiego. Pertanto, «i lavoratori a tempo determinato possono opporsi a un trattamento che, al di fuori di qualsiasi giustificazione obiettiva, sia meno favorevole di quello riservato ai lavoratori a tempo indeterminato che si trovano in una situazione comparabile».

(22) C. Giust. C-444/09 e C-546/09, cit.; C. Giust. C-307/05, cit.

(23) Sul punto, vd. Mobiglia 2002, 186.

A sostegno della propria tesi, l'ente ricorrente allega un precedente della Suprema Corte (24), in cui viene negato il riconoscimento a lavoratori assunti con contratto di formazione e lavoro di un emolumento accessorio collegato a una valutazione professionale (25) e a un lasso di tempo considerato apprezzabile (26).

Completamente diversa è, però, la situazione su cui vertono i casi in commento, in quanto «ben più ampia di pochi mesi è stata la durata dei contratti a tempo determinato [...] e con tal durata essendo del tutto compatibile la finalità incentivante di risultati da conseguire nell'ambito di obiettivi oggetto di programmi».

A fortiori, è opportuno evidenziare la natura di datore di lavoro pubblico dell'ente ricorrente, per cui ai rapporti di lavoro oggetto della controversia si applica l'art. 45, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 – nella formulazione previgente, *ratione temporis* –, che garantisce ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche – senza alcuna specificazione concernente la durata del rapporto (27) – «parità di trattamento contrattuale e comunque trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi».

Tale principio è confermato anche dalla contrattazione collettiva, considerato che l'art. 16 del Ccnl enti pubblici non economici relativo al quadriennio normativo 1994-1997 (28) dispone che «al personale assunto a tempo determinato si applica il trattamento economico e normativo previsto per il personale assunto a tempo indeterminato».

Anche la giurisprudenza comunitaria si è pronunciata sulla questione, affermando che la Direttiva n. 1999/70/Ce e l'Accordo quadro «si applicano ai contratti e rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e gli altri enti che prestano un servizio di interesse pubblico» (29) e «richiedono che sia esclusa qualsiasi differenza di trattamento tra i dipendenti pubblici di ruolo e i dipendenti pubblici temporanei comparabili di uno Stato membro per il solo motivo che questi ultimi lavorano a tempo determinato, a meno che la differenza di trattamento non sia giustificata da ragioni oggettive nell'accezione di cui alla clausola 4, punto 1, di detto Accordo quadro» (30).

4. — *Natura, funzione e criteri del compenso incentivante* — Per fugare ogni dubbio sulla sussistenza di ragioni di incompatibilità tra il controverso premio di produt-

(24) Cass. 3.3.2014, n. 4911, in *DeJure*.

(25) Nella specie, una nota di qualifica superiore al giudizio di «mediocre».

(26) I rapporti di lavoro sottoposti al vaglio giudiziale erano durati soltanto pochi mesi. Per completezza, è opportuno precisare che nel caso di specie il trattamento accessorio era stato negato anche ad alcuni lavoratori a tempo indeterminato, in quanto corrisposto, sulla base della valutazione della «continuità e pienezza di partecipazione all'attività aziendale», solo ai dipendenti risultanti già in forza nel primo semestre dell'anno di riferimento.

(27) L'impiego di forme contrattuali flessibili è riconosciuto alle pubbliche amministrazioni dall'art. 36, d.lgs. n. 165/2001.

(28) Richiamato o, comunque, confermato nei successivi rinnovi contrattuali.

(29) C. Giust. 12.12.2013, C-361/12, *Carratù*, in *RGL*, 2014, n. 2, II, 241, con nota di Nunin.

(30) C. Giust. 8.9.2011, C-177/10, *Rosado Santana*, in *www.curia.europa.eu*. Nel caso di specie, al ricorrente – dipendente pubblico di ruolo – era stato negato l'accesso a un concorso interno, in quanto non erano stati computati i precedenti periodi di servizio svolti presso l'amministrazione pubblica con contratti a tempo determinato. La Corte di Giustizia afferma che la mera temporaneità del rapporto non giustifica la disparità di trattamento.

tività e la natura – stabilmente – temporanea dei rapporti di lavoro dei controricorrenti è indispensabile qualche riflessione sulla natura e sulla funzione del compenso incentivante. Innanzitutto, tale istituto comprende «ogni elemento della retribuzione direttamente finalizzato a un miglioramento quantitativo e qualitativo della prestazione di lavoro» (31). Si tratta, quindi, di una variabile, che, inserita nell'articolato panorama della retribuzione (32), sta assumendo sempre più spazio e rilievo sia nell'ambito delle relazioni industriali (33) sia come strumento di gestione del personale (34).

Le finalità di tali emolumenti sono molteplici e variegate, in quanto attengono non soltanto alla sfera dell'incentivazione personale al fine di una prestazione lavorativa più intensa e produttiva, ma possono essere adottate anche come un meccanismo di fidelizzazione dei dipendenti attraverso la realizzazione di una sorta di sistema di *welfare* aziendale (35).

A questi profili si aggiunge anche la previsione – dapprima in via sperimentale (36), poi saltuaria (37) e recentemente introdotta in maniera strutturale (38) – di agevolazioni fiscali sui compensi corrisposti. Alla luce della legge di stabilità 2016, a tali premi di risultato si applica un'imposta sostitutiva pari al 10%, purché correlati «a incrementi di produttività, redditività, qualità, efficienza e innovazione, misurabili e verificabili sulla base dei criteri definiti» con apposito decreto interministeriale (39) ed «erogati in esecuzione dei contratti aziendali o territoriali» (40) di cui all'art. 51, d.lgs. n. 81/2015. Proprio quest'ultima specificazione può essere interpretata come un tentativo di promozione e rilancio del ruolo delle parti sociali (41) in una fase storica piuttosto critica per le relazioni industriali (42).

La fonte istitutiva e regolativa di tali compensi incentivanti, come detto, è la contrattazione collettiva. E ciò vale anche per i rapporti di lavoro svolti alle dipendenze di amministrazioni pubbliche, come nei casi in commento.

(31) Giugni 1968, 9.

(32) Nel nostro ordinamento non è rinvenibile una generale nozione legale di retribuzione e per la sua quantificazione vengono, di volta in volta, specificati i parametri nelle singole disposizioni normative: sul punto, vd. Santoro Passarelli 2015, 259.

(33) Basti pensare che già il Protocollo del 1993 affidava alla contrattazione aziendale il compito di incrementare la retribuzione dei lavoratori con la previsione di emolumenti collegati ai risultati conseguiti. Più di recente, vd. il cd. Accordo sulla produttività siglato dalle parti sociali (ma non dalla Cgil) il 21 novembre 2012.

(34) Sul punto, vd. Treu 2010, 637.

(35) Russo 2015, 119. Il binomio premi di produttività-*welfare* aziendale è stato recentemente promosso dalla legge di stabilità 2016, l. 28 dicembre 2015, n. 208: cfr. art. 1, commi 182-191.

(36) Vd. art. 2, d.l. 27 maggio 2008, n. 93, convertito con modificazioni dalla l. 24 luglio 2008, n. 126.

(37) Tra il 2008 e il 2014 sono state predisposte svariate proroghe dei benefici fiscali in materia di premi di produttività, ma nel 2015 c'è stato un intero anno di «scopertura».

(38) Vd. art. 1, comma 182, l. n. 208/2015.

(39) Decreto interministeriale 25 marzo 2016.

(40) Vd. art. 1, comma 187, l. n. 208/2015.

(41) Cfr. Mainardi 2016, 51.

(42) Per un approfondimento sulle ragioni di difficoltà dei sindacati dei lavoratori vd. Cella 2002, 118; per un approfondimento sull'associazionismo imprenditoriale, vd. Lanzalaco 1998, 147. Più di recente, vd. Romeo 2014, 16.

L'art. 45, d.lgs. n. 165/2001 – nella formulazione originaria (43), applicabile *ratione temporis* –, al comma 1 prevede che il trattamento economico fondamentale e accessorio «è definito dai contratti collettivi», mentre nel comma 3 demanda espressamente all'autonomia collettiva la definizione dei premi di produttività e i criteri di misurazione.

Al riguardo, il Ccnl enti pubblici non economici 1998/2001 individua all'art. 28 la struttura della retribuzione del personale dipendente e, tra le voci, riporta i compensi incentivanti, che gravano sul Fondo per i trattamenti accessori, appositamente istituito presso ciascun ente e finalizzato a «promuovere reali e significativi miglioramenti nei livelli di efficienza/efficacia dell'amministrazione e di qualità dei servizi istituzionali, mediante la realizzazione, attraverso la contrattazione integrativa, di piani produttivi annuali e pluriennali e di progetti strumentali e di risultato, basati su sistemi di programmazione e di controllo quali-quantitativo dei risultati» (44).

Dalla formulazione letterale delle clausole dei contratti collettivi succedutisi negli anni non è possibile evincere alcuna esclusione nei confronti dei lavoratori a tempo determinato. Anzi, come visto, l'art. 16 del citato Ccnl stabilisce che «al personale assunto a tempo determinato si applica il trattamento economico e normativo previsto per il personale assunto a tempo indeterminato», e l'art. 1, comma 1, nell'individuare l'ambito di applicazione soggettivo dell'accordo, fa riferimento a «tutto il personale con rapporto di lavoro a tempo indeterminato o a tempo determinato».

Con specifico riferimento a tale istituto retributivo accessorio, il contratto collettivo applicabile adopera genericamente le locuzioni «dipendenti» e «lavoratori», che, come rilevato dalla Suprema Corte nelle pronunce in commento, sono «comprehensive di prestazione di attività lavorative a tempo indeterminato, quanto a tempo determinato». Pertanto, «appare evidente che dalla richiamata normativa contrattuale del settore non emerga alcuna distinzione tra i dipendenti a tempo determinato e i dipendenti a tempo indeterminato in merito al compenso incentivante in questione».

5. — *Osservazioni conclusive* — Alla luce delle argomentazioni prospettate, non solo la Corte di Cassazione esclude «in radice un'incompatibilità, per così dire, ontologica del compenso incentivante» con la natura temporanea del rapporto, ma rimarca il fatto che sia la stessa contrattazione collettiva a riconoscere la «piena compatibilità dell'istituto retributivo in questione con il contratto di lavoro a tempo determinato».

Si tratta di un'affermazione importante, soprattutto tenuto conto che le due sentenze esaminate sono tra le prime pronunce di legittimità in materia e, pertanto, tracciano una direzione, costituiscono i primi passi di un orientamento, come dimostrano le analoghe decisioni succedutesi rapidamente nel giro di pochi mesi.

È, comunque, opportuna una precisazione: nel caso di specie, il trattamento incentivante corrisposto ai lavoratori a tempo indeterminato è stato calcolato secondo il meccanismo «a pioggia», cioè in base al livello di inquadramento e alla mera presenza

(43) Il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, ha apportato delle modifiche all'art. 45, d.lgs. n. 165/2001, sottolineando la necessità che la contrattazione collettiva in materia di trattamenti accessori collegati alla *performance* intervenga «in coerenza con le disposizioni legislative vigenti».

(44) Art. 32 Ccnl, cit.

al lavoro, in assenza della fissazione di progetti di produttività o qualità, di assegnazione e poi verifica di specifici obiettivi individuali, collettivi o per gruppi di lavoro.

Lo stesso ragionamento svolto dalla Corte – e, pertanto, la «piena compatibilità» – varrebbe, però, anche nell'ipotesi di un premio di risultato «legato al raggiungimento di determinati e specifici obiettivi debitamente programmati in dipendenza del rapporto di lavoro». Infatti, ciò che rileva è l'inquadramento nello stesso livello dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili e, a maggior ragione, lo svolgimento delle medesime mansioni, rientranti nei fini istituzionali dell'ente. Ovviamente, sarebbe sempre possibile una modulazione del compenso incentivante *pro rata temporis*, secondo l'effettiva durata del rapporto.

Infine, resta da chiedersi se la sussistenza del principio di parità di trattamento imponga alla contrattazione collettiva di prevedere meccanismi che consentano anche ai lavoratori a termine di partecipare ai programmi e obiettivi di valutazione finalizzati alla corresponsione dei premi di risultato o, meglio, se alla luce del divieto di discriminazione sia sindacabile la legittimità delle clausole contrattuali che dovessero escludere i dipendenti a tempo determinato dal salario incentivante o stabilire modalità di partecipazione che, di fatto, ne limitino e impediscano l'accesso.

Ad avviso di chi scrive, purché sussistano ragioni oggettive, nulla vieta alle parti sociali, nell'individuazione degli obiettivi e dei criteri per la valutazione della *performance*, di prevedere espressamente un lasso di tempo minimo per la durata del rapporto al fine di consentire l'apprezzabilità della prestazione, a prescindere che si tratti di contratti a termine o a tempo indeterminato (45). Diverso sarebbe il discorso nel caso di un'aprioristica esclusione al trattamento incentivante fondata sulla temporaneità del rapporto: ciò, come visto, risulterebbe in pieno contrasto con la normativa nazionale e comunitaria in materia.

Per completezza, è opportuno segnalare che il Ccnl 2008 per le agenzie di somministrazione prevedeva la possibilità di esclusione dei lavoratori somministrati dagli emolumenti incentivanti: «i premi di risultato sono erogati in base a un importo che faccia riferimento all'ultimo premio di risultato effettivamente e complessivamente erogato dall'utilizzatore rapportato alla durata della missione, salvo esplicita esclusione contrattuale» (46). Tale clausola non è stata, però, riproposta nel vigente Ccnl 2014 (47), che fa espresso riferimento al principio di parità di trattamento, sancito, per i lavoratori somministrati, dalla Direttiva comunitaria 19 novembre 2008.

In realtà, l'art. 35, comma 3, d.lgs. n. 81/2015 (48), in materia di somministrazione di lavoro, rinvia alla contrattazione collettiva per la disciplina di «modalità e criteri per la determinazione e corresponsione delle erogazioni economiche correlate ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi concordati tra le parti o collegati all'andamento economico dell'impresa». E lo stesso art. 5, commi 2 e 4, della citata direttiva prevede una «deroga» al principio di parità di trattamento «previa consultazione delle parti sociali».

(45) Cfr. Cass. n. 4911/2014, cit.

(46) Clausola 26, punto 7, Ccnl 24 luglio 2008. Sul punto, vd. anche circolare del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 9 aprile 2009, n. 13.

(47) Vd. clausola 30, punto 8, Ccnl 27 febbraio 2014.

(48) Nella previgente normativa, vd. art. 23, comma 4, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

In materia di contratto a tempo determinato non sono presenti analoghe disposizioni. Anzi, dalla disamina della normativa comunitaria e nazionale emerge con chiarezza il principio di non discriminazione tra lavoratori a tempo determinato e indeterminato. Pertanto, il contenzioso in materia di premi di produttività costituisce una sorta di *cartina al tornasole* del lungo – e talvolta travagliato – processo di metabolizzazione necessario affinché i diritti passino dalla teoria alla pratica.

Riferimenti bibliografici

- Aimo M. (2012), *La Corte di Giustizia e il lavoro non standard: vincoli e implicazioni negli ordinamenti nazionali*, in *RGL*, n. 1, I, 147 ss.
- Cella G.P. (2002), *Il sindacato*, Editori Laterza, Bari.
- Centini M. (2007), *La tutela contro gli atti di discriminazione: la dignità umana tra il principio di parità di trattamento ed il divieto di discriminazioni soggettive*, in *GC*, 2415 ss.
- Giubboni S. (2011), *La protezione dei lavoratori non standard nel diritto dell'Unione europea*, in *RGL*, n. 1, I, 265 ss.
- Giugni G. (1968), *Organizzazione dell'impresa ed evoluzione dei rapporti giuridici. La retribuzione a cottimo*, in *RIDL*, I, 3 ss.
- Lanzalaco L. (1998), *Le associazioni imprenditoriali*, in Cella G.P., Treu T. (a cura di), *Le nuove relazioni industriali. L'esperienza italiana nella prospettiva europea*, il Mulino, Bologna, 147 ss.
- Lassandari A. (2012), *La retribuzione ed i contratti collettivi aziendali*, in Gragnoli E., Palladini S. (a cura di), *La retribuzione, Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale fondata da W. Bigiavi*, Utet, Torino, 194 ss.
- Mainardi S. (2016), *Le relazioni collettive nel «nuovo» diritto del lavoro. Relazione alle Giornate di Studio Aidlass 2016*, in www.aidlass.it.
- Mobiglia M. (2002), *Principio di non discriminazione*, in Biagi M. (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine. Commentario al d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Giuffrè, Milano, 171 ss.
- Novella M. (2012), *La parità di trattamento a fini retributivi*, in Gragnoli E., Palladini S. (a cura di), *La retribuzione*, Utet, Torino, 280 ss.
- Nunin R. (2014), *Impiego pubblico, violazione delle regole sul lavoro a termine e adeguatezza delle sanzioni: spunti recenti dalla Corte di Giustizia*, in *RGL*, n. 2, II, 241 ss.
- Romeo C. (2014), *Il processo di «aziendalizzazione» della contrattazione collettiva: tra prossimità e crisi di rappresentatività sindacale*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, n. 214.
- Russo M. (2014), *Spunti di riflessione sull'attualità del dibattito in materia di parità di trattamento retributivo*, in *LPO*, IX-X, 490 ss.
- Russo M. (2015), *Spending review e fringe benefits: il principio dell'irriducibilità della retribuzione in tempo di crisi*, in *RGL*, n. 1, II, 117 ss.
- Santoro Passarelli G. (2014), *Premessa*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Jobs Act e contratto a tempo determinato. Atto I*, Giappichelli, Torino, XIII ss.
- Santoro Passarelli G. (2015), *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Giappichelli, Torino.

- Saracini P. (2013), *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Editoriale Scientifica Italiana, Napoli.
- Scarpelli F. (2015), *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 252.
- Sciarra S. (2007), *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea. Un tassello nella «modernizzazione» del diritto del lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 52.
- Treu T. (2010), *Le forme retributive incentivanti*, in *RIDL*, n. 4, I, 637 ss.

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

CORTE D'APPELLO ROMA 15.4.2016 – Pres. ed Est. Cannella – L.D. (avv. Andreoni) c. Sogin Spa (avv.ti Salonia, Cozzolino).

Licenziamento individuale – Diritto di critica – Tutela preventiva della salute e sicurezza sul lavoro – Giusta causa – Insussistenza.

Denunciando il pericolo di un rischio futuro, ma imminente, per la salute umana e per l'ambiente, indotto dal malfunzionamento dei sistemi di smaltimento di scorie nucleari e da carenze organizzative e di personale tecnico in azienda, il lavoratore ha esercitato legittimamente il diritto di critica, in quanto ha agito per perseguire uno scopo socialmente apprezzabile, rappresentato dall'esigenza di tutelare la salute dei lavoratori e della popolazione dal rischio di contaminazione ambientale; con la conseguenza che è illegittimo il licenziamento del lavoratore disposto per violazione dell'obbligo di fedeltà al datore di lavoro di cui all'art. 2105 c.c. (1)

(1) DIRITTO DI CRITICA DEL LAVORATORE:
TRA OBBLIGO DI FEDELTA' E «DOVERE» DI VERITÀ

SOMMARIO: 1. Il caso e la sentenza della Corte d'Appello di Roma. — 2. Diritto di critica dei lavoratori *versus* obbligo di fedeltà. — 2.1. I limiti al diritto di critica del lavoratore. — 2.2. La portata innovativa della sentenza della Corte d'Appello di Roma e la prospettiva intergenerazionale che offre.

1. — *Il caso e la sentenza della Corte d'Appello di Roma* — La Sogin Spa, società a totale partecipazione pubblica, responsabile del cd. *decommissioning* degli impianti nucleari italiani e della gestione di rifiuti radioattivi (in seguito al noto esito del referendum del 1987), irroga, nei confronti del proprio dipendente L.D., la sanzione del licenziamento, per aver divulgato notizie attinenti all'organizzazione aziendale ritenute non veritiere, con conseguente lesione dell'immagine e della reputazione della stessa società, in violazione dell'obbligo di fedeltà previsto dall'art. 2105 c.c.

Ciò, a seguito della condotta tenuta da L.D., il quale, dopo avere invano denunciato ai propri superiori disfunzioni organizzative e malfunzionamenti degli impianti da smantellare, rappresentando i conseguenti possibili rischi per la salute dei lavoratori e per la popolazione residente nelle zone limitrofe, aveva inoltrato una formale diffida alla Sogin, nonché agli enti vigilanti e alle autorità territorialmente competenti.

Con tale diffida, L.D. evidenziava i rischi di contaminazione ambientale e i pericoli per la salute dei lavoratori, indicando inoltre le misure che la Sogin avrebbe dovuto adottare per svolgere in sicurezza le attività di smaltimento dei materiali radioattivi.

Innanzi al Tribunale, al quale propone ricorso per ottenere la declaratoria di illegittimità del licenziamento, L.D. sostiene di aver agito a tutela di un preminente interesse pubblico (la tutela della salute pubblica e del diritto a vivere in un ambiente salubre, come sanciti dall'art. 32 Cost.) e di avere legittimamente esercitato il diritto di critica, costituzionalmente tutelato ai sensi dell'art. 21 Cost.

Il giudice di primo grado respinge il ricorso di L.D., ritenendo che le circostanze esposte nella diffida non integravano il requisito della «verità oggettiva», costituendo solo la rappresentazione di un ipotetico «rischio futuro», priva della dimostrazione della effettiva sussistenza di un pericolo attuale per la sicurezza degli impianti nucleari e per la salute degli abitanti.

Sulla base di tale presupposto, il Tribunale perviene ad affermare la legittimità del licenziamento irrogato dalla Sogin per avere L.D. agito in violazione dell'obbligo di fedeltà previsto all'art. 2105 c.c., «esponendo la società datrice di lavoro al rischio di gravi ripercussioni sulla propria immagine e ingenerando in più soggetti dubbi sull'affidabilità come gestore di impianti nucleari, procurando in tal modo, un ingiustificato allarme».

La Corte d'Appello, dinanzi alla quale L.D. ha poi impugnato la decisione di primo grado, giunge a una conclusione completamente diversa e, con una «inedita» argomentazione logico-giuridica, dichiara l'illegittimità del licenziamento.

Secondo i giudici di secondo grado, L.D. ha legittimamente esercitato il diritto di critica, rientrando la condotta dallo stesso tenuta entro i limiti di tale diritto, come individuati dalla consolidata giurisprudenza di legittimità e di merito.

L.D. – sostiene la Corte territoriale – ha denunciato il pericolo di un rischio che «era sì futuro, ma anche imminente». Avrebbe quindi agito al fine di «tutelare la salute dei lavoratori e della popolazione dal rischio di contaminazione». Sicché, «l'eventuale non completa corrispondenza con la verità di quanto denunciato, senza dolo o colpa grave, sarebbe pienamente giustificata da uno scopo socialmente apprezzabile, anche se nella vicenda possa essere riscontrato un eccesso di prudenza».

Dunque, conclude la Corte d'Appello, non sarebbe imputabile a L.D. la violazione dell'obbligo di fedeltà.

2. — *Diritto di critica dei lavoratori versus obbligo di fedeltà* —

2.1. — *I limiti al diritto di critica del lavoratore* — La decisione in commento ha il pregio di evidenziare l'importanza che assume, nei rapporti di lavoro, il diritto di critica, quale diritto costituzionalmente tutelato, ai sensi dell'art. 21 della Cost. (e riaffermato dall'art. 1 dello Statuto dei lavoratori), nonché di tornare a far riflettere sul delicato equilibrio che sussiste tra diritto di critica del lavoratore e obbligo di fedeltà verso il datore di lavoro previsto all'art. 2105 c.c.

La libertà di manifestazione del pensiero, come è noto, rappresenta un vero e proprio baluardo della storia costituzionale europea o, come fin da subito riconosciuto dalla Corte costituzionale, una vera e propria «pietra angolare della democrazia» (1).

Affermare ciò, però, non significa giustificare l'«assolutezza» della libertà di manifestazione del pensiero rispetto ad altri valori e interessi costituzionali. La Costituzione italiana, infatti, non impone una gerarchia tra i diritti fondamentali. Anzi, la reale portata di ciascun diritto, è sempre frutto di un continuo bilanciamento ragionevole, in cui ciò che segna il confine ultimo, se così si può dire, entro cui poter giustificare

(1) Così C. cost. 7.4.1969, n. 84, consultabile sul sito internet www.giurcost.it. Per un'ampia ricostruzione del dibattito dottrinale e dell'orientamento giurisprudenziale sull'art. 21, si rinvia a Pace, Manetti 2006.

l'espansione di un diritto rispetto a un altro, è il contenuto minimo e inviolabile di ciascuno di essi (2).

Al riguardo, basta ricordare che la Corte costituzionale, nella sua «oscillante» giurisprudenza in tema di libertà di manifestazione del pensiero, ha più volte attuato tale bilanciamento individuando ulteriori limiti, rispetto a quello del buon costume, unico a essere espressamente menzionato nell'art. 21 Cost. (3).

Si pensi, ad esempio, al bilanciamento operato dalla giurisprudenza costituzionale tra libertà di pensiero e diritti della personalità, quali il diritto all'onore, alla reputazione e all'immagine della persona fisica e giuridica (4). Bilanciamento che evidenzia la centralità della dignità umana, quale «valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo» (5), quale principio supercostituzionale (6) che informa la costruzione costituzionale dei diritti fondamentali, secondo quella logica di promozione e liberazione della persona umana scritta negli articoli 2 e 3 della Costituzione (7).

Proprio tale bilanciamento si riflette spesso nella giurisprudenza giuslavoristica in tema di diritto di critica del lavoratore con riferimento alle decisioni aziendali (8).

Inoltre, in ragione della centralità che assume nell'ordinamento giuridico la dignità umana, la giurisprudenza di merito e di legittimità hanno, nel corso del tempo, circoscritto ulteriormente il «perimetro di legittimità» del diritto di critica del lavoratore, fissando limiti ben precisi, entro i quali può essere escluso il carattere diffamatorio della critica (9).

Il primo limite, come noto, è il rispetto della *continenza formale*, ossia della correttezza espositiva della critica espressa dal lavoratore, la quale non può mai trasmodare in insulti gratuiti, ovvero nell'attribuzione al datore di lavoro di qualità disono-

(2) Sulle tecniche di bilanciamento, si rinvia ad Andreoni 2006; Bin 1992; Morrone 2002. Si veda anche Ferrante 1994, in *QDLRI*, 15, p. 158. Significativa è la sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva, in cui si legge: «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia prevalenza sugli altri. La tutela deve essere sempre "sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto tra loro" [...] Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona». Così, C. cost. 9.4.2013, n. 85 (punto 9 del Considerato in diritto), consultabile sul sito internet citato alla nota 1.

(3) Come evidenziato fin da subito dalla Corte costituzionale. In particolare, si veda C. cost. 27.3.1974, n. 86.

(4) Si veda C. cost. Si pensi a quanto affermato, agli inizi degli anni settanta, dalla Corte costituzionale. In particolare, C. cost. 2.4.1973, n. 38, e sempre C. cost. 27.3.1974, n. 86, già citata, consultabili sul sito internet citato alla nota 1.

(5) Così, C. cost. 11.7.2000, n. 293, e anche C. cost. 5.4.2002, n. 92, ord., consultabile sul sito internet citato alla nota 1.

(6) Ruggeri, Spadaro 1991.

(7) Così Occhiocupo 1995.

(8) Si vedano, tra tante, Cass. 25.2.1986, n. 1173, in *FI*, 1986, 7-8, I, 1878 ss., con nota di Mazzotta 1986, 1877. Come certamente si ricorderà, si tratta della sentenza che, per la prima volta, ha aperto il dibattito dottrinale sui limiti del diritto di critica del lavoratore. Si veda, da ultimo, Cass. 21.3.2016, n. 5523, in *LG*, 2016, n. 7, 683, con nota di Iacobucci 2016, 686.

(9) Sulle peculiarità del diritto di critica del lavoratore rispetto al diritto di critica giornalistica, si rinvia alle considerazioni di Dessì, in *RIDL*, 2013, n. 2, I, 395.

revoli, di riferimenti volgari e infamanti o di deformazioni tali da suscitare il disprezzo o il dileggio (10).

Il secondo limite è rappresentato dal perseguimento di un *interesse giuridicamente rilevante* e dalla *congruenza delle modalità di diffusione* delle notizie rispetto a tale scopo (11).

Il terzo limite, infine, è rappresentato dal rispetto del più complesso requisito della *continenza sostanziale*, ossia dal rispetto della verità, o quantomeno della veridicità dei fatti criticati, secondo i parametri della verità oggettiva o putativa.

Con specifico riguardo a tale limite, è doveroso sottolineare che la critica non è mai «pura» narrazione di fatti realmente accaduti e, in quanto tale, non dovrebbe essere soggetta al più stringente canone della verità oggettiva. La critica, infatti, è, per sua natura, espressione di un'opinione, di un'interpretazione necessariamente soggettiva di fatti e comportamenti. Pertanto, il diritto di critica, per poter essere legittimamente esercitato, dovrebbe assicurare la sola veridicità del fatto assunto a base della stessa opinione o interpretazione espressa, secondo il meno stringente parametro della «verità putativa», e cioè «della seria attendibilità dei fatti denunciati» (12).

Sul punto, però, la giurisprudenza è piuttosto oscillante e, nella maggior parte dei casi, proprio nel valutare la legittimità dell'esercizio del diritto di critica del lavoratore, con riferimento al rispetto dell'obbligo di fedeltà verso il datore di lavoro, richiede il rispetto del rigoroso parametro della verità oggettiva. E ciò è dimostrato anche dalla decisione del giudice di primo grado, nella vicenda qui commentata (13).

2.2. — *La portata innovativa della sentenza della Corte d'Appello di Roma e la prospettiva intergenerazionale che offre* — Definiti seppur brevemente, in tali termini, il diritto di critica del lavoratore e i suoi limiti, è evidente che l'accertamento dell'esercizio legittimo del diritto di critica del lavoratore possa sovrapporsi, non sempre correttamente (14), all'accertamento della violazione dell'obbligo di fedeltà sancito all'art. 2105 c.c., specie nella parte in cui impone in capo al lavoratore l'obbligo di non divulgare le notizie attinenti all'organizzazione aziendale e ai metodi di produzione dell'impresa o di farne uso in modo pregiudizievole per la stessa. Disposizione, questa, che mira a tutelare la posizione dell'impresa sul mercato e dunque, di riflesso, la libertà di iniziativa economica, sancita dall'art. 41 Cost.

(10) Si vedano, tra tante: Cass. 11.5.2016, n. 9635; Cass. 21.3.2016, n. 5523, già citata; Cass. 18.9.2013, n. 21362 in *MGC*, 2013; Cass. 17.12.2003, n. 19350 in *GDir.*, 2004, n. 8, 57; T. Milano 6.2.2014, n. 419, in *RIDL*, 2014, n. 2, II, con nota di Carinci; T. Cagliari 8.8.2002, in *Rivista giuridica sarda*, 2003, 423.

(11) Così Cass. 25.2.1986, n. 1173, già citata; T. Napoli 20.1.1990, in *L80*, 1990, 526. Vedi anche nota 20 del presente commento.

(12) Con la conseguenza che, specie nei rapporti di lavoro, non sarebbe possibile configurare in capo al lavoratore «un obbligo di preventivo accertamento della verità dei fatti denunciati». Così Bonardi, 2007, 743.

(13) In tal senso, si veda per la decisione di primo grado il commento di Prospero 2014, I, 98. In generale, vd. Cass. 26.3.2013, n. 7499, in *GI*, 2012, n. 8-9, 1846, con nota di Miraglia; Cass. 17.9.2009, n. 20048, in *NGCC*, 2010, n. 4, 348, con nota di Nuzzo; Cass. 10.12.2008, n. 29008, in *LG*, 2009, n. 4, 408; Cass. 14.6.2004, n. 11220, in *LG*, 2004, 1292; Cass. 16.5.1998, n. 4952, in *RGL*, 1999, II, 455, con nota di Aimò; C. App. Bologna 5.8.2009, in *LG*, 2009, n. 12, 1285.

(14) Si vedano le considerazioni di Mattarolo 2000, in particolare, 187 ss.

A tal proposito è noto che la dottrina giuslavoristica non offre una lettura unanime in merito all'esatta qualificazione giuridica di tale obbligo (15); in merito al carattere positivo o negativo degli obblighi riconducibili al concetto di fedeltà o in merito alla tassatività o meno dei doveri esplicitamente menzionati da tale disposizione (16); in merito al concetto di notizie riservate o notizie attinenti alla produzione e all'organizzazione aziendale (17) o in merito al fatto che la divulgazione di tali notizie rappresenti una forma di scorrettezza (e il danno sia sempre *in re ipsa*) o, viceversa, come condivisibilmente sostenuto, costituisca violazione dell'obbligo di fedeltà solo se pregiudizievole all'impresa (con conseguente onere, in capo al datore di lavoro, di provare, di volta in volta, il danno subito) (18).

Va da sé che, a fronte delle incertezze interpretative, non sempre superate dalla giurisprudenza che si è occupata di tale tematica, per comprendere il rapporto tra diritto di critica del lavoratore e obbligo di fedeltà, non è possibile appellarsi a un unico metro di giudizio, ma è necessario procedere a una valutazione caso per caso.

Nel corso del tempo, i giudici hanno dato risalto, oltre che alla continenza formale e sostanziale, al fine meritevole della critica, alla sua utilità sociale, all'aver agito, il lavoratore, a tutela di interessi pubblici, giuridicamente rilevanti, a fronte dei quali gli interessi dell'impresa appaiono recessivi (19) (quali la tutela della salute, l'incolumità pubblica, la prevenzione dei reati aziendali o di infiltrazione mafiose) (20).

(15) In merito all'ampio dibattito dottrinario sull'esatta qualificazione giuridica di tale obbligo, si rinvia a Mattarolo 2000, cit. Si vedano anche le considerazioni di Tosi 2012, 539.

(16) Parte della dottrina ha offerto una interpretazione estensiva di tale disposizione, leggendo l'art. 2105 alla luce dei più generali doveri di correttezza e buona fede (art. 1175 c.c. e 1375 c.c.). Si tratta di una interpretazione accolta anche dalla giurisprudenza. Per tale interpretazione si rinvia, in particolare, a Ghezzi, Romagnoli 1995; Gragnoli 1996, in particolare p. 49.

(17) In merito a tali aspetti, prevale una interpretazione volta a garantire un'autonomia concettuale e giuridica rispetto alle categorie penalistiche e a interpretare l'obbligo di fedeltà come obbligo di non divulgare tutte le notizie, non limitate ad aspetti tecnici, che attengono all'organizzazione e alla produzione aziendale che il lavoratore apprende durante e in occasione della prestazione di lavoro e che non sono di dominio pubblico. Si vedano le considerazioni di Gragnoli (1996, in particolare p. 54 e p. 72). Così anche Ballestrero, De Simone 2015, in particolare p. 372.

(18) In tal senso, si veda sempre Gragnoli 1996, cit., in particolare p. 56.

(19) Si veda, tra tante, Cass. 25.2.1986, n. 1173, già citata, in cui la Suprema Corte afferma chiaramente: «Il diritto di esprimere liberamente il proprio pensiero in forma critica non basta di per sé a legittimare la lesione di beni costituzionalmente garantiti, ma questa può essere giustificata se – e in tanto quanto – 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 stesso». Finalità che fungono da vere e proprie scriminanti civilistiche. In tal senso, Trioni 1982, in particolare p. 51. Si veda anche Mattarolo 2000, già citato, in particolare p. 192.

(20) Così Miraglia 2013, già citato. In tal senso, Cass. 16.1.2001, n. 519, in *RIDL*, 2001, II, 461, secondo cui non è imputabile la violazione dell'obbligo di fedeltà al lavoratore che rivela notizie attinenti a illeciti commessi dall'imprenditore (così anche T. Palermo 24.5.1995, in *OGL*, 1995, 320; T. Roma 26.10.2009, in *RIDL*, 2010, n. 4, II, 799). Vd. anche T. Frosinone 8.10.1986, in *FI*, 1987, I, 953, che riguarda il caso di dipendenti di una clinica privata, i quali avevano mosso accuse al datore al fine di rendere note le disfunzioni dell'istituto. Si veda, infine, Greco 2006, 293 ss.

Una tale impostazione, d'altronde, appare costituzionalmente conforme, nella misura in cui si considera che l'esercizio della libertà di iniziativa economica, prevista all'articolo 41 della Cost., è soggetta al rispetto di precisi limiti, quali il rispetto della salute, della sicurezza e della dignità umana.

Ciò è bene evidenziato dalla sentenza oggetto di commento: la Corte romana, infatti, ha dato ben risalto al fatto che L.D. avesse divulgato le notizie relative al malfunzionamento degli impianti nucleari al fine di perseguire il preminente interesse pubblico, rappresentato dalla tutela della «salute dei lavoratori e della popolazione dal rischio di contaminazione».

Tuttavia, è doveroso sottolineare che la valutazione in merito all'«utilità sociale» della critica del lavoratore e la sua «funzionalizzazione» rispetto all'interesse pubblico preminente è una valutazione che i giudici sembrano operare dopo aver accertato sempre la sussistenza, nel caso concreto, del rispetto della continenza formale e sostanziale della espressione critica; limiti, questi, che sembrano assurgere a veri e propri requisiti della valutazione giudiziaria in merito alla sussistenza o meno dello scopo socialmente apprezzabile della critica espressa dal lavoratore.

Proprio soffermandosi su tale aspetto, è possibile percepire la portata innovativa della sentenza commentata.

A differenza del giudice di primo grado, la Corte territoriale romana, accertato il rispetto del requisito della continenza formale ed escluso l'intento diffamatorio, sembra valutare il rispetto della continenza sostanziale – e, dunque, della corrispondenza della critica sollevata dal lavoratore alla verità dei fatti denunciati – utilizzando non il parametro più stringente e rigoroso della «verità oggettiva», ma il parametro della verità putativa o, se si vuole, di una verità che si potrebbe definire «ragionevole» e che corrisponde, come è stato già affermato, «alla seria attendibilità dei fatti denunciati» (21).

Nel caso concreto, infatti, i giudici romani non vanno alla ricerca della prova del pericolo attuale e concreto del rischio di contaminazione ambientale, causato dalla disorganizzazione aziendale e dal malfunzionamento degli impianti nucleari (denunciati dal lavoratore), ma si limitano ad attestare la sussistenza del rischio «sì futuro, ma imminente» di contaminazione ambientale e di danni che i fatti denunciati possono causare alla salute dei lavoratori e della popolazione stanziata in zone limitrofe.

Con la conseguenza che la valutazione sulla preminenza dell'interesse pubblico, perseguito attraverso la critica del lavoratore, ha lo scopo di «coprire quella distanza» concettuale che divide la verità «ragionevole» (putativa) dalla verità oggettiva; ha lo scopo, cioè, di giustificare, per utilizzare le parole dei giudici romani, «l'eventuale non completa corrispondenza con la verità di quanto denunciato».

Attraverso questa operazione interpretativa, dunque, i giudici romani ampliano i confini entro cui è «costretto» il diritto di critica del lavoratore, facendo prevalere, rispetto agli interessi del datore di lavoro (collegati alla necessità di riservatezza delle notizie attinenti l'organizzazione e alla produzione aziendale), il diritto a vivere in un ambiente salubre, quale riflesso del diritto inviolabile alla salute, tutelato all'art. 32 Cost. (22).

(21) Così Bonardi 2007, cit.

(22) In tal senso, anche Carinci 2014, 511.

Tale aspetto appare particolarmente rilevante, specie se si pensa che un tale bilanciamento (in ultima analisi, tra diritto di critica, diritto a vivere in un ambiente salubre e libertà di iniziativa economica) viene operato dai giudici con riguardo a un settore, legato all'uso dell'energia nucleare, in cui appare tutt'oggi prioritario assicurare elevati standard di sicurezza.

Inoltre, se si guarda, nell'insieme, alle decisioni politiche e normative adottate (e in corso di adozione) (23) con riguardo «a quel che resta» del nucleare dopo l'esito del referendum del 2011 (24), emerge come esse siano ispirate a diversi principi (etico-giuridici), che si stanno imponendo come nuovi «paradigmi» del diritto costituzionale (italiano ed europeo) e delle democrazie contemporanee.

(23) Per una breve ricostruzione delle diverse «stagioni» della politica energetica nucleare in Italia, si rinvia a Colella 2013.

(24) Dopo il disastro di Chernobyl del 1986 e, ancor più, dopo l'incidente nucleare di Fukushima, avvenuto, nel 2011, la sicurezza nucleare è diventata un obiettivo globale e un tema centrale, sia a livello internazionale (si pensi alla Convenzione sulla sicurezza del nucleare del 1994), sia a livello sovranazionale (si pensi alla recente Direttiva Euratom n. 2014/87, che ha modificato la Direttiva Euratom n. 2009/71 che istituisce un quadro comunitario per la sicurezza nucleare degli impianti nucleari). Nonostante il dibattito sull'utilizzazione civile dell'energia nucleare si sia arricchito nel corso del tempo anche di nuovi argomenti – legati allo sviluppo sostenibile, alle nuove dinamiche geopolitiche, all'evoluzione scientifica, nonché alle «nuove» questioni ambientali (quali il cambiamento climatico e l'esauribilità di risorse energetiche «tradizionali» come il petrolio) –, il tema della sicurezza nucleare rimane ancor oggi predominante. In Italia, peraltro, come dimostra la sentenza in commento, occorre «fare i conti» anche con le questioni tecnico-giuridiche conseguenti all'«abbandono del nucleare», rimaste irrisolte pure dopo il secondo referendum del 2011. Non sono state ancora completate, infatti, le attività di *decommissioning*, ossia di smantellamento delle quattro centrali nucleari italiane (di Trino, Caorso, Latina, Garigliano) e degli impianti Enea di ricerca sul ciclo del combustibile nucleare (tra cui quelli Ipu e Opec di Casaccia, oggetto della sentenza in commento), di smaltimento dei materiali radioattivi presenti in tali centrali e impianti, nonché di bonifica dei siti. Gli interventi normativi successivi al 2011 hanno cercato (e cercano tutt'oggi) di offrire risposte a tali questioni tecnico-giuridiche. La legge n. 27 del 2012, introdotta proprio al fine di accelerare le attività di *decommissioning* sui siti nucleari, prevede, per procedere all'esecuzione di tale attività, un'unica procedura di autorizzazione, nella quale sono prese in considerazione anche le posizioni espresse dalle autorità territoriali coinvolte (art. 24). Il decreto legislativo n. 45 del 2014, che ha recepito la Direttiva Euratom n. 2011/70 del Consiglio, del 19 luglio 2011 (istitutiva di un quadro comunitario per la gestione responsabile e sicura del combustibile nucleare esaurito e dei rifiuti radioattivi), oltre a regolare i compiti del nuovo organo nazionale di controllo dell'energia nucleare (l'Ispettorato nazionale per la sicurezza nucleare e la radioprotezione – Isin), disciplina la spedizione di rifiuti a un paese terzo e, soprattutto, prevede la definizione di un Programma nazionale per la gestione del combustibile esaurito e dei rifiuti radioattivi, dalla generazione allo smaltimento. Tuttavia, non si può fare a meno di constatare che, ancor oggi, tale Programma è ben lontano dall'essere compiutamente definito. Solo nel mese di aprile del 2016, infatti, i ministri dell'Ambiente e dello Sviluppo Economico hanno pubblicato un rapporto preliminare, da cui risulta che il Programma nazionale non individuerà il sito per il deposito nazionale dei rifiuti radioattivi, ma si limiterà a stabilire che tale deposito servirà per lo smantellamento dei rifiuti radioattivi a bassa e media attività e per immagazzinare, solo in modo provvisorio, i rifiuti radioattivi ad alta attività e il combustibile esaurito delle centrali nucleari. Questo perché, come si legge nel rapporto sopramenzionato: «Nel caso italiano, considerato che la quantità di rifiuti radioattivi ad alta attività (incluso il combustibile esaurito) da smaltire è modesta, la soluzione della realizzazione di un deposito geologico nel territo-

Primo fra tutti, il dovere da parte dello Stato di informare (che corrisponde al diritto di essere informati) sui rischi ambientali connessi allo svolgimento di attività pericolose, come affermato dalla giurisprudenza delle Corti europee che si sono trovate a giudicare sulla drammatica vicenda della «Terra dei fuochi», riguardante, come noto, la scoperta del traffico e dello smantellamento illegale di rifiuti tossici in Campania (25).

In secondo luogo, si deve ricordare che la decisione sulla definizione degli standard di sicurezza, anche e soprattutto legati allo svolgimento dell'attività di gestione dei rifiuti nucleari e di *decommissioning*, risulta fortemente influenzata dall'incessante «dialogo tra diritto e scienza» (26).

A tal proposito, infatti, è bene notare che se, da un lato, l'evoluzione scientifica ha comportato (e comporta) un adeguamento delle categorie giuridiche, dall'altro, l'acquisizione e il consolidamento delle conoscenze tecniche e scientifiche diventano aspetti sempre più determinanti nel processo di formazione delle scelte politiche e normative, specie su questioni sensibili e controverse, da punto di vista scientifico e sociale.

rio nazionale è apparsa sovradimensionata, oltre che economicamente non percorribile. Pertanto, dovranno essere valutate possibili iniziative a livello internazionale mirate a un accordo per un sito di smaltimento geologico utilizzabile da parte di più paesi». Insomma, la questione più significativa e controversa della gestione dei rifiuti radioattivi non è stata ancora risolta. Resta da vedere, inoltre, quale paese sarà disponibile a ospitare un sito che raccolga i rifiuti radioattivi italiani (e di altri Stati) e a quali condizioni, riproponendosi, a livello di Unione europea, «l'effetto Nimby», che in passato si è registrato in Italia, nei rapporti tra Stato e Regioni, e che ha alimentato il contezioso innanzi alla Corte costituzionale.

(25) È utile ricordare che sono tutt'oggi pendenti svariati ricorsi innanzi alla Corte Edu, con cui si lamenta la violazione del diritto alla vita (art. 2 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali), del diritto all'intangibilità della propria vita privata e familiare, ai sensi dell'art. 8 della medesima Convenzione, il quale, interpretato in senso evolutivo da parte dei giudici di Strasburgo, ricomprende anche il diritto alla corretta informazione ambientale, a fronte dello svolgimento sul territorio di attività pericolose. In tal senso, Corte Edu, *Di Sarno e altri c. Italia*, sentenza 10.1.2012 (ric. n. 30765/08), consultabile sul sito internet www.echr.coe.int, in cui la Cedu stabilisce che un grave danno ambientale può ripercuotersi sul benessere delle persone e privarle del godimento del loro domicilio in modo da nuocere alla loro vita privata e familiare. Secondo la Corte, infatti, dall'art. 8 della Convenzione discendono obblighi positivi relativi al rispetto effettivo della vita privata. In relazione alle attività pericolose, la Cedu afferma che gli Stati hanno l'obbligo positivo di adottare regolamentazioni idonee a prevenire e contenere i rischi connessi e di adottare misure e procedure che permettano ai soggetti interessati di acquisire le informazioni necessarie in merito alla valutazione del rischio. Si veda per un commento Cardinale, 2013. Tale decisione, come noto, si inserisce nel solco tracciato dalla Corte di Giustizia dell'Ue nelle sentenze di condanna per l'inadempiamento da parte dell'Italia degli obblighi previsti dalla Direttiva n. 2006/12/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2006, relativa ai rifiuti. Si vedano, in particolare C. Giust. 4.3.2010, C-297/08; 6.11.2014, C-385/13 P; 16.7.2015, C-653/13, consultabili sul sito internet www.curia.europa.eu.

In conseguenza di questa vicenda, e a dimostrazione che l'atteggiamento istituzionale rispetto alle nuove emergenze ambientali sta mutando, si deve dare atto dell'introduzione, nel nostro ordinamento, del reato «specifico» di traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività, per effetto della legge n. 68 del 2015, recante «Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente». Per un approfondimento sulla vicenda della «Terra dei fuochi», si rinvia a D'Avino 2016. Per un approfondimento, più in generale, in merito agli strumenti di «democrazia ambientale» in ambito internazionale, si veda Pitea 2013.

(26) Sul tema, si rinvia a Rodotà 2009; Violini 1986; Baroni 2013. Si pensi alla rilevanza di tale dibattito in tema di biotecnologie. Cfr., in tal senso, D'Aloia 2006; Penasa 2015.

Con la conseguenza che la coerenza scientifica diventa essa stessa elemento di ragionevolezza, di accettabilità sociale e di stabilità ed effettività delle regole.

Muovendo da tale presupposto, su temi scientificamente e socialmente controversi, si stanno imponendo, come necessità, modalità di decisione politico-normativa sempre più «costruite» sui moduli della democrazia deliberativa e partecipativa (27), in grado di assicurare la massima trasparenza, il più ampio dibattito pubblico e il coinvolgimento dei soggetti interessati, specie con riferimento alle implicazioni per il futuro della medesima decisione (28).

In terzo luogo, il dibattito sulla sicurezza appare condizionato sempre più dall'esigenza globale di prevenire disastri ambientali, secondo un nuovo modello di gestione dei rischi improntato al rispetto del principio di precauzione (29).

Come noto, tale principio, di derivazione comunitaria, riconosce «l'esigenza di una tutela anticipata in situazioni di incertezza scientifica» (30) e, di conseguenza, assume e impone una prospettiva intergenerazionale dell'esperienza giuridica (31).

Il principio di precauzione, infatti, è funzionale alla conservazione e alla preservazione dell'equilibrio ambientale a favore delle generazioni future (32) e, come tale, è in grado di spostare «l'idea della responsabilità su un piano collettivo e orientato al futuro» (33).

Rapportando tali considerazioni al caso in esame, si può facilmente constatare che i giudici romani sembrano far proprio applicazione di tale principio.

Essi, infatti, constatano l'esistenza di un rischio che è «sì futuro, ma anche imminente» e che, lungi dall'essere meramente ipotetico, appare supportato da basi scientifiche, rappresentate dalle valutazioni espresse dall'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (Ispra) in occasione di una ispezione successiva alla denuncia da parte del lavoratore (34).

(27) Su tali concetti, sia sufficiente il rinvio ad Allegretti 2010; Bifulco 2009.

(28) Sui modelli di decisione legislativa «aperti al futuro», si vedano le considerazioni di Torretta 2008.

(29) Su tale principio si rinvia ai diversi contributi in Alpa *et al.* 2012. Si vedano anche i recenti contributi di Belvedere 2015; Vivani 2015; Monaco 2014; Barone 2013.

(30) Così Belvedere 2015, già citato, 561.

(31) Per un approfondimento, si veda Bifulco, D'Aloia 2008. Per una ricostruzione del dibattito filosofico e giuridico in tema di responsabilità intergenerazionale e sul principio di precauzione, si rinvia a D'Aloia 2016.

(32) Su tale aspetto, vedi almeno Jonas 2009.

(33) D'Aloia (2016, 349), in cui si legge: «Non fare scelte che rischiano di produrre effetti negativi, semplicemente perché non siamo in grado di escludere questo rischio, significa rimodulare il verso del concetto di responsabilità, declinarlo come indicazione di comportamenti virtuosi (non pregiudizievole) verso tutti o verso una moltitudine indeterminata, piuttosto che come reazione (assunzione di colpa, riparazione) a un fatto negativo subito da singoli o gruppi determinati».

(34) Seguendo così l'orientamento della più recente giurisprudenza costituzionale e amministrativa italiana in merito alla definizione della condizione giuridica di applicabilità del medesimo principio, rappresentata dall'esistenza «di indizi specifici i quali, senza escludere l'incertezza scientifica, permettono ragionevolmente di concludere, sulla base dei dati disponibili che risultano maggiormente affidabili e dei risultati più recenti della ricerca internazionale, che l'attuazione di determinate misure sia necessaria al fine di evitare pregiudizi all'ambiente e alla salute e nel rifiutare un approccio puramente ipotetico del rischio». Vedi in particolare Cons.

Conseguenza di questa «indiretta» applicazione del principio di precauzione è il riconoscimento, da parte della Corte territoriale, della legittimità della limitazione dell'esercizio della libertà di iniziativa economica (e dunque della «compressione» dell'interesse del datore alla riservatezza delle notizie divulgate dal lavoratore), operato, per l'appunto in via precauzionale, a tutela dell'ambiente e della salute umana.

Questo inedito approccio alla dimensione giuridica, che anticipa al tempo presente la decisione sul futuro («come se il presente, privato del suo tradizionale legame con il passato, cercasse di trovare nel suo rapporto con il futuro una nuova direzione e dei nuovi vincoli») (35) e che il principio di precauzione determina, apre, evidentemente, nuovi scenari anche per i rapporti di lavoro e induce a riflettere sul fatto che la prevenzione e la gestione di un rischio ambientale è sempre il risultato della interazione «tra essere umani, tecnologie e procedure di sicurezza» (36); interazione «non razionalmente determinabile tra gruppi di persone, soprattutto là dove questo avvenga in contesti produttivi incentrati su logiche gerarchiche di comando, controllo e sanzione» (37).

In ragione di ciò, e ricordando la drammatica vicenda (umana prima ancora che giudiziaria) dell'Ilva e quel bilanciamento ragionevole tra diritto al lavoro e diritto alla salute, affermato dalla Corte costituzionale con la decisione n. 85 del 2013, la sentenza in commento dimostra come sia necessario trovare e valorizzare quella stretta correlazione tra ambiente e lavoro, che solo il principio dello sviluppo sostenibile (altro nuovo paradigma del costituzionalismo contemporaneo) è in grado, oggi, di spiegare (38).

Da questo punto di vista, come ricordato anche di recente da alcuni Autori (39), sarebbe utile incentivare maggiormente il modello della responsabilità sociale d'impresa, come anche l'Unione europea sta cercando di fare.

Si pensi al Libro verde *Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale alle imprese* del 2001 o al Regolamento (Ce) n. 761/2001 del 19 marzo del 2001 sull'adesione volontaria delle imprese a un sistema comunitario di ecogestione e *audit*, che esalta «... il ruolo dei lavoratori nella gestione ambientale e nel processo per il costante miglioramento della sostenibilità ecologica [in quanto suggerisce il ricorso] a forme di partecipazione, come il sistema del libro dei suggerimenti o lavori di gruppo su singoli progetti in seno a comitati ambientali» (40).

Alla luce di questi «nuovi» principi costituzionali, e di questo nuovo complesso di diritti e di doveri legati all'ambiente che si stanno imponendo a livello globale come

Stato, S. V, 27.12.2013 n. 6250. Vedi anche Cons. Stato, S. V, 11.7.2014, n. 3573, Cons. Stato, S. V, 10.9.2014, n. 4588; Cons. Stato, S. V, 13.5.2014, n. 2452. Consultabile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it. Si vedano anche C. cost. 26.6.2002, n. 282, e C. cost. 8.3.2006, n. 116, consultabili sul sito internet www.giurcost.it.

(35) Così Ferrarese 2002, 19.

(36) Tiraboschi 2014 593.

(37) *Ivi*, 593-594.

(38) D'Aloia (2016, 349), secondo cui esso si rivela una fondamentale chiave di lettura delle molteplici sfide globali che la società contemporanea deve affrontare: prima fra tutte la questione ambientale. Esso, cioè sarebbe un «principio olistico, trasversale a tutte le grandi aree tematiche, dall'ambiente allo sviluppo economico, alla coesione sociale, alla pace e alla sicurezza, fino alle grandi questioni della disegualianza tra aree del mondo».

(39) Gutiérrez 2016, 679 ss.

(40) *Ivi*.

importanti chiavi di lettura delle sfide ambientali contemporanee, la sentenza dei giudici romani appare, dunque, alquanto innovativa.

Essa contribuisce, positivamente, a definire uno spazio più ampio del diritto di critica del lavoratore, il quale si traduce quasi in «dovere» di verità nei confronti della comunità.

Al contempo, traccia le traiettorie della responsabilità *intra* e *intergenerazionale*, offrendo lo spunto per definire modelli di «gestione integrata dei rischi ambientali», che sappiano dare piena attuazione al principio di sussidiarietà orizzontale, sancito dall'art. 118, ultimo comma, Cost., e valorizzare la partecipazione attiva dei consociati nell'attuare e nel tutelare un interesse generale (41).

Riferimenti bibliografici

- Aimo M. (1999), *Appunti sul diritto di critica del lavoratore*, in *RGL*, 1999, n. 3, II, 455 ss.
- Allegretti U. (2010), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze University Press, Firenze.
- Alpa G. et al. (a cura di) (2012), *Rischio di impresa e tutela dell'ambiente*, Esi, Napoli.
- Andreoni A. (2006), *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli Ed., Torino.
- Ballestrero M.V., De Simone G. (2015), *Diritto del lavoro*, Giappichelli Ed., Torino.
- Barone A. (2013), *Le fonti di energia tra gestione precauzionale e diritto giurisprudenziale*, in *federalismi.it*, n. 16.
- Belvedere D. (2015), *La tutela precauzionale dell'ambiente e il ruolo della giurisprudenza nel riconoscimento del rischio da fattori inquinanti*, in *Nuove autonomie*, n. 2, 259 ss.
- Bifulco R. (2009), *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa*, in *www.astridonline.it*.
- Bifulco R., D'Aloia A. (2008), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene, Napoli.
- Bin R. (1992), *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- Bonardi O. (2007), *L'obbligo di fedeltà e il patto di non concorrenza*, in Cester C. (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in Carinci F. (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, II, Utet, Torino.
- Cardinale A. (2011), *È davvero auspicabile il ritorno al nucleare?*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 31 ss.
- Cardinale V. (2013), *Il caso di Sarno et a. contro Italia: riflessioni sul rapporto tra tutela dell'ambiente, diritto alal salute e gestione dei rifiuti*, in *www.federalismi.it*.
- Carinci M.T. (2014), *Whistleblowing alla scala di Milano: una ballerina denuncia il rischio di anoressia fra i componenti del corpo di ballo*, in *RIDL*, n. 2, II, 511 ss.

(41) Barone 2013.

- Colella L. (2013), *L'evoluzione della legislazione italiana nel settore dell'energia elettro-nucleare nell'era della Green Economy: il futuro del «nucleare civile» dopo Fukushima*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 169 ss.
- D'Aloia A. (2016), voce *Generazioni future (Diritto costituzionale)*, in *ED*, IX, Roma, 331 ss.
- D'Aloia (a cura di) (2006), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale. Atti del seminario di Parma, 19 marzo 2005*, Torino, Giappichelli.
- D'Avino G. (2016), *Il diritto di vivere in un ambiente salubre (art. 8 Cedu)*, in Di Stasi A. (a cura di), *Cedu e Ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano.
- Dessi O. (2013), *Il diritto di critica del lavoratore*, in *RIDL*, II, 395 ss.
- Ferrante V. (1994), *I criteri di bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza comparata*, in *QDLRI*, n. 15, 159 ss.
- Ferrarese M.R. (2002), *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2002.
- Ghezzi G., Romagnoli U. (1995), *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna.
- Gragnoletti E. (1996), *L'informazione nei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Greco M.G. (2006), *Diritto di critica e rapporto di lavoro*, in *ADL*, n. 1, II, 293 ss.
- Gutiérrez J.E. (2016), *Lavoro e ambiente: le prospettive giuslavoristiche*, in *DRI*, n. 3, 679 ss.
- Iacobucci S. (2016), *Il confine tra «conversazione tra colleghi» e uso di «epiteti ingiuriosi» nella giurisprudenza di legittimità*, in *LG*, n. 7, 683 ss.
- Jonas H. (2009), *Il principio della responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, Torino.
- Marani C. (2009), *Sui limiti del diritto di critica*, in *ADL*, n. 1, II, 246 ss.
- Mattarolo M.G. (2000), *Art. 2105. Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, in Schlesinger P. (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè editore, Milano.
- Mazzotta O. (1986), *Diritto di critica e contratto di lavoro*, in *FI*, n. 7-8, 1878 ss.
- Menegatti E. (2008), *I limiti al diritto di critica del lavoratore*, in *ADL*, 2008, n. 3, II, 876 ss.
- Miraglio V. (2013), *Diritto di critica del lavoratore e obbligo di fedeltà: un equilibrio delicato*, in *GI*, n. 8-9, 1846 ss.
- Monaco G. (2014), *Dal Consiglio di Stato quasi un decalogo sull'applicazione del principio di precauzione*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, n. 5, 551 ss.
- Morrone A. (2002), *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano.
- Nuzzo V. (2010), *Quando denunciare il datore rende «infedele» il lavoratore*, in *NGCC*, n. 4, 351 ss.
- Occhicupo N. (1995), *Liberazione e promozione della persona umana nella Costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*, Giuffrè, Milano.
- Pace A., Manetti M. (2006), *Articolo 21*, in Branca G., Pizzorusso A. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Bologna, Zanichelli.
- Penasa S. (2015), *La legge della scienza. Nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Esi, Napoli.

- Pitea C. (2013), *Diritto internazionale e democrazia ambientale*, Esi, Napoli.
- Prospero L. (2014), *Meglio un lavoratore «fedele» che un cittadino zelante*, in *RGL*, n. 1, II, 98 ss.
- Rodotà S. (2009), *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano.
- Ruggeri A. Spadaro A. (1991), *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *PD*, 343 ss.
- Scaccia G. (2000), *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- Tiraboschi M. (2014), *Prevenzione e gestione dei disastri naturali (e ambientali): sistemi di welfare, tutele del lavoro, relazioni industriali*, in *DRI*, n. 3, XXIV, 573 ss.
- Torretta P. (2008), *Responsabilità intergenerazionale e procedimento legislativo. Soggetti, strumenti e procedure di positivizzazione degli interessi delle generazioni future*, in Bifulco R., D'Aloia A. (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene, Napoli.
- Tosi P. (2012), *Intuitus personae e fiducia*, in *ADL*, 2012, I, 539 ss.
- Trioni G. (1982), *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Violini L. (1986), *Le questioni scientifiche e controverse nel procedimento amministrativo*, Milano.
- Vivani C. (2015), *Principio di precauzione e conoscenza scientifica*, in *GI*, n. 11, 2474 ss.

Veronica Valenti
*Ricercatore di Diritto costituzionale
presso l'Università di Parma*

I

CORTE D'APPELLO ROMA, 16.12.2015 – Pres. Tatarelli, Est. Miccichè – Inps (avv.ti Lanzetta, Ciriello) c. R.A. (avv.ti Andreoni, Freddino).

Licenziamento individuale – Dirigente – Lavoro pubblico – Art. 72, comma 11, d.l. n. 112/2008 – Facoltà di recesso per la p.a. – Motivazione – Correlazione causale con esigenze organizzative consistenti in un complessivo riassetto dell'amministrazione.

Quando la pubblica amministrazione licenzia un dirigente ex art. 72, comma 11, d.l. n. 112/2008, è tenuta a motivare adeguatamente, ben potendo limitarsi tuttavia a dimostrare la sussistenza di esigenze organizzative consistenti in un mero riassetto dell'amministrazione procedente. A mente della speciale disposizione richiamata, infatti, la riduzione degli organici non è presupposto di legittimità degli atti di recesso adottati. (1)

II

CORTE D'APPELLO ROMA, 15.1.2015 – Pres. ed Est. Tatarelli – Presidenza del Consiglio dei ministri (Avvocatura dello Stato) c. L.F. (avv.ti Luciani, Togna, Andreoni).

Licenziamento individuale – Dirigente – Lavoro pubblico – Art. 72, comma 11, d.l. n. 112/2008 – Facoltà di recesso per la p.a. – Motivazione – Correlazione causale con situazioni di esubero.

Quando la pubblica amministrazione licenzia un dirigente ex art. 72, comma 11, d.l. n. 112/2008, è tenuta a dimostrare adeguatamente la correlazione causale tra il recesso e l'esubero del personale. La richiamata disposizione, infatti, pone il ridimensionamento degli organici quale requisito di legittimità del recesso da adottare. Sicché il potere organizzativo pubblico – anche quando si esercita con la capacità del privato datore di lavoro – mira pur sempre a garantire il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. (2)

(1-2) LICENZIAMENTO DEL DIRIGENTE PUBBLICO
E VINCOLI DI RIDIMENSIONAMENTO DEGLI ORGANICI

SOMMARIO: 1. Breve ricostruzione della vicenda processuale: alla ricerca del significato giuridico dell'ambivalenza della giurisprudenza romana. — 2. Una disposizione legislativa «speciale» (art. 72, comma 11, d.l. n. 112/2008) scarsamente coerente

te con il «sistema» normativo privatistico. — 3. Licenziamento del dirigente e processi di ridimensionamento degli organici: la questione cruciale della «motivazione». — 4. *Segue*: I riflessi sulla connotazione del potere organizzativo della pubblica amministrazione. — 5. *Segue*: Il licenziamento del dirigente alla stregua del principio di distinzione tra politica e amministrazione. — 6. Note conclusive.

1. — *Breve ricostruzione della vicenda processuale: alla ricerca del significato giuridico dell'ambivalenza della giurisprudenza romana* — Non è agevole proporre una lettura della coppia di sentenze in commento, che ne faccia intendere appieno il contenuto, soprattutto quando i due processi, svoltisi innanzi allo stesso giudice, hanno avuto esiti diametralmente opposti. E sembrerebbe, a prima vista, non trattarsi di un contrasto «fisiologico», ascrivibile alla peculiarità degli elementi immessi nel processo dalle parti, quanto piuttosto di un vero e proprio «conflitto sui principi» che lo stesso organo giudicante ha posto, ora in un senso ora nell'altro (e a distanza di poco meno di un anno), alla base della sua interpretazione. Neppure la differente veste processuale – ordinario processo del lavoro, nell'un caso; cd. rito Fornero, nell'altro caso – sembra abbia potuto esercitare un'influenza sulla predetta divergenza di posizione assunta dalle due sentenze.

Entrambi i giudizi – venendo così allo specifico della vicenda processuale – riguardano l'impugnativa del licenziamento irrogato a carico di due dirigenti pubblici: nel primo giudizio (deciso con la sentenza n. 9043 del 16.12.2015), lo stesso giudice d'appello, nell'accogliere, invece, il reclamo del datore di lavoro, l'Inps respinge la domanda avanzata, ai sensi dell'art. 1, comma 48, l. n. 92/2012, dalla ricorrente, volta a dichiarare l'illegittimità dell'intimato licenziamento; nel secondo (deciso con la sentenza n. 8 del 15.1.2015), la Corte d'Appello rigetta il gravame avanzato dalla Presidenza del Consiglio dei ministri e conferma pertanto la sentenza di primo grado di annullamento del licenziamento intimato al dirigente.

La decisione scaturisce, sia nel primo sia nel secondo processo, dalla interpretazione di un dato normativo molto peculiare, concernente la disciplina del rapporto di lavoro dirigenziale: segnatamente, quanto alla facoltà, introdotta a favore delle pubbliche amministrazioni a far data dal 2008, di risolvere unilateralmente i rapporti di lavoro del personale dirigenziale (appunto), ricorrendo i requisiti per il pensionamento del medesimo personale (art. 72, comma 11, d.l. n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008).

2. — *Una disposizione legislativa «speciale» (art. 72, comma 11, d.l. n. 112/2008) scarsamente coerente con il «sistema» normativo privatistico* — L'analisi non può che prendere le mosse allora dalla disposizione normativa appena richiamata. Guardata da vicino, essa presenta tratti di assoluta specialità, collocandosi a metà strada tra l'obiettivo del contenimento della spesa pubblica (sempre di moda, negli ultimi anni, per le pubbliche amministrazioni) e quello, più strettamente organizzativo, di «rinvigorismento» manageriale degli apparati amministrativi. Non si tratta di una disposizione isolata, ma inserita in un vero e proprio «pacchetto» di misure giuridiche, anch'esse finalizzate alla razionalizzazione degli assetti organizzativi delle amministrazioni pubbliche statali: ci si riferisce all'art. 72, commi 1-10, riguardante l'esonero dal servizio per il personale delle amministrazioni centrali, nei cinque anni che precedo-

no la maturazione dell'anzianità contributiva massima di quaranta anni, nonché il trattenimento in servizio per un biennio; all'art. 73, sulla trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, subordinata alla salvaguardia della funzionalità dell'amministrazione di riferimento; all'art. 74, sull'obbligo di riduzione degli organici (1).

Dal punto di vista tecnico-giuridico, quella in esame è una norma a efficacia temporaneamente predefinita (originariamente, per gli anni 2009, 2010, 2011, successivamente prorogata fino al 31 dicembre 2014), costruita sulla facoltà datoriale di attivare un meccanismo di risoluzione del rapporto di lavoro dirigenziale, che aggancia il recesso non tanto a elementi scaturenti dalla relazione contrattuale di lavoro intercorrente tra il dirigente medesimo e l'amministrazione (in senso lato, alla «responsabilità» del dirigente), quanto a specifiche condizioni, che operano sul rapporto di lavoro dirigenziale «dall'esterno»: l'anzianità contributiva di quaranta anni maturata dall'interessato e il necessario preavviso di sei mesi.

Il coordinamento tra tale specifica disposizione (per quanto la norma sia temporaneamente predeterminata) e l'impianto normativo del d.lgs. n. 165/2001 non è, a dire il vero, vagliato con particolare attenzione dal legislatore: solo nel testo della norma modificato successivamente dall'art. 17, comma 35-*novies*, del d.l. n. 78/2009, convertito in l. n. 102/2009, figura, infatti, la precisazione, non certo irrilevante ai fini del nostro discorso, come si vedrà, che la facoltà prevista possa essere attivata dalle pubbliche amministrazioni «nell'esercizio dei poteri di cui all'articolo 5 del citato decreto legislativo n. 165 del 2001».

Ma, al di là del significato interpretativo da attribuire a siffatta precisazione del legislatore, su cui si ritornerà in prosieguo, è importante intendersi immediatamente sulle caratteristiche, per così dire genetiche, dell'intervento medesimo, quanto a logiche e finalità.

Qui sullo sfondo si stagliano esigenze del tutto peculiari, contingenti, emergenziali, di breve respiro, che si fatica a collocare nella corretta posizione rispetto al più ampio ripensamento del modello di regolazione dei rapporti di lavoro pubblico, e tra questi *in primis* del lavoro dirigenziale, avviato dal processo normativo degli anni novanta, culminato proprio nel testo del d.lgs. n. 165 (2).

Questo aspetto è, con ogni probabilità, all'origine dell'oscillazione interpretativa che la giurisprudenza romana fa registrare (3), ed è il primo elemento da considerare.

(1) Per una ricostruzione delle richiamate misure normative, cfr. Casale 2008, 1058 ss.; Gragnoli 2009, 184 ss.; Di Carluccio 2010, 1137 ss.; Ferrario 2010, 657 ss.

(2) D'Orta (2011, 391), sottolinea come, «dopo una fase di relativo *self-restraint* del legislatore durata fino alla fine degli anni novanta, è ripresa, con il nuovo secolo, anche la tendenza a introdurre norme estemporanee su singoli istituti del lavoro pubblico, sempre caratterizzate da vincoli e limiti all'autonomia gestionale»; sul punto, vd. anche Spinelli 2015, 958.

(3) È vero: la «privatizzazione» dell'impiego pubblico nasce anch'essa, negli anni novanta, da pressanti esigenze di contenimento dei costi delle amministrazioni pubbliche italiane (cfr. Melis 1996, 532). È altrettanto vero però che l'attenzione normativa si sposta gradualmente, nel corso degli anni, dal controllo centrale sulla spesa per il personale alla gestione efficiente del personale a livello di ente o amministrazione, secondo regole flessibili comuni al settore privato (così D'Antona 1997, 2 ss.).

3. — *Licenziamento del dirigente e processi di ridimensionamento degli organici: la questione cruciale della «motivazione»* — Attivando una facoltà del datore di lavoro, risulta pacifico che la norma in oggetto non va a prefigurare *ex ante* la «motivazione» dell'atto datoriale di recesso: per intenderci, non si versa nelle ipotesi di recesso automatico, che opererebbe *ipso iure* (4), proprio in quanto la norma lascia comunque al datore di lavoro la scelta sull'*an* dell'attivazione del meccanismo risolutivo, pur se in presenza di specifiche e predefinite condizioni (5).

Questo aspetto – che, si badi, non c'è nell'omologa e già richiamata disposizione dell'art. 74 – implica, in punto di diritto, che la motivazione alla base del recesso è sottoposta comunque al controllo del giudice (6). E la questione non è certo di immediata risoluzione, anzi resta comunque controversa in «assenza di una norma di carattere generale che imponga la motivazione degli atti del datore di lavoro privato» (7), e, si può aggiungere nel nostro caso, degli atti di un datore di lavoro pubblico chiamato a operare con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 165/2001 (8). Anche per la dottrina, quella del licenziamento del dirigente pubblico è diventata ben presto una vera e propria «questione», a motivo di un dato normativo che finisce per generare dubbi finanche in merito ai «fondamenti» dell'istituto (9).

Nello sviluppo delle due sentenze, il giudice è chiamato a verificare quale correlazione causale debba instaurarsi tra la motivazione del recesso e le determinazioni or-

(4) Sulle ipotesi di risoluzione automatica del rapporto dei dirigenti in età pensionabile, Mainardi 2005, 286.

(5) La sentenza n. 9043 del 16.12.2015 lo ribadisce espressamente, là dove statuisce che «l'art. 72 del d.l. n. 112/2008 fa riferimento a una *facoltà* dell'amministrazione di risolvere il rapporto e non già a una ipotesi di estinzione *ope legis*».

(6) Il rilievo sull'obbligo motivazionale è comune a numerose pronunce della giurisprudenza di merito: cfr., in particolare, Tribunale di Milano 9.1.2014, n. 30; Tribunale di Modena 18.8.2009, n. 2638, ord., che ritiene indispensabile che l'amministrazione «supporti con motivazione esauriente che dia conto delle determinazioni sulla cui base è stato assunto il provvedimento risolutivo». Nello stesso senso, Tribunale di Arezzo 3.2.2011, n. 85; Tribunale di Milano 10.5.2010; Tribunale di Reggio Emilia 12.1.2010, ord.; Tribunale di Roma 5.1.2010, ord.

(7) In questi termini si esprime testualmente la sentenza n. 9043.

(8) Richiamato (non a caso) dalla stessa disposizione per cui è causa, sia pure, beninteso, tale richiamo – come detto – si abbia solo nella versione successiva alla riscrittura operata dall'art. 17, comma 35-*novies*, del d.l. n. 78/2009, convertito con l. n. 102 del 2009. Naturalmente, quanto all'esclusione della libera «recedibilità» occorre riferirsi a Corte costituzionale 26.7.1996, n. 313, ribadita in Corte costituzionale 30.1.2002, n. 11, ord., Corte costituzionale 9.5.2002, n. 193, e, soprattutto, in Corte costituzionale 19.3.2007, n. 103. Anche la giurisprudenza di merito consolida questa interpretazione, rispondente a una lettura costituzionalmente orientata in relazione ai principi di cui agli articoli 3 e 97 Cost., supportata altresì dal rilievo secondo il quale il potere discrezionale attribuito all'amministrazione dal legislatore – anche in un settore qual è quello del rapporto di lavoro del pubblico dipendente in cui l'amministrazione opera *iure privatorum* – «non può e non deve tradursi in arbitrio, essendo assoggettato, quanto meno, agli obblighi generali dell'agire secondo correttezza e buona fede» (così Tribunale di Modena 18.8.2009, n. 2638, ord., cit.).

(9) Zoppoli A. 2011, 144. Ma, al riguardo, cfr. anche Mainardi 2005, 268 ss.; Lanotte 2007, 155; Boscato 2006, 335 ss.; Zoppoli L. 2003, 505 ss., con posizioni ricostruttive diversamente articolate, a proposito dello schema causale del licenziamento del dirigente pubblico e del ruolo della contrattazione collettiva.

ganizzative dell'amministrazione. Su tale correlazione – sulla quale, beninteso, ritorna il successivo intervento normativo di cui all'art. 16, comma 11, d.l. n. 98/2011, convertito con l. n. 111/2011 (10) –, che è il passaggio cruciale della questione, si registra la spaccatura tra i giudici.

Più precisamente, si tratta di stabilire se la predetta facoltà riconosciuta alla pubblica amministrazione di risoluzione dei rapporti di lavoro dirigenziali debba operare necessariamente in correlazione a situazioni di «sopranumerarietà» e/o, in senso lato di eccedenza di personale o ne possa prescindere. La motivazione del licenziamento, in altre parole, deve agganciarsi, in un rapporto di causalità necessaria, con i processi di *riduzione* degli organici in atto nell'amministrazione medesima o piuttosto – come sottolineato ancora una volta, con maggiore perentorietà, nella prima sentenza – essa può limitarsi a «una esigenza organizzativa consistente anche in un complessivo *riassetto* dell'amministrazione precedente» (11)? E l'alternativa non è meramente nominalistica: non corre certo sul filo semantico delle due espressioni «riduzione» *versus* «riassetto». Il problema è più sostanziale e attiene alle peculiari sembianze che l'esigenza organizzativa si vuole che assuma in concreto.

Orbene, la questione può essere impostata nei termini che seguono, giovandosi delle indicazioni interpretative della recente giurisprudenza di legittimità. Sono almeno tre i passaggi da tenere presenti.

a) Anzitutto, si può partire dalla premessa logico-giuridica dell'interpretazione giurisprudenziale – che si ritrova in entrambe le pronunce – che si fonda sull'obbligo motivazionale del recesso, che, come anticipato, sussisterebbe a regolare la previsione normativa di cui all'art. 72, comma 11, a partire già dalla sua formulazione originaria (12), senza mai essere messa in discussione pur nelle successive modificazioni intervenute.

b) In secondo luogo, andando al merito della questione, la disposizione normativa «speciale» di cui all'art. 72 non può che essere letta in connessione con la disposizione di cui all'art. 74, essendo entrambe funzionalmente permeate dalla finalità di razionalizzazione degli organici delle pubbliche amministrazioni, da realizzare (anche) per il tramite di consequenziali decisioni di elisione di posizioni lavorative (ivi incluse quelle dirigenziali) che dovessero risultare «in eccedenza». Conseguentemente, la decisione del datore di lavoro che intenda «usare» la predetta norma non può non tenere conto di questa indicazione teleologica proveniente dalla norma medesima: ciò significa che al datore di lavoro si richiede un *surplus* sul piano motivazionale, rispetto a una «normale» decisione organizzativa generatrice di un licenziamento. Non è sufficiente esplicitare, nell'atto di licenziamento, una mera finalità di riorganizzazione del-

(10) Tale profilo è molto più evidente nella sentenza n. 9043 del 16.12.2015: qui sullo sfondo c'è un processo organizzativo di «fusione per incorporazione» dell'Inpdap e dell'Enpals nell'Inps, che rifluisce formalmente nella motivazione del recesso, ancorata alla determinazione commissariale n. 56 del 24.4.2014.

(11) Così il testo della sentenza n. 9043.

(12) Così Cass. 6.6.2016, n. 11595, che va a consolidare un orientamento interpretativo già affiorato, ma con oscillazioni, nella giurisprudenza di merito: sulla necessità di una motivazione adeguata cfr., in particolare, Tribunale di Arezzo 3.2.2011, n. 85, cit.; Tribunale di Modena 18.8.2009, n. 2638, ord., cit.; in senso contrario, invece, Tribunale di Reggio Calabria 28.10.2009; Tribunale di Catania 15.5.2014, n. 18, ord. Sul punto, vd. altresì i riferimenti giurisprudenziali di cui alla nota 8.

le proprie strutture, ma è necessario dimostrare, pena l'illegittimità del recesso, quanto il licenziamento sia diretta conseguenza di una scelta organizzativa peculiare e strutturalmente preindividuata, consistente in una riduzione o in un ridimensionamento dell'organico.

L'obiettivo del microsistema regolativo, creato dal legislatore nel 2008, si fonda proprio su questo presupposto: il legislatore tanto ha aperto una finestra normativa *ad hoc* per le pubbliche amministrazioni interessate – temporalmente predefinita – proprio in quanto aveva lo scopo di realizzare riduzioni quantitative dei costi delle amministrazioni medesime, a partire dal personale (13), rimettendo alle amministrazioni unicamente la scelta iniziale se avvalersi o meno della finestra normativa. Una volta esercitata la facoltà, la norma va a operare dall'esterno sul nucleo discrezionale del potere organizzativo della pubblica amministrazione, sottoponendolo a precise condizioni di legittimità che restringono gli spazi che normalmente competono alla stessa pubblica amministrazione, in funzione di interessi generali di contenimento della spesa.

Se si provasse invece ad accedere alla lettura di segno contrario – e cioè che la pubblica amministrazione, invece, pur applicando la norma in questione, possa risolvere i rapporti di lavoro limitandosi ad addurre «esigenze organizzative», non necessariamente tradotti in riduzioni di posti di lavoro (per questo in eccedenza) –, la disposizione in commento si potrebbe ritenere inutilmente data; non ci sarebbe nemmeno stato bisogno di una disposizione normativa *ad hoc*, in quanto sempre e comunque alle pubbliche amministrazioni competono poteri di intervento sulla propria organizzazione.

Tale lettura inoltre risulterebbe estremamente sbilanciata a favore dell'amministrazione, dotata alla fine dei conti di un potere arbitrario, e non più discrezionale, di indirizzare la sua scelta sulle posizioni dirigenziali, soprattutto quelle non gradite, che ritiene (beninteso, sempre però all'interno della platea dei soggetti con i requisiti di cui alla norma) alla stregua di valutazioni fondate su base esclusivamente fiduciaria o, addirittura, strumentali (14). I requisiti imposti dall'art. 72 finirebbero così per ostacolare il processo di individuazione della *reale* motivazione alla base del recesso.

Invece, con l'art. 72, nella lettura che si intende affermare, la legge abilita i datori di lavoro pubblici a esercitare il potere di recesso in ipotesi specifiche, collegate alle finalità individuate dalla stessa legge e alle condizioni ivi stabilite.

(13) In questa prospettiva, cfr. Tribunale di Arezzo 3.2.2011, n. 85, cit., quanto alla necessaria sussistenza delle «ragioni organizzative e gestionali (prime tra tutte le situazioni di esubero) [...] tali da giustificare l'adozione di un provvedimento di risoluzione del rapporto lavorativo». In altre sentenze, i giudici si soffermano sulla necessità che la motivazione del recesso sia rigorosamente legata a situazioni organizzative generali, rispetto alle quali le situazioni di esubero possono atteggiarsi quale variante però soltanto eventuale: cfr. Tribunale di Milano 9.1.2014, n. 30.

(14) Il discorso non muta – a nostro parere – neanche nell'ipotesi in cui l'amministrazione intenda applicare la norma a tutti i dirigenti (senza scegliere) in possesso dei requisiti di anzianità, con lo scopo proprio di evitare di incorrere in scelte discriminatorie. Anche in questo caso, restano ferme le considerazioni svolte in ordine allo squilibrio funzionale dettato da siffatta impostazione. Nel primo giudizio, è il caso di ricordare, la difesa della lavoratrice aveva infatti censurato il recesso datoriale anche sotto il profilo del contrasto con la Direttiva n. 2000/78/Ce. In quanto collegata ai criteri dell'età anagrafica e/o dell'anzianità contributiva, la scelta di licenziare, si sosteneva, appariva discriminatoria.

Questo argomento, legato al microsistema regolativo creato dalle richiamate disposizioni, già di per sé consentirebbe di risolvere la questione interpretativa stabilendo il principio che è illegittima ogni decisione datoriale che si riveli sganciata dalla predetta correlazione causale (che è poi quanto è avvenuto nel secondo giudizio).

c) Che questa sia la lettura da privilegiare emerge altresì ragionando *a contrario* su un altro aspetto della vicenda in esame, collegato al licenziamento e, nelle due sentenze, in verità non messo a fuoco in tutte le sue implicazioni.

Entrambi i giudizi si concentrano sulla legittimità/illegittimità del licenziamento, ma non ponderano i pregiudizi che il dirigente licenziato riceverebbe per effetto della automatica soppressione dell'incarico attribuitogli in precedenza, evidentemente ritenendo assorbente il rilievo che questo risulti travolto anch'esso dal recesso.

Ebbene, per quanto la struttura binaria del rapporto di lavoro dirigenziale pubblico, come si sa, renda impermeabili i due ambiti del rapporto medesimo – l'incarico e il rapporto di lavoro di base –, non può comunque escludersi che le garanzie che la giurisprudenza accorda alla fase dell'incarico (conferimento e revoca) rifluiscono sul rapporto di lavoro. E infatti la giurisprudenza conferma che l'azzeramento dell'incarico, realizzatosi a prescindere dai risultati e dalla valutazione che se ne può dare, non sarebbe, in linea di principio, ammissibile, a meno che non si versi nell'ipotesi, nell'unica ipotesi ammessa a questo punto, di soppressione dei posti dirigenziali. Solo un provvedimento organizzatorio radicale, volto a eliminare posizioni dirigenziali, può avere come conseguenza la revoca degli incarichi prima della scadenza prefissata (15).

Insomma, la giurisprudenza in tanto ammette la revoca dell'incarico, in quanto, a monte, c'è una decisione organizzativa di riduzione dell'organico e non una mera decisione di riorganizzazione. Questo rafforza la convinzione di una relazione causale ineludibile tra il recesso e le situazioni di soprannumerarietà (che il recesso vuole eliminare), coerente con la ricostruzione interpretativa finora offerta.

Se queste sono le premesse teoriche del percorso giurisprudenziale che si ha innanzi, va, a questo punto, però attentamente vagliata la precipua scansione temporale delle modifiche intervenute sulla disposizione originaria dell'art. 72, onde avere qualche elemento in più a disposizione per spiegare l'oscillazione della giurisprudenza. Ciò in quanto, specialmente con l'innesto dell'art. 16, comma 11, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111 – come puntualmente sottolineato dalla Cassazione –, l'obbligo motivazionale, pur sempre mantenuto fermo come detto, viene però incasellato in uno specifico schema giuridico: esso è adempiuto senza necessità di ulteriore motivazione «qualora l'amministrazione interessata abbia preventivamente determinato in via generale appositi criteri applicativi con atto generale di organizzazione interna, sottoposto al visto dei competenti organi di controllo» (16).

Tale norma determina un inedito e particolare «effetto di sostituzione» dell'obbligo di motivazione: questo non è più da rintracciare di volta in volta e caso per caso, ma si ritiene incorporato nell'atto generale di organizzazione interna che ponga i criteri applicativi per l'esercizio della facoltà di cui all'art. 72. La verifica sulla motivazio-

(15) Cass. 16.2.2009, n. 3677, S.U.

(16) Così ancora Cass. 6.6.2016, n. 11595, cit.

ne, nelle ipotesi in cui esista un atto generale di organizzazione, finisce in pratica per concentrarsi su di esso. Ora, tale passaggio normativo – che nel secondo giudizio è però fuori dal processo, in ossequio al principio del *tempus regit actum* – non è detto che modifichi i presupposti giuridici sui quali il giudice è chiamato a svolgere il controllo sulla motivazione.

Certo, le due ipotesi affrontate nei processi vanno tenute distinte. Nel secondo caso, nella versione originaria della norma per intenderci, il controllo giudiziale si estende sulla idoneità della motivazione a dimostrare la sussistenza di motivi oggettivi alla base della risoluzione esercitata, nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza. Nel primo caso, il controllo circoscrive il suo ambito di azione, appuntandosi sull'atto generale di organizzazione interna, alla previa adozione del quale soltanto è subordinata la facoltà di risoluzione dei rapporti: una sorta di riconoscimento della motivazione del recesso *per relationem*, richiamandosi cioè agli atti organizzativi che ne sono presupposto.

Tale esito interpretativo va però accolto con la dovuta cautela, soprattutto per i riflessi in ordine alla giurisdizione sugli atti organizzativi della pubblica amministrazione. La competenza del giudice ordinario – in linea di principio preclusa quando le controversie investono direttamente l'atto organizzativo – andrebbe ad affermarsi, nel nostro caso, perché si versa nella specifica ipotesi di atti di gestione del rapporto di lavoro in relazione ai quali i provvedimenti organizzativi costituiscono meri atti presupposto, che il giudice ordinario ben può disapplicare se li ritiene illegittimi.

Ma comunque, pur considerando questa necessaria distinzione e siffatte precisazioni, non vengono a mutare i termini dell'intera questione.

In entrambi i casi, infatti, la finalità di riduzione degli organici è sempre presupposto di legittimità del recesso. Per realizzare tale finalità, il legislatore introduce l'art. 72 con l'intento di evitare di affidare il potere di recesso ai classici schemi dell'intervento giudiziale a cui è precluso di sindacare nel merito le scelte organizzative della pubblica amministrazione. Pertanto, impone al datore di lavoro il perseguimento della finalità di riduzione dell'organico e al giudice ne affida il controllo, quanto a ragionevolezza, non illogicità e non contraddittorietà delle scelte adottate. Il controllo giudiziale pertanto si focalizzerà sulla coerenza logico-causale del recesso rispetto a tale finalità. In pratica, è come se il legislatore avesse isolato uno specifico motivo oggettivo alla base del recesso, preselezionando un'ipotesi di recesso motivato, purché legato a situazioni di soprannumerarietà.

Non è sufficiente allora la motivazione del recesso che ponga l'«esubero» quale variante meramente eventuale (17). Al contrario, il percorso motivazionale deve giungere, con assoluta linearità, a dimostrare che il recesso è determinato proprio da situazioni di soprannumerarietà, che assurgono così a elemento strutturale della fattispecie.

Ecco perché la prima sentenza (n. 9043 del 16 dicembre 2015), a nostro parere, imbuca un percorso interpretativo meno convincente, in quanto non considera che la verifica giudiziale è anch'essa ancorata alla finalità ultima della riduzione o del ridimensionamento dell'organico.

(17) Come invece si ritrova in alcune sentenze della giurisprudenza di merito (vd. *supra*, nota 13).

4. — Segue: *I riflessi sulla connotazione del potere organizzativo della pubblica amministrazione* — Non v'è dubbio che l'espresso richiamo dell'art. 72 alla disposizione di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 165/2001 conferisce alla questione interpretativa sinora affrontata una rilevanza sistemica, che richiede pertanto qualche ulteriore considerazione di carattere generale.

È evidente che qui l'esercizio delle prerogative dell'amministrazione riversate su posizioni lavorative dirigenziali – per giunta, di dirigenti di vertice, in entrambe le ipotesi (18) – sposta il piano della riflessione, più a monte, sulle caratteristiche stesse del potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni. Soprattutto quando questo potere, come nel nostro caso, viene colto nel momento in cui va a toccare il segmento dei rapporti di lavoro più vicino all'organizzazione amministrativa medesima, della quale si può dire che ne sia addirittura l'espressione, cioè la dirigenza.

Attivando la disposizione di cui all'art. 72, nell'un senso o nell'altro, è chiaro che si va a modificare il bilanciamento dei valori costituzionali che è intrinseco alla struttura del rapporto di lavoro del dirigente medesimo: tra l'interesse pubblico-organizzativo dell'ente – che trova la sua traduzione concreta proprio nel modulo binario del conferimento dell'incarico e del sottostante rapporto di lavoro del dirigente – e la tutela della posizione lavorativa del dirigente.

Sicché la soluzione interpretativa al riguardo non può non tener conto delle indicazioni *normative* della giurisprudenza costituzionale sul lavoro dirigenziale. A differenza di quanto accade nelle imprese private, tale assetto giurisprudenziale circonda il potere dell'amministrazione di esonerare il dirigente dall'incarico e di risolvere il relativo rapporto di garanzie e limiti che sono posti «non solo e non tanto nell'interesse del soggetto da rimuovere, ma anche e soprattutto a protezione di più generali interessi collettivi» (19).

Nel nostro caso, la facoltà attribuita alla medesima amministrazione è ancorata «all'effettuazione di una valutazione oggetto di ostensione, in sintonia con quanto più volte affermato dalla Corte costituzionale, e cioè che la pubblica amministrazione conserva pur sempre – anche in presenza di un rapporto di lavoro ormai contrattualizzato – una connotazione peculiare, essendo tenuta al rispetto dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento, cui è estranea ogni logica speculativa» (20).

Insomma, è chiaro che l'elaborazione giurisprudenziale si sia portata ben oltre quella che era la proiezione più ambiziosa dell'intero processo riformatore avviato agli inizi degli anni novanta: per mantenere ferma la scelta di fondo del legislatore – volta a radicare nella capacità manageriale la legittimazione organizzativa del dirigente – era sufficiente invece offrire un tipo di garanzia in ordine alla stabilità e continuità della sua posizione che si connettesse appunto alla capacità di gestione dell'organizzazione.

(18) Si condivide quanto osservato da Zoppoli A. (2011, 148), sulle difficoltà di individuazione dell'area della dirigenza apicale, in relazione alla quale neppure la giurisprudenza costituzionale sembra offrire indicazioni univoche; al riguardo, vd. altresì Lanotte (2007, 165), il quale rimarca come, sotto il profilo del recesso, la dirigenza pubblica mantenga unitarietà «non potendosi operare quelle suddivisioni – tra *top* e *middle management*, tra dirigenza di vertice e pseudodirigenza – che caratterizzano, invece, la dirigenza privata».

(19) Così Corte costituzionale 24.10.2008, n. 351. Ma l'elaborazione interpretativa della Corte costituzionale – come detto – parte da lontano (cfr. le decisioni di cui alla nota 8).

(20) Così Cass. 6.6.2016, n. 11595, cit.

Una volta che, per quanto detto, il livello di garanzia è stato invece innalzato, resta da capire se gli obiettivi di una riforma che intenda imprimere alla dirigenza caratteri manageriali, ridimensionando l'impronta burocratica tradizionale (21), siano stati centrati o meno.

5. — Segue: *Il licenziamento del dirigente alla stregua del principio di distinzione tra politica e amministrazione* — I rischi di una mancata correlazione tra licenziamento e necessità di riduzione dell'organico si avvertono anche sul piano del rapporto della dirigenza con il potere politico: vero e proprio fulcro della disciplina del lavoro dirigenziale (22). Se si aprisse alla lettura fatta propria dal primo giudice – protesa a declinare il predetto nesso causale anche sganciato dall'obiettivo di ridimensionamento –, il rischio concreto sarebbe di accreditare una disciplina largamente votata ad attrarre la decisione del recesso totalmente nell'area dell'elemento fiduciario espresso dall'organo politico-amministrativo (che si attaglierebbe perfettamente a un regime che sarebbe, alla fine, di libera recedibilità) (23), con un'indubbia portata «precarizzatrice» delle funzioni dirigenziali (e quindi in contrasto con la giurisprudenza costituzionale). Ciò vanificherebbe le istanze di imparzialità sottese al principio di distinzione tra politica e amministrazione (24), come invece la Cassazione e la Corte costituzionale non intendono fare. Si può dire che più si circonda l'esercizio del potere pubblico di garanzie e protezioni, più si dovrebbe ridurre il rischio di una cattiva impostazione dei rapporti tra dirigenza e potere politico.

Una lettura imperniata sulla necessità di motivare il recesso *in funzione della riduzione degli organici* risulterebbe, invece, compatibile con i principi della «privatizzazione» e con i valori costituzionali che ne sono alla base.

Dal punto di vista strettamente esegetico, il punto chiave di tale lettura è nella combinazione normativa fra l'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, testualmente richiamato dalla disposizione oggetto di causa, e le finalità dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 165: in particolare, nella «funzionalizzazione» delle determinazioni che esprimono il potere di organizzazione a principi di imparzialità e trasparenza e, in generale, di rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa.

La valorizzazione di tale combinazione interpretativa colloca l'atto datoriale di recesso nel cono d'ombra di un esercizio del potere organizzativo comunque necessariamente finalizzato al pubblico interesse, ossia all'unitario vincolo di scopo rappresentato dal buon andamento e dall'imparzialità dell'amministrazione (25). Ciò implica che

(21) Zoppoli L. 1999, 132.

(22) Rispetto all'obiettivo di una equilibrata relazione orizzontale tra «politica» e «amministrazione», in realtà, è lo schema privatistico del contratto a porre, specie per l'alta dirigenza, problemi di coerenza e congruità rispetto al fine dell'interesse generale: così Rusciano 2005, 630.

(23) «Se sussistesse un tale tipo di recesso libero e insindacabile, esso rappresenterebbe la virtuale negazione del principio di separazione delle funzioni tra dirigenti e organi politici e dell'autonomia gestionale garantita ai primi, atteso che con tale strumento, implicante la piena disponibilità della stabilità del rapporto, il dirigente pubblico risulterebbe asservito di fatto al potere politico»: così Tar Veneto 18.3.1999, n. 380, richiamato da Boscati 2006, cit., 340

(24) In questo senso cfr. Boscati 2006, 338-339; Lanotte 2007, 155.

(25) D'Orta 2004, 156; Id. 2011, 391 ss.

l'obbligo di motivazione del datore di lavoro sul provvedimento di recesso deve soddisfare appieno le predette finalità di trasparenza e di imparzialità, sganciandosi sicuramente da un esercizio risponente esclusivamente (o prevalentemente) a logiche fiduciarie e quindi di contiguità con il potere politico.

Tale equilibrio di valori, nel nostro caso, appare meglio declinato dalla prima sentenza (n. 8 del 15.1.2015), anche perché vengono meglio interpretate le finalità contingenti ed eccezionali di contenimento della spesa pubblica, in maniera comunque compatibile con i principi costituzionali dell'efficienza e della continuità delle funzioni.

Nella prima pronuncia, invece, sul piano logico-argomentativo, il nesso tra interesse organizzativo «qualificato» (la riduzione degli organici) e gestione del rapporto di lavoro del dirigente viene a diluirsi, fino a scomparire del tutto, venendo consegnato, nei fatti, alla totale discrezionalità del decisore politico, in contrasto con la logica della distinzione dei poteri.

È vero: la rispondenza del potere organizzativo al pubblico interesse, in teoria, si potrebbe assicurare anche se la decisione datoriale assumesse le sembianze non di una riduzione, ma di un nuovo assetto organizzativo, ispirato a criteri di efficienza ed economicità. Ma in presenza di finalità di contenimento della spesa (anzi, soprattutto in questi casi), oggettivate nelle disposizioni normative in precedenza richiamate, tale rispondenza del potere organizzativo del datore di lavoro, proprio per svincolarsi definitivamente dalle influenze del potere politico, viene dal legislatore analiticamente prefigurata. Sicché l'amministrazione, per tornare al caso di specie, è tenuta non soltanto a collegare causalmente il recesso all'interesse organizzativo, bilanciando l'interesse alla trasparenza della decisione con quello finanziario. La motivazione del recesso deve altresì incorporare l'esigenza organizzativa subentrata, quando questa si delinea, in aderenza alle prescrizioni in astratto poste dalla legge, nei termini di una necessaria «riduzione» dell'organico, a cui l'amministrazione decide di agganciare la facoltà normativamente riconosciutagli.

6. — *Note conclusive* — A questo punto, si dovrebbe disporre di qualche elemento in più per meglio decifrare i termini della predetta oscillazione della giurisprudenza romana.

Non pochi sono i passaggi incoerenti rintracciati nella prima pronuncia, meno sorvegliati sia rispetto alla peculiare logica dell'art. 72, sia al più generale modello della «privatizzazione».

Al di là del raffronto, è evidente che la giurisprudenza abbia ormai consolidato un percorso interpretativo fondato sulla divaricazione delle discipline tra «pubblico» e «privato», più che sull'«armonizzazione», in conseguenza della permanente finalizzazione del potere organizzativo delle amministrazioni al pubblico interesse. Pur tuttavia, tale percorso non è ancora maturo; parecchie sono le sbavature e le ambiguità, a motivo delle incertezze legislative e, talvolta, esse sfociano in soluzioni giuridiche tra loro in contraddizione, come è avvenuto nel nostro caso.

Alla luce delle cose dette, tali contrasti sembrano però muoversi comunque all'interno di una medesima concezione del potere della pubblica amministrazione, ben distante da quella del «privato datore di lavoro»: basti pensare alla vincolatività dello schema causale del licenziamento, posto alla base di entrambe le pronunce, quale aspetto più distante dallo schema privatistico.

Le divergenze delle due sentenze allora restano e sono importanti: ma esse, più che rispondere a visioni diverse, imperniate su principi diversi – come pure si è, in un primo momento, ipotizzato nell'*incipit* di questo scritto –, degradano a sfaccettature argomentative di un medesimo approccio, della stessa concezione del potere organizzativo, declinato in maniera diversa a seconda della diversa sensibilità del giudice e dei contesti di riferimento.

Ecco perché appare più appropriato declinare l'oscillazione giurisprudenziale in esame nei termini dell'«ambivalenza», come si è detto all'inizio: nell'accezione di coesistenza di elementi interpretativi divergenti, ma non per questo necessariamente contrastanti. Tale ambivalenza giurisprudenziale esprime la cifra del sistema normativo della dirigenza pubblica, oggi: essa contribuisce a razionalizzare e coordinare i frammenti normativi di una disciplina (quella del lavoro dirigenziale, appunto) comunque ipertrofica (26). Ai giudici si affida così – senza più tentennamenti – la funzione di fissare, in via interpretativa, i punti certi del nuovo statuto giuridico della dirigenza pubblica.

Riferimenti bibliografici

- Boscato A. (2006), *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione*, Giuffrè, Milano.
- Casale D. (2008), *Il licenziamento del personale pubblico (dirigente) con quaranta anni di anzianità contributiva ex art. 72 del d.l. n. 112/2008*, in *LPA*, n. 6, II, 1058 ss.
- D'Antona M. (1997), *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, in Battini S., Cassese S. (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 1 ss.
- D'Orta C. (2004), *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in Carinci F., Zoppoli L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in Carinci F. (diretto da), *Diritto del lavoro*, Utet, Torino, 96 ss.
- D'Orta C. (2011), *L'organizzazione delle p.a. dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*, in *LPA*, n. 3-4, I, 391 ss.
- Di Carluccio C. (2010), *L'«esperimento» del pensionamento forzoso del dipendente pubblico con quarant'anni di anzianità contributiva*, in *LPA*, n. 6, I, 1137 ss.
- Ferrario S. (2010), *La risoluzione unilaterale del rapporto di lavoro del personale pubblico con quaranta anni di anzianità contributiva ex art. 72 del d.l. n. 112/2008: natura e disciplina*, in *LPA*, n. 3-4, II, 657 ss.
- Gragnoles E. (2009), *Novità in tema di rapporto di lavoro pubblico fra controllo della spesa e auspicato miglioramento dell'efficienza*, in Miscione M., Garofalo D. (a cura di), *Commentario alla legge n. 133/2008*, Ipsos, Milano, 184 ss.
- Lanotte M. (2007), *Interpretazioni (e innovazioni) giurisprudenziali sul licenziamento del dirigente pubblico*, in *DLM*, n. 1, 151 ss.

(26) Quella ipertrofia legislativa che ripropone costantemente l'antinomia tra amministrazioni *rule oriented* e amministrazioni *goal oriented* (così Zoppoli L. 2011, 39).

- Mainardi S. (2005), *Dirigenza Area I*, in Carinci F., Mainardi S. (a cura di), *La Dirigenza nelle pubbliche amministrazioni. Dal modello unico ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 268 ss.
- Melis G. (1996), *Storia dell'amministrazione italiana*, il Mulino, Bologna.
- Rusciano M. (2005), *Contro la privatizzazione dell'alta dirigenza pubblica*, in *DLM*, n. 3, 621 ss.
- Spinelli C. (2015), *Il lavoro pubblico nella morsa della rilegificazione e della spending review*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Cacucci, Bari, 953 ss.
- Zoppoli A. (2008), *I fondamenti del licenziamento del dirigente pubblico: nell'attesa di Godot*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 66.
- Zoppoli A. (2011), *L'indipendenza dei dirigenti pubblici*, in Zoppoli L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 127 ss.
- Zoppoli L. (1999), *I punti aperti per l'armonizzazione della disciplina del lavoro pubblico e del lavoro privato*, in De Martin G.C. (a cura di), *Il nuovo assetto del lavoro pubblico*, Quaderni Aran, FrancoAngeli, Milano, 105 ss.
- Zoppoli L. (2003), *La reintegrazione del dirigente pubblico tra capriccio degli organi politici e giurisprudenza creativa*, in *DLM*, 505 ss.
- Zoppoli L. (2011), *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in Id. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 15 ss.

Mario Cerbone
Ricercatore di Diritto del lavoro
presso l'Università del Sannio - Benevento

TRIBUNALE ROMA, 24.6.2016 – Est. Leone – C.N.B (avv.ti Crescenzo, Bernardi) c. Settembrini Spa e M.L. (avv. Rinaldi).

Licenziamento individuale – Contratto di lavoro a tutele crescenti – Licenziamento disciplinare – Consumazione potere disciplinare – Natura ritorsiva del recesso – Motivo illecito determinante – Nullità – Sussistenza – Reintegrazione.

Il licenziamento disciplinare dev'essere considerato ritorsivo quando tra la sospensione dal servizio e il licenziamento non è stato svolto alcun giorno di lavoro effettivo e, quindi, non può essersi realizzato, neppure in ipotesi, alcun ulteriore comportamento da parte del dipendente (assente) se non la sola impugnativa delle sanzioni innanzi all'Organo arbitrale. Tale unica circostanza di fatto, in assenza di diverse indicazioni da parte del datore di lavoro, comprova che la scelta di quest'ultimo che determina il recesso risulta connotata dal chiaro e unico intento ritorsivo, quale risposta all'impugnativa delle sanzioni relative alle infrazioni disciplinari, in relazione alle quali il potere disciplinare si è appunto già consumato. (1)

(1) NEL CONTRATTO A TUTELE CRESCENTI IL LICENZIAMENTO RITORSIVO RIENTRA TRA I CASI DI NULLITÀ SUSCETTIBILI DI REINTEGRAZIONE

1. — La sentenza in commento suscita particolare interesse sotto un duplice aspetto: da una parte, poiché, a quanto consta, è uno dei primi provvedimenti in tema di licenziamento in relazione a un rapporto di lavoro instaurato con contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti *ex* decreto legislativo n. 23/2015; dall'altra, poiché qualifica il recesso quale atto ritorsivo, in quanto determinato da motivo illecito determinante, ai sensi dell'art. 1418, comma 2, c.c. e degli artt. 1345 e 1324 c.c., riconducendo lo stesso nell'ambito delle altre ipotesi di nullità diverse dal licenziamento avente natura discriminatoria.

Il punto nodale della vicenda risiede proprio nel fatto che il Tribunale di Roma ha reintegrato il lavoratore valutando il recesso quale atto assimilabile e, comunque, «riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge» (come stabilisce testualmente la formulazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015). Ciò nonostante la accertata condotta datoriale non rientra «strettamente» in una delle ipotesi tipiche di nullità come stabilite dal legislatore (come, ad esempio, il licenziamento della lavoratrice durante la gravidanza).

Tale decisione si inserisce, in un certo senso, nel dibattito dottrinario sui «confini» della qualificazione delle ipotesi di nullità a seguito dell'entrata in vigore del *Jobs Act* e del d.lgs. n. 23/2015, offrendo sul punto una prima interpretazione con riferimento all'applicazione della sanzione della reintegrazione del lavoratore. Si segnala in materia un recente orientamento dottrinale secondo cui il d.lgs. n. 23/2015, in realtà, non rinuncia a tutelare i lavoratori illegittimamente licenziati, essendo ancora stabilita la

sanzione della reintegrazione per le ipotesi di licenziamento nullo, osservando al riguardo che «rispetto alla regola precedente, ciò che è cambiato è il presupposto della reintegrazione che non è più la mera e generale illegittimità quanto la nullità» (In tal senso, Bavaro, D'Onghia 2016, 3). Non è mancata, del resto, l'opinione di chi ha evidenziato come, dopo il *Jobs Act*, la tutela reintegratoria debba intendersi quale eccezione e la tutela indennitaria invece come regola (Cfr. Carinci 2015, 27 ss.)

2. — Il *thema decidendum* riguarda il rapporto di lavoro di un dipendente, assunto con contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in data 20.4.2015 e licenziato in ragione di una serie di contestazioni e sanzioni disciplinari. Al fine della connotazione ritorsiva del recesso, risulta essenziale conoscere quale sia stata la cadenza temporale tra il susseguirsi delle contestazioni disciplinari, l'irrogazione delle sanzioni a esse riferite e, infine, l'intimazione del licenziamento, in quanto il tutto è avvenuto in un breve periodo di circa 15 giorni. Le circostanze oggetto di causa si sono verificate nel modo seguente: i) in data 22.9.2015, il lavoratore ha ricevuto una prima contestazione disciplinare relativa ad asserite aggressioni verbali poste in essere nei confronti dei colleghi di lavoro e del datore, nonché all'abbandono del posto di lavoro prima della fine del turno, con contestuale comminazione della sanzione cautelare della sospensione dal servizio per un giorno; ii) in data 23.9.2015, il lavoratore ha ricevuto una seconda contestazione per assenza ingiustificata con contestuale sanzione della sospensione cautelare dal servizio per 5 giorni e senza emolumenti per ulteriori 10 giorni; iii) in data 25.9.2015, il lavoratore, a mezzo del proprio avvocato, ha impugnato le suddette contestazioni disciplinari a mezzo Pec; iv) il lavoratore poi, in data 7.10.2016, ha impugnato le sanzioni disciplinari irrogategli innanzi alla competente Direzione territoriale del lavoro; v) in data 8.10.2016, il lavoratore, recatosi nuovamente sul posto di lavoro dopo la sospensione cautelare, ha ricevuto la notizia di essere stato licenziato tramite comunicazione per posta elettronica.

Sulla base degli elementi sopra evidenziati, il Tribunale di Roma ha osservato che «l'ordine temporale tra i provvedimenti e i comportamenti del dipendente è tale che tra la sospensione dal servizio e il licenziamento alcun giorno di lavoro effettivo è stato svolto e alcun comportamento può essersi quindi realizzato, neppure in ipotesi, da parte del dipendente (assente) se non la sola impugnativa delle sanzioni innanzi all'Organo arbitrale».

A parere del giudice, «tale unica circostanza di fatto, in assenza di diverse indicazioni da parte datoriale (che si limita a dichiarare di aver saputo dell'impugnativa delle sanzioni solo dopo il licenziamento), risulta quindi dirimente rispetto al recesso adottato dal datore di lavoro».

In concreto, leggendo il provvedimento in analisi, sia nella parte relativa allo svolgimento del processo sia in quella dei motivi della decisione, gli addebiti mossi al lavoratore erano stati oggetto, contestualmente, di contestazione e relativa sanzione disciplinare; dal tenore della ricostruzione fattuale della sentenza appare che il tutto è avvenuto senza che vi fosse stato alcuno spazio temporale tra la contestazione e la sanzione. Quindi, stando alla decisione *de qua*, per tali addebiti del 22 e 23 settembre, si era già consumato il potere disciplinare mediante l'irrogazione di sanzioni conservative. Conseguentemente, una volta che il prestatore di lavoro era tornato a lavorare (a seguito della sospensione cautelare), i precedenti comportamenti non avrebbero potuto

to essere considerati, da soli, al fine della ulteriore sanzione espulsiva. Ciò determinando l'evidente volontà del datore di lavoro (il cosiddetto *animus nocendi*) di punire il lavoratore per aver impugnato le sanzioni disciplinari innanzi alla competente Direzione territoriale del lavoro.

Pertanto, secondo il Tribunale di Roma gli avvenimenti così come rappresentati in giudizio, complessivamente considerati anche nella loro consequenzialità causale, comprovano, inequivocabilmente, come la scelta datoriale che ha determinato il recesso risulti «connotata dal chiaro e unico intento ritorsivo, quale risposta all'impugnativa delle precedenti sanzioni», impuginate dal lavoratore in data 25.9.2016.

Il giudice, a supporto del proprio ragionamento decisorio, ha richiamato nella motivazione i precedenti giurisprudenziali in merito alla distinzione tra le due fattispecie del licenziamento discriminatorio e di quello di tipo ritorsivo, osservando come le stesse rappresentino, in realtà, due diverse categorie giuridiche non sovrapponibili proprio perché i presupposti per la loro realizzazione sono diversi (In dottrina, per una completa disamina delle differenze tra licenziamento discriminatorio e ritorsivo alla luce del d.lgs. n. 23 del 2015, si veda Pasqualetto 2015, 48 ss., nonché cfr. Russo 2015, 141 ss.; invece, con riferimento al recesso discriminatorio dopo la riforma Fornero e prima del d.lgs. n. 23/2015, tra i vari commentatori, vd. Sordi 2013, 254 ss., e cfr. Bellocchi 2013, 842 ss.).

In particolare, il Tribunale, al fine di stabilire quale tipologia fosse applicabile al caso in esame rispetto ai due diversi istituti sopra richiamati (ritorsione o discriminazione), ha osservato che il divieto di licenziamento discriminatorio è suscettibile di interpretazione estensiva, essendo possibile ricomprendervi anche il recesso cosiddetto per rappresaglia, connotato dall'ingiusta e arbitraria reazione a una condotta lecita del prestatore quale unico motivo del licenziamento. La Corte di Cassazione afferma infatti che «il divieto di licenziamento discriminatorio è suscettibile, in base all'art. 3 Cost. e sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue in materia di diritto antidiscriminatorio e antivessatorio, di interpretazione estensiva, sicché l'area dei singoli motivi vietati comprende anche il licenziamento per ritorsione o per rappresaglia» (Cfr. Cass. 3.12.2015, n. 24648, in *RGL*, 2016, n. 2, II, 177).

3. — Il magistrato capitolino ha inoltre affrontato anche la rilevante tematica della ripartizione dell'onere della prova, approfondendo le differenze esistenti tra le due diverse ipotesi del licenziamento discriminatorio e di quello ritorsivo secondo l'esege- si giurisprudenziale (Per una completa disamina delle questioni del licenziamento discriminatorio si veda Barbera 2013, 139 ss.; sul recesso ritorsivo vd. Musella 2015, 18 ss., nonché, da ultimo, Gambardella 2016, 177).

Il Tribunale sul punto ha sostenuto che la prova del fatto discriminatorio può essere fornita anche tramite elementi di carattere statistico idonei a fondare l'esistenza di tale atto, spettando al datore convenuto la prova dell'inesistenza della discriminazione; di contro, nel caso di recesso ritorsivo, il giudice deve invece accertare non solo l'inesistenza di una giusta causa, ma anche l'esistenza di un motivo illecito determinante; in quest'ultima ipotesi è possibile utilizzare la prova per presunzioni *ex art. 2729 c.c.*, consentendo «un avvicinamento tra le due categorie sopra richiamate almeno sotto il profilo dell'onere probatorio, ferme restando le diversità tra le fattispecie». Tale impostazione trova conferma nell'orientamento prevalente della Cassazione, se-

condo cui il lavoratore, in caso di licenziamento per motivo illecito determinante, è tenuto a provare in giudizio *l'animus nocendi o vindicandi* del datore di lavoro, dovendo caratterizzarsi il recesso per una ingiusta e arbitraria reazione di quest'ultimo a un comportamento lecito del lavoratore (In tal senso, cfr. *ex multis*: Cass. 3.8.2011, n. 16925, in *RIDL*, 2012, I, 362; Cass. 6.6.2013, n. 14319, in *RGL*, 2013, n. 4, II, 633 ss., nonché Cass. 14.3.2013, n. 6501, in *FI*, 2013, 5, I, 1455; si segnala, da ultimo, Cass. 9.7.2009, n. 16155, in *RGL*, 2010, n. 1, II, 59 ss., con nota di E. Gragnoli).

Nel caso di specie, il magistrato capitolino, al fine della qualificazione del licenziamento ritorsivo, ha ritenuto soddisfatto tale gravoso onere della prova in quanto «la scelta datoriale concatenata temporalmente alla impugnazione delle sanzioni precedenti e in assenza di altre concrete ragioni» costituisce forte presunzione di illecito civile. Sulla base di tali principi, il licenziamento è stato dichiarato nullo perché motivato univocamente in risposta del legittimo esercizio del lavoratore di impugnare le sanzioni.

4. — Il Tribunale di Roma poi, per stabilire quali fossero le conseguenze applicabili al caso concreto, ha considerato nullo il recesso riconducendolo, indirettamente, all'ipotesi prevista dall'articolo 2 del d.lgs. n. 23/2015, che, infatti, dispone la nullità del licenziamento sia nel caso di natura discriminatoria che in quello in cui esso sia riferibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge. Il giudice, conseguentemente, ha disposto la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro. In conclusione, può affermarsi che, secondo il ragionamento decisorio in annotazione, il motivo illecito determinante, previsto dagli artt. 1345 e 1418, comma 2, c.c., è riconducibile, implicitamente, alle altre ipotesi di nullità previste dall'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015, le quali consentono la tutela reintegratoria.

Il provvedimento in commento rappresenta la prima soluzione giurisprudenziale, a quanto consta, rispetto al confronto esistente in dottrina sulla individuazione delle ipotesi di nullità che consentirebbero la reintegrazione nel posto di lavoro.

In altre parole, la questione da risolvere, secondo i primi commentatori, è se l'art. 2 del decreto legislativo n. 23 del 2015 debba interpretarsi letteralmente, dovendosi ricondurre nell'ambito della sua applicazione, ai fini della reintegrazione, solo ed esclusivamente le condotte nulle «espressamente» stabilite dalla legge o, invece, ogni ipotesi di nullità o motivo illecito.

In merito, si è sostenuto che lo spirito della riforma del *Jobs Act* è limitare il più possibile l'applicazione della tutela reale, come si evince chiaramente dalla relazione che ha accompagnato lo schema di decreto: la finalità perseguita è quella di «riservare la tutela reintegratoria per il lavoratore licenziato oralmente e per ragioni discriminatorie (e per insussistenza del fatto materiale nei licenziamenti disciplinari)» (Russo 2015, 145). Tuttavia, a parere di chi scrive, una impostazione ermeneutica dell'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015 di tipo restrittivo, che riconduca la reintegra esclusivamente ai soli casi tipici «identificati» dalla legge, oltre che paradossale, appare in contrasto con i principi di diritto comune in tema di nullità. Infatti, così ragionando, si vedrebbe concretizzata un'inspiegabile compressione dei diritti del lavoratore sulla base del presupposto, a dir poco singolare, per cui, non potendosi considerare il fatto illecito di natura civilistica quale ipotesi tipica di nullità, secondo la formulazione testuale dell'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015, la realizzazione di tale fattispecie non consentirebbe la tutela reintegratoria.

Per completezza, deve segnalarsi che in dottrina si è evidenziato come la tesi di una interpretazione restrittiva del citato art. 2 (applicabile quindi alle sole nullità «espresse» e comunque «testuali» tipo maternità, matrimonio ecc.) escluderebbe dalla disciplina di tale disposizione «una serie di casi di rilievo», come, ad esempio, le ipotesi di licenziamento riconducibili al motivo illecito o alla frode alla legge, o in contrasto con norme imperative: ipotesi di nullità queste che in ogni caso non possono essere ricondotte «alla mera tutela indennitaria prevista dall'art. 3 del d.lgs. n. 23/2015» (Speziale 2015, 24). Tali casi di nullità non «espressamente» previsti, quindi, qualora si dovesse ritenere che non possano rientrare nell'applicazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015, «non troverebbero alcuna disciplina specifica nella normativa sul contratto a tutele crescenti», con la conseguenza che gli effetti sanzionatori invocabili saranno quelli «dell'applicazione della nullità civilistica e della tutela reale di diritto comune», comportando quali conseguenze la nullità del recesso, il ripristino del rapporto e il pagamento delle retribuzioni perdute dall'illegittima estromissione (Speziale 2016, 25, nonché si veda anche Perulli 2015, 42 ss.; Marazza 2015, 311-312 e 335 ss.).

Sul punto, appare condivisibile l'interpretazione dottrinale secondo cui la «nullità del licenziamento comporta sempre la reintegrazione di diritto speciale, anche quando tale rimedio non sia esplicitato»: affermazione, questa, corroborata da un altro argomento dirimente, ossia che il presupposto della nullità è da «ricercare non tanto in una non ben definita “espressa previsione di legge” quanto nella illiceità del licenziamento che deriva dalla violazione di norme imperative. Il nesso da indagare, quindi, attiene al rapporto fra “nullità” e “norma imperativa”» (Bavaro, D'Onghia 2016, 11).

Per concludere, si può affermare che il tentativo di tipizzare le condotte nulle appare, ancora una volta, come già è accaduto in passato per altri istituti giuridici, non solo un percorso di difficile realizzazione, ma, soprattutto, un pericoloso atteggiamento interpretativo teso a restringere eccessivamente le maglie del diritto comune e gli strumenti previsti dal legislatore per l'effettiva tutela dei lavoratori.

Riferimenti bibliografici

- Barbera M. (2013), *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *RGL*, n. 1, I, 139 ss.
- Bavaro V., D'Onghia M. (2016), *Profili costituzionali del licenziamento nullo*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 305, 3 ss.
- Bellocchi P. (2013), *Il licenziamento discriminatorio*, in *ADL*, n. 4-5, I, 842 ss.
- Carinci M.T. (2015), *Il licenziamento nullo perché discriminatorio, intimato in violazione di disposizioni di legge o in forma orale*, in Carinci M.T., Tursi A. (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 27 ss.
- D'Amore R. (2013), *Licenziamento ritorsivo: necessità di provare le decisività e l'esclusività dell'animum vindicandi*, in *RGL*, n. 4, II, 633 ss.
- Gambardella A. (2016), *Configurabilità del carattere ritorsivo nel licenziamento ingiustificato*, in *RGL*, n. 2, II, 177.
- Gragnoles E. (2010), *La nozione di licenziamento ritorsivo e le possibili motivazioni del recesso*, in *RGL*, n. 1, II, 59 ss.

- Marazza M. (2015). *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *ADL*, n. 2, I, 310 ss.
- Musella C. (2015), *I licenziamenti discriminatori e nulli*, in Ferraro G. (a cura di), *I licenziamenti nel contratto a tutele crescenti*, Cedam, 18 ss.
- Pasqualetto E. (2015), *Il licenziamento discriminatorio e nullo nel «passaggio» dall'art. 18 St. lav. all'art. 2, d.lgs. n. 23/2015*, in *www.bollettinoadapt*, vol. 46, 48 ss.
- Perulli A. (2015), *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di «paradigma» per il diritto del lavoro?*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 3 ss.
- Russo M. (2015), *Prime osservazioni sul licenziamento discriminatorio e nullo nel Jobs Act*, in *LPO*, n. 3-4, 141 ss.
- Sordi P. (2013), *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in Di Paola L. (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, Giuffrè, 254 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, 21 ss.
- Speziale V. (2016), *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in *RIDL*, I, n. 1, I, 118 ss.

Michelangelo Salvagni
Avvocato in Roma

TRIBUNALE PARMA, 24.3.2016 – Est. Pascarelli – A.M.O. (avv.ti Petronio G., Mazzoni, Petronio M.) c. VR Milan Srl (avv.ti A. Mogavero, F. Minella, G. Pinardi).

Trasferimento di azienda – Retrocessione dell'azienda affittata in un centro *shopping outlet* – Inderogabilità dell'art. 2112 c.c. – Nullità del licenziamento per violazione di norma imperativa – Obbligo di mantenimento dell'occupazione.

Il licenziamento intimato all'esito della retrocessione di un'azienda affittata in un centro shopping outlet, in applicazione della clausola contrattuale che prevede un'espressa deroga alle previsioni di cui all'art. 2112 c.c., è palesemente nullo per contrasto con norma imperativa. (1)

(1) RETROCESSIONE DELL'AZIENDA E NON DEROGABILITÀ DELL'ART. 2112 C.C.

1. — La decisione in commento affronta la fattispecie di un licenziamento intimato all'esito della retrocessione di un'azienda affittata in un centro *shopping outlet* per sopravvenuta cessazione del contratto di affitto di ramo d'azienda. Il giudice del lavoro di Parma ha accolto il ricorso di una commessa dichiarando nullo il licenziamento motivato dalla sopravvenuta retrocessione del ramo d'azienda perché irrogato in violazione dell'articolo 2112 c.c.

La pronuncia affronta anche le tematiche della nullità del contratto a termine, per applicabilità *ratione temporis* del d.lgs. n. 368/2001 nel testo anteriore al d.l. n. 34/2014, e della nullità della sanzione disciplinare per omessa affissione del codice disciplinare, ma – per quanto qui ci occupa – ci limiteremo a esaminare le statuizioni della stessa sotto il profilo della illegittimità (*rectius*, nullità) del licenziamento intimato per violazione di norma imperativa.

All'uopo ci corre l'obbligo di precisare che la controversia trae origine da un contenzioso più ampio tra cedente e cessionario, che, ponendosi in modo trasversale nei rapporti di matrice prettamente commerciale, arriva a esplicitare i suoi effetti in ambito giuslavoristico in virtù delle clausole sottese alla regolamentazione contrattuale scelta dalle parti.

Per inquadrare compiutamente la fattispecie oggetto della pronuncia, sarà opportuno affrontare – sia pure in modo estremamente sintetico – le problematiche emerse nel parallelo contenzioso civilistico e relative all'assetto contrattuale del rapporto commerciale connesso al rapporto lavoristico, posto che la pronuncia si pone ragionevolmente come antesignana di casi non isolati di controversie di pari oggetto.

Nella vicenda in esame, come da prassi consolidata, il cedente, proprietario dell'intero complesso immobiliare del centro *shopping outlet* e delle licenze di vendita, concede(va) in affitto l'azienda al cessionario, che, nel locale indicato nel contratto, inizia(va) a esercitare, sotto le insegne della propria ditta, l'attività di vendita al minuto di capi e accessori in pelle e tessuto, avvalendosi delle prestazioni di lavoratori subordinati. Le parti regolavano i propri rapporti stipulando un contratto cui conferivano

il *nomen iuris* di affitto di ramo d'azienda. Il contratto *de quo* prevede(va) altresì che, in caso di mancato rinnovo e/o alla scadenza dello stesso, il cessionario era tenuto alla restituzione dei locali, della licenza di vendita e del ramo d'azienda svuotato di ogni incombenza o spesa.

La clausola, che rappresenta il punto nevralgico della controversia in esame, prevede(va) che «alla data di scadenza o di risoluzione anticipata del presente contratto, per qualsiasi causa o motivo, il ramo d'azienda dovrà essere riconsegnato senza personale, né dipendenti, né consulenti», e impone(va) al cessionario un obbligo di «manleva per salari, trattamenti pensionistici, contributi previdenziali, onorari, costi o spese, e qualunque altra rivendicazione di natura lavoristica, richiesta di danno o pagamento» (par. 5.4.3. contratto *inter partes*).

Peraltro, in caso di inottemperanza, il proprietario dello *shopping outlet* si riserva(va) di applicare le penali previste in contratto, pari – a quanto consta – a svariate migliaia di euro al giorno.

Due, quindi, i profili giuridici controversi: da un lato, la società cessionaria (poi retrocessa) ha avviato un'azione giudiziale con procedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, attualmente pendente per il reclamo, contestando la validità del contratto di affitto di ramo d'azienda e sostenendo la sussistenza di un rapporto di locazione commerciale; dall'altro, ha rivendicato che laddove fosse, invece, concretamente ravvisabile un ramo d'azienda, quindi ritrasferito al cedente, la clausola contrattuale di cui sopra si pone(va) in contrasto con l'art. 2112 c.c. e con le finalità di tutela in esso previste per i lavoratori coinvolti nel fenomeno traslativo. L'intero impianto contrattuale posto alla base dei rapporti controversi necessita di un opportuno approfondimento, poiché diventa significativo in virtù delle diverse discipline che caratterizzano le due fattispecie contrattuali.

Senza pretesa di esaustività, data la complessità della materia e la specificità del presente commento, basti dire che il contratto di locazione immobiliare è disciplinato, oltre che dalle norme codicistiche (artt. 1615 ss. c.c.), dalla disciplina specifica dettata in materia di locazioni di immobili, caratterizzata da norme imperative tali da limitare notevolmente la libertà delle parti nel disciplinare il rapporto. Di contro, ai contratti di affitto di azienda si applicano esclusivamente le pertinenti norme del codice civile. La sottoscrizione di contratti d'affitto di rami d'azienda ha, in sostanza, la precipua finalità di escludere l'applicazione della l. n. 392/78 e delle tutele previste per i conduttori di immobili commerciali relative, per esempio, alla durata minima del contratto, alle tempistiche e modalità del recesso anticipato, all'indennità di avviamento, senza qui indagare anche i benefici fiscali correlati. La sussistenza di un genuino affitto di ramo d'azienda impone, però, alla scadenza (o risoluzione anticipata) del contratto, l'obbligo, in capo al cedente cui viene retrocessa l'azienda o il ramo di essa, di farsi carico della continuità occupazionale dei lavoratori e degli oneri accessori diretti e indiretti dei contratti in essere.

Pertanto, dalla forma contrattuale utilizzata discendono obblighi diversi in capo ai soggetti coinvolti, con interessanti riflessi di natura giuslavoristica. La problematica, benché di stretta attualità, non è nuova, posto che la giurisprudenza è già intervenuta svariate volte per delimitare le ipotesi di affitto di azienda e di locazione di immobile.

Ci insegna la Suprema Corte che, ai fini della configurabilità di un contratto di affitto d'azienda, non è necessario che siano ceduti in godimento tutti gli elementi che

normalmente la costituiscono, purché nel complesso di quelli ceduti permanga un residuo di organizzazione che ne dimostri l'attitudine all'esercizio dell'impresa, sia pure con una successiva integrazione da parte dell'affittuario (Cass., S. III, 18.5.2016, n. 10154, in *G.Dir.*, n. 43, 59 ss.; Cass., S. III, 17.12.2004, n. 23496, in *MGC*, 2005, n. 1). La fattispecie dell'affitto d'azienda ricorre anche quando il complesso organizzato dei beni sia stato dedotto nel contratto nella sua fase statica, cioè quando al momento della conclusione dello stesso non fosse ancora in grado di funzionare per la necessità di una diversa e più efficiente organizzazione o dell'apporto di altri (Cass., S. III, 31.3.2007, n. 8076, in *MGC*, 2007, n. 7-8, e in *G.Dir.*, 2007, n. 27, 52 ss.). In più, la configurabilità di un contratto di affitto di azienda non è condizionata dalla effettiva produttività dei beni che la compongono al momento della conclusione del contratto, essendo sufficiente la potenziale attitudine produttiva, da valutarsi peraltro anche in relazione al luogo o alla particolarità del contesto ove si esercita l'impresa (Cass., S. III, 6.5.1997, n. 3950, in *MGC*, 1997, 687 ss.).

In particolare, per quanto qui ci occupa, è ormai granitico l'orientamento secondo il quale la differenza tra locazione di immobile commerciale e affitto d'azienda consiste nel fatto che nella prima ipotesi l'immobile concesso viene considerato, nell'economia del contratto, come l'oggetto principale della stipulazione, secondo la sua consistenza effettiva e con funzione prevalente e assorbente rispetto ad altri elementi, che quindi assumono carattere di accessorietà. Nell'affitto d'azienda, invece, l'immobile non viene considerato nella sua individualità giuridica, ma come uno degli elementi costitutivi del complesso di beni mobili e immobili, legati tra di loro da un vincolo di interdipendenza e complementarietà per il conseguimento di un determinato fine produttivo, sicché l'oggetto del contratto è costituito dall'anzidetto complesso unitario (Cass., S. III, 27.6.2002, n. 9354, in *MGC*, 2002, 1110 ss.).

In definitiva, ciò che interessa, ai fini della sussunzione della fattispecie concreta nel tipo legale dell'affitto di azienda, è che i beni ceduti siano legati in un rapporto di complementarietà finalizzata alla produzione.

Nel caso di specie, il giudice adito ai sensi dell'art. 700 c.p.c., facendo propri gli insegnamenti della Suprema Corte di cui si è testè detto, ha ritenuto sussistente tra le parti un genuino contratto di affitto di ramo d'azienda.

Il giudice del lavoro, senza discostarsi dalle conclusioni cui era pervenuto il collega del procedimento d'urgenza, confermando l'assetto negoziale qualificato come affitto di ramo di azienda, ha ritenuto – correttamente, a parere di chi scrive – dirimente, ai fini del *decisum* sulla legittimità dell'impugnato licenziamento, indagare la validità della clausola apposta al contratto *de quo* finalizzata a escludere l'operatività dell'art. 2112 c.c. nei confronti dei dipendenti dell'azienda retrocessa.

Parte ricorrente ha, infatti, fondato la propria azione sull'asserita violazione dell'art. 2112 c.c., dolendosi che la società avesse ritenuto sufficiente, ai fini dell'intimazione del licenziamento impugnato, la previsione contrattuale derogatoria dell'art. 2112 c.c. e sostenendo, invece, essersi integrato, al momento della retrocessione, un nuovo trasferimento d'azienda in capo all'originario cedente, con conseguente applicabilità dell'art. 2112 c.c., per il quale il «trasferimento di azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento», e dell'art. 47, l. n. 428/1990, per il quale «in caso di trasferimento d'azienda il rapporto di lavoro continua con l'acquirente e il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano» (Santoro Passarelli 2003).

L'articolo 2112 c.c., sia nel testo sostituito dal d.lgs. n. 18/2001 sia nel testo modificato dal d.lgs. n. 276/2003, ha mantenuto immutata la definizione di trasferimento di parte dell'azienda nella misura in cui essa è intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata (Speziale 2006; Aimo 2007). Detta nozione è coerente con la disciplina dell'Unione europea (Direttiva n. 77/187/Cee, Direttiva n. 98/50/Ce, Direttiva n. 2001/23/Ce) secondo cui (art. 1, n. 1, Direttiva n. 2001/23) «è considerato come trasferimento ai sensi della presente direttiva quello di una entità economica che conserva la propria identità, intesa come un insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria» (Scarpelli 2003; Perulli 2007). In conformità, la Corte di Giustizia ha poi individuato la nozione di entità economica come complesso organizzato di persone e di elementi che consenta l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo (C. Giust. 11.3.1997, C-13/95, punto 13; C. Giust. 20.11.2003, C-340/2001, punto 30; C. Giust. 15.12.2005, C-232/04 e C-233/04, punto 32) e sia sufficientemente strutturata e autonoma (C. Giust. 10.12.1998, C-127/96, C-229/96, C-74/97, punti 26 e 27; C. Giust. 13.9.2007, C-458/05, punto 31; C. Giust. 6.9.2011, C-108/10, punto 60; in dottrina: Santoro Passarelli 2001; De Luca Tamajo 2007; Scarpelli 1999).

Sulla scorta di tali insegnamenti, non v'è dubbio alcuno che, anche in caso di retrocessione dell'azienda affittata, si realizzi un'ipotesi circolatoria alla quale consegue, per legge, l'applicazione del disposto di cui all'art. 2112 c.c., che trova attuazione in tutte le ipotesi in cui il cedente sostituisca a sé il cessionario senza soluzione di continuità, pure nell'ipotesi di restituzione all'originario cedente dell'azienda da parte del cessionario per cessazione del rapporto di affitto (T. Varese 23.11.2012, inedita a quanto consta).

Costituisce, infatti, *ius receptum* la circostanza per cui le previsioni dell'art. 2112 c.c. si applicano anche nell'ipotesi di retrocessione dell'azienda affittata, nel senso che il cedente assume, a sua volta, gli obblighi di mantenimento dell'occupazione derivanti dalla predetta norma (Cass. 26.7.2011, n. 16255, in *MGC*, 2011, n. 7-8, 1116 ss.). Ne discende che si applica l'articolo 2112 c.c. anche in caso di retrocessione del ramo d'azienda, purché si tratti di un insieme organicamente finalizzato *ex ante* all'esercizio dell'attività di impresa, con autonomia funzionale di beni e strutture al momento del trasferimento (Cass. 7.9.2016, n. 17736, ord., in *Il giurista*, 17 ottobre 2016).

Condivisibilmente, quindi, il giudice del lavoro adito ha concluso per la nullità del licenziamento impugnato precisando che «locatore e locatario dell'azienda non possono in alcun modo escludere l'operatività piena della norma in questione, oltre a tutto dettata in attuazione della normativa europea in materia». Pertanto, nessun licenziamento «motivato dalla retrocessione dell'azienda affittata [...] poteva essere intimato».

Tale decisione, ineccepibile sotto il profilo applicativo delle norme conferenti e delle interpretazioni che di esse ha fatto la giurisprudenza, potrebbe ora consentire a tutti i lavoratori, illegittimamente estromessi in applicazione della citata clausola, di chiedere la reintegrazione nel posto occupato al gestore/proprietario del centro *shopping outlet*.

Ciò posto, non sfugge all'interprete che, nella fattispecie esaminata, la posizione del contraente debole non è più solo quella, peraltro consueta, di svariate migliaia di

lavoratori, ma anche di una molteplicità di soggetti che, aderendo ai contratti *de quibus*, subiscono un'irragionevole limitazione delle proprie potenzialità commerciali.

Il fenomeno, quindi, evidenzia la necessità che il legislatore intervenga organicamente sulla fattispecie adottando una normativa *ad hoc* (peraltro già prevista per le aziende alberghiere, l. n. 118/85, art. 1) per ristabilire un auspicabile equilibrio, anche in considerazione della progressiva espansione delle forme commerciali di cui in commento, cui corrisponde una netta contrazione delle attività tradizionali.

Riferimenti bibliografici

- Aimo M. (2007), *Stabilità del lavoro e tutela della concorrenza. Le vicende circolatorie dell'impresa alla luce del diritto comunitario*, in *LD*, n. 3, 438 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.
- Perulli A. (2007), *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, in *RIDL*, n. 1, I, 29 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 ss.
- Scarpelli F. (1999), *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.
- Speziale V. (2006), *Le «esternalizzazioni» dei processi produttivi dopo il d.lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, in *RGL*, n. 1, I, 24 ss.

Fabiola Lamberti
Dottore di ricerca in Diritto del lavoro;
professore a contratto di Diritto del lavoro
presso l'Università di Roma Tre

DIRITTO SINDACALE

TRIBUNALE ROMA, 9.2.2016 – Est. Buonassisi – F.C.V. e altri (avv. Gatti)
c. Filt-Cgil, Fit-Cisl, Uil trasporti/Uil, Federazione nazionale trasporto
aereo/Uglt (avv.ti Andreoni, Vacirca, Nappi, Mezzina, Ametrano).

Attività sindacale – Contratto collettivo – Consultazione lavoratori mediante referendum – Interesse giuridico ad agire dei lavoratori, al fine di far accertare l'invalidità o irregolarità delle operazioni e dell'esito referendario – Non sussiste.

In presenza di consultazione referendaria sull'approvazione di contratti collettivi, promossa dalle organizzazioni sindacali che li hanno sottoscritti, difetta l'interesse giuridico dei lavoratori partecipanti alla consultazione ad agire in giudizio per far valere la presunta illegittimità o irregolarità della tornata referendaria. (1).

(1) LA DIFFICILE DEMOCRAZIA SINDACALE: I LAVORATORI PARTECIPANTI
AL REFERENDUM SONO SOLO SPETTATORI?

1. — La sentenza commentata interviene su di una questione sollevata da un notevolissimo numero di dipendenti di Enav Spa, prevalentemente con mansioni di controllori del traffico aereo, cui si sono contrapposti, quali convenuti resistenti in giudizio, la Federazione italiana dei lavoratori del trasporto Filt-Cgil, la Federazione italiana trasporti Fit-Cisl, l'Unione italiana dei lavoratori dei trasporti Uil-Uil e la Federazione nazionale del trasporto aereo Uglt. In particolare i ricorrenti hanno chiesto al giudice di accertare «la nullità e/o annullabilità e/o illegittimità e/o irregolarità della tornata referendaria e del risultato del settore Assocontrol e della relativa proclamazione», nonché di ordinare, «se del caso», la «ripetizione del referendum».

Con il discusso referendum, in effetti, la maggioranza dei lavoratori partecipanti alla consultazione aveva provveduto ad approvare, nel dicembre 2014, alcune «intese sottoscritte», relative «alla parte generale del contratto collettivo del trasporto aereo» nonché alla specifica sezione «Assocontrol», concernente i lavoratori che hanno introdotto la causa.

Tuttavia la maggioranza che nell'occasione emerge non è nettissima, contrappo-
nendosi 1346 espressioni di consenso a 1316 voti negativi.

Ebbene i ricorrenti, tutti evidentemente compresi nel secondo ambito, esprimono
molteplici perplessità sulla regolarità della consultazione: le quali tuttavia sono presen-
tate «con allegazioni di carattere meramente esplorativo», come precisa il giudice. Tra
queste la (ritenuta sospetta) «assenza di schede contestate»; l'estromissione di lavora-
tori esterni a Cgil, Cisl, Uil e Ugl dalle commissioni elettorali; la mancata registrazio-
ne degli estremi del documento dei votanti (atta a consentire una «possibile doppia
votazione»); il fatto che i contenitori delle schede non fossero «sigillati» mentre in al-
cuni – «non meglio precisati casi», sottolinea il giudice – «l'urna sarebbe stata lasciata
incustodita»; la mancata indicazione del «numero di schede stampate e consegnate ai
singoli seggi» ecc.

Al di là, tuttavia, della genericità di questi rilievi – «assolutamente» non idonei,
viene indicato nella pronuncia, «a superare la cd. “prova di resistenza” dimostrando
che, in assenza dei comportamenti denunciati, l'esito del referendum sarebbe stato di-
verso» –, il giudice respinge il ricorso (e condanna alle spese), sulla base di un unico
assorbente argomento in diritto: «l'evidente difetto di legittimazione e di interesse giu-
ridico ad agire dei ricorrenti».

Ciò che consente al medesimo di evitare «di integrare il contraddittorio nei con-
fronti delle altre organizzazioni sindacali che hanno sottoscritto il contratto collettivo
nazionale (diverse da quelle resistenti)», nonché affrontare le ulteriori questioni solle-
vate nel ricorso (non richiamate nella sentenza). Infatti il Tribunale di Roma applica
nell'occasione «il principio, di elaborazione dottrinarie e ormai recepito dalla giuri-
sprudenza, della cd. “ragione più liquida”»: seguendo il quale «il giudice, in sede deci-
soria, non è tenuto a rispettare rigorosamente l'ordine logico delle questioni da tratta-
re (art. 276 c.p.c.), ove sia più rapido e agevole risolvere la controversia in base a una
questione che, pur se logicamente subordinata ad altre, sia più evidente e più rapida-
mente risolvibile».

Sull'unico profilo considerato, d'altra parte, il giudice formula rilievi piuttosto pe-
rentori, secondo cui «è agevole rilevare» come i ricorrenti, «che non hanno proposto al-
cuna domanda nei confronti del datore di lavoro Enav e non hanno in realtà specifica-
mente allegato di aderire a un sindacato “escluso”», non abbiano «alcuna legittimazione
a far valere la presunta illegittimità o irregolarità della tornata referendaria. La doman-
da avrebbe dovuto essere proposta semmai dai sindacati esclusi dalla partecipazione».

Nell'occasione non emergerebbe quindi «la lesione di uno specifico diritto del di-
pendente e relativo al suo rapporto individuale di lavoro»: non bastando al riguardo
«allegare che, in mancanza della certificazione, il Ccnl risulterebbe inapplicabile *erga
omnes*»; tantomeno menzionare «l'interesse che i lavoratori hanno di fatto al regolare
svolgimento della procedura referendaria».

Ne deriva che «in ogni caso difetta clamorosamente l'interesse (giuridico) ad agire
dei lavoratori»: i quali non hanno nemmeno allegato «una lesione attuale di un qual-
che loro specifico diritto (da non confondersi con quello del sindacato) e quindi un
danno alla propria sfera giuridica che l'azione giudiziaria potrebbe evitare». In effetti
– chiosa infine il giudice – «si tratta [...] solo di un mero interesse di fatto dei lavora-
tori che non determina una legittimazione ad agire *ex art. 100 c.p.c.* che avrebbe avu-
to invece il solo sindacato escluso, come Unica».

Seguono quindi nella pronuncia ulteriori osservazioni, comunque non decisive nell'economia dell'argomentazione, sul fatto che «i ricorrenti non hanno nemmeno spiegato in base a quale norma o principio di diritto i lavoratori non aderenti alle quattro organizzazioni convenute avrebbero avuto il diritto di essere membri delle commissioni». Tantomeno perché le organizzazioni «Anpact, Licta e Unica» (cui viene fatto riferimento nel ricorso «con l'evidente e inammissibile intento di sostenerne le ragioni da parte dei singoli lavoratori») «avrebbero avuto il diritto di partecipare ai comitati rispetto al referendum di cui non sono state promotrici», considerato che «non hanno sottoscritto il nuovo Ccnl».

D'altra parte – rileva ancora il giudice –, buona parte dei comportamenti ritenuti nel ricorso illegittimi o comunque impropri risultano invece del tutto conformi al «regolamento sulle modalità attuative del referendum».

L'argomentazione sviluppata lascia tuttavia alcuni dubbi.

In effetti la decisione finale, per quel che si può comprendere senza aver letto gli atti di causa, appare corretta e condivisibile, innanzitutto perché le irregolarità risultano presunte e indimostrate. Mentre può darsi che non abbia giovato al ricorso un (possibile) affastellamento di indicazioni generiche quanto imprecise su tali irregolarità: la cui somma si sperava evidentemente avrebbe potuto supplire alla debolezza di ciascuna di esse. Ancora un ondeggiamento, se bene si interpretano alcuni scarni riferimenti della pronuncia, a sua volta disorientante, tra tutela degli interessi individuali dei ricorrenti e dell'interesse collettivo di alcune organizzazioni sindacali non firmatarie delle intese né promotrici del referendum, le cui ragioni sono difese dai primi (per il vero un po' paradossalmente, stando alle normali dinamiche emergenti nell'ordinamento intersindacale: qui l'individuale sembra in effetti sostenere il collettivo!).

Nello stesso tempo, a fronte di consultazione referendaria dei lavoratori regolata per via pattizia, lo specifico regolamento, peraltro «semplicemente ignorato in ricorso» e allegato dai convenuti, risulta rispettato: alcuni dei comportamenti contestati dai ricorrenti appaiono cioè perfettamente conformi al medesimo.

La via percorsa in diritto, però, che conduce all'esito indicato, non appare convincente. Intanto perché nell'occasione neanche si affronta il profilo da sempre ritenuto più significativo, a proposito del referendum: quello cioè del suo rilievo giuridico. L'indicazione non potendo essere ritenuta ininfluenza rispetto alla questione dell'interesse ad agire.

In effetti, le conclusioni su tale aspetto, cui si perviene nella pronuncia, sembrano difficilmente contestabili, se il referendum ha «valenza solo *lato sensu* politica» (Cfr. Basenghi 2007, 199), come prevalentemente sostenuto e sostenibile sul piano storico, guardando all'ordinamento intersindacale nazionale (Vd. Ballestrero 2014, 179; Carinci *et al.* 2013, 158; Corso 2011, 72; Ghezzi, Romagnoli 1997, 112; Giugni 2014, 193; Lassandari 2007, 329; Magnani 2013, 73. In giurisprudenza, cfr. Cass. 28.11.1994, n. 10119, in *GC*, 1995, I, 1265; Pret. Torino 15.5.1988, in *MGL*, 1988, 463). Se invece così non fosse, le prime paiono assai meno sicure.

Il punto è che la contemporanea fase storica, molto difficile per le organizzazioni sindacali, vede un rafforzamento – a giudizio di chi scrive ben comprensibile, proprio considerata la difficoltà – del raccordo tra le prime e i lavoratori, iscritti e non: il quale, piaccia o meno, torna a essere il principale, se non a questo punto unico, canale di legittimazione, nonché consolidamento delle medesime.

Ciò emergendo pure in importanti sedi e accordi, quale innanzitutto il Testo Unico sulla rappresentanza del 10.1.2014 (Vd. Di Stasi 2014; Liso 2014; Scarpelli 2014. Cfr. pure, senza pretesa di completezza, Caruso 2014; Carinci F. 2014; Del Punta 2014; Ferraro 2014; Lambertucci 2014). Qui – ma già nel Protocollo d'intesa del 31.5.2013 – viene in particolare precisato che «i contratti collettivi nazionali di lavoro» sono «efficaci ed esigibili», previa «consultazione certificata delle lavoratrici e dei lavoratori, a maggioranza semplice»: formula, quest'ultima, che non coincide con il referendum, ma sicuramente lo comprende.

Si pone allora un problema di applicabilità o meno del «Testo Unico» al caso oggetto di giudizio. Mentre sembra assumere grande importanza la questione del rilievo del referendum, quanto al perfezionamento degli accordi collettivi già sottoscritti (ovvero alla loro efficacia, a seconda della tesi sostenuta), ai sensi delle specifiche regolamentazioni operanti nel settore del trasporto aereo, a partire dalla disciplina pattizia sul referendum già citata.

Tutti profili su cui però nella sentenza non ci si sofferma. Forse perché il giudice pare in definitiva escludere sempre e comunque che i lavoratori abbiano un proprio interesse giuridico ad agire: quindi anche, nell'ipotesi di rilievo non meramente politico-sindacale del referendum, se le irregolarità fossero state palesi e conclamate ovvero se lo stesso regolamento pattizio fosse stato in ipotesi violato, si deve intendere.

Se però l'esito positivo del referendum incide sul perfezionamento del contratto collettivo ovvero sulla sua efficacia, tutti i singoli partecipanti alla consultazione hanno un interesse alla regolarità di quest'ultima: il quale non appare di mero fatto, perché la posizione giuridica tutelata sorge proprio grazie al previsto coinvolgimento. I lavoratori, una volta chiamati in causa secondo la (fino a oggi non diffusa) modalità indicata, infatti decidono di partecipare al referendum sapendo che quest'ultimo provoca precisi effetti giuridici; e potendo però nel contempo pretendere che il medesimo si svolga nel rispetto delle regole stabilite.

La disciplina (nel nostro ordinamento pattizia) che ne prevede e regola il coinvolgimento li rende insomma creditori almeno di una considerazione corretta del medesimo. In tal modo non sembrando emergere – si ripete – un interesse di mero fatto.

A maggior ragione se si considera come la disciplina del contratto collettivo, istituto diffusamente ricostruito quale contratto normativo ovvero tipo, determini il sorgere di diritti e obblighi nei rapporti individuali di lavoro dei partecipanti (e non solo).

In quest'ottica, peraltro, la precisazione di quali interessi o diritti dei lavoratori risulterebbero danneggiati dal contratto collettivo rinnovato avrebbe forse giovato al ricorso. Benché anche su tale aspetto occorra precisare: non pare infatti necessario dimostrare che il nuovo contratto introduca trattamenti *in peius*, nell'ottica del lavoratore, anche solo su specifici istituti, rispetto al precedente; risulta piuttosto, nell'occasione, sufficiente far emergere quali alternative opzioni – oltretutto quale diverso equilibrio di diritti e obblighi – avrebbero potuto essere individuate. E quindi fondamentalmente per quali ragioni il singolo lavoratore partecipante al referendum abbia optato per il no.

Al di là delle indicate perplessità, la sentenza risulta comunque meritevole di grande attenzione almeno per due ragioni.

Viene qui intanto implicitamente segnalato come il tema della consultazione dei lavoratori, se la si vuole rendere significativa non solo sul piano politico-sindacale, richieda probabilmente una regolamentazione assai più chiara e nel contempo vincolante: capace cioè di individuare un punto fermo, nel complesso «intreccio» di raccordi tra disposizioni collettive, tutte però dotate di mera efficacia obbligatoria. Il che può essere pure espresso sottolineando come la democrazia sindacale abbia bisogno dell'intervento della legge: almeno se ci si rivolge, come con il referendum necessariamente accade, a lavoratori iscritti a più organizzazioni sindacali ovvero non iscritti ad alcuna di esse.

Poi i rilievi del giudice – più comprensibili, una volta considerata (pure) l'assenza del punto fermo di cui si diceva – introducono in ogni caso un tema molto importante: quello del ruolo dei lavoratori al cospetto dello spettacolo, oggi sempre più disadorno, della contrattazione collettiva. Ebbene appare inopportuno e improbabile ritenere i primi meri osservatori: ciò dovendo senz'altro essere sottolineato, con precisi effetti e conseguenze giuridiche, quando i lavoratori sono chiamati in causa, spiegando inequivocabilmente loro che dipende proprio dalla consultazione se il nuovo regolamento collettivo sorgerà/opererà o meno.

Riferimenti bibliografici

- Ballestrero M.V. (2014), *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino.
- Basenghi F. (2007), *Il referendum*, in Zoli C. (a cura di), *Le fonti. Il diritto sindacale*, tomo I di *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da Carinci F., Utet, Torino, 2007, 196 ss.
- Carinci F. (2014), *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale (dal Titolo III dello Statuto dei lavoratori al Testo Unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014)*, in Zoppoli L. et al. (a cura di), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali?*, Editoriale scientifica, Napoli, 227 ss.
- Carinci F. et al. (2013), *Diritto del lavoro. Il diritto sindacale*, Utet, Torino.
- Caruso B. (2014), *Testo Unico sulla rappresentanza*, in *Csdlle.it*, n. 227.
- Corso F. (2011), *Il diritto sindacale*, Giappichelli, Torino.
- Del Punta R. (2014), *Note sparse sul Testo Unico sulla rappresentanza*, in *DRI*, 673 ss.
- Di Stasi A. (2014), *Il Testo Unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014 stipulato tra Confindustria e Cgil, Cisl e Uil. Una riflessione critica*, in *RGL*, I, 631 ss.
- Ferraro G. (2014), *Sul rinnovato «sistema» delle relazioni industriali*, in *ADL*, I, 549 ss.
- Ghezzi G., Romagnoli U. (1997), *Il diritto sindacale*, Zanichelli, Bologna.
- Giugni G. (2014), *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari.
- Lambertucci P. (2014), *La rappresentanza sindacale e gli assetti della contrattazione collettiva dopo il Testo Unico sulla rappresentanza del 2014: spunti di riflessione*, in *RIDL*, I, 239 ss.
- Lassandari A. (2007), *L'attività sindacale*, in Zoli C. (a cura di), *Le fonti. Il diritto sindacale*, tomo I di *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da Carinci F., Utet, Torino, 2007, 310 ss.
- Liso F. (2014), *Alcune osservazioni a proposito dell'Accordo del 10 gennaio 2014*, in *RGL*, I, 641 ss.

Magnani M. (2013), *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino.

Scarpelli F. (2014), *Dissensi e consensi sul Testo Unico sulla rappresentanza: un bilancio tra politica e diritto*, in *RGL*, I, 651 ss.

Andrea Lassandari

*Professore ordinario di Diritto del lavoro
presso l'Università di Bologna, sede di Ravenna*

CONTROVERSIE DI LAVORO

CASSAZIONE, 13.6.2016, n. 12094 – Pres. Venuti, Est. Amendola, P.M. Servello (Conf.) – R.C.B. soc. r.l. (avv.ti Paternò, Morone, Toffoletto, De Luca Tamajo) c. B.M. (avv. Paradisi).
Conf. Corte d’Appello di Ancona, 6.10.2014.

Controversie di lavoro e previdenza – Licenziamento individuale – Impugnazione – Rito speciale – Tutela obbligatoria richiesta in via subordinata – Domanda fondata sugli identici fatti costitutivi – Ammissibilità – Decisione nel merito (l. 28.6.2012, n. 92, art. 1).

Qualora il giudice accerti l’insussistenza dei presupposti per l’accoglimento della domanda, proposta in via principale ai sensi dell’art. 1, comma 48, l. n. 92/2012, di nullità del licenziamento intimato e conseguente condanna alla reintegrazione ex art. 18 St. lav., è possibile, senza disporre il mutamento di rito, procedere all’esame e alla decisione della domanda, proposta in via subordinata, di applicazione della tutela obbligatoria ai sensi dell’art. 8, l. n. 604/1966, in quanto fondata sugli identici fatti costitutivi. (1)

(1) LA DECISIONE DELLE DOMANDE PROPOSTE
IN VIA SUBORDINATA NEL CD. RITO FORNERO

SOMMARIO: 1. Il caso di specie. — 2. La connessione tra domande per «subordinazione». — 3. I fatti costitutivi dell’impugnazione del licenziamento: proposizione di domande in via subordinata e richiesta di applicazione di differenti regimi di tutela. — 4. La richiesta di applicazione del regime di tutela obbligatoria «pura» in via subordinata: diversità o unitarietà della domanda? — 5. Il progressivo azzerramento del rito Fornero. — 6. L’accertamento sulla effettiva data di inizio del rapporto di lavoro, la controversia sulla sua qualificazione e le possibili ulteriori ipotesi di connessione per «subordinazione».

1. — *Il caso di specie* — Nel caso di specie, la ricorrente aveva proposto, in via principale, domanda di accertamento della nullità del licenziamento intimatole dalla con-

venuta, in quanto asseritamente ritorsivo «e, quindi, illecito e determinante», con conseguente condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro, ai sensi dell'art. 18 St. lav. Inoltre, aveva richiesto, in via subordinata, l'applicazione del regime di tutela previsto dall'art. 8, l. n. 604/1966, con ordine di riassunzione o, in mancanza, di corresponsione di una indennità risarcitoria. Il tribunale adito, qualificato in via preliminare il rapporto di lavoro tra le parti come subordinato e non come associazione in partecipazione, dichiarava illegittimo il licenziamento impugnato, senza applicare, tuttavia, il regime di tutela reale, bensì quello di tutela obbligatoria richiesto in via subordinata. Ai medesimi risultati pervenivano sia il giudice dell'opposizione proposta contro l'ordinanza conclusiva della fase sommaria sia il giudice del reclamo instaurato avverso la sentenza conclusiva del giudizio di opposizione.

La pronuncia di secondo grado veniva impugnata con ricorso per cassazione sulla base di sei motivi, con i quali, riassuntivamente, la parte soccombente si doleva del fatto che il giudice di merito: non avesse dichiarato l'improcedibilità a fronte dell'errore nella scelta del rito commesso dalla parte attrice con riferimento alla domanda principale, in quanto non rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 1, comma 47, l. n. 92/2012; non avesse dichiarato l'inammissibilità/improponibilità della impugnativa del licenziamento con riferimento alla domanda subordinata, in quanto non fondata sugli «identici fatti costitutivi» di quella principale e, quindi, non cumulabile; avesse erroneamente qualificato il rapporto di lavoro e, dunque, ricostruito la fattispecie concreta.

Tutti i motivi di ricorso sono stati respinti.

Sotto il primo profilo, la Corte di legittimità ha fatto leva sul principio della spettazione per sostenere che il rito si determina sulla base di quanto affermato e richiesto nella domanda introduttiva, salvo che questa appaia artificiosa in quanto meramente finalizzata a sottrarre la controversia al giudice preconstituito per legge (1). Pertanto, ai fini dell'applicazione del rito Fornero, è necessario e sufficiente che, «dedotta l'esistenza di un rapporto di lavoro qualificabile come subordinato a tempo indeterminato e di un licenziamento che lo risolva in modo illegittimo, si invochi la tutela prevista dall'art. 18 dello Statuto». Tanto era avvenuto nel caso di specie, a nulla valendo la natura o la qualificazione del rapporto come in concreto accertate, rilevando questi aspetti ai fini del merito della controversia.

Sotto il secondo profilo, la Corte ha fatto applicazione del consolidato principio secondo cui «il vizio di violazione delle norme di diritto consiste nella deduzione di un'erronea ricognizione, da parte del provvedimento impugnato, della fattispecie normativa astratta e, quindi, implica necessariamente un problema interpretativo della stessa; viceversa, l'allegazione di una errata ricostruzione della fattispecie concreta a mezzo delle risultanze di causa è esterna all'esatta interpretazione della norma e inerisce alla tipica valutazione del giudice di merito, la cui censura è possibile, in sede di legittimità, sotto l'aspetto del vizio di motivazione. Il discrimine tra l'una e l'altra ipo-

(1) Cfr. Cass., S. VI, 26.3.2014, n. 7182, in *RFI*, 2014, voce *Competenza civile*, n. 19; Cass. 26.5.1997, n. 4662, in *MGL*, 1997, 940, con nota di S. Gregorio.

Con specifico riferimento al rito Fornero, vd. T. Roma 15.1.2016, in *RFI*, 2016, voce *Merito extra*, 2016, n. 2, 162; T. Roma 14.10.2015, in www.lanuovaproceduracivile.com, 2016; T. Napoli 16.10.2012, in *RIDL*, 2012, II, 1085, con nota di A. Bottini. La dottrina è prevalentemente concorde su questo punto, salva qualche voce contraria, come quella di De Angelis (2013, 108).

tesi è segnato dal fatto che solo quest'ultima censura, e non anche la prima, è mediata dalla contestata valutazione delle risultanze di causa» (2).

A ben vedere, le censure mosse dalla società ricorrente non attevano affatto all'ambito di applicazione dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., ma, come rilevato dalla stessa Corte, riguardando la ricostruzione e la valutazione dei fatti, avrebbero potuto astrattamente essere dedotte ai sensi del n. 5 dell'art. 360, cit., nel testo risultante dopo la riforma del 2012, applicabile *ratione temporis*. In concreto, però, neanche quest'ultima norma sarebbe stata invocabile, ricorrendo nella specie il caso della cd. «doppia conforme», disciplinato dall'art. 348-ter, comma 5, c.p.c., secondo cui il ricorrente in cassazione, per evitare l'inammissibilità del motivo di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c., deve indicare le ragioni di fatto poste a base della decisione di primo grado e quelle poste a base della sentenza di rigetto dell'appello, dimostrando che esse sono tra loro diverse (3).

Al terzo profilo sono dedicate le considerazioni che seguono.

2. — *La connessione tra domande per «subordinazione»* — L'art. 1, comma 48, l. n. 92/2012, stabilisce che nel procedimento per l'impugnativa del licenziamento non possono essere proposte domande diverse, salvo che siano fondate sugli *identici fatti costitutivi*. Da questa formula si è dedotto che l'oggetto del procedimento è tendenzialmente esclusivo (4), dovendo necessariamente riguardare soltanto la (il)legittimità del recesso datoriale, indipendentemente da chi assuma in concreto l'iniziativa (5). La rigidità del principio è, però, temperata dalla possibilità di cumulare nel medesimo giudizio ulteriori domande, con allargamento dell'ambito oggettivo della cognizione del giudice, sia pure nel rispetto del limite innanzi detto rappresentato dalla coincidenza dei fatti costitutivi (6).

(2) Cfr., tra le tante, Cass. 10.7.2015, n. 14468, in *FI*, *banche dati* on line.

(3) Cass., S. II, 10.3.2014, n. 5528, in *RFI*, 2014, voce *Cassazione civile*, n. 126. Nel senso che in ipotesi di cd. «doppia conforme» in fatto a cognizione sommaria, ex art. 348-ter, comma 4, c.p.c., è escluso il controllo sulla ricostruzione di fatto operata dai giudici di merito, sicché il sindacato di legittimità del provvedimento di primo grado è possibile soltanto ove la motivazione al riguardo sia affetta da vizi giuridici o manchi del tutto, oppure sia articolata su espressioni o argomenti tra loro manifestamente e immediatamente inconciliabili, perplessi od obiettivamente incomprensibili, vd. Cass., S. VI, 11.12.2014, n. 26097, *ivi*, n. 40.

Per l'applicabilità della regola anche al rito Fornero, vd. Cass. 3.3.2016, n. 4223, in *FI*, *banche dati* on line; Cass. 18.2.2015, n. 3254, in *MGL*, 2015, 712, con nota di Degoli.

Con riferimento al processo tributario, vd. Cass. 7.4.2014, n. 8053, S.U., in *FI*, 2014, I, 209 ss., con nota di P. Quero.

Per un approfondimento del tema, vd. Panzarola 2013, 89 ss.; Galletto 2013, 3 ss.

(4) Vd., se vuoi, Dalfino (2013a, 69), anche per ulteriori riferimenti. In giurisprudenza, vd., da ultimo, Cass. 12.8.2016, n. 17091.

(5) L'iniziativa di promuovere il procedimento di cui all'art. 1, commi 48 ss., l. n. 92/2012, può essere assunta anche dal datore di lavoro. Vd. Cass. 31.7.2014, n. 17443, S.U., in *CG*, 2015, 378, con nota di D. Rizzardo; in *RDP*, 2015, 1582, con nota di G. Guarnieri; in *FI*, 2014, I, 2760, con nota di D. Dalfino, S. Izzo; e in *GI*, 2014, 2178, con nota di G. Frus.

(6) L'«identità» dei fatti costitutivi, che deve necessariamente essere «parziale» se si vuole riconoscere un senso alla disposizione normativa (cfr. Tosi 2012, 837 ss.; Sordi 2012, 276 ss.; Dalfino 2013b, 9), significa che le domande cumulabili non possono non essere basate *anche* su fatti costitutivi *ulteriori* rispetto a quelli dell'impugnativa del licenziamento.

Si è subito constatata la notevole difficoltà di individuazione delle ipotesi di cumulo ammissibile; allo stesso tempo, si è preso atto della assoluta prevalenza dei casi di non cumulabilità, in linea, del resto, con la finalità perseguita dal legislatore di concentrare le attività processuali possibilmente su un unico tema di indagine e di accelerare la conclusione del giudizio.

Non secondarie incertezze interpretative sono sorte con riguardo specifico al caso, piuttosto frequente nella prassi, in cui il lavoratore non si limiti a proporre, in via principale, domanda di reintegrazione *ex art. 18 St. lav.*, ma a essa aggiunga, in via subordinata, domanda di applicazione del regime di tutela obbligatoria *ex art. 8, l. n. 604/1966*. La questione concerne l'individuazione del rito applicabile a quest'ultima domanda, che, pacificamente, non rientra tra quelle assoggettate al rito Fornero *ex art. 1, comma 47, l. n. 92, cit.*, e che, altrettanto pacificamente, se proposta in via principale, impone l'assoggettamento al rito «ordinario» del lavoro *ex artt. 414 ss. c.p.c.*

Prima di tentare di offrire una soluzione al quesito, sembra utile precisare cosa debba intendersi per domanda «subordinata».

Secondo l'insegnamento tradizionale, il rapporto di «subordinazione» tra domande rientra nel novero delle forme di connessione, a loro volta caratterizzate da un condizionamento che si manifesta con riferimento all'influenza che la decisione dell'una riveste rispetto all'esame dell'altra. Si parla, a questo proposito, di «cumulo condizionale», per il quale il condizionamento può operare in due modi diversi, rispettivamente denominati «successivo» ed «eventuale» (7). Nel primo caso, l'attore propone due domande, subordinando l'esame di una di esse, evidentemente dipendente, all'accoglimento dell'altra, di conseguenza pregiudiziale; nel secondo caso, l'attore chiede in via immediata l'accoglimento di una soltanto delle domande proposte, condizionando l'esame dell'altra al rigetto della prima (8).

In particolare, nel cumulo condizionale eventuale le due domande si trovano in relazione di reciproca esclusione (9), rispetto alla quale non rileva tanto il fatto che l'at-

Sull'individuazione delle «domande diverse» di cui al comma 48 dell'art. 1, l. n. 92/12, vd. i riferimenti riportati da S. Calvigioni, nota a T. Taranto 30.11.2012, in *FI*, 2013, I, 673.

La cumulabilità della pretesa alla reintegrazione nel posto di lavoro (in caso di impugnazione del licenziamento collettivo), con la domanda di condanna del datore di lavoro al pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso, è affermata da T. Roma 27.11.2013, in *NGL*, 2014, 545.

Nel senso della improponibilità delle domande fondate su fatti costitutivi diversi, senza che si possa provvedere alla separazione dei procedimenti e al mutamento del rito, vd. T. Roma 9.12.2013, in *LG*, 2014, 799, con nota di L.A. Cosattini, *Rito Fornero: individuazione delle domande ammissibili e sorte delle domande fondate su fatti costitutivi diversi*.

Per la possibilità di disporre il mutamento del rito nelle forme di quello del lavoro, con applicazione analogica degli artt. 426 e 427 c.p.c., in caso di ricorso avverso un licenziamento cui non si applica la disciplina dell'art. 18, l. n. 300/70, erroneamente proposto con le forme del rito speciale di cui all'art. 1, comma 48, l. n. 92/12, vd. T. Modena 14.1.2014, in *FI*, 2014, I, 1845, con nota di S. Izzo, e in *RIDL*, 2014, II, 606, con nota di D. Buoncristiani.

(7) Cfr. Consolo 1985, 283 ss., spec. 284; Id., 2012, 69; Recchioni 1999, 297 ss. Cfr., inoltre, Mandrioli, Carratta 2014, 198 s.; Balena 2015, 173, nonché Carratta 2012, suppl. al n. 3, 79 ss., nonché Consolo 1989 765 ss., ove ulteriori riferimenti.

(8) Cfr. G. Balena 2015.

(9) Invece, nel cumulo condizionale successivo il risultato perseguito dalla proposizione di una domanda può sussistere proprio perché e nella misura in cui sussista l'altro.

tore invochi la medesima o una diversa utilità sostanziale sulla base di discipline giuridiche o titoli di responsabilità alternativi (10), quanto, invece, l'individuazione che egli compie di un preciso ordine di priorità nelle istanze di tutela proposte. A fronte di questa eventualità, come detto, il giudice deve procedere prima all'esame della domanda principale e, soltanto in caso di accertamento della sua infondatezza, a quello della domanda subordinata.

3. — *I fatti costitutivi dell'impugnazione del licenziamento: proposizione di domanda in via subordinata e richiesta di applicazione di differenti regimi di tutela* — In generale, la difficoltà di individuare con chiarezza il significato della formula «identici fatti costitutivi» (11) induce spesso il lavoratore ricorrente ad ampliare l'oggetto della tutela richiesta anche oltre l'ambito di applicazione del procedimento (12).

Il cuore del problema, tuttavia, sta ancor prima, e cioè nella esatta identificazione dei fatti costitutivi della domanda di impugnazione del licenziamento.

Secondo la tesi prevalente, alla quale aderisce la pronuncia in commento anche sulla scorta di un condivisibile orientamento delle Sezioni Unite del 2006 (13), essi sono sempre rappresentati dalla (pre)esistenza di un rapporto di lavoro e dalla illegittimità del licenziamento impugnato. In particolare, l'impugnativa rappresenta un'ipotesi assimilabile a una qualsiasi azione contrattuale fondata sull'inadempimento, sia pure con tutti i limiti derivanti dalla pratica attuabilità del comando giudiziale e dalla peculiarità degli interessi coinvolti (14). Lo schema è assimilato a quello della risoluzione per inadempimento ai sensi dell'art. 1456 c.c. (clausola risolutiva espressa): attraverso l'esercizio del diritto potestativo di recesso, il datore di lavoro «impugna» il rapporto, determinandone la cessazione; attraverso l'impugnazione, il lavoratore contesta l'atto ablativo, facendo valere l'attualità, la persistenza e l'efficacia del rapporto di lavoro e, quindi, domandandone la sua conservazione (15).

Tra i fatti costitutivi dell'azione, dunque, non v'è anche il requisito dimensionale ex art. 18 St. lav., che, invece, rappresenta un fatto impeditivo, la prova della cui sussistenza spetta al datore di lavoro (16).

Sulla scorta di questi sintetici rilievi si può tentare di stabilire un primo quadro

(10) Per un approfondimento di questi temi e per riferimenti bibliografici, vd., se vuoi, Dalfino 2002, 23 ss.

(11) Nel senso che dal punto di vista della tecnica processuale «ipotizzare che vi possano essere domande “diverse” fondate su “identici fatti costitutivi” è un *nonsense*», vd. Luiso 2013, 61. Cfr., inoltre, De Cristofaro, Gioia 2013, par. 2.

(12) Ad esempio, soprattutto nel primo periodo di applicazione del rito Fornero, domandando differenze retributive, inquadramento in mansioni superiori e così via.

(13) Cass. 10.1.2006, n. 141, S.U., in *FI*, 2006, I, 704, con note adesive di A. Proto Pisani e D. Dalfino.

(14) Cfr. Proto Pisani 1990, 372 ss. vd. anche Pagni 2004, 100 ss., spec. 104, nonché Barraco 2008, 1044.

(15) Cfr. Massetani 1989, 841, spec. 844, nota 2.

(16) In senso contrario, vd. Guarnieri 2006, 1441 ss.; Guarnieri 2005, 2351 ss.; Vallebona 2006, 448 ss.; Marinelli 2014, 1 ss. In precedenza, invece, vd. T. Teramo 9.1.2014, in *GI*, 2014, 654, con nota di G. Lucchetti.

La tesi in parola, tuttavia, sembra essere smentita, anche con riferimento al contesto della riforma di cui alla l. n. 92/2012, da Cass. 11.11.2015, n. 23073, in *RFI*, 2015, voce cit., n. 71.

delle ipotesi nelle quali può verificarsi un cumulo (condizionale) di istanze connesse per subordinazione.

A questo proposito, occorre distinguere tra: a) l'impugnazione del licenziamento con la quale si domandi, in via principale, l'applicazione di un determinato regime di tutela (generalmente quello più «forte») e, in via subordinata, quella di un regime diverso ma pur sempre rientrante nelle previsioni dell'art. 18 St. lav.; b) l'impugnazione del licenziamento in cui si invochi, in via principale, l'art. 18 St. lav. e, in via subordinata, l'art. 8, l. n. 604/1966.

In entrambe le ipotesi l'azione è sempre qualificabile come impugnativa del licenziamento, ma la differenza è evidente. Infatti, la domanda proposta in via subordinata *sub a)*, rientra comunque nell'ambito di applicazione del rito *ex art. 1*, comma 47, l. n. 92/2012; quella *sub b)*, no.

Il caso deciso dalla pronuncia in commento, come già anticipato, è proprio quest'ultimo.

4. — *La richiesta di applicazione del regime di tutela obbligatoria «pura» in via subordinata: diversità o unitarietà della domanda?* — La questione non è nuova, essendosi posta già prima dell'entrata in vigore del rito Fornero.

A tal proposito la giurisprudenza ha affermato che: il giudice, accertato che non sussistono i requisiti dimensionali per l'applicazione dell'art. 18 St. lav., deve accordare, sussistendo i relativi presupposti, la tutela in tal caso applicabile (dichiarazione di inefficacia del licenziamento e risarcimento del danno) essendo tale tutela omogenea e di ampiezza minore rispetto a quella prevista dall'art. 18 (17); proposta dal lavoratore una domanda di nullità del licenziamento e di reintegrazione nel posto di lavoro ai sensi dell'art. 18 St. lav., tale *petitum* deve ritenersi comprensivo di quello concernente il riconoscimento della minore tutela di cui all'art. 8, l. n. 604/1966, con la conseguenza che non viola il principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato la sentenza con la quale il giudice adito, ritenendo carenti le condizioni per l'operatività dell'invocata tutela reale, condanni, tuttavia, il datore di lavoro che abbia intimato il licenziamento illegittimo alla riassunzione del lavoratore o, in alternativa, a corrispondergli l'indennità di cui al citato art. 8 (18); non è ravvisabile mutamento della *causa petendi* nella ipotesi in cui il dipendente licenziato, che impugni il relativo provvedimento, deducendone la illegittimità per mancanza di giustificato motivo, proponga con ricorso introduttivo domanda di tutela reale, mentre, in sede di precisazione delle conclusioni, richieda quella obbligatoria, in quanto, in detta ipotesi, il mutamento riguarda solo gli effetti ricollegabili alla tutela richiesta da ultimo, che sono compresi in quelli cui dà luogo la tutela originariamente invocata (19); è ammissibile la domanda, proposta per la prima volta in appello dal lavoratore illegittimamente licenziato, diretta a ottenere la riassunzione *ex art. 8*, l. n. 604 del 1966, ove in primo grado il lavoratore medesimo abbia proposto la domanda, respinta dal pretore, di reintegrazione nel posto di lavoro *ex art. 18* St. lav., atteso che la prima deve ritenersi compresa, come *minus*, in quest'ultima (20).

(17) Cass. 11.9.2003, n. 13375, in *FI*, 2003, I, 3321, con nota di G. Ricci.

(18) Cass. 9.9.1991, n. 9460, in *RFI*, 1991, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1628.

(19) Cass. 27.8.2003, n. 12579, in *RFI*, 2003, voce cit., n. 1538.

(20) Cass. 11.9.1997, n. 8906, in *RFI*, 1997, voce *Appello civile*, n. 46.

Successivamente, con specifico riferimento al rito Fornero, sono state offerte soluzioni contrastanti.

Alcune pronunce hanno accolto la soluzione oggi propugnata dalla Cassazione, affermando che, una volta verificata l'insussistenza del requisito dimensionale di cui all'art. 18 St. lav. e rigettata la domanda principale, il giudice deve provvedere nel merito della richiesta di tutela obbligatoria (21) secondo il rito Fornero applicabile per cd. trascinamento, dovendosi altrimenti ipotizzare un'assurda separazione tra domanda principale e domanda subordinata relative allo stesso licenziamento perfino, in ipotesi, per lo stesso vizio di ingiustificatezza (22).

Altre hanno sostenuto che si debba procedere al mutamento di rito, previa separazione della domanda subordinata, in quello ordinario ex art. 414 c.p.c. in applicazione analogica degli artt. 426 e 427 c.p.c. (23).

Infine, in senso diametralmente opposto, la stessa Cassazione ha dichiarato l'improponibilità della domanda di riassunzione ex art. 8, l. n. 604 del 1966, a causa della ritenuta diversità (in particolare, quanto al numero dei dipendenti e alla natura delle imprese datrici) dei fatti costitutivi (24).

Anche in dottrina si registra una certa difformità di opinioni. Così, volta a volta, la domanda di tutela reale e quella di tutela obbligatoria sono considerate articolazioni di un'unica pretesa, con conseguente configurazione della fattispecie in termini di «concorso di norme» e non «di diritti», oppure pretese diverse, sebbene fondate su «identici» fatti costitutivi, oppure ancora diverse in quanto fondate su fatti costitutivi non «identici».

In base alla prima opinione, una volta riscontrata l'insussistenza dei presupposti per l'applicazione del regime di cui all'art. 18 St. lav., richiesto in via principale con il rito Fornero, il giudice può validamente decidere la controversia nel merito facendo applicazione del regime di cui all'art. 8, l. n. 604/1966, richiesto in via subordinata, non ponendosi un problema di cumulo di domande e tanto meno di verifica dell'identità dei fatti costitutivi (25), precisandosi talora, però, che il giudice debba valutare, caso per caso, potendo pronunciare sulla domanda subordinata nelle forme del rito Fornero solo nell'ipotesi in cui, rigettata la domanda principale, l'istruzione della causa sia già stata effettuata (26).

Anche la seconda tesi afferma la decidibilità nel merito della controversia, senza al-

(21) Vd. T. Como 25.8.2014, in *GI*, 2015, 874, con nota di F. Vitella, *Il rigetto della domanda di tutela reale e la sorte della domanda subordinata di tutela obbligatoria nel rito Fornero*; T. Roma 14.10.2014, in *RFI*, 2014, voce *Merito extra*, n. 2014.497.1.

(22) T. Napoli 16.10.2012, cit.; T. Padova 11.10.2012, in *Rassegna di giurisprudenza del lavoro nel Veneto*, 2012, fasc. 2, 100.

(23) Vd. T. Venezia 5.4.2013, in *Rassegna di giurisprudenza del lavoro nel Veneto*, 2013, fasc. 1, 49.

(24) Cass. 10.8.2015, n. 16662, in *RFI*, 2015, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 75. Per l'inammissibilità del ricorso, vd. T. Termini Imerese 31.3.2013, in *RIDL*, 2014, II, 825, con nota di A. Riccobono.

(25) Cfr. Luiso 2013, 66 s.; Dittrich 2014, 107; Pagni 2013, 348 s.; Buoncristiani 2013, 351 ss. Vd. anche Vitella 2015 877 ss., 881 ss.

(26) Cfr. Luiso 2013, 68; Dittrich 2014, 107 s. Nel senso che il rapporto tra gli effetti giuridici richiesti ex art. 18 St. lav. ed ex art. 8, l. n. 604/1966, è di contenenza, vd. Cavallaro 2013, 301 s.

cuna necessità di disporre il mutamento del rito, sostenendo anzi la piena perseguibilità nelle forme del cd. rito Fornero, non soltanto in virtù della lettera dell'art. 1, comma 48, l. n. 92/2012 (nella parte in cui consente di cumulare domande fondate, appunto, sugli identici fatti costitutivi), ma anche per ragioni di economia processuale, di semplificazione e di effettività della tutela giurisdizionale (27).

La terza opinione, al contrario delle prime due, propende per l'inammissibilità della domanda subordinata di applicazione della tutela obbligatoria, accogliendo una interpretazione evidentemente restrittiva della nozione di «identici fatti costitutivi» (28).

La pronuncia in epigrafe suffraga la seconda di tali opinioni, giustamente facendo osservare che la soluzione del rigetto in rito della domanda di tutela obbligatoria proposta in via subordinata, e in generale «lo sbarramento in rito di pretese tra loro indissolubilmente concatenate [...] innesca inesorabilmente una altrimenti evitabile duplicazione dei giudizi [...] Invero in tutti i casi in cui è dubbia l'esistenza o meno del requisito dimensionale [...] il lavoratore sarebbe costretto a proporre due ricorsi avverso il medesimo licenziamento: uno *ex lege* n. 92 del 2012 e l'altro *ex art.* 414 c.p.c., anche prudenzialmente per evitare ogni questione di decadenza di cui alla legge n. 183 del 2010 [...] Con assai complessi problemi di coordinamento tra i due processi per non dire della evenienza» di valutazioni opposte da parte dei diversi giudici. La pluralità di giudici o la diversità di riti non può pregiudicare il principio della ragionevole durata del processo, il diritto di difesa e, più in generale, il valore dell'effettività della tutela giurisdizionale (29).

5. — *Il progressivo azzeramento del rito Fornero* — Le questioni interpretative sollevate dal rito Fornero, in particolare quella della quale qui si discute, verranno meno quando il rito stesso sarà definitivamente abrogato, secondo quelle che sembrano ormai le intenzioni del legislatore (30).

(27) Cfr., anche per riferimenti, Dalfino 2013a, 76.

(28) Vd., in tal senso, Vidiri 2013, 53; nonché De Angelis 2013, 107 s.

(29) Cfr. C. Giust. 30.6.2011, C-262/09, punti 23 e 25, in *RFI*, 2011, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 1240; C. Giust. 19.6.2006, C-392/04, 422/04, punto 57, in *RFI*, 2007, voce cit., n. 2565; C. cost. 19.7.2013, n. 223, in *RFI*, 2013, I, 2690, con nota di E. D'Alessandro *et al.*, nonché in *CG*, 2013, 1107, con nota di C. Consolo; C. cost. 12.3.2007, n. 77, in *FI*, 2007, I, 1009, con nota di R. Oriani; Cass. 12.3.2014, n. 5700, S.U., in *FI*, 2014, I, 1798, con nota di A.D. De Santis, in *Il giusto processo civile*, 2014, 471, con nota di G. Trisorio Liuzzi, e in *GI*, 2014, 2453, con nota di L. Di Cola.

(30) Il disegno di legge n. 2284/S/XVII (Delega al Governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile), presentato dal ministro della Giustizia di concerto con il ministro dell'Economia e delle Finanze, al comma 1 dell'art. 2 dispone l'abrogazione delle disposizioni di cui all'art. 1, commi dal 48 al 68, l. n. 92/2012. Inoltre, al comma 2 stabilisce che «Alla trattazione dei giudizi nei quali si controverte sulla validità, l'efficacia o la legittimità dei licenziamenti ai sensi dell'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, sono riservati specifici giorni nel calendario delle udienze del giudice, che deve trattarli e definirli con particolare speditezza»; al comma 4 che «I giudizi già introdotti con ricorso depositato entro la data di entrata in vigore della presente legge sono trattati e definiti secondo le norme di cui all'articolo 1, commi da 48 a 68, della legge 28 giugno 2012, n. 92».

Il d.d.l. citato fa seguito alla proposta di legge n. 2921/C/XVII (Modifiche al codice di procedura civile e altre disposizioni per l'accelerazione del processo civile, presentata il 2 marzo 2016), che ne prevedeva l'abrogazione *tourt court* (vd. art. 16).

Per il momento, si assiste a un suo progressivo, ma molto lento azzeramento, in virtù di quanto disposto dall'art. 11, d.lgs. n. 23/2015 (Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183), ai sensi del quale: «Ai licenziamenti di cui al presente decreto» (quelli cioè intimati ai lavoratori individuati dall'art. 1 e assunti o convertiti dopo il 7 marzo 2015, data di entrata in vigore del decreto stesso) (31) «non si applicano le disposizioni dei commi da 48 a 68 dell'articolo 1 della legge 28 giugno 2012, n. 92».

A fronte di tali previsioni, combinate con quelle della l. n. 92/2012 (art. 1, comma 67), emerge un quadro piuttosto bizzarro in cui l'assegnazione delle controversie in materia di impugnazione del licenziamento a un rito (quello Fornero) o all'altro (quello «ordinario» del lavoro *ex* artt. 414 ss. c.p.c.) non dipende soltanto dal momento di proposizione della domanda, bensì anche da fattori esterni, tra i quali, principalmente, la data di assunzione del lavoratore.

In particolare:

- a) le cause iniziate prima del 18 luglio 2012 (data di entrata in vigore della l. n. 92/2012) seguono il rito «ordinario» del lavoro *ex* artt. 414 ss. c.p.c.;
- b) le cause iniziate dopo il 18 luglio 2012 seguono il rito Fornero (32);
- c) le cause iniziate dopo il 7 marzo 2015:
 - c1) seguono il rito Fornero, se relative a licenziamenti di lavoratori assunti prima di tale data;
 - c2) seguono il rito «ordinario» del lavoro, se relative a licenziamenti di lavoratori assunti dopo tale data;
 - c3) seguono il rito «ordinario» del lavoro *ex* artt. 414 ss. c.p.c., se relative a licenziamenti di lavoratori assunti prima di tale data, ma con contratti a tempo determinato o di apprendistato convertiti in contratti a tempo indeterminato dopo tale data;
 - c4) seguono il rito «ordinario» del lavoro *ex* artt. 414 ss. c.p.c., se relative a licenziamenti di lavoratori assunti prima di tale data, qualora il datore di lavoro, in conseguenza di assunzioni a tempo indeterminato avvenute dopo, integri il requisito occupazionale di cui all'art. 18, commi 8 e 9, St. lav.

Ora, se è vero che l'azzeramento del rito Fornero condurrà alla eliminazione delle

(31) L'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 23, citato, individua l'ambito di applicazione con riferimento ai «lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto». I commi 2 e 3 estendono l'operatività del decreto, rispettivamente, ai casi «di conversione, successiva all'entrata in vigore del presente decreto, di contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato» e a quello «in cui il datore di lavoro, in conseguenza di assunzioni a tempo indeterminato avvenute successivamente all'entrata in vigore del presente decreto, integri il requisito occupazionale di cui all'articolo 18, commi 8 e 9, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni».

(32) Vd. Cass. 11.5.2015, n. 9462, in *GI*, 2015, 2692, con nota di G. Lucchetti, secondo cui che la circostanza che la l. n. 92/2012, art. 1, comma 67, preveda l'applicabilità delle nuove norme processuali solo alle controversie instaurate dopo l'entrata in vigore della legge stessa non significa, *a contrariis*, che le nuove norme sostanziali in essa contenute siano applicabili ai licenziamenti anteriormente intimati, ma semplicemente che queste ultime seguono, in assenza di esplicita disposizione contraria, la regola dell'irretroattività sancita dall'art. 11 delle preleggi: regola a cui può derogarsi soltanto se ciò è espressamente previsto da apposita disposizione di diritto transitorio, che nel caso di specie manca.

numerosissime (e a volte inedite) complicazioni procedurali sulle quali da più di quattro anni ci si misura, è anche vero che la purgazione definitiva non è destinata a prodursi immediatamente, poiché, invariato il quadro normativo (33), si dovrà attendere la definizione della causa di impugnazione del licenziamento intimato all'ultimo lavoratore assunto prima del 7 marzo 2015.

6. — *L'accertamento sulla effettiva data di inizio del rapporto di lavoro, la controversia sulla sua qualificazione e le possibili ulteriori ipotesi di connessione per «subordinazione»* — Il sistema così delineato – che fa dipendere l'individuazione del regime applicabile da un dato formale, quale la data di assunzione del lavoratore – non esclude, anzi si presta a favorire il sorgere di ulteriori ipotesi di connessione per «subordinazione».

Si considerino i seguenti casi a titolo esemplificativo:

– il rapporto di lavoro sorge, di fatto, in data anteriore al 7 marzo 2015 e solo successivamente viene formalizzato. Il lavoratore che impugni il licenziamento nelle forme del rito Fornero potrebbe invocare, previo accertamento della data di effettiva instaurazione del rapporto, in via principale, le tutele previste dall'art. 18 St. lav. e, in via subordinata, quelle stabilite dal d.lgs. n. 23/2015;

– il rapporto di lavoro sorge formalmente prima del 7 marzo 2015 con contratto a tempo determinato che, successivamente a tale data, viene convertito in contratto a tempo indeterminato. Il lavoratore che impugni il licenziamento nelle forme del rito Fornero potrebbe domandare, in via principale, le tutele previste dal regime anteriore e, in via subordinata, quelle fissate dal nuovo regime;

– il rapporto di lavoro sorge formalmente prima del 7 marzo 2015 alle dipendenze di un datore di lavoro che, solo in conseguenza di assunzioni avvenute successivamente a tale data, abbia raggiunto le soglie dimensionali di cui all'art. 18, commi 8 e 9, St. lav. Il lavoratore che impugni il licenziamento nelle forme del rito Fornero potrebbe chiedere, in via principale, la reintegrazione nel posto di lavoro e, in via subordinata, la tutela obbligatoria *ex art. 8, l. n. 604/1966*.

In tutti questi casi occorre risolvere sia la questione relativa al diritto sostanziale applicabile sia quella riguardante il rito cui assoggettare le domande proposte.

Sotto il primo profilo, ci si può limitare a sottolineare che nel vigore della l. n. 92/2012 l'applicazione della disciplina sostanziale dipende dalla data in cui sia stato intimato il licenziamento (34), mentre secondo il d.lgs. n. 23/2015 rileva la data di assunzione del lavoratore (vd. art. 1, comma 1, cit.).

Sotto il secondo profilo, va tenuto presente che, ai fini dell'applicazione del rito Fornero, si deve aver riguardo al fatto che il ricorso sia stato depositato in cancelleria dopo il 18 luglio 2012 (35). Diversamente, il combinato disposto degli artt. 1 e 11, d.lgs. n. 23/2015, nello stabilire che ai licenziamenti dei lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015 non si applicano le disposizioni dei commi da 48 a 68 dell'art. 1, l. n.

(33) Vd., però, il su citato art. 2, comma 4, proposta di legge n. 2284/S/XVII.

(34) Cfr. Cass. 31.7.2015, n. 16265, in *RFI*, 2015, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1190.

(35) La giurisprudenza ha precisato che l'assoggettamento della controversia a tale rito dipende comunque dalla sanzionabilità del recesso datoriale con una delle misure previste dall'art. 18 St. lav., nel testo applicabile *ratione temporis* (vd. T. Roma 28.11.2012, ord., in *RIDL*, 2013, II, 288, con nota di Pacchiana Parravicini).

92/2012, impone l'assoggettamento delle relative impugnative giudiziali alle forme del rito «ordinario» del lavoro. A questa regola non fanno eccezione le ipotesi su menzionate nel paragrafo precedente ai punti c3) e c4).

Orbene, riguardo agli esempi prospettati possono offrirsi le seguenti soluzioni.

Con riferimento al primo, in base al principio della prospettazione (36), il rito Fornero è applicabile alla domanda principale. La domanda subordinata, invece, dovrebbe essere assoggettata al rito «ordinario» del lavoro qualora il rigetto della principale dipenda (anche) dall'accertamento che il rapporto di lavoro sia sorto in data successiva al 7 marzo 2015. Torna a riproporsi la questione della prorogabilità del rito sulla base del quale il processo è stato instaurato *ab origine*. A differenza di quel che avviene nel cumulo condizionale eventuale di domande relative a licenziamenti cui comunque il d.lgs. n. 23/2015 *ratione temporis* non si applica, qui il dato normativo è piuttosto chiaro nell'escludere la trattabilità della domanda subordinata con il rito Fornero (vd. art. 11, d.lgs. n. 23, citato). Non resta che disporre il passaggio al rito «ordinario» del lavoro.

Nel secondo caso, la domanda principale non dovrebbe essere assoggettata al rito Fornero. Infatti, anche se l'attore deduce che il rapporto di lavoro è sorto prima della fatidica data, tecnicamente non impugna un «licenziamento» se con la sua iniziativa chiede procedersi all'accertamento dell'illegittimità del termine, ma propone un'azione di nullità parziale del contratto con la quale non può legittimamente invocare l'art. 18 St. lav. (37). Lo stesso probabilmente è a dirsi qualora faccia valere l'illegittimità del recesso anticipato del datore di lavoro rispetto alla scadenza del termine stabilita in contratto (38). Ciò comporta che, rilevato l'errore, si debba disporre il passaggio al rito «ordinario» del lavoro già con riferimento a questa domanda e che, una volta disposto il rigetto di quest'ultima, la domanda subordinata si trovi già assoggettata al rito corretto.

Anche nel terzo caso la domanda principale non dovrebbe seguire il rito Fornero, poiché, anche se l'attore affermi di essere stato assunto prima del 7 marzo 2015, non sussistono i presupposti per invocare la tutela reale. Disposto il mutamento di rito e rigettata nel merito la principale, la domanda subordinata si trova già assoggettata al rito «ordinario» del lavoro.

In conclusione, anche con riguardo alle ulteriori possibili ipotesi di connessione tra domande per «subordinazione» di cui l'attuale quadro normativo sembra favorire la nascita, può continuare legittimamente a sostenersi la soluzione che predilige la conservazione delle attività poste in essere rispetto a quella che, contro i principi dell'ordinamento processuale, propende per l'inammissibilità della domanda.

(36) Vd. *supra*, nota 1.

(37) Cfr. Cass. 8.10.2002, n. 14381, S.U., in *DPL*, 2002, fasc. 47, 3045.

Secondo Cass. 10.11.2009, n. 23756, in *RFI*, 2009, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 872, l'atto di disdetta comunicato dal datore di lavoro allo scopo di evitare la rinnovazione tacita del contratto a termine illegittimamente stipulato configura un atto meramente ricognitivo, non una fattispecie di recesso.

(38) Vd., però, De Feo (2012, 1211, nota 11), che sembra propugnare l'applicabilità del rito Fornero a questa ipotesi.

Riferimenti bibliografici

- Balena G. (2015), *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Cacucci, Bari, 2015.
- Barraco E. (2008), *Tutela reale e processo: rimedio (eccezionale) di mero accertamento*, in *ADL*, I, 1044 ss.
- Buoncristiani D. (2013), *Rito licenziamenti: profili sistematici e problemi applicativi*, in *RIDL*, I, 351 ss.
- Carratta A. (2012), *Diritto e processo nelle azioni di restituzione da contratto*, in *Le azioni di restituzione da contratto*, in *RTDPC*, suppl. al n. 3, 79 ss.
- Cavallaro L. (2013), *Il processo del lavoro al tempo dei «tecnici»*, in *RTDPC*, 287 ss.
- Consolo C. (1985), *Il cumulo condizionale di domande*, I, Cedam, Padova.
- Consolo C. (1989), *Il concorso di azioni nella patologia della vendita*, in *RDC*, I, 765 ss.
- Consolo C. (2012), *Spiegazioni di diritto processuale. Profili generali*, II, Giappichelli, Torino.
- Dalfino D. (2002), *Questioni di diritto e giudicato. Contributo allo studio dell'accertamento delle «fattispecie preliminari»*, Giappichelli, Torino.
- Dalfino D. (2013a), *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, in Barbieri M., Dalfino D., *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero, aggiornato al d.l. 28 giugno 2013, n. 76, cd. «pacchetto lavoro»*, Cacucci, Bari, 57 ss.
- Dalfino D. (2013b), *L'impugnativa del licenziamento secondo il cd. «rito Fornero»: questioni interpretative*, in *FI*, V, 6 ss.
- De Angelis L. (2013), *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto: l'obbligatorietà e l'errore del rito ed il cumulo delle domande*, in *FI*, V, 101 ss.
- De Cristofaro M., Gioia G. (2013), *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, in *www.judicium.it*.
- De Feo D. (2012), *L'ambito applicativo del rito speciale per le controversie in materia di licenziamento*, in *ADL*, n. 6, I, 1207 ss.
- Dittrich L. (2014), *Rito speciale dei licenziamenti e qualità della cognizione*, in *RDP*, 104 ss.
- Galletto T. (2013), *«Doppio filtro» in appello, «doppia conforme» e danni collaterali*, in *Foro padano*, n. 1, II, 3 ss.
- Guarnieri G. (2005), *Variazioni in tema di ripartizione dell'onere della prova del requisito dimensionale ex art. 18 St. lav.*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Giuffrè, Milano, III, 2385 ss.
- Guarnieri G. (2006), *Reintegrazione del lavoratore e requisito dimensionale: l'onere della allegazione e l'onere della prova secondo le S.U.*, in *RDP*, 1437 ss.
- Luiso F.P. (2013), *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: modelli di riferimento ed inquadramento sistematico*, in Luiso F.P. et al. (a cura di), *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Giappichelli, Torino, 55 ss.
- Mandrioli C., Carratta A. (2014), *Diritto processuale civile*, I, Giappichelli, Torino.
- Marinelli M. (2014), *L'onere della prova del requisito dimensionale del datore di lavoro*, in *GI*, I ss.
- Massetani G. (1989), *Note in tema di impugnazione del licenziamento*, in *FI*, I, 841 ss.
- Pagni I. (2004), *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Giuffrè, Milano.

- Pagni I. (2013), *I correttivi alla durata del processo nella l. 28 giugno 2012, n. 92: note brevi sul nuovo rito in materia di licenziamento*, in *RIDL*, I, 339 ss.
- Panzarola A. (2013), *Tra «filtro» in appello e «doppia conforme»: alcune considerazioni a margine della l. n. 134 del 2012*, in *Giusto processo civile*, 89 ss.
- Proto Pisani A. (1990), *Giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti*, in *Aa.Vv., La nuova disciplina dei licenziamenti individuali (l. 11 maggio 1990, n. 108)*, in *FI*, V, 364 ss.
- Recchioni S. (1999), *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Cedam, Padova.
- Sordi P. (2012), *L'ambito di applicazione del nuovo rito per l'impugnazione dei licenziamenti*, in *Nuove regole dopo la legge n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro. Competizione versus garanzie?*, Atti del Convegno dell'associazione Avvocati giuslavoristi italiani (Agi), tenutosi ad Ancona nei giorni 26 e 27 ottobre 2012, Giappichelli, Torino.
- Tosi P. (2012), *L'improbabile equilibrio tra rigidità «in entrata» e flessibilità «in uscita» nella l. n. 92/12 di riforma del mercato del lavoro*, in *ADL*, n. 4-5, I, 813 ss.
- Vallebona A. (2006), *L'onere probatorio circa i requisiti dimensionali per la tutela reale contro il licenziamento: le Sezioni Unite cambiano idea*, in *RIDL*, II, 448 ss.
- Vidiri G. (2013), *Il nuovo rito sui licenziamenti: una normativa di difficile lettura*, in *RIDL*, I, 44 ss.
- Vitella F. (2015), *Il rigetto della domanda di tutela reale e la sorte della domanda subordinata di tutela obbligatoria nel rito Fornero*, in *GI*, 874 ss.

Domenico Dalfino
Professore ordinario di Diritto processuale civile
presso l'Università di Bari «Aldo Moro»

SICUREZZA SOCIALE

I

CASSAZIONE, 2.5.2016, n. 8604 – Pres. Venuti, Est. Doronzo, P.M. Servello (Diff.) – G.F. (avv. Stramandinoli) c. Inps (avv.ti Riccio, Patteri, Valente).

Cassa con rinvio Corte d'Appello di Torino, 10.12.2009.

Pensione – Danno derivante da erronee informazioni fornite dall'Inps – Responsabilità contrattuale – Legittimo affidamento – Tutela – Sussiste.

Il valore non certificativo del prospetto contributivo, in quanto emesso non all'esito di un procedimento amministrativo specificamente avviato su richiesta formale dell'interessato, non esonera l'Inps dalla responsabilità nei confronti dell'assicurato ove il prospetto contenga informazioni inesatte circa la sussistenza del requisito contributivo per il pensionamento. (1)

II

CASSAZIONE, 29.4.2016, n. 8564 – Pres. Napoletano, Est. Doronzo, P.M. Matera (Conf.) – P.G. (avv. Camici) c. Inps (avv.ti Ricci, Di Meglio, Pulli).

Conf. Corte d'Appello di Perugia, 27.8.2010.

Pensione – Ripetibilità delle somme erogate indebitamente – Riconoscibilità dell'errore – Mancanza di buona fede – Legittimo affidamento – Esclusione del legittimo affidamento.

Ai sensi dell'art. 52, l. n. 88/1989, come modificato dall'art. 13, l. n. 412/1991, sono escluse dal beneficio dell'irripetibilità tutte le somme erogate in

forza di un provvedimento provvisorio di attribuzione del trattamento di quiescenza. In ogni caso il decorso di un lungo lasso di tempo tra l'emissione del provvedimento provvisorio e quello definitivo non esclude la ripetibilità dell'indebito, allorquando il giudice di merito ritenga insussistente, sia pure in termini probabilistici, la buona fede dell'assicurato, in ragione della riconoscibilità dell'errore di calcolo nel provvedimento di liquidazione della pensione. (2)

(1-2) I CONFINI DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO
DI FRONTE AGLI ERRORI COMMESSI DALL'INPS

1. — A distanza di poche ore, la Cassazione ha adottato due decisioni, apparentemente antitetiche, come sembrerebbe per l'esito dei rispettivi giudizi di legittimità, ma che hanno come comune denominatore l'aver invocato il principio del legittimo affidamento per riconoscere o negare la tutela dell'assicurato di fronte a errori commessi dall'Inps, il che consente una breve riflessione sui limiti di tutelabilità del legittimo affidamento nel rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, e nello specifico tra Inps e assicurato nell'ambito del rapporto giuridico previdenziale.

2. — Trattasi di una problematica alquanto complessa, come dimostra la copiosa produzione scientifica e giurisprudenziale sul tema, che per lungo tempo è stata riluttante nel riconoscere la rilevanza della buona fede e del legittimo affidamento nei rapporti in cui è parte la pubblica autorità (Per un'articolata analisi della dottrina amministrativistica sul tema della buona fede e dell'affidamento vd. Merusi 2001). Superata la concezione autoritaria del soggetto pubblico, non più corrispondente all'assetto dei moderni ordinamenti democratici dove l'esercizio del potere pubblico è concepito nell'interesse dei cittadini, il legittimo affidamento ha fatto il suo ingresso anche nell'ambito dei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione.

Anche sotto la spinta della posizione assunta sul tema dalla C. Giust. (Fra le numerosissime pronunce: C. Giust. 3.5.1978, C-112/77; C. Giust. 21.9.1983, in cause riunite C-205-215/82; C. Giust. 19.5.1983, C-289/81; C. Giust. 26.2.1987, C-15/85; C. Giust. 20.6.1991, C-248/89; C. Giust. 17.4.1997, C-90/95. Una dettagliata e sistematica analisi della giurisprudenza comunitaria è rinvenibile in Lorello 1998), si è riconosciuto nel nostro ordinamento che il principio della tutela del legittimo affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, quale elemento essenziale dello Stato di diritto, ancorato al principio di eguaglianza dinanzi alla legge, *sub specie* del rispetto del canone della ragionevolezza, di cui all'art. 3, comma 1, Cost., è immanente in tutti i rapporti di diritto pubblico e costituisce un preciso limite all'esercizio sia dell'attività legislativa, sia dell'attività amministrativa e tributaria (Vd., *ex plurimis*, C. cost. 22.11.2000, n. 525; C. cost. 4.11.1999, n. 416; C. cost. 11.6.1999, n. 229; C. cost. 2.7.1997 n. 211; Cass. 14.1.2015 n. 537; Cass. 17.4.2013, n. 9308; Cass. 10.12.2002, n. 17576).

Tuttavia, affinché la situazione di affidamento del cittadino di fronte all'operato della p.a. sia tutelabile devono sussistere dei precisi presupposti. Il primo attiene al comportamento dell'amministrazione, che deve essere costante e non contraddittorio, così che il suo mutamento costituisca un'ingiustificata violazione dell'affidamento della controparte. Il secondo, invece, riguarda la posizione del cittadino, che deve agire

«in buona fede» (in senso soggettivo) nel prestare affidamento nella situazione giuridica apparente. Alla buona fede in senso soggettivo, data dalla convinzione dell'*apparentia iuris*, deve accompagnarsi la buona fede oggettiva del cittadino, e cioè una condotta dello stesso, anteriore, contemporanea e successiva all'attività dell'amministrazione, connotata dall'assenza di qualsiasi violazione del generale dovere di correttezza gravante su tutti i soggetti giuridici.

Inoltre è necessario valutare le circostanze specifiche del caso concreto che costituiscono ulteriori indici della sussistenza o meno del legittimo affidamento; a titolo esemplificativo può menzionarsi la situazione normativa astrattamente idonea a disciplinare la concreta fattispecie nella quale si inseriscono le condotte dell'amministrazione e sull'interpretazione e applicazione della quale potrebbe incidere il principio del legittimo affidamento; ovvero, lo stesso fluire del tempo, quale indice della «coerenza» dell'azione amministrativa e/o dell'affidamento del cittadino e/o del consolidamento della situazione giuridica soggettiva favorevole a quest'ultimo (Vd. Cass. 10.12.2002, n. 17576, cit.).

Una volta ritenuto sussistente il legittimo affidamento bisogna altresì indagare sul risultato conseguibile dal cittadino leso. Fine specifico della tutela dell'affidamento è il conseguimento del risultato in cui si è confidato. Questo può determinare, a seconda dei casi, la conservazione della situazione pregressa o il soddisfacimento dell'interesse pretensivo. La prima ipotesi è configurabile allorquando è stato emanato un atto, sia pure illegittimo, in favore del cittadino e, a fronte del potere di annullamento o di revoca da parte dell'amministrazione, vi è un interesse alla sua conservazione. Il secondo caso, invece, ricorre quando il comportamento dell'amministrazione si è sostanziato nell'aver fornito informazioni che in seguito si sono rivelate inesatte. In quest'ultimo caso, non essendoci un obbligo dell'amministrazione di emanare un atto illegittimo, la tutela opera solo sul piano della responsabilità che supplisce al mancato conseguimento del bene.

Così inquadrato il tema di indagine, occorre verificare se le due pronunce in commento si sono attenute alle coordinate testé evidenziate per ritenere legittimamente tutelabile l'affidamento dell'assicurato di fronte a errori commessi dall'Inps.

Ognuna delle statuizioni, a ben vedere, si occupa nello specifico di uno dei temi poc'anzi richiamati.

3. — La sentenza Cass. n. 8564/2016 affronta la questione della ripetibilità o meno delle somme erogate indebitamente per un errato calcolo del trattamento pensionistico.

Tale questione è stata disciplinata specificatamente dal legislatore con la l. n. 88/1989, che, all'art. 52, ha riconosciuto agli enti o alle gestioni erogatrici il potere di rettificare in ogni momento i trattamenti pensionistici ove si riscontrino errori di qualsiasi natura commessi in sede di attribuzione, erogazione o riliquidazione della prestazione. Tuttavia, nel caso in cui, a seguito del provvedimento originario, siano state riscosse rate di pensione non dovute, non si fa luogo al recupero delle somme corrisposte, salvo che l'indebita percezione sia dovuta a dolo dell'interessato. Viene così introdotto, in tema di pensioni, il principio dell'irripetibilità delle somme erogate, in deroga alla regola generale di incondizionata ripetibilità dell'indebito ex art. 2033 c.c., con il solo limite costituito dal dolo dell'assicurato, in presenza del quale viene meno tale beneficio (Vd. Tria 1995).

La richiamata disposizione è stata poi modificata dall'art. 13, l. n. 412/1991, dichiarato parzialmente incostituzionale dalla sentenza della Corte costituzionale n. 39 del 10.2.1993, nella parte in cui veniva qualificato come norma di interpretazione autentica al fine di attribuirgli efficacia retroattiva (Vd. Nogler 1993, 381 ss.).

La principale novità della norma, a prescindere dalla sua illegittima qualificazione come norma di interpretazione autentica, sta nell'aver introdotto ulteriori limiti al principio generale della irripetibilità delle prestazioni pensionistiche, richiedendosi che le somme erogate a tale titolo siano oggetto di un provvedimento di attribuzione formale e definitivo, e che tale provvedimento sia comunicato al pensionato.

È indiscutibile che il legislatore ha inteso meglio contemperare gli interessi dei pensionati con quelli dell'ente previdenziale (ossia della collettività) a una gestione più economica delle risorse destinate alla sicurezza sociale.

Nell'ambito del pubblico impiego, invece, l'art. 162, d.P.R. n. 1092/1973, prevede che, qualora l'importo della pensione definitiva non sia uguale a quello attribuito in via provvisoria, la direzione provinciale del tesoro provvede alle necessarie variazioni, facendo luogo al conguaglio a credito o a debito. Viceversa, ai sensi del successivo art. 206, in caso di revoca o modifica del trattamento pensionistico definitivo opera il differente principio della irripetibilità di quanto indebitamente erogato.

Per effetto di tali norme, indifferentemente nell'impiego privato e pubblico, sono escluse dal beneficio dell'irripetibilità tutte le somme erogate in forza di un provvedimento provvisorio, che in quanto tale è suscettibile di cambiamenti, di cui l'interessato è consapevole.

Ma pur a fronte di un assetto normativo che sembrava non lasciare spazi a interpretazioni difformi, la giurisprudenza ha ritenuto di allargare le maglie della legge per superare le strette previsioni normative, richiamando il principio della tutela dell'affidamento ingenerato nell'assicurato in buona fede dal provvedimento pensionistico provvisorio. In altre parole, attraverso il principio del legittimo affidamento si è esclusa la ripetibilità delle somme indebitamente erogate anche nelle ipotesi di provvedimento provvisorio di attribuzione del trattamento pensionistico.

Un impulso decisivo a tale soluzione è provenuto paradossalmente dal giudice delle pensioni pubbliche. E infatti le Sezioni Riunite delle Corti dei conti, nel ricondurre *ad unitatem* l'articolato quadro normativo e giurisprudenziale, con la sentenza n. 7/2007/QM, hanno stabilito che, «in assenza di dolo dell'interessato, il disposto contenuto nell'art. 162 del d.P.R. n. 1092 del 1973, concernente il recupero dell'indebitato formatosi sul trattamento pensionistico provvisorio, deve interpretarsi nell'ambito della disciplina sopravvenuta contenuta nella legge n. 241 del 1990, per cui, a decorrere dall'entrata in vigore di detta legge n. 241 del 1990, decorso il termine posto per l'emanazione del provvedimento definitivo sul trattamento di quiescenza, non può più effettuarsi il recupero dell'indebitato, per il consolidarsi della situazione esistente, fondato sull'affidamento riposto nell'amministrazione»: affidamento avente carattere «oggettivo» e non legato allo stato «soggettivo» di buona fede, «per sua natura variabile in relazione alle mutevoli circostanze individuali di ciascun rapporto pensionistico, e, come tale, inidoneo a orientare con i necessari criteri di uniformità e di certezza sia le aspettative del privato, sia la condotta della pubblica amministrazione, sia, infine, l'operato del giudice di tale rapporto».

Tale indirizzo è stato poi rivisto dalle Sezioni Riunite nella sentenza n. 2/2012/QM,

ove è stato precisato, in luogo dell'automaticità precedentemente affermata, che l'affidamento in questione va individuato caso per caso, attraverso una serie di elementi quali il decorso del tempo, la rilevabilità in concreto, secondo l'ordinaria diligenza, dell'errore commesso dall'ente liquidatore del trattamento provvisorio, le ragioni che hanno giustificato la modifica del trattamento provvisorio e il momento di conoscenza da parte dell'amministrazione di ogni altro elemento necessario per la liquidazione del trattamento definitivo, sì che possa escludersi che l'amministrazione fosse già in possesso, *ab origine*, degli elementi necessari alla determinazione del trattamento pensionistico.

Ne consegue che l'interesse del privato al mantenimento di una situazione giuridica di vantaggio, quale quella conseguente a un indebito pagamento pensionistico, è meritevole di tutela se, da un lato, l'errore in cui è incorsa l'amministrazione non è facilmente percepibile dall'assicurato con l'ordinaria diligenza, perché in tale ipotesi, a prescindere dal decorso del tempo, non vi può essere alcun affidamento da tutelare; dall'altro, se la situazione giuridica di vantaggio si è protratta per un considerevole lasso temporale che giustifica l'affidamento.

Pertanto la giurisprudenza contabile, nella sua massima espressione, ha effettivamente riconosciuto l'esistenza del legittimo affidamento, in ragione principalmente del decorso del tempo, pur se non è riuscita a fornire dei criteri oggettivi di parametrizzazione, né a quantificare aprioristicamente il lasso temporale, con ovvie conseguenze sul piano della certezza del diritto.

Quanto statuito dai giudici contabili per il pubblico impiego ben può essere esteso all'impiego privato, in quanto espressione di un principio di carattere generale che mira a tutelare *tout court* il legittimo affidamento dell'assicurato quando concorra la circostanza del trascorrere di un lungo periodo di tempo durante il quale viene mantenuta l'indebita erogazione.

Ritornando al caso delibato dalla Suprema Corte, proprio l'applicazione del richiamato orientamento contabile ha indotto i giudici di legittimità a negare all'assicurato la tutela del legittimo affidamento, considerato che da un parte si è accertata la natura provvisoria del provvedimento pensionistico (con applicazione dell'art. 52, l. n. 88/1989, come modificato dall'art. 13, l. n. 412/1991) e dall'altra, nonostante fossero intercorsi cinque anni tra il provvedimento provvisorio e quello definitivo, si è esclusa la sua buona fede, in ragione della riconoscibilità dell'errore di calcolo contenuto nel provvedimento di liquidazione della pensione. Si è ritenuta pertanto non sussistente la «plausibile convinzione» del privato di avere titolo all'utilità ottenuta: presupposto, come visto, necessario per la configurabilità del principio del legittimo affidamento.

Nel bilanciamento degli interessi in gioco, la Suprema Corte, di fronte all'assenza di buona fede in capo all'assicurato, ha fatto prevalere le ragioni della pubblica amministrazione.

4. — Di diverso avviso è la sentenza n. 8604/2016. Nel caso sottoposto alla Suprema Corte, è stato invece ritenuto sussistente il legittimo affidamento di un lavoratore indotto alle dimissioni in conseguenza dell'erronea comunicazione da parte dell'Inps circa il numero dei contributi accreditatigli.

È evidente la diversa prospettiva di analisi del principio del legittimo affidamento, poiché in questo caso non si discute dell'errore di calcolo del trattamento pensionisti-

co con conseguente richiesta di ripetizione dell'indebitto, ma di mancata percezione del trattamento pensionistico per un determinato periodo (da aprile 2006 a ottobre 2007), causata da informazioni errate fornite dall'ente previdenziale.

E infatti il ricorrente non domanda ai giudici di ricalcolare il trattamento pensionistico (accreditandogli i contributi mancanti), ma di condannare la p.a. al risarcimento dei danni per equivalente.

Il pregio di questa seconda sentenza in commento è quello di aver dato prevalenza alla tutela dell'assicurato anche in assenza di una specifica richiesta diretta a ottenere dall'Istituto la certificazione sulla propria posizione contributiva, e quindi al di là dell'applicabilità dell'art. 54, l. n. 88/1989, superando un orientamento giurisprudenziale più ancorato al dettato letterale della richiamata norma (Vd. Cass. 30.3.2010, n. 7683). Sicché l'assenza di un valore certificativo del documento, in quanto non emesso all'esito di un procedimento amministrativo specificatamente avviato su richiesta formale dell'interessato, non esclude la responsabilità dell'Inps. Poiché trattasi di responsabilità contrattuale *ex* art. 1218 c.c., il danneggiato non ha nemmeno l'onere di provare la colpa o il dolo dell'ente previdenziale (Vd. Cass. 10.9.2013, n. 21454; Cass. 28.3.2008, n. 8118; Cass. 17.8.2004, n. 16044; Cass. 8.4.2012, n. 5002).

Sembra dunque che, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, la Suprema Corte questa volta propenda per le ragioni dell'assicurato partendo dal presupposto che la p.a. è gravata, per il tramite delle clausole generali di buona fede e correttezza, dell'obbligo di non frustrare la fiducia dei soggetti titolari di diritti indisponibili, fornendo informazioni errate o approssimative che generano in loro quella «plausibile convinzione» di avere titolo all'utilità perseguita.

Tuttavia, i giudici di legittimità, in maniera cauta, non si spingono sino a pronunciarsi sulla buona fede del ricorrente, rimettendo la questione al giudice del rinvio che in sede di riesame dovrà valutare, ai sensi dell'art. 1227 c.c., se il comportamento dell'assicurato abbia concorso a cagionare il pregiudizio subito con conseguente diminuzione del risarcimento del danno.

5. — È possibile in chiusura fare alcune brevi considerazioni sul tema affrontato. Le due sentenze annotate dimostrano l'evidente propensione dei giudici a tutelare il privato cittadino di fronte all'operato non corretto della p.a., finanche superando, attraverso il principio del legittimo affidamento, la rigidità delle prescrizioni normative.

Tuttavia, disancorando le decisioni dal dato normativo, si finisce col creare nel tempo una sorta di giustizia equitativa che, da un lato, paralizza l'azione della p.a. e, dall'altro, dovendo attenersi, come suggerito dai giudici contabili, a una valutazione del caso concreto, è fonte di ulteriori incertezze non solo nei confronti dei privati, ma anche nei confronti dei funzionari chiamati a operare nella gestione del denaro pubblico, con tutte le connesse implicazioni: non ultime quelle della responsabilità erariale per mancata riscossione di quanto spettante all'ente.

Riferimenti bibliografici

- Grasso G. (2006), *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la pubblica amministrazione*, in *www.sapa.it*, 6.
- Loiello L. (1998), *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 154 ss.
- Merusi F. (2001), *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «trenta» all'«alternanza»*, Giuffrè, Milano, 115 ss.
- Nogler L. (1993), *Sull'uso dell'interpretazione autentica e delle leggi retroattive in materia previdenziale*, in *GI*, n. 1, I, 381-394.
- Tria L. (1995), *Gli indebiti previdenziali*, in *GC*, n. 7-8, I, 311 ss.

Carmela Garofalo
*Dottore di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Padova*

CASSAZIONE, 26.2.2016, n. 3835 – Pres. Roselli, Est. Di Paolantonio, P.M. Servello (Diff.) – Inps (avv.ti Maritati, D'Aloisio, Sgroi) c. C.L. (avv. Dierna).

Conf. Corte d'Appello di Bologna, 3.9.2012.

Contribuzione previdenziale – Art. 1, comma 202, l. n. 662/96 – Gestione previdenziale commercianti – Requisiti soggettivi – Automaticità iscrizione socio accomandatario – Non sussiste – Onere probatorio.

Ai sensi dell'art. 1, comma 203, l. n. 662/1996, che ha modificato l'art. 29 della l. n. 160/1975, e dell'art. 3 della l. n. 45/1986, nelle società in accomandita semplice la qualità di socio accomandatario non è sufficiente a far sorgere l'obbligo di iscrizione nella gestione assicurativa degli esercenti attività commerciali, essendo necessaria anche la partecipazione personale al lavoro aziendale, con carattere di abitualità e prevalenza, la cui ricorrenza deve essere provata dall'istituto assicuratore. (1)

(1) GESTIONE COMMERCianti: INSUFFICIENTE LA QUALITÀ DI SOCIO ACCOMANDATARIO PER FAR SCATTARE L'ISCRIZIONE

Sommario: 1. Il caso di specie: l'obbligazione contributiva gravante sul socio accomandatario di una Sas commerciale. Ricostruzione storica. — 2. La Gestione previdenziale per i commercianti: a) la *ratio*. — 2.1. *Segue*: b) i requisiti soggettivi e oggettivi per l'iscrizione. — 2.2. *Segue*: c) in particolare, la partecipazione abituale e prevalente al lavoro aziendale da parte del socio. — 3. Aspetti processuali: a) valore probatorio della dichiarazione fiscale del contribuente. — 3.1. *Segue*: b) il riparto dell'onere probatorio in giudizio. — 4. Il caso delle società di godimento. — 5. Conclusioni.

1. — *Il caso di specie: l'obbligazione contributiva gravante sul socio accomandatario di una Sas commerciale. Ricostruzione storica* — Con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione interviene nuovamente sull'attualissimo tema dell'obbligazione contributiva gravante sul socio accomandatario di una Sas commerciale e, in particolare, sull'obbligatorietà dell'iscrizione del medesimo nella Gestione previdenziale per i commercianti.

La pronuncia si collega in qualche modo con quella annosa vicenda giurisprudenziale che, per anni, ha riguardato il problema della cd. doppia contribuzione, ovvero dell'obbligo contributivo sussistente in capo al soggetto che, all'interno di una società commerciale, rivesta contemporaneamente il ruolo di socio e la carica di amministratore.

La problematica della doppia contribuzione, meglio nota come *Operazione Poseidone* (1), è stata originata dall'*incrocio* effettuato dall'Inps tra le dichiarazioni fi-

(1) Per approfondire la genesi dell'Operazione Poseidone, si v. Catini 2016, 391.

scali rese dalle società e quelle rese dalla persona fisica. Utilizzando i dati fiscali in possesso dell'Agenzia delle entrate, difatti, l'Inps ha iscritto nella Gestione commercianti le persone fisiche che, da un lato, avevano dichiarato redditi da partecipazione societaria (compilando l'apposito riquadro RH) e, dall'altro, avevano ammesso che questa partecipazione costituisse la loro occupazione prevalente ai sensi dell'art. 1, comma 208, legge 23 dicembre 1996, n. 662 (2), (compilando l'apposito riquadro RK). In presenza di tali dichiarazioni e in assenza di una iscrizione previdenziale, l'Inps iscriveva d'ufficio tali soggetti nella Gestione commercianti.

La *quaestio iuris*, invece, deriva dal «putiferio interpretativo» (3) che, in passato, ha interessato l'art. 1, comma 208, della l. n. 662/96, con riferimento al quale è intervenuta dapprima una pronuncia delle Sezioni Unite, smentita da una successiva norma di interpretazione autentica, a sua volta sottoposta al giudizio di legittimità costituzionale.

Sin dalla sua promulgazione, l'Inps ha sempre interpretato l'art. 1, comma 208, nel senso di limitare le attività tra cui individuare quella prevalente esclusivamente a quelle che comportano l'obbligo di iscrizione alla gestione commercianti, artigiani o coltivatori diretti, escludendo, invece, l'attività amministrativa del socio di società commerciali, il cui esercizio comporta sempre l'obbligo dell'iscrizione alla gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, l. n. 335/1995. In altre parole, l'Inps, per i soci amministratori di società commerciali, ha sempre sostenuto la tesi della doppia contribuzione, ovvero la necessità dell'iscrizione contemporanea nella Gestione commercianti, per la partecipazione sociale all'impresa, e nella Gestione separata, per l'attività resa in virtù del ruolo amministrativo.

Dopo un notevole dibattito giurisprudenziale, la questione sembrava esser stata risolta dall'intervento della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, che, con la sentenza n. 3240 del 12 febbraio 2010 (4), aveva dichiarato illegittima la doppia contribuzione imposta ai soci amministratori di società commerciali, ritenendo, di contro, che anche i medesimi dovessero iscriversi alla gestione previdenziale riferita all'attività prevalente. Qualche mese dopo la pronuncia delle Sezioni Unite, tuttavia, il legislatore ha complicato ulteriormente la vicenda, emanando l'art. 12, comma 11, del d.l. 31.5.2010, n. 78 (5),

(2) L'art. 1, comma 208, l. 23.12.1996, n. 662, prevede testualmente: «Qualora i soggetti di cui ai precedenti commi esercitino contemporaneamente, anche in un'unica impresa, varie attività autonome assoggettabili a diverse forme di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, sono iscritti nell'assicurazione prevista per l'attività alla quale gli stessi dedicano personalmente la loro opera professionale in misura prevalente. Spetta all'Istituto nazionale della previdenza sociale decidere sulla iscrizione nell'assicurazione corrispondente all'attività prevalente. Avverso tale decisione, il soggetto interessato può proporre ricorso, entro 90 giorni dalla notifica del provvedimento, al consiglio di amministrazione dell'Istituto, il quale decide in via definitiva, sentiti i comitati amministratori delle rispettive gestioni pensionistiche».

(3) Così R. Rivero 2011, 137.

(4) Cass. 12.2.2010, n. 3240, in *RCDL*, 2010, n. 1, 281.

(5) L'art. 12, comma 11, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. con mod. in l. 30.7.2010, n. 122, prevede espressamente che: «L'art. 1, comma 208, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, si interpreta nel senso che le attività autonome, per le quali opera il principio di assoggettamento all'assicurazione prevista per l'attività prevalente, sono quelle esercitate in forma d'impresa dai commercianti, dagli artigiani e dai coltivatori diretti, i quali vengono iscritti in una delle corrispondenti gestioni dell'Inps. Restano, pertanto, esclusi dall'applicazione dell'art. 1,

che forniva l'interpretazione autentica dell'art. 1, comma 208 (6). La dottrina ha, sul punto, assunto posizioni opposte, soprattutto riguardo l'opportunità per il legislatore di emanare una norma di interpretazione autentica, peraltro, retroattiva. Da un lato, infatti, v'è chi (7), rilevando i difetti della sentenza delle Sezioni Unite, ha accolto con favore l'intervento del legislatore, ritenendolo finalizzato a mettere ordine in alcuni principi già presenti nel sistema previdenziale; dall'altro, invece, v'è la posizione di chi (8) ha, più opportunamente, criticato il ricorso alla norma di interpretazione autentica in ragione della sua efficacia retroattiva, in quanto tale effetto sarebbe contrastante con le esigenze di tutela del legittimo affidamento.

Tale secondo orientamento è, ad avviso di chi scrive, quello preferibile: a fronte di una consacrazione a opera del Sezioni Unite del principio dell'unicità della contribuzione, infatti, appare ai limiti dell'arbitrarietà l'emanazione di una successiva norma di interpretazione autentica di segno diametralmente opposto, soprattutto laddove tale emanazione risponda esclusivamente a «ragioni di cassa».

Nonostante la normativa di interpretazione autentica, vi sono stati contribuenti che hanno continuato a resistere avverso le pretese creditorie avanzate dall'Inps, non contestando più la legittimità della doppia contribuzione ma contestando, caso per caso, la sussistenza dei requisiti per la loro iscrivibilità nella Gestione commercianti. In questo modo, il vaglio della giurisprudenza si è spostato dal piano prettamente giuridico al piano fattuale.

Premessi questi brevi cenni storici, occorre esaminare la fattispecie sottesa alla sentenza in commento: essa trae origine dall'opposizione di un socio accomandatario di una Sas commerciale avverso una cartella esattoriale notificatagli dall'Inps, per contributi non versati alla Gestione commercianti nel periodo 1° febbraio 1998-31 ottobre 2000.

Sia il Tribunale che la Corte d'Appello di Bologna avevano negato la fondatezza della pretesa contributiva avanzata dall'Inps, escludendo dunque l'obbligo del socio di iscriversi nella Gestione previdenziale predetta.

Malgrado l'esito negativo dei due gradi di merito, l'Inps ricorre per Cassazione, deducendo «la violazione e la falsa applicazione dell'art. 1, commi 202, 203 e 208, della legge n. 662/96 (art. 360, n. 3, c.p.c.)». L'Ente, in particolare, fonda il proprio ricorso sulla base di due distinti assunti: sostiene, in primo luogo, che il socio accomandatario è *ex se* iscrivibile alla Gestione commercianti in quanto è l'unico che può compiere atti in nome e per conto della società e, per tali atti, risponde illimitatamente an-

comma 208, l. n. 662/96, i rapporti di lavoro per i quali è obbligatoriamente prevista l'iscrizione alla gestione previdenziale di cui all'art. 2, comma 26, legge 8.8.1995, n. 335».

(6) Con questa norma, il legislatore – smentendo la pronuncia delle Sezioni Unite – ha sancito l'obbligo della doppia contribuzione (sia alla gestione separata, sia alla gestione commercianti) gravante in capo ai soci amministratori delle società commerciali. La norma *de qua* è stata anche oggetto del vaglio di costituzionalità, conclusosi con la sentenza n. 15 del 26.1.2012, in *GCost.*, 2012, I, 145, che, oltre ad averne sancito la legittimità costituzionale, ne ha altresì confermato l'applicabilità retroattiva.

(7) Rivero 2011, 146, nonché Asnaghi 2010 e Canavesi 2010.

(8) Barutti 2012, 470. Critica è anche la posizione di Massa (2012, 169), che individua la *ratio* dell'intervento legislativo di interpretazione autentica nelle «finalità puramente finanziarie». In senso conforme Colasante 2012 e Rondo 2011.

che con il proprio patrimonio personale; in secondo luogo, che il giudizio di prevalenza *ex art. 1, comma 208*, ha natura «endogena», dovendo avere a oggetto le sole vicende interne alla società e non anche le altre e ulteriori attività espletate dal socio all'esterno di essa (9).

La Cassazione, con motivazione ampia e ben argomentata, ritiene infondati i motivi addotti dall'Inps.

Dando per acquisito il principio della doppia contribuzione sancito dalla norma di interpretazione autentica predetta, infatti, la Suprema Corte riconosce l'autonomia delle due posizioni previdenziali, sostenendo che «è necessario che per ciascuna di esse ricorrano le condizioni richieste dalla legge, cioè che si realizzi una "coesistenza" di attività riconducibili rispettivamente al commercio e all'amministrazione societaria» (10).

Analizzando poi i requisiti soggettivi per l'iscrizione alla Gestione commercianti, la Corte ritiene inoltre che la mera responsabilità illimitata del socio accomandatario non sia sufficiente per la sua iscrizione nella predetta Gestione, ma che, al contrario, occorre un accertamento in concreto della sua partecipazione al lavoro aziendale in maniera abituale e prevalente. Esclude, peraltro, che tale requisito sia implicito nella semplice qualità di accomandatario, in quanto «vanno tenuti distinti i due piani del funzionamento della società, con i connessi poteri di amministrazione, e della gestione dell'attività commerciale, che ben può essere affidata a terzi estranei alla compagine sociale o ad altri soci che non siano anche amministratori».

Essa conclude, infine, con l'individuazione della *ratio* sottesa all'istituzione della Gestione commercianti, chiarendo opportunamente come i beneficiari di tale Gestione abbiano esigenze molto più prossime ai lavoratori dipendenti piuttosto che agli imprenditori.

2. — *La Gestione previdenziale per i commercianti: a) la ratio* — È proprio la ragione che ha indotto il legislatore a estendere i benefici previdenziali anche ai piccoli commercianti la *chiave di volta* utile a distinguere tra l'attività di amministratore e quella del socio lavoratore (11).

L'istituzione della cd. Gestione commercianti è, come noto, avvenuta con l'emanazione della l. 22 luglio 1966, n. 613, mediante la quale si è introdotto un trattamento previdenziale in favore dei titolari di piccole aziende commerciali, che prima ne erano privi.

I piccoli commercianti, infatti, rientrano in una categoria sociale di imprenditori caratterizzati dalle dimensioni assolutamente minimali delle strutture produttive e da un reddito quantitativamente non lontano da quello dei lavoratori dipendenti. Il legislatore del 1966, quindi, ha ritenuto che anche per tali soggetti sussistesse un interesse pubblico ad assicurare loro i mezzi essenziali di sussistenza quando non fossero sta-

(9) Occorre precisare che la cd. Operazione Poseidone ha comunque coinvolto i soci amministratori tanto di società di persone quanto di società di capitali.

(10) In senso conforme si v. Cass. 1.7.2015, n. 13446, ord., e Cass. 5.3.2013, n. 5444, ord., inedite a quanto consta.

(11) Secondo Imbriaci (2011, 40), la distinzione appare sfuggente nel caso delle piccole e medie società a responsabilità limitata.

ti più in grado di operare proficuamente. Non a caso tale gestione previdenziale è comune ad artigiani e coltivatori diretti: figure aventi le medesime caratteristiche socio-produttive (12).

Nello stesso senso si esprime anche la giurisprudenza, che, tuttavia, pare porre l'accento non tanto sull'aspetto sociale – la comunanza di esigenze previdenziali fra lavoratore dipendente e piccolo imprenditore –, quanto sulle caratteristiche dell'attività espletata, giungendo a sostenere che «l'assicurazione commercianti [è] posta a protezione, fin dalla sua iniziale introduzione, non già dell'elemento imprenditoriale del lavoratore autonomo, sia esso commerciante, coltivatore diretto o artigiano, ma per il fatto che tutti costoro sono accomunati ai lavoratori dipendenti dall'espletamento di attività lavorativa abituale, nel suo momento esecutivo, connotandosi detto impegno personale come elemento prevalente (rispetto agli altri fattori produttivi) all'interno dell'impresa» (13).

2.1. — Segue: *b) i requisiti soggettivi e oggettivi per l'iscrizione* — I requisiti previsti per l'iscrizione alla Gestione commercianti non sono contenuti in un testo normativo unico e organico, ma in una moltitudine di testi differenti che, peraltro, negli anni hanno subito svariate modifiche. Anche la tecnica redazionale utilizzata dal legislatore per la scrittura di quelle norme non eccelle per chiarezza, contenendo continui richiami ad altre norme che, di certo, non facilitano il compito dell'interprete.

A ogni modo, i requisiti richiesti per l'iscrizione alla gestione commercianti sono distinguibili in due categorie: requisiti soggettivi, ovvero i requisiti che deve possedere la persona fisica beneficiaria dell'iscrizione alla Gestione previdenziale predetta; requisiti oggettivi, vale a dire i requisiti che, invece, deve presentare la società cui partecipa la persona fisica beneficiaria.

I requisiti soggettivi sono contenuti nell'art. 1 della l. 27.11.1960, n. 1397, modificato, da ultimo, dall'art. 1, comma 203, della l. 23.12.1996, n. 662. Esso, in particolare, prevede che l'obbligo di iscrizione alla Gestione commercianti sussista per quei soggetti che siano in possesso dei seguenti requisiti: «a) siano titolari o gestori in proprio di imprese che, a prescindere dal numero dei dipendenti, siano organizzate e/o dirette prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti la famiglia, ivi compresi i parenti e gli affini entro il terzo grado, ovvero siano familiari coadiutori preposti al punto di vendita; b) abbiano la piena responsabilità dell'impresa e assumano tutti gli oneri e i rischi relativi alla sua gestione. [...]; c) partecipino personalmente al lavoro aziendale con carattere di abitualità e prevalenza; d) siano in possesso, ove previsto da leggi o regolamenti, di licenze o autorizzazioni e/o siano iscritti in albi, registri o ruoli».

I quattro requisiti innanzi richiamati devono sussistere contemporaneamente (14) e non alternativamente per far sorgere il diritto/obbligo di iscrizione e la conseguente obbligazione contributiva. Nel testo legislativo, infatti, essi sono separati da un segno

(12) In senso conforme, si v. autorevole dottrina (Cinelli 2001, 126), che ha ricondotto l'estensione soggettiva della tutela previdenziale ai commercianti, artigiani e coltivatori diretti, alla comunanza di esigenze di protezione previdenziale tra queste «categorie, per così dire, "sottoprotette" di lavoratori autonomi» e i lavoratori subordinati del settore privato.

(13) *Ex plurimis*, Cass. 12.2.2010, n. 3240, in *LG*, 2010, n. 6, 559, nonché C. App. Bologna 2.4.2013, in *GLav.*, 2013, n. 23, 35, con nota critica di Zavalloni.

(14) Cass. 5.3.2013, n. 5444, ord., inedita a quanto consta.

di interpunzione come il punto e virgola, senza che sia in alcun modo indicata la loro alternatività.

La *ratio* della Gestione commercianti trova quindi pieno riscontro proprio dal requisito soggettivo *sub a*): il legislatore, infatti, riferendosi ai titolari o gestori di imprese organizzate e/o dirette prevalentemente con il lavoro proprio e della famiglia, intende valorizzare l'elemento personale e familiare di tali imprese che deve risultare predominante rispetto agli altri fattori produttivi (15).

È tuttavia il requisito *sub c*) quello attorno al quale si è creato il più vivace scontro esegetico, giacché esso presenta un elemento – quello della prevalenza – utilizzato (*rectius*, abusato) dal legislatore in più di un'occasione, da ultimo anche con riferimento all'art. 1, comma 208, l. n. 662/96. L'ulteriore elemento prescritto dal requisito *sub c*), quello dell'abitudine, invece, è stato sin da subito pacificamente inteso quale «professionalità dell'attività d'impresa di cui all'art. 2082 c.c.» (16).

È invece disquisita l'iscrivibilità alla Gestione commercianti dei soci amministratori di società aventi personalità giuridica, ovvero società a responsabilità limitata e società per azioni: da un lato, infatti, v'è chi (17) sostiene che l'art. 2, comma 2, l. n. 1397/1960 (18), escluderebbe l'obbligatorietà dell'iscrizione alla gestione commercianti per i soggetti suddetti; dall'altro lato, invece, v'è l'Inps (19), secondo cui l'art. 2, comma 2, si limiterebbe a escludere le imprese con personalità giuridica dal novero dei soggetti obbligati all'iscrizione alla gestione previdenziale, fermo restando tale obbligo in capo ai loro soci.

La tesi sostenuta dall'Istituto si fa preferire: è, infatti, la stessa norma che elenca i requisiti soggettivi richiesti per l'iscrizione alla gestione commercianti ad annoverare espressamente i soci di società a responsabilità limitata. La lett. *b* dell'art. 1 della l. n. 1397/1960, invero, esclude espressamente i soci di società a responsabilità limitata dal necessario possesso del requisito della «piena responsabilità dell'impresa». Deve dunque ritenersi che il legislatore imponga implicitamente il possesso degli ulteriori requisiti anche per i soci di società a responsabilità limitata e che, quindi, questi siano anch'essi destinatari della tutela previdenziale prevista dalla gestione commercianti (20).

I requisiti oggettivi sono invece prescritti dall'art. 1, comma 1, della l. 22.7.1966, n. 613, e dall'art. 1, comma 202, della l. n. 662/1996.

L'art. 1 della l. n. 613/1966, in particolare, estende l'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti agli esercenti «piccole imprese commerciali», mentre l'art. 1, comma 202, l. n. 662/1996, la estende anche «ai soggetti che esercitano in qualità di lavoratori autonomi le attività di cui all'articolo 49, comma 1, lettera *d*, della legge 9.3.1989, n. 88» (21).

(15) In questo senso si v., da ultimo, Cass. 27.4.2016, n. 8303, in *DeJure*, Giuffrè.

(16) Così Catini 2016, 390, e Olivelli 2014, 668; in giurisprudenza Cass. 12.7.2012, n. 11804, in *MGC*, 2012, 7-8, 906.

(17) Sostenuta da Olivelli 2014, 667.

(18) Ai sensi del quale «le norme di cui alla presente legge non si applicano alle imprese che abbiano personalità giuridica».

(19) Circolare Inps 7.2.1997, n. 25.

(20) Accoglie questa tesi Cass. 22.10.2013, n. 23943, in *MCG*, 2013, n. 10, 980, che estende l'obbligazione contributiva anche in capo ai soci di Srl.

(21) L'art. 49, comma 1, lett. *d*, l. n. 88/89, testualmente annovera il «settore terziario, per le attività: commerciali, ivi comprese quelle turistiche; di produzione, intermediazione e pre-

Anche con riferimento ai requisiti oggettivi è dunque confermata la *ratio* sottesa alla Gestione commercianti: l'art. 1 della l. n. 613/1966, infatti, annovera espressamente i piccoli imprenditori commerciali, la cui nozione è contenuta nell'art. 2083 c.c., secondo cui «sono piccoli imprenditori [...] i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia». Deve trattarsi quindi di piccole realtà economiche, condotte e organizzate mediante l'attività lavorativa del piccolo imprenditore, al più, coadiuvato dalla propria famiglia.

2.2. — Segue: *c) in particolare, la partecipazione abituale e prevalente al lavoro aziendale da parte del socio* — È tuttavia il requisito soggettivo prescritto dalla lett. *c* dell'art. 1, comma 1, l. n. 1397/60, quello sul quale si è concentrata maggiormente l'attenzione di giurisprudenza e dottrina, vale a dire il requisito della partecipazione *prevalente* al lavoro aziendale da parte del socio.

Le difficoltà interpretative sono sorte a causa della formulazione infelice della normativa *de qua*, che utilizza più volte l'aggettivo «prevalente» ma con accezioni del tutto differenti. Questo aggettivo lo si rinviene, dapprima, nell'art. 1 della l. 27.11.1960, n. 1397, con riferimento alla partecipazione personale del socio all'interno dell'impresa, quale requisito per l'iscrizione nella Gestione commercianti; successivamente, viene utilizzato all'interno del comma 208, dell'art. 1 della l. n. 662/1996, che, invece, impone un confronto fra attività contemporaneamente esercitate da una medesima persona fisica al fine di individuare quella prevalentemente espletata e, conseguentemente, assoggettarla all'assicurazione obbligatoria.

Si tratta, in altri termini, di due concetti differenti di prevalenza.

La prevalenza – intesa con riferimento alla partecipazione personale del socio all'attività aziendale –, infatti, va verificata in relazione agli altri fattori produttivi utilizzati dalla medesima impresa: l'obbligatoria iscrizione del socio alla Gestione commercianti sorgerebbe dunque solo ove l'apporto lavorativo di quest'ultimo sia preponderante rispetto agli ulteriori fattori produttivi. Questa interpretazione, accolta oltre che dalla sentenza in commento anche dalla giurisprudenza maggioritaria (22), è stata già fornita dalla pronuncia delle Sezioni Unite del 2010 (23), la cui motivazione ha opportunamente chiarito che «la prevalenza della partecipazione al lavoro aziendale, prevista ai fini dell'iscrizione alla Gestione commercianti, si riferisce all'apporto del soggetto all'attività della propria impresa e della sua preminenza rispetto all'attività pre-

stazione dei servizi anche finanziari; per le attività professionali e artistiche; nonché per le relative attività ausiliarie». Con interpretazione restrittiva di tale articolo, la giurisprudenza di legittimità e di merito più recente (si vd., *ex plurimis*, C. App. Genova 24.10.14, n. 4023, in *GLav.*, 2015, n. 7, 40, con nota di N. Viceconte) ha escluso la natura commerciale di alcune particolari tipologie di società, quali, ad esempio, quelle aventi come oggetto sociale la mera riscossione dei canoni di locazione degli immobili di proprietà. Per un'analisi più approfondita della problematica v., *infra*, par. 4.

(22) Cass. 1.7.2015, n. 13446, ord., cit.; Cass. 12.7.2012, n. 11804, cit.; C. App. Milano 5.10.2015, n. 766, e 6.10.2015, n. 677, inedite a quanto consta; C. App. Bologna 2.4.2013, cit.; T. Monza 7.4.2015, n. 211, in *DefJure*, Giuffrè; T. Forlì 15.1.2016, n. 6, inedita a quanto consta.

(23) Cass. 12.2.2010, n. 3240, S.U., cit.

stata da altri soggetti al suo interno» (24). Sebbene, dunque, il principio mutuato in tema di doppia contribuzione del socio amministratore di società commerciali sia stato superato dalla successiva norma di interpretazione autentica, rimane invece ancora attuale l'interpretazione fornita dal Supremo Consesso in materia di prevalenza della partecipazione personale del socio nell'azienda.

La prevalenza prevista dall'art. 1, comma 208, l. n. 662/96, in relazione alle attività autonome, al contrario, non va riferita alla struttura produttiva dell'impresa singolarmente considerata, ma impone un confronto fra le plurime attività espletate dalla medesima persona fisica.

Tale diversa nozione di prevalenza, tuttavia, non viene accolta unanimemente: in senso contrario si è pronunciato chi ha escluso la possibilità di attribuire un doppio significato al termine «prevalenza», in quanto «non si spiegherebbe infatti come, per lo stesso soggetto che espliciti all'interno della impresa commerciale un'attività operativa che dovrebbe già risultare prevalente (addirittura rispetto all'apporto di ogni altro fattore lavorativo, secondo le S.U.) per essere iscritto alla gestione commercianti, si possa porre poi in concreto un problema di prevalenza di un'altra sua eventuale attività lavorativa autonoma» (25). Per tale motivo, suggerisce di unificare il concetto di prevalenza, rapportandolo esclusivamente alle attività della persona fisica. In altre parole, «il contenuto del criterio di prevalenza di cui al comma 203 non può che avere natura soggettiva e deve essere riferito all'attività del singolo socio: l'iscrizione nella Gestione commercianti richiede cioè solo che l'attività resa dal socio sia la sua abituale e prevalente attività» (26).

Questa interpretazione, che non ha ottenuto quasi alcuna accoglienza in giurisprudenza (27), è stata invece fatta propria dall'Inps (28), che ha definito il concetto di prevalenza come quella «dedizione alla cura e gestione dell'impresa (organizzazione di mezzi e di risorse, piena responsabilità dell'impresa e assunzione di tutti gli oneri e i rischi relativi) che risulti maggiore rispetto a eventuali altre occupazioni lavorative del medesimo soggetto».

Ad avviso di chi scrive, appare più convincente la tesi maggioritaria, e ciò sulla base del testo della normativa: il comma 203, infatti, circoscrive espressamente l'ambito del giudizio di prevalenza all'azienda, utilizzando l'espressione della partecipazione «al lavoro aziendale» con carattere di abitualità e prevalenza; il comma 208, al contrario, «esternalizza» l'ambito del giudizio di prevalenza, giacché utilizzando l'espressione «anche in un'unica impresa» impone di non limitare il confronto fra le diverse attività autonome esercitate contemporaneamente da un soggetto all'interno della singola impresa, ma di annoverare in tale giudizio di prevalenza tutte le attività autonome svolte dallo stesso soggetto. In altre parole, il comma 208 pare ammettere implicitamente che le diverse attività autonome possano essere esercitate da un medesimo soggetto in una molteplicità di imprese.

(24) In senso conforme in dottrina, Bavasso 2013, 694.

(25) Roverso 2011, 145.

(26) Così Zavalloni 2013, 38, cit.

(27) Per quanto consta, costituisce un *unicum* C. App. Genova 5.10.2012, in *GLav.*, 2012, n. 39, 32.

(28) Messaggio n. 12698 del 10.6.2011.

3. — *Aspetti processuali: a) valore probatorio della dichiarazione fiscale del contribuente* — La difficile esegesi dei requisiti oggettivi e soggettivi per l'iscrizione alla Gestione commercianti, analizzata nei paragrafi precedenti, ha considerevoli effetti anche in campo processuale, essendo particolarmente arduo provare concretamente un concetto sfuggente quale quello della prevalenza. Nei due paragrafi che seguono, quindi, ci si concentrerà sul riparto dell'onere probatorio e sulla natura confessoria o meno della dichiarazione fiscale negativa resa dal contribuente.

Come innanzi descritto (29), la pretesa creditoria dell'Inps è sorta dall'incrocio tra dichiarazioni fiscali. Secondo la tesi dell'Istituto previdenziale, in particolare, era il socio che, attraverso la dichiarazione fiscale negativa, ammetteva che la sua partecipazione societaria costituisse la sua occupazione abituale e prevalente e che, conseguentemente, dovesse iscriversi nella Gestione commercianti. Con messaggio n. 12698 del 10 giugno 2011, infatti, l'Inps rileva che «la dichiarazione dei redditi, pur essendo riferita all'ambito fiscale, assume pieno valore in ordine allo svolgimento dell'attività lavorativa dell'interessato, pertanto le attestazioni ivi contenute saranno inficiate solo da elementi probatori, attestanti il mancato svolgimento dell'attività lavorativa della società».

Secondo la tesi dell'Istituto, quindi, la dichiarazione fiscale resa dal contribuente assumerebbe il valore di mera presunzione semplice *ex art. 2729 c.c.* (30), che, seppur liberamente apprezzabile dal giudice, comporterebbe un'inversione dell'onere della prova. In altre parole, in presenza di una dichiarazione fiscale sfavorevole al contribuente, non dovrebbe essere l'Inps a provare la sussistenza dei requisiti per la sua iscrizione nella Gestione commercianti, bensì il contribuente medesimo a dimostrare la sua mancata partecipazione al lavoro aziendale (31).

A quanto consta, sul punto la giurisprudenza di legittimità non si è ancora pronunciata; la giurisprudenza di merito ha invece sostanzialmente negato il valore probatorio delle dichiarazioni rese dal contribuente in sede fiscale, statuendo che le medesime «hanno valore esclusivamente ai fini fiscali e non possono assurgere ad ammissione e prova dei presupposti dell'obbligo di iscrizione alla gestione previdenziale» (32).

Ad avviso di chi scrive, pare difficile attribuire valore confessorio alle dichiarazioni fiscali rilasciate dal contribuente: esse, infatti, sono rilasciate a un Ente pubblico (Agenzia delle entrate) diverso dall'Inps. Potrebbe al più riconoscersi valore di confessione stragiudiziale rilasciata a un terzo e, in quanto tale, ai sensi dell'art. 2735, comma 1, c.c., priva di valore di prova legale e quindi liberamente apprezzabile dal giudi-

(29) V. *supra*, par. 1.

(30) Secondo cui: «Le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti. Le presunzioni non si possono ammettere nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni».

(31) In senso conforme si è espresso Catini (2016, 391) che, però, ha attribuito alla dichiarazione fiscale sfavorevole per il contribuente «contenuto sostanzialmente confessorio». In giurisprudenza, si v. T. Milano 20.3.2013, n. 1169 e n. 1174, inedite a quanto consta, che hanno ritenuto che ove l'obbligo contributivo sorga in presenza della dichiarazione dei redditi presentata dal contribuente, incombe su quest'ultimo l'onere di provare che la realtà è diversa da quanto contenuto nella dichiarazione medesima.

(32) Così T. Monza 7.4.2015, n. 211, cit., nonché, in senso sostanzialmente conforme, T. Forlì 15.1.2016, n. 6, cit., e T. Bergamo 4.2.2016, n. 102, quest'ultima inedita a quanto consta.

ce. Tale conclusione pare avvalorata anche dalla pacifica rettificabilità delle dichiarazioni fiscali: con il messaggio n. 12698/2011, infatti, è l'Ente medesimo ad ammetterla, in quanto essa ben potrebbe esser stata determinata da un errore tanto dell'intermediario abilitato alla dichiarazione tanto del contribuente medesimo.

3.1. — Segue: *b) il riparto dell'onere probatorio in giudizio* — Si ritiene pacificamente che, ai sensi dell'art. 2697 c.c. (33), incomba sull'Inps l'onere di provare i fatti costitutivi della propria pretesa creditoria e, quindi, la sussistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi per l'iscrizione nella Gestione commercianti.

Procedendo all'iscrizione d'ufficio dei soci amministratori di società commerciali, è l'Istituto che avanza una pretesa contributiva e, conseguentemente, deve provare i fatti costitutivi di tale pretesa. Ciò vale anche quando è il contribuente a instaurare il giudizio mediante la proposizione di un'azione di accertamento negativo (finalizzata proprio ad accertare l'illegittimità della propria iscrizione nella Gestione commercianti).

Pressoché pacifico è l'orientamento della giurisprudenza di legittimità che attribuisce all'Inps l'onere di provare i presupposti di cui alla l. n. 662/96, ritenendo che «il gravame di provare i fatti costitutivi del diritto spetta sempre alla parte che si afferma titolare del diritto che intende far valere, ancorché essa sia convenuta in un giudizio di accertamento negativo» (34). In senso conforme si sono espresse anche le più recenti sentenze di merito, le quali hanno opportunamente statuito che «l'obbligo contributivo è collegato all'esistenza della situazione di fatto che lo determina e [...] incombe sull'Inps l'onere di provare la presenza e l'effettività di tali circostanze; senza che spetti all'opponente dimostrare la mancata partecipazione alla conduzione dell'impresa» (35).

Con riferimento alla medesima fattispecie sottesa alla sentenza in commento, anche la dottrina ha avuto modo di esprimersi circa l'incombenza sull'Inps dell'onere di provare in giudizio la sussistenza dei requisiti richiesti per l'iscrizione alla gestione commercianti, sostenendo che «in mancanza di idonea dimostrazione da parte dell'ente previdenziale di un diretto coinvolgimento del socio nel lavoro aziendale con carattere di abitualità e prevalenza, la sussistenza di tale requisito non può essere automaticamente dedotta dalla semplice qualità di socio accomandatario» (36).

4. — *Il caso delle società di godimento* — Come brevemente accennato *supra* (37), particolarmente interessante appare, infine, il caso delle cd. società di godimento, ov-

(33) Secondo cui, come noto, «chi vuole far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento».

(34) Così Cass. 10.11.2010, n. 22862, in *MGC*, 2010, n. 11, 1433, e Cass. 18.5.2010, n. 12108, in *MGC*, 2010, n. 5, 774. In senso conforme, si v. Cass. 27.4.2016, n. 8303, cit.; Cass. 1.7.2015, n. 13446, ord., cit.

(35) Così C. App. Milano 6.10.2015, n. 677, cit. Conformemente, si v. T. Monza 7.4.2015, n. 211, cit.; T. Teramo 15.9.2015, n. 762, in *DeJure*, Giuffrè; T. Pescara 25.11.2014, n. 1019, in *DeJure*, Giuffrè; T. Milano 19.8.2013, in *RCP*, 2014, n. 1, 324; C. App. Bologna 2.4.2013, cit.

(36) Così Ludovico 2016, 514, e, in senso conforme, Catini 2016, 392.

(37) Si v. par. 2.2.

vero quelle società in cui «le parti indicano fittiziamente nell'atto costitutivo come oggetto sociale un'attività imprenditoriale, mentre nella realtà i soci si limitano a godere dei beni conferiti» (38).

Il caso è di notevole e attuale interesse, perché molti dei soggetti iscritti d'ufficio dall'Inps alla Gestione commercianti rivestivano la carica di soci amministratori in società di locazione, la cui attività era limitata esclusivamente a concedere in locazione gli immobili di proprietà e a riscuotere i relativi canoni. Tali società di locazione rientrano a tutti gli effetti tra le società di godimento.

La questione è stata già affrontata e risolta dalla giurisprudenza di legittimità con una pronuncia del 2013, dalla quale è scaturito un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Con un'ordinanza del 2013 (39), infatti, la Suprema Corte ha escluso l'iscrivibilità alla Gestione commercianti del socio amministratore di società di locazione, escludendo in radice la natura commerciale di queste società (40). Secondo questa pronuncia, in particolare, tali società – limitandosi alla mera riscossione dei canoni di locazione – non eserciterebbero attività di intermediazione immobiliare, sicché non rientrerebbero nel settore terziario *ex art. 49*, comma 1, lett. *d*, l. n. 88/89 (41).

Senza esplicitarlo, dunque, la Suprema Corte ammette che, nel nostro ordinamento, possano costituirsi società finalizzate al mero godimento di immobili. Tale possibilità, tuttavia, è vivacemente dibattuta in dottrina: da un lato, infatti, v'è chi (42) sostiene opportunamente che l'utilizzo dello schema societario richiederebbe sempre l'esercizio di un'attività definibile imprenditoriale o un'attività che, sebbene non commerciale, abbia comunque uno scopo di lucro, anche perché l'art. 2248 c.c. (43) sembrerebbe vietare la costituzione di società di semplice godimento di beni sociali; dall'altro, invece, v'è chi (44) sostiene che le società di mero godimento sarebbero teoricamente ammissibili, non ostandovi l'art. 2248 c.c., che sarebbe una semplice norma di chiusura del sistema.

Sul punto la giurisprudenza di merito, invece, ha sostanzialmente ritenuto compatibili con il nostro ordinamento le società aventi a oggetto esclusivo o principale la gestione degli immobili, purché esse abbiano la forma di società semplici (45).

Nell'ambito del dibattito svoltosi in dottrina e nella giurisprudenza di merito, quindi, prevale (e pare preferibile) un'opinione critica nei confronti della pronuncia n.

(38) Così Catini 2016, 379.

(39) Cass. 11.2.2013, n. 3145, in *GC*, 2013, n. 10, I, 2055.

(40) Conforme la successiva giurisprudenza di merito: si v. T. Forlì 15.1.2016, n. 6, cit.; T. Trani 23.2.2016, n. 334, inedita a quanto consta; T. Trani 1.3.2016, n. 436, inedita a quanto consta; C. App. Genova 24.10.14, n. 4023, cit.; T. Pordenone 8.10.2015, n. 142, in *DeJure*, Giuffrè; T. Teramo 15.9.2015, n. 762, in *DeJure*, Giuffrè.

(41) Di diverso avviso Gallo, Martina (2011, 70), secondo cui «L'attività di affitto di immobili propri [...] rientra a pieno titolo nel settore terziario, ai sensi della legge n. 88/1989, trattandosi di un'attività di servizi dotata di autonoma caratterizzazione, quindi soggetta a obbligo contributivo».

(42) Fra tutti, Campobasso 2006, nonché Di Feo 2013, 2058, e Catini 2016, 382.

(43) Ai sensi dell'art. 2248 c.c. «la comunione costituita o mantenuta al solo scopo del godimento di una o più cose è regolata dalla norme del Titolo VII del libro III».

(44) Di Sabato 2011, 30.

(45) C. App. Trieste 23.12.1999, in *Società*, 2000, 1105; T. Ancona 14.3.2000 e 26.5.2000, entrambe in *Società*, 2001, 82; *contra*, T. Mantova 3.3.2008, in *Società*, 2009, 1026.

3145/2013 della Suprema Corte: essa, infatti, non avrebbe tenuto conto dell'insegnamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui le società, costituite nelle forme di cui ai Capi III ss. del Titolo V del libro V del codice civile, acquistano la qualità di imprenditore sin dal momento della loro costituzione, a prescindere dall'effettivo inizio ed esercizio di tale attività (46); da tale qualità *civilistica* di imprenditore discenderebbe l'*abitudine* previdenzialistica connessa all'iscrizione alla Gestione commercio dell'Inps (47).

5. — *Conclusioni* — La disamina che precede dimostra che le principali questioni giuridiche sono ancora «cantieri aperti».

Per ciò che concerne il requisito oggettivo e, in particolare, l'esclusione della natura commerciale delle società di locazione immobiliare, infatti, gli arresti giurisprudenziali sinora registrati non brillano certo per chiarezza e completezza delle motivazioni: ad avviso di chi scrive, essi hanno sì escluso natura commerciale, senza tuttavia affrontare adeguatamente la problematica dell'ammissibilità delle società di mero godimento e, soprattutto, senza attribuire alcuna natura alternativa a tali società.

Sotto il profilo soggettivo, invece, è ancora fortemente vivo e acceso il dibattito sulla nozione di prevalenza per l'iscrivibilità del socio nella Gestione commercianti: sarebbe dunque auspicabile un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite – sperando che non venga successivamente smentito da una norma di interpretazione autentica – che chiarisca definitivamente come effettuare il giudizio di prevalenza: se, cioè, riferirsi ai fattori produttivi dell'impresa o se, invece, rapportarsi alle varie attività eventualmente svolte dal medesimo soggetto.

Riferimenti bibliografici

- Asnaghi A. (2010), *Socio amministratore e commerciante: le Sezioni Unite della Cassazione non convincono*, in *Boll. Adapt*, n. 19.
- Barraco E., Bianco S. (2013), *Gestione commercianti: locazione di immobili senza iscrizione del socio*, in *GLav.*, n. 23, 51 ss.
- Bavasso E. (2013), *La disciplina previdenziale del socio lavoratore e amministratore di Srl*, in *LG*, n. 7, 689 ss.
- Barutti S. (2012), *Dalle Corti al legislatore e dal legislatore alle Corti: lo strano caso dell'efficacia retroattiva della norma che impone la doppia iscrizione previdenziale al socio lavoratore e amministratore di Srl*, in *RIDL*, II, 469 ss.
- Campobasso G.F. (2006), *Diritto commerciale*, II, *Le società*, Utet, Torino.
- Canavesi G. (2010), *Esercizio di attività commerciale da parte del socio amministratore di Srl: le Sezioni Unite si pronunciano a favore dell'unicità dell'iscrizione al regime previdenziale corrispondente all'attività prevalente*, in *GI*, 2108 ss.
- Catini S. (2016), *Gestione societaria di immobili e «Operazione Poseidone» dell'Inps: ovvero, privilegiare l'approccio previdenziale o quello civilistico?*, in *RDSS*, n. 2, 379 ss.

(46) In tal senso, v. Di Feo 2013. In senso contrario si v. Barraco, Bianco 2013, 58.

(47) Così Catini 2016, 382.

- Cinelli M. (2001), *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino.
- Colasante P. (2012), *Una legge di interpretazione autentica per «fare cassa»: un'occasione perduta per tracciare i limiti dei provvedimenti anti crisi*, in *GCost.*, I, 174 ss.
- Di Feo A. (2013), *Brevi considerazioni in tema di società di godimento e obbligo di iscrizione alla Gestione commercianti*, in *GC*, 2013, n. 10, I, 2055 ss.
- Di Sabato F. (2011), *Diritto delle società*, Giuffrè, Milano.
- Gallo M., Martina E. (2011), *Dal modello Unico presentato all'Agenzia all'operazione Poseidone dell'Inps*, in *GLav.*, n. 27, 70 ss.
- Imbriaci S. (2010), *Socio amministratore e contribuzione: l'intervento delle Sezioni Unite*, in *GLav.*, n. 37, 38 ss.
- Ludovico G. (2016), *Sull'obbligo di iscrizione alla gestione commercianti dei soci accomandatari*, in *LG*, n. 5, 513 ss.
- Massa M. (2012), *Difficoltà di dialogo. Ancora sulle divergenze tra Corte costituzionale e Corte europea in tema di leggi interpretative*, in *GCost.*, I, 167 ss.
- Olivelli F. (2014), *Due casi di esclusione dell'obbligatorietà dell'iscrizione del lavoratore nella cd. Gestione commercianti*, in *RIDL*, n. 3, II, 665 ss.
- Riverso R. (2011), *La doppia iscrizione previdenziale del socio di Srl tra norma interpretativa e Costituzione*, in *LG*, n. 2, 137 ss.
- Rondo A. (2011), *L'interpretazione autentica della disciplina previdenziale degli amministratori di Srl dopo le Sezioni Unite*, in *MGL*, n. 3, 186 ss.
- Zavalloni D. (2013), *Soci amministratori di srl commerciali e iscrizione alla gestione commercianti*, in *GLav.*, n. 23, 35 ss.

Danilo Volpe
Avvocato del Foro di Trani

INDICE

ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

ATTIVITÀ SINDACALE

Contratto collettivo – Consultazione lavoratori mediante referendum – Interesse giuridico ad agire dei lavoratori, al fine di far accertare l'invalidità o irregolarità delle operazioni e dell'esito referendario – Non sussiste. 539

CONTRATTO A TERMINE

Principio di non discriminazione – Corresponsione del compenso incentivante – Insussistenza di ragioni oggettive di incompatibilità. 491

Principio di non discriminazione – Corresponsione del compenso incentivante – Insussistenza di ragioni oggettive di incompatibilità. 491

CONTRIBUZIONE PREVIDENZIALE

Art. 1, comma 202, l. n. 662/96 – Gestione previdenziale commercianti – Requisiti soggettivi – Automaticità iscrizione socio accomandatario – Non sussiste – Onere probatorio. 566

CONTROVERSIE DI LAVORO E PREVIDENZA

Licenziamento individuale – Impugnazione – Rito speciale – Tutela obbligatoria richiesta in via subordinata – Domanda fondata sugli identici fatti costitutivi – Ammissibilità – Decisione nel merito (l. 28.6.2012, n. 92, art. 1). 545

DISCRIMINAZIONI

Direttiva n. 2000/78 – Indennità di licenziamento – Esclusione – Diritto alla pensione di vecchiaia – Regime pensionistico al quale il lavoratore abbia aderito prima dei cinquanta anni d'età – Discriminazione in base all'età – Sussistenza. 471

Licenziamento adottato in relazione alla manifestazione di volontà della lavoratrice di sottoporsi alla Procreazione medicalmente assistita – Carattere discriminatorio del licenziamento – Rilevanza esclusiva del rapporto causale tra fattore discriminatorio e licenziamento.	469
Licenziamento discriminatorio – Irrilevanza dell'intento discriminatorio – Licenziamento per discriminazione diretta – Irrilevanza delle ragioni economiche	469
Licenziamento discriminatorio – Nullità per violazione diretta di norme dell'Ue.	469
Principio generale di non discriminazione in base all'età – Interpretazione conforme e disapplicazione del diritto interno non conforme – Condizioni – Principio di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento – Irrilevanza – Applicazione di una disposizione nazionale contraria al diritto dell'Ue – Lesione del diritto dei privati – Responsabilità dello Stato membro – Esclusione.	471
LAVORO A PROGETTO	
Domanda di accertamento della subordinazione <i>ex art.</i> 69, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 – <i>Mutatio libelli</i> – Onere della prova.	476
Mancanza di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso ai sensi dell'articolo 69, comma 1, d.lgs. n. 276/2003 – Presunzione assoluta di subordinazione.	476
LICENZIAMENTO INDIVIDUALE	
Contratto di lavoro a tutele crescenti – Licenziamento disciplinare – Consumazione potere disciplinare – Natura ritorsiva del recesso – Motivo illecito determinante – Nullità – Sussistenza – Reintegrazione.	528
Dirigente – Lavoro pubblico – Art. 72, comma 11, d.l. n. 112/2008 – Facoltà di recesso per la p.a. – Motivazione – Correlazione causale con esigenze organizzative consistenti in un complessivo riassetto dell'amministrazione.	515
Dirigente – Lavoro pubblico – Art. 72, comma 11, d.l. n. 112/2008 – Facoltà di recesso per la p.a. – Motivazione – Correlazione causale con situazioni di esubero.	515

Diritto di critica – Tutela preventiva della salute e sicurezza sul lavoro – Giusta causa – Insussistenza.	502
Sanzione disciplinare – Lavoratore tossicodipendente – Inadempimento contrattuale – Violazione del vincolo fiduciario – Estinzione e risoluzione del rapporto di lavoro – Legittimità.	482
MANSIONI E QUALIFICA	
Diritto all'inquadramento superiore – Inquadramento superiore di altri lavoratori addetti alle medesime mansioni – Irrilevanza.	486
Diritto all'inquadramento superiore – Interpretazione del contratto collettivo – Inquadramento superiore di altri lavoratori addetti alle medesime mansioni – Rilevanza.	486
PENSIONE	
Danno derivante da erronee informazioni fornite dall'Inps – Responsabilità contrattuale – Legittimo affidamento – Tutela – Sussiste.	559
Ripetibilità delle somme erogate indebitamente – Riconoscibilità dell'errore – Mancanza di buona fede – Legittimo affidamento – Esclusione del legittimo affidamento.	559
TRASFERIMENTO DI AZIENDA	
Retrocessione dell'azienda affittata in un centro <i>shopping outlet</i> – Inderogabilità dell'art. 2112 c.c. – Nullità del licenziamento per violazione di norma imperativa – Obbligo di mantenimento dell'occupazione.	534

