

PARTE II
GIURISPRUDENZA

RAPPORTO DI LAVORO

I

[CORTE COSTITUZIONALE, 20.7.2016, n. 187](#) – Pres. Grossi, Est. Coraggio – C.D., Z.G. c. Presidente del Consiglio dei ministri.

Contratto a termine – Personale scolastico – Successione di contratti a termine su organico di diritto – Direttiva n. 1999/70/Ce – Sanzioni – Divieto di trasformazione in rapporto a tempo indeterminato – Stabilizzazione ex l. n. 107 del 2015 – Risarcimento del danno ex l. n. 107 del 2015.

È costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 117, c. 1, Cost., in relazione alla clausola 5.1 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce, l'art. 4, cc. 1 e 11, della l. 3.5.1999, n. 124 (Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico), nella parte in cui autorizza, in mancanza di limiti effettivi alla durata massima totale dei rapporti di lavoro successivi, il rinnovo potenzialmente illimitato di contratti di lavoro a termine per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti, nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza che ragioni obiettive lo giustifichino. (1)

II

[CASSAZIONE, 7.11.2016, n. 22552](#) – Pres. Macioce, Est. Torrice, P.M. Matera (conf.) – C.C. (avv. Galleano) c. ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (avv.ti D'Avanzo, Fedeli).
Rigetta Corte d'Appello di Perugia, 8.3.2011.

Contratto a termine – Personale scolastico – Illegittima reiterazione di contratti a termine su organico di diritto – Misure sanzionatorie – Stabilizzazione ex l. n. 107 del 2015 o immissione in ruolo secondo

il sistema di reclutamento previgente – Idoneità – Risarcimento di danni ulteriori – Ammissibilità – Condizioni.

Nel settore scolastico, nelle ipotesi di reiterazione illegittima dei contratti a termine stipulati ai sensi dell'art. 4, cc. 1 e 11, della l. n. 124 del 1999, devono essere qualificate misure proporzionate, effettive e idonee a sanzionare debitamente l'abuso e a cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Ue, la stabilizzazione prevista nella l. n. 107/2015 per il personale docente, attraverso il piano straordinario destinato alla copertura di tutti i posti dell'organico di diritto, sia nel caso di concreta assegnazione del posto di ruolo sia in quello in cui vi sia certezza di fruire, in tempi certi e ravvicinati, di un accesso privilegiato al pubblico impiego, nel tempo compreso fino al totale scorrimento delle graduatorie a esaurimento, secondo l'art. 1, c. 109, della l. n. 107/2015, nonché l'immissione in ruolo acquisita da docenti e personale Ata attraverso l'operare dei pregressi strumenti selettivi concorsuali, che non preclude la domanda per il risarcimento dei danni ulteriori e diversi rispetto a quelli esclusi dalla stessa, con oneri di allegazione e prova a carico del lavoratore. (2)

(1-2) INCOSTITUZIONALITÀ (PARZIALE) DEL SISTEMA DELLE SUPPLENZE E RIFORMA DELLA SCUOLA

SOMMARIO: 1. Una sentenza di accoglimento che si è fatta attendere. — 2. Che cosa è successo nell'attesa: a) le decisioni dei giudici nazionali *post* sentenza *Mascolo*. — 2.1. *Segue*: b) la legge sulla «Buona scuola». — 3. Il giudizio d'incostituzionalità: oggetto e limiti. — 4. La storia continua: la posizione della Corte di Cassazione «in risposta» alla Consulta. — 5. La questione delle supplenze sull'organico di fatto. — 6. Sguardi oltre la scuola.

1. — *Una sentenza di accoglimento che si è fatta attendere* — A distanza di quasi due anni dalla sentenza *Mascolo* resa dalla Corte di Giustizia (1), la Corte costituzionale si è infine pronunciata sulla complessa e delicata questione delle supplenze scolastiche seriali: e lo ha fatto dichiarando — con la prima sentenza qui commentata (n. 187 del 20 luglio 2016) — l'illegittimità costituzionale di una porzione del *corpus* normativo dedicato alla disciplina di tali supplenze (vale a dire l'art. 4, cc. 1 e 11, l. n. 124/1999), nella parte in cui autorizza il rinnovo potenzialmente illimitato di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili nel settore della scuola.

La Consulta è dovuta tornare a occuparsi della questione nel suo inedito ruolo di giudice del rinvio pregiudiziale del caso *Mascolo* (2), trovandosi a questo punto a decidere come giudice «di ritorno».

(1) C. Giust. 26.11.2014, C-22/13 e a., *Mascolo*, su cui vd., *ex multis*, Menghini 2016, De Luca 2015, Aimo 2015.

(2) C. cost. 3.7.2013, n. 207, in *RIDL*, 2014, II, 342.

Come la stessa Corte costituzionale ha infatti preliminarmente sottolineato in motivazione, alla sentenza della Corte di Giustizia interpretativa del parametro comunitario interposto – nel caso di specie la clausola 5.1 dell’Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla Direttiva n. 99/70 – è doveroso che segua quella della Corte che ha disposto il rinvio pregiudiziale e che in questo caso, trattandosi della Consulta, deve effettuare «lo scrutinio di costituzionalità della norma interna, necessario in ragione della mancanza di effetto diretto» della succitata clausola (3). Proprio in ragione del fatto che tale clausola non è, sotto il profilo del suo contenuto, «incondizionata e sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo dinanzi a un giudice nazionale» (4), e dunque non permette ai giudici comuni di disapplicare direttamente una disposizione interna ritenuta con essa incompatibile, i Tribunali di Roma e di Lamezia Terme avevano infatti deciso di provocare il controllo di costituzionalità della normativa interna di settore (5), considerandola in sicuro conflitto con la suddetta clausola priva di effetto diretto verticale e ritenendo di non poter superare il contrasto neanche in via ermeneutica, in quanto l’obbligo di interpretazione conforme deve necessariamente arrestarsi di fronte all’incompatibilità assoluta fra norma sovranazionale e nazionale (prodottasi nella fattispecie in considerazione dell’espressa sottrazione legislativa delle supplenze scolastiche alla disciplina limitativa interna adottata in attuazione della Direttiva n. 99/70, su cui vd. par. 3).

Dai rinvii effettuati dai giudici *a quibus* alla Consulta nel 2012 – ai quali l’anno successivo è seguita la presentazione innanzi alla Corte di Lussemburgo da parte del Tribunale di Napoli di diversi quesiti pregiudiziali sugli stessi temi (6) – ha pertanto preso avvio l’incidente di costituzionalità che ha visto il giudice delle leggi farsi parte attiva e disporre, per la prima volta in sede di giudizio incidentale, un rinvio pregiudiziale sull’interpretazione del diritto unieuropeo; a tali quesiti, riuniti con quelli sollevati dal Tribunale di Napoli, i giudici di Lussemburgo hanno risposto con una decisione unica che ha sancito l’incompatibilità di fatto della normativa nazionale rispetto al dettato europeo (7), e quel netto giudizio ha costituito l’obligato punto di partenza del ragionamento svolto dai giudici costituzionali nella sentenza in commento.

La Consulta ha inoltre precisato, ancora in via preliminare, come non abbia potuto essere di impedimento alla sua pronuncia lo *ius superveniens* consistente nella cd. legge sulla «Buona scuola» (l. n. 107/2015: «Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione», su cui vd. par. 2.1), sottolineando che tale normativa –

(3) Poiché tale clausola assegna agli Stati l’obiettivo generale di prevenire gli abusi nella reiterazione dei contratti a termine ma li lascia liberi di scegliere la/e misura/e antiabusiva/e da adottare tra quelle ivi elencate (consistenti nell’obbligo di prevedere ragioni obiettive giustificative del rinnovo o stabilire una durata massima totale dei contratti successivi, o ancora fissare un numero massimo di rinnovi), la Corte di Giustizia, a partire da C. Giust. 15.4.2008, C-268/06, *Impact*, ne ha negato l’effetto diretto.

(4) Così *Impact*, cit., punti 78-79.

(5) T. Roma 2.5.2012 (ord. n. 143 e n. 144) e T. Lamezia Terme 30.5.2012 (ord. n. 248 e n. 249).

(6) Vd. T. Napoli 15.1.2013, in *RIDL*, 2014, II, 341.

(7) *Mascolo*, cit., punti 109 ss.

pur rilevante ad altri, non secondari, effetti (su cui vd. par. 3.1) – «non esclude che la norma da applicare nei giudizi *a quibus* rimanga quella oggetto della questione di costituzionalità»: il cambiamento dello scenario normativo non ha quindi condotto i giudici costituzionali ad adottare una decisione di restituzione degli atti ai giudici remittenti per una nuova valutazione della rilevanza delle questioni sollevate. Dopo un'originale parentesi eurounitaria, il controllo di costituzionalità si è concluso con una sentenza di accoglimento «secco», che si è andata a innestare in un composito quadro giudiziario caratterizzato da una giurisprudenza discordante che, nelle more della conclusione dell'incidente di costituzionalità, ha in larga parte continuato a rispondere alle pressanti istanze dei supplenti scolastici (vd. par. 2); sulle questioni che ancora permanevano sul tappeto, anche connesse al suddetto *ius superveniens*, si è infine pronunciata la Corte di Cassazione (con un gruppo di sentenze tra cui quella qui in commento: vd. parr. 4 e 5).

2. — *Che cosa è successo nell'attesa: a) le decisioni dei giudici nazionali post sentenza Mascolo* — La questione centrale dell'*affaire Mascolo* – essendo incontestata la mancanza nel settore della scuola, in allora, di limiti alla durata massima totale dei contratti a termine o al numero dei rinnovi – era quella di verificare se la reiterazione delle supplenze fosse giustificata da una «ragione obiettiva» ai sensi della direttiva: in proposito, la Corte di Giustizia ha affermato che una ragione del genere può sì dirsi presente in una normativa nazionale che, come l'art. 4, l. n. 124/1999, permette il rinnovo di contratti di lavoro a termine in attesa dell'esito di procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo, ma ciò non è di per sé sufficiente, perché anche «l'applicazione concreta di tale ragione deve essere conforme ai requisiti» (8) antiabusivi previsti dalla direttiva. Chiaro e netto è stato il giudizio finale della Corte di Lussemburgo, sebbene riferito esplicitamente alle sole supplenze annuali sul cd. organico di diritto (cioè le supplenze annuali affidate «in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo» e relative a posti disponibili e vacanti) (9): la nostra normativa nazionale, pur limitando formalmente il ricorso ai contratti a termine soltanto al periodo necessario all'espletamento dei concorsi, va considerata – guardando all'applicazione pratica che ne è stata fatta e pur fatte salve le necessarie verifiche da parte dei giudici del rinvio – inidonea a garantire la conformità al diritto europeo (10). Dato che il rinnovo di contratti a termine è consentito per «soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio, ma permanente e durevole, a causa della mancanza

(8) *Mascolo*, cit., punti 91 e 99; vd. anche C. Giust. 23.4.2009, C-378/07, *Angelidaki*, punti 101 s.

(9) L'art. 4, l. n. 124/1999, prevede anche altre due categorie di supplenze: quelle sul cd. organico di fatto, con scadenza al termine delle attività didattiche e riguardanti posti disponibili ma non vacanti, e le supplenze più brevi, necessarie per sostituire personale assente, ad es., in congedo di malattia, maternità, parentale.

(10) *Mascolo*, cit., punto 108. L'accento sulla necessità di una verifica in merito all'applicazione concreta delle norme nazionali è frequentemente posto dalla Corte: vd., *ex multis*, i casi *Márquez Samohano* (C. Giust. 13.3.2014, C-190/13) e *Pérez López* (C. Giust. 14.9.2016, C-16/15), entrambi provenienti dal problematico «mondo» dell'impiego pubblico spagnolo, rispettivamente universitario e della sanità.

strutturale di posti di personale di ruolo», la disciplina interna realizza un'infrazione in concreto e inoltre «non prevede nessun'altra misura diretta a prevenire e a sanzionare il ricorso abusivo a una successione di contratti» (11).

In esito al verdetto europeo, il Tribunale partenopeo del rinvio – ritenendo di non dover attendere il pronunciamento della «coremittente» Consulta – ha prontamente fornito la sua risposta (12): ha ritenuto applicabili *ratione temporis* alle fattispecie sia il limite massimo dei 36 mesi di contratti a termine contenuto nell'art. 5, c. 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001, sia la sanzione ivi prevista della trasformazione a tempo indeterminato al superamento del triennio, osservando come nelle controversie principali tale soglia fosse già stata valicata prima dell'entrata in vigore del nuovo art. 10, c. 4-*bis*, del d.lgs. n. 368, introdotto *ex d.l.* n. 70/2011, con cui la vigenza di quel limite (e più in generale del d.lgs. n. 368) è stata esclusa per il personale docente e Ata. Lo stesso avevano già fatto in passato altri giudici, ma con esiti sanzionatori diversificati: in quel senso infatti – per lo più prima che una pronuncia della Suprema Corte fungesse da freno riconoscendo alla disposizione aggiunta dal d.l. n. 70/2011 un «valore d'interpretazione autentica del precedente assetto normativo», con portata retroattiva e non innovativa (13) – avevano operato diversi giudici di merito, sanzionando tuttavia gli abusi per lo più col risarcimento del danno e non con il rimedio forte della stabilizzazione dei supplenti (14).

La soluzione sanzionatoria adottata dal Tribunale di Napoli per recepire la sentenza europea non è certo risultata l'unica percorribile e percorsa dai giudici nelle more della definizione del giudizio di costituzionalità. Il panorama giurisprudenziale si è infatti rivelato disomogeneo: se alcuni tribunali hanno preferito imboccare cautelativamente la strada di un rinvio interlocutorio dei contenziosi pendenti sino all'esito del pronunciamento della Consulta, altri hanno invece ritenuto di poter direttamente interpretare la normativa interna in modo costituzionalmente e comunitariamente orientato, addivenendo poi a decisioni divergenti, soprattutto, come in passato, in relazione all'individuazione della corretta misura sanzionatoria (15). Minoritario è risultato il filone che, seguendo in sostanza il ragionamento del Tribunale partenopeo, si è pronunciato a favore dello strumento della «costituzione» giudiziale di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato (16); più nutrito l'orientamento secondo cui l'abuso nelle supplenze trova rimedio nel risarcimento del danno, rispetto alla cui quantificazione sono però emerse posizioni varie: alcuni

(11) *Mascolo*, cit., punti 109 e 120. La Corte aggiunge un'interessante osservazione sulla questione del pubblico concorso, rilevando che la normativa italiana «non riserva l'accesso ai posti permanenti nelle scuole statali al personale vincitore di concorso», poiché adotta il «sistema a doppio canale», che prevede che le assunzioni in ruolo abbiano luogo per il 50% dei posti mediante concorsi e per il restante 50% attingendo da graduatorie, ordinate sulla base della ripetizione degli incarichi di supplenza, a cui hanno accesso anche soggetti che abbiano soltanto frequentato corsi abilitanti.

(12) T. Napoli 21.1.2015, in *LPA*, 2015, II, 523 ss.

(13) Con la sentenza Cass. 20.6.2012, n. 10127, in *RIDL*, 2012, II, 870.

(14) Per riferimenti si rinvia ad Aimò 2015, Menghini 2012, 715 ss., Viespoli 2015, 523 ss.

(15) Vd. Paolitto 2016; Flore 2015, 1964 ss.; Tomioli 2016.

(16) Si vd. T. Locri 15.4.2015, n. 808, e 20.5.2015, n. 1015; T. Foggia 19.5.2015, n. 5125; T. Siena 28.9.2015, n. 260, tutte in *www.dirittoscolastico.it*.

giudici hanno utilizzato il criterio indicato dall'art. 8, l. n. 604/1966 (17); altri il parametro previsto dall'art. 18 St. lav. (18), e altri ancora hanno variamente applicato il sistema indennitario onnicomprensivo previsto dall'art. 32, c. 5, l. n. 183/2010 (19). Alcune sentenze, inoltre, hanno ritenuto di dover prendere in considerazione, ai fini della soluzione delle controversie pendenti, il piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato contenuto della già citata legge sulla «Buona scuola» (su cui vd. par. 2.1), per valutarne il carattere di misura idonea o meno a sanzionare *ex post* gli abusi, arrivando anche in questo caso a soluzioni diverse (20).

Sulla controversa questione, relativa al pubblico impiego più in generale, della «sanzione adeguata» (21) da applicare in caso di riscontrati abusi nella successione di contratti a termine, da tempo oggetto di dialogo tra Corte di Giustizia e giudici nazionali, il panorama si è significativamente arricchito con l'atteso intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con cui si è voluto dirimere l'annoso contrasto giurisprudenziale sul punto: nello specifico affermando, non senza suscitare dissensi, il diritto del dipendente pubblico abusivamente assunto a termine – fermo restando il divieto *ex art.* 36 Tupi di trasformazione a tempo indeterminato del suo contratto – al risarcimento «automatico» del danno, cioè con esonero dall'onere probatorio, nella misura pari all'indennità onnicomprensiva prevista dall'art. 32, c. 5, l. n. 183/2010 (il cd. «danno comunitario»), pur fatta salva la possibilità di provare il maggior danno patito in concreto (22).

Tale regola, fissata in via generale dalle Sezioni Unite nel marzo 2016 – nonostante nella medesima sentenza venisse rimarcata *expressis verbis* la specialità che contraddistingue la disciplina delle supplenze nella scuola pubblica, tale da renderla per molti versi un «settore a sé» –, è stata poi fatta propria, come si dirà, dalla Corte di Cassazione con la sentenza in commento del novembre 2016, che, nel pronunciarsi a breve distanza dalla Consulta proprio sulla reiterazione dei contratti a termine nella scuola

(17) Si vd. T. Milano 22.1.2016, in *www.dejure.it*; T. Padova 16.6.2015, inedita a quanto consta.

(18) Così T. Torino 30.1.2015, n. 260, in *www.dirittocivilecontemporaneo.com*; C. App. Firenze 1.10.2015, n. 598, in *www.dirittoscolastico.it*.

(19) Si vd. T. Lecco 21.1.2015, in *www.dirittoscolastico.it*; T. Lucca 16.6.2016, in *www.dejure.it*; T. Treviso 14.5.2015, n. 268, e 20.3.2015, inedite a quanto consta. Vd. poi T. Latina, 30.6.2015, in *www.dejure.it*, che ha invece ritenuto di liquidare il danno in via equitativa nella misura di due mensilità per ogni supplenza annuale.

(20) A distanza di pochi giorni, il Tribunale capitolino è arrivato a conclusioni opposte: secondo T. Roma 15.9.2015 (e adesivamente T. Palermo 17.12.2015, in *www.dejure.it*), il piano di stabilizzazioni ha una vera e propria «capacità sanzionatoria»; mentre T. Roma 1.10.2015 ha ritenuto che l'intervento legislativo non possa sanare il pregiudizio subito, per il quale il lavoratore ha comunque diritto al risarcimento (entrambe in *RIDL*, 2016, II, 59 ss.).

(21) Nel senso di idonea a conformare il nostro ordinamento alla consolidata posizione della Corte di Giustizia che incarica le autorità nazionali di «adottare misure che devono rivestire un carattere non solo proporzionato, ma anche sufficientemente energico e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme» che attuano la direttiva: così, per tutte, *Mascolo*, cit., punto 77, ove si ribadisce un orientamento inaugurato con C. Giust. 4.7.2006, C-212/04, *Adeneler*, punto 105; vd. anche, in relazione all'art. 36 Tupi e con particolare riguardo alle regole sull'onere probatorio, C. Giust. 12.12.2013, C-50/13, *Papalia*.

(22) Cass., S.U., 15.3.2016, n. 5072, in *RGL*, 2016, II, 337. Vd. anche, *ex multis*, Cordella 2015, 667 ss.

pubblica, ha ripetutamente affermato di voler «dare continuità» ai principi statuiti dalle Sezioni Unite, con la chiara e ferma intenzione di dettare «uniformi linee interpretative in materia» (23).

2.1. — Segue: *b) la legge sulla «Buona scuola»* — Il quadro della legislazione italiana sulla scuola è cambiato, com'è noto, con la l. n. 107/2015, in attesa della cui definitiva approvazione la Consulta ha cautelativamente rinviato la sua pronuncia e della quale ha poi tenuto debitamente conto.

La legge sulla «Buona scuola», per quanto qui interessa, ha agito su due fronti: in primo luogo prevedendo un piano straordinario di assunzioni stabili (in parte temporaneamente sovrapposto al piano ordinario triennale di immissioni in ruolo già previsto dal governo Letta, che, se non in minima parte, non è stato realizzato) (24); in secondo luogo modificando il regime di reclutamento del personale scolastico (al momento in cui si scrive oggetto di ulteriore revisione). Entrambe le innovazioni sono state valorizzate dal Governo nel giudizio di costituzionalità, così come a esse ha poi dato espresso e fondamentale rilievo la stessa Corte costituzionale, nella loro qualità di «normativa sopravvenuta» adottata «con l'evidente finalità di garantire la corretta applicazione dell'Accordo quadro» europeo (25).

Sul primo fronte rileva in particolare l'art. 1, cc. 95-98, della l. n. 107, che ha autorizzato il Miur ad attuare un piano straordinario di assunzioni stabili – secondo uno schema articolato in fasi, tuttora in corso, che alla prova dei fatti si è rivelato macchinoso e difettoso, come ha dimostrato il contenzioso scaturitone – per la copertura di tutti i posti del cd. organico di diritto rimasti vacanti e disponibili: a favore però dei soli docenti risultati vincitori o idonei nel concorso a cattedre del 2012 o iscritti nelle graduatorie a esaurimento (le cd. Gae, destinate a essere definitivamente soppresse previo loro totale svuotamento), e non invece del personale Ata.

Sul secondo fronte, le nuove regole in materia di reclutamento statuiscono anzitutto – a norma dell'art. 1, cc. 109-113, della l. n. 107/2015 – che l'accesso ai ruoli del personale docente e Ata, una volta terminato lo scorrimento delle Gae, debba avvenire soltanto mediante concorsi pubblici nazionali, indetti con cadenza triennale (tenendo conto «del fabbisogno espresso dalle istituzioni scolastiche nei piani triennali dell'offerta formativa»), con la conseguenza del venir meno, a regime, del sistema «a doppio canale» proprio della disciplina previgente (26). Con un occhio ai vincoli europei, poi, sul piano dei limiti al conferimento delle supplenze, si stabilisce che i contratti a termine stipulati per la sola copertura di posti vacanti e disponibili (dunque anche qui del solo organico di diritto e non di quello di fatto) (27) non possono superare il tetto complessivo di trentasei mesi, anche non continuativi, e al contempo si prevede la costituzione di un apposito fondo ministeriale – quasi a voler mettere le

(23) Così il comunicato stampa del 7.11.2016.

(24) Di cui all'art. 15, c. 1, d.l. n. 104/2013, conv. in l. n. 128/2013; a norma dell'art. 4, c. 6, d.l. n. 101/2013, conv. in l. n. 125/2013, è stato inoltre previsto un percorso di stabilizzazione del cd. precariato pubblico storico, anche scolastico, attraverso procedure riservate. Vd., sul punto e sui precedenti piani di stabilizzazione, De Michele, Galleano 2016, spec. 51 ss.

(25) C. cost. n. 187/2016, cit., punto 13 in diritto.

(26) Vd. nota 11.

(27) Vd. nota 9.

mani avanti, pronosticando sin da subito il permanere di abusi e programmandone il costo – per coprire i futuri pagamenti «in esecuzione di provvedimenti giurisdizionali aventi a oggetto il risarcimento dei danni conseguenti alla reiterazione di contratti a termine» in violazione del tetto (art. 1, cc. 131-132).

3. — *Il giudizio d'incostituzionalità: oggetto e limiti* — La nostra Corte costituzionale, nella sua duplice e inconsueta veste di giudice della legge e di giudice di ritorno, ha definito «univoca» la posizione della Corte di Giustizia espressa in *Mascolo* e ha pertanto dichiarato costituzionalmente illegittime le disposizioni censurate (l'art. 4, cc. 1 e 11, l. n. 124/1999), cioè la disciplina che autorizza senza limiti e con rinnovi potenzialmente illimitati il conferimento a docenti e personale Ata di supplenze per la copertura di posti di organico di diritto.

Dal piano della mancanza nell'ordinamento interno di misure di prevenzione degli abusi, la Consulta è poi passata a quello, più rilevante e complesso, delle «ricadute sanzionatorie dell'illecito» (28), riguardo alle quali ha ricordato l'obbligo degli Stati membri, sancito dalla Corte di Giustizia, di adottare – secondo la loro autonomia ma nel rispetto del principio-diritto europeo a una protezione giurisdizionale effettiva – misure sanzionatorie adeguate (tali cioè da «rivestire un carattere non solo proporzionato, ma anche sufficientemente energico e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell'Accordo quadro») (29) e al contempo ha ritenuto doveroso integrare sul punto il *dictum* del giudice europeo.

A parere della Consulta, la valutazione circa l'adeguatezza ai parametri dell'Unione del nostro apparato sanzionatorio – su cui la sentenza *Mascolo* ha espresso un giudizio chiaramente negativo, passando la «palla» ai giudici costituzionali di ritorno (30) – non deve fermarsi allo stato della legislazione esistente al momento del rinvio, ma deve essere svolta alla luce dello *ius superveniens* rappresentato dalla l. n. 107/2015. Verificare l'incidenza di tale legge sulla materia del contendere è un compito che la stessa Corte costituzionale ha ritenuto di attribuirsi portandola ad affermare che le nuove misure, di cui possono beneficiare, a seconda dei casi, non solo i supplenti assunti a termine dal 1° settembre 2016, ma anche i soggetti già lesi da precedenti reiterazioni abusive, hanno realizzato il recepimento della Direttiva n. 99/70 (seppur tardivamente) e, attesa la loro natura riparatoria, sono in grado di agire «sull'illecito “cancellandolo”» (31).

Più in particolare, la Corte – a tratti mescolando il piano delle misure di prevenzione con quello sanzionatorio – ha evidenziato l'introduzione a opera della legge n. 107 sia di un tetto temporale alla durata complessiva delle supplenze conferite al personale docente e Ata, con annesso sistema risarcitorio in caso di violazione, sia di soluzioni transitorie relative alle situazioni pregresse. Con riguardo a queste ultime, la legge sulla scuola ha scelto la strada della stabilizzazione tramite il già citato piano straordinario per la copertura dell'organico di diritto fino al totale scorrimento delle Gae, ma lo ha fatto a vantaggio dei docenti e non anche del personale Ata: solo a favore dei

(28) C. cost. n. 187/2016, cit., punto 12.

(29) *Mascolo*, cit., punto 77, ma già *Adeneler*, cit., punti 94 s.

(30) *Mascolo*, cit., punto 119.

(31) C. cost. n. 187/2016, cit., punto 13.

primi, dunque, la legge ha attribuito «serie e indiscutibili *chances* di immissione in ruolo», compiendo una scelta, definita dalla stessa Consulta «più lungimirante rispetto a quella del risarcimento» e comportante «un’attuazione invero peculiare» del fondamentale principio dell’accesso al pubblico impiego con concorso *ex art. 97 Cost.*, che mette in luce il carattere funzionale di tale principio a garantire «non solo l’imparzialità ma anche l’efficienza dell’amministrazione» (32). Questa disparità di trattamento tra supplenti è stata superata dalla Corte affermando che per il personale Ata, in assenza d’altro, «deve trovare applicazione la misura ordinaria del risarcimento del danno», senza tuttavia specificare di quale misura risarcitoria si tratti (33).

La Consulta ha dunque concluso il suo ragionamento riconoscendo la responsabilità dello Stato italiano per la violazione del diritto dell’Unione (da cui consegue la declaratoria d’incostituzionalità di cui sopra), ma subito ribadendo che tale illecito «è stato “cancellato” con la previsione di adeguati ristori» (34). Già nell’ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo, a ben vedere, la Corte costituzionale aveva mostrato di ritenere che il contrasto con la disciplina europea potesse in sostanza dipendere dalla mancata previsione di tempi certi per lo svolgimento delle procedure per coprire con personale di ruolo i posti strutturalmente vacanti, nonché dal mancato riconoscimento in capo al lavoratore abusivamente impiegato del diritto al risarcimento del danno (35): giunta alla sentenza di ritorno, la Consulta ha di conseguenza considerato che le «serie e indiscutibili *chances*» di stabilizzazione dei docenti e la garanzia della sanzione generale del risarcimento del danno per il personale Ata rendano conforme l’ordinamento alle prescrizioni europee e cancellino l’illecito. L’illecito a cui pare qui riferirsi la Corte costituzionale è però quello «comunitario», da intendersi come derivante dall’inattuazione nel settore in questione dell’ordinamento interno delle prescrizioni della Direttiva n. 1999/70 (36), e non «l’illecito *lato sensu* contrattuale» (37), consistente nel concreto abuso da parte della p.a. datrice di lavoro nel ricorso ai contratti a termine, al quale invece si riferisce la sentenza *Mascolo* laddove afferma che, «quando si è verificato un ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato, si deve poter applicare una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela dei lavoratori al fine di sanzionare debitamente tale abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell’Unione» (38). Nell’ambito di questo scambio-interconnessione tra piani e livelli di responsabilità diversi seppur collegati, il rimedio della stabilizzazione è qualificato come idonea sanzione dell’abuso datoriale,

(32) C. cost. n. 187/2016, cit., punto 18.1, con l’obiettivo di evitare di lasciare il sistema scolastico «nell’incertezza organizzativa e il personale in uno stato di provvisorietà perenne», benché tale scelta comporti uno sforzo organizzativo e finanziario estremamente impegnativo.

(33) *Ivi*, punto 18.1, ove si sottolinea anche che tale sanzione è già prevista dalla l. n. 107 in caso di violazione del nuovo tetto di durata massima triennale delle supplenze (senza però far cenno alla citata pronuncia Cass., S.U., n. 5072/2016).

(34) *Ivi*, punto 19.

(35) Vd. Ghera 2015, 161.

(36) La Consulta mette in risalto la decisione della Commissione europea di archiviare senza sanzioni la procedura di infrazione relativa alla disciplina sulle supplenze a seguito della difesa italiana incentrata sullo *ius superveniens*.

(37) Franza 2016, 627.

(38) *Mascolo*, cit., punto 79.

ma è, «in effetti, potenzialmente (e, anzi, maggiormente) spendibile contro azioni risarcitorie promosse verso lo Stato» (39) dai precari interessati proprio sul fondamento dell'illecito comunitario riconosciuto dalla Consulta.

4. — *La storia continua: la posizione della Corte di Cassazione «in risposta» alla Consulta* — Un'ulteriore tappa giudiziale della lunga storia del precariato pubblico scolastico (per il momento l'ultima, in attesa di ulteriori sviluppi giurisprudenziali) è infine rappresentata da un gruppo di sentenze pronunciate il 7.11.2016 dalla Suprema Corte (40) con il dichiarato ed enfaticizzato intento di individuare – come giudice della nomofilachia – «canoni interpretativi e applicativi delle norme interne non travolte dalla pronuncia di incostituzionalità, idonei ad assicurare il *continuum* di compatibilità tra diritto nazionale (ordinario e costituzionale) e diritto eurounitario».

La Corte di Cassazione, sul presupposto che la sentenza della Consulta non possa essere risolutiva dei problemi concreti oggetto delle controversie pendenti, ha provveduto in sostanza a definire le condizioni per la configurabilità dell'abuso e a stabilirne le conseguenze sanzionatorie: le conclusioni a cui è giunta paiono però attente più di tutto a esigenze di massimo contenimento dei costi per l'erario, anche a scapito della completezza e della coerenza del sotteso ragionamento giuridico.

Sotto il profilo della configurabilità dell'abuso, la Corte ha affermato che la reiterazione pregressa dei contratti a termine degli insegnanti e del personale Ata per la copertura di posti di organico di diritto si configura come illecito solo qualora la durata complessiva del rapporto superi i 36 mesi (41). Sul fronte sanzionatorio – una volta ribadito con forza il divieto di conversione –, la Corte ha sottolineato che la l. n. 107/2015 «non ha eliminato, per il solo fatto di aver previsto procedimenti di stabilizzazione, i pregressi illeciti consistiti nella reiterazione di contratti a termine», essendo a tal fine necessaria «la concreta utilizzazione di quei procedimenti» (42). La misura della stabilizzazione è infatti considerata sanzione efficace, e al contempo riparazione adeguata e piena, nel caso di «concreta assegnazione del posto di ruolo» e di «certezza di fruire di un accesso privilegiato al pubblico impiego» in tempi sicuri e ravvicinati (parrebbe nell'arco temporale necessario e sufficiente allo scorrimento totale delle Gae): in questi casi, secondo la Corte di Cassazione, tutte le pretese del supplente per il periodo precedente l'assunzione in ruolo devono ritenersi soddisfatte. Benché la Corte faccia al contempo salva – in applicazione dei principi affermati dalle Sezioni Unite nel marzo 2016 (43) – la possibilità del supplente di «allegare e provare danni ulteriori e diversi rispetto a quelli «risarciti» dall'immissione in ruolo», tale affermazione non è accompagnata da precisazioni e chiarimenti, e rischia pertanto di rimanere scritta soltanto sulla carta. Da questa misura considerata munita di pieno valore sanzionatorio/satisfattivo la Corte ha tenuto distinta quella che prevede solo un'«astratta *chance*» di immissione in ruolo (incerta o

(39) Franza 2016, 628; in base alla nota dottrina *Francovich* (C. Giust. 19.11.1991, C-6 e C-9/90).

(40) La prima è la n. 22552, qui in commento.

(41) Tale limite viene individuato in riferimento alla cadenza triennale prevista per l'indizione dei concorsi dalla disciplina vecchia e nuova e tenendo conto del tetto di durata di 36 mesi dei contratti a termine nel settore privato.

(42) Cass. n. 22552/2016, cit., punto 77.

(43) Cass. n. 5072/2016, cit., su cui vd. par. 2.

non conseguibile in tempi ravvicinati), la quale «non costituisce, nel diritto interno, misura proporzionata, effettiva, sufficientemente energica, e idonea a sanzionare debitamente l'abuso, in quanto connotata da evidente aleatorietà» (44). Quanto al regime sanzionatorio da applicare in tali casi, i giudici hanno equiparato i docenti senza certezze di stabilizzazione, purtroppo non meglio identificati (45), al personale Ata non immesso in ruolo in virtù di precedenti procedure: in favore di entrambe le categorie «minori» la Corte ha riconosciuto, in caso di accertato abuso, soltanto il diritto al risarcimento del danno, per la cui liquidazione ha richiamato ancora una volta l'intervento delle Sezioni Unite, dichiarando di volersi porre con esso in stretta continuità.

Fatta questa non chiara distinzione, il ragionamento dei giudici – compendiato in una sorta di sintetico *vademecum* finale, in otto punti, a uso dei giudici interni – è poi andato a toccare un «nervo scoperto» del sistema, vale a dire la questione dell'estensione dei principi espressamente affermati dalla Corte di Lussemburgo e dalla Consulta per le supplenze sull'organico di diritto anche a quelle sull'organico di fatto (su posti disponibili ma non vacanti), cioè occorrenti a coprire il fabbisogno reale di ogni scuola emergente all'inizio dell'anno scolastico e non corrispondente al fabbisogno presunto (su cui vd. il par. seguente).

5. — *La questione delle supplenze sull'organico di fatto* — Anche in relazione alla reiterazione delle supplenze sull'organico di fatto può porsi, in determinati casi, una questione di conformità al diritto europeo.

Laddove si sia in presenza di supplenze conferite per coprire esigenze che si ripetono costantemente, per tanti anni di seguito e spesso nelle stesse scuole – cioè a fronte di situazioni concrete che mettano in luce come «la programmazione diretta al riadeguamento tra fabbisogno di cattedre e fabbisogno del personale non sia [stata] fatta tenendo nel dovuto conto i flussi scolastici» (46) –, il giudice è da considerarsi tenuto a operare quel controllo globale «di fatto» considerato fondamentale dalla Corte di Giustizia per garantire l'effetto utile delle misure antiabusive imposte dalla direttiva. E ciò hanno per l'appunto fatto alcuni giudici di merito, affermando la necessità, a prescindere dall'«etichetta» data alla supplenza, di verificare l'estensione temporale dei contratti e la loro reiterazione, in modo da poter valutare la sussistenza di un'esigenza organizzativa stabile e in caso sanzionare l'abuso (47).

Sul punto, la Suprema Corte, con la sentenza qui in commento, si è però pronunciata in modo parzialmente diverso, dando particolare risalto ai pesanti oneri probatori

(44) Cass. n. 22552/2016, cit., punto 91, che però considera tale astratta *chance* idonea «a cancellare l'illecito comunitario», stimando a tal fine sufficiente la «previsione generale di un percorso normativo delineante serie opportunità di assunzione», in contrasto con la consolidata posizione della Corte di Giustizia che ritiene sempre necessaria una verifica sull'applicazione concreta delle norme di recepimento (vd. nota 10 e par. 6).

(45) Forse avendo in mente docenti non inseriti nelle Gae, quali gli abilitati per il tramite dei cd. Pas e dei Tfa e gli iscritti nelle graduatorie di istituto, o altri non precisati «incidenti di percorso» legati a insufficienti stanziamenti di risorse.

(46) Saracini 2015, 9; Menghini 2012, 711.

(47) T. Treviso 14.5.2015, n. 268, e 20.3.2015, cit. (su cui vd. Tomiola 2016, 567). Vd. anche T. Sciacca, 3.12.2014, in *www.dirittoscolastico.it*, T. Napoli 21.1.2015, cit., e T. Torino 30.1.2015, cit.

del supplente interessato: statuendo in particolare che nelle ipotesi di reiterazione oltre i 36 mesi di supplenze su organico di fatto «non è in sé configurabile alcun abuso» ai sensi della direttiva, salvo che il lavoratore non allegghi e provi che, nella concreta attribuzione delle supplenze, «vi sia stato un uso improprio o distorto del potere di organizzazione del servizio scolastico, delegato dal legislatore al Ministero», e quindi prospetti non solo la reiterazione, ma «le condizioni concrete della medesima (quali il susseguirsi delle assegnazioni presso lo stesso Istituto e con riguardo alla stessa cattedra)» (48).

Non si può però fare a meno di ricordare che la flessibilità nella gestione dell'organico riconosciuta al comparto della scuola – date la complessità del sistema e la necessità del suo pronto adeguamento ai costanti cambiamenti della popolazione scolastica, anche in nome del diritto fondamentale allo studio garantito dagli artt. 33 e 34 Cost. – è strettamente condizionata «all'imprevedibilità degli eventi che si presentano di volta in volta» (49): ed è proprio sotto questo profilo che la legittimità della reiterazione di tutte le supplenze dev'essere valutata. Tale profilo è ben noto alla Corte di Giustizia, che nella sentenza *Pérez López* del settembre 2016 – riguardo a una controversia relativa al precariato nel settore sanitario spagnolo – ha infatti affermato la non conformità comunitaria di norme nazionali applicate in modo tale che «non esista alcun obbligo per l'amministrazione di creare posti strutturali che mettano fine all'assunzione di personale occasionale e che gli sia permesso di destinare i posti strutturali creati all'assunzione di personale "a termine", cosicché la situazione di precarietà dei lavoratori perduri, mentre lo Stato conosce un *deficit* strutturale di posti per il personale di ruolo in tale settore» (50). Tali affermazioni, oltre a guidare i giudici nella ricerca dell'effetto utile della direttiva, rappresentano per il legislatore nostrano un vincolo nello svolgimento del suo dovere di programmare in maniera corretta, coerente e adeguata i fabbisogni del personale scolastico pubblico.

6. — *Sguardi oltre la scuola* — Nonostante i riflettori siano da tempo puntati sulla scuola, è a tutti nota l'ampia e infausta diffusione del precariato nel pubblico impiego in genere. La «storia infinita» scritta dai giudici su questa disciplina si è da ultimo arricchita di due nuovi rinvii pregiudiziali (uno presentato innanzi alla Corte di Giustizia (51), l'altro innanzi alla Consulta (52), ai quali in questa sede si può fare solo un accenno): entrambi aventi a oggetto la questione della sanzione adeguata da applicare in caso di abusi nella successione di contratti a termine.

A distanza di un mese l'uno dall'altro, prima il Tribunale di Trapani e poi quello di Foggia hanno messo in discussione, chiedendo lumi alle più alte Corti, la soluzione nomofilattica del «danno comunitario» indicata dalle Sezioni Unite della

(48) Cass. n. 22552/2016, cit., punto 102; per un'applicazione vd. Cass. 7.11.2016, n. 22554, in *www.dejure.it*, secondo cui, «in difetto della dimostrazione di un uso improprio o distorto del potere di macroorganizzazione del Ministero in ordine alla ricognizione dei posti e delle concrete esigenze del servizio», si deve «presumere l'insussistenza di un abuso».

(49) Saracini 2015, 10.

(50) *Pérez López*, cit., punto 56.

(51) T. Trapani 5.9.2016, in *www.rivistalabor.it* (caso Santoro, C-494/16).

(52) T. Foggia 26.10.2016, in *www.europeanrights.eu*.

Cassazione. La sanzione individuata dalla Suprema Corte – sì «automatica», ma solo, come si è detto, indennitaria (ai sensi dell'art. 32, c. 5, l. n. 183/2010) – non ha infatti per nulla convinto tali giudici: i dubbi sollevati dal Tribunale di Trapani sulla rispondenza di quella misura ai parametri europei di equivalenza ed effettività delle sanzioni sono stati condivisi dal Tribunale di Foggia, il quale ha però scelto la strada dell'incidente di costituzionalità, individuando in diverse norme costituzionali le disposizioni che si asseriscono violate.

In attesa delle risposte che verranno, v'è da augurarsi che a fornire una soluzione che assicuri certezza provveda nel frattempo chi avrebbe dovuto farlo sin dall'inizio: il legislatore.

Riferimenti bibliografici

- Aimo M. (2015), *Presupposti, confini ed effetti della sentenza Mascolo sul precariato scolastico*, in *RGL*, II, 177 ss.
- Cordella C. (2015), *L'abusiva reiterazione di contratti temporanei: la non conversione nel regime «generale» del pubblico impiego privatizzato*, in *LPA*, II, 667 ss.
- De Luca M. (2015), *Un grand arrêt della Corte di Giustizia dell'Unione europea sul nostro precariato scolastico statale*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 237.
- De Michele V., Galleano S. (2016), *La sentenza «Mascolo» della Corte costituzionale sui precari della scuola*, in *www.europeanrights.eu*.
- Flore L. (2015), *La disciplina dei contratti a tempo determinato nella scuola pubblica italiana*, in *FA*, 2015, 1964 ss.
- Franza G. (2016), *Giochi di prestigio per i precari della scuola*, in *MGL*, 624 ss.
- Ghera F. (2015), *I precari della scuola tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale e giudici comuni*, in *GCost.*, 158 ss.
- Menghini L. (2012), *La successione dei contratti a termine con la p.a. e le supplenze scolastiche: diritto interno e diritto europeo*, in *RGL*, I, 715 ss.
- Menghini L. (2016), *Precariato pubblico, soluzioni giurisprudenziali e novità legislative: una vicenda ancora del tutto aperta*, in *VTDL*, 127 ss.
- Paolitto A. (2016), *Il precariato scolastico tra «la Buona scuola» e il dialogo «multilevel» delle Corti*, in *www.giustiziacivile.com*, 8.9.2016.
- Saracini P. (2015), *I precari nella Scuola e il diritto dell'Unione: una decisione della Corte di Giustizia tanto attesa quanto prevedibile*, in *www.federalismi.it*, 11.2.2015.
- Tomiola C. (2016), *Le sanzioni in tema di contratti di lavoro a termine nel settore della scuola*, in Brollo M. et al. (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, 561 ss.
- Viespoli L. (2015), *La reiterata assunzione degli insegnanti pubblici con contratti a tempo determinato e la «costituzione» del rapporto di lavoro a tempo indeterminato*, in *LPA*, I, 523 ss.

Mariapaola Aimo
Professore associato di Diritto del lavoro
presso l'Università di Torino

CORTE COSTITUZIONALE, 14.7.2016, n. 175 – Pres. Grossi, Est. Sciarra
– Presidente del Consiglio dei ministri c. Regione Puglia.

**Collocamento – Collocamento obbligatorio – Vittime del dovere, del
terrorismo e della criminalità organizzata e mafiosa – Assunzione
per chiamata diretta – Estensione della tutela con legge regionale al
convivente more uxorio e ai genitori – Permessi retribuiti –
Competenza legislativa statale in materia di ordinamento civile –
Illegittimità.**

È costituzionalmente illegittimo l'art. 7, c. 3, l. reg. Puglia 23.3.2015, n. 12, nella parte in cui comprende anche il convivente more uxorio e i genitori tra i superstiti delle vittime della mafia, della criminalità organizzata, del terrorismo e del dovere beneficiari del collocamento obbligatorio; del pari sono costituzionalmente illegittimi i cc. 1 e 3 dell'art. 8, della stessa legge, nella parte in cui riconoscono alle vittime sopravvissute e in servizio, ovvero ai loro superstiti permessi retribuiti per cento ore annue, parificando le ore di assenza, anche ai fini previdenziali, a normali ore di lavoro. Tali disposizioni violano l'art. 117 Cost., in quanto la disciplina in questione appartiene alla «materia» dell'ordinamento civile riservata in via esclusiva alla legge statale, unica in grado di garantire la parità di trattamento e il contemperamento dei diversi valori in gioco, nell'ambito di una disciplina generale e astratta. (1)

(1) RIAFFERMATA LA COMPETENZA LEGISLATIVA ESCLUSIVA DELLO STATO
IN MATERIA DI COLLOCAMENTO OBBLIGATORIO

SOMMARIO: 1. Le questioni esaminate dalla Corte costituzionale. — 2. L'estensione del collocamento obbligatorio in favore di soggetti non disabili. — 3. La competenza esclusiva dello Stato in materia di collocamento obbligatorio «esteso» ai non disabili. — 4. La legittimità della regola dell'assunzione nei ruoli della Regione, ovvero presso enti dipendenti da questa, per chiamata diretta e personale. — 5. L'illegittimità costituzionale dell'estensione del collocamento obbligatorio ai genitori e al convivente *more uxorio* della «vittima». — 6. L'illegittimità costituzionale della disciplina regionale dei permessi retribuiti concessi alle vittime della mafia, della criminalità organizzata, del terrorismo e del dovere.

1. — *Le questioni esaminate dalla Corte costituzionale* — La Corte costituzionale, con la sentenza 14.7.2016, n. 175, è tornata a occuparsi del delicato equilibrio tra competenze legislative statali e regionali in materia lavoristica, alla luce dell'art. 117 Cost., come modificato dalla l. cost. n. 3/2001, questa volta messo in discussione dalla legge della Regione Puglia 23.3.2015, n. 12, in tema di collocamento obbligatorio di una particolare categoria di beneficiari, in relazione alla quale sono state sollevate questioni di legittimità costituzionale nei confronti di quattro disposizioni, e cioè, nell'ordine:

l'art. 7, c. 1, nella parte in cui prevede l'assunzione delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata nei ruoli della Regione per chiamata diretta e personale e con livello contrattuale e qualifica corrispondenti al titolo di studio posseduto, senza alcun distinguo in ordine al livello di inquadramento, considerato che per i livelli dal sesto all'ottavo la legge statale pone il doppio limite della prova preliminare di idoneità e del 10% delle vacanze in organico (1);

l'art. 7, c. 5, che estende l'obbligo di assunzione dei soggetti individuati nel c. 1 agli enti e alle agenzie «istituiti o comunque dipendenti o controllati dalla Regione Puglia», alle «società di capitale dalla stessa interamente partecipate» e alle «aziende e unità sanitarie locali»;

l'art. 7, c. 3, nella parte in cui comprende nella platea dei beneficiari anche il convivente *more uxorio* e i genitori delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata;

l'art. 8, cc. 1 e 3, nella parte in cui concede alle vittime del dovere sopravvissute e in servizio ovvero ai loro superstiti il diritto a cento ore annue di permesso retribuito, equiparate, anche ai fini previdenziali, a normali ore di lavoro.

2. — *L'estensione del collocamento obbligatorio in favore di soggetti non disabili* —

Prima di analizzare le questioni di legittimità costituzionale testè richiamate sembra opportuno illustrare brevemente l'istituto sul quale si è innestata la legislazione regionale pugliese, e cioè il collocamento obbligatorio in favore di alcune categorie di soggetti invalidi, ritenuti meritevoli di tutela per l'evento che li ha colpiti, ovvero, se deceduti o divenuti grandi invalidi, in favore di coloro a essi collegati per vincolo coniugale o parentale che abbiano subito gli effetti negativi di tale evento.

Tale forma di tutela risulta fortemente condizionata dalla impostazione del collocamento obbligatorio antecedente alla riforma del 1999, e cioè quella di collegare la tutela alla causa della menomazione, e quindi l'evento bellico, l'infortunio sul lavoro, la causa di servizio: impostazione che ha connotato gli albori della disciplina in materia di una finalità *lato sensu* premiale o risarcitoria. Com'è noto, la l. n. 68/1999 si è smarcata da tale impostazione, trattando il disabile in maniera uniforme a prescindere dalla causa della disabilità, con abbandono delle percentuali riservate a ciascuna categoria di disabile.

Il meccanismo premiale/risarcitorio è sopravvissuto, da un lato, nell'intervento riservato alle vittime della mafia, della criminalità organizzata, del terrorismo e del dovere (d'ora innanzi, per brevità, «vittime»), con un'estensione da ultimo ai testimoni di giustizia; dall'altro lato, in quello, contenuto nella l. n. 68/1999, destinato ai superstiti di coloro che sono deceduti per causa di lavoro (2), di guerra o di servizio (oltre che ai profughi), che ha di fatto limitato la tutela in favore di queste categorie di sog-

(1) Vd. l'art. 1, c. 2, l. n. 407/1998.

(2) Tale categoria di soggetti tutelati non concorre più con le altre previste dall'art. 18, c. 2, l. n. 68/1999, in forza della previsione contenuta nell'art. 3, c. 123, l. n. 244/2007, secondo cui «Le disposizioni relative al diritto al collocamento obbligatorio di cui all'articolo 1, comma 2, della legge 23 novembre 1998, n. 407, e successive modificazioni, sono estese agli orfani o, in alternativa, al coniuge superstite di coloro che siano morti per fatto di lavoro, ovvero siano deceduti a causa dell'aggravarsi delle mutilazioni o infermità che hanno dato luogo a trattamento di rendita da infortunio sul lavoro».

getti, non solo sotto il profilo della percentuale loro riservata, ma anche e soprattutto eliminando il meccanismo dell'esonero, previsto dalla l. n. 482/1968 (3), in forza del quale era consentito a certe condizioni sostituire l'assunzione del disabile con quella dei normodotati in questione.

La differenza tra le due categorie sta tutta in una graduazione del livello di meritevolezza della tutela, considerato che, mentre ai soggetti citati da ultimo la l. n. 68/1999 destina l'1% dei posti in organico ma limitatamente ai datori di lavoro pubblici e privati che occupino più di 50 dipendenti (4), viceversa ai primi il collocamento obbligatorio è accordato attraverso il diritto di precedenza nelle assunzioni nelle pubbliche amministrazioni rispetto a ogni altra categoria e la preferenza a parità di titoli, nonché la posizione di «sovrannumerario» rispetto alla quota di riserva di cui all'art. 18, l. n. 68/1999 (5).

Esaminando più nello specifico la categoria delle «vittime», in essa sono ricompresi: a) il personale ferito e i superstiti di quello deceduto nell'adempimento del dovere a causa di azioni criminose (6); b) gli orfani o, in alternativa, il coniuge superstite delle vittime del lavoro (7); c) il coniuge, i figli superstiti, ovvero i fratelli conviventi e a carico, qualora siano gli unici superstiti, di vittime o di soggetti resi permanentemente invalidi per atti di terrorismo, di eversione dell'ordine democratico, per fatti delittuosi di matrice mafiosa, ovvero in occasione di operazioni di prevenzione o repressione per i medesimi fatti, ovvero ancora in occasione di assistenza ad agenti e ufficiali di P.G. o di P.S. nel corso di azioni od operazioni connesse agli stessi eventi sopra richiamati (8); d) e infine da ultimo i testimoni di giustizia (9).

Con riferimento, poi, al tipo di tutela accordata a costoro, si tratta di uno speciale meccanismo di assunzione per chiamata diretta, per il quale non sarebbe necessario lo stato di disoccupazione (10) e su cui è intervenuto anche l'art. 2, l. 17.8.1999, n. 288,

(3) La tutela accordata a questi soggetti dalla l. n. 482/1968 era limitata alla sola fase d'avviamento. In merito, vd. C. App. Milano 28.12.2004, in *LG*, 2005, 1000. Per la giurisprudenza di legittimità vd. Cass. 3.12.2008, n. 28724, in *GLav.*, 2009, n. 2, 29; nonché Cass. 3.12.2008, n. 28722, *ivi*, n. 1, 43, che distingue la posizione dei «normodotati» da quella dei disabili, quanto agli obblighi di protezione gravanti sul datore, appannaggio solo di questi ultimi.

(4) Vd. Ciucciovino 2000.

(5) Vd. l'art. 1, l. n. 407/1998. In tema, vd. Garofalo 2009, spec. par. 16.

(6) Vd. l'art. 82, c. 1, l. 23.12.2000, n. 388.

(7) Vd. l'art. 3, c. 123, l. 24.12.2007, n. 244.

(8) Vd. l'art. 1, l. 20.10.1990, n. 302, nonché l'art. 1, c. 2, l. 23.11.1998, n. 407. Ancor prima, vd. l'art. 12, l. 13.8.1980, n. 466, che aveva riconosciuto, principalmente a beneficio del coniuge superstite e dei figli di chiunque fosse morto o rimasto invalido a causa di azioni terroristiche, il «diritto di assunzione presso le pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici e le aziende private», a preferenza di altre categorie protette. Vd. anche il d.P.R. 28.7.1999, n. 510: regolamento recante nuove norme in favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata, che definisce le modalità di rilascio delle certificazioni attestanti lo stato di invalido civile o di caduto a causa di atti di terrorismo, di criminalità organizzata o comune.

(9) Vd. l'art. 7, c. 1, lett. b, d.l. 31.8.2013, n. 101, che ha modificato l'art. 16-ter, d.l. n. 8/1991, convertito in l. n. 82/1991, nonché il connesso regolamento attuativo adottato con d.m. 18.12.2014, n. 204.

(10) Così C. Stato, S. V, 29.10.2014, n. 5361, ai sensi dell'art. 1, c. 3, l. n. 407/1998; va detto però che la previsione contenuta nell'art. 16, c. 2, l. n. 68/1999, che escludeva per l'assunzione dei disabili risultati idonei nei concorsi pubblici lo stato di disoccupazione, è stata

di modifica dell'art. 1, c. 2, l. n. 407/1998, prevedendo che le pubbliche amministrazioni devono provvedere all'assunzione per chiamata fino al quinto livello retributivo, con estensione fino all'ottavo per il solo «comparto ministeri»; mentre per gli inquadramenti dal sesto all'ottavo livello retributivo, escludendosi la necessità del concorso pubblico, si richiede il superamento di una prova di idoneità non comparativa con il limite del 10% dell'organico vacante (11).

Come ha evidenziato la Presidenza del Consiglio dei ministri, la sfida lanciata allo Stato dal terrorismo e dalla criminalità organizzata ha avuto costi notevoli «in termini di vite umane, di drammi esistenziali e di sofferenze familiari», cui si è cercato di rispondere offrendo «un segnale di sostegno, in termini morali ed economici, a fronte di quei delitti diretti contro la sua stessa ragion d'essere» (12), concedendo alle vittime una serie di benefici (13), previsti non solo dalla normativa nazionale poc'anzi indicata, ma anche da quella regionale (14).

Appare evidente, come ribadito anche dalla Corte costituzionale, la riconducibilità delle previsioni recanti quegli strumenti di sostegno morale ed economico da parte dello Stato all'attuazione dei doveri inderogabili di solidarietà sociale *sub* art. 2 Cost., in favore di chi abbia sofferto pregiudizio (i parenti delle vittime o i testimoni di giustizia) o abbia sacrificato la vita (la vittima) a causa delle azioni poste in essere da associazioni terroristiche o mafiose (15).

3. — *La competenza esclusiva dello Stato in materia di collocamento obbligatorio «esteso» ai non disabili* — La riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione, come altrove ampiamente illustrato (16), ha visto la dottrina lavoristica propendere in larga parte per l'intangibilità del limite del diritto privato, ovvero della materia dell'«ordinamento civile» (17), escludendo ogni competenza legislativa delle Regioni (a

modificata dall'articolo 25, comma 9-*bis*, del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, che ha eliminato tale esclusione. Verosimilmente, tale modifica potrebbe determinare una revisione della posizione espressa dal Consiglio di Stato.

(11) In argomento, vd. Gotti 2011, nonché Pavoni 2009.

(12) Circolare del Presidente del Consiglio dei ministri 14.11.2003, n. 2.

(13) Su cui vd. Pavoni 2009.

(14) In tal senso, vd. la deliberazione della Giunta regionale Lombardia 1.8.2014, n. X/2275, recante «Disciplina delle agevolazioni regionali di trasporto pubblico ai sensi degli artt. 45, c. 1, della l. reg. n. 6/2012, e 28 del Regolamento reg. n. 4/2014», che accorda riduzioni tariffarie nel trasporto pubblico regionale agli invalidi a causa di atti di terrorismo e alle vittime della criminalità organizzata dalla prima alla quinta categoria o corrispondente percentuale di menomazione della capacità lavorativa, nonché alle vittime del dovere ai sensi della normativa vigente con invalidità permanente non inferiore all'80%; vd. anche il Regolamento reg. Calabria 19.10.2009, n. 15, recante il Regolamento per la concessione di contributi alle vittime della criminalità, ai testimoni di giustizia in materia di usura, ai sensi della l. reg. 16.10.2008, n. 31, e l'art. 19, l. reg. Molise 21.12.2015, n. 19, che riconosce il diritto alla esenzione totale dalla partecipazione alla spesa sanitaria per ogni tipo di prestazione alle vittime del terrorismo anche internazionale, nonché, in caso di decesso, ai familiari superstiti.

(15) C. cost. n. 175/2016.

(16) Garofalo 2005.

(17) Contesta il ricorso a tale concetto con riferimento all'ordinamento civile Di Stasi (2004, 90 ss). Mordace il giudizio critico di Caruso (2004, 856), secondo cui «come tutte le

Statuto ordinario) (18), salva l'ipotesi che l'adattamento risponda al criterio di ragionevolezza (19).

A tal proposito la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto necessaria l'uniformità sul territorio nazionale della disciplina dei rapporti di diritto privato, non potendo essere intaccata dalle autonomie regionali (20); a tale regola la Corte costituzionale ha fatto seguire comunque talune eccezioni – basti pensare alla possibilità dell'intervento legislativo regionale in relazione ai profili pubblicistici del contratto di apprendistato (rapporti tra privati ed ente pubblico) (21) –, sebbene giovi evidenziare la prevalenza

formule usate nei giochi di prestigio, anche l'ordinamento civile si rivela per quello che è: un trucco (o una foglia di fico). Serve a veicolare scelte di politica del diritto e opzioni ideologiche; ma, se così è, allora sarebbe bene dichiararlo più esplicitamente di come fa la stessa Corte costituzionale». In tema, poi, vd. Galgano 2004, spec. 9-10, che riferisce dei tentativi di interpretazione dell'ordinamento civile come «ordinamento non proprio dello stato civile», e delle richieste di inserimento della specifica materia «Stato civile e anagrafe», così da potersi sostenere, in caso di mancata specificazione dell'ulteriore materia, che nell'ordinamento civile rientrasse tutta la disciplina relativa alla persona, intendendo la locuzione come «ordinamento dello *status* della persona, inclusi i diritti civili e della personalità»; secondo l'Autore, ciò contrasta con l'esperienza di quegli Stati federali che hanno discipline proprie sullo stato delle persone, a differenza dei rapporti economici e commerciali, disciplinati in modo uniforme su tutto il territorio federale.

(18) Invero, l'affermazione non ha carattere di assolutezza; e infatti, è sufficiente richiamare l'esperienza siciliana, e quindi, l'art. 17, lett. f, prima ipotesi, r.d.l. 15.5.1946, n. 455, convertito in l. cost. 26.2.1946, n. 2, secondo cui «Entro i limiti dei principi e interessi generali cui si informa la legislazione dello Stato, l'Assemblea regionale può, al fine di soddisfare alle condizioni particolari e agli interessi propri della Regione, emanare leggi, anche relative all'organizzazione dei servizi, sopra le seguenti materie concernenti la Regione: [...] f) legislazione sociale: rapporti di lavoro, previdenza e assistenza sociale, osservando i minimi stabiliti dalle leggi dello Stato». Sui rapporti tra tale disposizione e il limite del diritto privato, vd. De Luca 2002, 270 ss.; Id., 2003, 217-220, e ivi esemplificazioni ricavate dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità sugli istituti riconducibili o meno alla potestà legislativa della Regione Sicilia.

(19) In tal senso, vd. C. cost. 27.7.1972, n. 154, in *GCost.*, 1972, 1570 ss. La «nascita» delle Regioni ha indotto la Corte a modificare la propria interpretazione in senso restrittivo, dandone conferma anche per gli anni a venire e in tal senso, vd. C. cost. 29.5.1974, n. 151, *ivi*, 1974, 932 ss.; C. cost. 20.1.1977, n. 38, *ivi*, 1977, 132 ss.; C. cost. 5.5.1988, n. 505, *ivi*, 1988, 2932 ss. Qualche crepa si è aperta nel consolidato filone giurisprudenziale (ci si riferisce a C. cost. 6.11.2001, n. 352, in *giurcost.org*), proponendosi una parziale deroga del limite, per cui «la porta del diritto privato [...] viene solo socchiusa, non spalancata alle Regioni» (così Luciani, 2002, 68; nonché Magnani, 2002, 649 ss.), attingendosi ad alcune isolate pronunce della stessa Corte, che già si indirizzavano in quella direzione (C. cost. 5.2.1992, n. 35, in *GCost.*, 1992, 178 ss.; C. cost. 23.12.1994, n. 441, *ivi*, 1994, 3861 ss.). Ancora prima dell'istituzione della Corte costituzionale, anche Cass., S.U., 16.2.1952, n. 416, in *FI*, n. 1, I, 720, si era pronunciata sul limite del diritto privato. In dottrina, vedi Pinto, Voza 2002, 467, secondo i quali conforme al criterio di ragionevolezza potrebbe essere una differenziazione di trattamento dettata da ragioni derivanti dal peculiare mercato del lavoro locale; per una breve ricostruzione del rapporto tra «ordinamento civile» (limite del diritto privato) e Corte costituzionale vedi Carinci 2003, 54 ss.

(20) Sul caso siciliano vd. Garilli 1997, 67 ss.

(21) Vd. Napoli 2002a, 139, a margine di C. cost. n. 691/1988. L'Autore (2002b, 364-365) ha poi ribadito l'importanza paradigmatica della pronuncia della Corte costituzionale, anche alla luce della riforma, che non avrebbe alterato «il carattere di ordinamento amministra-

della regola e la netta residualità delle eccezioni, evincendosi ciò da un esame della più recente giurisprudenza costituzionale, sostanzialmente confermativa della necessaria uniformità della disciplina dei rapporti privatistici sul territorio nazionale (22).

Conforme a questo orientamento è la sentenza della Corte costituzionale n. 175/2016, che ascrive all'ordinamento civile la disciplina del collocamento obbligatorio dei superstiti delle vittime, postulando un trattamento uniforme su tutto il territorio nazionale, al pari della disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle Regioni e degli enti locali (23).

Ciò non esclude che le Regioni, nell'ambito della competenza regolativa del mercato del lavoro, possano legiferare in tema di collocamento mirato, come testimoniano le numerose leggi regionali in materia di mercato del lavoro e di promozione dell'occupazione, emanate successivamente alla riforma del Titolo V, Parte II, Cost., che dedicano una particolare attenzione alle «Politiche per l'inserimento lavorativo dei disabili», occupandosi della fissazione dei principi e delle metodologie per le programmazioni regionali e provinciali sull'integrazione lavorativa dei disabili; della definizione delle competenze regionali e provinciali; della concertazione e sussidiarietà orizzontale; del Fondo regionale per l'occupazione; delle convenzioni e dei servizi di integrazione lavorativa (24).

In quest'alveo normativo si colloca la l. reg. Puglia 23.3.2015, n. 12, finalizzata a realizzare «un sistema integrato di interventi per la diffusione della cultura della legalità e della pace» e a promuovere l'impegno «contro ogni forma di criminalità e per il contrasto a ogni fenomeno di infiltrazione del crimine organizzato nel tessuto sociale ed economico regionale», attuando *lato sensu* il diritto al collocamento obbligatorio delle vittime della mafia, della criminalità organizzata, del terrorismo e del dovere.

4. — *La legittimità della regola dell'assunzione nei ruoli della Regione, ovvero presso enti dipendenti da questa, per chiamata diretta e personale* — La prima questione di legittimità sollevata sulla l. reg. Puglia n. 12/2015 attiene alla previsione, ex art. 7, c. 1, dell'assunzione per chiamata diretta e personale delle «vittime», beneficiarie del collocamento obbligatorio, ipotizzandosi la lesione della potestà legislativa statale in materia di ordinamento civile.

A ben guardare, il tenore letterale della norma sembrerebbe fondare la sollevata eccezione di illegittimità costituzionale, nella misura in cui prevede l'assunzione diretta e personale «con livello contrattuale e qualifica corrispondenti al titolo di studio posseduto», senza alcuna ulteriore specificazione, in tal modo lasciando intendere che tale meccanismo di assunzione valga per tutti i livelli contrattuali. Ma così non è, in quan-

tivo alla legislazione regionale, considerata espressiva di tutti gli interessi emergenti a livello regionale», pur essendo transitata la tutela degli interessi pubblici dallo Stato alle Regioni, ma non anche l'ordinamento civile, oggetto della giurisdizione civile, in forza della norma *sub* art. 117, lett. l, Cost.

(22) Vd., a tal proposito, C. cost. 11.2.2014, n. 19; C. cost. 23.7.2013, n. 229; C. cost. 7.6.2013, n. 131; C. cost. 21.3.2012, n. 63; C. cost. 29.4.2010, n. 151; C. cost. 14.6.2007, n. 189; C. cost. 21.3.2007, n. 95, C. cost. 28.1.2005, n. 50, tutte in *giurcost.org*.

(23) C. cost. n. 150/2015.

(24) Per un approfondimento su tale normativa regionale, per brevità rinvio a Garofalo 2006.

to nel proprio *incipit* la norma richiama l'art. 1, l. n. 407/1998, che diversifica le modalità di assunzione a seconda del livello retributivo, escludendo l'assunzione diretta per quelli dal sesto all'ottavo, per i quali è prevista la prova di idoneità e il limite del 10% del numero di vacanze nell'organico (25).

La seconda questione di legittimità costituzionale concerne l'art. 7, c. 5, l. reg. Puglia n. 12/2015, nella parte in cui prevede l'adempimento dell'obbligo del collocamento anche «dagli enti e agenzie istituiti o comunque dipendenti o controllati dalla Regione Puglia, dalle società di capitale dalla stessa interamente partecipate nonché dalle aziende e unità sanitarie locali», in quanto l'estensione della platea degli obbligati determinerebbe una invasione della competenza esclusiva statale in materia di ordinamento civile.

Anche questa eccezione è stata rigettata da parte della Corte costituzionale, ritenendosi che la norma censurata non esorbita dalle previsioni di principio contenute nella l. n. 68/1999, e nello specifico nell'art. 20, che rimette alla Regione il compito di attuare le disposizioni del legislatore statale e interviene su materie rientranti nell'organizzazione amministrativa regionale.

Convenendosi con la statuizione del giudice delle leggi, va detto che al fondo della questione di legittimità costituzionale v'è una evidente carenza di interpretazione sistematica del dato normativo; infatti, le amministrazioni pubbliche interessate dal sistema di collocamento obbligatorio sono quelle *sub* art. 1, c. 2, d.lgs. n. 165/2001, tra le quali vi sono non solo le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, ma anche le Regioni e gli enti locali. Questi ultimi a loro volta controllano con meccanismi di partecipazione totalitaria alcuni soggetti (si pensi proprio alle società di capitale a totale partecipazione regionale) cui sono affidati compiti istituzionali e sui quali sono esercitati penetranti poteri di controllo, di direzione e di sorveglianza, come se fossero quindi ramificazioni organizzative del medesimo ente.

Di conseguenza, la Regione ben può attuare le previsioni di cui alla l. n. 68/1999, estendendo ai soggetti in questione le disposizioni in materia di collocamento obbligatorio in favore delle «vittime».

A ben guardare, la Regione Puglia ha meritoriamente colmato una lacuna.

5. — *L'illegittimità costituzionale dell'estensione del collocamento obbligatorio ai genitori e al convivente more uxorio della «vittima»* — L'uniformità dell'ordinamento civile, *ex* art. 117, c. 2, lett. l, Cost., viene messa in discussione dall'art. 7, c. 3, l. reg. Puglia n. 12/2015, che ha incluso tra i beneficiari del collocamento obbligatorio anche il convivente *more uxorio* e i genitori della «vittima», ampliando l'elenco degli aventi diritto previsti dall'art. 1, c. 2, l. n. 407/1998 (coniuge, figli e, a certe condizioni, i fratelli).

La Regione Puglia ha articolato le proprie difese sostenendo di aver semplicemente provveduto a far propria l'equiparazione tra coniuge e convivente *more uxorio* «che già traspare, seppure in modo frammentario e incompiuto, dalla legislazione statale e da altre leggi regionali, come quella siciliana, adottate nella medesima materia e non impugnate dallo Stato», in perfetta assonanza con la Risoluzione del Parlamento europeo del 13.3.2012 sulla parità tra uomini e donne nell'Unione europea e a una non meglio

(25) Vd. C. cost. n. 175/2016, par. 5.1.

indicata giurisprudenza della C. Edu; quanto all'estensione del collocamento ai genitori della vittima, vengono invocate imprecise «previsioni statali, riguardanti dipendenti pubblici e cittadini vittime del dovere o di azioni terroristiche».

A ben guardare, la Corte costituzionale perviene alla dichiarazione di incostituzionalità limitandosi a rilevare la violazione del principio di parità di trattamento in relazione alla materia dell'ordinamento civile, sostanzialmente evidenziando l'illegittimità di una disciplina che assicuri il diritto al collocamento obbligatorio ai genitori delle vittime in questione in Puglia, ma non in altre regioni, discriminando le persone unicamente in base alla provenienza territoriale.

Le difese della Regione Puglia, per quanto lacunose e prive di riferimenti normativi e giurisprudenziali, evocano la *vexata quaestio* dell'equiparazione tra coniuge e convivente *more uxorio*. E, infatti, il legislatore statale è alquanto tentennante nei confronti dei conviventi *more uxorio* (26), tuttora privi di una sostanziale tutela (27).

La Regione, però, non fa riferimento a una forma di tutela generalizzata, ma a una equiparazione che emerge in modo frammentario ed episodico nelle maglie della legislazione italiana. In effetti, un controllo approfondito della normativa primaria, sia statale, sia regionale, conforta il contenuto della difesa della Regione Puglia.

Quanto alla normativa statale si segnalano gli artt. 1, c. 458 ss., l. n. 208/2015, e 5-*bis*, d.l. 24.6.2016, n. 113, aggiunto in sede di conversione dalla l. 7.8.2016, n. 160.

Nel primo caso si riconosce una tutela economica progressiva ai familiari delle vittime dell'alluvione di Sarno del 5.5.1998, inserendo anche il convivente *more uxorio* tra i soggetti tutelati, sebbene in via estremamente residuale (28).

Nel secondo caso si fa riferimento alle disposizioni in favore delle famiglie delle vittime del disastro avvenuto sulla tratta ferroviaria Andria-Corato del 12.7.2016, per il quale il Governo ha autorizzato la spesa di 10 milioni di euro per l'anno 2016, riconoscendo alcune elargizioni secondo un preciso ordine progressivo, anche in favore del convivente *more uxorio*, in assenza di altri familiari aventi titolo, sebbene in presenza di figli a carico della vittima nati da rapporti di convivenza *more uxorio* si preveda che l'elargizione sia assegnata al convivente *more uxorio* con lo stesso ordine di priorità previsto per i coniugi, e quindi diventando il primo avente titolo.

Sempre in tema di legislazione statale va menzionata la recente pronuncia della Corte costituzionale n. 213/2016, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, c. 3, l. n. 104 del 1992, come modificato dall'art. 24, c. 1, lett. a, l. n. 183/2010, nella parte in cui non include il convivente tra i soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito per l'assistenza alla persona con handicap in situazione di gravità, in alternativa al coniuge, parente o affine entro il secondo grado, in quanto l'esclusione limita il diritto alla salute psicofisica del portatore di handicap. Pertanto,

(26) In dottrina, vd. Giacobbe 2009; più recentemente vd. Cariola 2015.

(27) Da ultimo, la questione di legittimità dell'art. 13, r.d.l. n. 636/1939, che attribuisce la pensione di reversibilità al coniuge superstite del pensionato deceduto e non al convivente *more uxorio*, è stata esclusa da T. Roma 22.12.2015, in *giustiziacivile.com* del 29.4.2016, secondo cui «L'esclusione non è irragionevole tenuto conto del fatto che il diritto del coniuge superstite a percepire dall'ente pubblico una quota del trattamento pensionistico di cui godeva in vita il coniuge defunto ha il suo fondamento nella previa esistenza di un reciproco e stabile obbligo di mutua assistenza».

(28) Vd. l'art. 1, c. 460, lett. f l. n. 208/2015.

è irragionevole che nell'elencazione dei soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito ivi disciplinato non sia incluso il convivente della persona con handicap in situazione di gravità.

È ben chiaro che siffatta pronuncia ha avuto di mira l'interesse del portatore di *handicap* grave, ma ciò non toglie che l'art. 33, c. 3, l. n. 104/1992, come interpretato dalla Consulta, costituisce un ulteriore tassello del progressivo riconoscimento da parte dell'ordinamento della convivenza *more uxorio*.

Quanto alla normativa regionale, l'apparato di norme a tutela della convivenza *more uxorio* appare decisamente più ricco, prevedendosi indennizzi a favore del convivente *more uxorio* della vittima di condotte estorsive (29), ovvero forme di sostegno economico alle coppie, anche conviventi *more uxorio* e a prescindere dal sesso, che abbiano intenzione di acquistare la prima casa (30), oppure tutele in occasione della determinazione dei canoni di locazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica (31). In altri casi, si dà comunque rilevanza alla sussistenza di questo rapporto di fatto; si pensi all'obbligo imposto ai componenti della Giunta della Regione Calabria e ai consiglieri delegati di allontanarsi dalla seduta durante l'esame e la votazione di proposte che riguardino affari anche di interesse del convivente *more uxorio*; obbligo esteso anche al segretario generale e al dirigente del settore Segreteria di Giunta che cura la verbalizzazione (32).

L'emergenza della convivenza *more uxorio* quale fenomeno sociale meritevole di tutela e di attenzione, però, non è un argomento probante, rispetto alla insussistenza della lesione dei principi costituzionali per i quali è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale del c. 3, dell'art. 7, della l. reg. Puglia n. 12/2015.

Infatti, l'estensione operata dalla Regione Puglia sia ai conviventi *more uxorio*, sia ai genitori, si innesta su aspetti regolamentari di competenza dello Stato, non potendosi ammettere il riconoscimento di un vero e proprio diritto soggettivo al collocamento obbligatorio, e quindi a un posto di lavoro, in una regione piuttosto che in un'altra. Oltre alla lesione dell'art. 117, c. 2, lett. l, Cost., in tema di ordinamento civile, appare palese la violazione degli artt. 3 e 4, Cost., vista la differenziata tutela su base regionale in materia di rapporto al lavoro.

Viceversa, le difese della Regione Puglia colgono nel segno quando evidenziano la presenza di disposizioni analoghe, adottate dalla Regione Sicilia nella medesima materia e non impugnate dallo Stato; e sebbene sia dalla difesa in questione, sia dalla sentenza non emerga alcuna traccia precisa del riferimento normativo regionale invocato, esso è sicuramente rinvenibile nella l. reg. Sicilia 13.9.1999, n. 20, recante «Nuove

(29) Vd., in tal senso, l'art. 4, Reg. reg. Calabria 19.10.2009, n. 15.

(30) Vd. decreto del presidente della Giunta reg. Friuli Venezia Giulia 23.12.2013, n. 0262/Pres, recante modifiche al Regolamento di esecuzione della legge regionale 7.3.2003, n. 6, concernente i criteri e le modalità per la concessione delle garanzie integrative di cui all'art. 5, l. reg. 26.2.2001, n. 4, emanato con decreto del presidente della Giunta reg. 12.10.2010, n. 0218/Pres, il cui art. 1 prevede la possibilità di presentazione della domanda anche a coppia formata da persone dello stesso sesso, convivente *more uxorio* o intenzionata a convivere *more uxorio*.

(31) Vd., in tal senso: l. reg. Campania 6.5.2013, n. 5; l. reg. Puglia 7.4.2014, n. 10; l. reg. Toscana 31.3.2015, n. 41.

(32) Così l'art. 10 della deliberazione della Giunta regionale Calabria 4.8.2015, n. 278.

norme in materia di interventi contro la mafia e di misure di solidarietà in favore delle vittime della mafia e dei loro familiari».

Il convivente *more uxorio* risulta tutelato nella legislazione siciliana sia sotto il profilo economico (33), sia sotto quello occupazionale, con una disposizione letteralmente identica a quella pugliese oggetto di censura, anche per quanto concerne la platea dei soggetti obbligati (34).

L'autonomia regionale speciale concessa alla Regione Sicilia non sembra giustificare l'adozione di disposizioni palesemente in contrasto con i principi costituzionali *sub* artt. 3 e 4 Cost.

Peraltro, la l. reg. Sicilia n. 20/1999 è stata adottata prima della riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione e su di essa è stata sollevata anche più di una questione di legittimità costituzionale da parte del Commissario dello Stato per la Regione Siciliana, in riferimento però a norme diverse dagli artt. 2 e 4 Cost., e per profili di illegittimità diversi, sui quali la stessa Corte costituzionale si è pronunciata, accogliendo le doglianze del Commissario e quindi dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 22, l. reg. Sicilia 13.9.1999, n. 20 (35).

In sostanza, il Commissario straordinario non si è avveduto della sospetta incostituzionalità degli artt. 2 e 4, l. reg. Sicilia n. 20/1999, consentendo a queste disposizioni di operare tuttora, senza alcuna possibilità di intervento postumo da parte della Corte costituzionale, essendo oramai spirato il termine previsto dall'art. 31, l. n. 87/1953, secondo cui «il Governo, quando ritenga che una legge regionale ecceda la competenza della Regione, può promuovere, ai sensi dell'articolo 127, comma 1, della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale della legge regionale dinanzi alla Corte costituzionale entro sessanta giorni dalla pubblicazione».

A ben guardare, l'eventuale questione di legittimità tardiva, inerente gli articoli non impugnati tempestivamente, sarebbe certamente dichiarata improcedibile dalla Corte per violazione degli artt. 127, c. 1, Cost. e 31, l. n. 87/1953.

L'unica possibilità per ricondurre *ad unitatem* l'ordinamento giuridico sarebbe quella di un'abrogazione degli artt. 2 e 4, l. reg. Sicilia n. 20/1999, *in parte quibus* da parte della stessa Regione autonoma, con salvezza ovviamente delle posizioni giuridiche consolidate.

Peraltro, dall'esame della giurisprudenza che si è occupata della l. reg. Sicilia n. 20/1999, emerge l'unicità dei benefici ivi previsti, tanto che in quella regione «a differenza che nel resto d'Italia, le vittime della mafia possono ottenere una elargizione in denaro (anche sotto forma di vitalizio) e l'assunzione presso una p.a.» (36), qualificate come vero e proprio diritto soggettivo dalla giurisprudenza amministrativa di riferimento (37), dando fiato alla tesi dell'incostituzionalità della normativa che prevede

(33) Così l'art. 2 della l. reg. Sicilia n. 20/1999.

(34) Così l'art. 4 della l. reg. Sicilia n. 20/1999.

(35) C. cost. 13.3.2001, n. 55.

(36) Vd. Tar Palermo, S. I, 6.11.2012, n. 2245, in *Foro amm. Trib. amm. reg.*, 2012, 3680.

(37) Vd. Tar Palermo, S. I, 4.3.2010, n. 2377, in *Foro amm. Trib. amm. reg.*, 2010, 1068; Tar Palermo, S. I, 14.10.2005, n. 2824, *ivi*, 2005, 3309; *contra*, per la natura di interesse legittimo, quanto meno con riferimento all'indennizzo, vd. però Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, S. giurisdizionale, 13.2.2012, n. 180, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2012, 477.

il diritto all'assunzione non potendosi consentire l'assunzione alle dipendenze di una pubblica amministrazione solo in una parte del territorio nazionale.

6. — *L'illegittimità costituzionale della disciplina regionale dei permessi retribuiti concessi alle vittime della mafia, della criminalità organizzata, del terrorismo e del dovere* — Le censure di illegittimità costituzionale hanno trovato accoglimento anche con riferimento all'art. 8, cc. 1 e 3, l. reg. Puglia n. 12/2015, che riconoscono ai lavoratori subordinati assunti in base all'art. 7 della stessa legge il diritto di assentarsi dal posto di lavoro per un numero massimo di cento ore annue al fine di partecipare a iniziative pubbliche, anche presso scuole e istituzioni, finalizzate alla diffusione della cultura della legalità e della memoria delle vittime della mafia, della criminalità organizzata, del terrorismo e del dovere. Dette ore sono retribuite quali normali ore di lavoro, anche ai fini previdenziali.

Anche in questo caso si è ritenuta realizzata l'invasione delle competenze statali in materia di ordinamento civile.

La normativa scrutinata è intervenuta sulla regolamentazione del rapporto di lavoro, senza alcun addentellato con il collocamento mirato, invadendo anche la competenza statale in materia di previdenza sociale, nella misura in cui ha previsto che le ore di permesso, oltre che essere retribuite, sono altresì assoggettate a contribuzione.

Riferimenti bibliografici

- Carinci F. (2003), *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *ADL*, I, 17 ss.
- Cariola A. (2015), *Famiglie e convivenze: il rilievo costituzionale comporta la giuridicizzazione dei rapporti interni*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 127 ss.
- Caruso S. (2004), *Il diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà (le competenze territoriali nella governance multilivello)*, in *ADL*, I, 801 ss.
- Ciucciiovino S. (2000), *Art. 18*, in Santoro Passarelli G., Lambertucci P. (a cura di), *Legge 12 marzo 1999, n. 68. Norme per il diritto al lavoro dei disabili. Commentario*, in *NLC*, 1462 ss.
- De Luca M. (2002), *Il lavoro nel diritto regionale: tra Statuto della Regione siciliana e recenti modifiche al Titolo V della Parte seconda della Costituzione (note minime)*, in *FI*, V, 260 ss.
- De Luca M. (2003), *Il lavoro nel diritto regionale: recenti modifiche del Titolo quinto della Parte seconda della Costituzione e Regioni a Statuto speciale*, in *DL*, I, 199 ss.
- Di Stasi A. (2004), *Il diritto del lavoro nelle Regioni a Statuto ordinario*, in Di Stasi A. (a cura di), *Diritto del lavoro e federalismo*, Giuffrè, Milano, 39 ss.
- Galgano F. (2004), *Ordinamento civile e diritto del lavoro*, in Di Stasi A. (a cura di), *Diritto del lavoro e federalismo*, Giuffrè, Milano, 7 ss.
- Garilli A. (1997), *Il lavoro nel Sud*, Giappichelli, Torino.
- Garofalo D. (2005), *Federalismo e diritto «per il» lavoro*, Cacucci, Bari.
- Garofalo D. (2006), *Lo stato di disoccupazione tra legislazione statale e regionale*, in *Previdenza e assistenza pubblica e privata*, Giuffrè, 953 ss.
- Garofalo D. (2009), voce *Disabili (lavoro dei)*, in *DDPComm., Aggiornamento, Appendice*, Utet, Torino, 759 ss.

- Giacobbe G. (2009), *Famiglia o famiglie: un problema ancora dibattuto*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 305 ss.
- Gotti P. (2011), *Principio di concorsualità per l'accesso al lavoro pubblico e per la progressione in carriera al vaglio della Corte costituzionale*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2703 ss.
- Luciani M. (2002), *Regioni e diritto del lavoro. Note preliminari*, in *ADL*, I, 57 ss.
- Magnani M. (2002), *Il lavoro nel Titolo V della Costituzione*, in *ADL*, I, 645 ss.
- Napoli M. (2002a), *La regolamentazione dell'apprendistato fra Stato, Regioni e autonomia collettiva*, in *Lavoro, diritto e mutamento sociale (1997-2001)*, Giappichelli, Torino, 138 ss.
- Napoli M. (2002b), *Disegno di legge delega e modifiche al Titolo V della Costituzione*, in *DRI*, 361 ss.
- Pavoni F. (2009), *Benefici in favore delle vittime della mafia: presupposti per la concessione e riparto di giurisdizione*, in *RCP*, 619 ss.
- Pinto V., Voza R. (2002), *Il governo Berlusconi e il diritto del lavoro dal Libro bianco al disegno di legge delega*, in *RGL*, I, 453 ss.

Domenico Garofalo
*Professore ordinario di Diritto del lavoro
presso l'Università di Bari «Aldo Moro»*

I

CASSAZIONE, 5.10.2016, n. 19922 – Pres. Nobile, Est. Bronzini, P.M. Ceroni (diff.) – Fidelitas Spa (avv.ti De Luca Tamajo, Morone, Paternò, Salimbeni, Toffoletto) c. M.S. (avv.ti Cester, Cossu, Rossi).
Conf. Corte d'Appello di Venezia, 18.4.2015.

Controlli sul lavoratore – Divieto di controllo a distanza – Controlli difensivi – Gps – Garanzie procedurali – Inutilizzabilità dei dati acquisiti.

I controlli difensivi legittimi sui dipendenti sono solo quelli che riguardano specifiche condotte lesive estranee al rapporto di lavoro, e non quelli concernenti un controllo a distanza dell'ordinaria prestazione lavorativa. L'effettività del divieto di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori richiede che anche ai controlli difensivi si applichino le garanzie dell'art. 4, c. 2, l. n. 300/70: se, dunque, per evitare attività illecite o per motivi organizzativi o produttivi, il datore di lavoro può installare impianti e apparecchi di controllo che rilevino anche dati relativi alla attività lavorativa dei dipendenti, questi non possono essere utilizzati per provare l'inadempimento contrattuale dei lavoratori (nella specie, mediante un sistema di controllo satellitare Gps, installato nella vettura di un dipendente di un istituto di vigilanza per la verifica dell'effettività delle visite presso i clienti, era stato contestato al lavoratore di aver registrato nel rapporto di giro ispezioni in realtà non effettuate, perché il veicolo risultava altrove nell'orario indicato). (1)

II

CASSAZIONE, 13.5.2016, n. 9904 – Pres. Venuti, Est. Patti, P.M. Mastroberardino (conf.) – Grandi stazioni Spa (avv.ti Boursier Niutta, De Luca) c. C.F. (avv. Ferraro).
Conf. Corte d'Appello di Napoli, 28.12.2012.

Controlli sul lavoratore – Divieto di controllo a distanza – Controlli difensivi – Registrazione degli accessi e delle presenze – Badge – Garanzie procedurali – Inutilizzabilità dei dati acquisiti.

La rilevazione dei dati di entrata e uscita dall'azienda mediante un'apparecchiatura predisposta dal datore di lavoro (un badge elettronico idoneo a registrare non solo la presenza, ma anche le sospensioni, i permessi e le pause, e a

comparare nell'immediatezza i dati di tutti i dipendenti), ove utilizzabile anche in funzione di controllo a distanza del rispetto dell'orario di lavoro e della correttezza dell'esecuzione della prestazione, si risolve in un accertamento sul quantum dell'adempimento, sicché è illegittima ai sensi dell'art. 4, c. 2, l. n. 300/70, se non concordata con le rappresentanze sindacali, ovvero autorizzata dall'Ispettorato del lavoro, dovendosi escludere che l'esigenza di evitare condotte illecite da parte dei dipendenti possa assumere portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore. (2)

(1-2) *BADGE E GPS: STRUMENTI DI CONTROLLO (E PROBATORI),
PRIMA E DOPO IL JOBS ACT (*)*

SOMMARIO: 1. I contenuti delle pronunce. — 2. *Badge* e *Gps*: nell'art. 4 St. lav. precedente alla novella del d.lgs. n. 151/15. — 3. *Segue*: tra i cc. 1 e 2 del nuovo art. 4 St. lav.

1. — *I contenuti delle pronunce* — La Cassazione, in entrambe le sentenze (n. 9904/16 e n. 19922/16), ha confermato la illegittimità del licenziamento per giusta causa del lavoratore, sancita nei giudizi di merito (1), e la conseguente tutela reintegratoria, sulla base della inutilizzabilità come fonti di prova dei dati acquisiti a giustificazione dello stesso. Ossia, anomalie rilevate: nel primo caso (2), da un *badge* con tecnologia Rfid (la non coincidenza delle timbrature del lavoratore in entrata e in uscita rispetto agli effettivi orari osservati, in accordo con altri colleghi per la sistematica registrazione — da parte del primo ad arrivare in azienda e dell'ultimo a uscire — del *badge* anche degli altri, così da far figurare per tutti una presenza superiore a quella reale); nel secondo caso, dal sistema satellitare *Gps* installato sull'autovettura del lavoratore (la registrazione, da parte del lavoratore, nel rapporto di giro di ispezioni presso clienti non effettuate, risultando il veicolo altrove nell'orario indicato). Ciò in quanto la Corte ha ritenuto la prova raggiunta attraverso apparecchiature illecite di controllo a distanza in violazione dell'art. 4, c. 2, St. lav. (precedente alla riforma dell'art. 23, d.lgs. n. 151/15).

Il *badge* Rfid (*Radio Frequency Identification*) (3) è stato configurato come «strumento di controllo a distanza dei lavoratori, e non mero rilevatore di presenza», poiché

(*) I parr. 1 e 2 sono di A. Mellace; il par. 3 è di A. Trojsi.

(1) Rispettivamente: T. Napoli 29.9.2010, in *RIDL*, 2011, II, 31, con nota di Fusco (Fusco 2011), e C. App. Napoli 28.12.2012, n. 5489; T. Padova 12.12.2014, e C. App. Venezia 18.4.2015, n. 250.

(2) Giovanardi 2016; Servidio 2016. Sul licenziamento per uso illecito del *badge*, vd. anche Cass. 7.12.2010, n. 24796, in *FI*, 2011, n. 10, I, 2819; Cass. 8.1.2013, n. 205, 23.3.2016, n. 5777, e 25.5.2016, n. 10842.

(3) Con un *chip* Rfid nel *badge* — che consente il riconoscimento a distanza mediante onde radio (Stanchi 2005; Toffoletto 2006, 32) — azionabile col posizionamento a pochi cm dal lettore ottico (che si attiva, illuminandosi, al passaggio del lavoratore, anche senza sua collabora-

consente di comparare i dati di tutti i dipendenti, riguardanti non solo l'orario di ingresso e di uscita, ma anche le sospensioni, i permessi, le pause: con un controllo continuo e globale – specie sull'osservanza «dell'obbligo di diligenza, sotto il profilo del rispetto dell'orario di lavoro», e sulla correttezza dell'esecuzione della attività lavorativa e sul *quantum* della prestazione – illegittimo per l'assenza di accordo collettivo aziendale o di autorizzazione dell'Ispettorato del lavoro.

Analogamente, il Gps (*Global Position System*) sull'automobile aziendale, unitamente al collegato sistema *patrol manager*, è stato reputato impianto di controllo a distanza sull'attività lavorativa (e non «difensivo» a tutela di beni estranei al rapporto di lavoro), illegittimo anche perché pervasivo, sistematico e indiscriminato, poiché predisposto *ex ante* e in via generale, prima di sospetti su violazioni dei lavoratori o reclami di clienti.

2. — *Badge e Gps: nell'art. 4 St. lav. precedente alla novella del d.lgs. n. 151/15* — In assenza di menzione dei sistemi di rilevazione di accessi e presenze nell'originario art. 4 St. lav., la questione della qualificazione del *badge* quale strumento di controllo «preterintenzionale» a distanza dei lavoratori, e della sua riconducibilità alla sfera applicativa della norma (con necessità di previo accordo sindacale o autorizzazione amministrativa) (4), è stata appannaggio della giurisprudenza, divisa tra due orientamenti.

La sentenza n. 9904, e quelle di merito relative, aderiscono alla tesi che reputa il *badge* strumento di controllo a distanza («temporale», se non anche «spaziale») ai sensi dell'art. 4, c. 2, St. lav. (5): potendo i dati essere trasmessi agli uffici preposti al controllo, ed elaborati, in un momento differito. Altro orientamento (di merito) (6), invece, nega l'inquadrabilità del *badge* tra i dispositivi atti a controllare a distanza il lavoratore, poiché: è attivato dallo stesso lavoratore, con l'inserimento del tesserino magnetico nel lettore; registra solo gli orari di ingresso e di uscita dall'azienda, dati estrinseci rispetto alla prestazione lavorativa, peraltro essenziali per il pagamento delle retribuzioni e dei contributi previdenziali, dunque trasmessi all'ufficio del personale a soli fini di gestione amministrativo-contabile; consente al lavoratore di verificare, dalla busta paga, l'esattezza dei dati. La liceità dello strumento è ricondotta alla sua inidoneità

zione ai sensi del regolamento aziendale, avvicinando il *badge* e digitando la causale della timbratura) collegato, per mezzo della rete *lan*, all'ufficio del personale tramite un *server http*, con la trasmissione in tempo reale (e registrazione) dei dati acquisiti: relativi non solo alla presenza in ufficio, ma anche ai movimenti, all'interno e all'esterno della struttura.

(4) Bellavista 1995, 103 ss.; Flores 1996; Levi 2007, 411; Salimbeni 2010, 594; Trojsi 2013, 327; Zoli 2009, 490 ss.

(5) Persino se installato per il vantaggio (ad es., sicurezza) dei dipendenti. Vd. anche Cass. 17.7.2007, n. 15892, in *RGL*, 2008, II, 358, con nota di Bellavista, in *MGL*, 2007, 868, con nota di Ranieri, e in *RIDL*, 2008, n. 3, II, 714, con nota di Vallauri (su un congegno nel garage auto dei dipendenti, attivabile mediante un tesserino personale con cui sono consentiti anche gli ingressi agli uffici); T. Milano 9.1.2004, in *RCDL*, 2004, 648.

(6) T. Milano 29.9.1990, in *OGI*, 1990, 10; T. Milano 26.3.1994, in *OGI*, 1994, 23; T. Milano 31.1.2001, in *NGL*, 2001, 442; T. Napoli 23.9.2010, in *RIDL*, 2011 II, 38, con nota di Fusco (Fusco 2011); Pret. Milano 12.7.1988, in *NGL*, 1989, 23; Pret. Napoli 15.3.1990, in *NGL*, 1990, 226; Pret. Torino 23.1.1992, in *Giurisprudenza piemontese*, 1992, 506 (sui tornelli).

a una penetrazione invadente della sfera personale (libertà e dignità) del lavoratore: in quanto fungibile con l'attività umana, svolgendo un controllo assimilabile a quello dell'uomo sull'uomo, più che a quello della macchina sull'uomo vietato dall'art. 4 (ossia di una apparecchiatura esterna che, autonomamente senza l'intervento determinante del lavoratore, monitori con modalità che escano da un rapporto paritario con lo stesso, intrusive, ossessive, subdole e vessatorie, occulto o palese che siano, senza possibilità di difesa).

Tali argomenti sono difficilmente sostenibili in rapporto all'evoluzione tecnologica di *badge* che non rilevino unicamente ingresso e uscita del lavoratore, ma anche dati ulteriori, e non richiedano un comportamento attivo del lavoratore. Al riguardo, occorre distinguere l'ipotesi del *chip* Rfid inserito su un supporto identificabile, come un *badge*, e di lettori visibili all'ingresso del luogo di lavoro – che si pone fuori dall'art. 4 St. lav. – da quella del lettore collocato all'interno dell'azienda per controllare, in un dato perimetro, tutti gli spostamenti (e i tempi) del lavoratore: che configura un controllo a distanza sull'attività dei dipendenti, ai sensi dell'art. 4 St. lav. (7). Accomunabili a tale ultima fattispecie sono i cd. «braccialetti elettronici»: *microchips* fatti indossare ai lavoratori, per generiche ragioni di sicurezza, in grado di controllarne la posizione nello spazio, i movimenti e i tempi di inattività in modo «ininterrotto e occulto» (8); come pure gli impianti di localizzazione satellitare Gps (9), non solo installati sull'autovettura, ma anche mediante telefonini *smartphone*, computer palmari, *tablet* o *notebook* connessi a internet (10).

Profili problematici presentano, infine, i *badge* che validano la timbratura tramite il riconoscimento di «dati biometrici» anatomici (impronte digitali, palmari o dattiloscopiche, caratteristiche antropometriche della mano, immagine facciale, iride, pupilla, voce), anche senza memorizzazione in una banca di dati, assumendo rilevanza la mera raccolta ed elaborazione temporanea del dato, potenzialmente rivelatore di informazioni fisiche e sulla salute del lavoratore: tale modalità invasiva può, pertanto, essere usata solo in casi particolari, tenuto conto delle finalità, del contesto (luogo di lavoro) e della natura delle attività svolte (ad esempio, per l'accesso ad «aree sensibili», precludendolo a persone non legittimate).

Le sentenze in commento sono, poi, da iscriversi al filone giurisprudenziale che riconduce i «controlli difensivi» all'art. 4, c. 2, St. lav. La sentenza n. 9904 fa propria la posizione per cui l'esigenza di evitare condotte illecite dei dipendenti non può assumere portata tale da giustificare un annullamento di ogni garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore, quando tali comportamenti riguardino l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro (11); fermo restando che esulano, invece, dal campo della norma le verifiche (legittime e non bisognose di accordo sindacale o autorizzazione amministrativa) dirette ad accertare unicamente illeciti del prestatore lesivi del patrimonio e dell'immagine aziendale, ossia beni estranei al rap-

(7) Pradelli 2007, 476.

(8) Fusco 2011, 34; Rodotà 2013, XIV.

(9) Soffientini 2013; Zoli 2009, 493 e 495.

(10) Cass. 27.5.2015, n. 10955, in *RGL*, 2015, II, 587, con nota di Russo.

(11) Vd. anche Cass. 17.6.2000, n. 8250, in *OGI*, 2000, I, 613; Cass. n. 15892/07; Cass. 23.2.2010, n. 4375, in *RGL*, 2010, n. 3, II, 462, con nota di Bellavista; Cass. 22.3.2011, n. 6498, in *GC*, 2012, I, 485; Cass., S. I, 19.9.2016, n. 18302. Gamba 2016, 132.

porto (12). Va oltre, in termini di protezione, la sentenza n. 19922: nel condividere il principio secondo cui «l'effettività del divieto di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori richiede che anche per i cd. controlli difensivi» – ossia per l'istallazione di apparecchi di controllo «per l'esigenza di evitare attività illecite», oltre che per motivi organizzativi o produttivi, «che rilevinò anche dati relativi alla attività lavorativa dei dipendenti» – trovino *sempre* «applicazione le garanzie dell'art. 4, c. 2, St. lav.» (13). In più, essa esclude che si possa parlare di «controlli difensivi» a «tutela di beni estranei al rapporto», quali «il patrimonio e l'immagine dell'azienda», là dove pregiudizi agli stessi derivino, in realtà, dalla non corretta esecuzione degli obblighi contrattuali, e non da condotte specifiche, quali appropriazioni indebite, furti, lesione della riservatezza di dati societari ecc. (trattandosi, invece, di «controllo a distanza dell'ordinaria prestazione lavorativa»): diversamente, si estenderebbe senza ragionevole limite il concetto di «controllo difensivo», perché quasi sempre la violazione di obblighi contrattuali dei dipendenti può generare danni alla società, che però costituiscono il «rischio naturale» correlato all'attività imprenditoriale, che la legge non consente di limitare attraverso sistemi invasivi della dignità dei lavoratori (14). Come pure, non possono considerarsi «difensivi» controlli generalizzati e precedenti l'emergere di sospetti.

(12) Spec. Cass. pen., S. VI, 4.6.2013, n. 30177, in *DPL*, 2014, n. 5, 263, secondo cui la strisciatura del *badge* sostituisce il personale all'ingresso – che annotava la presenza dei lavoratori, rilevandone il nome dal documento di identità o in base a conoscenza diretta – senza modo di controllare chi sia la persona che usa il *badge*, con una funzionalità di tale equivalente di un tesserino di riconoscimento fondata sulla fiducia nella condotta in buona fede del lavoratore. Conformi, in genere: Cass. 3.4.2002, n. 4746, in *RGL*, 2003, n. 1, II, 71, con nota di D'Arcangelo; Cass. pen. 28.1.2003, n. 10268, in *DPL*, 2003, 926; Cass. pen. 15.12.2006, n. 8042, in *Cassazione penale*, 2008, 1555; Cass. pen. 18.3.2010, n. 20722, in *RIDL*, 2011, I, 85, con nota di Tullini; Cass. 28.1.2011, n. 2117, in *ADL*, 2012, II, 136, con nota di Erboli; Cass. pen. 12.7.2011, n. 34842, in *Cassazione penale*, 2012, 1432; Cass. 23.2.2012, n. 2722, in *RGL*, 2012, n. 4, II, 740, con nota di Golisano; Cass. 4.4.2012, n. 5371, in *RIDL*, 2013, II, 113, con nota di Spinelli; Cass. 17.5.2013, n. 12091; Cass. pen., 16.1.2015, n. 2890, in *DPL*, 2016, n. 12, 769, con nota di Servidio; Cass. pen. 28.9.2015, n. 39206, in *DPL*, 2015, 2499; Cass. pen. 17.3.2016, n. 11419, in *DPL*, 2016, 1153; Cass. pen., S. II, 12.5.2016, n. 33567, in *DPL*, 2016, n. 36, 2144 (sul *badge*); Cass. 8.11.2016, n. 22662.

(13) Già Cass. 1.10.2012, n. 16622, in *RGL*, 2013, n. 1, II, 32, con nota di Mattei.

(14) Vd. anche il decreto del ministero del Lavoro, Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro, div. IV, 24.6.2004, in *RIDL*, 2005, II, 172, con nota di Santini (Santini 2005), che ha ritenuto la localizzazione satellitare di auto di pronto intervento di impresa erogatrice di gas rientrante nell'art. 4, c. 2, St. lav., potendo comportare un controllo (accidentale) a distanza dell'attività dei lavoratori, pur legittima (non integrando il divieto assoluto del c. 1) se motivata dall'esigenza organizzativa di migliorare efficacia e tempestività degli interventi e di certificazione dell'attività, in caso di contestazioni dell'utenza, in più non potendo la prestazione lavorativa essere disgiunta dall'obbligo di reperibilità dei dipendenti; nello stesso senso, la risposta a istanza di interpello del medesimo Ministero, Direzione generale per l'attività ispettiva, 28.11.2006, n. 25/I/0006585, sulla localizzazione con computer palmari di informatori scientifici del farmaco. *Contra*, per l'estraneità all'art. 4 St. lav.: Cass. n. 10955/15, sulla localizzazione del dipendente mediante accesso a *facebook* da cellulare, reputato controllo difensivo a tutela del patrimonio aziendale, sotto il profilo del regolare funzionamento e della sicurezza degli impianti, rispetto alla violazione del divieto di uso del telefono e di attività extralavorativa durante l'orario di servizio, successivamente sollecitato dalla necessità di riscontrare episodi occorsi precedentemente, e non lesivo dei principi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del

Riguardo, infine, alla dichiarazione di inutilizzabilità dei dati raccolti, il compito del primo giudice è stato agevolato dalla inesistenza dell'accordo aziendale, da cui la violazione dell'art. 4 St. lav.: posta la inidoneità della forma tacita o per *facta conclusio* (assenza di doglianze delle Rsa, consapevoli del sistema di rilevamento) e invece la necessità di accordo *scritto* (15) (in mancanza, di autorizzazione amministrativa) (16). Ma, anche in presenza di accordo, la conclusione sarebbe dovuta essere la stessa: l'istallazione di impianti nel rispetto del c. 2 dell'art. 4 St. lav. legittima il datore alla raccolta solo di dati concernenti le finalità organizzative, produttive e di sicurezza del lavoro, nonché di «controllo difensivo», e non ultronei sulle attività dei lavoratori, quale l'adempimento della prestazione, in virtù dell'assolutezza del divieto di controllo a distanza del c. 1, insuperabile anche dall'accordo sindacale, a garanzia della indisponibilità-intangibilità, pure collettiva, della libertà-dignità dell'individuo (da cui, la nullità delle clausole di un contratto aziendale autorizzatorie del controllo a distanza sull'attività lavorativa e la sanzione di inutilizzabilità dei relativi dati). Tale principio è esplicitato dalla sentenza n. 19922, che: chiarisce come gli Accordi sindacali aziendali del 2009, nell'autorizzare i sistemi Gps e *patrol manager* per ragioni di sicurezza (richiesti dalla Questura anche per l'incolumità dei lavoratori), prevedessero la non utilizzabilità degli stessi per il controllo a distanza dei lavoratori; e afferma che, «se per l'esigenza di evitare attività illecite o per motivi organizzativi o produttivi, il datore di lavoro può installare impianti o apparecchi di controllo che rilevino anche dati alla at-

rapporto di lavoro [in quanto mera modalità di accertamento dell'illecito del lavoratore, non invasiva o induttiva all'infrazione, supportata dalla giurisprudenza penale, che ritiene l'indagine, volta a seguire a distanza i movimenti di un soggetto e a localizzarlo attraverso Gps, una forma di pedinamento con strumenti tecnologici, non assimilabile a intercettazione *ex artt.* 266 ss. c.p.p. (Cass. pen., S. II, 13.2.2013, n. 21644), ma ad attività di investigazione (e prova) atipica (Cass. pen., S. IV, 27.11.2012, n. 48279), con utilizzabilità dei risultati, mediante libero apprezzamento, da parte del giudice]; Cass. 2.7.2015, n. 20440, in *RGL*, 2016, II, 148, con nota di Raimondi, e in *RIDL*, 2016, II, 249, con nota di Avogaro (Avogaro 2016), sul Gps nelle auto aziendali, ritenuto un controllo difensivo legittimo, inteso a rilevare comportamenti lesivi del patrimonio aziendale, tanto più per il lavoro esterno ai locali aziendali (ove è più facile la lesione dell'interesse all'esatta esecuzione della prestazione e dell'immagine dell'impresa). Vd., poi, C. App. Napoli, S. lav., 19.3.2011, n. 1021, in *MGL*, 2011, n. 8-9, 656, con nota di Ambrosino. Levi 2007, 416.

(15) Bellavista 2014.

(16) Tar Milano, S. I, 21.7.2006, n. 1854, in *Foro amm. Trib. amm. reg.*, 2006, n. 7-8, 2314.

Sull'indispensabilità di una specifica fonte normativa per il controllo con *badge* nel lavoro pubblico: Cass. 12.5.2006, n. 11025, in *FI*, 2006, n. 10, I, 2753 (che richiama la giurisprudenza amministrativa: ad es., Tar Roma 2.1.1990, n. 18, e 2.2.1995, n. 250). Vd., poi, C. App. Bologna 29.7.2015, n. 435, in *RIDL*, 2016, n. 2, II, 392, con nota di Mocella. Sul danno erariale: C. conti, S. giurisd. reg., 5.1.2006, n. 7, 9.6.2009, n. 86, e 3.12.2009, n. 162; C. conti, S. I, 15.7.2010, n. 449. Vd., poi, la modifica dell'art. 55-*quater*, d.lgs. n. 165/01 (a opera dell'art. 1, d.lgs. n. 116/16), sul licenziamento disciplinare per falsa attestazione della presenza in servizio, mediante alterazione di sistemi di rilevamento della presenza (Cass. 14.12.2016, n. 25750). Sull'illegittimità del provvedimento che dispone l'obbligo di rilevazione mediante *badge* delle presenze dell'avvocato di ente pubblico, in virtù del particolare *status* (e autonomia): Tar Catania 23.2.1994, n. 205; Tar Salerno, S. II, 15.1.2010, n. 30, in *Giurisprudenza di Merito*, 2010, n. 10, 2598; Tar Napoli 17.2.2014, n. 1045, in *FI*, 2014, n. 4, III, 241; parzialmente difforme, Tar Cagliari, S. I, 9.6.2016, n. 493.

tività lavorativa dei dipendenti, tali dati non possono essere utilizzati per provare l'inadempimento contrattuale del lavoratori» (17), data la illiceità di tali ultimi controlli, non reputabili «difensivi».

3. — Segue: *tra i cc. 1 e 2 del nuovo art. 4 St. lav.* — La collocazione del *badge* e del Gps nei cc. 1 o 2 del vigente art. 4 St. lav., riformato dal d.lgs. n. 151/15, ha rilevanti ripercussioni, poiché determina le condizioni di legittimità dell'installazione e uso degli impianti e della raccolta e utilizzabilità dei dati a fini probatori (anche per provvedimenti pregiudizievoli, pure disciplinari, per il lavoratore). In particolare, come dimostra la sentenza n. 19922, nell'attuale regime di «tutela globalmente affievolita» dei licenziamenti individuali, la disciplina protettiva dei lavoratori dal controllo a distanza assume la rafforzata valenza di strumento prezioso (sebbene «mediato») di difesa dal licenziamento ingiustificato, perché basato su risultanze di controlli in violazione dell'art. 4 St. lav.: la illegittimità della raccolta (e inutilizzabilità) dei dati fa venir meno gli elementi di prova del recesso datoriale, con configurazione della «insussistenza del fatto contestato»; quindi di uno dei pochi casi residui di tutela reintegratoria («attenuata») (art. 18, c. 4, St. lav., modificato dall'art. 1, c. 42, lett. b, l. n. 92/12; art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23/15).

L'attuale art. 4 St. lav. comporta una necessaria distinzione tecnica su caratteristiche e funzionalità concreta di ciascuno strumento, tipologia di dati registrabili e modalità e finalità del trattamento, per catalogarli nel c. 1 o nel c. 2 e, quindi, stabilire il tipo e le regole del controllo effettuabile.

Il *badge* di per sé rientra nella categoria degli «strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze» del c. 2: quindi beneficiario della relativa «immunità», esente da procedure e limiti del c. 1, con presunzione di legittimità dell'installazione (non bisognosa di autorizzazione sindacale o amministrativa) e dell'uso, liberamente effettuabile dal datore in deroga al divieto di controllo a distanza sui lavoratori (18). Il legislatore sembra così aver accolto l'orientamento giurisprudenziale che li riteneva leciti, in quanto recanti un controllo «a misura d'uomo» non contrastante con i valori di tutela dell'art. 4 St. lav.

In realtà, si tratta di una legittimità «parziale». La fattispecie del c. 2 va circoscritta al *badge* strettamente inteso – di tipo «tradizionale», sia ottico (il cui codice a barre identifica il lavoratore), sia magnetico (con banda magnetica in cui è impresso l'identificativo della persona) –, che necessita dell'intervento del lavoratore per l'attivazione e registra solo gli orari d'ingresso e uscita (dunque, il tempo di permanenza) nel luogo di lavoro in senso lato (comprendente spogliatoi, parcheggi, garage, bagni, corridoi, ascensori, aree riservate ecc.), senza acquisire alcun'altra informazione: unicamente tali dati non riguardano l'attività lavorativa e non integrano un controllo a distanza, e pertanto sono pienamente utilizzabili dal datore (anche per il calcolo degli importi dovuti in base al tempo lavorato).

(17) Già Cass. n. 16622/12.

(18) Sul *badge* dopo la riforma del 2015: Barraco, Sitzia 2016, 285 ss.; Bellavista 2016, 721; Del Punta 2016, 99 ss.; Ficari 2016, 94 ss. e 106 ss.; Goffredo, Meleca 2016, 1899; Lambertucci 2016, 274 ss.; Marazza 2016, 23; Salimbeni 2015, 606; Trojsi 2016, 673 ss.; Villa 2016, 710 ss.; Zoli 2016, 645 ss.

Mentre i *badge*, o comunque sistemi di rilevazione delle presenze, che acquisiscano informazioni ulteriori (a maggior ragione se con *continuità* di vigilanza, come sottolineato dalla sentenza n. 9904) (19) – come tracciatura degli spostamenti e durata della permanenza in aree aziendali, pause e sospensioni, o caratteristiche fisiche e dati sulla salute del lavoratore desumibili da sistemi identificativi biometrici – non rientrano nell’esonero del c. 2, ma devono essere ritenuti strumenti di potenziale controllo a distanza come da c. 1. Così è per molti dei *badge* più evoluti tecnologicamente, in specie «di prossimità», quali quelli con sistema Rfid, che consentono di monitorare continuamente i movimenti del lavoratore nel perimetro coperto. Essi necessitano, ai fini della legittimità, di previo accordo collettivo (20) o, in mancanza, autorizzazione amministrativa (21), e sono soggetti al limite di impiego (e di utilizzo dei dati raccolti) esclusivamente funzionale a esigenze organizzative, produttive, di sicurezza del lavoro e di tutela del patrimonio aziendale (dunque, ormai anche per la maggior parte dei «controlli difensivi», in virtù dell’aggiunta di quest’ultima per porre fine alle divergenze giurisprudenziali): in tale accezione restrittiva va interpretata la utilizzabilità delle informazioni raccolte ai sensi dei cc. 1 e 2 «a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro» (c. 3), con la sanzione della inutilizzabilità ad altri fini delle informazioni sui lavoratori (anche sull’adempimento della prestazione) e della nullità delle relative determinazioni datoriali, nonché di clausole di accordo sindacale derogatorie di tali limiti (oltre alle sanzioni penali degli artt. 38 St. lav. e 171, d.lgs. n. 196/03).

Se dunque, a prima vista, la conclusione della Cassazione potrebbe sembrare non più sostenibile, in virtù dell’esonero del *badge* nel c. 2, in realtà, invece, la particolare tipologia di *badge* oggetto della sentenza n. 9904 è riconducibile agli strumenti di controllo a distanza ai sensi del c. 1: anche in rapporto al novellato art. 4 St. lav. si conferma la condivisibilità dell’assunto del giudice.

La medesima conclusione va ritenuta valida per il puntamento di telecamere sul *badge*, sempre alla luce dell’art. 4 St. lav. riformato, rientrando esso nella videosorveglianza del c. 1 (22); e non nel c. 2, in quanto la videocamera non è direttamente «strumento di registrazione degli accessi e delle presenze», bensì «*strumento di controllo dello strumento di registrazione*» di accessi-presenze, dunque utilizzabile solo per esigenze organizzativo-produttive, di sicurezza del lavoro e di patrimonio aziendale, e previo provvedimento sindacale o amministrativo (persino qualora svolga «controlli difensivi», non essendo più propugnabile l’esclusione dall’art. 4 St. lav., in virtù dell’inserimento della finalità di «tutela del patrimonio aziendale» nel c. 1) (23).

(19) Così già Cass. n. 8250/00, n. 15892/07 (sul *badge*), e n. 2722/12; Cass. 9.2.2016, n. 2531, su un sistema di rilevazione automatica in tempo reale delle operazioni di sportello.

(20) Stipulato dalla Rsu o dalle Rsa; in alternativa, dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, per imprese con unità produttive ubicate in diverse province della stessa regione o in più regioni.

Conforme a tale interpretazione restrittiva, art. 6, Ccnl istituzioni e servizi socio-assistenziali 2017-2019 del 21.12.2016.

(21) Della sede territoriale dell’Ispettorato nazionale del lavoro o, in alternativa, per imprese con unità produttive negli ambiti più sedi territoriali, della sede centrale dell’Ispettorato (c. 1, modificato dall’art. 6, c. 2, d.lgs. n. 185/16).

(22) Ficari 2016, 108.

(23) Già Cass. 6.3.1986, n. 1490, in *MGL*, 1986, 498. Per la legittimità, invece, delle telecamere sul *badge* sotto l’originario art. 4 St. lav. – tanto più se piazzate dalla Polizia giudiziale

Ulteriore argomento a sostegno della collocazione del *badge* Rfid nel c. 1 dell'art. 4 deriva dalla sua riconducibilità al *genus* del controllo satellitare, e quindi dalla estensibilità delle considerazioni effettuabili per il Gps: difficilmente configurabile come strumento adoperato dal lavoratore «per rendere la prestazione lavorativa», e dunque nell'altra fattispecie del c. 2 oggetto di utilizzo datoriale libero, essendo questa più delimitata rispetto agli «strumenti di lavoro» latamente intesi (24), ristretta ai soli strumenti (e funzioni) costituenti specificamente e direttamente mezzo di esecuzione della prestazione. L'autovettura, quindi, è inquadrabile come strumento atto a rendere la prestazione; mentre il dispositivo di rilevamento satellitare (sul veicolo, o *software* del telefonino, *notebook* o *tablet*, peraltro disattivabile senza impedirne l'uso, o indossato dal dipendente) quasi mai è strettamente funzionale, in via primaria ed essenziale, a svolgere l'attività lavorativa – non essendo agevolmente individuabili mansioni che devono necessariamente essere effettuate telecomandando il lavoratore a distanza, e quindi monitorandone costantemente la posizione –, ma il più delle volte è elemento «aggiunto» installato prevalentemente ad altri fini, pur se accessori o connessi alla prestazione lavorativa, quali quelli di sicurezza, di tutela del patrimonio aziendale (o assicurativi) o (più genericamente) organizzativo-produttivi, rientrando nel c. 1 (25). Pure in questo caso vi è la persistente attualità della sentenza n. 19922, anche alla luce del novellato art. 4 St. lav. Ulteriori complicazioni comporta, poi, il controllo datoriale sugli «strumenti misti» – quali i sistemi di localizzazione satellitare della vettura

ria, con le garanzie processualpenalistiche (senza necessità di previa autorizzazione del giudice), per il perseguimento di reati (sul patrimonio aziendale) – e l'utilizzabilità delle riprese come prove (atipiche *ex art.* 189 c.p.p.), nonostante l'assenza dell'accordo sindacale o dell'autorizzazione amministrativa, ritenendo tali controlli difensivi fuori dall'art. 4 St. lav.: Cass. pen., S. VI, n. 30177/13; Cass. pen., S. II, n. 33567/16; Ufficio del giudice per le indagini preliminari Torino 13.5.2013, n. 993. Sulla configurazione del reato di truffa aggravata, Cass. pen., S. VI, 19.12.2011, n. 212, in *GDir.*, 2012, n. 11, 73; Cass. pen., S. II, 24.5.2016, n. 21617, in *DPL*, 2016, n. 24, 1488. E, per i dipendenti pubblici, di falsità ideologica in atto pubblico, Cass. pen., S. V, 18.10.2002, n. 5391, in *Cassazione penale*, 2004, 3632; Cass. pen., S. V, 13.10.2003, n. 46216; Cass. pen., S.U., 11.4.2006, n. 15983, in *LPA*, 2006, n. 6, II, 1157, con nota di Fondaroli; Cass. pen., S. V, 9.9.2015, n. 36429, in *DPL*, 2015, n. 43, 2495.

(24) Della delega: art. 1, c. 7, lett. *f* l. n. 183/14.

(25) Così la circolare dell'Ispettorato nazionale del lavoro del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali 7.11.2016, n. 2, «Indicazioni operative sull'utilizzazione di impianti Gps ai sensi dell'art. 4, cc. 1 e 2, l. n. 300/70» (già Comunicato stampa del ministero del Lavoro n. 18.6.2015) (Rausei 2017), sulla base della interpretazione per cui gli strumenti «per rendere la prestazione lavorativa» sono «quegli apparecchi, dispositivi, apparati e congegni che costituiscono il *mezzo indispensabile* al lavoratore per adempiere la prestazione lavorativa dedotta in contratto, e che per tale finalità siano stati posti in uso e messi a sua disposizione»; solo in casi particolari – di sistemi di localizzazione montati sulle auto per consentire la concreta ed effettiva attuazione della prestazione lavorativa (che altrimenti non potrebbe essere resa) o richiesti da specifiche norme di legge o regolamento (ad es., per il trasporto di portavalori) – essi si trasformano in veri e propri strumenti ai sensi del c. 2. Essa ha smentito il precedente parere della Direzione interregionale del lavoro Milano 10.5.2016, n. 5689, che aveva reputato rientrante nel c. 2 il rilevatore Gps impiantato sul veicolo, in quanto «l'automezzo e il Gps servono entrambi, inscindibilmente e unitariamente, al lavoratore per rendere la sua prestazione lavorativa, quindi sono strumento di lavoro nella loro unicità».

Sul controllo satellitare nel nuovo art. 4 St. lav.: Alvino 2016, 25; Del Punta 2016, 102; Ficari 2016, 98 e 103; Trojsi 2016, 675 ss.; Ziccardi 2016, spec. 51 ss.

aziendale o dei cellulari, *notebook* o *tablet* in dotazione ai lavoratori, di cui si consente l'uso personale – per la difficoltà materiale di separare i due tipi di contenuti (privato e professionale) dello strumento e di accedere solo ai secondi.

Ai fini dell'utilizzabilità dei dati raccolti, per entrambe le categorie di strumenti dei cc. 1 e 2, devono, inoltre, essere rispettati i due obblighi del c. 3 (26): di adeguata informazione al lavoratore (sia individualmente, sia mediante un regolamento aziendale opportunamente pubblicizzato) delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli, in ossequio a un principio di trasparenza e certezza delle regole del controllo; e di osservanza dell'articolato apparato di norme, sostanziali e procedurali, sulla protezione dei dati personali (corredate da sanzioni civili, penali e amministrative, con la possibilità di ricorrere al Garante per la protezione dei dati, oltre che al giudice ordinario), attualmente dettate dal d.lgs. n. 196/03 (ma oggetto di possibile adeguamento al Reg. n. 2016/679/UE generale sulla protezione dei dati: come prescritto dall'art. 88, che rinvia agli Stati membri la previsione di misure appropriate e specifiche a salvaguardia della dignità e dei diritti fondamentali dei lavoratori per il trattamento dei dati personali, in particolare con riguardo ai «sistemi di monitoraggio sul posto di lavoro») (27). Le registrazioni di ogni tipo di *badge* e dei sistemi satellitari rientrano nel campo di applicazione di detta normativa, essendo configurabili come «dati personali», in virtù della ampiezza della relativa nozione, che comprende: «qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione» (art. 4, c. 1, lett. *b*, d.lgs. n. 196/03) (28), a prescindere dal supporto che contiene i dati e dalla forma in cui sono trattati (informazioni cifrate, digitali, visive, sonore, biometriche ecc.) (29). Non a caso, più volte il Garante si è occupato dell'utilizzo, nel lavoro, dei sistemi di geolocalizzazione (30) e dei

(26) Trojsi 2016, 684 ss.

(27) Vd. anche, in senso restrittivo, artt. 15 («Sistemi informativi e tecnologie per la sorveglianza dei dipendenti, compresa la videosorveglianza»), 16 («Apparecchiature in grado di rivelare l'ubicazione di dipendenti»), 18 («Dati biometrici») e 21, Racc. Consiglio d'Europa n. R(2015)5 sul «Trattamento di dati personali nel contesto occupazionale», possibile oggetto di recepimento in un Codice di deontologia e di buona condotta (artt. 12, c. 1, e 111, d.lgs. n. 196/2003). Trojsi 2013, spec. 89 ss. e 698 ss.; Trojsi 2016, 702 ss.

(28) Anche art. 4, n. 1, Reg. n. 2016/679/UE, che enumera, tra gli identificativi, quelli *online*, i dati relativi all'ubicazione e gli elementi caratteristici dell'identità fisica della persona.

(29) Trojsi 2013, 401 ss.

(30) Provvedimento generale 4.10.2011, n. 370, su «Sistemi di localizzazione dei veicoli nell'ambito del rapporto di lavoro»; Provvedimento generale 9.3.2005, su «Etichette intelligenti (Rfid): il Garante individua le garanzie per il loro uso»; Provvedimenti 24.8.2006; 27.12.2007; 5.6.2008; 18.2.2010; 7.10.2010; 7.7.2011, n. 284; 7.7.2011, n. 285; 1.3.2012, n. 81; 1.8.2012, n. 134; 7.3.2013, n. 103; 7.11.2013, n. 499; 18.12.2013, n. 604 (annullato da T. S.M. Capua Vetere 23.5.2016); 2.10.2014, n. 434; 9.10.2014, n. 448; 8.1.2015, n. 2; 29.1.2015, n. 50; 7.5.2015, n. 270; 18.5.2016, n. 226; 8.9.2016, n. 350 (su cui: Costanzo 2014, 341; Levi 2013, 76 ss.; Trojsi 2013, 376 ss.). Vd., poi, Raccomandazione della Commissione europea 12.5.2009, sull'applicazione dei principi di protezione della vita privata e dei dati personali nelle applicazioni basate sull'identificazione a radiofrequenza; *Oecd Policy Guidance on Radio Frequency Identification*, 7.4.2008. Vd., inoltre, Pareri del Gruppo di lavoro Ue Articolo 29: 5.11.2005, n. 5, sull'uso di dati relativi all'ubicazione al fine di fornire servizi a valore aggiunto; 13.7.2010, n. 5, e 11.2.2011, n. 9, sulla proposta dell'industria relativa a un quadro per la realizzazione di valutazioni di impatto sulla protezione della vita privata e dei dati

badge (31), anche con tecnologia Rfid (32) o dati biometrici (33), assumendo per lo più orientamenti restrittivi a tutela della libertà e dei diritti della personalità dei lavoratori (e spesso richiamando l'art. 4 St. lav.), suscettibili di applicazione anche nel rinnovato quadro giuslavoristico (34).

Riferimenti bibliografici

- Alvino I. (2016), *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in *Labour & Law Issues*, n. 1, 1 ss.
- Avogaro M. (2016), *Abbandono ingiustificato del lavoro, Gps e investigatori privati tra controlli difensivi e Jobs Act*, in *RIDL*, II, 249 ss.
- Barraco E., Sitzia A. (2016), *Potere di controllo e privacy*, Ipsoa, Milano.
- Bellavista A. (1995), *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, Torino.
- Bellavista A. (2014), *Gli accordi sindacali in materia di controlli a distanza sui lavoratori*, in *LG*, 737 ss.
- Bellavista A. (2016), *Il nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Commentario breve alla riforma «Jobs Act»*, Cedam, Padova, 717 ss.

per le applicazioni Rfid; 16.5.2011, n. 13, sui servizi di geolocalizzazione su dispositivi mobili intelligenti.

(31) Provv. 4.6.1999; 4.6.2001; 20.12.2012, n. 433. Sfavorevoli all'orientamento della telecamera sul *badge*: punto 4.1, Provv. gen. 8.4.2010 in materia di videosorveglianza; Provv. 18.4.2013, n. 200.

(32) Provv. 23.4.2004; 9.3.2005; 1.3.2012; n. 350/16.

(33) Par. 4, Linee guida sul trattamento di dati personali dei lavoratori privati del 23.11.2006; par. 7, Linee guida sul trattamento di dati personali dei lavoratori pubblici del 14.6.2007; Linee guida in materia di riconoscimento biometrico e firma grafometrica del 12.11.2014. Provv. 19.11.1999; 21.7.2005; 23.11.2005; 15.6.2006; 26.7.2006; 1.2.2007; 8.11.2007; 4.1.2008; 15.2.2008; 19.6.2008; 2.10.2008; 8.4.2009; 4.6.2009; 12.6.2009; 17.9.2009; 15.10.2009; 29.10.2009; 10.12.2009; 17.11.2010; 10.3.2011, n. 100; 26.5.2011, n. 212; 10.6.2011; 5.7.2011; 20.10.2011, n. 393; 13.9.2012, n. 243; 29.11.2012, n. 374; 10.1.2013, n. 4; 31.1.2013, n. 38; 30.5.2013, n. 261; 30.5.2013, n. 262; 1.8.2013, n. 384; 28.11.2013, n. 534; 28.11.2013, n. 543; 18.6.2015, n. 361; 25.6.2015, n. 381; 22.10.2015, n. 552; 1.6.2016, n. 245; 15.9.2016, n. 357. Relazioni 2006 e 2011. Così pure T. Prato 19.9.2011, in *LG*, 2012, 387, con nota di Sitzia (Sitzia 2012). Vd., poi, punto 2, Disciplinare tecnico sulle misure minime di sicurezza (e punto 4.3, Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici n. 8/16). Infine, Parere Gruppo di lavoro Ue 27.4.2012, n. 3, sugli sviluppi nelle tecnologie biometriche.

I dati biometrici e i dati relativi all'ubicazione (posizione geografica di persone od oggetti mediante una rete di comunicazione elettronica) sono qualificati dal d.lgs. n. 196/03 come «dati semisensibili» (art. 55), con obbligo di preventiva notifica al Garante (art. 37, c. 1, lett. *a*) (vd., però, punto 1, Provv. 31.3.2004, n. 1, e 23.4.2004, sui casi da sottrarre all'obbligo di notificazione). Il Reg. n. 2016/679/Ue ha ricompreso i dati biometrici (art. 4, par. 1, n. 14) tra i «dati sensibili» (art. 9, par. 1).

(34) Sul nuovo art. 4 St. lav., Provv. 13.7.2016, n. 303; Audizioni Commissione Lavoro della Camera dei deputati 9.7.2015, e Commissione Lavoro del Senato 14.7.2015, sugli schemi di d.lgs. attuativi del *Jobs Act*; Relazione 2015.

- Costanzo P. (2014), *Note preliminari sullo statuto giuridico della geolocalizzazione (a margine di recenti sviluppi giurisprudenziali e legislativi)*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 3, 331 ss.
- Del Punta R. (2016), *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. n. 151/2015)*, in *RIDL*, n. 1, I, 77 ss.
- Ficari L. (2016), *I controlli effettuati attraverso gli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa*, in Levi A. (a cura di), *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè, Milano, 89 ss.
- Flores E. (1996), *Il badge per la rilevazione delle presenze in servizio*, in *Rivista giuridica della Scuola*, n. 4, I, 649 ss.
- Fusco F. (2011), *Il pomo della discordia: il badge come strumento di controllo a distanza?*, in *RIDL*, II, 31 ss.
- Gamba C. (2016), *Il controllo a distanza delle attività dei lavoratori e l'utilizzabilità delle prove*, in *Labour & Law Issues*, vol. 2, n. 1, 122 ss.
- Giovanardi C.A. (2016), *Badge, controllo a distanza e licenziamento*, in *LG*, n. 8-9, 823 ss.
- Goffredo M.T., Meleca V. (2016), *Jobs Act e nuovi controlli a distanza*, in *DPL*, n. 31, 1894 ss.
- Lambertucci P. (2016), *La disciplina dei «controlli a distanza» dopo il Jobs Act: continuità e discontinuità con lo Statuto dei lavoratori*, in Carinci F. (a cura di), *Jobs Act: un primo bilancio*, Adapt labour studies, e-book series, Adapt University Press, n. 54, 270 ss.
- Levi A. (2007), *Il potere di controllo dell'imprenditore sull'uso degli strumenti di lavoro e le tecnologie informatiche*, in Montuschi L. (a cura di), *Un diritto in evoluzione. Studi in onore di Yasuo Suwa*, Giuffrè, Milano, 405 ss.
- Levi A. (2013), *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, Giappichelli, Torino.
- Marazza M. (2016), *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 300.
- Pradelli A. (2007), *Nuove tecnologie: privacy e controlli del datore*, in *DPL*, 475 ss.
- Rausei P. (2017), *Controllo a distanza: installazione e uso dei sistemi di geolocalizzazione*, in *DPL*, n. 1, 10 ss.
- Rodotà S. (2013), *Prefazione a Troisi 2013*, XIII ss.
- Salimbeni M.T. (2010), *Il controllo a distanza sull'attività dei lavoratori: la sopravvenienza dell'art. 4 sugli impianti audiovisivi*, in *DLM*, n. 3, 587 ss.
- Salimbeni M.T. (2015), *La riforma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, in *RIDL*, n. 4, I, 589 ss.
- Santini C. (2005), *Il controllo satellitare sull'autovettura e la disciplina del controllo a distanza ex art. 4 St. lav.: un provvedimento del ministero del Lavoro*, in *RIDL*, n. 1, II, 175 ss.
- Servidio S. (2016), *Timbratura del badge, controllo e licenziamento*, in *DPL*, n. 26, 1594 ss.
- Sitzia A. (2012), *Il trattamento dei dati biometrici dei lavoratori: condizioni d'uso*, in *LG*, 387 ss.
- Soffittini M. (2013), *Autotrasporto e localizzatori satellitare*, in *DPL*, n. 32-33, 1995 ss.
- Stanchi A. (2005), *L'utilizzo della Radio Frequency Identification (Rfid) e le implicazioni giuslavoristiche*, in *DL online*.

- Toffoletto F. (2006), *Nuove tecnologie informatiche e tutela del lavoratore: il potere di controllo del datore di lavoro, il telelavoro*, Giuffrè, Milano.
- Trojsi A. (2013), *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, Torino.
- Trojsi A. (2016), *Controllo a distanza (su impianti e strumenti di lavoro) e protezione dei dati del lavoratore*, in VTDL, n. 4, 667 ss.
- Villa E. (2016), *Accordo sindacale e procedura amministrativa nei controlli a distanza dei lavoratori*, in VTDL, n. 4, 707 ss.
- Ziccardi G. (2016), *Il controllo delle attività informatiche e telematiche del lavoratore: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, in *Labour & Law Issues*, n. 1, 48 ss.
- Zoli C. (2009), *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, l. n. 300/1970, tra attualità ed esigenze di riforma*, in RIDL, n. 4, I, 485 ss.
- Zoli C. (2016), *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori e la nuova struttura dell'art. 4, legge n. 300/1970*, in VTDL, n. 4, 635 ss.

Anna Trojsi
*Professore ordinario di Diritto del lavoro
presso l'Università di Catanzaro «Magna Græcia»*

Alessandro Mellace
Dottore in giurisprudenza

CASSAZIONE, 29.9.2016, n. 19320 – Pres. Nobile, Est. Ghinoy, P.M. Finocchi Gherzi (conf) – F.B. Onlus (avv.ti G. Gidaro, S. Gidaro) c. S.F. (avv. Giampà).

Cassa con rinvio Corte d'Appello di Catanzaro, 25.5.2015.

Licenziamento collettivo – Vizio procedurale – Genericità della comunicazione ex art. 4, c. 9, l. n. 223/91 – Esclusione della tutela reintegratoria – Sanzione meramente indennitaria.

In caso di licenziamento collettivo, il vizio procedurale relativo alla genericità della comunicazione ex art. 4, comma 9, l. n. 223 del 1991, determina una sanzione meramente indennitaria, mentre la violazione dei criteri di scelta di cui al comma 1 dell'art. 4, cit., comporta l'applicazione della tutela reintegratoria ex art. 18, c. 1, St. lav. (1)

(1) IN TEMA DI INCOMPLETEZZA FORMALE DELLA COMUNICAZIONE
DI CUI ALL'ART. 4, C. 9, L. N. 223/1991

1. — La pronuncia in commento trae origine dal giudizio concernente l'impugnazione di un licenziamento intimato ex l. n. 223/1991, promosso da un dipendente estromesso e finalizzato a ottenere la tutela reintegratoria.

All'esito del giudizio di merito, accertata la violazione datoriale degli obblighi di cui all'art. 4, c. 9, l. n. 223/1991, il giudice dichiarava risolto il rapporto di lavoro a far data dall'intimazione di licenziamento, condannando la società datrice a corrispondere al ricorrente una somma pari a 20 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, a titolo di indennizzo ai sensi dell'art. 18, c. 7, l. n. 300/1970, come novellato dalla l. n. 92/2012.

La Corte d'Appello di Catanzaro, riformando la sentenza di primo grado su reclamo proposto dal lavoratore, dichiarava invece inefficace il licenziamento *de quo* per genericità della comunicazione di cui all'art. 4, c. 9, l. n. 223/1991, ritenendo che, nell'espone le modalità di applicazione del criterio delle «esigenze tecnico-produttive e organizzative», il datore avesse valorizzato l'anzianità di servizio dei dipendenti nello svolgimento della mansione, senza però specificare i presupposti fattuali sulla base dei quali tale criterio era stato applicato. L'art. 4, c. 9, come noto, impone che la comunicazione conclusiva della procedura debba offrire una «puntuale indicazione delle modalità con cui sono stati applicati i criteri di scelta». Nel caso di specie, però, non avendo il datore precisato la data di inizio delle pregresse esperienze lavorative dei dipendenti, la relativa durata, il nominativo del datore di lavoro, la tipologia di documentazione presa in considerazione per l'attribuzione del punteggio finale, doveva ritenersi omessa – secondo la Corte territoriale – l'indicazione dell'applicazione «effettiva» del criterio dell'anzianità, in ciò pregiudicando la verificabilità *ex ante* dell'individuazione dei dipendenti da estromettere e di quelli da salvare. Conseguentemente, la Corte condannava il datore alla reintegrazione del lavoratore e al pagamento delle retribuzioni *medio tempore* maturate.

Contro tale decisione ricorre per cassazione il datore di lavoro, soffermandosi in particolare, per quanto qui ci occupa, su due motivi di impugnazione: per un verso, sostenendo che gli obblighi informativi erano stati correttamente assolti sia attraverso la specifica indicazione dei metodi di calcolo dell'anzianità sia attraverso la produzione di graduatorie finali suddivise per profilo professionale; per altro verso, invece, lamentando la violazione e falsa applicazione dell'art. 5, c. 3, della l. n. 223/1991, giacché il vizio formale di comunicazione, qualora effettivamente accertato, avrebbe dovuto essere sanzionato con il regime di cui al comma 7 dell'art. 18 St. lav., come novellato dalla l. n. 92/2012, in ciò determinando in favore del lavoratore un mero ristoro indennitario e non la tutela cd. reale.

Incardinatosi il giudizio, la Suprema Corte, in parziale accoglimento delle istanze datoriali, decide il caso con la sentenza in commento che, confermando quanto già statuito dalla giurisprudenza di legittimità in materia di criteri di scelta e di comunicazione *ex art.* 4, c. 9, l. n. 223/1991, chiarisce quando il previsto obbligo procedurale debba considerarsi violato (De Salvia 2016).

All'uopo la Suprema Corte, attuando una distinzione (*recte*, una graduazione) tra vizi procedurali, chiarisce che, se la comunicazione conclusiva relativa ai criteri di selezione adottati per un licenziamento collettivo, come prescritto dall'articolo 4, c. 9, della l. n. 223/1991, risulti solo incompleta (e non mancante), la conseguenza sanzionatoria non potrà essere la reintegra, bensì un mero indennizzo (Marino 2016).

Nella decisione *de qua*, preliminarmente, i giudici di legittimità evidenziano come la comunicazione di cui all'art. 4, c. 9, l. n. 223/1991, abbia lo scopo precipuo di consentire ai lavoratori interessati, alle organizzazioni sindacali e agli organi amministrativi di controllare la correttezza dell'operazione e la rispondenza agli accordi raggiunti, di talché le ragioni del recesso devono essere chiare e valutabili *ex ante*, non consentendo al datore di lavoro di dedurre *ex post* l'applicazione di modalità di scelta diverse da quelle risultanti dalla citata comunicazione (Cass. 17.4.2014, n. 8971, in *GDir.*, 2014, n. 20, 61; Cass. 6.6.2011, n. 12196, in *RIDL*, 2012, II, 323, con nota di Galardi 2012).

La valutazione dell'adeguatezza e/o correttezza della comunicazione spetta al giudice di merito e dev'essere compiuta anche in relazione alla finalità che la comunicazione stessa persegue, che è quella di sollecitare e favorire la gestione contrattata della crisi (Cass. 7.1.2009, n. 84, in *GC*, 2009, n. 1, 19; Cass. 5.6.2003, n. 9015 in *RIDL*, 2004, II, 105, con nota di Boni 2004). Secondo i giudici di legittimità, la comunicazione finale dell'elenco dei lavoratori licenziati e dei criteri oggettivi di selezione è indispensabile per assicurare la trasparenza della procedura e l'imparzialità del datore di lavoro nell'individuazione del personale in esubero (Cass. 13.12.2016, n. 25554, in *Diritto e Giustizia*, 14.12.2016). Per evitare l'esercizio di un illegittimo potere discrezionale, l'applicazione del criterio o dei criteri prescelti *ex art.* 5, c. 1, l. n. 223/1991, deve, difatti, essere verificabile a posteriori e, comunque, determinare in modo oggettivo e trasparente i dipendenti da licenziare (De Salvia 2010; Pilati 2007).

In particolare, non essendo richiesti per la legittimità del licenziamento collettivo la giusta causa o il giustificato motivo, l'effettiva garanzia per il lavoratore licenziato è esclusivamente di tipo procedimentale: il datore di lavoro comunica il criterio di selezione adottato «con puntuale indicazione delle modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta» e il lavoratore può contestare che la scelta sia stata fatta in «pun-

tuale» applicazione di tale criterio (Maretti 2013). Diversamente, se il datore di lavoro comunicasse criteri vaghi ovvero non indicasse le modalità concrete applicative degli stessi, come nel caso di specie, il lavoratore verrebbe privato della tutela assicuratagli dalla legge, perché non essendo la scelta in concreto effettuata dal datore raffrontabile con alcun criterio oggettivamente predeterminato non sarebbe verificabile (Cass. 23.12.2009, n. 27165, in *GDir.*, 2010, n. 6, 57).

In primo luogo, aderendo all'orientamento consolidato, la Suprema Corte respinge le doglianze del datore ricorrente in merito alla correttezza e completezza della comunicazione di avvio della procedura, sulla scorta del principio che anche i presupposti fattuali in base ai quali vengono applicati i criteri di selezione devono essere ricavabili dalla comunicazione in modo «puntuale» (Cass. 15.6.2015, n. 12344, in *Diritto e Giustizia*, 16.6.2015), mentre, nel caso di specie, i presupposti per l'applicazione effettiva dei criteri, pure concordati, attenevano a elementi estranei al rapporto di lavoro in essere e si collocavano al di fuori della sfera di conoscenza e/o conoscibilità dei destinatari della comunicazione, se non previo accesso a dati extratestuali neppure specificati.

Maggiore approfondimento merita poi l'ulteriore motivo di doglianza, relativo alla dedotta violazione ed errata applicazione della l. n. 223/1991, art. 5, c. 3.

In particolare, la difesa della società ricorrente ritiene che, erroneamente, la Corte territoriale, come effetto del riscontrato vizio procedimentale, non abbia riconosciuto applicabile al caso di specie la tutela indennitaria prevista dall'art. 18, c. 7, terzo periodo, St. lav., come modificato dalla l. n. 92/2012, benché espressamente richiamato per il caso di «violazione delle procedure» dalla l. n. 223/1991, art. 5, c. 3.

Su tale aspetto, la Suprema Corte ritiene corretta la prospettazione del datore ricorrente e afferma che, in base alla l. n. 223/1991, art. 5, c. 3, come sostituito dalla l. n. 92/2012, art. 1, c. 46, va certamente distinta la «violazione delle procedure richiamate all'art. 4, c. 12», dalla «violazione dei criteri di scelta previsti dal c. 1», sicché, nell'applicare le conseguenze sanzionatorie di una violazione procedurale, deve distinguersi la violazione degli obblighi procedimentali dalla violazione dei criteri di scelta; ragion per cui l'errore formale deve ritenersi meno grave di quello sostanziale e, in ragione di tale minore gravità, deve essere sanzionato (Scofferi 2016).

Come è noto, infatti, la l. n. 92/2012, nell'ambito della modifica della disciplina dei licenziamenti individuali, è intervenuta anche sulla disciplina dei licenziamenti collettivi, in tre commi della legge di riforma (Art. 1, cc. 44-46, l. n. 92/12), pure con riguardo – per quanto in questa sede rileva – alle conseguenze delle patologie relative alle «comunicazioni» finali di chiusura delle procedure di mobilità, come regolate dall'art. 4, c. 9, l. n. 223/91. La *ratio* sottesa all'intervento di riforma è stata quella di ridurre significativamente i casi di permanenza della tutela cd. reale (reintegra e risarcimento del danno), essenzialmente ridotta ai vizi più gravi, relativi in particolare ai motivi «soggettivi», in favore di una tutela esclusivamente economica (indennità risarcitoria), specialmente per i licenziamenti dovuti a ragioni «oggettive» aziendali (Natullo 2014).

A tale proposito assume un rilievo determinante la posizione assunta dalla Suprema Corte in merito al «profilo formale attinente il contenuto della comunicazione». Nella sentenza *de qua* si rinviene, infatti, un'esplicita censura dell'operato della Corte territoriale, che, nel ritenere applicabile la sanzione reintegratoria, aveva qualificato il denun-

ciato vizio come meramente procedurale «senza scendere del merito della correttezza dei criteri di scelta applicati». Nel passaggio motivazionale sul punto, la Corte afferma che non si può prescindere dalla concreta verifica dell'asserita violazione dei criteri di scelta, sicché (ed è forse questo il passaggio che assume più rilievo dal punto di vista processuale) la prospettazione del lavoratore che voglia ottenere la sanzione reintegratoria non può essere limitata alla mera violazione formale, ma deve contenere una denuncia che «scenda nel merito della correttezza dei criteri di scelta applicati».

La Cassazione, pertanto, nella sentenza *de qua*, applicando la novella legislativa e recependo i principi ispiratori della stessa, attua una differenziazione rilevante nel sistema delle tutele conseguenti alla violazione delle prescrizioni riguardanti la procedura di licenziamento collettivo, specificando che le due fattispecie si diversificano sotto il profilo dei presupposti del vizio procedurale, in un caso attinenti a un'incompletezza formale della comunicazione di cui all'art. 4, c. 9; nell'altro caso attinenti la «violazione dei criteri di scelta», illegittimi, perché in violazione di legge, o illegittimamente applicati, perché attuati in difformità dalle previsioni legali o collettive (Cass. 13.6.2016, n. 12095, in *Diritto e Giustizia*, 14.6.2016, con nota di Marino 2016).

Sicché, poiché è sostanzialmente diverso il tipo di vizio, diverso deve essere anche il regime sanzionatorio a esso conseguente.

In particolare, precisa la Corte, nel primo caso – incompletezza della comunicazione – «si applica il regime di cui al terzo periodo del predetto art. 18, c. 7», secondo cui «nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo, il giudice applica la disciplina di cui al comma 5»; il rinvio ulteriore a detto comma 5 fa sì che il giudice, in tali ipotesi, «dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto» (Lunardon 2010; Giubboni, Colavita 2015).

Nel secondo caso, invece – «violazione di criteri di scelta» –, «si applica il regime di cui al comma 4 del medesimo art. 18»; quindi il giudice «annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro di cui al comma 1, e al pagamento di una indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione», in una misura non superiore alle dodici mensilità (Barbieri 2015).

Conclusivamente, quindi, nel caso che ci occupa, la Corte ha correttamente susunto la fattispecie concreta di violazione – così come accertata – nell'ambito della tutela di tipo esclusivamente indennitario piuttosto che di quella di tipo reintegratorio (Scarano 2015).

Testualmente, infatti, l'incompletezza della comunicazione di cui al comma 9 costituisce «violazione delle procedure» previste dalla l. n. 223/1991, art. 4, e non attiene al «caso di violazione dei criteri di scelta», posto che in tale circostanza non si verte nell'ipotesi di incompletezza formale della comunicazione di cui all'art. 4, c. 9, bensì nell'ipotesi – ben più grave – di «criteri di scelta illegittimi, perché in violazione di legge, o illegittimamente applicati, perché attuati in difformità dalle previsioni legali o collettive».

Sulla scorta di tali principi segue, condivisibilmente a parere di chi scrive, la cassazione della sentenza impugnata in relazione al motivo accolto, con rinvio, anche per

la liquidazione delle spese, alla Corte d'Appello di Reggio Calabria, che dovrà procedere a nuova valutazione delle conseguenze dell'illegittimità del recesso, in applicazione dei criteri sopra indicati.

Riferimenti bibliografici

Barbieri M. (2015), *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*, in Carinci M.T., Tursi A., *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 104 ss.

Boni G. (2004), *Licenziamenti collettivi e oneri procedurali: verso una svolta giurisprudenziale?*, in *RIDL*, II, 105 ss.

De Salvia A. (2016), *I vizi formali della procedura di licenziamento collettivo tra interpretazioni giurisprudenziali e interventi legislativi sostanzialistici*, in *RIDL*, I, 29 ss.

De Salvia A. (2010), *Orientamenti giurisprudenziali in materia di criteri di scelta contrattuali nei licenziamenti collettivi*, in *ADL*, II, 1041 ss.

Galardi R. (2012), *Comunicazioni finali nei licenziamenti collettivi: un'ottima sentenza con una cattiva massima*, in *RIDL*, II, 323 ss.

Giubboni S., Colavita A. (2015), *I licenziamenti collettivi dopo le controriforme*, in *QG*, n. 3, 36 ss.

Lunardon F. (2010), *Licenziamenti collettivi: la riforma dell'apparato sanzionatorio*, in *GI*, 452 ss.

Maretti S. (2013), *I licenziamenti collettivi*, in Pellacani G. (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, Torino, 767 ss.

Marino G. (2016), *Comunicazione incompleta: tutela reintegratoria o tutela risarcitoria?*, in *Diritto e Giustizia*, n. 28, 28 ss.

Natullo G. (2014), *Tutele collettive versus tutele individuali nella riforma dei licenziamenti collettivi (l. n. 92/12)*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 200, 1 ss.

Pilati A. (2007), *Le sanzioni nei licenziamenti collettivi*, in Carinci F. (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in Bessone M. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, Cedam, 2007, III, 485 ss.

Scarano L. (2015), *L'apparato sanzionatorio per i licenziamenti collettivi illegittimi*, in Ghera E., Garofalo D. (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 164 ss.

Scofferi M. (2016), *Licenziamento collettivo: dove finisce il vizio formale e inizia la reintegra*, in *Diritto e Giustizia*, n. 55, 14 ss.

Fabiola Lamberti

*Avvocato in Roma e dottore di ricerca in Diritto del lavoro;
professore a contratto di Diritto del lavoro presso l'Università «Roma Tre»*

CASSAZIONE, 23.9.2016, n. 18709 – Pres. Nobile, Est. De Gregorio, P.M. Celeste (conf.) – Autostrade per l'Italia Spa (avv.ti Zucchinalli, Favalli) c. V.A.M. (avv. Moshi).
Conf. Corte d'Appello di Milano, 27.8.2012.

Lavoro a tempo parziale – Lavoro notturno – Turni avvicendati e continui – Retribuzione – Discriminazione.

Il principio di non discriminazione di cui all'art. 4 del d.lgs. 25.2.2000, n. 61, prevede che il lavoratore a tempo parziale non deve ricevere un trattamento meno favorevole rispetto al lavoratore a tempo pieno comparabile, dovendosi intendere per tale quello inquadrato nello stesso livello di fonte contrattuale collettiva, a nulla rilevando criteri alternativi di comparazione quale quello del sistema della turnazione continua e avvicendata. (1)

(1) *PART-TIME E SVOLGIMENTO DI TURNI AVVICENDATI E CONTINUI*

1. — Con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione torna a occuparsi della tematica, assai dibattuta in giurisprudenza, del diritto del lavoratore a tempo parziale (al pari del lavoratore a tempo pieno) alla maggiorazione retributiva per lo svolgimento di lavoro notturno e di lavoro notturno festivo secondo lo schema di turni continui e avvicendati.

Nel caso in esame, la Corte d'Appello di Milano, in parziale riforma della pronuncia del Tribunale di Milano, accoglie l'impugnazione proposta da una lavoratrice della società Autostrade, con mansioni di esattore e prestazione lavorativa a tempo parziale articolata su turni giornalieri, la quale lamenta di aver ricevuto un trattamento normativo ed economico sfavorevole e deteriore rispetto a quello riservato ai lavoratori a tempo pieno della stessa società, in ragione della corresponsione di una retribuzione meno che proporzionale e, dunque, in violazione del principio di non discriminazione di cui all'art. 4, d.lgs. 25.2.2000, n. 61. In particolare, l'esattrice autostradale sostiene di avere diritto, al pari dei propri colleghi *full-timers*, a una maggiorazione della retribuzione a norma dell'art. 11, comma 10, del Ccnl 16.2.2000 concessionari di autostrade e trafori per avere svolto lavoro notturno e lavoro notturno festivo con turni continui e avvicendati.

Se in primo grado il Tribunale di Milano respinge per intero la domanda della lavoratrice volta a ottenere il riconoscimento dell'anzidetto diritto, di parere contrario è la Corte d'Appello di Milano, la quale accoglie il ricorso della lavoratrice osservando come alla stessa non era stato corrisposto un trattamento retributivo riproporzionato alla ridotta entità della prestazione lavorativa eseguita, bensì un trattamento differenziato e deteriore rispetto a quello riservato ai lavoratori a tempo pieno per il solo fatto di aver svolto lavoro a tempo parziale. Detto trattamento viola, a parere della Corte territoriale, il principio di non discriminazione di cui all'art. 4, d.lgs. 25.2.2000, n. 61, alla luce del quale il lavoratore in regime di *part-time* non deve ricevere un trattamento meno favorevole rispetto al lavoratore a tempo pieno comparabile.

La società ricorre per cassazione deducendo un solo motivo di impugnazione: violazione ed errata applicazione dell'art. 4, d.lgs. 25.2.2000, n. 61, a norma dell'art. 360, comma 1, c.p.c.

La lavoratrice resiste con controricorso.

La Corte di Cassazione rigetta il ricorso in virtù dell'applicazione del principio di non discriminazione fra lavoratore a tempo pieno e lavoratore a tempo parziale, in conformità sia alla normativa europea sia a quella nazionale.

2. — Un primo elemento che la Corte di Cassazione assume a fondamento della propria decisione concerne la possibilità per il lavoratore a tempo parziale di svolgere la prestazione lavorativa secondo lo schema di turni continui e avvicendati. A tal proposito, giova preliminarmente ricordare la normativa contrattuale di riferimento al caso oggetto della pronuncia in commento: il Ccnl 16.2.2000 concessionari di autostrade e trafori (di seguito, Ccnl).

L'art. 9, comma 3, del Ccnl, per il personale turnista che svolge le proprie prestazioni in turni continui e avvicendati, prevede che «l'orario contrattuale di 40 ore settimanali viene realizzato secondo la seguente modalità: 4 giorni lavorativi e riposo al quinto e al sesto (4+2) con prestazione di 8 ore giornaliere, secondo il seguente orario: 22-06; 06-14; 14-22». Operando un'interpretazione letterale della norma contrattuale, la società autostradale sostiene che la previsione di cui al comma 3 debba ritenersi esaustiva del modo con cui viene realizzato l'orario di lavoro per il personale turnista (sequenza 4+2), con la conseguenza che risulterebbe inapplicabile a una prestazione di lavoro svolta a tempo parziale. Tuttavia, lo stesso art. 9, al comma 29, stabilisce che «il personale a tempo parziale applicato ad attività lavorative in turni può essere utilizzato fuori dallo schema dei turni continui e avvicendati». In altri termini, se il lavoratore a tempo parziale può essere utilizzato dal datore di lavoro fuori dallo schema di turni avvicendati e continui, per converso ciò significa che il *part-timer* può svolgere anche turni continui e avvicendati.

Come è noto, i turni possono definirsi continui e avvicendati quando tendono a ripetersi con la stessa modalità, seppur intervallati da giorni di mancata prestazione (Cass. 14.11.2014, n. 24333).

A parere della Corte di Cassazione, la chiave di lettura è da ricercarsi nel combinato disposto dei due commi suesposti – 3 e 29 –, dell'art. 9 del Ccnl. In particolare, la previsione espressa del comma 29 circa la mera «possibilità» (e non obbligo) per il datore di lavoro di utilizzare i lavoratori a tempo parziale fuori dallo schema di turni continuativi e avvicendati fa comprendere, *a contrario*, come questi ultimi possano fruire della turnazione avvicendata continuativa, ancorché impiegati con sequenze diverse da quella prevista dal comma 3 unicamente per il personale turnista a tempo pieno.

Inoltre, l'art. 11, comma 10, Ccnl riconosce al lavoratore che svolge turni continui e avvicendati il diritto a percepire un'indennità maggiorata; in particolare, la norma contrattuale dispone che «per il solo personale operante in turni continui e avvicendati, a decorrere dal 1° marzo 2000, il lavoro notturno e notturno festivo viene compensato con le maggiorazioni rispettivamente del 40% e dell'80% della retribuzione da corrispondersi per ogni ora di lavoro ordinario effettivamente prestato». La norma contrattuale non fa alcun riferimento al lavoro a tempo parziale; nel silenzio della norma, assodato che il lavoratore a tempo parziale, al pari del lavoratore a tempo pieno,

può svolgere turni continui e avvicendati, ne deriva che anch'egli ha diritto a percepire la maggiorazione per lo svolgimento di lavoro notturno e notturno festivo prevista in favore di lavoratori impiegati in turni continui e avvicendati per essere il lavoro notturno una costante della turnazione stessa.

Alla luce delle argomentazioni suesposte, la Corte di Cassazione sviluppa un ragionamento logico-deduttivo che conduce alla seguente conclusione: la previsione di cui all'art. 11, comma 10, del Ccnl non può ritenersi circoscritta ai soli lavoratori a tempo pieno ma deve essere riconosciuta anche ai lavoratori a tempo parziale, laddove ne ricorrano le condizioni fattuali (lavoro notturno e notturno festivo in turni continui e avvicendati). Conseguentemente, una diversa sequenza oraria della prestazione lavorativa rispetto a quella prevista dall'art. 9, comma 3, non incide sul diritto del lavoratore alla maggiorazione retributiva derivante dallo svolgimento di turni avvicendati e continui che contempli il lavoro notturno con caratteristiche di costanza.

Una diversa e contraria interpretazione della normativa contrattuale, a parere della Corte, si porrebbe in contrasto con il principio di non discriminazione di cui all'art. 4, d.lgs. 25.2.2000, n. 61, determinando per il lavoratore turnista a tempo parziale un trattamento meno favorevole rispetto al lavoratore a tempo pieno comparabile, vale a dire rispetto a quello turnista impiegato secondo la sequenza dettata dall'art. 9, comma 3 (Cass. 15.10.2015, n. 20843).

3. — Ritornando ai motivi di rigetto del ricorso, altro tema che la Corte di Cassazione affronta è quello di stabilire se il mancato riproporzionamento della retribuzione oraria di un lavoratore a tempo parziale rispetto a quella di un lavoratore a tempo pieno in analoghi turni avvicendati e continui costituisca o meno violazione del principio di non discriminazione.

La Direttiva n. 97/81/Ce, recependo integralmente l'Accordo collettivo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'Unice, dai Ceep e dal Ces, si propone due finalità: da un lato, assicurare la soppressione delle discriminazioni nei confronti dei *part-timers*; dall'altro, facilitare lo sviluppo del lavoro a tempo parziale su base volontaria e contribuire all'organizzazione flessibile dell'orario di lavoro.

Il fulcro della Direttiva è la clausola 4, rubricata «Principio di non discriminazione», in base alla quale i lavoratori a tempo parziale non devono essere trattati in modo meno favorevole rispetto ai lavoratori a tempo pieno comparabili per il solo motivo di lavorare a tempo parziale, a meno che un trattamento differente sia giustificato da ragioni obiettive. La clausola 4 infine rinvia agli Stati membri e/o alle parti sociali le modalità di applicazione della stessa.

Nel recepire la Direttiva n. 97/81/Ce, il d.lgs. 25.2.2000, n. 61, a oggi espressamente abrogato dall'art. 55, comma 1, lett. a, del d.lgs. 15.6.2015, n. 81 (1), all'art. 4 enuncia il principio di non discriminazione e afferma che «fermi restando i divieti di discriminazione diretta e indiretta previsti dalla legislazione vigente, il lavoratore a tempo parziale non deve ricevere un trattamento meno favorevole rispetto al lavoratore a tempo pieno comparabile».

Il principio di non discriminazione di cui all'art. 4 si compone di due corollari. Da un lato, il principio di parità di trattamento fra lavoratore a tempo pieno e lavoratore

(1) Cfr. Bavaro 2015, 215.

a tempo parziale, alla luce del quale il lavoratore a tempo parziale beneficia degli stessi diritti del lavoratore a tempo pieno comparabile; a tal proposito, la norma al comma 2, lett. *a*, elenca, a titolo esemplificativo, alcuni dei casi in cui vige la parità di trattamento: dall'importo della retribuzione oraria alla durata del periodo di prova e delle ferie annuali; dagli infortuni sul lavoro ai diritti sindacali, ivi compresi quelli di cui al Titolo III della l. 20.5.1970, n. 300. Dall'altro lato, il legislatore, all'art. 4, comma 2, lett. *b*, statuisce il principio della proporzionalità, disponendo che il trattamento del lavoratore a tempo parziale deve essere riproporzionato in ragione della ridotta entità della prestazione lavorativa in particolare per quanto riguarda l'importo della retribuzione globale e delle singole componenti di essa; l'importo della retribuzione feriale; l'importo dei trattamenti economici per malattia, infortunio sul lavoro, malattia professionale e maternità. La norma, infine, lascia alla contrattazione individuale e collettiva la scelta di prevedere se la corresponsione ai lavoratori a tempo parziale di emolumenti retributivi, in particolare a carattere variabile, debba essere effettuata in misura più che proporzionale.

In altri termini, la norma in esame garantisce, da un lato, la parità di trattamento nella retribuzione oraria e, dall'altro, il riproporzionamento della retribuzione alla ridotta entità quantitativa della prestazione lavorativa.

Tanto premesso, è evidente come l'elemento chiave, finalizzato a rendere attuabile e operativo il principio di non discriminazione nel lavoro a tempo parziale, sia il lavoratore a tempo pieno «comparabile».

La clausola 3 della Direttiva n. 97/81/Ce prevede che per «lavoratore a tempo pieno comparabile» debba intendersi il lavoratore a tempo pieno dello stesso stabilimento, che ha lo stesso tipo di contratto o di rapporto di lavoro e un lavoro/occupazione identico o simile, tenendo conto di altre considerazioni che possono includere l'anzianità e le qualifiche/competenze. Nella stessa clausola è stabilito che, qualora non esista nessun lavoratore a tempo pieno comparabile nello stesso stabilimento, il paragone si effettui con riferimento al contratto collettivo applicabile o, in assenza, conformemente alla legge, ai contratti collettivi o alle prassi nazionali.

Alla luce di quanto disposto dalla normativa comunitaria, il d.lgs. 25.2.2000, n. 61, dispone che è comparabile il lavoratore inquadrato nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, dai contratti collettivi territoriali stipulati dalle medesime parti sociali e dai contratti collettivi aziendali stipulati dalle rappresentanze sindacali aziendali di cui all'art. 19 della l. 20.5.1970, n. 300.

Operando un raffronto fra la normativa comunitaria e quella nazionale, emerge come quest'ultima ampli il parametro di riferimento e di conseguenza dilati l'area di applicazione del principio di non discriminazione (2). In definitiva, in entrambe le discipline, l'individuazione della figura del lavoratore comparabile è chiara e puntuale.

La Corte di Cassazione, attenendosi fedelmente alla disposizione normativa, esclude che la comparazione tra lavoratore a tempo pieno e lavoratore a tempo parziale «possa eseguirsi in base a criteri diversi da quelli previsti dalla norma, che fa esclusivo riferimento all'inquadramento previsto dalle fonti collettive» (Cass. 29.8.2011, n. 17726). Non può, dunque, condividersi il tentativo della società ricorrente volto a sostenere che la fi-

(2) Delfino 2008.

gura dei propri dipendenti a tempo pieno non può essere presa come punto di riferimento nell'applicazione del concetto di «lavoratore comparabile», svolgendo gli stessi dei turni continui e avvicendati secondo lo schema di cui all'art. 9, comma 3, Ccnl.

Alla luce delle considerazioni svolte, si può affermare che, al fine di determinare la comparazione, non possono valere criteri alternativi a quelli previsti dalla legge, quale quello del sistema di turnazione continua e avvicendata seguita dai lavoratori a tempo pieno.

È rinvenibile, infine, una violazione del principio di non discriminazione nella determinazione dell'importo della retribuzione del lavoratore a tempo parziale e in particolare degli emolumenti retributivi a carattere variabile. In particolare, nel caso di specie, si prevede l'applicazione dello stesso divisore in misura diversa tra lavoratori a tempo pieno e a tempo parziale; la differenziazione si determina laddove solo per questi ultimi il divisore 170 è commisurato a tutte le voci stipendiali e non soltanto a quelle fisse, con ciò determinando un trattamento meno favorevole per il lavoratore a tempo parziale rispetto al lavoratore a tempo pieno comparabile.

La Corte di Cassazione, nel rigettare il ricorso della società, evidenzia come, a norma dell'art. 4, comma 2, alla lett. *b*, il riproporzionamento della retribuzione in ragione della ridotta entità lavorativa debba avvenire in particolare per l'importo della retribuzione globale e delle singole componenti di essa: dunque con caratteristica di esaustività. Tale disposizione è violata quando la esattrice autostradale applica il divisore su tutte le voci stipendiali del lavoratore a tempo parziale, a differenza del lavoratore *full-time*, cui tale divisore non viene applicato sulle voci fisse dello stipendio. La naturale conseguenza, dalla quale origina la discriminazione fra lavoro a tempo pieno e a tempo parziale, è che il *part-timer* percepisce una retribuzione meno che proporzionale (3).

La sentenza in commento conferma un orientamento oramai consolidato sia nella giurisprudenza di merito (C. App. Milano 8.5.2012, n. 677, T. Milano 11.3.2015, n. 687, T. Milano 7.6.2016, n. 1685), sia in quella di legittimità (Cass. 29.8.2011, n. 17726, Cass. 15.10.2015, n. 20843, Cass. 14.11.2014, n. 24333). Essa merita apprezzamento sia per l'obiettivo di valorizzare e rendere effettivo il principio di non discriminazione di cui al d.lgs. 25.2.2000, n. 61, sia per l'intento di fornire una chiave di lettura esaustiva del concetto di lavoratore comparabile.

Riferimenti bibliografici

- Bavaro V. (2015), *Il lavoro part-time dopo il d.lgs. n. 81/2015*, in Ghera E., Garofalo D. (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 215 ss.
- Delfino M. (2008), *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria*, Jovene, Napoli.
- Zappalà L. (2008), *La parità retributiva dei lavoratori flessibili nell'ordinamento comunitario*, in *RIDL*, n. 2, II, 326 ss.

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

(3) Zappalà 2008.

CASSAZIONE, 20.9.2016, n. 18418 – Pres. Bronzini, Est. Balestrieri, P.M. Celentano (conf.) – P.I. Srl (avv.ti Amorese, Corvino) c. Z.M. (avv. Arena).
Conf. Corte d'Appello di Brescia, 12.5.2015.

Licenziamento individuale – Licenziamento disciplinare – Uso di espressioni non educate – Fatto sussistente – Qualificazione di illecito – Irrilevanza disciplinare della condotta – Fatto privo del requisito dell'antigiuridicità – Illegittimità del recesso – Reintegra.

L'assenza di illiceità di un fatto materiale pur sussistente, deve essere ricondotto all'ipotesi, che prevede la reintegra nel posto di lavoro, dell'insussistenza del fatto contestato, mentre la minore o maggiore gravità (o lievità) del fatto contestato e ritenuto sussistente, implicando un giudizio di proporzionalità, non consente l'applicazione della tutela cd. reale. (1)

(1) L'IRRILEVANZA GIURIDICA DEL FATTO EQUIVALE
ALLA INSUSSISTENZA DELLA CONDOTTA

1. — Il caso di specie concerne un licenziamento disciplinare irrogato a causa di una serie di condotte poste in essere del lavoratore: un comportamento maleducato e offensivo nei confronti del personale che aveva il compito di formare; il rifiuto di procedere alla negoziazione del superminimo; l'aver rivendicato nei confronti dell'azienda un demansionamento.

La Corte d'Appello di Brescia ha ritenuto provata la prima circostanza, ossia il comportamento non educato nei confronti di altri soggetti, valutandola tuttavia irrilevante, al pari delle altre due presunte mancanze, in ragione della manifesta insussistenza di illiceità o antigiuridicità dei comportamenti. I giudici di appello hanno altresì osservato che le condotte oggetto di contestazione erano punite dal Ccnl di settore con la sola sanzione conservativa.

La società ha proposto ricorso in Cassazione assumendo che nella cognizione di merito fosse stato provato l'addebito censurato al lavoratore, ciò comportando quale conseguenza la sola tutela risarcitoria di cui all'art. 18 St. lav., comma 5, e non già quella reintegratoria.

Questo, quindi, è il punto nodale della vicenda in esame e sul quale fonda le proprie doglianze la società ricorrente: atteso che il fatto è sussistente, non è applicabile la reintegrazione disciplinata dall'art. 18, comma 4, l. n. 300 del 1970.

La Suprema Corte al riguardo ha, di contro, confermato la sentenza di merito ritenendo che il licenziamento disciplinare irrogato al dipendente, incentrato su un fatto accertato e in astratto censurabile ma privo di rilevanza giuridica (in tal senso la maleducazione del lavoratore), non possa essere soggetto alla mera tutela indennitaria, essendo lo stesso privo di illiceità.

In particolare, i giudici di legittimità hanno stabilito che la statuizione della Corte d'Appello «risulta in linea con quanto recentemente affermato da questa Corte in materia (Cass. 13.10.2015, n. 20540), e cioè che l'insussistenza del fatto contestato, di cui all'art. 18 St. lav., come modificato dall'art. 1, comma 42, della l. n. 92 del 2012, comprende l'ipotesi del fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, sicché in tale ipotesi si applica la tutela reintegratoria, senza che rilevi la diversa questione della proporzionalità tra sanzione espulsiva e fatto di modesta illiceità».

Secondo la pronuncia in analisi, il sopra richiamato precedente di legittimità del 2015 ha «chiarito» come debba essere intesa «l'insussistenza del fatto contestato». E, infatti, il provvedimento oggetto di nota richiama il principio per cui deve ritenersi realizzata tale fattispecie nel caso in cui il fatto sia sussistente ma privo del carattere della illiceità, ossia non suscettibile di alcuna sanzione. Sulla base di tali presupposti, la Suprema Corte, nella controversia *de qua*, osserva che la completa irrilevanza giuridica del fatto (pur accertato) equivale alla sua insussistenza materiale, comportando la reintegrazione del lavoratore ai sensi dell'art. 18, comma 4, l. n. 300 del 1970.

2. — Con la sentenza in commento, i giudici di legittimità tornano nuovamente a pronunciarsi sulla qualificazione del «fatto materiale» in merito all'interpretazione del riferimento normativo della «insussistenza del fatto contestato», come disciplinato dall'art. 18, comma 4, l. n. 300 del 1970, modificato dalla l. n. 92/2012 (cd. legge Fornero).

Intorno al concetto di «fatto materiale» e «fatto giuridico» vi è stato un ampio dibattito giurisprudenziale e dottrinale in quanto la riforma Fornero, nel caso di recesso disciplinare, ha previsto la reintegrazione del lavoratore solo in due ipotesi: da una parte, in caso di «insussistenza del fatto contestato» e, dall'altra, quando il fatto posto a base del provvedimento espulsivo rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi.

Al Tribunale di Bologna va riconosciuto il merito di aver dato la prima soluzione interpretativa sulla differenziazione tra «fatto materiale» e «fatto giuridico», ove solo quest'ultimo sarebbe quello che realizza la fattispecie risolutoria prevista dalla legge Fornero per il licenziamento disciplinare. In altri termini, secondo la prospettiva del giudice bolognese, per legittimare il recesso non è sufficiente la sola esistenza del fatto materiale, che deve invece essere necessariamente accompagnato da un rilievo giuridico della condotta del prestatore, dovendosi valutare anche l'elemento psicologico o soggettivo e, quindi, l'intenzionalità o meno della condotta (T. Bologna 15.10.2012, con nota di Fabbri 2012).

Successivamente, a distanza di due anni da tale decisione di merito, è intervenuta la prima sentenza di Cassazione sul punto (Cass. 6.11.2014, n. 23669), secondo cui, ai fini della legittimità del recesso, deve essere considerato il solo fatto materiale, senza che si debba procedere alla valutazione della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento contestato. La Suprema Corte ha in merito affermato che la «reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto» (Pubblicata in *MGL*, 2014, 874, nonché in *FI*, 2014, I, 3418, con nota di De Luca). In dottrina, sulle differenze tra fatto materiale e fatto giuridico si segnalano, tra i tanti

commentatori: De Luca Tamajo 2012, 1049; Fabbri 2012, 761; Carinci 2012, 773; Barbieri 2013a, 334; Piccinini 2016, 339).

La sentenza della Cassazione del 2014 sembrava così aver messo un punto definitivo al dibattito, registratosi sia in dottrina che in giurisprudenza, sulla interpretazione del fatto materiale e di quello giuridico: problematica sulla quale erano state espresse alterne opinioni in dottrina (Tra i tanti, per brevità di esposizione, ci si limita a segnalare i seguenti contributi in materia di licenziamenti disciplinari a seguito della legge n. 92/2012: Maresca 2012, 436 ss.; Palladini 2012, 653-668; De Luca Tamajo, Mazzotta 2013, 125; Speciale 2012, 552 ss.; Marazza 2012, 622, Sordi 2013, 290, Rivero 2012, 9).

3. — Risulta, quindi, del tutto rilevante comprendere quando al lavoratore spetti la reintegrazione nel posto di lavoro, anche con riferimento ai principi espressi dalla summenzionata sentenza di Cassazione n. 23669 del 2014, criticata da alcuni Autori proprio con riferimento a un'interpretazione della fattispecie del «fatto materiale» ritenuta troppo rigida. In dottrina è stato affermato che, nel passaggio motivazionale sul «fatto materiale» della citata sentenza del 2014, i giudici dei legittimità incorrono in un «equivoco». Essi ritengono scontato come il fatto contestato equivalga, di per sé, a un inadempimento che, in quanto tale, diviene «fatto storico», in merito al quale, tuttavia, «il giudice non aggiunge né toglie niente»; infatti, secondo l'impostazione della Suprema Corte è precluso al giudice, nell'accertamento della condotta oggetto di addebito, «un qualsiasi giudizio discrezionale». Conseguentemente, sempre secondo tale Autore, visto che non è possibile per il magistrato utilizzare il criterio della proporzionalità nell'esame della condotta, allora al medesimo «non è concesso escludere la sussistenza del fatto contestato solo perché la sanzione del licenziamento risulterebbe eccessiva rispetto alla gravità del fatto stesso». Tale assunto risulta contraddittorio in ragione del fatto che, secondo quanto stabilito dalla Cassazione n. 23669, il quesito posto alla base del fatto contestato (ossia se il comportamento scorretto del direttore fosse abituale od occasionale), richiedeva invece un «giudizio discrezionale da parte dello stesso giudice, come in effetti è stato» (Carinci 2015, 4 ss). Con riferimento al citato arresto della Cassazione del 2014 è stato sostenuto in dottrina, sempre in senso critico, che per risolvere la questione non era necessario pronunciarsi sui concetti di fatto materiale o giuridico. Tale decisione, nel «resuscitare» queste ultime categorie, «afferma in sequenza: che l'art. 18 abbia accolto la nozione di fatto materiale, che il giudice non abbia poteri discrezionali in proposito, che la proporzionalità dell'addebito sia fuori dal fatto». Tali affermazioni sarebbero, tuttavia, solo di principio, in quanto la sentenza del 2014 non motiva specificatamente su «quando il fatto ricorra e cosa ci sia nel fatto materiale»; detto provvedimento, peraltro, nulla statuisce con riferimento alla mancanza dell'elemento soggettivo e quindi se l'antigiuridicità e l'irrilevanza disciplinare «lascino in vita il fatto o producano lo stesso la sua insussistenza» (Rivero 2015, 3-4).

In sostanza, l'interpretazione del «fatto materiale», come suggerita dalla Cassazione del 2014, sembrava aver limitato la sanzione della tutela reintegratoria escludendo, infatti, dalla sua applicazione sia la questione dell'antigiuridicità del fatto sia quella dell'accertamento della proporzionalità della condotta nel fatto storico.

4. — La giurisprudenza più recente, invece, ha espresso un indirizzo in un certo senso più «garantista» e sicuramente meno «formalista» con riferimento alla interpretazione della tematica della «sussistenza/insussistenza del fatto materiale», ritenendo che sia necessaria una valutazione in un certo senso più «qualificata» rispetto alla sola esistenza della condotta oggetto di sanzione. In altre parole, se le circostanze addebitate non hanno rilevanza giuridica si verte in un'ipotesi di inadempimento «non notevole», idonea a consentire la reintegrazione nel posto di lavoro. È il caso affrontato dalla Suprema Corte con la sentenza del 13.10.2015, n. 20540, ove i fatti addebitati sono stati ritenuti insussistenti perché, in maniera analoga alla presente vicenda, unicamente contrari alle «regole della compostezza e degli usi mondani» e, pertanto, «giuridicamente non rilevanti». In tal senso, si veda Cass. 13.10.2015, n. 20540, e Cass. 13.10.2015, n. 20545, con nota di Federici, in *RGL*, 2016, n. 1, II, 31).

L'arresto della Suprema Corte oggetto di annotazione risulta significativo in quanto conferma il sopra menzionato indirizzo di legittimità (In particolare quello espresso da Cass. 13.10.2015, n. 20540) in ordine al tema, ritenuto dirimente secondo la giurisprudenza per l'applicazione della norma reintegratoria, della valutazione della rilevanza giuridica della condotta del lavoratore al fine di determinare quali siano i requisiti che integrino la sussistenza o meno del fatto rispetto all'applicazione della reintegrazione.

La sentenza in analisi ha infatti affermato sul punto che «l'assenza di illiceità di un fatto materiale pur sussistente, deve essere ricondotto all'ipotesi, che prevede la reintegra nel posto di lavoro, dell'insussistenza del fatto contestato, mentre la minore o maggiore gravità (o lievità) del fatto contestato e ritenuto sussistente, implicando un giudizio di proporzionalità, non consente l'applicazione della tutela cd. reale».

La Cassazione ha osservato inoltre che «non può ritenersi relegato al campo del giudizio di proporzionalità qualunque fatto (accertato) teoricamente censurabile ma in concreto privo del requisito di anti-giuridicità, non potendo ammettersi che per tale via possa essere sempre soggetto alla sola tutela indennitaria un licenziamento basato su fatti (pur sussistenti, ma) di rilievo disciplinare sostanzialmente inapprezzabile».

I giudici di legittimità hanno così confermato il principio, già espresso dalla Suprema Corte nel 2015, secondo cui per la realizzazione della fattispecie del fatto sussistente è necessario che il comportamento del lavoratore sia connotato da anti-giuridicità. Pertanto, affinché il recesso disciplinare possa ritenersi legittimo non è sufficiente che il fatto sia esistente e accertato, ma lo stesso deve avere rilievo giuridico.

In sintesi, l'accertamento dell'anti-giuridicità della condotta è il *quid pluris* che qualifica la fattispecie del fatto contestato al lavoratore: pertanto, l'irrelevanza giuridica del fatto equivale alla insussistenza del comportamento addebitato.

Il provvedimento in esame rappresenta sicuramente un nuovo punto di riferimento rispetto agli interrogativi che, più volte, sono stati posti dalla dottrina sulla qualificazione del fatto materiale con riferimento alla «insussistenza del fatto contestato». La questione, ovviamente, risulta di maggior interesse anche in ragione della nuova disciplina stabilita dal cosiddetto *Jobs Act* per il licenziamento disciplinare, che, appunto, prevede l'applicazione della reintegrazione nel posto di lavoro solamente nel caso in cui il lavoratore dimostri in giudizio la «insussistenza del fatto ma-

teriale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento» (art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015).

Per completezza, deve segnalarsi che la sentenza di Cassazione in commento sulla questione della proporzionalità si spinge a dire: «la minore o maggiore gravità (o lievità) del fatto contestato e ritenuto sussistente, implicando un giudizio di proporzionalità, non consente l'applicazione della tutela cd. reale».

Tuttavia, con riferimento alla tematica della valutazione della cosiddetta sproporzione del recesso, appare condivisibile quanto affermato dalla dottrina secondo cui l'art. 2106 c.c. «non solo non è stato abrogato, ma soprattutto esso esprime nel campo del contratto di lavoro la necessità di conservazione dell'equilibrio sinallagmatico», richiamando in merito le regole del diritto comune e, in particolare, l'art. 1455 c.c., ove è stabilito che la risoluzione del contratto non è ammessa per un inadempimento di scarsa importanza (In tal senso, Barbieri 2013b, 34 ss.). In merito si è osservato ancora che se il nuovo comma 4, dell'art. 18, prevede che innanzi a un fatto che sussista ma è punito in forma lieve dalla contrattazione collettiva (ad esempio, con la multa o la sospensione) il giudice debba applicare la reintegra, ciò confermerebbe come «il giudizio di proporzionalità abbia ancora mantenuto il suo valore essenziale nella scelta della stessa tutela» (Riverso 2012, 9).

Di contro, sempre in dottrina, c'è chi ha invece negato che nella nuova normativa (art. 18, comma 4, disciplina Fornero) fosse rinvenibile un'interpretazione estensiva del principio di proporzionalità, in quanto la reintegra potrebbe applicarsi solo quando la condotta di minor gravità è tipizzata dalla contrattazione collettiva (Vallebona 2012, 57).

Risulta quindi ancora non risolta, quantomeno a parere della dottrina con riferimento alla legge Fornero, la problematica del principio di proporzionalità della sanzione posta alla base del recesso.

5. — Per concludere, a parere di chi scrive risulta pienamente condivisibile la soluzione esegetica stabilita dalla Suprema Corte con la decisione in commento, che, ribadendo i principi già affermati dai giudici di legittimità nel 2015, privilegia l'accertamento del requisito dell'antigiuridicità del fatto più che l'esistenza stessa del fatto materiale. Tale approccio ermeneutico evita il rischio di interpretazioni troppo formalistiche e intransigenti, ove il pericolo è proprio quello di veder favorito il dato formale (l'esistenza del fatto) anche quando è privo di illiceità.

In ragione di quanto sin qui esposto, il criterio della proporzionalità *ex* art. 2106 c.c. sembra comunque essere quello più adeguato al fine di valutare la riconducibilità del fatto contestato a una sanzione di tipo conservativo, e a maggior ragione quando l'addebito non sia specificatamente previsto dalla contrattazione collettiva o dal codice disciplinare.

Appare infatti opportuno, quando risulta in gioco il posto di lavoro, impedire che possano legittimarsi nell'ordinamento fattispecie del tutto «anomale» e paradossali che porterebbero a legittimare l'estromissione del lavoratore per condotte invece prive di un'effettiva rilevanza giuridica.

Riferimenti bibliografici

- Barbieri M. (2013a), *La nuova disciplina sostanziale del licenziamento individuale: prime risposte giurisprudenziali*, in RGL, n. 3, II, 334 ss.
- Barbieri M. (2013b), *La nuova disciplina del licenziamento individuale. Profili sostanziali e questioni controverse*, in Barbieri M., Dalfino D. (a cura di), *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 9 ss.
- Carinci F. (2012), *Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore e il prudente conservatore*, in ADL, n. 4-5, II, 773 ss.
- Carinci F. (2015), *Il licenziamento disciplinare all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, in W.P. Adapt – IT, 24 aprile 2015, n. 176, 4 ss.
- De Luca M. (2014), *Il fatto nella riforma della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia della Corte di Cassazione*, in FI, I, 3418 ss.
- De Luca Tamajo R. (2012), *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in RIDL, n. 2, II, 1049 ss.
- De Luca Tamajo R., Mazzotta O. (2013), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 125 ss.
- Fabbri F. (2012), *Alcune considerazioni sulla insussistenza del fatto addebitato e sulle incongruenze del nuovo art. 18 St. lav.*, in RGL, n. 2, I, 761 ss.
- Federici (2016), *In tema di insussistenza del fatto disciplinare*, in RGL, n. 1, II, 31 ss.
- Marazza M. (2012), *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in ADL, n. 3, I, 622 ss.
- Maresca A. (2012), *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in RIDL, 2012, I, 415 ss.
- Palladini A. (2012), *La nuova disciplina dei licenziamenti*, in RIDL, n. 4, II, 653 ss.
- Piccinini A. (2016), *Licenziamento disciplinare: il fatto materiale tra legge Fornero e Jobs Act*, in LG, n. 4, 339 ss.
- Riverso R. (2012), *Alla ricerca del fatto nel licenziamento*, in *www.altalex*, 9 ss.
- Riverso R. (2015), *I licenziamenti disciplinari tra Jobs Act e riforma Fornero. (Basta poco di fatto materiale e la reintegra va giù)*, in *Questione Giustizia*, 3-4 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*, Milano, 290 ss.
- Speziale V. (2012), *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, RIDL, n. 3, I, 552 ss.
- Vallebona A. (2012), in *La riforma del lavoro*, Giappichelli, Torino, 57.

Michelangelo Salvagni

Specializzato in Diritto sindacale, del lavoro e della previdenza sociale

CASSAZIONE, 20.9.2016, n. 18409 – Pres. Di Cerbo, Est. Patti, P.M. Sanlorenzo (conf.) – M.A. (avv. Panici) c. Ernst & Young Financial Business Advisors Spa (avv.ti Marotta, Pollaroli).
Conf. Corte d'Appello di Roma, 23.4.2015.

Licenziamento individuale – Giustificato motivo oggettivo – Riorganizzazione aziendale volta alla riduzione dei costi – Accorpamento di due posizioni di segreteria amministrativa – Sussiste – Criteri di scelta – Principi di correttezza e buona fede – Esigenza aziendale di orario *full-time* – Legittimità.

Rispetta i principi di correttezza e buona fede disciplinati dagli artt. 1175 e 1375 c.c. il datore di lavoro che, nell'ambito di un'operazione di riorganizzazione aziendale volta alla riduzione dei costi, attuata mediante l'accorpamento di due posizioni di segreteria amministrativa in una sola, operi la scelta tra i lavoratori da licenziare sulla base dell'incidenza del diverso orario di lavoro prestato (a tempo parziale della lavoratrice licenziata e a tempo pieno dell'altra), in ragione della necessità aziendale di un dipendente a tempo pieno, a garanzia della copertura dell'intero orario di apertura degli uffici. (1)

(1) LICENZIAMENTO PER G.M.O. DELLA LAVORATRICE *PART-TIME*

SOMMARIO: 1. La fattispecie oggetto del giudizio. — 2. Il giustificato motivo oggettivo e l'effettività delle esigenze aziendali. — 3. La scelta del lavoratore da licenziare e il *répêchage*. — 4. Quale tutela per il lavoratore che rifiuta la trasformazione del rapporto di lavoro *part-time*?

1. — *La fattispecie oggetto del giudizio* — La decisione in epigrafe trae origine dall'impugnazione, da parte di una segretaria *part-time*, del licenziamento intimatole per giustificato motivo oggettivo in ragione del minore orario di lavoro prestato. Il Tribunale di Roma respingeva la domanda della lavoratrice volta alla reintegrazione nel posto di lavoro e la decisione veniva confermata dalla Corte d'Appello, che riteneva legittimo il licenziamento sul presupposto della sussistenza del giustificato motivo oggettivo per riorganizzazione della segreteria cui era addetta la lavoratrice, con riduzione da due a una risorsa, nonché della correttezza della scelta della lavoratrice da licenziare, in quanto impiegata *part-time*, ossia in mansioni non omogenee né fungibili rispetto a quelle dell'altra dipendente a tempo pieno e, al contempo, rispettati i principi di correttezza e buona fede avendo offerto alle lavoratrici, per evitare il licenziamento, di lavorare entrambe *part-time*, peraltro con loro rifiuto. Riteneva, infine, la Corte capitolina assolto l'obbligo di *répêchage* per l'impiego nell'organico di soli profili professionali tecnici e l'impossibilità di una sua diversa collocazione nell'organizzazione della sede di Roma. La Corte di legittimità, nel confermare le decisioni di merito, ha stabilito che la scelta basata sull'incidenza del diverso e minore orario lavorativo al

quale era tenuta la dipendente licenziata costituisce una ragionevole giustificazione ai fini dell'individuazione del nesso causale del licenziamento, in quanto la diversità dell'impegno orario rappresenta l'elemento di infungibilità delle due prestazioni in ragione della accertata necessità aziendale di un dipendente a tempo pieno a garanzia della copertura dell'intero orario di apertura degli uffici.

La Cassazione torna così sul significato da attribuire alla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento derivante da riorganizzazione dell'attività produttiva e, in particolare, da soppressione del posto di lavoro per una più utile gestione dell'attività dell'impresa (1). Quello dei licenziamenti economici rappresenta, invero, un tema particolarmente caldo e ad alta sensibilità sociale, poiché le modifiche alla struttura produttiva indotte dalla globalizzazione, dalla innovazione tecnologica nonché dalla non ancora attenuata crisi economica richiedono sempre più l'adozione di modelli regolativi idonei a conciliare le esigenze dell'impresa con i diritti dei lavoratori (2). Si tratta, a ben vedere, di un bilanciamento che, in presenza di definizioni normative generali come quella contenuta nell'art. 3 della l. n. 604/1966, è rimesso alla valutazione soggettiva del giudice del caso concreto, che spesso si è spinto, oltre la mera verifica della sussistenza dell'effettiva modifica dell'organizzazione produttiva, fino a sindacare nel merito la scelta operata dall'imprenditore (3). Si spiega anche così la «reazione» del legislatore del *Jobs Act* che, evidentemente ritenendo tale incertezza un fattore disincentivante l'assunzione a tempo indeterminato da parte degli imprenditori nonché per gli investitori stranieri (4), ha previsto, nell'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo ritenuto ingiustificato, che la tutela del lavoratore non fosse più reintegratoria bensì soltanto risarcitoria, sostituendo la reintegrazione nel posto di lavoro con un'indennità di «importo certo, crescente in base all'anzianità del lavoratore» (art. 3, c. 1, d.lgs. n. 23/2015) (5).

In particolare, la decisione affronta il tema del rifiuto del passaggio al *full-time*, in sé pienamente legittimo, ma che tuttavia può porsi in attrito con le esigenze or-

(1) In dottrina si veda, per tutti, Santoro Passarelli 2015, 1.

(2) Sul punto, Pessi 2013, 752 ss., nonché De Simone 2002, 32.

(3) Secondo l'orientamento giurisprudenziale, che sembra essere maggioritario (tra le tante, cfr.: Cass. 18 marzo 2013, n. 6710, in *Diritto e Giustizia*, 2013; Cass. 13 marzo 2013, n. 6333, in *Diritto e Giustizia*, 2013; Cass. 14 maggio 2012, n. 7474, in *MGC*, 2012, 608, secondo le quali il controllo sulla legittimità degli atti privati dell'imprenditore impone una valutazione di coerenza interna dell'azione, cioè un criterio di giustificazione delle scelte datoriali riferito non al fine ma ai modi in cui lo stesso è perseguito), va escluso il controllo giudiziale circa l'opportunità delle scelte tecnico-organizzative, che sono rimesse alla mera valutazione del datore di lavoro, in quanto espressione della sua libertà di iniziativa economica privata ex art. 41 Cost. In questa direzione, l'art. 30 della l. n. 183 del 2010 (cd. Collegato lavoro), ha ribadito che «il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente». In dottrina, si veda Ichino 2013.

(4) Una delle principali finalità del *Jobs Act* è, appunto, quella di «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione» (c. 7, art. 1, legge delega n. 183/2014).

(5) In questo senso, si veda Pisani 2016, 545, nonché, con riferimento alle modifiche introdotte dalla riforma Fornero, cfr. Carinci F. 2012 e Vidiri 2012, 617.

ganizzative aziendali come quella, verificatasi nel caso di specie, di dover coprire l'intero arco della giornata di lavoro. La pronuncia in commento precisa a quali condizioni tale attrito possa sfociare nel licenziamento del dipendente; si tratta di una questione sulla quale la giurisprudenza non ha avuto molte occasioni di confrontarsi (6), essendo più frequente il caso contrario: di rifiuto del *part-time* da parte del lavoratore occupato a tempo pieno (7). L'applicazione al caso *de quo* di principi già elaborati, anche se non sempre uniformi, in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo permette, nella nota di commento, di ripercorrere gli orientamenti giurisprudenziali più recenti in tema di effettività delle ragioni datoriali, di impossibilità del proficuo utilizzo del lavoratore *aliunde* nonché dell'onere probatorio incombente sul datore di lavoro.

2. — *Il giustificato motivo oggettivo e l'effettività delle esigenze aziendali* — Costituisce ormai principio consolidato quello per cui il controllo giurisdizionale del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, per non sconfinare in valutazioni di merito che si sovrappongano a quelle dell'imprenditore – la cui autonomia e insindacabilità è garantita dall'art. 41, c. 1, Cost. –, deve limitarsi a verificare che il recesso sia dipeso da genuine scelte organizzative di natura tecnico-produttiva e non da pretestuose ragioni atte a nascondere altre, relative esclusivamente alla persona del lavoratore licenziato (8). Ciò che rileva è, in sostanza, che vi sia un genuino ed effettivo mutamento nell'organizzazione tecnico-produttiva, non contingente e transeunte, ma destinato a protrarsi stabilmente nel tempo, all'esito del quale risulti in esubero una data posizione lavorativa (9).

Secondo la giurisprudenza, integra la fattispecie del licenziamento per giustificato motivo oggettivo la soppressione del settore lavorativo, del reparto, del posto cui era addetto il dipendente licenziato, senza che sia necessario che vengano sopprese tutte le mansioni in precedenza attribuitegli, ben potendo le stesse essere anche solo diversamente ripartite (10). Si tratta di una scelta insindacabile nei suoi profili di opportunità ed efficacia, spettando al giudice soltanto il controllo della reale sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore, nel senso che ne risulti l'effettività e la non pretestuosità (11).

Nel presupposto, quindi, di una scelta aziendale effettiva e non pretestuosa, in linea di massima, la soppressione di una determinata posizione lavorativa può derivare: da una diversa organizzazione tecnico-produttiva che abbia reso determinate mansioni obsolete o comunque non più necessarie o, a ogni modo, da abbandonarsi in base alla insindacabile scelta imprenditoriale (12), oppure dall'esternalizzazione di determinate

(6) Cass. 20.12.1995, n. 12999, in *RIDL*, 1996, n. 3, II, 632, con nota di Nannipieri (Nannipieri 1996).

(7) Cass. 3.9.1991, n. 9344, in *RIDL*, 1992, II, 1001, con nota di Topo (Topo 1992).

(8) Cfr., per la giurisprudenza di merito: C. App. Roma 8.11.2012, in *LG*, 2013, 22; T. Milano 19.2.2008, in *LG*, 2008, 960.

(9) Cass. 30.11.2010, n. 24234, inedita a quanto consta; Cass. 27.10.2009, n. 22648, in *ADL*, 2010, II, 556.

(10) Cfr., *ex aliis*, Cass. 4.11.2004, n. 21121, in *Diritto e Giustizia*, 2004, n. 45, 120.

(11) Tra le tante: Cass. 18.3.2010, n. 6559, in *MGC*, 2010, n. 3, 391.

(12) Cass. 1.7.2016, n. 13516, in *MGC*, 2016.

mansioni (13) o dalla soppressione di un intero reparto, o dalla riduzione del numero dei suoi addetti, rivelatosi sovrabbondante per l'impegno richiesto; o – ancora – da una diversa ripartizione di date mansioni fra il personale in servizio, attuata a fini di più economica ed efficiente gestione aziendale (14): il risultato finale fa emergere come in esubero la posizione lavorativa di quel dipendente che vi era addetto in modo esclusivo o prevalente. La costante in tutte le ipotesi sopra enunciate, all'esito delle quali risulti eccedente la posizione lavorativa del dipendente poi licenziato, è data dal fine, che in ultima analisi è sempre lo stesso: migliorare la produttività. Ciò che conta è, dunque, che tale finalità si traduca in un mutamento nell'organizzazione tecnico-produttiva genuino e non strumentalmente piegato a espellere personale non gradito.

Sulla possibilità che l'imprenditore riorganizzi la propria azienda e, di conseguenza, licenzi un lavoratore, una parte della giurisprudenza ha sostenuto che ciò può avvenire solo per evitare perdite (15) e non già per incrementare i profitti (16). A ben vedere però, la discussione sulla differenza fra incremento dell'utile e riduzione dei costi (che in certo modo determina comunque un utile), conduce a un'aporia, giacché il licenziamento è un atto compiuto dall'imprenditore per evitare una perdita che egli altrimenti si attende a causa della prosecuzione del rapporto, sia in termini di costi che di perdita di vantaggi che gli deriverebbero da una diversa soluzione produttiva (17).

Più recentemente è stato, infatti, affermato che quel che è vietato non è la ricerca del profitto mediante riduzione del costo del lavoro o di altri fattori produttivi – perché la libertà di iniziativa economica è finalizzata alla ricerca della maggiore redditività possibile –, ma il perseguire tale obiettivo soltanto tramite l'abbattimento del costo del lavoro realizzato con il puro e semplice licenziamento di un dipendente non accompagnato da un effettivo mutamento dell'organizzazione tecnico-produttiva (18).

(13) In questo caso, le mansioni, pur repute ancora necessarie, vengono lasciate al personale di imprese esterne. Cfr.: Cass. 1.8.2013, n. 18416, in *RIDL*, 2014, n. 2, II, 231; Cass. 9.9.2013, n. 20601, inedita a quanto consta.

(14) Cass. 7.7.2004, n. 12514, in *RIDL*, 2004, II, 838, con nota di Ichino (Ichino 2004); Cass. 24.5.2011, n. 11356, in *LG*, 2012, 144.

(15) Cass. 11.4.2003, n. 5777, in *MGL*, 2003, 668.

(16) Cass. 7.7.2004, n. 12514, cit.; Cass. 17.11.2010, n. 23222, in *Diritto e Giustizia*, 2010; Cass. 24.2.2012, n. 2874, in *MGC*, 2012, n. 2, 220, secondo la quale il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, nella previsione della seconda parte dell'art. 3 della l. n. 604/1966, comprende anche l'ipotesi di un riassetto organizzativo dell'azienda attuato al fine di una più economica gestione di essa e deciso dall'imprenditore, non pretestuosamente e non semplicemente per un incremento di profitto, bensì per far fronte a sfavorevoli situazioni – non meramente contingenti – influenti in modo decisivo sulla normale attività produttiva, ovvero per sostenere notevoli spese di carattere straordinario, senza che sia rilevante la modestia del risparmio in rapporto al bilancio aziendale, in quanto, una volta accertata l'effettiva necessità della contrazione dei costi, in un determinato settore di lavoro, ogni risparmio che sia in esso attuabile si rivela in diretta connessione con tale necessità e quindi da questa oggettivamente giustificato.

(17) Così Ichino 2004, cit.

(18) Cass. 1.7.2016, n. 13516, in *MGC*, 2016; Cass. 21.7.2016, n. 15082, in *GDir.*, 2016, n. 34, 70, e, più di recente, Cass. 7.12.2016, n. 25201, in *Corriere giuridico*, 2017, n. 2, 284, ha evidenziato che l'interpretazione letterale della norma, da cui occorre necessariamente muovere, esclude che per ritenere giustificato il licenziamento per motivo oggettivo debba ricorrere, ai fini dell'integrazione della fattispecie astratta, un presupposto fattuale – che il datore

La sentenza in esame sembra aderire a questo orientamento ritenendo legittima la decisione di accorpare le due posizioni di segreteria amministrativa in una sola, anche per una più economica gestione dell'impresa. Decisione che, espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost., è riservata esclusivamente alla valutazione del datore di lavoro, quale responsabile della corretta gestione dell'azienda anche dal punto di vista economico e organizzativo e, inoltre, come tale, essa è insindacabile quanto ai profili di congruità e opportunità, quando sia effettiva e non simulata o pretestuosa, spettando al giudice solo il controllo della reale sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore (19).

3. — *La scelta del lavoratore da licenziare e il répéchage* — La lavoratrice, con il secondo motivo del ricorso, premessa la fungibilità delle mansioni svolte da lei e dalla collega assunta con contratto *full-time*, lamentava l'inosservanza dei criteri di scelta di maggiore anzianità e carichi di famiglia, a proprio favore, nonché la violazione dell'obbligo di *répéchage*.

In merito alla prima doglianza, è stato recentemente affermato (20) che, quando il giustificato motivo oggettivo si identifica nella generica esigenza di riduzione di personale omogeneo e fungibile, la scelta del dipendente da licenziare non è totalmente libera, risultando limitata, oltre che dal divieto di atti discriminatori, dalle regole di correttezza cui deve essere informato, *ex artt.* 1175 e 1375 c.c., ogni comportamento delle parti del rapporto obbligatorio e, quindi, anche il recesso di una di esse (21). Allo scopo di individuare, in concreto, criteri obiettivi che consentano di ritenere la scelta del lavoratore da licenziare conforme ai dettami di correttezza e buona fede sopra richiamati, la giurisprudenza ha ritenuto che possa farsi riferimento, pur nella diversità dei rispettivi regimi, ai criteri che l'art. 5, l. n. 223 del 1991, detta per i licenziamenti collettivi e, conseguentemente, prendere in considerazione in via analogica i criteri dei carichi di famiglia e dell'anzianità, non assumendo, invece, rilievo le esigenze tecnico-

di lavoro debba indefettibilmente provare e il giudice conseguentemente accertare – identificabile nella sussistenza di «situazioni sfavorevoli» ovvero di «spese notevoli di carattere straordinario», cui sia necessario fare fronte. Dal punto di vista dell'esegesi testuale della disposizione è sufficiente che il licenziamento sia determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, tra le quali non possono essere aprioristicamente o pregiudizialmente escluse quelle che attengono a una migliore efficienza gestionale o produttiva ovvero anche quelle dirette a un aumento della redditività d'impresa. Va, quindi, ritenuta legittima ogni ragione che abbia determinato la riorganizzazione o ristrutturazione aziendale, non potendosi escludere né le esigenze di mercato né il perseguimento di un incremento di profitti attraverso modifiche organizzative, poiché, diversamente opinando, il giudizio sarebbe fondato non sull'esistenza o meno del motivo organizzativo nella sua oggettività, bensì sulle ragioni che lo hanno determinato.

(19) In questo senso: Cass. 12 giugno 2015, n. 12242, in *Diritto e Giustizia*, 2015, 15 giugno; Cass. 9 dicembre 2014, n. 25874, in *Diritto e Giustizia*, 2014, 10 dicembre; Cass. 13 marzo 2013, n. 6333, in *Diritto e Giustizia*, 2013, 14 marzo; Cass. 24 febbraio 2012, n. 2874, in *MGC*, 2012, n. 2, 220; Cass. 22 agosto 2007, n. 17887, in *MGC*, 2007, n. 7-8.

(20) Cass. 8.7.2016, n. 14021, in *MGC*, 2016.

(21) Cfr.: Cass. 20.3.2011, n. 7046, in *MGC*, 2011, n. 3, 477; Cass. 11.6.2004, n. 11124, in *RGL*, 2005, II, 273; Cass. 6.9.2003, n. 13058, in *MGC*, 2003, 9; Cass. 21.12.2001, n. 16144, in *NGL*, 2002, 352; Cass. 21.11.2001, n. 14663, in *DL*, 2002, II, 23.

produttive e organizzative, data la totale fungibilità tra i dipendenti (22). Tali criteri sono, infatti, considerati idonei a consentire al datore di lavoro di esercitare il suo unilaterale potere selettivo tenendo adeguatamente conto degli interessi dei lavoratori (23). Tuttavia, nel caso in esame, i giudici ritengono che, pur a parità di mansioni, le prestazioni di lavoro svolte dalle due lavoratrici addette alla segreteria amministrativa non sono fungibili a causa del diverso orario prestato e che, pertanto, a fronte di tale diversità, va data prevalenza alle esigenze aziendali che possono legittimare il licenziamento della lavoratrice con orario ridotto se il mutato assetto organizzativo richiede una prestazione di lavoro a tempo pieno per coprire l'intero orario di apertura degli uffici.

Con riferimento alla seconda questione, ossia alla lamentata violazione dell'obbligo di *répêchage*, secondo la Cassazione, il datore di lavoro ha adempiuto l'onere della prova della non ricollocabilità *aliunde* della lavoratrice.

Come è noto, nell'ambito del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, una delle problematiche più insidiose e controverse riguarda l'istituto del *répêchage* – ovvero il diritto riconosciuto in favore del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro nel caso in cui, al momento del recesso, siano disponibili in azienda altre posizioni lavorative cui assegnarlo –, in ragione della incoerente e contraddittoria elaborazione giurisprudenziale in materia di onere probatorio. Infatti, una delle questioni più dibattute in giurisprudenza attiene al soggetto onerato di allegare e provare l'inutilizzabilità *aliunde* del lavoratore, ossia l'inevitabilità del licenziamento.

Secondo l'orientamento maggioritario (24), la prova dell'impossibilità di una differente utilizzazione del lavoratore in mansioni diverse da quelle precedentemente svolte non va intesa in modo rigido, dovendosi esigere, dallo stesso lavoratore che impugni il licenziamento, una collaborazione nell'accertamento di un possibile *répêchage* (25), mediante l'allegazione dell'esistenza di altri posti di lavoro nei quali egli poteva essere utilmente ricollocato, conseguendo a tale allegazione l'onere del datore di lavoro di provare la non utilizzabilità nei posti predetti. Secondo tale impostazione (26), sebbene il datore di lavoro sia tenuto al *répêchage*, il lavoratore che chiede l'adempimento

(22) Recentemente, Cass. 7.12.2016, n. 25192, ha escluso che non si possa far riferimento ad altri criteri, purché razionali, che consentano la graduazione tra i diversi lavoratori. Nel caso di specie, è ritenuto legittimo il licenziamento del dipendente più costoso per l'impresa, meno produttivo e in condizioni economiche migliori rispetto agli altri lavoratori.

(23) Cfr. Cass. 9.5.2002, n. 6667, in *RIDL*, 2003, II, 108.

(24) In questo senso, si vedano: Cass. 16.6.2000, n. 8207, in *OGL*, 2000, 907; Cass. 24.2.2003, n. 2810, in *NGL*, 2003, 481; Cass. 18.3.2010, n. 6559, in *MGC*, 2010, n. 3, 391; Cass. 8.11.2013, n. 25197, in *LG*, 2014, n. 2, 181; Cass. 5.3.2015, n. 4460, in *Diritto e Giustizia*, 2015, 25 giugno; Cass. 14.1.2016, n. 496, in *LG*, 2016, 402; Cass. 10.5.2016, n. 9467, in *ADL*, 2016, n. 4-5, II, 887.

(25) Secondo Cass. 12.12.1972, n. 3578, inedita a quanto consta, obiettivo del *répêchage* è accertare che il licenziamento non mascheri una illegittima sanzione disciplinare. Si tratta di un meccanismo, elaborato dalla giurisprudenza, di controllo indiretto della genuinità delle ragioni organizzative poste a fondamento del recesso, giacché, se il datore di lavoro poteva riutilizzare internamente quel dipendente oppure, dopo il licenziamento, ne ha assunto un altro, ciò significa che i motivi alla base del recesso erano altri. In dottrina, si veda Carinci M.T. 2005, 137.

(26) Persiani (2016, 1166) parla di soluzione di «ragionevole compromesso».

di quell'obbligo ha l'onere di individuare quali posizioni di lavoro esistenti in azienda gli potrebbero essere offerte per evitare il licenziamento (27). Tale onere di deduzione sarebbe richiesto al lavoratore al fine di agevolare la prova negativa incombente sul datore di lavoro (28), ritenuta assai gravosa nelle imprese di medie e grandi dimensioni nelle quali l'inutilizzabilità *aliunde* va verificata nell'ambito di molti posti di lavoro (29), anche alla luce di quella giurisprudenza che estende l'ambito del *répêchage* alle mansioni inferiori (30) e alle altre sedi dell'azienda (31).

Un orientamento più restrittivo è addirittura arrivato a sostenere che il datore di lavoro non sarebbe tenuto a fornire la prova dell'impossibilità del *répêchage*, nel caso in cui il lavoratore non alleggi nel ricorso introduttivo i posti di lavoro nei quali poter essere utilmente reimpiegato (32).

È probabilmente per contrastare siffatta interpretazione che recentemente la Cassazione (33) ha rimeditato l'orientamento fino a qualche tempo prima prevalen-

(27) In questo senso, cfr.: Cass. 23.10.1998, n. 10559, in *MGC*, 1998, 2167; Cass. 2.4.1987, n. 3198, in *NGL*, 1987, 793. Secondo tale filone giurisprudenziale, le deduzioni e allegazioni del lavoratore ricorrente sulla sua utilizzabilità *aliunde* non potranno, naturalmente, essere particolarmente specifiche, riguardando situazioni che attengono alla struttura imprenditoriale conosciute, quindi, essenzialmente dal datore di lavoro, ma potranno, se non altro, sollecitare la controparte a fornire una prova più concreta e specifica a tal riguardo e anche per consentire al giudice di esercitare, per l'accertamento di tali circostanze, i poteri istruttori conferitigli dalla legge.

(28) Cass. 20.2.1998, n. 1790, in *FI*, 1998, I, 1462.

(29) Il datore di lavoro dovrebbe dimostrare, quale fatto positivo contrario al fatto negativo da provare, di non avere effettuato e di non avere in programma di effettuare, dopo il licenziamento, nuove assunzioni, non solo per le stesse mansioni o in mansioni equivalenti a quelle svolte dal dipendente licenziato, ma anche per tutte le altre mansioni inferiori che siano astrattamente riconducibili alla sua capacità professionale. In tal modo è evidente che si moltiplicherebbe il novero delle mansioni che potrebbero ritenersi ricomprese nella capacità professionale del lavoratore licenziato, tenuto anche conto che, trattandosi di mansioni inferiori, quanto più elevata sarà la qualifica del lavoratore, tanto più aumenteranno le posizioni inferiori in tal modo comparabili in relazione alle quali, quindi, il datore di lavoro dovrebbe tentare di fornire la prova di cui si è detto. In proposito, Pisani (2008, nota a Cass. 13 agosto 2008, n. 21579, in *MGL*, 2009, 159) parla di «dimensioni innaturali e grottesche assunte dall'onere istruttorio che si pretende di addossare sull'impresa» in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

(30) Cass. 13.8.2008, n. 21579, in *RGL*, 2009, n. 1, II, 98; Cass. 18.3.2009, n. 6552, in *Diritto e Giustizia*, 2009, n. 2, 507; Cass. 23.10.2013, n. 24037, in *RIDL*, 2014, II, 296.

(31) Per l'orientamento che ritiene, nel caso di gruppo di imprese, che il datore di lavoro deve dimostrare l'impossibilità di utilizzare il lavoratore anche presso altre imprese della medesima compagine societaria si veda Cass. 16.1.2014, n. 798. Per il ripescaggio presso sedi anche all'estero cfr. Cass. 15.7.2010, n. 16579, in *OGL*, 2011, n. 1, 182.

(32) In questo senso, si vedano: Cass. 8.2.2011, n. 3040, in *MGC*, 2011, n. 2, 198; Cass. 15.5.2012, n. 7512, inedita a quanto consta; Cass. 6.7.2012, n. 11402, in *MGC*, 2012, 890; Cass. 12.2.2014, n. 3224, in *GDir.*, 2014, 12, 73; Cass. 3.3.2014, n. 4920, in *Diritto e Giustizia*, 2014, 4 marzo.

(33) Cass. 22.3.2016, n. 5592, in *RGL*, 2016, n. 3, II, 302, nonché in *GI*, 2016, n. 5, 1164, con nota di Persiani (Persiani 2016); Cass. 13.6.2016, n. 12101, in *DRI*, 2016, n. 3, 842, con nota di Ferraresi (Ferraresi 2016); Cass. 11.10.2016, n. 20436, in *GD*, 2016, n. 45, 76; Cass. 21.12.2016, n. 26467, in *Diritto e Giustizia*, 2017, 30 dicembre; Cass. 5.1.2017, n. 160, in *Diritto e Giustizia*, 2017, 30 gennaio; Cass. 5.3.2015, n. 4460, in *ADL*, 2015, n. 3, II, 649; Cass. 7.7.1992, n. 8254, in *D&L*, 1993, II, 404, con nota di Brollo (Brollo 1993).

te evidenziando che, ai sensi dell'art. 5, l. n. 604/1966, l'onere della prova dell'impossibilità del *répêchage* incombe interamente sul datore di lavoro, senza alcun onere sostitutivo del lavoratore alla controparte in termini di allegazione. Altrimenti, osserva la Corte, si verificherebbe una singolare divaricazione tra allegazione e prova, inedita sul piano processuale, nel quale l'onere della prova è modulato in coerente corrispondenza con quello di allegazione *ex* art. 2967 c.c. (34). Inoltre, tale soluzione sarebbe più coerente con il principio di riferibilità o vicinanza della prova, non disponendo il lavoratore, a differenza del datore di lavoro, della completezza delle informazioni sulle condizioni dell'impresa, senza che ciò vada a detrimento del diritto di difesa del datore che si trova nella migliore disponibilità degli elementi per dimostrare le ragioni del proprio provvedimento. È stato, infine, rilevato che la prova dell'impossibilità del *répêchage* si risolve nell'agevole dimostrazione di non avere posizioni lavorative scoperte o di averne in mansioni non equivalenti per il tipo di professionalità richiesta, queste ultime eventualmente già ricoperte o destinate a esserlo tramite nuove assunzioni (35).

Alla luce del susseguirsi, nell'arco di pochi giorni, di pronunce contrastanti sarebbe opportuno un intervento chiarificatore della stessa Corte di legittimità, giacché se, da un lato, non può essere considerato ragionevole addossare al lavoratore l'onere di indicare le mansioni alternative libere, rispetto a una organizzazione potenzialmente a lui sconosciuta, dall'altro, non sembra del tutto condivisibile ritenere illegittimo un licenziamento in presenza di una qualsiasi posizione lavorativa alternativa rispetto alla quale resti ignota la sua reale esistenza o il fatto che sarebbe mai stata accettata dal lavoratore.

La *querelle* sembra, tuttavia, in via di soluzione a seguito delle modifiche introdotte dalla riforma Fornero, come la regola della necessaria immediata motivazione del licenziamento (art. 2, l. n. 604/66) e la procedura preventiva davanti alla Direzione territoriale del lavoro (art. 7, l. n. 604/66) finalizzata alla verifica delle soluzioni alternative al licenziamento. Tali norme richiedono, infatti, al datore di lavoro di motivare sufficientemente il recesso anche con riferimento alla possibile ricollocazione del lavoratore. Di fronte a tale contesto normativo, il lavoratore che intenda impugnare il licenziamento potrà dedurre e allegare la carenza, la sola apparente motivazione del recesso oppure la non veridicità delle valutazioni svolte dal datore su eventuali posti indisponibili o inidonei, oppure indicare i posti di lavoro che sono stati trascurati, al fine di integrare una domanda giudiziale che soddisfi i criteri dell'art. 414 c.p.c. Ovviamente tali indicazioni – anche non specifiche data la non esatta conoscenza, da parte del lavoratore, della intera consistenza aziendale – non potranno determinare l'inversione dell'onere della prova che l'art. 5, l. n. 604/66, pone chiaramente e inequivocabilmente a carico del datore di lavoro.

Un altro aspetto controverso riguarda l'ambito di applicazione del *répêchage*.

(34) Sul punto, vale la pena ricordare che, in via del tutto eccezionale, l'art. 28, d.lgs. n. 150/2011, prevede, in tema di discriminazione, che il lavoratore alleggi gli elementi presuntivi della condotta illecita cui consegue l'onere, in capo al datore di lavoro, di provare l'insussistenza della discriminazione.

(35) Così Cass. 13.6.2016, n. 12101, cit.

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

Secondo la tesi più restrittiva, le mansioni da prendere in considerazione sarebbero solo quelle equivalenti alle ultime svolte, ossia quelle che implicano l'utilizzo dello stesso bagaglio professionale acquisito dal lavoratore nella fase pregressa del rapporto di lavoro. Inizialmente, infatti, la giurisprudenza ha negato che il ripescaggio del lavoratore potesse estendersi alle mansioni inferiori, così derogando al divieto di demansionamento previsto dall'art. 2103 c.c. Solo successivamente e, in una prima fase, con esclusivo riferimento all'ipotesi di sopravvenuta inidoneità (36), la Cassazione ha ritenuto l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto prevalente rispetto alla tutela della professionalità, non ravvisando nell'adibizione a mansioni inferiori un contrasto con il dettato codicistico, se essa rappresentava l'unica alternativa al licenziamento (37).

Ora, la nuova formulazione dell'art. 2103 c.c., che ha esteso l'ambito di esigibilità delle mansioni a tutte quelle inquadrare nello stesso livello purché appartenenti alla medesima categoria legale, sembrerebbe ampliare l'ambito di applicazione del *répêchage* (38), anche se è stato affermato (39) che la novella del 2015 dovrebbe essere interpretata nel senso di consentire l'espletamento del ripescaggio nell'ambito di mansioni diverse purché coerenti con la professionalità del lavoratore. Tuttavia, il ricorso alla dequalificazione del lavoratore al fine di evitare il licenziamento è ora espressamente disciplinato dal c. 6, del novellato art. 2103 c.c., che prevede la possibilità di accordi individuali, nelle sedi protette di cui all'art. 2113 c.c., di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento nonché della relativa retribuzione nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione. Nell'attesa di verificare le concrete modalità di recepimento di tali novità normative da parte della giurisprudenza, le notorie difficoltà in cui versa oggi il mercato del lavoro potrebbero indurre, ancora una volta, a ritenere le esigenze alla conservazione del posto di lavoro prevalenti su quelle di salvaguardia della professionalità del prestatore (40), comunque compromessa dalla perdita del posto di lavoro.

Resta il fatto che le soprarichiamate incertezze interpretative in materia di *répêchage*, violando l'aspettativa alla certezza del diritto da parte dell'utente del sistema giudiziario, oltre alle pesanti ricadute sul piano economico, anche in termini di disincentivo agli investimenti, deleterie per l'occupazione, finiscono per determinare approdi giurisprudenziali poco affidabili che non assicurano di certo un trattamento conforme all'art. 3 Cost.

(37) Cass. 5.4.2007, n. 8596, in *DeL*, 2007, n. 3, 782; Cass. 13.8.2008, n. 21579, in *RIDL*, 2009, n. 3, II, 664; Cass. 22.5.2014, n. 11395, in *Diritto e Giustizia*, 2014, 1° agosto; Cass. 16.11.2015, n. 23698, in *RGL*, 2016, n. 2, II, 182; Cass. 8.3.2016, n. 4509, in *Ced Cassazione*, 2016; Cass. 19.11.2016, n. 22795, inedita a quanto consta.

(38) In questo senso, Liso 2015 e Brollo 2015, 42. In senso contrario, Pisani (2016, 548), secondo il quale si deve escludere che a seguito della possibilità dello *ius variandi in peius* introdotta dai cc. 2 e 4 dell'art. 2103 c.c. il datore di lavoro sia obbligato a esercitare tale potere per evitare il licenziamento del dipendente, essendo inammissibile che il «può» del c. 2 diventi un «deve», giacché l'esercizio di quel potere rientra nella libera scelta dell'imprenditore. Inoltre non si potrebbe pretendere l'applicazione della fattispecie in esame, perché ciò imporrebbe all'imprenditore di corrispondere al lavoratore, ai sensi del c. 5, la retribuzione superiore.

(39) Ianniruberto 2016, 260.

(40) Così Cass. 9.11.2016, n. 22798.

4. — *Quale tutela per il lavoratore che rifiuta la trasformazione del rapporto di lavoro part-time?* — Sebbene la decisione in commento sia condivisibile negli effetti e con riferimento alla non fungibilità della posizione della lavoratrice *part-time* licenziata, tuttavia, la sopravvenuta incompatibilità della prestazione di lavoro a tempo parziale rispetto all'organizzazione dell'impresa rischia di essere ribaltata a svantaggio della lavoratrice ponendosi, così, in contrasto con il quadro normativo di riferimento, volto, invece, a favorire l'utilizzo di prestazioni di lavoro più flessibili, anche in termini di orario. In particolare ci si riferisce alla previsione di cui all'art. 5, d.lgs. n. 61/2000, oggi integralmente trasfusa nell'art. 8 del d.lgs. n. 81/2015 (41), secondo la quale il rifiuto a trasformare il rapporto di lavoro da tempo parziale a tempo pieno, o viceversa, «non costituisce giustificato motivo di licenziamento» (42). Tale formulazione, che sembra disporre un divieto assoluto, si discosta da quella della corrispondente clausola 5 della Direttiva n. 97/81/Ce, la quale prevede che il rifiuto della trasformazione del rapporto da tempo pieno a parziale, e viceversa, «non dovrebbe, in quanto tale, costituire motivo valido per il licenziamento», senza pregiudizio per la possibilità dell'imprenditore di procedere a licenziamenti per altre ragioni, «come quelle che possono risultare da necessità di funzionamento dello stabilimento considerato» (43). In merito, la giurisprudenza, anche costituzionale (44) e comunitaria (45), ha sostenuto che la normativa interna e quella comunitaria implicano che il licenziamento non può essere fondato sul rifiuto a trasformare il rapporto di lavoro da *full-time* a *part-time* o viceversa, ma non che il datore di lavoro non possa licenziare il lavoratore quando il rifiuto alla proposta di trasformare il rapporto entri in contrasto con le ragioni tecnico-orga-

(41) Per un recente commento si rimanda a Calafà 2015, 98.

(42) Per la scarsa casistica giurisprudenziale relativa a casi di licenziamento economico conseguente al rifiuto di trasformare il rapporto di lavoro da tempo parziale a tempo pieno, cfr: Cass. 9 luglio 2001, n. 9310, in *NGL*, 2001, 787; Cass. 20 dicembre 1995, n. 12999, in *RIDL*, 1996, II, 632, con nota di Nannipieri (Nannipieri 1996); Cass. 4 settembre 2012, n. 14833, in *Diritto e Giustizia*, 2012, 5 settembre; Cass. 15 novembre 2012, n. 20016, in *MGC*, 2012, 11, 1308. Sul punto appare opportuno segnalare T. Bologna 19.11.2012, in *RIDL*, 2013, n. 1, II, con note di Ichino e Scarpelli, che ha ritenuto il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, conseguente al rifiuto di una lavoratrice a modificare il suo orario di lavoro, nullo in quanto determinato da motivo illecito. Secondo il giudice, infatti, la vicenda era da interpretarsi come «il tentativo di esercitare, in coincidenza con la chiusura di un punto vendita, una coazione sulla lavoratrice per ottenere l'accettazione di condizioni di lavoro deteriori» tale da integrare gli estremi del motivo illecito. Sul caso, inverso, del licenziamento per indisponibilità alla conversione da tempo pieno a tempo parziale, cfr. Cass. 3 settembre 1991, n. 9344, in *RIDL*, 1992, II, 1001, con nota di Topo (Topo 1992); T. Grosseto 23 dicembre 2003, in *LG*, 2004, n. 6, 609. Si tratta, invero, di decisioni che hanno ritenuto illegittimo il licenziamento senza però fare espresso riferimento alla normativa specifica sopra citata.

(43) Sulla dimensione eurounitaria della disciplina cfr.: Delfino 2008, 233; Santucci 2000, 569; Giubboni, Sciarra 2000, 559; Dessì 2001, 491.

(44) C. cost. 19.7.2013, n. 244, in *RIDL*, 2014, II, 320, la quale ha esaminato la compatibilità costituzionale della possibilità di revisione del *part-time* riconosciuta alle pubbliche amministrazioni dall'art. 16, legge n. 183/2010.

(45) C. Giust. 15.10.2015, C-221/13, in *FI*, 2014, IV, 509, che ha ritenuto conforme alla normativa comunitaria l'art. 16, legge n. 183/2010, cit.

nizzative che possono integrare il giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3, l. n. 604/1966 (46).

Se la finalità della normativa in materia di *part-time* è quella di facilitare lo sviluppo di una maggiore flessibilità, eliminando le discriminazioni nei confronti dei lavoratori che scelgono questa tipologia contrattuale, ammettere il recesso per motivo economico, privilegiando le esigenze aziendali rispetto alla programmabilità dei tempi di vita e di lavoro, potrebbe limitare la tutela offerta dall'art. 5, cit. (ora art. 8, d.lgs. n. 81/15), in termini di effettività. Difatti è abbastanza evidente il rischio che, attraverso l'asserita sopravvenuta incompatibilità organizzativa del *part-timer*, si ponga un limite fittizio e non verificabile alla tutela offerta dall'ordinamento in questi casi, poiché tale incompatibilità è il risultato di valutazioni e scelte dell'imprenditore. Si tratta di un rischio abbastanza concreto considerata la riduzione della tutela per le ipotesi di recesso per ragioni economiche operate dalle recenti riforme, che potrebbe indurre i datori di lavoro a costruire delle riorganizzazioni credibili, ma fittizie, allo scopo di licenziare un lavoratore sgradito. Alla luce di ciò si impone la necessità di un accertamento rigoroso delle effettive e non fraudolente esigenze aziendali al fine di un giusto contemperamento delle contrapposte esigenze.

In questa direzione sembra porsi la decisione in commento ove, verificata l'effettività della riduzione da due a un'unità nell'ufficio segreteria, il datore di lavoro ha dato dimostrazione dell'incompatibilità della lavoratrice *part-time* rispetto all'esigenza di coprire l'intero arco della normale giornata lavorativa (47). Da tale circostanza, sia i giudici di merito che quelli di legittimità hanno, infatti, dedotto che il licenziamento non era determinato dal rifiuto alla trasformazione del rapporto di lavoro ma da una autonoma e concomitante obiettiva ragione di funzionamento dello stabilimento che non consentiva più il ricorso al rapporto di lavoro a orario ridotto.

Riferimenti bibliografici

- Brollo M. (1993), *L'onere e i mezzi di prova del cd. répéchage nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *D&L*, II, 404 ss.
- Brollo M. (2015), *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, in *ADL*, n. 6, I, 1177 ss.
- Calafà L. (2015), *Il lavoro a tempo parziale*, in Carinci F. (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt University Press, 98 ss.
- Carinci F. (2012), *Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore e il prudente conservatore*, in *ADL*, n. 4-5, II, 773 ss.
- Carinci M.T. (2005), *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Cedam.

(46) T. Trieste 29.9.2011, ord., inedita a quanto consta, evidenzia come la normativa in materia di *part-time* «vieta il licenziamento motivato di per sé (cioè, esclusivamente) dal rifiuto della trasformazione, ferma rimanendo la possibilità di pervenire a un valido recesso in presenza di elementi che lo giustificano per ragioni diverse, rispetto alle quali l'elemento della prestazione a tempo parziale rileva solo di riflesso».

(47) Nello stesso senso, Cass. 23.3.2004, n. 5808, in *Ced Cassazione*, 2004.

- De Simone G. (2002), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: l'instabile equilibrio tra le ragioni dell'impresa e i diritti dei lavoratori*, in *QDLRI*, 2002, 32 ss.
- Delfino M. (2008), *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico*, Napoli.
- Dessi O. (2001), *Il lavoro a tempo parziale nella prospettiva italiana comunitaria*, in *DL*, I, 491 ss.
- Ferraresi M. (2016), *L'obbligo di répéchage tra onere di allegazione e onere della prova: il revirement della Cassazione*, in *DRI*, n. 3, 842 ss.
- Giubboni S., Sciarra S. (2000), *La regolamentazione del part-time in Europa. Introduzione*, in *GDLRI*, n. 4, 559 ss.
- Ianniruberto G. (2016), *Ius variandi orizzontale e nuovo art. 2103 c.c.*, in *MGL*, 2016, 260 ss.
- Ichino P. (2004), *Alcuni interrogativi sulla giurisprudenza della Cassazione in materia di licenziamenti per motivi economici*, in *RIDL*, II, 838 ss.
- Ichino P. (2013), *Quando il giudice confonde il difetto di giustificato motivo con il motivo illecito*, in *RIDL*, n. 1, II, 271 ss.
- Liso F. (2015), *Brevi osservazioni sulla disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 257.
- Nannipieri L. (1996), *Sul licenziamento del lavoratore part-time che rifiuta il passaggio al tempo pieno*, in *RIDL*, n. 3, II, 632 ss.
- Persiani M. (2016), *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di répéchage*, in *GI*, 1166 ss.
- Pessi R. (2013), *I licenziamenti per motivi economici*, in *ADL*, n. 4-5, I, 752 ss.
- Pisani C. (2008), *Il licenziamento «impossibile»: ora anche l'obbligo di modificare il contratto!*, in *MGL*, n. 3, 159 ss.
- Pisani C. (2016), *L'ambito del répéchage alla luce del nuovo art. 2103 cod. civ.*, in *ADL*, n. 3, I, 537 ss.
- Santoro Passarelli G. (2015), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *DRI*, n. 1, 1 ss.
- Santucci R. (2000), *La riforma europea del part-time: cambiano le regole, rimangono i timori*, in *DML*, 2000, n. 3, 569 ss.
- Scarpelli F. (2013), *Giustificato motivo di recesso e divieto di licenziamento per rifiuto della trasformazione del rapporto a tempo pieno*, in *RIDL*, n. 1, II, 279 ss.
- Topo A. (1992), *Il rifiuto a trasformare il rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale come giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *RIDL*, n. 4, II, 1001 ss.
- Vidiri G. (2012), *La riforma «Fornero»: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *RIDL*, n. 4, I, 617 ss.

Barbara Caponetti
Dottore di ricerca
presso l'Università di Roma «Tor Vergata»

CASSAZIONE, 13.9.2016, n. 17966 – Pres. Bronzini, Est. Manna, P.M. Celentano (conf.) – B.E. e altri (avv.ti R. Muggia, S. Muggia) c. Videotime Spa (avv. Pulsoni).
Cassa Corte d'Appello di Roma, 23.7.2010.

Riposi – Riposo settimanale – Periodo di riposo – Art. 2109 c.c. – Lavoro prestato oltre il sesto giorno – Danno da usura psicofisica – Danno in genere.

In tema di lavoro prestato oltre il sesto giorno consecutivo, occorre tenere distinto il danno da usura psicofisica, conseguente alla mancata fruizione del riposo dopo sei giorni di lavoro, dall'eventuale ulteriore danno biologico, che invece si concretizza in un'infermità determinata da una continua attività lavorativa non seguita da riposi settimanali. Nella prima evenienza, il danno può essere presunto sull'an; il relativo quantum è indennizzabile mediante ricorso a maggiorazioni o compensi previsti dal contratto collettivo o individuale per altre voci retributive. (1)

(1) IN TEMA DI TRATTAMENTO ECONOMICO DELL'USURA PSICOFISICA

SOMMARIO: 1. Il caso. — 2. Mancato godimento del riposo settimanale e danno da usura psicofisica. — 3. Natura giuridica. — 4. Regime probatorio. Danno ingiusto o sanzione punitiva?

1. — *Il caso* — Con la sentenza n. 17966 del 13.9.2016, la Cassazione riafferma il principio giurisprudenziale (Cass. 20.10.2015, n. 21225; Cass. 23.5.2014, n. 11581) secondo il quale, in ipotesi di lavoro prestato oltre il sesto giorno consecutivo, il danno da usura psicofisica conseguente alla mancata fruizione del riposo e alla sua intrinseca penosità (diverso da quello biologico) deve ritenersi presunto nell'an e il relativo quantum è indennizzabile mediante il ricorso a maggiorazioni o compensi previsti dal contratto collettivo o individuale per altre voci retributive.

La pronuncia cassa la sentenza emessa dalla Corte d'Appello di Roma che, in riforma della sentenza di primo grado, ha rigettato la domanda di condanna proposta da alcuni lavoratori, relativa al pagamento della ulteriore somma di denaro dovuta, a titolo d'indennità compensativa del lavoro prestato, per effetto della turnazione pianificata su sette od otto giorni consecutivi.

I giudici di legittimità hanno rilevato come la *ratio decidendi* dell'impugnata sentenza fosse ravvisabile nel fatto che il mancato rispetto del riposo settimanale sarebbe stato la diretta conseguenza di un'articolazione della turnazione adottata «per venire incontro a una richiesta dei lavoratori».

La peculiarità insita in tale passaggio della decisione risiede nella circostanza per cui tale deduzione non sarebbe evinta da uno specifico accordo sindacale, bensì dalla

sola mancata contestazione di tale affermazione da parte dei ricorrenti. Sul punto, la Cassazione ha affermato che si tratta di un'erronea applicazione del principio di non contestazione. Quest'ultimo non concede al giudice un'indiscriminata possibilità di porre a fondamento della decisione qualsiasi deduzione di parte non specificamente contestata, pena l'arbitraria estensione del suo ambito di applicazione, il quale necessita, per contro, di limiti certi che consentano alla parte di poter previamente calibrare le proprie difese, scongiurando il timore di dovere in ogni caso contestare qualsiasi affermazione di parte avversa. Su tali aspetti, la giurisprudenza è da tempo concorde nel ritenere che il principio sia da riferire ai soli fatti primari (costitutivi, modificativi, impeditivi o estintivi del diritto) e non anche ai fatti secondari, dedotti in funzione probatoria.

La sentenza pone in debito rilievo come parte della dottrina, e altresì le Sezioni Unite (sent. n. 12065 del 2014), abbiano ventilato l'eventualità di rimeditare l'orientamento ed estendere il principio di non contestazione anche ai fatti secondari, in virtù del nuovo testo dell'art. 115, c. 1, c.p.c. Con riferimento al caso di specie, la Cassazione tiene tuttavia a precisare come la novella legislativa non possa che applicarsi ai giudizi instaurati dopo l'entrata in vigore della legge e che, inoltre, l'essere la società venuta incontro a un'ipotetica richiesta dei lavoratori non possa neanche considerarsi un fatto secondario, bensì una mera difesa, estranea all'ambito di applicazione oggettivo del principio di non contestazione.

2. — *Mancato godimento del riposo settimanale e danno da usura psicofisica* — La sentenza offre lo spunto per tornare a riflettere sul tema della natura giuridica del maggior compenso spettante al lavoratore che abbia prestato il proprio lavoro oltre il sesto giorno consecutivo e sulla corretta ripartizione dei relativi oneri probatori.

Ripercorrendo l'evoluzione legislativa, l'istituto ha avuto un primo riconoscimento nella legge n. 370 del 1934, relativa proprio al riposo settimanale e domenicale, in seguito è stato sancito dall'art. 2109 c.c., e ha poi trovato copertura costituzionale con l'art. 36 Cost., che, al comma 3, stabilisce appunto il diritto del lavoratore al riposo settimanale e la sua irrinunciabilità (Bresciani 2014, 563). La *ratio* è da rinvenire nel necessario recupero delle energie fisico-psichiche spese con il lavoro e nella garanzia di un'adeguata tutela degli interessi familiari e sociali del lavoratore. Da ultimo, l'intera materia dell'orario di lavoro è stata disciplinata nel d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66.

L'art. 9 del d.lgs. n. 66/2003, nel confermare il contenuto dell'art. 2109 c.c., stabilisce che il lavoratore ha diritto, ogni sei giorni di lavoro, a un periodo di riposo di almeno ventiquattro ore consecutive, di regola in coincidenza con la domenica. Il giorno di riposo non è, di per sé, retribuito, ma, ove al lavoratore venga richiesto di prestare attività di lavoro nel giorno di riposo, questi avrà diritto, oltre alla normale retribuzione, a una maggiorazione determinata dalla contrattazione collettiva (Mazzotta 2005, 454).

Sebbene la lettura delle norme citate possa legittimare un'interpretazione rigida delle stesse, nel senso di un divieto assoluto di svolgimento dell'attività per più di sei giorni consecutivi, è necessario porre in evidenza che il legislatore, nel dare rilevanza costituzionale al riposo settimanale, non ha prescritto per tutte le categorie di lavoro una rigorosa periodicità e, dunque, l'attuazione della normativa può avvenire in modo elastico e differenziato in base alla natura di ciascuna attività (Bellumat, Renzi 2007, 1137).

La Corte costituzionale, pur avendo affermato che l'art. 36 Cost. contiene un diritto irrinunciabile per il lavoratore, è intervenuta più volte su questioni di legittimità in riferimento a norme contenenti deroghe al riposo settimanale, venendo a mitigare la rigidità del principio, purché siano rispettati alcuni principi fondamentali, quali la circostanza per cui la differente periodicità del riposo possa essere motivata da esigenze produttive dell'azienda caratterizzate da una evidente necessità o comunque da situazioni idonee a giustificare un regime eccezionale (Torsello 2008, 569). Anche la Cassazione ha ribadito la legittimità della differenziazione nella periodicità di fruizione dei riposi, a condizione però che vi sia la necessità di tutela di interessi apprezzabili, che nel complesso non sia eluso il rapporto di un giorno di riposo ogni sei giorni di lavoro e che non siano superati i limiti della ragionevolezza (Cass. 28.6.2001, n. 8820). Lo stesso d.lgs. n. 66/2003 ammette la possibilità di deroga da parte dei contratti collettivi, purché ai lavoratori siano accordati periodi equivalenti di riposo compensativo o, in casi eccezionali in cui per motivi oggettivi ciò non sia possibile, sia comunque apprestata una tutela appropriata.

Ciò premesso, il legislatore non ha risolto la delicata questione del trattamento economico e delle maggiorazioni retributive dovute per il lavoro prestato oltre il sesto giorno consecutivo, lasciando agli interpreti il compito di valutare caso per caso.

3. — *Natura giuridica* — Un primo orientamento seguito da parte della dottrina e della giurisprudenza ha ritenuto che il compenso spettante al lavoratore abbia natura risarcitoria, poiché l'alterazione della periodicità inciderebbe sul ritmo fisiologico di recupero delle energie del lavoratore, provocando un danno da usura psicofisica non del tutto compensato dall'eventuale successivo riposo tardivo (Cass. 7.3.2002, n. 3298; Cass. 28.6.2001, n. 8820; Cass. 30.5.2001, n. 7359). La responsabilità è considerata prevalentemente di tipo contrattuale, in quanto consegue a un inadempimento del datore di lavoro, che compie una scelta organizzativa in contrasto con norme imperative (artt. 36 Cost., 2109 c.c.), poste a tutela del benessere fisico e psichico del lavoratore.

Un diverso orientamento ha previsto, così come accade per il lavoro domenicale, una maggiorazione connessa al principio di proporzionalità di cui all'art. 36 Cost. La maggior penosità del lavoro prestato nel settimo giorno consecutivo andrebbe apprezzata non in termini risarcitori, bensì come intensificazione anomala della quantità e qualità del lavoro prestato, avente quindi natura meramente retributiva (Cass. 8.10.2003, n. 15046): la prestazione di particolare penosità esigerebbe un adeguamento della retribuzione, ex art. 36 Cost., alla quantità e qualità del lavoro prestato, senza che sia richiesta alcuna prova di un danno (Allamprese, Lella 2004, 341). Altra argomentazione, muovendo dal dato normativo di cui all'art. 2126 c.c., ha sostenuto che, poiché nel caso di lavoro prestato con violazione di norme poste a tutela del lavoratore questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione, ciò che viene corrisposto in caso di lavoro prestato senza riposo ha natura di corrispettivo per il lavoro reso.

Diversamente, la tesi cui accede la Cassazione nella sentenza in commento richiama un'opzione interpretativa dominante nella più recente giurisprudenza di legittimità (Cass. 20.10.2015, n. 21225; Cass. 23.5.2014, n. 11581), che, ponendosi in una zona intermedia tra chi attribuisce al maggior compenso spettante al lavoratore natura risarcitoria e chi gli attribuisce invece natura retributiva, ha affermato come tale com-

penso vada concesso a «titolo di indennizzo». Ciò consente di rinviare alla distinzione tra illegittima soppressione del riposo e legittima modifica della periodicità dello stesso; distinzione che solo sporadicamente appare nelle sentenze in materia, continuandosi a sovrapporre due distinti profili: da un lato, la *perdita definitiva* del riposo settimanale, senza che sia concesso alcun riposo compensativo o con modalità tali da vanificarne la funzione, da cui consegue un danno da usura psicofisica che come tale andrebbe risarcito; dall'altro, il mancato riposo derivante da uno *spostamento legittimo* della collocazione dello stesso, cui consegue una maggior penosità del lavoro prestato dopo il sesto giorno, la quale deve trovare ristoro, oltre che nel riposo compensativo, in un *indennizzo mediante ricorso a maggiorazioni retributive*.

La questione dell'indennizzabilità del danno da usura si rivela, tuttavia, particolarmente controversa sia per la difficoltà di quantificare oggettivamente un evento dannoso puramente soggettivo, sia per la mancanza di un parametro legislativo utile a tal fine.

Il d.lgs. n. 66 del 2003 nulla dispone in relazione a tale aspetto e, pertanto, l'ostacolo viene superato dalla giurisprudenza procedendo all'indennizzo secondo equità, pur ancorato parzialmente a dati oggettivi.

I parametri utilizzati sono essenzialmente tre: eventuali previsioni specifiche a opera della contrattazione collettiva; eventuali strumenti e istituti affini previsti dalla contrattazione collettiva (ad esempio, maggiorazioni per lavoro domenicale o festivo); gravosità delle varie prestazioni lavorative.

Nel caso in cui il giudice utilizzi strumenti o istituti affini, fermo restando che le disposizioni previste dalla contrattazione collettiva non assumono in ogni caso valore vincolante, lo stesso dovrà valutare se la maggiorazione prevista sia diretta a compensare anche l'usura psicofisica.

La qualificazione del compenso determina, infine, conseguenze rilevanti dal punto di vista del regime della prescrizione cui è soggetto il credito del lavoratore. Nel caso in cui si propenda per la natura risarcitoria dell'indennità il credito sarà soggetto alla prescrizione ordinaria decennale – decorrente anche in pendenza del rapporto di lavoro – prevista dall'art. 2946 c.c.; qualora invece si sostenga la tesi della natura retributiva, sarà soggetto alla prescrizione quinquennale *ex art.* 2948, n. 4, c.c.

4. — *Regime probatorio. Danno ingiusto o sanzione punitiva?* — La Cassazione ha ritenuto che il danno da usura psicofisica conseguente alla mancata fruizione del riposo settimanale possa essere sorretto da una presunzione assoluta sull'*an*, in quanto derivante dalla violazione di un diritto fondamentale posto a tutela del benessere fisico e psichico del lavoratore (sarebbe quindi il legislatore ad aver presunto *ex ante* la maggiore penosità del lavoro).

In altri termini, la giurisprudenza richiama il concetto di danno *in re ipsa*, configurando una fattispecie svincolata dall'applicazione delle regole che fondano la responsabilità civile, nell'ambito della quale l'accertamento del giudice è ancorato alla soggettiva violazione della regola cautelare da parte del datore di lavoro piuttosto che all'inadempimento e al danno oggettivo (o anche solo presunto).

Questa ricostruzione è stata oggetto di alcune critiche che rimarcano come la maggiore penosità del lavoro prestato oltre il sesto giorno non comporti di per sé un danno, ma al più possa favorire l'insorgere di una patologia psicofisica che richiederebbe un accertamento in concreto senza possibilità di essere liquidata in modo automatico.

Allo stesso modo, non appare del tutto persuasiva la distinzione, ribadita dalla sentenza in commento, tra danno da usura psicofisica, derivante dalla mancata fruizione del riposo dopo sei giorni consecutivi di lavoro, e danno biologico, consistente in un'infermità determinata da una continua attività lavorativa, che, a differenza del primo, dovrebbe essere dimostrato sia nella sussistenza che nel nesso eziologico (Mazzone 2001, 472).

La pronuncia in commento, pur apparendo apprezzabile per la capacità rappresentativa del tipo di danno che può derivare dalla mancata fruizione del riposo, crea confusione concettuale tra due voci di danno considerate generalmente legate da un rapporto di genere a specie (usura psicofisica come fattispecie di danno biologico) e, inoltre, configura una fattispecie di danno non ancorata a una lesione concreta e attuale del bene salute.

La Cassazione sembrerebbe legittimare l'applicazione di una sanzione punitiva comminata al datore di lavoro per la violazione in sé di una regola cautelare sebbene, nel sistema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, il rimedio risarcitorio abbia natura *prevalentemente* riparatoria, sicché la violazione di un diritto o di un dovere non consentirebbe di per sé di presumere un danno. Il principio giurisprudenziale ribadito dalla sentenza in commento sembra dunque accostarsi, almeno in parte, all'area dei danni punitivi (ancora poco approfonditi nel nostro ordinamento), aventi natura *prevalentemente* sanzionatoria e afflittiva, e forieri, per contro, di possibili ingiustificati arricchimenti.

Riferimenti bibliografici

- Allamprese A., Lella G. (2004), *Riposi settimanali*, in Leccese V. (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Ipsoa, Milano, 341 ss.
- Bellumat S., Renzi T. (2007), *I riposi*, in Cester C. (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Utet, Torino, 1137 ss.
- Bresciani I. (2014), *Commento a Cass. 26.11.2013, n. 26398*, in *LG*, 563 ss.
- Ichino P., Valente L. (2012), *Sub artt. 2107-2109*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato e già diretto da P. Schlesinger e continuato da D. Busnelli, Giuffrè, Milano.
- Mazzone G. (2001), *Violazione della cadenza del riposo settimanale e risarcimento del danno*, in *RCDL*, 472 ss.
- Mazzotta O. (2005), *Diritto del Lavoro*, Giuffrè, Milano, 454 ss.
- Occhino P. (2010), *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Ricci G. (2005), *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'Ue*, Giuffrè, Milano.
- Torsello L. (2008), *Questioni risolte e questioni ancora controverse in tema di lavoro prestato nel giorno di riposo settimanale*, in *ADL*, 569 ss.

Davide Rizzuti
Magistrato ordinario in tirocinio
presso il Tribunale di Roma

CASSAZIONE, 27.7.2016, n. 15540, S.U. – Pres. Rordorf, Est. Napoletano, P.M. De Augustinis (conf.) – Tpl Linea Srl, Acts Spa (avv.ti Piccone Casa, Magrone) c. G.A. (avv.ti Ruggiero, Romano).
Cassa Corte d'Appello di Genova, 13.3.2012.

Licenziamento individuale – Licenziamento per giustificato motivo oggettivo – Esonero dal servizio per riduzione del personale – Autoferrotranvieri – Art. 26 dell'allegato A del r.d. n. 148 del 1931 – Ambito di applicazione – Ipotesi ulteriori di licenziamento per giustificato motivo oggettivo – Disciplina generale di cui alla l. n. 604 del 1966 – Operatività.

In tema di rapporto di lavoro degli autoferrotranvieri, il regime speciale di risoluzione del rapporto per giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 26 del regolamento, all. A al r.d. n. 148 del 1931, si applica nei casi di cessione di linee, di mutamento nei sistemi di esercizio ovvero di limitazione o soppressione di servizi, mentre nelle altre ipotesi di riduzione del personale opera la disciplina di cui all'art. 3 della l. n. 604 del 1966. (1)

(1) RAPPORTO DI LAVORO DEGLI AUTOFERROTRANVIERI
E LICENZIAMENTO PER G.M.O. PER RIDUZIONE DEL PERSONALE

1. — Con la sentenza n. 15540 del 27.7.2016, la Suprema Corte, a Sezioni Unite, torna a pronunciarsi e ad approfondire una tematica che, ancor oggi, risulta di particolare e attuale interesse: quella relativa ai limiti di applicabilità della disciplina speciale dettata dal r.d. n. 148 del 1931 e, più nel dettaglio, quella relativa all'operatività dell'art. 26 del predetto regio decreto: disposizione che regola le ipotesi e le modalità con le quali può essere legittimamente disposto, da parte dell'Azienda gestrice del servizio, l'esonero del lavoratore (*rectius*, del lavoratore impiegato nel comparto autoferrotranviario) in esubero.

Invero, nella statuizione in commento, i giudici della Suprema Corte riaffermano e confermano (con ciò cassando con rinvio la sentenza di appello) il principio di diritto secondo cui può ritenersi valido ed efficace l'esonero dal servizio del lavoratore (autoferrotranviere), disposto ai sensi e per gli effetti dell'art. 26 del r.d. n. 148 del 1931, nel solo e unico caso di «cessione di linee, mutamento dei sistemi di esercizio ovvero limitazione, semplificazione o soppressione dei servizi» (sempreché l'azienda abbia disposto il recesso previo ottenimento di apposita autorizzazione da parte dell'ente concedente e dimostri l'impossibilità di procedere a una utile ricollocazione del lavoratore anche in mansioni inferiori), trovando applicazione, in tutte le altre residuali ipotesi di riduzione del personale, la disciplina generale di cui alla l. n. 604 del 1966, art. 3.

Procedendo a un'analisi più attenta della motivazione del provvedimento in commento, si evince come l'attenzione del Supremo Consesso si sia focalizzata – essenzial-

mente – su due aspetti salienti: ossia la discussa attualità del regio decreto (risalente al 1931) che, all'oggi, ancora regola il rapporto di lavoro degli autoferrotranvieri (con attenzione particolare rivolta anche all'art. 26 del regio decreto in esame) ovvero la questione afferente il rapporto tra la disciplina recata dal succitato regio decreto e la legge sui licenziamenti individuali (l. 15 luglio 1966, n. 604).

Quanto al primo profilo (attualità della disciplina di cui al regio decreto n. 148 del 1931), la Cassazione, avvalendosi tra l'altro di numerosi riferimenti alla pregressa e corposa giurisprudenza di legittimità formatasi nel tempo sul tema, avalla pienamente l'idea che predetta fonte sia da reputarsi – ancor oggi – vincolante e applicabile, costituendo la stessa un «*corpus* normativo compiuto e organico, non derogato dalle leggi generali successive relative al lavoro privato, onde il ricorso alla normativa generale è possibile soltanto ove si riscontrino in essa lacune tali che non siano superabili neanche attraverso l'interpretazione estensiva o analogica di altre disposizioni appartenenti allo stesso *corpus* o relative a materie analoghe o secondo i principi generali dell'ordinamento» (Sul punto, Cass. 6.3.2013, n. 5551, in *MGC*, 2013).

Proprio la natura che caratterizza tale complesso normativo, quindi, rende tuttora «attuale» e, comunque, «attualizzabile» gran parte delle disposizioni in esso contenute e, fra le tante, proprio il più volte citato articolo 26.

Come evidenziato in sentenza, dunque, nel corso degli anni, seppure non vi sia stato un netto e totale superamento della disciplina contenuta nel regio decreto *ut supra* (se del caso, anche attraverso l'abrogazione del regio decreto stesso e la contestuale approvazione di nuovi provvedimenti a carattere sostitutivo), si è però attuato un lento «avvicinamento legislativo» del rapporto di lavoro degli autoferrotranvieri al regime privatistico, ciò mediante l'approvazione di nuove leggi (integrative o parzialmente derogatorie) ovvero – e soprattutto – grazie al susseguirsi di diverse pronunce (di portata chiaramente innovativa) assunte dalla stessa Corte di Cassazione o, in alcuni casi, dalla Corte costituzionale.

Gli esempi richiamati dalla Suprema Corte in motivazione sono tutti molto significativi (in quanto intervenuti in ambiti oltremodo controversi) e rappresentano la chiave di lettura e il substrato su cui poggia il principio di diritto formulato proprio all'interno della sentenza in questa sede esaminata.

Un primo importante passo in avanti verso l'asserito «avvicinamento» tra regime privatistico e regime di cui al regio decreto n. 148 del 1931 (più legato a esigenze di stampo pubblicistico) è stato compiuto, come appena anticipato, proprio con la pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite del 13.1.2005, n. 450 (In *MGC*, 2005, n. 1; in *GC*, 2005, n. 4, 927), la quale, per la prima volta, traccia delle nette linee guida in ordine al riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in materia di controversie afferenti provvedimenti disciplinari inflitti a lavoratori impiegati nel comparto autoferrotranviario, affermando espressamente che le controversie in materia di sanzioni disciplinari per gli addetti al servizio pubblico di trasporto in concessione, già attribuite al giudice amministrativo sulla base dell'art. 58 del r.d. n. 148 dell'8 gennaio 1931, allegato A, appartengono in realtà alla cognizione del giudice ordinario, stante l'implicita abrogazione per incompatibilità con il «sistema complessivo» del citato art. 58.

A tale statuizione ne sono seguite molte altre, chiaramente finalizzate a «superare» parte della disciplina di cui al regio decreto; disciplina dimostratasi, col tempo, al-

quanto «anacronistica» e comunque inidonea a tutelare diritti essenziali dei lavoratori, quali, a titolo meramente esemplificativo: la sentenza di Cassazione del 10.7.2012, n. 11574 (In *MGC*, 2012, n. 7-8, 897), che ha sancito la portata estensiva del dettato normativo dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori anche nei confronti dei soggetti impiegati nel comparto autoferrotranviario, asserendo che, «in virtù della forza espansiva di cui sono dotate, le disposizioni di cui all'art. 18, l. 20 maggio 1970, n. 300, si applicano a tutte le ipotesi di invalidità del recesso del datore di lavoro, qualora non assoggettate a una diversa e specifica disciplina, e quindi anche al licenziamento degli autoferrotranvieri invalido per inosservanza delle norme di cui ai commi 1, 2 e 3 dell'art. 7 della suddetta legge, non essendo a ciò di ostacolo la speciale disciplina della destituzione, di cui all'art. 45 del r.d. n. 148 del 1931»; la sentenza di Cassazione del 10.7.2012, n. 11543 (In *MGC*, 2012, n. 7-8, 896), che ha decretato il diritto inderogabile del lavoratore (autoferrotranviere) a svolgere personalmente ogni difesa ove gli vengano mosse contestazioni di tipo disciplinare e, nello specifico, stabilendo che, «in tema di stato giuridico dei ferrotranvieri, l'art. 53, comma 2, del regolamento allegato A al r.d. n. 148 del 1931 – che stabilisce, in materia di procedimento disciplinare, che i funzionari competenti “devono contestare all'agente i fatti di cui è imputato, invitandolo a difendersi” – va interpretato, in linea con la valorizzazione piena del diritto di difesa quale regola indefettibile in materia disciplinare (come precisato da C. cost. n. 204 del 1982), nel senso che costituisce diritto dell'agente medesimo, il quale abbia già formulato proprie difese scritte, di rendere giustificazioni oralmente, con l'assistenza di un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato»; da ultima, la sentenza di Cassazione del 10.7.2012, n. 11543 (In *MGC*, 2012, n. 7-8, 896), che formalizza il diritto del lavoratore (autoferrotranviere) a ottenere l'automatico inquadramento superiore al soddisfarsi dei requisiti previsti per legge e, più specificamente, precisando che «nel rapporto di lavoro degli autoferrotranvieri, in tema di svolgimento di mansioni superiori, pur non applicandosi l'art. 2103 c.c. sulla cosiddetta promozione automatica, ma vigendo ancora l'art. 18 dell'allegato A del r.d. n. 148 del 1931, la pluriennale copertura del posto da parte del lavoratore con qualifica inferiore è elemento presuntivo della relativa vacanza, dell'assenza di una riserva datoriale di provvedervi mediante concorso e dell'idoneità del dipendente all'esercizio delle superiori mansioni. Ne consegue che, in linea con l'attenuazione della specialità del rapporto di lavoro in questione e col graduale avvicinamento della sua disciplina a quella del rapporto di lavoro privato, al lavoratore può riconoscersi, in ragione del suddetto elemento indiziario, il diritto al superiore inquadramento».

Alla luce della giurisprudenza appena richiamata e tornando alla sentenza in annotazione, appare evidente come la Suprema Corte, pur dando atto della necessità di superare (sebbene parzialmente) il regime separato imposto dal r.d. 148 del 1931, sia protesa piuttosto a ribadire – come in effetti ribadisce – che non sia possibile postulare un'abrogazione *tout court* della disciplina speciale contenuta entro la predetta fonte ma, bensì, sia auspicabile (e in parte ciò è stato effettivamente realizzato), in un'ottica di futura equiparazione del rapporto di lavoro ordinario privato con quello degli autoferrotranvieri, una integrazione-sostituzione della disciplina speciale applicata in favore di tale categoria di lavoratori attraverso il costante ricorso ai principi fondamentali acquisiti nel sistema privatistico: ciò pur sempre nei limiti della compatibilità tra i due complessi normativi.

Ferme restando tali essenziali precisazioni e avvalendosi del quadro interpretativo appena tracciato, la Corte argomenta, altresì, in ordine al rapporto intercorrente tra la norma individuata dall'art. 26 del r.d. n. 148 del 1931 e l'omologa disposizione di cui alla l. n. 604/1966.

Infatti, in materia di esonero dal servizio per giustificato motivo oggettivo, sostengono fermamente gli Ermellini, non può che ritenersi «coesistente» sia la disciplina speciale di cui al r.d. sia la disciplina generale di cui alla legge sui licenziamenti individuali, in quanto perfettamente sovrapponibili e compatibili tra loro.

Dalla mera lettura dell'art. 26 del r.d. in questione emerge palesemente che, essendo la disciplina speciale tracciata dalla precitata norma posta a presidio del generale interesse alla salvaguardia, in tutte le ipotesi di «cessione di linee, mutamento dei sistemi di esercizio ovvero limitazione, semplificazione o soppressione dei servizi», della sicurezza e della efficienza del trasporto pubblico [come, per giunta, dimostrato anche dalla imprescindibile necessità per l'Azienda – che dispone l'esonero dal servizio del singolo lavoratore – di ottenere il nulla osta da parte dell'autorità amministrativa interna (che attesta la legittimità e la fondatezza del motivo addotto dalla Azienda onde giustificare la risoluzione del rapporto di lavoro) e di dimostrare l'impossibilità di ricollocare l'esonerato entro l'organigramma aziendale (cd. obbligo di *repechage*), anche in mansioni inferiori], la stessa non possa essere in alcun modo derogata.

Ovviamente, precisa la Cassazione, in tutte le altre ipotesi non rientranti entro quella puntualmente specificata dall'art. 26, non può, di conseguenza, che trovare applicazione la disciplina generale di cui alla l. n. 604 del 1966, art. 3, in ossequio al principio secondo cui debba attuarsi una necessaria integrazione della disciplina speciale, prevista in favore del personale del comparto autoferrotranviario, attraverso il ricorso e l'applicazione estensiva e analogica dei principi acquisiti dal sistema privatistico ogni qualvolta il regio decreto citato (fonte primaria) presenti eventuali lacune o si dimostri inidoneo a tutelare diritti essenziali spettanti al lavoratore.

Riferimenti bibliografici

- Falasca G. (2016), *Manuale di diritto del lavoro. Costituzione, svolgimento e risoluzione del rapporto di lavoro*, I libri di Guida al diritto, *Il Sole 24 Ore*, Milano, 325 ss.
- Gambacciani M. (2010), *L'intreccio delle fonti nel rapporto di lavoro degli autoferrotranvieri*, in *MGL*, 2010, n. 7, 497-505.
- Mocella M. (2012), *Specialità e autonomia nel rapporto di lavoro degli autoferrotranvieri*, Edizioni scientifiche italiane – Quaderni de *Il diritto del mercato del lavoro*, 30 ss., 142 ss.
- Russo C. (2011), *Il licenziamento nel rapporto di lavoro pubblico e privato*, Giappichelli Editore, Torino, 386-387.
- Vallebona A. (2015), *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli Editore, Torino.

Carolina Fusco
Avvocato in Roma

CASSAZIONE, 9.6.2016, n. 11868 – Pres. Macioce, Est. Di Paolantonio, P.M. Celeste (diff.) – Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (avv. Figliola) c. C.R. (avv.ti Gamberale, Silvestri); C.R., C.F. c. ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.
Diff. Corte d'Appello di Roma, 17.12.2014.

Licenziamento individuale – Impiegato pubblico – Sospensione del procedimento disciplinare in attesa della definizione del procedimento penale – Riattivazione del procedimento – Violazione del principio della necessaria immutabilità della contestazione – Non sussiste – Cassazione con rinvio.

Licenziamento individuale – Impiegato pubblico – Sospensione del procedimento disciplinare in attesa della definizione del procedimento penale – Riattivazione del procedimento – Violazione del principio della specificità della contestazione – Non sussiste – Ammissibilità della contestazione *per relationem* – Cassazione con rinvio.

Licenziamento individuale – Impiegato pubblico – Illegittimità del licenziamento disciplinare – Tutela applicabile – Art. 18 St. lav. prima delle modifiche di cui alla l. n. 92/2012.

Controversie di lavoro e previdenza – Principio *iura novit curia* – Applicabilità in appello e in Cassazione – Limiti.

Il principio della immutabilità della contestazione non impedisce al datore di lavoro, nei casi di sospensione del procedimento disciplinare per la contestuale pendenza del processo penale relativo ai medesimi fatti, di utilizzare, all'atto della riattivazione del procedimento, gli accertamenti compiuti in sede penale per meglio circoscrivere l'addebito, ricompreso in quello originario, purché ciò avvenga nel rispetto del diritto di difesa, ossia ponendo il lavoratore in condizione di replicare alle accuse, così come precisate al momento della riattivazione. (1)

Il principio della specificità della contestazione disciplinare non richiede l'osservanza di schemi prestabiliti e rigidi, sicché è ammissibile la contestazione per relationem ogniquale volta i fatti e i comportamenti richiamati siano a conoscenza dell'interessato. (2)

Ai rapporti di lavoro disciplinati dal d.lgs. n. 165/2001, art. 2, non si applicano le modifiche apportate dalla l. n. 92/2012 all'art. 18 St. lav., per cui la tutela del dipendente pubblico in caso di licenziamento illegittimo intimato in data successiva all'entrata in vigore della richiamata l. n. 92 resta quella prevista dalla l. n. 300 del 1970, art. 18, nel testo antecedente alla riforma. (3)

Il potere del giudice di applicare alla fattispecie ricostruita la esatta regola di diritto, e quindi anche la normativa sul sindacato giurisdizionale sui licenziamenti, deve misurarsi con le preclusioni che derivano, per l'appello, dagli artt. 329 e 346 c.p.c. e, per il ricorso per cassazione, dalla natura del giudizio di legittimità, con oggetto delimitato dalle censure sollevate con i singoli motivi. (4)

(1-4) IL LICENZIAMENTO DEI DIPENDENTI DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI DAVANTI ALLA CORTE DI CASSAZIONE

SOMMARIO: 1. Il caso di specie. — 2. I motivi dei ricorsi delle parti. La Cassazione accoglie il ricorso principale e cassa la sentenza. — 3. La Cassazione opta per la non applicabilità alla fattispecie del nuovo art. 18 St. lav. — 4. Conclusioni.

1. — *Il caso di specie* — La Cassazione torna sulla *vexata questio* relativa all'applicabilità del nuovo regime sanzionatorio di cui all'art. 18 St. lav., come modificato dall'art. 1, c. 42, della l. n. 92/2012 (cd. «legge Fornero»), ai licenziamenti individuali del lavoro pubblico.

Dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, e attraverso lo schermo del contratto a tutele crescenti (1), si è dato vita a una triplicazione della disciplina del licenziamento. La soluzione del legislatore di limitare il campo di applicazione del nuovo regime di tutela nel caso di licenziamento ingiustificato ai lavoratori assunti dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 23 (7.3.2015) fa sì che oggi viga una disciplina nelle unità produttive fino a 15 dipendenti, un'altra nelle unità produttive con più di 15 dipendenti riferita agli assunti a partire dal 7.3.2015 e una terza (quella di cui all'art. 18 St. lav., nel testo modificato dalla l. n. 92/2012) applicabile a quanti già in servizio a tale data.

Si aggiunga che esiste in realtà un'ulteriore disciplina dei licenziamenti individuali del lavoro pubblico (2): dopo il dibattito – sviluppatosi all'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 92 – circa l'applicabilità anche al pubblico impiego privatizzato del nuovo testo dell'art. 18 St. lav. (3), ora la Cassazione ci dice, nella sentenza in commento, che ai dipendenti del settore pubblico continuerà ad applicarsi l'art. 18, cit.,

(1) Mariucci 2015, 18.

(2) Fatta eccezione per il personale «in regime di diritto pubblico» di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 165/2001.

(3) Il dibattito ha assunto nuovo vigore all'indomani dell'entrata in vigore del sopra citato d.lgs. n. 23/2015. La dottrina maggioritaria si è pronunciata nel senso della inapplicabilità al lavoro pubblico delle innovazioni normative introdotte da tale d.lgs. in tema di licenziamento (fra gli altri: Boscati 2016, 143 ss.; Giubboni, Colavita 2016, 10 ss.; Tampieri 2015, 104 ss.; Mainardi 2015, 37); innovazioni che – per unanime riconoscimento – hanno marginalizzato i

nel testo antecedente alla legge Fornero. L'orientamento risulta tutt'altro che consolidato (4) e la necessità di un intervento delle Sezioni Unite appare scontata (5).

Ma andiamo con ordine.

Nel caso di specie, C.R. ha proposto ricorso al Tribunale di Roma per far dichiarare la nullità del licenziamento intimatogli dal ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (di seguito, Mit). Il procedimento disciplinare, nell'ambito del quale era stato addebitato al dipendente di aver effettuato operazioni per conto dell'Ufficio provinciale di Roma (esami di guida) mentre era in missione per svolgere i collaudi richiesti dal Centro superiore ricerche e prove autoveicoli in località ovviamente diverse e lontane, era stato, prima, sospeso perché i fatti emersi a seguito di visita ispettiva erano stati segnalati dal Mit all'autorità giudiziaria, poi, a seguito del passaggio in giudicato della sentenza penale (che aveva dichiarato estinti per prescrizione i delitti di truffa e falso addebitati all'imputato), riattivato portando all'adozione della sanzione del licenziamento per giusta causa.

Il Tribunale di Roma ha dichiarato inefficace l'intervenuta risoluzione del rapporto di lavoro per effetto del licenziamento. E, ritenuta la violazione delle garanzie procedurali di irrogazione di cui all'art. 7 St. lav. (6), ha applicato il c. 6 dell'art. 18 St. lav., nel testo modificato dalla l. n. 92/2012, condannando il Mit a corrispondere al C.R. l'indennità risarcitoria onnicomprensiva quantificata nella misura minima di sei mensilità.

Propone reclamo *ex art. 1, c. 58, della l. n. 92* il Mit, cui resiste il C.R., proponendo a sua volta reclamo incidentale. Quest'ultimo, in particolare, lamenta la erroneità della pronuncia di rigetto della domanda principale proposta col ricorso introduttivo del giudizio, fondata sull'asserita insussistenza dei fatti contestati.

La Corte d'Appello di Roma ha respinto il reclamo del Mit, giacché – come evidenziato dal Tribunale – l'amministrazione aveva violato il principio della immutabilità della contestazione, in quanto il licenziamento disciplinare era stato disposto in relazione a episodi specifici non richiamati nella lettera di contestazione. La Corte ha altresì respinto il reclamo del dipendente. Avendo ritenuto provata – tramite presunzioni – la falsità delle attestazioni e delle richieste di rimborso formate dal C.R., i giudici hanno concluso per il carattere doloso della condotta di quest'ultimo e ritenuto che il fatto non fosse riconducibile all'art. 13, c. 4, del Ccnl ministeri 2006/2009, giacché nella specie non era configurabile una «manomissione dei fogli di presenza», bensì una falsità nelle dichiarazioni di gravità tale da giustificare la sanzione espulsiva.

casi in cui resta la regola della reintegrazione (in quest'ultimo senso, fra gli altri, Saracini 2016, 541; Mariucci 2015, 20; Perulli 2015, 413 ss.; Scarpelli 2015, 2; Speciale 2015, 10. Zoppoli A. 2015, *passim*; Boscati 2012, 1002). Nel senso dell'applicabilità al lavoro pubblico del d.lgs. n. 23 vd. invece Barbieri 2015, 144 ss.; nonché, con argomentazioni diverse, Ichino 2016.

(4) Nel senso della sentenza in commento, vd. Cass. 13.9.2016, n. 17965, e Cass. 6.10.2016, n. 20056, inedite a quanto consta. Invece Cass. 4.10.2016, n. 19774, ha ritenuto applicabile la tutela reintegratoria «forte» di cui all'art. 18, nuovi cc. 4 e 7, l. n. 300/1970, a una ipotesi di licenziamento comminato dalla Regione Lombardia per motivo oggettivo consistente nell'inedoneità fisica o psichica di un proprio dipendente.

(5) Esposito 2016, 668.

(6) Applicabile alla fattispecie *ratione temporis*. La previsione dell'art. 55-*bis* del d.lgs. n. 165/2001, che regola le forme e i termini del procedimento disciplinare, è stata introdotta dall'art. 69 del d.lgs. n. 150/2009.

Per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso il Mit, cui resiste il C.R., proponendo a sua volta ricorso incidentale.

2. — *I motivi dei ricorsi delle parti. La Cassazione accoglie il ricorso principale e cassa la sentenza* — Il Mit rileva che, contrariamente a quanto asserito dalla Corte d'Appello, sussiste corrispondenza tra la contestazione iniziale e le motivazioni espresse nel provvedimento di licenziamento del dipendente.

Da parte sua, il C.R. sostiene, col secondo motivo del ricorso incidentale, che il comportamento in contestazione andava ricondotto alla previsione di cui all'art. 13, c. 4, lett. g, del Ccnl ministeri 2006/2009, in quanto la condotta addebitata, ove ritenuta provata, avrebbe integrato al più una «manomissione dei fogli di presenza o delle risultanze anche cartacee degli stessi», in relazione alla quale il Ccnl prevedeva la sanzione della sospensione dal servizio.

Ragioni di priorità logica impongono ai giudici di legittimità di esaminare subito il ricorso incidentale con il quale il C.R., sul presupposto della insussistenza dei fatti contestati e, comunque, della giusta causa di licenziamento, ha chiesto alla Cassazione, in via principale, di riconoscere le tutele previste dal c. 4 (tutela reintegratoria «debole») o, in subordine, dal c. 5 (tutela obbligatoria «forte») dell'art. 18 St. lav., nel testo novellato dalla l. n. 92/2012.

L'impugnazione incidentale, quindi, muove dalla ritenuta applicabilità al rapporto di lavoro della l. n. 92.

Ritengono, al contrario, i giudici di legittimità che quest'ultima legge non sia applicabile alla fattispecie.

L'avere il C.R. invocato una normativa non applicabile al suo rapporto di lavoro non esime la Cassazione dall'esaminare le censure mosse alla decisione della Corte d'Appello. Nel paragrafo 4 dei motivi della decisione il Collegio rigetta i motivi del ricorso incidentale e ritiene invece fondato il ricorso principale del Mit.

Dopo aver concluso per l'inammissibilità del primo motivo del ricorso incidentale (7), la Cassazione ha ritenuto il secondo motivo (vedi sopra) infondato. Infatti, le falsità commesse dal dipendente, ritenute provate dalla Corte d'Appello, andavano oltre la mera attestazione dell'orario, poiché il licenziamento era stato intimato per avere il dipendente formato atti pubblici e richieste di rimborso non rispondenti al vero. Quindi i giudici avevano correttamente escluso che la condotta potesse essere sussunta nell'ipotesi di cui all'art. 13, c. 4, del Ccnl ministeri.

(7) Con tale motivo si sostiene che, in due casi, l'attività svolta dal C.R. risultava attestata da atti formati dallo stesso nella sua qualità di pubblico ufficiale (atti rispetto ai quali non era stata proposta dall'amministrazione querela di falso), talché la Corte d'Appello non poteva ricorrere al ragionamento presuntivo in presenza di una prova legale *ex art. 2700 c.c.* Quanto alle ulteriori missioni, il giudice di II grado – secondo il ricorrente – non aveva considerato che le stesse si erano protratte per più giorni, sicché ben avrebbe potuto il dipendente ultimare l'attività di collaudo nel corso della mattinata per poi svolgere in altra sede l'attività di esaminatore nel pomeriggio. Il motivo di impugnazione, su quest'ultimo punto, è stato ritenuto inammissibile dalla Cassazione trattandosi di doglianze che esulano dall'ambito del vizio di cui all'art. 360 c.p.c., n. 3, poiché attengono alla ricostruzione dei fatti, censurabile in sede di legittimità solo nell'ipotesi di «omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione fra le parti» (par. 4.3. dei motivi della decisione).

Quanto ai motivi del ricorso principale, il giudizio di fondatezza nasce dal fatto che la Cassazione non ritiene che il datore abbia violato le regole del procedimento. La Corte d'Appello, nel ritenere violato il principio dell'immutabilità della contestazione, non ha fatto corretta applicazione di alcuni principi di diritto sintetizzati dai giudici di legittimità nella sentenza in esame. Rileva in particolare il principio per cui, allorquando, contestualmente alla contestazione, il datore sospenda il procedimento disciplinare in attesa della definizione del processo penale instaurato per i medesimi fatti, non risultano violati i principi dell'immutabilità e della specificità della contestazione se, venuta meno la causa di sospensione e riattivato il procedimento, il datore si avvalga degli accertamenti compiuti in sede penale per meglio circoscrivere l'addebito, comunque ricompreso in quello originario, e ciò faccia nel rispetto del diritto di difesa.

3. — *La Cassazione opta per la non applicabilità alla fattispecie del nuovo art. 18 St. lav.* — La Corte è consapevole dell'ampio dibattito sviluppatosi in dottrina e tra i giudici di merito, che ha fatto emergere orientamenti contrastanti (8); questi, per giungere ad affermare l'applicabilità (almeno parziale) al lavoro pubblico privatizzato del nuovo art. 18, o a negarla, hanno valorizzato: da un lato, il rinvio operato dall'art. 51, c. 2, del d.lgs. n. 165/2001 «alla l. 20.5.1970, n. 300, e successive modificazioni e integrazioni», e quindi *naturaliter* alla nuova versione dell'art. 18 (9), e la necessità di garantire, anche dopo la riforma del 2012, uniformità di trattamento fra impiego pubblico e privato (10); dall'altro, l'interpretazione della locuzione «e successive modificazioni» contenuta nel c. 2 dell'art. 51, cit. (11), la previsione dell'art. 1, cc. 7 e 8, della l. n. 92/2012 (confrontata con l'art. 2, c. 2, par. 1, d.lgs. n. 165) (12), nonché l'inconciliabilità della nuova disciplina con lo specifico regime imperativo dettato dagli artt. 55 ss. del d.lgs. n. 165/2001 (13).

(8) Resta fuori dal tema dibattuto dalla sentenza in commento la questione dell'esperibilità del cd. «rito Fornero». Sul punto, la sentenza propende per l'immediata applicazione alle impugnative dei licenziamenti adottati dalle p.a. del nuovo rito disciplinato dalla l. n. 92, in primo grado e in sede di impugnazione, «nulla ostando né nelle previsioni della l. n. 92 del 2012 (art. 1, cc. 48 ss.), né nel corpo normativo di cui al d.lgs. n. 165/2001, e, anzi, militando, per la generale applicazione a ogni impugnativa di licenziamento ai sensi dell'art. 18 St. lav., l'espressa previsione dell'art. 1, c. 47 della l. n. 92». Nello stesso senso vd. Cass. 14.7.2016, n. 14390, inedita a quanto consta; T. Rimini 7.1.2016, decr., inedita a quanto consta; C. App. Milano 2.10.2014, inedita a quanto consta; T. Bari, 14.1.2013, in *RIDL*, 2013, II, 410, con nota di Del Punta; in dottrina, Boscato 2012, 1012 ss. In senso contrario vd. invece Pilati 2013, 338 ss.; Tampieri 2012, 34, in base all'esclusione di carattere generale di cui all'art. 1, c. 7, l. n. 92/2012.

(9) «Che andrebbe applicato anche alla pubblica amministrazione nella sua interezza, in mancanza di esprese deroghe»: Riviero 2013, 22; in termini Cavallaro 2013, 929 ss. Vd. anche Tampieri 2012, 33 ss. Per una critica di questa tesi vd. Pilati 2013, 328 ss.

(10) In tal senso, Boscato 2012, 1003 ss. Vd. anche *infra*, nota 18.

(11) Espressione che non riguarderebbe anche le radicali modifiche allo Statuto di cui alla l. n. 92/2012, ma solo le modifiche incidenti sullo Statuto operative all'entrata in vigore del d.lgs. n. 165/2001: Romeo 2012, 720.

(12) In tal senso Carinci F. 2013, 921 ss., su cui vd. meglio *infra*, par. 4. In termini adesivi Luciani 2016, 681 ss.; Barbieri 2013, 49; nonché Pilati 2013, 313 ss., che pure esprime perplessità.

(13) In tal senso, oltre alla sentenza in commento, Mainardi 2015, 30 ss.

La Cassazione arriva a concludere per la non applicabilità valorizzando proprio questi ultimi due argomenti.

Viene in rilievo, innanzi tutto, il rinvio a un futuro intervento normativo di armonizzazione contenuto nel c. 8 dell'art. 1 della l. n. 92.

Quest'ultima prevede al c. 7 che «le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, c. 2, del d.lgs. n. 165/2001». Secondo i giudici, la circostanza che il c. 7 faccia salve le disposizioni della l. n. 92 che dispongano in senso diverso («per quanto [...] non espressamente previsto») si giustifica considerando che la stessa legge contiene anche norme che si riferiscono espressamente al lavoro pubblico (14), sicché l'eccezione opera solo con riferimento alle disposizioni in relazione alle quali la questione dell'applicabilità all'impiego pubblico sia stata già risolta espressamente dal legislatore del 2012 (15).

Non è, questo, il caso delle modifiche apportate all'art. 18 St. lav., perché sull'applicabilità «automatica» delle stesse al pubblico impiego nulla si dice nella legge Fornero, sicché, in difetto di una «espressa previsione», non può che operare la temporanea esclusione di carattere generale di cui all'art. 1, c. 7, cit., finché non venga emanata la normativa di armonizzazione cui rinvia il c. 8 (16).

Sul punto, il ragionamento dei giudici si pone in contrasto con la sentenza della

(14) Il riferimento è all'art. 2, c. 2, che esclude espressamente dall'ambito di operatività dell'Assicurazione sociale per l'impiego (Aspi) i dipendenti delle p.a. Vd. anche Carinci F. 2013, 919, per cui il «per quanto [...] non espressamente previsto» vuol dire che le disposizioni della l. n. 92 costituiscono principi e criteri in quanto non vi sia una «espressa previsione» di applicabilità al lavoro pubblico da parte di una norma della stessa l. n. 92 (vd., ad es., l'art. 1, c. 32, che, intervenendo sull'art. 70 del d.lgs. n. 276/2003, amplia la possibilità per la p.a. di far ricorso al lavoro accessorio). Vd. sul punto Pilati 2013, 323; Tampieri 2012, 32.

(15) Per la generale inapplicabilità al pubblico impiego della l. n. 92, salvo «espressa previsione», vd., oltre a Carinci F. 2013, 918 ss., Gragnoli 2014, *passim*; Pilati 2013, *passim*; Pasqualetto 2013, 52; ma vd. Centamore 2016, 826, che ritiene questa interpretazione superata dagli avvenimenti. Secondo Tampieri 2012, 28 ss., la norma generale dell'art. 1, c. 7, è sufficiente a impedire l'estensione al lavoro pubblico delle modifiche introdotte dalla l. n. 92, a meno che un'antecedente e specifica legge abbia esteso esplicitamente alla p.a. gli istituti o le discipline che sono stati modificati; sul punto anche Tampieri 2015, 70 ss. In senso contrario vd. invece Corte d'Appello Cagliari 18.7.2016, inedita a quanto consta, ove si ritiene di dover dare al disposto di cui all'art. 1, cc. 7 e 8, una lettura «elastica», talché il c. 8 va interpretato come una «disposizione di chiusura, che prevede un meccanismo eventuale e successivo per la risoluzione dei problemi di raccordo tra discipline»; da tale disposizione non può, invece, farsi derivare il generalizzato blocco dell'applicazione delle disposizioni della l. n. 92 al lavoro pubblico.

(16) In senso contrario, non senza perplessità, Tampieri 2012, 33 ss.; secondo questa opinione, poiché tutta la l. n. 300/1970 è considerata espressamente applicabile alle p.a. a prescindere dal numero dei dipendenti (art. 51, c. 2, d.lgs. n. 165, o, eventualmente, art. 2, c. 2, par. 1, stesso d.lgs.), va da sé che, anche in mancanza di una «espressa previsione» nella legge di riforma, il nuovo testo dell'art. 18 sia destinato a trovare applicazione immediata anche ai pubblici dipendenti. Le perplessità dell'Autore derivano dal fatto che «in questo caso si viene ad avere l'effetto paradossale di un testo dell'art. 18 [...] eguale, quanto ai contenuti della tutela, sia per i lavoratori pubblici che privati, ma dotato di un *campo di applicazione* diverso e di un *rito processuale* diverso, quest'ultimo valido soltanto per i dipendenti privati» (35).

Sezione lavoro n. 24157 del 2015 (17). In quell'occasione la Cassazione ha fatto propria (ma solo parzialmente) l'opzione ermeneutica a favore dell'applicabilità del nuovo art. 18, aderendo a una soluzione «intermedia» sostenuta da una parte della dottrina (18); i giudici, pur affermando – in accoglimento della tesi del rinvio formale allo Statuto del 1970 di cui al «d.lgs. n. 165/2001, art. 51 cpv.» – l'immediata e integrale applicabilità del nuovo testo dell'art. 18, come novellato dalla l. n. 92/2012, «al licenziamento per cui è processo e ciò a prescindere dalle iniziative normative di armonizzazione previste dalla legge cd. Fornero» (punto 5), hanno ritenuto di dovere, comunque, salvaguardare la specialità della normativa del procedimento disciplinare dettata per il lavoro pubblico dagli artt. 55 ss. del d.lgs. n. 165 e, quindi, hanno ricondotto all'art. 18, nuovi cc. 1 e 2, la violazione delle regole procedurali, in quanto causa di nullità del licenziamento (19).

La conclusione basata su argomentazioni di carattere letterale è – secondo la decisione in esame – avvalorata anche da considerazioni di ordine logico e sistematico, trovando conferma, oltre che nella definizione delle finalità della l. n. 92 che pare considerare unicamente le esigenze delle imprese private (cfr. art. 1, c. 1, lett. c), nella inconciliabilità della disciplina del 2012 con le disposizioni del d.lgs. n. 165/2001.

D'altra parte, la ritenuta (dalla decisione in commento) non applicabilità della novella del 2012 ai dipendenti pubblici non può essere esclusa solo facendo leva sul rinvio operato dall'art. 51, c. 2, del d.lgs. n. 165 allo Statuto, come via via modificato. Osservano, infatti, i giudici di legittimità che il d.lgs. n. 165, nel rendere applicabili le disposizioni dello Statuto (compreso l'art. 18) a tutte le p.a., «a prescindere dal numero dei dipendenti», ha voluto escludere in ogni caso – pur in un contesto di tendenziale armonizzazione fra impiego pubblico e privato – una tutela diversa da quella reintegratoria in caso di licenziamento illegittimo, anche per quelle amministrazioni – pur numerose (si pensi, ad esempio, agli enti territoriali minori di limitate dimensioni) – per cui sarebbe stata altrimenti applicabile la tutela obbligatoria prevista dall'art. 8

(17) Cass. 26.11.2015, n. 24157, in *RGL*, 2016, n. 1, II, 25, con nota di F. Aiello, in *LPA*, 2015, nn. 3-4, II, 507, con nota di A. Tampieri, e in *DLM*, 2016, n. 1, 165 ss., con nota di L. Fiorillo.

(18) Ci riferiamo alla tesi di Boscato 2012, spec. 1008 ss.; secondo questa opinione, poiché nel vigente d.lgs. n. 165 (all'esito delle modifiche del 2009) è presente una disciplina sostanziale (art. 55-*quater*) e procedimentale (art. 55-*bis*) del licenziamento disciplinare in sé autosufficiente ed espressamente qualificata di natura imperativa (cfr. art. 55, c. 1, d.lgs. n. 165), il licenziamento irrogato in contrasto con il precetto legislativo, ovvero – ad es. – con la norma imperativa che prevede che debba essere assistito da giusta causa o da giustificato motivo, sarebbe soggetto alla sanzione civile della nullità (1009), alla quale seguirebbe l'applicazione del regime sanzionatorio (tutela reintegratoria forte o piena) del nuovo art. 18, c. 1, St. lav., in quanto sarebbe un caso rientrante negli «altri casi di nullità previsti dalla legge» (1011). Aderisce a questa tesi De Luca 2013, 9. In senso contrario vd. invece Cavallaro 2013, 933 ss.

(19) La Cassazione, a fronte di un licenziamento disciplinare illegittimo per violazione dell'art. 55-*bis*, c. 4, d.lgs. n. 165/2001 (in quanto il procedimento era stato avviato, istruito e concluso da uno solo dei componenti dell'ufficio per i procedimenti disciplinari che nella fattispecie era previsto a composizione collegiale), ha applicato la tutela reintegratoria di cui al nuovo c. 1 dell'art. 18 St. lav., ritenendo si vertesse in un caso di licenziamento «riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge». Infatti, è «indubbio che fra le nullità [...] vi sia anche quella per contrarietà a norme imperative [...] e in tale novero rientra il cit. art. 55-*bis*, c. 4, d.lgs. n. 165» (punto 5 dei motivi).

della l. n. 604/1966. Il rinvio, seppur «mobile» (20), nasce, dunque, «limitato da detta scelta fondamentale [...], che rende incompatibile con la volontà espressa» nell'art. 51, c. 2, d.lgs. n. 165, «l'automatico recepimento di interventi normativi successivi», quale l'art. 1, c. 42, l. n. 92, che «modifichino la norma richiamata [art. 18] incidendo sulla natura stessa della tutela riconosciuta al dipendente licenziato» (21).

Alla luce di tali ultime considerazioni, che hanno lo scopo di rispondere ad alcune interpretazioni affacciate nella giurisprudenza di merito, concludono i giudici che l'art. 18 St. lav., nel testo antecedente alle modifiche della l. n. 92/2012, non è stato espunto dall'ordinamento (22), ma resta tuttora in vigore limitatamente all'ambito del pubblico impiego. Talché convivono ora nel sistema due articoli 18: uno, nel testo risultante dalla modifica apportata dalla l. n. 92, applicabile ai dipendenti del settore privato; l'altro, nel testo *ante* novella del 2012, applicabile ai dipendenti della p.a. (e quindi al rapporto di lavoro di cui è processo).

4. — *Conclusioni* — Prima della novella del 2012, la questione dell'applicabilità della l. n. 300/1970 al lavoro pubblico non destava particolare preoccupazione, in quanto la tutela cd. «reale» era comminata (dall'art. 18 St. lav., testo originario) – quale sanzione automatica – per tutti i licenziamenti illegittimi (23), sicché l'applicabilità dello stesso art. 18 alle pubbliche amministrazioni, a prescindere dal requisito dimensionale, era pacificamente ammessa in virtù del rinvio contenuto nell'art. 51, c. 2, d.lgs. n. 165/2001 (24).

A partire dall'entrata in vigore della l. n. 92/2012, la situazione si è complicata. Nel nuovo testo dell'art. 18 St. lav. la sanzione della tutela «reale» non è più prevista in ogni ipotesi di licenziamento invalido. L'art. 1, c. 42, della l. n. 92 ha infatti distinto i casi in cui resta la tutela «reale» originaria (art. 18, cc. 1-3) dai casi nei quali viene reintrodotta la stabilità «obbligatoria» anche nelle unità produttive con più di quindici dipendenti (art. 18, cc. 5 ss.) (25).

(20) Cfr. T. Rimini 7.1.2016, decr., cit., per cui la tesi che propende per la permanente applicabilità del vecchio art. 18 «non spiega come sia possibile, a fronte di una lettera così chiara che la riforma non ha corretto né intaccato, dettando disposizioni transitorie, considerare il rinvio di tipo recettizio e, per l'effetto, porre a base delle decisioni sui licenziamenti pubblici il vecchio art. 18 abrogato dalla l. n. 92/2012, determinandone una sopravvivenza a tempo indeterminato che la norma sopra riportata [art. 51, c. 2] e la carenza di una espressa salvezza delle disposizioni precedenti paiono inequivocabilmente escludere». In tal senso T. Bari 14.1.2013, in *RIDL*, 2013, II, 410, cit.; T. Perugia 15.1.2013, ord., in *LPA*, 2012, II, 1124; T. Perugia 9.11.2012, ord., *ivi*, 1119. Per altri riferimenti, vd. Centamore 2016, 817; Barbieri 2013, 47.

(21) Vd., per il virgolettato, par. 3.4. dei motivi della decisione in commento.

(22) In tal senso, Carinci F. (2013, 924), per cui la l. n. 92 non avrebbe completamente e definitivamente abrogato la vecchia formulazione dell'art. 18 St. lav., bensì l'avrebbe solo sostituita, ergo disapplicata nel settore del lavoro privato; in tal senso anche Luciani (2016, 683), argomentando in base ai principi generali che regolano l'abrogazione delle leggi e i meccanismi di successione delle norme nel tempo (in particolare l'art. 15 disp. prel. c.c.); Barbieri 2013, 49. *Contra*, Boscati 2012, 1006; De Luca 2013, 7.

(23) De Luca 2013, 4.

(24) Cfr. Aiello 2015, 26.

(25) De Luca 2013, 7.

Come dire che la norma di rinvio di cui all'art. 51, c. 2, cit., rischia di diventare per il dipendente pubblico, se ci si passa l'immagine, una sorta di *tapis roulant*, che lo trascina inesorabilmente verso il basso, contro la sua volontà (26).

Per questa ragione, alcuni Autori – pur giungendo a conclusioni diverse – tendono a ridimensionare il dato formale del rinvio «mobile» operato dall'art. 51, c. 2, ai fini di affermare l'applicabilità dello Statuto (e quindi del suo art. 18 vivo nel presente) al lavoro pubblico, affermando semmai che quel che conta è il richiamo effettuato nel c. 1 dell'art. 51 in parola all'art. 2, c. 2, d.lgs. n. 165 (27).

Abbiamo già visto come anche la sentenza in commento ritenga che solo in forza del c. 2 dell'art. 51 non si possa escludere la non applicabilità della novella del 2012 ai dipendenti pubblici (*supra*, par. 3).

Pur apprezzando lo sforzo ricostruttivo di una parte della dottrina teso a valorizzare i profili di comunanza tra lavoro pubblico e lavoro privato (28), l'approccio dei giudici di legittimità, che potremmo definire di tipo «realistico», è quello che ci convince di più.

Nella visione meramente interpretativa, in realtà quella della l. n. 92/2012 è una riforma per la flessibilità del lavoro nell'impresa privata. Questa è la verità storica. Nella *ratio legis* c'era il lavoro privato.

Certamente questo discorso – da taluni ritenuto «affatto significativo» (29) – allarga ulteriormente la fossa atlantica tra il lavoro alle dipendenze della p.a. e il lavoro nell'impresa.

Abbiamo avuto decenni (almeno fino al 1966) caratterizzati dall'assenza di un sistema di tutela contro il licenziamento illegittimo dei dipendenti privati. In questo periodo il licenziamento del dipendente pubblico poteva essere sottoposto al Consiglio di Stato e, se ritenuto illegittimo, veniva annullato. Conservare uno *status* specifico alla pubblica amministrazione non ha, dunque, niente di nuovo, ma segna l'esistenza di due mondi diversi.

(26) Vd. anche Carinci F. 2013, 918, che parla di un «effetto di trascinamento» insito nel rinvio «mobile».

(27) In tal senso, Carinci F. 2013, 920. Vd. anche Boscatti 2012, 1004 ss., che, pur giungendo a conclusioni diverse ed escludendo la permanente vigenza dell'art. 18 nella versione originaria, giudica la norma di rinvio di cui al c. 2 dell'art. 51, cit., insufficiente per sostenere l'incondizionata applicabilità del nuovo art. 18 al settore pubblico; secondo questa opinione, dalla lettura coordinata dell'art. 51, cc. 1 e 2, e dell'art. 2, c. 2, par. 1, d.lgs. n. 165/2001, consegue in generale l'inapplicabilità alle p.a. e ai loro dipendenti delle norme dello Statuto che risultano derogate dalle disposizioni del d.lgs. n. 165 (così è per quanto concerne il procedimento disciplinare regolato nel privato dall'art. 7 St. lav. e nel pubblico dalla speciale disciplina di cui all'art. 55-bis del d.lgs. n. 165).

(28) Cfr. Barbieri 2013, 48, con riferimento alla tesi di Boscatti sunteggiata *supra*, nota 18. Sul punto vd. anche Esposito 2016, 667 ss., per cui un generico rinvio ad armonizzazioni – come quello ricavabile dalla l. n. 92/2012 – può in linea di principio valere per le aree della disciplina del rapporto già contraddistinte in sé da un carattere di pregressa specialità (si pensi al lavoro a termine o alla somministrazione, o alla disciplina delle mansioni), ma non funziona rispetto a norme e istituti pacificamente comuni come l'art. 18 St. lav.

(29) Cfr. ancora Esposito 2016, 668, per cui rilevare che una disciplina si rivolge al contesto dell'impresa privata non è «affatto significativo per escluderne l'applicazione al pubblico impiego, se non possono farsi valere altri e ben più puntuali elementi di esclusione».

Peraltro, a fronte della non risolutività del dato formale, condivido la tesi di chi ha sostenuto (30) che dalla rilettura coordinata dei cc. 7 e 8 dell'art. 1 della l. n. 92 emerge un criterio sostanziale utilizzabile per tracciare il confine fra un disposto applicabile e uno non applicabile al pubblico impiego privatizzato: criterio costituito dall'essere il disposto sotto esame (in ipotesi l'art. 18 St. lav.) immediatamente integrabile o meno nel sistema regolato dal d.lgs. n. 165 e quindi tale da richiedere o meno un successivo intervento legislativo di armonizzazione.

È difficile negare che il c. 42 dell'art. 1 della l. n. 92/2012, là ove riscrive l'art. 18 St. lav., non sia immediatamente integrabile nel d.lgs. n. 165/2001.

Ciò è evidente in relazione al licenziamento intimato senza il rispetto delle garanzie procedurali. Basti pensare all'art. 55-*bis* del d.lgs. n. 165, che regola le forme e i termini del procedimento disciplinare nel settore pubblico, la cui violazione comporta una nullità assoluta e insanabile (art. 1418 c.c.), e non una «inefficacia» sanzionata con un'indennità come quella prevista dal nuovo c. 6 dell'art. 18 St. lav. (31). Peraltro la sentenza in esame mette in luce un nodo tecnico irrisolto dai sostenitori della tesi dell'applicabilità: il nuovo c. 6 dell'art. 18 fa riferimento solo all'art. 7 St. lav. e all'art. 7 della l. n. 604/1966, e non agli artt. 55 e 55-*bis* del d.lgs. n. 165, coi quali il legislatore, oltre a sottrarre alla contrattazione la disciplina del procedimento disciplinare (32), ha affermato il carattere inderogabile delle disposizioni dettate «ai sensi e per gli effetti dell'art. 1339 c.c. e artt. 1419 ss. c.c.» (art. 55, d.lgs. n. 165).

D'altra parte, la formulazione dell'art. 18, come novellato nel 2012, introduce una graduazione delle sanzioni con riferimento a ipotesi di licenziamento ingiustificato pensata «a misura del lavoro privato» (33), che – come osservano i giudici di legittimità – non si presta a essere estesa al lavoro pubblico contrattualizzato (34), per il qua-

(30) Carinci F. 2013, 921.

(31) Cfr. Carinci F. 2013, 923; nonché De Luca 2013, 8; Centamore 2016, 827, anche per ulteriori profili di divaricazione tra il regime del licenziamento nel settore pubblico e privato.

(32) Calcaterra 2010, 227.

(33) Carinci F. 2013, 922. Rileva la non linearità del quadro normativo Saracini 2016, 539 (con un rinvio a Zoppoli L. 2012, spec. 82 ss.).

(34) Secondo la sentenza in commento, in quest'ultimo ambito, «un'eventuale modulazione delle tutele [...] richiede da parte del legislatore una ponderazione di interessi diversa da quella compiuta per l'impiego privato, poiché, come avvertito dalla Corte costituzionale, mentre in quest'ultimo il potere di licenziamento del datore di lavoro è limitato allo scopo di tutelare il dipendente, nel settore pubblico il potere di risolvere il rapporto è circondato da 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» (par. 3.3 dei motivi, che richiama la sentenza della C. cost. n. 351/08 in tema di rimozione di dirigenti dai propri incarichi, secondo la quale la tutela per equivalente in quel caso avrebbe comportato una violazione dell'interesse generale all'imparzialità). Sul punto, vd. Barbieri 2013, 49; Luciani 2016, 684, per cui è proprio il principio del concorso a costituire un ostacolo difficilmente sormontabile per sostenere l'automatica estensione dell'art. 18 *post* Fornero ai dipendenti pubblici. Ma vd. C. App. Cagliari 18.7.2016, cit., per cui non si ravvisano contrasti con l'interesse collettivo «nell'applicare alle varie ipotesi di risoluzione del rapporto, come inquadrabili nel corpo del novello art. 18, le nuove sanzioni ivi previste. Il contrasto vi sarebbe, semmai, nel caso contrario, poiché le conseguenze sanzionatorie dell'applicazione dell'art. 18 nel dettato precedente sarebbero in molte situazioni assai più onerose per l'amministrazione datrice di lavoro, senza alcuna apparente giustificazione»; in tal senso anche Esposito 2016, 669.

le il legislatore ha dettato una disciplina inderogabile, tipizzando anche alcune specifiche e puntuali fattispecie di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo di licenziamento (cfr. artt. 55, c. 1, e 55-*quater* del d.lgs. n. 165) (35).

Tanto rumore per nulla, almeno nel caso di specie.

Infatti, nel cassare la sentenza d'appello, i giudici di legittimità rilevano come, nel giudizio di rinvio, anche qualora dovesse essere nuovamente accertata la violazione delle regole del procedimento, non potrà essere riconosciuta al C.R. una tutela diversa da quella indennitaria di cui al nuovo c. 6 dell'art. 18 St. lav., ritenuta applicabile dal Tribunale di Roma con la sentenza che ha chiuso il giudizio di opposizione, in quanto detto capo della sentenza stessa non è stato oggetto di impugnazione, in via principale o incidentale, da parte del dipendente. In altre parole, il C.R. non potrà giovare della cassazione della sentenza, per effetto della ritenuta fondatezza del ricorso principale, per domandare nel giudizio di rinvio la tutela «reale» prevista dall'art. 18 St. lav. nel testo antecedente alla novella del 2012, essendo detta domanda preclusa dall'art. 329, c. 2, c.p.c.

Riferimenti bibliografici

- Aiello F. (2016), *L'applicabilità al pubblico impiego privatizzato dell'art. 18 St. lav.*, in *RGL*, n. 1, I, 25 ss.
- Barbieri M. (2013), *La nuova disciplina del licenziamento individuale profili sostanziali e questioni controverse*, in Barbieri M., Dalfino D. (a cura di), *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 9 ss.
- Barbieri M. (2015), *Il licenziamento nello schema di decreto del Jobs Act*, in Atti del convegno svoltosi a Roma il 19 febbraio 2015 presso la Sala del refettorio della Camera dei deputati, promosso dalle riviste *Diritti Lavori Mercati*, *Lavoro e Diritto*, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 141 ss.
- Boscato A. (2012), *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, in *LPA*, n. 6, I, 991 ss.
- Boscato A. (2016), *Il campo di applicazione del d.lgs. n. 23/2015 e il nodo del pubblico impiego*, in Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Commentario breve alla riforma «Jobs Act»*, Cedam, Padova, 119 ss.
- Calcaterra L. (2010), *Il licenziamento individuale nel lavoro pubblico*, in Carabelli U., Carinci M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, Bari, 2010, 225 ss.
- Carinci F. (2012), *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in *LPA*, n. 2, I, 247 ss.

(35) Sulla materia è intervenuto da ultimo l'art. 1 del d.lgs. n. 116/2016, che ha introdotto un'ulteriore ipotesi di licenziamento senza preavviso (giusta causa) in caso di «falsa attestazione della presenza in servizio, accertata in flagranza o mediante strumenti di sorveglianza e di registrazione degli accessi o delle presenze». In particolare, il d.lgs. n. 116 ha aggiunto all'art. 55-*quater* del d.lgs. n. 165 alcuni nuovi commi: c. 1-*bis* (definizione di «falsa attestazione della presenza in servizio»), cc. 3-*bis*, 3-*ter*, 3-*quater* (procedimento disciplinare in caso di falsa attestazione della presenza in servizio, accertata in flagranza o mediante strumenti di sorveglianza), e c. 3-*quinqies* (licenziamento del dirigente o del responsabile del servizio per l'omessa attivazione del procedimento disciplinare e l'omessa adozione del provvedimento di sospensione cautelare, senza giustificato motivo).

- Carinci F. (2013), *È applicabile il novellato art. 18 al pubblico impiego privatizzato? (una domanda ancora in cerca di risposta)*, in *LPA*, n. 6, I, 913 ss.
- Cavallaro L. (2013), *Perché il nuovo art. 18 St. lav. si applica al pubblico impiego*, in *LPA*, n. 6, I, 927 ss.
- Centamore G. (2016), *A ciascuno il suo: art. 18 e pubblico impiego privatizzato*, in *VTDL*, n. 4, 811 ss.
- De Luca M. (2013), *Riforma della tutela reale conto il licenziamento illegittimo e rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento*, in *LPA*, n. 1, I, 1 ss.
- Esposito M. (2016), *«Quo usque tandem...?»: politica, giudici e realtà nel dibattito sul licenziamento dei pubblici dipendenti*, in *DLM*, n. 3, 665 ss.
- Fiorillo L. (2016), *Riflettendo sull'art. 18 dello Statuto nel lavoro pubblico*, in *DLM*, n. 3, 671 ss.
- Giubboni S., Colavita A. (2016), *La nuova disciplina dei licenziamenti e i rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 304, 1 ss.
- Gragnoles E. (2014), *L'inapplicabilità della legge n. 92/2012 ai rapporti di lavoro pubblico privatizzato*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 143 ss.
- Ichino P. (2016), *Dodici domande e risposte sul regime dei licenziamenti nelle amministrazioni pubbliche*, in *www.pietroichino.it*.
- Luciani V. (2016), *L'art. 18 dello Statuto e il suo doppio, aspettando l'armonizzazione*, in *DLM*, n. 3, 681 ss.
- Mainardi S. (2015), *Il campo di applicazione del d.lgs. n. 23/2015. Licenziamenti illegittimi, tutele crescenti*, in *LPA*, n. 1, I, 25 ss.
- Mainardi S. (2016), *L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori alla prova della riforma Madia: «Vorrei... ma non posso»*, in *DLM*, n. 3, 687 ss.
- Mariucci L. (2015), *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, in *LD*, n. 1, 13 ss.
- Pasqualetto E. (2013), *La questione del pubblico impiego privatizzato*, in Cester C. (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 49 ss.
- Perulli A. (2015), *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, in *RIDL*, I, 413 ss.
- Pilati A. (2013), *Un problema in più per il nuovo art. 18 St. lav.: è applicabile anche al lavoro pubblico privatizzato?*, in *LPA*, n. 2, I, 313 ss.
- Riverso R. (2013), *Indicazioni operative su rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, in *LG*, n. 1, 17 ss.
- Romeo C. (2012), *La legge «Fornero» e il rapporto di pubblico impiego*, in *LPA*, n. 5, I, 713 ss.
- Saracini P. (2016), *La tutela indennitaria nel contratto di lavoro a tutele crescenti al cospetto dell'ordinamento dell'Unione europea*, in *VTDL*, n. 3, 537 ss.
- 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.
- 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, 1 ss.
- Tampieri A. (2012), *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in Pellacani G. (a cura di), *Riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 27 ss.

- Tampieri A. (2015), *Il licenziamento del dipendente pubblico prima e dopo il «Jobs Act»*, Giappichelli, Torino.
- Zoppoli A. (2015), *Legittimità costituzionale del contratto di lavoro a tutele crescenti, tutela reale per il licenziamento ingiustificato, tecnica del bilanciamento*, in *DLM*, n. 2, 292 ss.
- Zoppoli L. (2012), *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale scientifica, Napoli.

Andrea Allamprese
*Ricercatore di Diritto del lavoro
presso l'Università di Modena e Reggio Emilia*

CASSAZIONE, 18.4.2016, n. 7685 – Pres. Macioce, Est. Balestrieri, P.M. Celeste (diff.) – M.L. (avv. Celebre) c. La Torpedine Srl (avv.ti D’Innocenzo, Facciolla).
Cassa Corte d’Appello di Catanzaro, 29.1.2013.

Licenziamento individuale – Danno patrimoniale – Quantificazione del danno da licenziamento illegittimo – Applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno* – Inapplicabilità – Detrazione dell’*aliunde perceptum* costituito da attività lavorativa autonoma preesistente al licenziamento – Possibile nei limiti della compatibilità con il rapporto di lavoro sospeso.

Il principio della compensatio lucri cum damno trova applicazione solo quando il lucro sia conseguenza immediata e diretta dello stesso fatto illecito che ha prodotto il danno, non potendo il lucro compensarsi con il danno se trae la sua fonte da titolo diverso. Ne deriva che, in tema di licenziamento individuale, il compenso per lavoro subordinato o autonomo percepito durante il periodo intercorrente tra il proprio licenziamento e la sentenza di annullamento relativa non comporta la riduzione corrispondente del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo, se e nei limiti in cui quel lavoro risulti, comunque, compatibile con la prosecuzione contestuale della prestazione lavorativa sospesa a seguito del licenziamento, come deve ritenersi nel caso – come quello di specie – in cui il lavoro medesimo risulti già svolto, prima del licenziamento, congiuntamente alla prestazione lavorativa di fatto interrotta. Viceversa, quando si affermi il diritto al ripristino del rapporto di lavoro, al lavoratore spetta un risarcimento commisurato alle retribuzioni non percepite, ma dal suddetto importo sono deducibili i ricavi che sarebbero stati incompatibili con la prosecuzione della prestazione lavorativa e resi possibili, quindi, solo dalla sua interruzione. (1)

(1) I LIMITI DI APPLICABILITÀ DELLA *COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO*
E LA (NON) DETRAIBILITÀ DELL’*ALIUNDE PERCEPTUM*
PER ATTIVITÀ LAVORATIVA PREESISTENTE AL LICENZIAMENTO

1. — Con la sentenza in epigrafe, la Corte afferma principi e criteri da assumere per la quantificazione dei danni subiti dal lavoratore a causa di licenziamento illegittimo.

Nella specie, il lavoratore illegittimamente licenziato si opponeva alla richiesta datoriale di detrarre dall’importo dovuto per risarcimento danni quanto percepito nel periodo intercorrente tra licenziamento e sentenza di reintegra (cd. periodo intermedio), a titolo di altra occupazione lavorativa autonoma, in quanto quest’ultima non era sorta successivamente al licenziamento, ma già espletata contestualmente al rapporto di lavoro interrotto.

La Cassazione ha deciso per l'inapplicabilità del principio della *compensatio lucri cum damno* in quanto il lucro, nel caso di specie, non era immediatamente e direttamente derivante dal fatto illecito (licenziamento illegittimo), ben potendo essere compatibile con la prosecuzione contestuale dell'attività lavorativa sospesa a causa del licenziamento; nello statuire ciò, la Corte resta nel solco tracciato da suoi precedenti (Cass. 20.5.2013, n. 12248, inedita a quanto consta; Cass. 21.2.2011, n. 4146, inedita a quanto consta; Cass. 12.4.2005, n. 7453, in *RCDL*, 2005, con nota di Cappelli, 433; Cass. 24.2.1999, n. 1610, in *Mass. GI*, 1999).

Tuttavia, rimette alla Corte d'Appello competente «Al fine di valutare la compatibilità di tale collaborazione e relativi redditi, con la prosecuzione contestuale della prestazione lavorativa, sospesa a seguito del licenziamento, nonché l'incremento di tali redditi» in seguito al licenziamento.

La Corte, pertanto, esclude l'applicabilità del principio della *compensatio lucri cum damno*, ma non esclude del tutto anche la possibilità di detrarre comunque l'*aliunde perceptum* (anche solo in parte) per altra via e in applicazione, quindi, di altri principi.

2. — Necessita a questo punto un'analisi del tema del risarcimento danni nel nostro ordinamento, al fine di chiarire e distinguere i diversi principi applicabili nella determinazione del danno risarcibile nella particolare ipotesi di danno da licenziamento illegittimo (almeno nell'ambito di applicabilità della tutela reale).

Sul concetto di danno risarcibile è certamente più conforme al dato letterale delle norme del codice civile la concezione differenziale del danno, per la quale il bene leso viene visto come facente parte di un patrimonio complessivo, sicché il risarcimento del danno deve ripristinare il patrimonio del danneggiato nel medesimo stato in cui si trovava prima dell'illecito, eliminando così le conseguenze dell'inadempimento (in contrapposizione alla concezione reale, in virtù della quale per danno si intende la diminuzione di valore che subisce un bene per effetto dell'illecito civile, e trova il limite risarcibile nel valore del bene e non considera che il bene è correlato con il patrimonio complessivo del soggetto; tale concezione di danno tiene conto unicamente del danno patrimoniale emergente e non del lucro cessante né del danno non patrimoniale).

In tale ottica si terrà conto sia del danno costituente da lucro cessante, che dei possibili vantaggi che il danneggiato abbia eventualmente subito a causa dell'illecito, che andranno compensati col danno subito.

Esistono, infatti, casi in cui l'inadempimento è causa al tempo stesso di danno e di profitto; il principio della *compensatio lucri cum damno*, di origine giurisprudenziale, individua in tali casi una tecnica di quantificazione del danno effettivamente subito dal danneggiato. In tali ipotesi, proprio l'applicazione della teoria differenziale fa sì che si risarcisca il danno espresso dal saldo ottenuto detraendo i profitti derivati dal medesimo evento dannoso: dovendo elidere gli effetti dell'inadempimento bisogna tenere conto sia delle conseguenze negative dell'illecito che di quelle favorevoli (Sul tema del risarcimento danni in generale, si veda Bianca 2012).

Le Sezioni Unite sono intervenute (Cass., S.U., 25.11.2008, n. 28056, in *Mass. GI*, 2008) per chiarire che la *compensatio* è ammissibile unicamente laddove il processo causale del danno e del vantaggio sia unico: la stessa condotta che ha provocato il danno deve aver provocato anche il guadagno. Non è sufficiente la causalità indiretta, ri-

corrente laddove la condotta sia solo stata l'occasione da cui è poi scaturita una diversa serie causale che abbia cagionato un vantaggio (un «effetto della *compensatio lucri cum damno*, che si riconnette al criterio di determinazione del risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1223 c.c., si verifica esclusivamente allorché il vantaggio e il danno siano entrambi conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, quali suoi effetti contrapposti, e non quando il fatto generatore del pregiudizio patrimoniale subito dal creditore sia diverso da quello che invece gli abbia procurato un vantaggio»).

3. — Con particolare riferimento alla quantificazione del danno da licenziamento illegittimo, la prevalente giurisprudenza si inserisce, come la sentenza in commento, nel solco tracciato dalle Sezioni Unite; il risarcimento del danno subito dal lavoratore, quindi, da un lato, viene commisurato nelle retribuzioni perse (lucro cessante); dall'altro, in applicazione della concezione differenziale del danno, deve tener conto, altresì, anche degli eventuali vantaggi conseguiti dal lavoratore a causa (immediata e diretta) del licenziamento.

La giurisprudenza ha, quindi, delineato una serie di ipotesi in cui, in applicazione dei suddetti principi, è possibile detrarre o meno quanto il lavoratore abbia *aliunde* percepito durante il periodo intermedio.

In primo luogo, è pacifica la non detraibilità di quanto percepito dal lavoratore a titolo di pensione (Cfr. Cass. 15.7.2014, n. 16143, inedita a quanto consta; Cass. 20.1.2014, n. 1725, in *GI*, 2014, 6, 1440, con nota di Dentici; Cass. 8.5.2008, n. 11373, in *Mass. GI*, 2008; Cass. 13.11.2007, n. 23565, in *Mass. GI*, 2007; Cass. 14.6.2007, n. 13871, in *Mass. GI*, 2007; Cass. 2.2.2005, n. 2023, in *GDir.*, 2005, 11, 72; Cass. 17.2.2004, n. 3088, in *GC*, 2004, 2691) così come a titolo di mobilità o a titolo di Cig (Cass. 28.4.2010, n. 10164, inedita a quanto consta; Cass. 19.11.2009, n. 24447, in *Mass. GI*, 2009), sulla base del doppio presupposto che, da un lato, in caso di annullamento del licenziamento con conseguente reintegra il lavoratore è tenuto a restituire all'Inps le somme percepite (non sussisterebbe, quindi, un lucro del lavoratore), dall'altro, il diritto al percepimento di dette somme non deriva direttamente dall'atto del licenziamento (illegittimo), che rappresenta solo un presupposto, ma da altri fattori (raggiungimento dell'età anagrafica e/o contributiva; inserimento nelle liste di mobilità ecc.).

Meno pacifica in giurisprudenza è parsa la non detraibilità di quanto dal lavoratore percepito a titolo di indennità di disoccupazione. A fronte, infatti, di un orientamento per il quale «il giudice deve tener conto, a titolo di *aliunde perceptum* e in applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno*, dell'indennità di disoccupazione percepita dal lavoratore nel periodo considerato, poiché la risoluzione del rapporto per volontà datoriale è evento generatore tanto del diritto all'indennità di disoccupazione quanto del mancato guadagno del lavoratore licenziato» (Cass. 4.2.1998, n. 1150, in *RIDL*, 1999, II, 189 ss., con nota di Conte; cfr. altresì Cass. 29.3.1996, n. 2906, in *GI*, 1997, I, 1, 178, con nota di Marazza; Cass. 29.9.1997, n. 9483, in *Mass. GI*, 1997), si oppone un altro orientamento, più condivisibile, per il quale l'indennità in parola non va detratta in quanto «L'indennità di disoccupazione costituisce una indennità non già in senso risarcitorio bensì in senso assistenziale, trovando il suo fondamento in ragioni di solidarietà sociale che lo Stato persegue attraverso l'attività di un ente pubblico come l'Inps, che è l'unico e definitivo obbligato della prestazione.

La diversità dei titoli di erogazione, oltre che dei soggetti obbligati, esclude, pertanto, che il datore di lavoro possa opporre in detrazione al lavoratore a titolo di *aliunde perceptum* l'indennità di disoccupazione percepita dallo stesso durante il periodo del licenziamento» (Cass. 16.3.2002, n. 3904, in *Mass. GI*, 2002, la quale richiama espressamente le precedenti decisioni di Cass. 15.5.2000, n. 6265, in *Mass. GI*, 2000, nonché di Cass., S.U., 25.1.1989, n. 418, in *Mass. GI*, 1989, nonché in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1989, I, 882, e di Cass., S.U., 22.3.1995, n. 3319, in *GI*, 1995, n. 1, I, 2022).

4. — Veniamo, ora, alle ipotesi in cui nel cd. periodo intermedio il lavoratore percepisca dei compensi per altra attività lavorativa, subordinata o autonoma. In tali ipotesi la giurisprudenza ha sempre ammesso la detraibilità di quanto percepito in base a una nuova attività lavorativa «quando esso deriva da attività lavorativa che il lavoratore ha potuto svolgere in quanto, a causa del licenziamento, ha potuto godere di una libertà che la permanenza anche funzionale del rapporto di lavoro non gli avrebbe consentito» (Ioel 1998, 256); lo svolgimento di tale attività presuppone, infatti, un dispiego di energie fisiche e mentali incompatibili con la prosecuzione del vecchio posto di lavoro. Al contempo non si può consentire che il danneggiato, attraverso il risarcimento del danno, si procuri in realtà un arricchimento, che sarebbe, a ragion veduta, ingiusto (Cfr., *ex multis*, Cass., S.U., 22.3.1995, n. 3319, in *GI*, 1995, n. 1, I, 2022: «In applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno* — che è volto a evitare che il risarcimento del danno si risolva in un indebito arricchimento per il danneggiato —, ogni volta che il licenziamento viene annullato e il rapporto di lavoro ripristinato, al lavoratore spetta, per il periodo in cui è stato allontanato dal posto di lavoro, un risarcimento commisurato alle retribuzioni non percepite, ma dal suddetto importo è deducibile quanto risulti ricavato da attività che, essendo incompatibile con la contestuale prosecuzione della prestazione di lavoro subordinato, sia stata resa possibile — anche nella sua concreta entità — dall'adozione della misura espulsiva»).

A ben vedere, la giurisprudenza, allorquando detrae quanto *aliunde* percepito a titolo di attività lavorativa (autonoma o subordinata), giustifica tale operazione sulla base della «incompatibilità con la contestuale prosecuzione della prestazione di lavoro subordinato» sospeso a causa del licenziamento (In questo senso, oltre alla sentenza in commento, cfr. Cass. 24.2.1999, n. 1610, in *Mass. GI*, 1999, nonché Cass. 12.4.2005, n. 7453, in *RCDL*, 2005, e Cass. 15.12.1989, n. 5645, in *FI*, 1991, I, 885, con nota di Cecconi, che hanno «ritenuto che non potessero essere detratti dal risarcimento i compensi percepiti *medio tempore* per prestazioni professionali in quanto compatibili con l'esistenza di un rapporto di lavoro dipendente») e della «recuperata disponibilità di tempo ed energie» conseguente al licenziamento (Cass. 8.6.1995, n. 6439, in *LG*, 1996, 250), nonché al fine di «evitare che il risarcimento si risolva in un indebito arricchimento del danneggiato» (Cass. 16.3.2002, n. 3904, in *Mass. GI*, 2002).

Tuttavia, tali argomentazioni nulla hanno a che fare con l'applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno*, perché è evidente che il fatto generatore del danno (licenziamento illegittimo) non può essere anche la causa «diretta e immediata» della nuova attività lavorativa, ma, semmai, solo un suo presupposto. Lo svolgimento di altra attività lavorativa, infatti, trova nell'atto di recesso soltanto il suo presupposto,

mentre è tramite l'attiva e diligente ricerca di nuova occupazione che il lavoratore percepisce altri compensi, attenuando il danno subito; diligenza che gli è richiesta, peraltro, anche al fine di non vedersi detratto l'*aliunde percipiendum*.

In applicazione, quindi, del principio in commento, così come descritto dalle Sezioni Unite e applicato pacificamente nelle altre ipotesi passate in rassegna, non dovrebbe operarsi detraibilità alcuna.

Per contro, la detraibilità di quanto percepito da altra attività di lavoro subordinata (confermata dalla vigente versione dell'art. 18, c. 4, St. lav.) trova fondamento in altri istituti del nostro ordinamento quali il divieto di ingiustificato arricchimento e la *mora accipiendi*. A ben vedere, infatti, la detrazione dell'*aliunde perceptum* in tali casi è conseguente al venir meno dei presupposti – almeno per il periodo occupato – per l'applicabilità della *mora accipiendi* del datore di lavoro a seguito dell'incompatibilità dell'altra attività lavorativa con la messa a disposizione (del proprio tempo e) delle proprie energie lavorative da parte del lavoratore all'atto dell'impugnazione del licenziamento.

Del resto, laddove non si tenesse conto di tale situazione, il lavoratore lucrerebbe dall'inadempimento della controparte; il che è inammissibile nel nostro ordinamento, ispirato al principio generale del divieto di ingiustificato arricchimento.

La sentenza in epigrafe si esprime in linea con quanto da ultimo sostenuto: dalla rilevata inapplicabilità del principio della *compensatio lucri cum damno*, infatti, non fa discendere categoricamente la non detraibilità di quanto percepito dal lavoratore a seguito di altra attività lavorativa (nella specie preesistente), in quanto rimette alla Corte d'Appello l'accertamento di fatto circa la compatibilità fra l'eventuale aumento dell'attività lavorativa e l'ipotetico contestuale svolgimento dell'attività di lavoro subordinata sospesa dal licenziamento. In caso di accertata incompatibilità, la detrazione dell'*aliunde perceptum* (nella parte accertata incompatibile) sarebbe inevitabile, ma troverebbe il suo fondamento negli altri principi civilistici richiamati e non nel principio della *compensatio lucri cum damno*.

Riferimenti bibliografici

Bianca M. (2012), *Diritto civile*, vol. 5, *La responsabilità*, Giuffrè, Milano.

Ioele L. (1998), *La tutela reale*, in Miscione M. (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, Utet, Torino, 256 ss.

Gianpaolo Fulvio Tempesta
*Dottore di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Bari «Aldo Moro»*

I

[CORTE D'APPELLO ROMA, 1.6.2016](#) – Pres. Tatarelli, Est. Micciché – M. P. (avv. Vallebona) c. Alitalia Cai e Alitalia Sai (avv. Marazza).
Riforma Tribunale di Roma n. 10851/2015.

Licenziamento collettivo – Rito applicabile – Principio della prospettazione – Rigetto nel merito domande diverse – Mutamento di rito.

Licenziamento collettivo – Criteri di scelta – Corretta applicazione – Onere della prova – Datore di lavoro – Sussistenza.

Trasferimento di azienda – Stato di crisi – Esclusione di lavoratori dalla cessione – Inammissibilità.

La questione relativa alla correttezza della scelta del rito deve essere risolta alla stregua della prospettazione del ricorrente, ossia in base alla domanda giudiziale, salvo nei casi in cui la prospettazione appaia prima facie artificiosa e finalizzata soltanto a sottrarre la cognizione della causa al giudice predeterminato per legge, così che se il giudice ritenga inaccoglibile la domanda formulata dovrà respingerla nel merito, disponendo, contestualmente, il mutamento di rito quanto all'accertamento della fondatezza dell'azione sotto altri profili. (1)

A seguito di un licenziamento collettivo, grava sul datore di lavoro, in caso di contestazione, l'onere di indicare i criteri di scelta adottati e di provare la loro corretta applicazione nei confronti dei lavoratori licenziati, senza che sia onere del lavoratore allegare che la corretta applicazione dei criteri di scelta avrebbe procurato a lui un risultato vantaggioso. (2)

Nel caso di trasferimento di azienda in stato di crisi, ma non sottoposta a procedura concorsuale, il comma 4-bis dell'art. 47 della legge n. 428 del 1990 deve essere necessariamente inteso, in ragione di una interpretazione conforme alla direttiva europea, nel senso che l'accordo non possa prevedere limitazioni al trasferimento dei diritti dei lavoratori all'impresa cessionaria, ma semplicemente modifiche alle condizioni di lavoro al fine del mantenimento dei livelli occupazionali. (3)

II

[TRIBUNALE CIVITAVECCHIA, 7.6.2016](#) – Giudice Abrusci – L.L. c. Alitalia Cai e Alitalia Sai.

Licenziamento collettivo – Errore nella scelta del rito – Riqualficazione – Domande diverse – Inammissibilità.

Licenziamento collettivo – Criteri di scelta – Lavoratori comparabili – Intero complesso aziendale – Esclusione – Mansioni fungibili – Necessità.

Licenziamento collettivo – Criteri di scelta – Violazione – Lavoratore – Onere di allegazione.

Il ricorso erroneamente proposto ai sensi dell'art. 414 c.p.c. va riqualficato e trattato secondo il procedimento disciplinato dalla legge n. 92/2012, mentre le altre domande, diverse da quelle che hanno a oggetto il licenziamento, devono essere dichiarate inammissibili e non può procedersi con il mutamento di rito. (4)

Il frazionamento della platea dei licenziabili è possibile all'interno di realtà aziendali complesse, con il limite però della necessità di comparare tutti i lavoratori che possiedano un profilo professionale tra di loro fungibile, che deve essere apprezzata guardando ai compiti che rientrano nel bagaglio professionale del lavoratore, avuto riguardo anche alla classificazione del personale contenuta nel contratto collettivo. (5)

Incombe sul lavoratore che invochi una violazione dei criteri di scelta l'onere di indicare il risultato vantaggioso conseguibile all'esito del corretto procedimento di selezione, precisando il nominativo delle persone che sarebbero dovute essere licenziate e specificando in virtù di quale criterio falsamente applicato ciò sarebbe dovuto avvenire. (6)

III

TRIBUNALE CIVITAVECCHIA, 4.8.2015 – Giudice Colella – F.M. G. c. Alitalia Cai e Alitalia Sai.

Licenziamento collettivo – Criteri di scelta – Comparazione lavoratori – Fungibilità delle mansioni – Necessità – Limitazione al reparto di appartenenza – Inammissibilità.

Licenziamento collettivo – Criteri di scelta – Violazione – Onere della prova – Lavoratore.

Il frazionamento della platea dei licenziabili è possibile all'interno di realtà aziendali complesse, con il limite però della necessità di comparare tutti i lavoratori che possiedano un profilo professionale tra di loro fungibile, che deve essere

apprezzato guardando ai compiti che rientrano nel bagaglio professionale del lavoratore, avuto riguardo anche alla classificazione del personale contenuta nel contratto collettivo. (7)

Incombe sul lavoratore che invochi una violazione dei criteri di scelta l'onere di indicare il risultato vantaggioso conseguibile all'esito del corretto procedimento di selezione, precisando il nominativo delle persone che sarebbero dovute essere licenziate e specificando in virtù di quale criterio falsamente applicato ciò sarebbe dovuto avvenire. (8)

(1-8) LICENZIAMENTI COLLETTIVI E CONSEGUENZE SANZIONATORIE
DOPO LA RIFORMA FORNERO

SOMMARIO: 1. Il caso Alitalia. — 2. Le questioni «di rito». — 3. Il ruolo depotenziato della procedura sindacale e le ricadute di sistema. — 4. L'individuazione dei lavoratori da licenziare. — 5. Criteri di scelta e oneri probatori delle parti. — 6. Le possibili deroghe all'applicazione dell'art. 2112 c.c.

1. — *Il caso Alitalia* — Le decisioni in esame si collocano all'interno del rilevante contenzioso giudiziario originato dal licenziamento collettivo operato da Alitalia Cai, avviato prima di essere ceduta ad Alitalia Sai e che ha visto coinvolte numerosissime unità. Le sentenze in esame hanno, quindi, tutte a oggetto l'impugnativa del licenziamento intimato a seguito della procedura di riduzione del personale avviata dalla Cai e la richiesta, avanzata dai lavoratori estromessi, di reintegrazione nel posto di lavoro alle dipendenze della società. In altre occasioni, i lavoratori hanno chiesto anche di essere reintegrati nell'organico della Sai, facendo valere anche nei suoi confronti gli effetti dell'avvenuto trasferimento d'azienda, effettuato dalle parti in deroga all'art. 2112, in ragione dello stato di crisi della cedente.

I giudici, pertanto, sono stati investiti di numerose questioni, sia di carattere processuale sia sostanziale, e, come si vedrà hanno adottato soluzioni differenti tra di loro. Nella controversia decisa dal Tribunale di Civitavecchia nell'agosto 2015 era stata eccepita la nullità dei licenziamenti, perché, a dire dei lavoratori, la riduzione del personale era stata avviata per eludere la disciplina in materia di trasferimento di ramo d'azienda. In particolare, era stato prospettato che la riduzione di personale era stata effettuata per predisporre, *ad hoc*, un organico aziendale da far transitare ai sensi dell'art. 2112 c.c. alle dipendenze della cessionaria, con la conseguente nullità del licenziamento per contrarietà a norma imperativa o, da quello che è possibile desumere, perché in frode alla legge. Nell'altra causa decisa dal giudice di primo grado, inoltre, era stata chiesta la reintegrazione sia nei confronti della cedente, per motivi attinenti al recesso intimato dopo la procedura di riduzione del personale, sia nei confronti della cessionaria, in ragione del dedotto avvenuto trasferimento di ramo d'azienda.

Le sentenze, poi, hanno dovuto affrontare il problema della violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, dei limiti del controllo giudiziario e delle sanzioni irrogabili a seguito delle innovazioni contenute nell'art. 1, commi 44-46, della legge n. 92/2012. Sotto questo profilo, i giudici hanno adottato soluzioni differenziate circa

gli oneri probatori a carico delle parti e, nello specifico, con riferimento ai fatti che devono essere allegati dal lavoratore al fine di dimostrare l'illegittimità del recesso.

La Corte d'Appello, infine, si è occupata anche di valutare la conformità della disciplina nazionale alle prescrizioni europee in materia di trasferimento di azienda e, in particolare, se fosse conforme alla direttiva l'esclusione dall'ambito di applicazione dell'art. 2112 c.c. di aziende di cui è stato dichiarato lo stato di crisi, ma che non sono sottoposte a una procedura concorsuale. La questione, di estremo interesse, non potrà essere oggetto di analisi approfondita.

2. — *Le questioni di «rito»* — Nel ribadire un principio largamente condiviso in dottrina e assolutamente prevalente nella giurisprudenza, i giudici hanno affermato l'obbligatorietà del ricorso al cd. rito Fornero in tutti i casi in cui l'attore richiede l'applicazione dell'art. 18 St. lav. e, quindi, anche nel caso di un licenziamento collettivo (1). La Corte d'Appello, infatti, ha affermato che qualora il lavoratore prospetti, in modo non palesemente artificioso o strumentale, l'applicabilità dell'art. 18 a seguito dell'accertamento dell'illegittimità del recesso, il giudizio deve essere instaurato nelle forme del rito specifico e l'eventuale accertamento dell'assenza del requisito dimensionale comporta il rigetto della domanda nel merito, e non la sua inammissibilità (2). Tuttavia, secondo il Tribunale di Civitavecchia (sentenza del 7.6.2016), qualora il ricorso sia stato erroneamente proposto nelle forme dell'art. 414 c.p.c., il giudice deve riquilificare l'atto introduttivo e seguire la procedura prevista dall'art. 1, commi 48-50, della legge n. 92/2012, dichiarando inammissibili tutte le domande diverse e non riconducibili all'art. 18.

Il giudice ha ritenuto, infatti, che il ricorrente non può scegliere tra processo ordinario e processo specifico, sia per ragioni di interpretazione letterale, sia di tipo sistematico. L'affermazione è certamente condivisibile, per le motivazioni che sono state sostenute dalla dottrina prevalente, che ha sostenuto, in proposito, il principio dell'indisponibilità del rito. Tale assunto è stato poi condiviso anche dalla Cassazione (3). L'errore sul rito dovrebbe tradursi, quindi, in un motivo di improcedibilità e/o inammissibilità della relativa domanda. La giurisprudenza di merito prevalente, tuttavia, per evitare questo esito interpretativo, ha assunto una posizione differente, che è stata sostenuta anche dalle decisioni in esame e che consiste nella mera conversione del ricorso proposto ai sensi dell'art. 414 c.p.c. in un atto riconducibile alla normativa processuale speciale (4).

(1) Cfr. Petrella 2015. In giurisprudenza, cfr. T. Roma 21.1.2014, in *RIDL*, 2014, n. 3, II, 579 ss., che ha affermato che i licenziamenti collettivi rientrano nell'ambito di applicazione del rito Fornero.

(2) T. Roma 21.2.2013, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, n. 5, 1086 ss.; T. Roma 2.5.2013, in *RIDL*, 2014, n. 4, II, 855 ss. T. Roma 23.10.2014, in *RIDL*, 2015, n. 2, II, 427 ss.; Cass. 13.6.2016, n. 12094, in *giustiziavivile.com*, 6 febbraio 2017. Di differente opinione sono T. Termini Imerese 31.3.2013, in *RIDL*, 2014, n. 4, II, 825 ss.; T. Frosinone 12.12.2013, in *RIDL*, 2014, n. 4, II, 881 ss.

(3) Cass. 11.11.2015, n. 23073; Cass. 11.11.2015, n. 23073, tutte reperibili in *DeJure*. Sul punto, mi sia consentito rinviare a Raimondi 2014, 87-89, e ai riferimenti bibliografici ivi indicati.

(4) In questo senso anche T. Roma 4.5.2015, inedita a quanto consta.

Problema diverso è se, unitamente alla domanda finalizzata a ottenere una delle tutele di cui all'art. 18, il ricorrente introduca domande ulteriori, caratterizzate da fatti costitutivi differenti da quelli su cui si fonda la domanda principale. Il Tribunale di Civitavecchia, in questo caso, in controtendenza rispetto alla giurisprudenza prevalente che si è formata in materia (5) e alla sentenza della Corte d'Appello in esame, ha ritenuto che non esiste alcuna disposizione che legittimi il giudice della fase sommaria a separare i procedimenti e a disporre il mutamento di rito per la trattazione delle domande erroneamente proposte con il rito speciale. Esse, quindi, devono essere ritenute inammissibili (6).

Il Tribunale di Civitavecchia, con la sentenza del 7.6.2016, ha ritenuto, inoltre, che l'accertamento dell'avvenuto trasferimento d'azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c. non costituisce una domanda che attiene alla qualificazione del rapporto di lavoro. Di conseguenza, tale accertamento non può essere compiuto nell'ambito del procedimento introdotto ai sensi dell'art. 1, comma 48, l. n. 92/2012, dal momento che esso «presuppone il vaglio di fatti costitutivi ulteriori rispetto a quelli fondanti la tutela ex art. 18 St. lav.». Il giudice, quindi, ha dichiarato inammissibile la domanda finalizzata all'accertamento dell'avvenuto trasferimento (7) e ha delimitato l'oggetto della controversia ai soli motivi di illegittimità del licenziamento dedotti dal lavoratore. L'assunto è condivisibile, ma per ragioni differenti da quelle spiegate dal giudice. Il lavoratore, infatti, aveva formulato una domanda subordinata al mancato accoglimento della dichiarazione di illegittimità del recesso intimato dalla cedente, finalizzata a far valere l'applicazione dell'art. 2112 c.c. e, quindi, il suo diritto a essere reintegrato alle dipendenze del cessionario. Sebbene la questione connessa alla titolarità del rapporto sia stata ritenuta attinente alla sua qualificazione, con la conseguente ammissibilità della relativa domanda con il rito specifico (8), nel caso in esame, la domanda avrebbe potuto essere trattata col rito speciale perché era del tutto assente un atto qualificabile come recesso da parte della cessionaria e, pertanto, non era applicabile l'art. 18 St. lav., ma, al limite, la disciplina di diritto comune della *mora credendi*.

3. — *Il ruolo depotenziato della procedura sindacale e le ricadute di sistema* — I giudici hanno dovuto decidere la controversia in base alla legge n. 223/1991, così come modificata dall'art. 1, commi 44-46, della legge n. 92/2012. Come si vedrà, le sentenze in esame hanno omesso di affrontare le ricadute sistematiche che la riforma, indubbiamente, ha determinato.

La riforma, come è noto, ha inciso su due versanti. Da un lato, essa ha modifi-

(5) Cfr., in particolare, T. Roma 13.2.2013, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, n. 5, 1088 ss., che ha sostenuto che «nel nostro ordinamento è individuabile il principio generale per cui, in caso di erronea scelta del rito, opera la regola del mutamento, invece che quella della conclusione della causa con una decisione di inammissibilità». Dello stesso avviso è T. Varese 22.3.2013; T. Piacenza 16.1.2014; C. App. L'Aquila, 5.3.2015, tutte reperibili in *DeJure*.

(6) La stessa posizione è stata assunta da T. Roma 23.10.2014, in *RIDL*, 2015, n. 2, II, 427 ss.

(7) In senso contrario, T. Roma 15.1.2016, in *ilgiuslavorista.it*, 13 maggio 2016.

(8) Cfr. Cass. 8.9.2016, n. 17775, in *ilgiuslavorista.it*, 13 ottobre 2016; T. Roma 10.8.2016, n. 7297, in *DeJure*.

cato alcuni oneri procedurali, al fine di rendere più agevole, per il datore di lavoro, l'avvio della fase di informazione e consultazione sindacale e, contestualmente, di ridurre il rischio di contenzioso giudiziario affidando all'autonomia collettiva il compito di sanare eventuali vizi della comunicazione iniziale. Dall'altro lato, è stato rivisitato il regime delle sanzioni in caso di illegittimità del licenziamento intimato a seguito della procedura prevista dall'art. 4 della legge n. 223/1991.

Quest'ultimo tipo di intervento, ispirato a rendere omogenee le conseguenze sanzionatorie in caso di licenziamenti individuali e collettivi illegittimi, è sicuramente quello di maggiore impatto sistematico, soprattutto alla luce del superamento della distinzione tra collocamento in mobilità e licenziamento collettivo. Questa scelta richiederebbe, secondo una parte della dottrina, di mettere in discussione un impianto argomentativo che appare oggi insoddisfacente (9), anche alla luce del differente ruolo che la procedura sindacale assume nel mutato contesto normativo (10). Altri studiosi, tuttavia, hanno ridimensionato la portata degli interventi di riforma del 2012, perché avrebbero introdotto soltanto alcuni correttivi, nella direzione indicata, peraltro, dalla giurisprudenza consolidata, pur ammettendo una regressione delle tutele sul piano sanzionatorio (11).

Non è certamente possibile analizzare compiutamente le posizioni assunte in ambito scientifico (12). Tuttavia, si tratta di verificare se gli orientamenti della giurisprudenza formatasi nel corso degli anni possano essere ritenuti ancora coerenti con l'impianto normativo vigente, alla luce del nuovo regime sanzionatorio.

A parte le ipotesi del licenziamento discriminatorio o nullo, o anche inefficace perché intimato senza forma scritta (13), e che comportano l'applicazione della tutela reintegratoria piena, il legislatore, in discontinuità col passato, ha ricondotto nell'area della annullabilità il licenziamento intimato in presenza di vizi del procedimento, allo stesso modo di quello comunicato senza rispettare i criteri di scelta. Nel primo caso, tuttavia, la tutela prevista è quella indennitaria, da dodici a ventiquattro mensilità, mentre nell'altro la legge prevede la reintegrazione, con risarcimento limitato fino alla misura massima di dodici mensilità (14).

Non vi può essere dubbio che questo tipo di regime sanzionatorio ha un elevato impatto sistematico, e non è arbitrario sostenere che la riforma del 2012 ha sostituito

(9) Carabelli, Giubboni 2013, 392.

(10) Cfr. Natullo 2015a, 545; Lambertucci 2013, 242 ss.; Maretti 2013, 707 ss.

(11) Secondo Ferraro (2015, 323), in realtà, «la riforma Fornero si era limitata a introdurre ritocchi relativamente secondari [...] ma aveva lasciato invariato l'impianto di base della l. n. 223/1991», mentre soltanto con l'art. 10 del d.lgs. n. 23/2015 il legislatore «ha completamente stravolto il tradizionale equilibrio normativo, che ora va integralmente ridisegnato». Per Sartori (2014, 625) questi «timori devono essere relativizzati» in quanto la reintegrazione dei lavoratori potrebbe essere sempre garantita a seguito di un procedimento promosso ai sensi dell'art. 28 St. lav.

(12) Si rinvia, a tal fine, a Sartori 2014.

(13) Che rappresenta, invero, un «caso di scuola», come ha sottolineato Natullo (2015a, 547).

(14) La disciplina, invero, è differente con riferimento agli assunti con il contratto a tutele crescenti. Ai sensi dell'art. 10, d.lgs. n. 23/2015, infatti, la violazione della procedura e quella dei criteri di scelta sono sanzionate, per gli assunti a tempo indeterminato dopo il 7 marzo 2015, esclusivamente con la tutela indennitaria.

il modello regolativo fondato sulla dimensione collettiva (15) con un altro che, invece, valorizza l'aspetto individuale del fenomeno, tendendo a una equiparazione con la disciplina in materia di licenziamenti individuali.

La procedura sindacale, fino al 2012 e coerentemente con la direttiva europea (16), rappresentava, infatti, una condizione di efficacia del licenziamento collettivo. Era il confronto collettivo sulle ragioni della riduzione o della trasformazione di lavoro che, se svolto in modo corretto e veritiero, attribuiva all'imprenditore il potere di procedere alla riduzione del personale (17). Di conseguenza, il vizio della procedura impediva, a monte, il sorgere del potere di recesso, con la conseguente inefficacia dei licenziamenti, annullabili, invece, nel distinto caso della violazione dei criteri di scelta.

La giurisprudenza, proprio in ragione della descritta funzione assegnata alla procedura sindacale, è arrivata a sostenere la sottrazione al giudice del compito di verificare la sussistenza delle ragioni poste alla base della riduzione del personale (18). Al contrario, l'attuale legislazione, in discontinuità con il precedente modello regolativo, esclude che la procedura sindacale possa incidere sul potere di recesso, ma equipara la sua violazione a una delle «altre ipotesi in cui (il giudice) accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo oggettivo» (19). La procedura, da elemento che attribuisce il potere di recesso passa a essere un profilo che attiene alla legittimità dell'esercizio del potere, di cui il datore di lavoro è comunque titolare, a prescindere dalla procedura sindacale.

Le sentenze in esame si collocano nel solco dell'orientamento ormai tradizionale della giurisprudenza (20) e, da questo punto di vista, si mostrano insensibili a proposte interpretative che, sebbene già avanzate con riferimento alla disciplina previgente, potrebbero trovare oggi maggiori consensi alla luce della svalutazione, a opera del legislatore, della funzione della procedura sindacale e che suggerisce di ritenere possibile contestare, sotto il profilo causale, il potere dell'imprenditore di procedere a un licenziamento collettivo (21). Questa lettura ha il merito di evitare irragionevoli disparità di trattamento di situazioni che il legislatore, con ogni evidenza, ha in-

(15) Parla, non a caso, di «supremazia [...] dei profili (e interessi) quantitativi e collettivi (sindacali) su quelli individuali e, per altro verso, dei profili procedurali su quelli quantitativo-sostanziali» Natullo 2015b, 633.

(16) Come ricordato, di recente, da Natullo (2015a, 543), e sottolineato già da Carabelli (2001, 118).

(17) Secondo P. Lambertucci (2013, 246; a cui si rinvia anche per le indicazioni bibliografiche), «il licenziamento collettivo, si caratterizzava per il carattere procedurale, che, però [...] si risolve in una codeterminazione nella gestione delle eccedenze di personale e, pertanto, viene a incidere sulla sostanza dell'esercizio del potere (di licenziamento) del datore di lavoro».

(18) Tra le più recenti, cfr. Cass. 22.12.2014, n. 27237, nella quale si afferma che «la bontà dei criteri di scelta di lavoratori da porre in mobilità è valutata *ex ante* in sede di accordo tra azienda e sindacato».

(19) Sotto questo profilo, quindi, non sembra corretto affermare che vi sia stata una «parificazione dei vizi procedurali (del licenziamento collettivo) con i vizi formali del licenziamento individuale» (Lambertucci 2013, 257).

(20) C. App. Roma 23.6.2015, in *ilgiuslavorista.it*, 3 novembre 2015; T. Palermo 29.1.2014, reperibile in *DeJure*; Cass. 26.8.2013, n. 19576, in *Mass. GC*, 2013. Più di recente, anche T. Milano 21.10.2016 e T. Chieti 3.10.2016, entrambe inedite a quanto consta.

(21) Carabelli, Giubboni 2013, 392.

teso equiparare sotto il profilo delle tutele. Se la violazione della procedura non comporta più l'inefficacia del licenziamento con la conseguente reintegrazione dei dipendenti, ma configura un vizio che attiene all'esercizio del diritto di recesso, non si comprende perché il lavoratore licenziato a seguito di una procedura di licenziamento collettivo non possa oggi contestare la sussistenza dei motivi posti alla base del recesso e, quindi, la veridicità della trasformazione o riduzione di attività o di lavoro, nello stesso modo in cui il lavoratore licenziato ai sensi della legge n. 604/1966 può contestare le ragioni economico-organizzative poste alla base della risoluzione contrattuale.

Questa conclusione, tuttavia, che presuppone la natura causale del licenziamento collettivo, potrebbe essere ritenuta impedita dall'art. 5, comma 3, della legge n. 223/1991. Questa disposizione, infatti, nell'individuare le conseguenze sanzionatorie connesse alle violazioni procedurali rinvia esclusivamente al terzo periodo del comma 7 dell'art. 18, che fa riferimento alla tutela di cui al comma 5, e cioè quella esclusivamente indennitaria. Il mancato richiamo al comma 4 impedirebbe al giudice di valutare la sussistenza della ragione economico-organizzativa, con l'impossibilità del lavoratore di essere reintegrato anche se essa fosse manifestamente insussistente (22). La questione meriterebbe maggiore approfondimento, che non è certamente possibile compiere in questa sede. Vero è che, se dovesse accreditarsi la tesi della natura causale del licenziamento collettivo, una disparità di trattamento sotto il profilo sanzionatorio così evidente non potrebbe essere ritenuta ragionevole da un punto di vista dei valori costituzionali.

4. — *L'individuazione dei lavoratori da licenziare* — I giudici, con le sentenze in esame, sono stati chiamati anche a valutare la corretta applicazione dei criteri di scelta adottati in sede dell'accordo sottoscritto con le organizzazioni sindacali (23). Nei casi esaminati, la riduzione di personale ha riguardato soltanto alcuni reparti aziendali, e i lavoratori in esubero sono stati selezionati con esclusivo riferimento alle unità produttive interessate dalla riorganizzazione e non in ragione dell'intero complesso aziendale.

Per valutare se i criteri di scelta concordati a livello sindacale fossero stati rispettati, i giudici hanno dovuto esaminare se il riferimento, contenuto nell'art. 5, alle «esigenze tecnico-produttive dell'intero complesso aziendale» consente al datore di lavoro di limitare la platea dei lavoratori in esubero con riferimento a uno specifico reparto o divisione interessato dalla cessazione del lavoro.

La questione, in verità, non è nuova ed è stata affrontata in più di un'occasione dalla giurisprudenza, anche di legittimità, che è giunta, ormai, a un orientamento consolidato. In particolare, la Cassazione ha avuto modo di affermare che, «nel caso in cui sia disposta la chiusura di un settore o ramo d'azienda, la comparazione dei lavoratori da avviare alla mobilità può essere effettuata avendo riguardo soltanto ai lavoratori addetti al settore o al ramo interessato dalla chiusura e non a quelli addetti all'intero

(22) Di «complicazione letterale» ha parlato Cester (2012, 584), che, tuttavia, ha avanzato il sospetto che ciò forse nasconda «l'intento di escludere che anche la totale omissione della procedura [...] possa in qualche modo determinare l'applicazione della tutela reintegratoria».

(23) Lamenta il fatto che il legislatore non sia intervenuto per risolvere alcuni contrasti interpretativi in ordine all'ambito di applicazione dei criteri di scelta Sartori (2014, 623).

complesso organizzativo e produttivo, qualora si accerti che questa riguardi in via esclusiva detto settore o ramo d'azienda» (24).

Tuttavia, la stessa giurisprudenza, proprio per giustificare questo tipo di interpretazione, poco rispettosa del tenore letterale della disposizione, afferma che la scelta dei lavoratori da licenziare deve tenere conto anche degli addetti in altri reparti, non oggetto di ristrutturazione o soppressione, che abbiano una professionalità equivalente ai lavoratori adibiti al settore di cui si sia decisa la cessazione dell'attività (25).

I giudici, quindi, nell'individuazione dei lavoratori che devono essere oggetto di comparazione, hanno utilizzato un concetto – quello di fungibilità delle mansioni – che presuppone una valutazione dei «compiti che rientrano nel bagaglio professionale, con riferimento anche alla classificazione del personale contenuta nella contrattazione collettiva di riferimento, pur dovendosi precisare che occorre dare preminente rilievo al profilo professionale, potendo la categoria d'inquadramento constare, appunto, di più e distinti profili professionali» (principio espresso da tutte e tre le sentenze in commento) (26).

Nel caso concreto, i giudici hanno ritenuto che il datore di lavoro avrebbe dovuto «procedere a raggruppare i dipendenti con professionalità fungibili – *anche* sulla scorta della classificazione contenuta nel contratto collettivo applicato e tenuto conto dei principi dettati dall'art. 2103 c.c. – e procedere nell'ambito delle stesse all'applicazione degli altri criteri indicati nell'accordo» sindacale. In caso di contestazione, inoltre, da parte del lavoratore estromesso, è il datore di lavoro che deve fornire la prova in giudizio delle condizioni che abbiano impedito la comparazione dei dipendenti del settore interessato dalla riorganizzazione con quelli degli altri reparti (27) e, quindi, la loro infungibilità professionale.

In sostanza, il riferimento alle «esigenze tecnico-produttive e organizzative del complesso aziendale» consente al datore di lavoro di individuare parte dei propri dipendenti quali potenziali destinatari del licenziamento, da selezionare poi in concreto mediante i criteri di scelta sindacali e/o legali, a condizione che siano comparati i lavoratori che, all'interno del complesso aziendale, svolgano mansioni tra di loro fungibili (28).

Questo orientamento sembra essere ispirato, più che al rispetto delle regole ermeneutiche, all'esigenza pratica di evitare una valutazione giudiziaria sull'intero complesso aziendale, che, in caso di imprese di grandi dimensioni, sarebbe estremamente difficoltoso, se non impossibile. In base a una interpretazione letterale della disposizione,

(24) Cass. 6.11.2013, n. 24990, in *DeJure*. Il medesimo principio è stato sostenuto da Cass. 11.7.2013, n. 17177; Cass. 12.11.2012, n. 19644; Cass. 31.7.2012, n. 13705; T. Milano 14.11.2012, tutte reperibili in *DeJure*.

(25) T. Roma, 20.7.2016, in *DeJure*; T. Roma, 20.5.2015, in *ilgiuslavorista.it*, 12 agosto 2015; Cass. 17.3.2014, in *Diritto e Giustizia*, 18 marzo 2014; Cass. 28.10.2009, n. 22825, in *Mass. GC*, 2009, n. 10, 1507.

(26) Sul rapporto tra le previsioni contenute negli accordi sindacali e la tutela della professionalità si rinvia ad Allamprese 2015, 131-132.

(27) C. App. Bari 5.4.2016, n. 2169; T. Roma 20.5.2015; T. Torino 5.5.2015, tutte reperibili in *DeJure*.

(28) Cass. 14.6.2007, n. 13876; Cass. 23.6.2006, n. 14612; Cass. 11.7.2013, n. 17177, tutte reperibili in *DeJure*. Cfr., in ultimo, T. Milano 21.10.2016, inedita a quanto consta.

infatti, «complesso aziendale» non può che significare l'intera azienda o, al limite, una parte di essa dotata di autonomia funzionale.

Ma, a prescindere da tale aspetto, si tratta di comprendere se questo tipo di interpretazione è attualmente compatibile con l'attuale formulazione dell'art. 2103 c.c. Le sentenze in esame, così come l'orientamento assolutamente prevalente della giurisprudenza di legittimità, ai fini della dimostrazione della fungibilità delle mansioni fanno riferimento alla professionalità acquisita nel corso del rapporto da parte dei dipendenti. Esse, inoltre, attribuiscono all'inquadramento contrattuale un rilievo relativo o, per dirla con le parole del Tribunale di Civitavecchia, «un indice presuntivo» della fungibilità o meno dei dipendenti da selezionare. A prescindere, infatti, dal formale inquadramento, il lavoratore licenziato potrebbe dimostrare in giudizio, come è accaduto in una delle controversie in esame, di essere in possesso di una professionalità equivalente a quella di altri dipendenti che, al contrario, non sono stati presi in considerazione nella fase di selezione dei lavoratori da licenziare. Per effetto delle modifiche dell'art. 2013 c.c., invece, l'inquadramento formale dei dipendenti assume un rilievo centrale (29). La disposizione, infatti, induce l'interprete a ritenere equivalenti tutte le mansioni riconducibili a un medesimo livello di inquadramento. Di conseguenza, in base al principio espresso dalla giurisprudenza richiamata, il lavoratore potrebbe contestare la violazione dell'art. 5 se il datore di lavoro non dovesse applicare i criteri di scelta con riferimento a tutti i dipendenti di un medesimo inquadramento e a prescindere dalla professionalità in concreto posseduta dai suoi dipendenti. Per la stessa ragione, la nuova formulazione dell'art. 2103 c.c. impedisce al datore di lavoro di essere ammesso a fornire la prova dell'infungibilità delle mansioni di qualcuno tra quelli inquadrati nel medesimo inquadramento professionale stabilito dal contratto collettivo, per escluderlo dall'insieme dei lavoratori da selezionare ai fini del licenziamento.

5. — *Criteri di scelta e oneri probatori delle parti* — Il Tribunale di Civitavecchia ha assunto posizioni diametralmente opposte a quella assunta dalla Corte d'Appello con riferimento agli oneri di allegazione e di prova a carico delle parti, al fine di ottenere la tutela della reintegrazione nel posto di lavoro per la violazione dei criteri di scelta.

Nella prima sentenza del 2015, infatti, il giudice ha ritenuto di non poter ordinare la reintegrazione nel posto di lavoro, perché i ricorrenti non avevano fornito dati sufficientemente precisi dai quali poter desumere se, qualora i criteri di scelta fossero stati correttamente applicati, essi sarebbero stati esclusi dalla dichiarazione di esubero. Secondo il Tribunale, l'errata individuazione dei lavoratori comparabili non comporta automaticamente una violazione dei criteri di scelta. Il lavoratore, infatti, avrebbe dovuto allegare e provare in giudizio «il risultato vantaggioso conseguibile all'esito del corretto procedimento di selezione, precisando il nominativo delle persone che avrebbero dovuto essere licenziate e specificando in virtù di quale criterio falsamente applicato sarebbe dovuto intervenire».

La posizione assunta dal giudice, che trova alcuni precedenti nella giurisprudenza di legittimità richiamata anche nella stessa sentenza, non è condivisibile. Non vi può essere dubbio, intanto, che l'errore nell'individuazione dei lavoratori da licenziare in

(29) Cfr. Pisani 2015, 35 ss.

relazione alle esigenze tecnico-produttive e organizzative del complesso aziendale rappresenta una violazione che comporta, per stessa previsione dell'art. 5, la sanzione prevista dal comma 4 dell'art. 18 e non può essere, quindi, equiparata a una violazione delle procedure di cui all'art. 4 della legge n. 223/1991, come parrebbe desumersi dalla lettura della decisione in esame.

È principio espresso dall'orientamento interpretativo maggioritario, del resto, che, a fronte di una specifica contestazione della non corretta applicazione dei criteri di scelta, è onere del convenuto dimostrare il contrario, e cioè che il licenziamento è legittimo perché il dipendente è stato selezionato in conformità ai criteri concordati in sede di accordo sindacale. Tuttavia, il datore di lavoro, nel difendersi in giudizio, deve prendere posizione sui fatti allegati dal lavoratore, dal momento che, «sebbene la prova dell'avvenuto rispetto dei criteri di scelta dei dipendenti da licenziare sia a carico del datore di lavoro, tale onere non deve riguardare, analiticamente, le posizioni di ciascun lavoratore, ma deve superare le contestazioni che, sul punto, siano state svolte dalla controparte, le quali, in base al principio di allegazione, devono presentare un minimo di specificità, in modo tale da consentire al datore di lavoro di assolvere l'onere probatorio a suo carico» (30).

Ecco perché è maggiormente condivisibile quanto sostenuto dallo stesso Tribunale con la successiva sentenza, del 2016, quando ha ordinato la reintegrazione in assenza della prova della corretta applicazione dei criteri di scelta da parte del datore di lavoro e senza richiedere al lavoratore di assolvere a particolari oneri probatori. La Corte d'Appello di Roma, con la sentenza del 7.6.2016, ha sostenuto questa seconda interpretazione, ritenuta maggiormente coerente ai principi in materia di onere della prova e di allegazione ricordati dalla Corte di Cassazione (31).

A tal proposito, possono essere utilmente richiamati alcuni principi espressi di recente dalla Cassazione con riferimento al cd. obbligo di *répêchage* (32). In quell'occasione, la Corte ha affermato che il lavoratore, una volta impugnato il licenziamento, non ha alcun onere di allegazione dei posti disponibili a cui il datore di lavoro avrebbe potuto adibirlo in alternativa al licenziamento, dal momento che l'onere della prova dell'impossibilità di ricollocazione grava interamente sul datore di lavoro. Le conclusioni a cui è pervenuta la Cassazione si fondano su alcuni principi di carattere processuale, certamente applicabili anche nell'ipotesi dell'impugnazione di un licen-

(30) Cass. 6.7.2000, n. 9045, in *Mass. GC*, 2000, 1508. In materia, cfr. anche Cass. 23.12.2009, n. 27165, in *Mass. GC*, 2009, n. 12, 1742.

(31) La Cassazione, infatti, ha affermato che «in tema di licenziamenti collettivi, a fronte della pretesa del lavoratore che assuma in giudizio l'inosservanza, la mancata indicazione o la genericità dei criteri di scelta, l'osservanza, al pari dell'esistenza di tali criteri, della cui prova è onerato il datore di lavoro, assume il valore di fatto impeditivo, che deve essere allegato nella comparsa di costituzione, con il relativo corredo istruttorio. Le contestazioni del lavoratore licenziato circa i propri titoli prioritari per la conservazione del rapporto assumono quindi il valore di fatti costitutivi di secondo grado, da dedurre nella prima difesa utile, in replica alle difese del datore di lavoro convenuto, e cioè normalmente *in limine* dell'udienza di discussione» (Cass. 23.12.2009, n. 27165, in *GDir.*, 2010, n. 6).

(32) Cass. 22.6.2016, n. 5592, in *DeJure*; Cass. 11.10.2016, n. 20436, in *Diritto e Giustizia*, 12 ottobre 2016; Cass. 25.8.2016, n. 17338, in *GDir.*, 2016, n. 41, 57; Cass. 13.6.2016, n. 12101, in *Diritto e Giustizia*, 14 giugno 2016.

ziamento per violazione dei criteri di scelta. Il primo è che non è ravvisabile, nel nostro ordinamento, la possibilità di «divaricare» gli oneri di allegazione con quelli probatori. Di conseguenza, se l'onere della prova sull'esatta applicazione dei criteri di scelta, che comporta la legittimità del recesso, è a carico del datore di lavoro, questi deve allegare e provare di aver correttamente selezionato i dipendenti con cui risolvere il rapporto. Il secondo principio è quello della cd. «vicinanza della prova», che è finalizzato a evitare di rendere eccessivamente gravosa la dimostrazione del proprio diritto. Non v'è dubbio che, soprattutto con riferimento a un licenziamento collettivo, sarebbe quasi impossibile al lavoratore, soprattutto quando l'esubero riguardi un numero consistente di lavoratori, dimostrare che, se l'imprenditore avesse correttamente applicato i criteri di scelta, avrebbe dovuto licenziare un determinato dipendente al suo posto.

6. — *Le possibili deroghe all'applicazione dell'art. 2112 c.c.* — Di estremo interesse è la decisione della Corte d'Appello, nella parte in cui interpreta la portata dell'art. 47, comma 4-*bis*, della legge n. 428/1990. La tematica non può essere approfondita (33).

Questa disposizione, come è noto, consente di derogare alle garanzie di cui all'art. 2112 c.c., quando il trasferimento sia effettuato da una impresa sottoposta a una procedura concorsuale e nelle altre ipotesi previste dalla legge (34).

Nel nostro caso, la lavoratrice, una volta accertata l'illegittimità del licenziamento effettuato da Alitalia Cai, aveva chiesto la reintegrazione alle dipendenze della Alitalia Sai, cessionaria del ramo di azienda entro cui ella avrebbe dovuto riprendere l'attività lavorativa a seguito dell'ordine del giudice. La cessionaria, tuttavia, aveva eccepito che l'ordine di reintegrazione non poteva essere eseguito, perché il trasferimento del ramo aziendale era avvenuto, appunto, in deroga all'art. 2112 c.c., in quanto la cedente si trovava in stato di crisi e mediante accordo sindacale che conteneva l'elenco dei nominativi dei lavoratori da trasferire, in cui, chiaramente, non vi era quello della lavoratrice estromessa.

La Corte d'Appello, tuttavia, in ragione della Direttiva n. 2001/23/Ce e dell'interpretazione di essa fornita dalla Corte di Giustizia (35), ha ritenuto che la disciplina nazionale contenuta nell'art. 47, comma 4-*bis*, della legge n. 428/1990 fosse incompatibile con la disciplina europea, dal momento che essa non consente di derogare all'art. 2112 c.c. in caso di azienda di cui sia dichiarato lo stato di crisi, ma che non sia

(33) Cfr., in generale, Anniballi 2012, 345 ss., e Vallauri 2013. Cfr. anche Marazza, Garofalo 2015, 64 ss., e Allamprese 2015, 134-139.

(34) La disposizione prevede che, «nel caso in cui sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, l'articolo 2112 del codice civile trova applicazione nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo qualora il trasferimento riguardi aziende: a) delle quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale, ai sensi dell'articolo 2, comma 5, lettera c, della legge 12 agosto 1977, n. 675; b) per le quali sia stata disposta l'amministrazione straordinaria, ai sensi del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività (3); b-*bis*) per le quali vi sia stata la dichiarazione di apertura della procedura di concordato preventivo (4); b-*ter*) per le quali vi sia stata l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti».

(35) C. Giust. 11.6.2009, C-561/07, *Commissione c. Repubblica italiana*, in RIDL, 2010, n. 1, I, 212, con nota di Cester.

sottoposta a procedura fallimentare o sotto il controllo di una autorità pubblica (36). La Corte, quindi, ha proceduto a verificare la possibilità di disapplicare la norma interna in contrasto con la direttiva europea, arrivando a una conclusione negativa in ragione dell'impossibilità di assegnare efficacia diretta alla direttiva europea.

Di conseguenza, il giudice ha verificato la possibilità di una interpretazione conforme del diritto nazionale, finalizzata a dare applicazione all'art. 2112 c.c. anche nel caso di imprese in crisi. Sotto questo profilo, una volta ritenuto possibile attribuire alla disciplina interna un significato complessivo non in contrasto con i principi europei, la Corte ha sostenuto che, nel caso di imprese in crisi, gli accordi sindacali non possono prevedere limitazioni o esclusioni dei lavoratori che devono essere oggetto del trasferimento, ma esclusivamente modifiche alle loro condizioni di lavoro, se necessarie per il mantenimento dei livelli occupazionali. Di conseguenza, in riforma della sentenza di primo grado, la Sai è stata condannata a reintegrare la lavoratrice estromessa sia a causa del licenziamento illegittimo sia per effetto dell'illegittima limitazione dei lavoratori passati alle dipendenze del cessionario.

Riferimenti bibliografici

- Allamprese A. (2015), *Sindacato e potere dispositivo*, Cacucci, Bari.
- Anniballi V. (2012), *Il trasferimento di «ramo d'azienda» nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, in *RIDL*, n. 2, I, 345 ss.
- Carabelli U. (2001), *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, in *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Cacucci, Bari, 111 ss.
- Carabelli U., Giubboni S. (2013), *Il licenziamento collettivo*, in Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 391 ss.
- Cester C. (2012), *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *ADL*, n. 3, I, 547 ss.
- Cosio R. (2012), *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *RIDL*, n. 2, II, 311 ss.
- Ferraro G. (2015), *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, in *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, I, Cacucci, Bari, 323 ss.
- Lambertucci P. (2013), *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92, in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, in *ADL*, n. 2, I, 242 ss.
- Marazza M., Garofalo D. (2015), *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, Torino, Giappichelli.
- Maretti S. (2013), *I licenziamenti collettivi*, in Pellacani G. (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, Torino, 707 ss.
- Natullo G. (2015a), *Tutele sostanziali e tutele procedurali nel licenziamento collettivo: tra diritto vivente ed evoluzione normativa*, in *RIDL*, I, 525 ss.

(36) Sul rapporto tra diritto europeo e diritto nazionale, con riferimento a questa specifica materia, si rinvia a Cosio 2012, 311 ss., e in particolare a Speciale 2006.

- Natullo G. (2015b), *Tutele collettive versus tutele individuali nella riforma dei licenziamenti collettivi (l. n. 92/2012)*, in *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, II, Cacucci, Bari, 633 ss.
- Petrella V. (2015), *Note minime in tema di oggetto della cognizione nella fase sommaria del cd. rito «Fornero» e prospettazioni del ricorrente*, in Tiscini R. (a cura di), *Il processo del lavoro quarant'anni dopo. Bilanci e prospettive*, Jovene, Napoli, 24 ss.
- Pisani C. (2015), *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Giappichelli, Torino.
- Raimondi E. (2014), *Il rito per i licenziamenti tra teoria e prassi*, in *RIDL*, I, 83 ss.
- Sartori A. (2014), *Prospettive sistematiche per i licenziamenti collettivi dopo la legge n. 92/2012*, in *RIDL*, n. 3, I, 467, e n. 4, I, 617 ss.
- Speziale V. (2006), *Il trasferimento d'azienda tra disciplina nazionale e interpretazioni vincolanti della Corte di Giustizia europea*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 46.
- Vallauri M.L. (2013), *Il lavoro nella crisi di impresa. Garanzie dei diritti e salvaguardia dell'occupazione nel fallimento e nel concordato preventivo*, Angeli, Milano.

Enrico Raimondi

*Professore aggregato di Diritto del lavoro e di relazioni industriali
presso l'Università di Chieti-Pescara «G. d'Annunzio»*

TRIBUNALE FOGGIA, 26.10.2016, [ord.](#) — Est. De Simone — D.D. e altri (avv.ti De Michele, Raffaele) c. Istituto zooprofilattico sperimentale della Puglia e della Basilicata (difesa *ex art. 417-bis* c.p.c.).

Contratto a termine — Lavoro pubblico — Personale sanitario del Ssn — Successione di contratti a termine — Abuso — Direttiva n. 99/70/Ce — Misure preventive e sanzionatorie — Artt. 36, d.lgs. n. 165/2001, e 10, c. 4-ter, d.lgs. n. 368/2001 — Legittimità costituzionale — Divieto di conversione — Risarcimento del danno — Liquidazione del danno — Criteri — Equivalenza.

Non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 36, cc. 5, 5-ter e 5-quater, d.lgs. n. 165/2001, e 10, c. 4-ter, d.lgs. n. 368/2001, nella parte in cui — in violazione degli artt. 3, 4, 24, 35, c. 1, 97, c. 4, 101, c. 2, 104, c. 1, 111, c. 2, e 117, c. 1, Cost., in riferimento alle clausole 4.1 e 5 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 99/70/Ce — dette disposizioni hanno consentito e consentono senza limiti e misure preventive antiabusive e sanzionatorie l'utilizzazione abusiva dei contratti a tempo determinato per il personale sanitario del Ssn che ha svolto rapporti di lavoro a tempo determinato per più di 36 mesi di servizio presso un'azienda sanitaria; differenziano i contratti di lavoro a tempo determinato stipulati con la pubblica amministrazione sanitaria rispetto ai contratti a termine conclusi con i datori di lavoro privati, ma anche rispetto a quelli stipulati con datori pubblici come le fondazioni lirico-sinfoniche, escludendo senza ragioni obiettive i primi dalla tutela rappresentata dalla costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in caso di «applicazione» dell'art. 5, c. 4-bis, d.lgs. n. 368/2001. (1)

(1) CONTRATTO A TERMINE NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI:

SI TORNA ALLA CONSULTA

SOMMARIO: 1. Note introduttive. — 2. L'orientamento della Corte di Giustizia in tema di sanzione contro la successione illegittima di contratti a termine. — 3. L'ordinanza di rimessione del Tribunale di Foggia. — 4. Gli equivoci di fondo. — 5. Il vero nodo problematico: i criteri di liquidazione del danno. — 6. Le restanti asserite violazioni: critica.

1. — *Note introduttive* — Non sono bastati gli interventi in rapida successione della Cassazione a Sezioni Unite (1) e della Consulta (2) per sopire il dibattito interno sulla tutela in caso di abuso del contratto a tempo determinato nel pubblico im-

(1) Cass., S.U., 15.3.2016, n. 5072, in *RIDL*, 2016, n. 3, II, 597, con nota di Allocca.

(2) C. cost. 20.7.2016, n. 187, sent., in *DeJure*.

piego (3). Difatti, il Tribunale di Foggia, con l'ordinanza in epigrafe, torna sul tema e – come meglio si dirà – sollecita la Corte costituzionale a operare una verifica di costituzionalità alla luce – tra l'altro – dell'art. 117, c. 1, Cost., in relazione all'asserita violazione della Direttiva n. 99/70/Ce.

In generale, la *vexata quaestio* concerne l'idoneità dei meccanismi predisposti dal nostro ordinamento a prevenire e sanzionare, secondo i parametri prescritti dal diritto dell'Unione europea come interpretato dalla Corte di Giustizia, gli abusi nella successione dei contratti a tempo determinato da parte della p.a. datrice di lavoro, tenuto conto anche del fatto che, in proposito, il nostro sistema di tutele risulta essere (in parte) differenziato tra lavoro privato e pubblico contrattualizzato.

Come noto, la materia trova disciplina nell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, il quale – nella versione attualmente in vigore – stabilisce che il ricorso alle forme di lavoro flessibili costituisce per le p.a. un'eccezione (alla regola dell'assunzione a tempo indeterminato) e che, pertanto, esso è possibile solo «per rispondere a esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale» (cc. 1 e 2). Alla «violazione delle disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori» da parte del datore pubblico consegue il diritto degli stessi prestatori al risarcimento del danno; mentre è «in ogni caso» esclusa la conversione del rapporto di lavoro flessibile in rapporto di lavoro a tempo indeterminato. I dirigenti che hanno effettuato l'assunzione o l'impiego illegittimi incorrono nella responsabilità dirigenziale e nella perdita della retribuzione di risultato, nonché, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave, nella responsabilità patrimoniale ed erariale (c. 5).

Per quanto riguarda più specificamente il contratto a termine, si prevede l'integrale applicazione, anche alle p.a., delle disposizioni del d.lgs. n. 368/2001, salvo comunque il rispetto di quanto stabilito dai succitati cc. 1 e 2 e del divieto di trasformazione di cui al c. 5 (c. 5-*ter*). Si precisa, inoltre, che il contratto a tempo determinato posto in essere in violazione di quanto disposto dallo stesso art. 36, cit., è nullo e implica responsabilità a vario titolo del dirigente autore della violazione stessa (c. 5-*quater*).

Per quanto detto, è agevole rilevare che, dal punto di vista sanzionatorio, l'art. 36, cit., sembra diviso in due parti: una prima, che descrive le conseguenze dell'abuso relativo alla generalità delle forme contrattuali flessibili (c. 5); la seconda – quella introdotta dal d.l. n. 101/2013 – che detta previsioni che si riferiscono in modo specifico all'ipotesi di abuso del contratto a tempo determinato (cc. 5-*ter* e, soprattutto, 5-*quater*).

Lasciando, per il momento, da parte tale ultimo rilievo – che sarà comunque utile nel prosieguo –, occorre ora richiamare il parametro europeo alla luce del quale va accertata la conformità all'ordinamento sovranazionale della tutela domestica. Si tratta della clausola 5.1 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 99/70/Ce. In base a detta disposizione, gli Stati membri, al fine di prevenire gli abusi, debbono prevedere ragioni obiettive che giustificino il rinnovo dei contratti a termine (lett. a), indivi-

(3) Il dibattito, nel novembre 2014, è stato alimentato dalla sentenza *Mascolo* (C. Giust. 26.11.2014, C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13, C-418/13 riunite, *Mascolo e altri c. ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e Comune di Napoli*, in *RIDL*, 2015, n. 1, II, 309, con note di Calafà e Menghini), con la quale è stata ritenuta sostanzialmente incompatibile con la Direttiva n. 99/70/Ce la disciplina domestica del rinnovo dei contratti a termine del personale docente e di quello amministrativo, tecnico e ausiliario (cd. Ata) della scuola pubblica.

duare una durata massima complessiva dei contratti a tempo determinato successivi (lett. *b*) oppure introdurre il numero massimo dei rinnovi contrattuali (lett. *c*). In alternativa a queste misure, i legislatori nazionali possono comunque legittimamente contemplare «norme equivalenti per la prevenzione degli abusi». Inoltre – precisa ancora la clausola in parola – è ammessa una differenziazione che tenga conto delle peculiari esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori.

Quanto all'apparato sanzionatorio, la clausola 5 si limita a un genericissimo richiamo alla sanzione della conversione quando prescrive agli Stati membri di stabilire, «se del caso», a quali condizioni i contratti a tempo determinato debbono essere ritenuti a tempo indeterminato (clausola 5.2, lett. *b*).

2. — *L'orientamento della Corte di Giustizia in tema di sanzione contro la successione illegittima di contratti a termine* — La Corte di Giustizia è da anni costante nell'affermare che «l'Accordo quadro non enuncia un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione». Esso, pertanto, non può ritenersi violato se, in caso di successione abusiva dei contratti a termine, vi siano comunque nell'ordinamento misure che rivestano «un carattere non solo proporzionato, ma anche sufficientemente energico e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell'Accordo quadro» stesso (4).

Una normativa nazionale che preveda, ancorché per il solo pubblico impiego, una tutela meramente risarcitoria escludendo del tutto la possibilità di trasformazione del rapporto è, quindi, ammissibile ed è idonea a soddisfare *prima facie* gli obblighi imposti dal diritto dell'Unione europea. «Tuttavia, spetta al giudice del rinvio valutare in quale misura le condizioni di applicazione nonché l'attuazione effettiva» delle disposizioni interne «ne fanno uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della p.a. di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato» (5). Con l'ulteriore precisazione che dette disposizioni non possono essere «meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico

(4) Sentenza *Mascolo*, punti 77 ss.; ma si veda anche C. Giust. 14.9.2016, C-184/15, C-197/15 riunite, *Martínez Andrés c. Servicio Vasco de Salud e Castrejana López c. Ayuntamiento de Vitoria*, punti 36 ss., in www.curia.europa.eu; C. Giust. 3.7.2014, C-362/13, C-363/13, C-407/13 riunite, *Fiamingo e altri c. Rete ferroviaria italiana Spa*, punti 62 ss., in *RIDL*, 2015, n. 1, II, 291, con nota di Ales; C. Giust. 12.12.2013, C-50/13, *Papalia c. Comune di Aosta*, ord., punti 16 ss., in *RIDL*, 2014, n. 1, II, 75, con nota di Ales; C. Giust. 1.10.2010, C-3/10, *Affatato c. Azienda sanitaria provinciale di Cosenza*, ord., punti 38 ss., in *FI*, 2011, IV, 69, con nota di Perrino; C. Giust. 23.4.2009, C-378/07, C-379/07, C-380/07 riunite, *Angelidaki e altri c. Organismos Nomarchiakís Autodioikísís Rethymnis e Dimos Geropotamou*, punti 158 ss., in *RGL*, 2009, n. 3, II, 505, con nota di Menghini; C. Giust. 7.9.2006, C-53/04, *Marrosu e Sardino c. Azienda ospedaliera Ospedale San Martino di Genova*, punti 47 ss., in *RGL*, 2006, n. 4, II, 601, con nota di Gabriele; C. Giust. 7.9.2006, C-180/04, *Vassallo c. Azienda ospedaliera Ospedale San Martino di Genova*, punti 36 ss., in *RGL*, 2006, n. 4, II, 601, con nota di Gabriele; C. Giust. 4.7.2006, C-212/04, *Adeneler e altri c. Ellinikos Organismos Galactos*, punti 91 ss., in *FI*, 2007, IV, 72, con nota di Perrino.

(5) Così, la sentenza *Vassallo*, punti 41 s.; ma, analogamente, anche le sentenze *Marrosu e Sardino*, punti 55 s. e *Martínez Andrés*, punto 43, nonché l'ordinanza *Affatato*, punti 49 s.

comunitario (principio di effettività)» (6). Sono questi ultimi (principi di equivalenza e di effettività) i criteri di valutazione su cui il giudice interno deve fondare il suo apprezzamento circa la compatibilità con la Direttiva n. 99/70/Ce della sanzione risarcitoria eventualmente prevista dal diritto nazionale. E quanto all'effettività della garanzia offerta da quest'ultimo, il giudice deve ritenere violata la clausola 5 se il diritto al risarcimento che consegue all'utilizzo abusivo del termine «è subordinato all'obbligo, gravante [sul] lavoratore, di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, se detto obbligo ha come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte del citato lavoratore, dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione» (7).

In sintesi, la clausola 5 dell'Accordo quadro non vieta allo Stato membro di sanzionare con il solo risarcimento l'abusiva reiterazione di contratti a tempo determinato nel pubblico impiego, riservando al settore privato la sanzione della conversione. È tuttavia necessario – per assicurare la compatibilità con il parametro europeo – che il diritto del lavoratore a detto risarcimento discenda, almeno in parte, in modo automatico dall'accertamento della violazione (posta in essere dal datore pubblico) delle norme relative all'impiego del lavoro a termine. Inoltre, questa parte di danno presunto [il cd. «danno comunitario» (8) o danno-sanzione] deve essere liquidata, in base al principio di equivalenza, in modo tale da poter essa rappresentare un surrogato sanzionatorio della conversione, altrettanto «energico», «dissuasivo» e soddisfacente.

Ed è proprio argomentando a partire dall'esigenza di conformarsi a questi principi di derivazione europea che, di recente, la Cassazione a Sezioni Unite (con sentenza del 15.3.2016, n. 5072) ha risolto un contrasto giurisprudenziale (9) e, ribadendo – sulla base dell'art. 97, c. 4, Cost. – il divieto di conversione in ambito pubblico, ha statuito che la conseguenza dell'illegittima successione di contratti a termine comporta il diritto al risarcimento del danno in favore del lavoratore pubblico, il quale è esonerato dalla prova del pregiudizio. La liquidazione del danno comunitario deve avvenire – sempre secondo il *decisum* delle Sezioni Unite – entro il minimo e il massimo previsti dall'art. 32, c. 5, legge n. 183/2010 (da 2,5 a 12 mensilità, avuto riguardo ai criteri di cui all'art. 8, legge n. 604/1966), anche se ciò non esclude la possibilità per il lavoratore di dimostrare (quindi con onere della prova a suo carico) un ulteriore danno rispetto a quello presunto. Occorre, però, precisare che tale ulteriore lesione non può essere identificata nella perdita di lavoro, bensì nella perdita di *chances* conseguente all'illegittima precarietà in cui il dipendente pubblico è rimasto confinato.

(6) Così l'ordinanza *Affatato*, punto 46; nello stesso senso, le sentenze *Adeneler*, punto 95, *Marrosu e Sardino*, punto 52, *Vassallo*, punto 37, *Angelidaki*, punto 159, *Martínez Andrés*, punto 37.

(7) Ordinanza *Papalia*, punto 34.

(8) L'espressione è mutuata da Cass., S.U., 15.3.2016, n. 5072, cit.; Cass. 30.12.2014, n. 27481, in *DRI*, 2015, n. 4, 1108, con nota di Marino; Cass. 3.7.2015, n. 13655, e Cass. 23.1.2015, n. 1260, in *Defure*. Su quest'ultima si veda Raimondi (2015, 431 ss.), e, segnatamente, in relazione alla compatibilità della nozione di «danno comunitario» con il nostro ordinamento, *ivi*, 437 ss.

(9) Per la ricognizione dei vari orientamenti, anche delle Corti di merito, si rimanda a Saracini 2013, 178 ss., Allamprese 2015, 324 ss., Siotto 2016, 260 ss., e Passalacqua 2016, 831 s.

3. — *L'ordinanza di rimessione del Tribunale di Foggia* — Così ricostruito il contesto normativo e giurisprudenziale, è ora il caso di procedere all'esame della pronuncia del Tribunale di Foggia qui in commento, la quale risulta di non facile lettura soprattutto per la scarsa linearità nell'argomentazione.

La controversia da cui scaturisce l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale è instaurata da cinque membri del personale sanitario di un istituto zooprofilattico sperimentale — cioè un ente di diritto pubblico facente parte del Servizio sanitario nazionale (di seguito, Ssn) — che hanno superato 36 mesi di lavoro con mansioni equivalenti alle dipendenze dell'Ente stesso. Sulla base di questa circostanza, i ricorrenti chiedono al Tribunale di accertare il loro diritto alla trasformazione dei rapporti a termine in rapporti a tempo indeterminato.

È bene puntualizzare sin d'ora che per i rapporti di lavoro a tempo determinato del personale sanitario del Ssn vige un regime normativo peculiare (10). Difatti, il cd. «decreto Balduzzi» (d.l. n. 158/2012) ha inserito nell'art. 10, d.lgs. n. 368/2001 — applicabile *ratione temporis* al caso di specie —, il c. 4-ter. A mente di questa disposizione sono esclusi dall'applicazione della disciplina dello stesso d.lgs. n. 368/2001 i contratti a tempo determinato del personale sanitario del Ssn (11), con la precisazione — a dire il vero superflua — che «in ogni caso non trova applicazione l'art. 5, c. 4-bis», e, quindi, il limite dei 36 mesi ivi prescritto.

Mentre quindi per la generalità dei pubblici dipendenti a termine si applica la disciplina del d.lgs. n. 368/2001 (cfr. il citato art. 36, c. 5-ter, d.lgs. n. 165/2001), compresa la restrizione dei 36 mesi, la regolamentazione del lavoro a tempo determinato del personale sanitario del Ssn va ricercata unicamente nell'art. 36, cit.

Ebbene, nel ragionamento del giudice rimettente è possibile individuare due premesse che, in quanto tali, condizionano il resto dell'argomentazione.

Secondo il Tribunale, anzitutto, l'introduzione nell'art. 10, d.lgs. n. 368/2001, del c. 4-ter preclude l'operatività per il pubblico impiego sanitario della sanzione della conversione per superamento del tetto dei 36 mesi, «senza però prevedere alcuna altra misura idonea a sanzionare l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato» in questo ambito. Sembra di poterne ricavare che — ad avviso del rimettente — la previsione per legge di un limite di durata complessiva dei contratti a tempo determinato (individuato in 36 mesi) sia elemento indispensabile per assicurare la conformità del diritto interno alla direttiva.

Inoltre, le disposizioni aggiunte nel 2013 all'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 (cioè i cc. 5-ter e 5-quater), «impediscono *apertis verbis* ogni tutela effettiva anche risarcitoria in caso di abuso nella successione dei contratti a termine in tutto il pubblico impiego». Così, il Tribunale pugliese pare aderire a quell'orientamento decisamente minoritario secondo cui i cc. 5-ter e 5-quater, riguardando in modo specifico il contratto a termine — a fronte, invece, di un preesistente c. 5 riferito alla generalità dei contratti di lavoro flessibili —, rappresenterebbero disposizioni speciali (rispetto allo stesso c. 5) che, quindi, condurrebbero all'abrogazione tacita del rimedio risarcitorio per i contratti a tem-

(10) Si veda Pinto 2013, 134 ss.

(11) Oggi è l'art. 29, c. 2, lett. c, d.lgs. n. 81/2015, a escludere dal campo d'applicazione del Capo III («Lavoro a tempo determinato») dello stesso decreto i contratti a termine stipulati con il personale sanitario del Ssn.

po determinato in tutto il pubblico impiego (12). In altre parole, l'abuso dei rapporti a termine da parte di una p.a. avrebbe come conseguenza solo la nullità del contratto (oltre alla responsabilità erariale e dirigenziale); non la conversione, né il risarcimento del danno.

Di qui, secondo il Tribunale, la violazione della clausola 5 dell'Accordo quadro così come interpretata, da ultimo, nella sentenza *Mascolo* sul precariato scolastico. La Corte di Lussemburgo, infatti, ha affermato l'incompatibilità con il parametro europeo della nostra normativa (art. 4, cc. 1 e 11, legge n. 124/1999) che autorizzava, in attesa dell'espletamento dei concorsi per l'assunzione del personale di ruolo, il rinnovo dei contratti a termine per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti, nonché di personale Ata, senza indicare tempi certi per l'espletamento delle procedure concorsuali stesse ed escludendo qualsiasi possibilità, per tali docenti e detto personale, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di siffatto rinnovo. In questa pronuncia, insomma, la Corte di Giustizia ha ribadito la necessità che la legislazione nazionale adotti misure preventive e sanzionatorie (effettive, energiche e dissuasive) dell'abuso dei contratti a termine, senza le quali il diritto interno è da considerarsi contrario al precetto contenuto nella clausola 5.

Inoltre, il giudice rimettente – con una singolare rilettura – valorizza il passaggio della sentenza *Mascolo* in cui, a dir il vero, la Corte europea – nel risolvere con l'irricevibilità l'ordinanza pregiudiziale proposta per un precario pubblico non scolastico (C-63/13, *Russo c. Comune di Napoli*) – si limita a riconoscere conforme alla direttiva la sanzione della conversione ex art. 5, c. 4-bis, d.lgs. n. 368/2001, per il superamento dei 36 mesi (13). Ebbene, secondo il Tribunale, qui la Corte avrebbe «fornito al giudice del rinvio anche una chiarissima indicazione su quale possa essere la misura effettiva ed «energica» idonea a prevenire e, se del caso, sanzionare gli abusi nella successione dei contratti a tempo determinato alle dipendenze delle p.a., individuandola (perché individuata dal legislatore interno) proprio nell'art. 5, c. 4-bis». E «quindi – prosegue il giudice foggiano –, seguendo l'argomentazione sul punto della sentenza della Corte europea, il giudice nazionale sarebbe tenuto a dare effettività alla tutela dei lavoratori pubblici a tempo determinato applicando [...] in particolare l'art. 5, c. 4-bis».

A supporto di questa linea interpretativa il Tribunale adduce anche quanto ha affermato la Corte costituzionale nella sentenza sul precariato scolastico (la n. 187 del 20 luglio 2016), e cioè che «la scelta [della stabilizzazione generale dei docenti con il piano straordinario contenuto nella legge n. 107/2015 sulla cd. «Buona scuola»] è più lungimirante rispetto a quella del risarcimento, che avrebbe lasciato il sistema scolastico nell'attuale incertezza organizzativa e il personale in uno stato di provvisorietà perenne» (14), da ciò ricavando un'indicazione della Consulta in senso favorevole a meccanismi sanzionatori che garantiscano la stabilità al lavoratore pubblico. In realtà, va rilevato che gli sforzi del Tribunale di ricostruire nel senso appena detto il pensiero del giudice delle leggi sono vanificati quando quest'ultimo, a proposito della posizione del personale Ata (cui la «Buona scuola» riconosce il solo diritto al risarcimento del dan-

(12) Cfr. Coppola 2016, 341 s.; De Michele 2015, 15, nonché *ivi*, 24 s. In giurisprudenza, T. Napoli 21.1.2015, sent. – Est. Coppola –, in *DeJure*.

(13) Sentenza *Mascolo*, punto 55.

(14) C. cost. 20.7.2016, n. 187, cit., punto 18.1.

no), afferma che la legge n. 107/2015 «anche per quest'aspetto deve ritenersi in linea con la normativa comunitaria» (15).

Come che sia, secondo il rimettente, la disciplina domestica sui contratti a tempo determinato nel settore pubblico, in generale, e per il personale sanitario del Ssn, in particolare, si pone in contrasto con la clausola 5 dell'Accordo quadro (e, pertanto, con l'art. 117, c. 1, Cost.). Segnatamente, le disposizioni sulle quali si sollecita il controllo di costituzionalità sono individuate negli artt. 36, cc. 5, 5-*ter* e 5-*quater*, d.lgs. n. 165/2001, e 10, c. 4-*ter*, d.lgs. n. 368/2001, indicati dal rimettente come quelli che precludono l'applicazione del limite dei 36 mesi ai rapporti a termine con il personale sanitario del Ssn, nonché l'operatività della sanzione «adeguata» della conversione per gli abusi del contratto a tempo determinato in tutto il pubblico impiego (16).

Senza troppo motivare, poi, il Tribunale di Foggia rileva anche la violazione – con le stesse previsioni interne – del principio di non discriminazione rispetto alle condizioni d'impiego dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili (clausola 4.1 dell'Accordo quadro, sempre per il tramite dell'art. 117, c. 1, Cost.) «perché la cessazione ingiustificata dei singoli rapporti a tempo determinato dopo il superamento dei 36 mesi [...] equivale a tutti gli effetti a un licenziamento, trattandosi di dipendente a tempo determinato “abituamente” e illegittimamente impiegato per supplire a carenze strutturali di organico». È riscontrabile, inoltre, anche una lesione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) sia rispetto ai lavoratori privati cui si applica la sanzione dell'art. 5, c. 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, sia con riferimento ai «precari pubblici» delle fondazioni lirico-sinfoniche «che hanno avuto riconosciuto il diritto alla stabilità lavorativa» a seguito di una pronuncia della Corte costituzionale (17). Infine, a parere del rimettente, è possibile ravvisare anche una lesione degli artt. 4, 24, 35, c. 1, 97, c. 4, 101, c. 2, 104, c. 1, e 111, c. 2, Cost. da parte delle citate disposizioni di legge, «impedendo [queste ultime] di applicare la tutela effettiva della stabilità lavorativa e così realizzando una violazione degli obblighi comunitari e del principio di leale cooperazione con le istituzioni europee» (18).

4. — *Gli equivoci di fondo* — Le conclusioni formulate dal Tribunale di Foggia circa l'incompatibilità con la clausola 5 dell'Accordo quadro paiono – ad avviso di chi scrive – irrimediabilmente viziate da due equivoci di fondo relativi alle due descritte premesse che stanno alla base della questione di legittimità costituzionale.

(15) *Ivi*, punto 18.2. Si vedano anche i punti 15 e 17.

(16) La formulazione della questione di costituzionalità è riferita esclusivamente al personale sanitario. Difatti, la rilevanza della questione, quale requisito di ammissibilità della stessa, impone di circoscriverla agli aspetti pregiudiziali per il giudizio *a quo*. Tuttavia, come si è anche messo in luce, le riflessioni sviluppate dal Tribunale nell'ordinanza concernono tutto il pubblico impiego.

(17) C. cost. 11.12.2015, n. 260, sent., in *DeJure*. Per dei commenti si vedano Menghini 2016, 164 ss., e Natullo, *Giornale* 2016, 123 ss.

(18) Con il riferimento al principio della leale cooperazione si cerca di valorizzare quanto avvenuto in *Affatato*. È noto, infatti, che qui il giudice europeo ha definito la causa dinanzi a sé con ordinanza in quanto il Governo italiano, tramite le osservazioni scritte dell'Avvocatura di Stato, aveva dichiarato applicabile anche al contratto a termine nel lavoro pubblico la sanzione della conversione in caso di superamento del limite dei 36 mesi (cfr. ordinanza *Affatato*, punto 48).

In primis, non è possibile sostenere che la previsione di un limite complessivo di durata dei contratti a tempo determinato sia condizione essenziale per la conformità del diritto interno alla direttiva. Il giudice europeo ha, infatti, in più occasioni asserito ciò che, in verità, già risulta evidente dalla lettura dell'Accordo quadro, e cioè che quest'ultimo «impone agli Stati membri di adottare almeno una delle misure elencate nella clausola 5.1, lett. a-c» (19). L'esistenza di una disposizione che fissi la durata massima complessiva dei contratti a termine successivi (lett. b) non è, pertanto, imposta dal diritto dell'Unione europea, purché sia adottata «almeno una» delle altre due misure (lett. a o c).

E allora, è vero che – in forza del disposto dell'art. 10, c. 4-ter, d.lgs. n. 368/2001 – per le assunzioni a termine del personale sanitario del Ssn non vige il limite dei 36 mesi. Tuttavia, è altrettanto innegabile che a questa speciale classe di pubblici dipendenti si applicano i cc. 1 e 2 dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, e, quindi, che la loro assunzione (o riassunzione) a tempo determinato deve essere giustificata da «esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale» (20). Sotto questo profilo, dunque, non è possibile ravvisare una violazione della clausola 5, essendosi data attuazione alla misura *sub* lett. a.

Piuttosto, in materia di limiti all'abuso dei contratti a termine nel lavoro pubblico, la questione davvero rilevante va individuata nella necessità che il giudice – nei casi portati alla sua attenzione – interpreti le suddette ragioni obiettive in conformità a quanto stabilito in *Mascolo*. Traslando nel settore sanitario quanto qui la Corte di Giustizia ha affermato a proposito del precariato scolastico nostrano (21), si può dire che l'esigenza di garantire la continuità dell'erogazione dei servizi sanitari e il rispetto dei livelli essenziali di assistenza (cfr. art. 10, c. 4-ter, d.lgs. n. 368/2001) può, in astratto, costituire una ragione obiettiva idonea a giustificare sia la durata determinata dei contratti conclusi con il personale sanitario, che il rinnovo di tali contratti. Tuttavia, è necessario che tale esigenza, in concreto, rivesta carattere provvisorio e non, invece, permanente e durevole per la carenza strutturale di personale a tempo indeterminato (22). Solo così interpretando il concetto di «esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale» (anche) per il personale sanitario del Ssn è possibile assicurare l'osservanza della

(19) Sentenza *Adeneler*, punto 92. Nello stesso senso, tra le altre, anche C. Giust. 21.9.2016, C-614/15, *Popescu c. Directia Sanitar Veterinara si pentru Siguranta Alimentelor Gorj*, ord., punto 39, e C. Giust. 8.3.2012, C-251/11, *Huet c. Université de Bretagne occidentale*, punto 42, entrambe in www.curia.europa.eu; sentenza *Fiamingo*, punto 56.

(20) Per questo aspetto va rimarcata la profonda differenza tra il regime normativo vigente per il personale sanitario del Ssn, da una parte, e quello applicabile a docenti e personale Ata (sul quale si è pronunciata la Corte di Giustizia in *Mascolo*), dall'altra. Per questi ultimi, infatti, non solo non operava il tetto dei 36 mesi (art. 10, c. 4-bis, d.lgs. n. 368/2001), ma la giurisprudenza aveva pure escluso l'applicabilità dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 (cfr. Cass. 20.6.2012, n. 10127, in *RIDL*, 2012, n. 4, II, 870, con nota di Fiorillo, nonché C. cost. 18.7.2013, n. 207, ord., in *RIDL*, 2014, n. 2, II, 342, con nota di Vallauri). Sulla specialità e autosufficienza della disciplina del precariato scolastico si veda Aimo 2015, 3 ss., Tufo 2015, 2 s. e, da ultimo, Tomiola 2016, 561 ss.

(21) Cfr. sentenza *Mascolo*, punti 84 ss.

(22) Sull'interpretazione del concetto di «ragioni obiettive» si veda Corazza 2013, 13 ss., e la giurisprudenza europea *ivi* citata. Infine, proprio con riferimento alle esigenze di organizzazione dei servizi sanitari, è calzante la recentissima C. Giust. 14.9.2016, C-16/15, *Pérez López c. Servicio Madrileño de Salud*, punti 46 ss., in www.curia.europa.eu.

normativa europea sulle misure di prevenzione contro l'abuso in questo settore, nel quale – come detto – le ragioni obiettive costituiscono l'unica misura di attuazione della clausola 5. Pertanto, qualora il giudice, nel caso di specie, riscontri l'assenza di provvisoria dell'esigenza giustificativa dell'apposizione del termine dovrà ritenere configurato un abuso da parte della p.a. (23).

Ma pure l'altra premessa del discorso del giudice foggiano è priva di fondamento, o quantomeno contraria all'orientamento assolutamente prevalente. Le scarse capacità sistematiche del legislatore «bulimico» hanno dato luogo a una disposizione – l'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 – caotica e di non piana lettura. Tuttavia, tale circostanza non può condurre a ritenere – come invece si fa nell'ordinanza in commento – che la riforma del 2013 (con l'introduzione dei cc. 5-ter e 5-quater) abbia portato a un'abrogazione tacita della sanzione risarcitoria ex c. 5 in relazione ai contratti a termine stipulati dalle p.a.

La dottrina – salvo un orientamento isolato (24) – non ha dato alcun peso alla novella, considerando i due nuovi commi – perlopiù – come ripetitivi di quanto già deducibile (e dedotto) in precedenza (25). E così si è mossa anche la giurisprudenza, la quale, nei casi di accertato abuso del contratto a termine in cui era applicabile *ratione temporis* la riforma del 2013, ha condannato l'amministrazione al risarcimento del danno ex art. 36, c. 5 (26).

E d'altronde, anche volendo porsi il problema (che, in verità, non traspare *prima facie* dalla disposizione), un'interpretazione adeguatrice porta a privilegiare la lettura che lascia in vita la sanzione risarcitoria del c. 5 rispetto a quella che, invece, priva di qualsiasi possibilità di sanzionare in modo effettivo l'abuso del contratto a termine.

5. — *Il vero nodo problematico: i criteri di liquidazione del danno* — Dunque, cadendo le premesse, non può essere riconosciuta validità alle conclusioni. Il contratto a tempo determinato con il personale sanitario del Ssn è assistito tanto da misure preventive (art. 36, c. 2) quanto da strumenti sanzionatori (art. 36, cc. 5 e 5-quater) dell'abuso da parte del datore pubblico. Le prime – se correttamente interpretate – si è detto che sono conformi alla clausola 5. Quanto ai secondi, la questione si fa più complessa, perché – secondo chi scrive – è qui che è possibile ravvisare una violazione dei precetti europei come interpretati dalla Corte di Giustizia.

A proposito, occorre subito sgombrare il campo da dubbi: l'incompatibilità non sta tanto nella scelta del tipo di rimedio: il giudice europeo – si è visto – ha più volte ribadito che l'esclusione della sanzione della conversione in favore del risarcimento è, in astratto, legittima. Tuttavia, è necessario che questa seconda misura sanzionatoria forni-

(23) La centralità del ruolo del giudice nazionale ai fini del rispetto della direttiva è rimarcata da Gottardi 2012, 728 ss.

(24) Coppola 2016, 341 s.; De Michele 2015, 15, nonché *ivi*, 24 s.

(25) Cfr. Speciale 2016, 525 ss.; Ales 2014, 94; Fiorillo 2013, 670.

(26) Anche Cass., S.U., 15.3.2016, n. 5072, cit., afferma che il rispetto della normativa sul contratto a tempo determinato nel pubblico impiego è presidiato dall'obbligo di risarcimento del danno e da altre «disposizioni al contorno» (quelle dei cc. 5 e 5-quater) che fanno perno soprattutto sulla responsabilità del dirigente. *Contra*, Coppola 2016, 342, secondo cui questa tesi – sposata dalle Sezioni Unite – della cumulabilità delle sanzioni dei cc. 5 e 5-quater è contraria al dettato normativo e, pertanto, avrebbe richiesto non un'asserzione, ma un maggiore sforzo ermeneutico a sostegno.

sca garanzie di effettività ed equivalenza di tutela. La partita si gioca, quindi, nel campo della quantificazione del danno (presunto) risarcibile. E, da questo punto di vista, la succitata recente pronuncia delle Sezioni Unite, se è apprezzabile laddove finalmente solleva (in parte) il lavoratore dall'onere di provare il danno, d'altra parte fornisce dei parametri per la liquidazione di tale pregiudizio presunto (da 2,5 a 12 mensilità) che non paiono sufficienti all'osservanza del principio di equivalenza rispetto alla sanzione della conversione vigente per il settore privato (27). Non può soccorrere in aiuto neanche il fatto che il lavoratore è comunque ammesso a provare il danno ulteriore (rispetto a quello presunto), poiché, essendo stato escluso dalla stessa pronuncia che la lesione consista nella perdita del posto di lavoro, detta operazione diviene una *probatio diabolica*.

Quindi, l'incompatibilità con l'ordinamento europeo della disciplina domestica della successione dei contratti a termine nel pubblico impiego (e non solo nel settore sanitario) va eventualmente identificata nell'inadeguatezza del *quantum* che, secondo le Sezioni Unite, è risarcibile in via presuntiva ai sensi dell'art. 36, c. 5.

Considerato, peraltro, che le citate modalità di quantificazione sono state recepite dalla giurisprudenza successiva al punto da potersi oramai parlare di diritto vivente (28), la strada dell'interpretazione adeguatrice (nel senso di una modifica «al rialzo» dei criteri di liquidazione) può dirsi preclusa (29). Ecco allora che su questo punto sembra praticabile la via della questione di legittimità costituzionale (a mezzo dell'art. 117, c. 1, Cost.) o del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. E proprio in quest'ultima direzione si è mosso recentemente il Tribunale di Trapani, chiedendo – tra l'altro – al giudice di Lussemburgo «se rappresenti misura equivalente ed effettiva [...] l'attribuzione di una indennità compresa fra 2,5 e 12 mensilità [...] al dipendente pubblico, vittima di un'abusiva reiterazione di contratti di lavoro a tempo determinato, con la possibilità per costui di conseguire l'integrale ristoro del danno solo provando la perdita di altre opportunità lavorative oppure provando che, se fosse stato bandito un regolare concorso, questo sarebbe stato vinto» (30).

6. — *Le restanti asserite violazioni: critica* — Solo un cenno, infine, agli altri paventati profili di illegittimità costituzionale della disciplina in parola.

(27) Così anche Siotto 2016, 266 s.

(28) Tra le altre, Cass. 7.11.2016, n. 22552, Cass. 28.10.2016, n. 21937, Cass. 2.8.2016, n. 16095, T. Genova 13.7.2016, sent. – Est. Basilico –, T. Pescara 12.7.2016, sent. – Est. Colantonio –, tutte in *DeJure*.

(29) Le proposte sul tema sono tante quanti gli orientamenti giurisprudenziali sviluppatasi prima dell'intervento delle Sezioni Unite (da ultimo, Siotto 2016, 260 ss., e Passalacqua 2016, 831 s.). Quella che più convince chi scrive è illustrata da Loffredo (2007, 307), secondo il quale la soluzione potrebbe essere trovata individuando il danno subito nella perdita del posto di lavoro e così liquidandolo sulla base dell'art. 18, cc. 1-3, St. lav. Ma, anche volendo mantenere l'approccio delle Sezioni Unite che nega che il pregiudizio possa essere identificato nella perdita del posto, è sicuramente interessante la proposta elaborata da parte della dottrina (Passalacqua 2016, 835, e Fiorillo 2013, 685) di riferirsi comunque al disposto dell'art. 32, c. 5, legge n. 183/2010, ma individuando l'indennità dovuta al lavoratore nell'importo massimo (e fisso, salva la prova del maggior danno) di 12 mensilità. A ogni modo, corre l'obbligo di segnalare che permangono, ancora oggi, voci autorevoli che ritengono praticabile il meccanismo della conversione (cfr. Menghini 2015, 347 ss.; Coppola 2016, 350).

(30) T. Trapani 5.9.2016, ord. – Est. Santoro –, in www.europeanrights.eu.

Anzitutto, non sembra sostenibile la sussistenza di una violazione della clausola 4.1 dell'Accordo quadro determinata dal fatto che la cessazione del rapporto alla scadenza del termine dopo 36 mesi di servizio con lo stesso datore pubblico equivarrebbe al licenziamento ingiustificato di un lavoratore a tempo indeterminato. La tesi non convince, in primo luogo, perché presuppone che il superamento dei 36 mesi comporti l'illegittimità del contratto a tempo determinato; cosa che per il nostro diritto non avviene per il personale sanitario del Ssn. Secondariamente, occorre rilevare che la richiamata disposizione europea, per operare, richiede che i due termini di paragone (lavoratore a termine e a tempo indeterminato) si trovino in situazioni comparabili; e la Corte di Giustizia ha negato l'esistenza di tale comparabilità tra cessazione del contratto a termine illegittimo e licenziamento ingiustificato (31).

Non persuade neanche la tesi della violazione del principio di eguaglianza rispetto ai lavoratori del settore privato e ai dipendenti delle fondazioni lirico-sinfoniche. Infatti, l'operatività per il pubblico impiego del principio del concorso (art. 97, c. 4, Cost.) esclude che il lavoro a termine nel settore pubblico e quello nel privato debbano essere disciplinati in modo uniforme, in quanto disomogenee sono le situazioni poste a confronto (32). Inoltre, anche il richiamo alla recente decisione della Consulta sulle fondazioni lirico-sinfoniche (che – diversamente da quanto asserito nell'ordinanza in commento – non sono datori di lavoro pubblici) (33) non è conferente, considerato che la declaratoria di incostituzionalità è conseguita – semplificando al massimo – al carattere retroattivo dell'efficacia di una disposizione relativa a quello specifico settore (34).

Infine, l'asserita lesione del principio di leale cooperazione con le istituzioni europee, scarsamente motivata, si scontra, ancora una volta, con la necessità di osservare il principio del concorso, sulla cui compatibilità con la propria ricostruzione il rimettente sorvola (35).

A ogni modo, la parola passa ora alla Corte costituzionale. È auspicabile che essa, quantomeno, indirizzi un duro monito al legislatore a intervenire finalmente in punto di sanzioni contro l'abuso del contratto a termine nel pubblico impiego, cosicché le future riflessioni in ordine alla compatibilità con i parametri europei abbiano una base certa da cui partire.

Riferimenti bibliografici

Aimo M. (2015), *I precari della scuola tra vincoli europei e mancanze del legislatore domestico*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 240.

Ales E. (2014), *Contratti a termine e pubbliche amministrazioni: quousque tandem...*, in RIDL, n. 1, II, 86 ss.

(31) Cfr. C. Giust. 12.12.2013, C-361/12, *Carratù c. Poste italiane Spa*, punto 44, in www.curia.europa.eu. Si veda anche Vallauri 2014, 375 s.

(32) C. cost. 27.3.2003, n. 89, sent., punto 2.1, in FI, 2003, I, 2258. Saracini (2013, 173 ss.) individua ulteriori argomenti a sostegno della tesi cui è approdata la Consulta con tale pronuncia.

(33) Cfr. art. 4, d.lgs. n. 367/1996. Su tutti, da ultimo, Natullo, *Giornale* 2016, 130 s.

(34) Cfr. Menghini 2016, 164 ss.

(35) Anche secondo Vallauri (2014, 376 s.) l'argomento fondato sul riferimento al principio della leale cooperazione non convince.

- Allamprese A. (2015), *Contratto a tempo determinato nel pubblico impiego e danno da violazione del diritto dell'Unione europea: parola alle Sezioni Unite*, in *LPA*, n. 2, II, 317 ss.
- Coppola P. (2016), *La sentenza a termine della Corte di Cassazione*, in *RGL*, n. 3, II, 337 ss.
- Corazza L. (2013), *Il lavoro a termine nel diritto dell'Unione europea*, in Del Punta R., Romei R. (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 1 ss.
- De Michele V. (2015), *La sentenza Mascolo della Corte di Giustizia sul precariato pubblico e i controversi effetti sull'ordinamento interno*, in *www.europeanrights.eu*.
- Fiorillo L. (2013), *Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra interventi legislativi e interpretazione giurisprudenziale*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, Torino, 663 ss.
- Gottardi D. (2012), *La giurisprudenza della Corte di Giustizia sui contratti di lavoro a termine e il suo rilievo per l'ordinamento italiano*, in *RGL*, n. 4, I, 721 ss.
- Loffredo A. (2007), *La «stabilizzazione» dei precari nelle pubbliche amministrazioni*, in *DLM*, n. 2, 301 ss.
- Menghini L. (2015), *Sistema delle supplenze e parziale contrasto con l'Accordo europeo: ora cosa succederà?*, in *RIDL*, n. 1, II, 343 ss.
- Menghini L. (2016), *Fondazioni lirico-sinfoniche e contratti di lavoro a termine*, in *RGL*, n. 2, II, 164 ss.
- Natullo G., Giornale T. (2016), *Il contratto a termine nel settore dello spettacolo: peculiarità e abusi*, in *DLM*, n. 1, 123 ss.
- Passalacqua P. (2016), *Le Sezioni Unite sull'abuso del contratto a termine nella p.a. optano per la trasposizione dell'indennità prevista per il settore privato: il cerchio si chiude davvero?*, in *DRI*, n. 3, 829 ss.
- Pinto V. (2013), *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle pubbliche amministrazioni*, Cacucci, Bari.
- Raimondi E. (2015), *Contratti a termine nella p.a. e risarcimento del danno tra diritto civile e ordinamento europeo*, in *RGL*, n. 3, II, 431 ss.
- Saracini P. (2013), *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Editoriale scientifica, Napoli.
- Siotto F. (2016), *Abuso di contratti a tempo determinato nel lavoro pubblico: «il danno è altro» dal licenziamento illegittimo ovvero «un altro danno» per la precarizzazione illegittima*, in *Labor*, n. 3-4, 258 ss.
- Speziale V. (2016), voce *Lavoro a termine*, in *ED*, Annali IX, Giuffrè, Milano, 497 ss.
- Tomiola C. (2016), *Le sanzioni in tema di contratti di lavoro a termine nel settore della scuola*, in Brollo M. et al. (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, 561 ss.
- Tufo M. (2015), *I precari della scuola al cospetto della Corte di Giustizia europea*, in *Quaderni Fondazione Marco Biagi. Ricerche*, n. 1.
- Vallauri M.L. (2014), *I «precari» della scuola arrivano davanti alla Corte di Giustizia*, in *RIDL*, n. 2, II, 369 ss.

Giovanni Calvellini

Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche
presso l'Università di Siena «1240»

TRIBUNALE ROMA, 26.9.2016 – Est. Armone – D.M., B.A. (avv.ti I. Panici, P.L. Panici) c. Facility Service Italia Società cooperativa (avv. Gargiulo).

Appalto – Avvicendamento di imprese – Identità del compendio aziendale – Continuità d'impresa – Sussistenza di un trasferimento d'azienda – Continuità dei rapporti di lavoro – Licenziamento per giustificato motivo oggettivo – Illegittimità – Inapplicabilità delle tutele ex d.lgs. n. 23/2015 – Applicabilità dell'art. 18, c. 4, l. n. 300/1970 – Reintegrazione.

Si ha trasferimento d'azienda anche nell'ipotesi di cambio appalto, quando il passaggio dei lavoratori da un appaltatore all'altro non determini una significativa discontinuità d'impresa, e ciò indipendentemente dal trasferimento contestuale di beni materiali e dall'esistenza di rapporti contrattuali tra impresa cessante e impresa subentrante. Nel rispetto della norma di cui all'art. 2112, comma 5, c.c., pur essendo sempre possibile una distinzione tra cambio appalto e trasferimento d'azienda, specie negli appalti di servizi è ben configurabile un trasferimento d'azienda in presenza di passaggio di appalto cd. labour intensive. In tali casi, la normativa di cui al d.lgs. n. 23/2015 si applica ai soli contratti a tempo indeterminato conclusi dopo la sua entrata in vigore con l'unica deroga che riguarda i contratti a tempo determinato anteriori, ma convertiti successivamente. (1)

(1) CAMBIO APPALTO E TRASFERIMENTO D'AZIENDA
NELL'ERA DELLE TUTELE CRESCENTI

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il caso di specie. — 3. Cambio appalto e trasferimento d'azienda nella giurisprudenza della C. Giust.: i principi essenziali — 4. Gli orientamenti della Corte di Cassazione e della giurisprudenza di merito. — 5. L'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 276/2003: profili di (in)compatibilità con il diritto dell'Ue. — 6. Il cambio appalto nell'era delle tutele crescenti.

1. — *Premessa* — La pronuncia in commento ha a oggetto l'applicazione dell'art. 2112 c.c. a una particolare ipotesi di cambio appalto, allorché il passaggio di manodopera all'appaltatore subentrante non determini una «significativa discontinuità d'impresa», indipendentemente dal trasferimento contestuale di beni materiali e dall'esistenza di rapporti contrattuali tra impresa cessante e impresa subentrante.

Pur essendo possibile una distinzione tra cambio appalto e trasferimento d'azienda, tuttavia, specie negli appalti di servizi, al ricorrere di determinati requisiti, è configurabile comunque un trasferimento d'azienda in presenza di passaggi di appalto cd. *labour intensive*.

Appare opportuno evidenziare, sin d'ora, la delicatezza della questione sottoposta all'attenzione del giudice ove si tenga conto anche del mutato scenario normativo in cui si colloca la fattispecie del cambio appalto, con specifico riferimento all'applicabilità del nuovo sistema di tutele introdotto dal d.lgs. n. 23/2015 per le ipotesi di licenziamento illegittimo di lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015 (1), che non sostituisce ma affianca il «vecchio» sistema di tutele delineato dall'art. 8 della l. n. 604/1966 e dall'art. 18 della l. n. 300/1970, come modificato dalla l. n. 92/2012, cd. legge Fornero.

Qualificare il cambio appalto come trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c., infatti, può risultare determinante – come nel caso di specie – al fine di individuare la disciplina applicabile in caso di licenziamento illegittimo di un lavoratore assunto, di volta in volta, dai vari appaltatori avvicendatisi nel tempo. È per tale ragione che, così come sarà illustrato compiutamente più avanti, al momento del cambio appalto, i lavoratori già assunti a tempo indeterminato prima del 7 marzo 2015 hanno interesse a mantenere in vita i «vecchi» contratti di lavoro, onde evitare di rientrare nel campo di applicazione del d.lgs. n. 23/2015 e, quindi, essere destinatari della nuova disciplina in materia di licenziamenti, peggiorativa – sotto il profilo dei trattamenti riservati ai lavoratori illegittimamente licenziati – rispetto al «vecchio» sistema di tutele. Difatti, nelle ipotesi in cui il cambio appalto, avvenuto dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, dovesse essere qualificato come trasferimento d'azienda, non essendoci costituzione di nuovi rapporti di lavoro, ma prosecuzione del precedente rapporto di lavoro, i lavoratori illegittimamente licenziati non sarebbero considerati «nuovi assunti» e, dunque, sarebbero tutelati dal «vecchio» regime. In caso contrario, invece, i lavoratori assunti dal nuovo appaltatore sarebbero considerati «assunti con il *Jobs Act*» e ricadrebbero, così, nel campo di applicazione del d.lgs. n. 23/2015 (2).

Tale premessa spiega le ragioni che hanno indotto il giudice a occuparsi preliminarmente della qualificazione giuridica del cambio appalto, intercorso tra la società cooperativa resistente e quelle che l'hanno preceduta, e solo successivamente a indagare la (il)legittimità del licenziamento intimato ai due lavoratori ricorrenti, al preciso fine di individuare il sistema di tutele applicabile.

2. — *Il caso di specie* — Per un corretto inquadramento della questione, tuttavia, giova ripercorrere, seppur nei suoi tratti salienti, la vicenda sottoposta al vaglio del Tribunale.

I ricorrenti, entrambi assunti a tempo determinato alle dipendenze della cooperativa convenuta, hanno impugnato il licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato prima della naturale scadenza del contratto di lavoro e hanno chiesto la reintegrazione nel posto di lavoro ex art. 18 St. lav., sul presupposto che il rapporto instaurato con la società resistente costituisse in realtà, ex art. 2112 c.c., la prosecuzione di un precedente rapporto a tempo indeterminato. I lavoratori, infatti, hanno esposto di avere ininterrottamente lavorato da molti anni presso il magazzino di altra società come operai, essendo stati assunti, di volta in volta, alle dipendenze delle cooperative succedutesi nell'appalto per la gestione del magazzino stesso. I ricorrenti hanno precisato, altresì, che i diversi contratti di appalto prevedevano l'assunzione in blocco di

(1) Data di entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015.

(2) Cfr. Lozito 2015, 859 ss.

tutti i lavoratori addetti al magazzino, incluso il capo impianto, e che la successione delle diverse cooperative non era neppure «percepita» dai dipendenti, i quali ne venivano informati di volta in volta dai sindacati ai fini della formalizzazione dei nuovi contratti di lavoro.

Dimostrati in sede di istruttoria tutti i fatti allegati dai lavoratori, il giudice, sulla scia della giurisprudenza sovranazionale della Corte di Giustizia (vd. par. 3), di quella interna di legittimità e di merito (vd. par. 4), nonché suffragato dalla recente modifica legislativa dell'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, *ex lege* n. 122/2016 (vd. par. 5), ha stabilito che «tra le varie cooperative succedutesi nella gestione dell'azienda si è verificato un trasferimento d'azienda *ex art. 2112 c.c.*» (3).

3. — *Cambio appalto e trasferimento d'azienda nella giurisprudenza della C. Giust.: i principi essenziali* — Il giudice, nel qualificare come trasferimento d'azienda il cambio appalto intervenuto tra le società cooperative succedutesi, ha aderito a un'interpretazione estensiva e dinamica dell'art. 2112 c.c., conforme al diritto dell'Ue. Un'interpretazione fondata, per l'appunto, prevalentemente sulla giurisprudenza costante della Corte di Giustizia, «la quale ha ripetutamente sancito i principi che devono regolare l'interpretazione della nozione di trasferimento d'azienda» (4). La disciplina del trasferimento d'azienda, infatti, si rinviene sia nelle fonti sovranazionali (5) sia nell'art. 2112 c.c., le cui innovazioni sono conseguenti proprio al recepimento delle normative europee (6).

La corretta individuazione dei confini della nozione di trasferimento di azienda è necessaria, tra l'altro, per stabilire se e quando, nel caso di avvicendamento di appaltatori – e quindi in assenza di un rapporto contrattuale tra il precedente e il successivo appaltatore –, si debba applicare la disciplina protettiva per i lavoratori, prevista in Italia per l'appunto dell'art. 2112 c.c.

Per lungo tempo sia la dottrina che la giurisprudenza nazionale, come si vedrà analiticamente nel paragrafo successivo, avevano negato l'applicabilità della predetta disciplina alle ipotesi di successione nell'appalto in assenza di rapporto contrattuale diretto tra appaltatore «uscente» e appaltatore «subentrante», e pertanto, originariamente, avvicendamento di appaltatori e trasferimento d'azienda sembravano essere fattispecie non comunicanti fra loro (7). Si riteneva applicabile la disciplina dell'art. 2112 c.c. – in conformità a una interpretazione letterale del comma 5 del medesimo articolo, così come modificato dal d.lgs. n. 276/2003 – solo in presenza di «operazioni che, *in seguito a cessione contrattuale o fusione*, comportasse[ro] il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata» (8).

(3) Punti 7 e 8 della motivazione.

(4) Punto n. 10 della motivazione.

(5) Cfr. Direttive n. 77/187/Cee, n. 98/50/Ce e n. 2001/23/Ce, concernenti il «ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti».

(6) Si pensi al d.lgs. n. 18/2001, che ha riscritto integralmente l'art. 2112 c.c. (di cui si dirà in testo), e all'art. 32, d.lgs. n. 276/2003, che ne ha modificato il comma 5.

(7) In tal senso si veda la ricostruzione storica contenuta, fra gli altri, in Gagnoli 2004, 199 ss.; Alvino 2009, 96 ss.; Lozito 2013, 159 ss.; Sambati 2014, 1168 ss.

(8) Cfr. art. 2112, c. 5, c.c.

Tale opzione interpretativa dell'art. 2112 c.c. non era, però, conforme con l'evoluzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, la quale, in numerose pronunce, ha fornito chiari e inequivocabili criteri ermeneutici preordinati a stabilire quando sarebbe applicabile la disciplina del trasferimento d'azienda alla fattispecie del cambio appalto.

Con la consapevolezza di non poter ricostruire analiticamente l'intera evoluzione giurisprudenziale (9), si ritiene opportuno – anche al fine di comprendere la portata della pronuncia che si commenta – soffermarsi su due profili centrali della disciplina, così come ricostruiti dalla Corte di Giustizia: il significato da attribuire alla nozione di «trasferimento» e il significato da attribuire alla nozione di «impresa» o di «parte di impresa» (e, quindi, di azienda o ramo d'azienda).

Quanto al primo profilo, nonostante la direttiva – così come l'art. 2112 c.c. – faccia riferimento esclusivamente alla «cessione contrattuale o fusione» (10), la Corte di Giustizia ha ritenuto che essa operi in tutte le ipotesi di modificazione del titolare dell'azienda o del ramo, «non essendo pertanto necessaria l'esistenza di rapporti contrattuali diretti tra il cedente e il cessionario». Sulla nozione di cessione contrattuale, infatti, la Corte ha dato «un'interpretazione sufficientemente elastica per rispondere all'obiettivo della direttiva, che è quello di tutelare i lavoratori subordinati in caso di trasferimento della loro impresa, e ha affermato che tale direttiva si applicava in *tutti i casi di cambiamento, nell'ambito di rapporti contrattuali, della persona fisica o giuridica responsabile dell'impresa*, che assume le obbligazioni del datore di lavoro nei confronti dei dipendenti dell'impresa stessa» (corsivo mio) (11).

Quanto al secondo profilo, già da metà degli anni ottanta, i giudici europei hanno cominciato a elaborare una nozione di azienda più mobile ed estesa rispetto a quella ricavabile dal nostro art. 2555 c.c., al quale, in un primo momento, si è fatto riferimento per l'individuazione dell'oggetto del trasferimento (12). Nella sentenza *Spijkers* del 1986, infatti, con riferimento al concetto di impresa, per la prima volta appare la nozione di «entità economica» (13), che ha sicuramente influenzato la successiva definizione comunitaria di impresa, quale «entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria» (14).

Il legislatore italiano, con la formulazione dell'art. 2112 c.c. introdotta dal d.lgs. n. 18/2001 (in attuazione della Direttiva n. 2001/23/Ce) – con la quale definisce

(9) Per una più compiuta analisi si rinvia, tra gli altri, a Santoro Passarelli 2001, 575 ss.; Foglia 2004, 391 ss.; Feltre 2015, 478 ss.; Lamberti 2016, 324 ss.

(10) Art. 1, lett. a, Direttiva n. 2001/23/Ce.

(11) Gli ultimi due periodi citati nel testo sono presenti nelle seguenti sentenze: C. Giust. 7.3.1996, C-171/94 e C-172/94, *Merckx e Neuhuys*, in *DL*, 1996, II, 287, punto 28; C. Giust. 11.3.1997, C-13/95, *Süzen*, in *RIDL*, 1998, II, 656, punto 11 e 12; C. Giust. 24.1.2002, C-51/00, *Temco*, in *FI*, 2003, IV, 147, punti 31 e 32; C. Giust. 20.11.2003, C-340/01, *Abler*, in *FI*, 2004, IV, 184, punto 39. In dottrina, si vedano, tra gli altri, Alvino 2009, 99; Novella, Vallauri 2005, 186 ss.; Speciale 2006, 46 ss.

(12) Cfr. Grandi 1972, 271 ss.; Gragnoli 2004, 206. In merito si veda anche la ricostruzione degli orientamenti dottrinali in Carabelli, Veneziani 1999, 103 ss.; Santoro Passarelli 2001, 576; Ciucciiovino 2002, 85 ss.; Cester 2004, 32 ss.; Romei 2004, 295 ss.

(13) C. Giust. 18.3.1986, C-24/85, *Spijkers*, in *FI*, 1989, IV, 13, punto 11.

(14) Art. 1, lett. b, Direttiva n. 2001/23/Ce.

l'azienda come «entità economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità» e il ramo d'azienda quale «articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata» – sembra aver introdotto una cesura con la nozione civilistica di azienda prevista dal 2555 c.c. (con il richiamo all'art. 810 c.c. e ai «beni»), offrendo una nozione più vicina a quella di impresa *ex art.* 2082 c.c. (15).

In definitiva, chiarito che «elemento imprescindibile per la configurazione della fattispecie è la sussistenza di un'entità economica organizzata che mantenga la propria identità» (16), diventa fondamentale cercare di individuare le caratteristiche che essa deve avere per poter essere considerata tale. Sul punto, non può che farsi riferimento alla nozione «dematerializzata» (17) di «azienda» ricostruita dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e agli indici che la stessa Corte ha fornito al fine di valutare se si è in presenza, o meno, di un trasferimento di una struttura imprenditoriale o di parte di essa.

Ai sensi della disciplina Ue sul trasferimento di impresa o di parte di impresa, la Corte ha affermato, sin dai primi anni novanta, che «l'assenza di un trasferimento di elementi patrimoniali non consente di concludere nel senso che si possa escludere l'esistenza di un trasferimento» (18) in quanto «non si tratta dell'unico elemento determinante affinché l'entità di cui trattasi conservi la sua identità economica». Con la sentenza *Süzen*, poi, la Corte è giunta a ritenere che, «quando, in determinati settori in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla mano d'opera, un gruppo di lavoratori che assolva stabilmente un'attività comune può corrispondere a un'entità economica [...] una siffatta entità [può] conservare la sua identità al di là del trasferimento qualora il nuovo imprenditore non si limiti a proseguire l'attività stessa, ma riassuma anche una parte essenziale, in termini di numero e competenza, del personale specificamente destinato dal predecessore a tali compiti» (19).

La nozione di «entità economica» delineata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia «non implica necessariamente rilevanti elementi patrimoniali, materiali o immateriali [...] talché un complesso organizzato di lavoratori subordinati specificamente e stabilmente adibiti all'espletamento di un compito comune può, in mancanza di altri fattori della produzione, corrispondere a un'entità economica» (20).

L'esistenza di un trasferimento di una struttura imprenditoriale o di parte di essa, dunque, deve essere valutato in base a una pluralità di indici quali il tipo di impresa o

(15) Cfr. Maresca 2001, 594; Ciucciovino 2002, 86; Romei 2003, 49 ss.; De Luca Tamajo 2004, 572; Villa 2016, 70.

(16) Cfr. Feltre 2015, 479.

(17) Cfr. Pizzoferrato 1998, 455 ss.; De Luca Tamajo 2004, 571 ss.; Bavaro 2006, 237 ss.; Lamberti 2016, 329 ss.

(18) C. Giust. 14.4.1994, C-389/92, *Schmidt*, in *RIDL*, 1995, II, 608, punto 16; C. Giust., *Merckx e Neuhuyss*, cit., punto 21.

(19) C. Giust., *Süzen*, cit., punto 21.

(20) C. Giust., *Süzen*, cit., punti 13 e 17; C. Giust., *Temco*, cit., punti 23 e 26; C. Giust. 10.12.1998, C-173/96 e C-247/96, *Hidalgo*, punti 25, 26 e 31, C. Giust. 10.12.1998, C-127/96, C-229/96 e C-74/97, *Hernández Vidal*, punti 26-32, C. Giust. 29.7.2010, C-151/09, *Ugt-Fps*, punto 29, C. Giust. 6.11.2011, C-108/10, *Scattolon*, punto 49, e C. Giust. 26.11.2015, C-509/14, *Adif*, punti 31-33, tutte reperibili in <http://curia.europa.eu/>.

di stabilimento, la cessione di elementi materiali come gli edifici e i beni mobili, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tale attività. Tali elementi, ha precisato la Corte, «sono soltanto aspetti parziali della valutazione complessiva cui si deve procedere e non possono, perciò, essere considerati isolatamente» (21).

In definitiva, un'interpretazione «adeguatrice» dell'art. 2112 c.c., alla luce degli orientamenti della Corte di Giustizia, induce a ritenere sussistente il trasferimento d'azienda in tutti i casi in cui muti il datore di lavoro, anche in assenza di rapporto contrattuale diretto tra cedente e cessionario, e nelle ipotesi di «semplice acquisizione da parte del cessionario di una parte essenziale, per numero e competenza» (22), di un gruppo di lavoratori che svolgano stabilmente un'attività comune per le produzioni in cui l'elemento del personale ha rilievo determinante e le strutture materiali sono inesistenti o svolgono un ruolo secondario (attività *labour intensive*).

4. — *Gli orientamenti della Corte di Cassazione e della giurisprudenza di merito* — La giurisprudenza italiana, chiamata a valutare l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. ad alcune particolari ipotesi di cambio appalto, si è mostrata solo inizialmente restia a recepire i consolidati principi elaborati dalla Corte di Giustizia sopra ricostruiti.

La giurisprudenza maggioritaria, sia di legittimità che di merito, per lungo tempo ha, infatti, escluso che si potesse configurare un trasferimento di azienda nell'ipotesi di avvicendamento di appaltatori, facendo leva sia sulla mancata sussistenza di un rapporto contrattuale fra essi, sia sull'assenza – nelle ipotesi di cambio appalto cd. *labour intensive* – di un trasferimento di beni materiali (23). Tuttavia, non sono mancate, in questi stessi anni, pronunce dissonanti (24), soprattutto di merito, che hanno aperto la strada a un inevitabile «allineamento della nostra giurisprudenza» ai principi enucleati dalla Corte di Giustizia (25).

Ed è a seguito della riforma dell'art. 2112 c.c. a opera del d.lgs. n. 18/2001, e tenuto conto della consistente giurisprudenza della Corte di Giustizia illustrata nel precedente paragrafo, che la giurisprudenza nazionale ha avvertito la necessità di «adeguare» i propri orientamenti ai principi dell'Unione (26).

(21) Cfr. a titolo esemplificativo C. Giust., *Spijkers*, cit., punto 13; C. Giust., *Hidalgo*, cit., punto 29; C. Giust., *Temco*, cit., punto 24; C. Giust., *Abler*, cit., punti 33 e 34.

(22) Vedi, tra le altre, C. Giust., *Süzen*, cit., punto 21.

(23) Cfr., tra le altre, Cass. 6.3.1990, n. 1755, in *MGL*, 1990, suppl., 57; Cass. 24.2.1992, n. 2285, in *RIDL*, 1993, II, 202; Cass. 18.3.1996, n. 2254, in *RIDL*, 1997, II, 395, con nota di R. Romei; Cass. 25.10.2002, n. 15105, in *RIDL*, 2003, II, 149; Cass. 20.9.2003, n. 13949, in *RIDL*, 2004, II, 404, con nota di I. Senatori.

(24) Cfr., tra le altre, Cass. 8.2.1993, n. 1518, in *RIDL*, 1993, II, 834, con nota di V. Pinto; T. Vigevano 2.2.2001, in *RCDL*, 2001, 437; C. App. Catania 6.12.2001, in *FI*, 2002, I, 2279; Cass. 4.12.2002, n. 17207, in *FI*, 2003, I, 103, con nota di R. Cosio.

(25) Cfr., anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, Alvino 2009, 96; Feltre 2015, 480; Villa 2016, 76.

(26) A tal proposito, si vedano Cass. 20.9.2003, n. 13949, cit.; Cass. 30.12.2003, n. 19842, in *FI*, 2004, I, 1095, e Cass. 27.4.2004, n. 8054, reperibile nella banca dati *DeJure*, Giuffrè, in www.insexplorer.it.

Si è andato, così, consolidando, anche nelle pronunce della Corte di Cassazione e dei tribunali, l'orientamento che ritiene integrata la fattispecie del trasferimento ogni qualvolta un complesso organizzato di beni e rapporti o di soli rapporti passi «a un diverso titolare in forza di un rapporto riconducibile al fenomeno della successione in senso ampio, dovendosi così prescindere dall'esistenza di un rapporto contrattuale diretto fra imprenditore uscente e quello che subentra nella gestione» (27). La Suprema Corte, in linea con la concezione «dematerializzata» dell'azienda, ha affermato, altresì, che il trasferimento è configurabile pure nelle ipotesi di successione nell'appalto di un servizio laddove «la cessione abbia a oggetto anche solo un gruppo di dipendenti dotati di particolari competenze che siano stabilmente coordinati e organizzati tra loro, così da rendere le loro attività interagenti e idonee a tradursi in beni e servizi ben individuabili» (28).

In questa prospettiva, nella sentenza che qui si commenta, il Tribunale di Roma, aderendo agli orientamenti della giurisprudenza della Corte di Giustizia e di quella interna di legittimità e di merito, ha ritenuto che la mancanza di discontinuità nella conduzione dell'impresa, da parte delle diverse società succedutesi nel tempo, integri per i lavoratori ceduti la fattispecie di cui all'art. 2112 c.c. (29). Il giudice ha affermato, infatti, che, specie negli appalti di servizi, è configurabile un trasferimento d'azienda in presenza di passaggio di appalto cd. *labour intensive*, allorché vi sia passaggio di parte essenziale del personale del cedente, che nel caso di specie ha riguardato la totalità dei lavoratori incluso il capo impianto, e quando vi sia conservazione dell'identità economica trasferita, che in questo caso non è mutata col trasferimento al punto che i lavoratori «neanche si accorgevano del cambio appaltatore».

5. — *L'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 276/2003: profili di (in)compatibilità con il diritto dell'Ue* — La qualificazione, operata dal Tribunale di Roma, del cambio appalto quale trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c. è stata «suffragata anche dalla recente modifica legislativa dell'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 276/2003» (30). Una norma che ha reso (e, forse, rende ancora oggi) di difficile composizione il «puzzle» normativo e giurisprudenziale preordinato a chiarire i rapporti tra «subentro» nell'appalto *labour intensive* e trasferimento d'azienda (31).

L'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 276/2003, nella sua originaria formulazione, escludeva infatti l'applicabilità della disciplina del trasferimento d'azienda a tutte le

(27) Cass. 12.4.2016, n. 7121, reperibile nella banca dati *DeJure*, Giuffrè, in *www.iusexplorer.it*. Analogamente, si vedano le sentenze citate nella nota successiva.

(28) Vedi Cass. 23.7.2002, n. 10761, in *LG*, 2003, 19. In senso conforme, si vedano Cass. 10.1.2004, n. 206, in *RIDL*, 2004, II, 653; Cass. 18.10.2011, n. 21484, in *LG*, 2012, n. 1, 92; Cass. 16.5.2013, n. 11918, in *GI*, 2014, 1165; Cass. 12.4.2016, n. 7121, cit.; T. Roma 20.11.2007, in *RGL*, 2008, II, 694; T. Reggio Emilia 19.7.2012, in *LG*, 2012, n. 11, 1117; T. Busto Arsizio 12.7.2016 e T. Roma 13.4.2016, inedite a quanto consta. *Contra*, seppur ormai isolate, si veda Cass. 4.6.2013, n. 14010, reperibile nella banca dati *DeJure*, Giuffrè, in *www.iusexplorer.it*; Cass. 16.5.2013, n. 11918, in *GI*, 2014, 1165, nella parte in cui richiede il passaggio di «beni di non trascurabile entità»; Cass. 1.10.2012, n. 16641, in *RIDL*, 2013, II, 343; Cass. 14.12.2002, n. 17919, in *DPL*, 2003, 929.

(29) Punti 6, 8, 9 e 12 della motivazione.

(30) Punto 8 della motivazione.

(31) Cfr. Villa 2016, 69 ss.

ipotesi di «acquisizione di personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola di contratto d'appalto». Pur non potendo, in questa sede, ricostruire analiticamente il vivace dibattito dottrinale che si è (pre)occupato di offrire un'interpretazione a tale disposizione normativa, si evidenzia che, mentre una parte della dottrina attribuiva alla norma un'efficacia derogatoria dell'art. 2112 c.c. (32), si rendeva, invece, sempre più necessaria una lettura compatibile con i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (33). Difatti, un'interpretazione meramente letterale della norma si poneva in evidente contrasto con i principi della Direttiva n. 2001/23/Ce. Vi era tuttavia una «lettura adeguatrice» dell'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, quale precetto «confermativo» della disciplina del trasferimento d'azienda nel senso che l'acquisizione del personale da parte del nuovo soggetto, subentrato nel contratto di appalto, non era ragione, *di per sé sola*, di applicazione dell'art. 2112 c.c., restando inteso comunque che essa poteva configurare un trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda al ricorrere dei requisiti precisati dalla Corte di Giustizia e richiamati nel paragrafo 3. Solo in questo modo la norma sembrava conforme al diritto dell'Ue, avendo la stessa Corte di Giustizia affermato espressamente che, qualora la riassunzione del personale fosse imposta da contratto un collettivo, una tale circostanza non aveva, in ogni caso, alcuna incidenza sul fatto che tale operazione potesse essere qualificata come trasferimento d'azienda (34).

Alla luce del sempre più «insostenibile» contrasto dell'art. 29, d.lgs. n. 276/2003 con la Direttiva n. 2001/23/Ce e a seguito di una procedura di preinfrazione avviata nei confronti dell'Italia dalla Commissione europea (caso *EU Pilot*, n. 7622/15/Empl), il legislatore italiano, con l'art. 30 della legge n. 122 del 7.7.2016, ha sostituito il comma 3 dell'art. 29, prevedendo che «l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto di appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità d'impresa, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte di azienda» (35).

Con tale disposizione, il legislatore, tenendo ferma la distinzione tra le due fattispecie, ha sostanzialmente stabilito che se la successione in un contratto di appalto configura un'ipotesi equiparabile al trasferimento d'azienda, deve essere applicata la

(32) Cfr. Senatori 2004, 410; Alvino 2009, 103.

(33) Cfr., tra gli altri, Cosio 2004, 1098; Scarpelli 2004, 444; Speciale 2006, 46 ss.; Carinci 2010, 144 ss.; Sambati 2014, 1170 ss.

(34) C. Giust., *Temco*, cit., punto 27. In tal senso si è pronunciata anche la giurisprudenza nazionale: T. Pisa 13.11.2013, in *ADL*, 2014, n. 3, II, 765 ss. con nota di Fontana F.; T. Roma 20.11.2007 e T. Roma 9.6.2005, reperibili nella banca dati *DeJure*, Giuffrè, in *www.iusexplorer.it*.

(35) Si evidenzia che originariamente l'art. 8 della legge europea 2015-2016 (C. 3821-A), prima della sua approvazione definitiva, prevedeva l'*abrogazione* dell'art. 29, c. 3, d.lgs. n. 276/2003. Tuttavia, successivamente, con un emendamento proposto dal presidente della Commissione Lavoro, Maurizio Sacconi, il Governo ha ritenuto di non abrogare ma *modificare* l'art. 29, c. 3, d.lgs. n. 276/2003. Sulla nuova formulazione della norma si vedano i contributi di Cosattini 2016, 953 ss., e Lamberti 2016, 331 ss.

disciplina di cui all'art. 2112 c.c. Pertanto, la successione nell'appalto integra il trasferimento d'azienda laddove emerga una sostanziale continuità d'impresa tra la struttura organizzativa e operativa dell'appaltatore subentrante e quella dell'appaltatore uscente: quando cioè vi sia identità d'impresa tra l'attività del primo e quella del secondo, con mera mutazione della titolarità della stessa.

Non può nascondersi che i dubbi interpretativi che genera tale disposizione sono ancora molti, dal momento che la formulazione criptica della norma non consente di individuare quali siano effettivamente gli elementi idonei a integrare la discontinuità richiesta. Una lettura che non si ponga in contrasto con la Direttiva n. 2001/23/Ce e con gli insegnamenti della Corte di Giustizia imporrebbe che gli elementi di discontinuità, necessari per escludere l'applicazione della disciplina di cui all'art. 2112 c.c., dovrebbero riguardare non l'impresa o l'organizzazione imprenditoriale dell'appaltatore subentrante, bensì l'*attività* che i lavoratori svolgono con il nuovo appaltatore rispetto a quella che svolgevano con il precedente.

A tal proposito si è osservato come non possano ritenersi compatibili con il diritto dell'Ue letture della norma che ricollegerebbero l'applicazione dell'art. 2112 c.c. ai soli «casi in cui il nuovo appaltatore non intervenga a succedere al vecchio con una propria *organizzazione imprenditoriale*, bensì acquisisca quella già costruita e gestita dall'appaltatore uscente, composta dal complesso dei mezzi, dei beni e dei rapporti giuridici funzionalizzati all'esercizio di una specifica e stabile attività d'impresa» (36). Una siffatta interpretazione – che non si ritiene condivisibile – escluderebbe automaticamente l'applicazione delle tutele di cui all'art. 2112 c.c. nella diffusissima ipotesi in cui l'appaltatore subentrante sia già dotato di propria organizzazione imprenditoriale, dimenticando che, invece, rileva la continuità dell'*attività* dell'azienda o del ramo di azienda *nel trasferimento* dal vecchio al nuovo appaltatore.

Ed è per tale ragione, infatti, che il Tribunale di Roma, nella sentenza in commento, valorizzando la recente riformulazione dell'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, ritiene integrata la fattispecie del trasferimento d'azienda, proprio per la mancanza di significativa discontinuità d'impresa in costanza delle diverse successioni delle cooperative appaltatrici, dal momento che i «vari passaggi coinvolgevano in blocco tutti i lavoratori addetti al magazzino» (37), i quali, lavorando senza soluzione di continuità presso il medesimo magazzino e svolgendo sempre le stesse attività, neanche si accorgevano del cambio di appaltatore.

Appare evidente, in definitiva, come, stante la genericità della disposizione, sarà fondamentale ancora una volta il contributo della elaborazione giurisprudenziale e della prassi applicativa, al fine di ricostruire un'interpretazione che sia conforme ai principi del diritto dell'Ue.

6. — *Il cambio appalto nell'era delle tutele crescenti* — Nel caso di specie, del resto, l'applicazione della disciplina sul trasferimento d'azienda al cambio appalto intercorso tra le varie società cooperative assume una rilevanza fondamentale, anche per fornire una corretta qualificazione giuridica del rapporto di lavoro e, conseguen-

(36) Cfr. circolare della Fondazione Studi del Consiglio nazionale dei consulenti del lavoro n. 11 del 2016, in *Le circolari della Fondazione Studi*, reperibile in www.consulentidellavoro.it.

(37) Punto 6 della motivazione.

temente, individuare il sistema di tutele applicabile ai lavoratori ricorrenti illegittimamente licenziati.

Quanto al primo profilo, è opportuno precisare che l'applicazione dell'art. 2112 c.c., comma 1, implica anzitutto che il rapporto di lavoro dei due lavoratori ricorrenti – assunti dalla società convenuta con contratto a tempo determinato – sia qualificato come rapporto di lavoro a tempo indeterminato, proprio perché l'ultimo rapporto di lavoro (con la società cooperativa uscente) aveva avuto inizio nel 2013 ed era a tempo indeterminato. Difatti, «il principio di continuità comporta che il contratto a tempo determinato [...] ne sia travolto e che i lavoratori ceduti abbiano conservato nei confronti della cessionaria, tra gli altri, il diritto a rendere la prestazione lavorativa a tempo indeterminato» (38). Così operata la riqualificazione del rapporto di lavoro, l'atto di licenziamento intimato ai lavoratori il 28.12.2015 non può essere inteso come recesso *ante tempus*, ma come un vero e proprio licenziamento.

Quanto al secondo profilo, come anticipato in premessa, il legislatore italiano con il d.lgs. n. 23/2015 ha introdotto un nuovo sistema di tutele nel caso di licenziamento illegittimo, che si applica solo ai lavoratori assunti dal 7 marzo 2015 in poi e che – almeno in determinati casi – predispone una tutela del lavoratore meno incisiva rispetto a quella prevista dall'art. 18 St. lav. (così come modificato dalla l. n. 92/2012) e dall'art. 8 della l. n. 604/1966 (39).

Nel caso di specie, il Tribunale di Roma, desunta la natura a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro, ha correttamente ritenuto applicabile la disciplina dell'art. 18 e non la disciplina di cui al d.lgs. n. 23/2015, in quanto non si è avuta né instaurazione di nuovi rapporti di lavoro, e né conversione di contratto a termine anteriore (40), bensì prosecuzione *ex art.* 2112 c.c. di un precedente rapporto a tempo indeterminato instauratosi nel 2013.

Pertanto, stante l'illegittimità del licenziamento intimato ai lavoratori, il giudice ha disposto la reintegrazione *ex art.* 18, comma 4, St. lav., in quanto, ove lo si consideri intimato per giustificato motivo oggettivo, è «manifestamente insussistente il fatto» posto alla base del licenziamento, mentre qualora lo si intenda come disciplinare, il «fatto non sussiste» (41).

Questo è sicuramente uno dei punti cruciali della sentenza in esame. Difatti, il caso sottoposto all'attenzione del Tribunale di Roma consente di cogliere l'importanza della qualificazione del cambio appalto *labour intensive* come trasferimento d'azienda, dal momento che il rischio di passare alla tutela crescente si avverte, in particolare, al momento del cambio appalto, ove questo avvenga – come nel caso di specie – successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015 (42).

(38) Punto 15 della motivazione.

(39) Per una completa analisi del nuovo regime sanzionatorio introdotto dal d.lgs. n. 23/2015 si rinvia, tra gli altri, a Ballestrero 2015, 39 ss.; Zoppoli 2015, 11 ss.

(40) Il d.lgs. n. 23/2015 si applica, infatti, anche «nelle ipotesi di conversione, successiva all'entrata in vigore del presente decreto, di contratto a tempo determinato o di contratto di apprendistato in contratto a tempo indeterminato» (art. 1, c. 2, d.lgs. n. 23/2015).

(41) Cfr. punto 21 della motivazione.

(42) Cfr. Lozito 2015, 860. A tal proposito, è necessario segnalare che il rischio di passare alla tutela crescente sussiste anche con riferimento alle ipotesi di acquisizione di personale in forza di clausole di assorbimento della manodopera, introdotte dalla contrattazione collettiva

L'applicazione della disciplina del contratto a tutele crescenti, infatti, non garantirebbe ai lavoratori lo stesso livello di tutele predisposto dal «vecchio» regime sanzionatorio. Basti pensare che, proprio nel caso della sentenza che si commenta, qualora si considerasse il licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo illegittimo poiché «manifestamente insussistente il fatto posto alla base del licenziamento» (43), il giudice, nell'applicare il nuovo regime, non avrebbe mai potuto disporre la reintegrazione dei lavoratori, posto che per i licenziamenti economici illegittimi è prevista esclusivamente la «tutela indennitaria crescente forte» (44).

Un'ultima riflessione sia consentita con riferimento all'art. 7 del d.lgs. n. 23/2015, secondo cui, ai fini del computo dell'indennità, «l'anzianità di servizio del lavoratore che passa alle dipendenze dell'impresa subentrante nell'appalto si computa tenendosi conto di tutto il periodo durante il quale il lavoratore è stato impegnato nell'attività appaltata».

Un'interpretazione letterale della norma indurrebbe a ritenere che in tutti i casi di cambio appalto con passaggio di manodopera non possa configurarsi un trasferimento d'azienda. La norma sembra presupporre, infatti, che il primo contratto di lavoro sia risolto e venga stipulato un nuovo contratto, il quale non può che soggiacere alla disciplina del d.lgs. n. 23/2015, senza considerare che, per quanto sopra spiegato, il cambio appalto in alcuni casi integra un trasferimento d'azienda con la continuazione dell'originario rapporto di lavoro *ex* art. 2112 c.c. (e ovviamente anche con il mantenimento dell'anzianità). Ebbene, questa interpretazione dell'art. 7 sarebbe palesemente in contrasto con il diritto dell'Unione per le medesime ragioni evidenziate con riferimento all'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, vecchia formulazione. Pertanto, anche per tale disposizione normativa si impone l'esigenza di offrirne un'interpretazione coerente con i principi della Direttiva n. 2001/23/Ce. La norma, infatti, sarebbe compatibile con il diritto dell'Unione qualora la si considerasse utile, ai soli fini del calcolo dell'indennità per il licenziamento illegittimo, «in tutti i casi in cui il subentro di un nuovo appaltatore non integri trasferimento d'azienda» (45), confermando, così, che trasferimento d'azienda e cambio appalto *labour intensive*, pur essendo fattispecie «comunicanti fra loro» (46), sono tuttavia distinte e non sempre sovrapponibili.

al fine di proteggere l'occupazione dei lavoratori coinvolti nei cambi appalto. Difatti, nelle ipotesi in cui tale acquisizione di personale, avvenuta dopo il 7 marzo 2015, non sia qualificata come trasferimento d'azienda, pur essendo perseguite le finalità di garanzia occupazionale dei lavoratori coinvolti, ci si ritroverebbe dinanzi all'instaurazione di nuovi contratti di lavoro – non avendosi prosecuzione dei vecchi rapporti *ex* art. 2112 c.c. – che rientrerebbero nel campo di applicazione del d.lgs. n. 23/2015.

(43) Cfr. art. 18, c. 7, St. lav.

(44) Cfr. art. 3, c. 1, d.lgs. n. 23/2015.

(45) Villa 2016, 83.

(46) Lozito 2013, 153 ss.

Riferimenti bibliografici

- Alvino I. (2009), *La disciplina collettiva dell'appalto e della somministrazione*, in Maresca A. (a cura di), *Somministrazione di lavoro e appalti di servizi. Tra conflitto e competizione*, Franco Angeli, Milano, 69 ss.
- Ballestrero M.V. (2015), *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *LD*, n. 1, 39 ss.
- Bavaro V. (2006), *Il trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda*, in Curzio P. (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge n. 30/2003*, Cacucci Editore, Bari, 223 ss.
- Carabelli U., Veneziani B. (1999), *Il trasferimento d'azienda in Italia*, in Aa.Vv., *La transmisión de empresas en Europa*, Cacucci Editore, Bari, 103 ss.
- Carinci M.T. (2010), *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Giappichelli, Torino.
- Cester C. (2004), *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo di azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, in *Il trasferimento d'azienda*, in *QDLRI*, n. 28, 27 ss.
- Ciucciovino S. (2002), *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il d.lgs. n. 18/2001*, in De Luca Tamajo R. (a cura di) *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Esi, Napoli, 83 ss.
- Cosattini L.A. (2016), *Cambio appalto e trasferimento d'azienda: un intervento normativo poco meditato*, in *LG*, n. 11, 953 ss.
- Cosio R. (2004), *Appalti e trasferimenti di imprese*, in *FI*, IV, 1096 ss.
- De Luca Tamajo R. (2004), *La disciplina del trasferimento di ramo d'azienda dal codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003*, in De Luca Tamajo R. et al. (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 569 ss.
- Feltre A. (2015), *Successione negli appalti labour intensive: permane il diritto all'indennità di funzione*, in *ADL*, n. 2, II, 475 ss.
- Foglia R. (2004), *La giurisprudenza della Corte di Giustizia europea sulla nozione di trasferimento d'azienda*, in *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, n. 2, Giuffrè, Milano, 391 ss.
- Gragno E. (2004), *Contratti di appalto di servizi e trasferimento d'azienda*, in *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, n. 2, Giuffrè, Milano, 195 ss.
- Grandi M. (1972), *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, vol. 1, *Le modificazioni soggettive*, Giuffrè, Milano.
- Lamberti F. (2016), *Il trasferimento d'azienda nei settori labour intensive*, in *RGL*, n. 3, II, 322 ss.
- Lozito M. (2013), *Tutele e sottotutele del lavoro negli appalti privati*, Cacucci Editore, Bari.
- Lozito M. (2015), *Cambio-appalto e tutele (de)crescenti: un rischio da ridimensionare*, in *RGL*, n. 4, II, 857 ss.
- Maresca A. (2001), *Le «novità» del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *ADL*, n. 2, I, 587 ss.
- Novella M., Vallauri (2005), *Il nuovo art. 2112 c.c. e i vincoli del diritto europeo*, in *DLRI*, n. 2, 177 ss.

- Perrino A.M. (2005), *Trasferimento d'azienda e appalto di servizi: le relazioni pericolose*, in *FI*, I, 691 ss.
- Pizzoferrato A. (1998), *La nozione «giuslavoristica» di trasferimento d'azienda tra diritto comunitario e diritto interno*, in *RIDL*, I, 455 ss.
- Romei R. (2003), *Azienda, impresa, trasferimento*, in *DLRI*, n. 1, 49 ss.
- Romei R. (2004), *Il trasferimento d'azienda e gli orientamenti della dottrina*, in *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, n. 2, Giuffrè, Milano, 293 ss.
- Sambati S. (2014), *Successione nell'appalto di servizi e applicabilità delle garanzie dell'art. 2112 c.c.*, in *GI*, 1165 ss.
- Santoro Passarelli G. (2001), *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, in *ADL*, n. 2, I, 575 ss.
- Scarpelli F. (2004), *Appalto e distacco*, in Gragnoli E., Perulli A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 435 ss.
- Senatori I. (2004), *Successione in appalto di servizi e trasferimento di azienda tra ratio comunitaria e riforma del mercato del lavoro italiano*, in *RIDL*, II, n. 2, 404 ss.
- Speziale V. (2006), *Il trasferimento d'azienda tra disciplina nazionale e interpretazioni «vincolanti» della Corte di Giustizia europea*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 46.
- Villa E. (2016), *«Subentro» nell'appalto labour intensive e trasferimento d'azienda: un puzzle di difficile composizione*, in *LD*, n. 1, 69 ss.
- Zoppoli L. (2015), *Contratto a tutele crescenti e altre forme contrattuali*, in *DLM*, n. 1, 11 ss.

Donato Marino
Dottorando di ricerca
presso l'Università di Bari «Aldo Moro»

TRIBUNALE MILANO, 31.5.2016 – Est. Martello – A.F. (avv.ti Scarpelli, Angelone) c. F. Spa (avv.ti Morpurgo, Menicatti).

Discriminazioni – Atti ritorsivi nei confronti del dipendente che denuncia condotte illecite (cd. *whistleblower*) – Rilevanza dell'art. 54-bis, d.lgs. n. 165/2001, per le società private – Non sussiste – Discriminazione per convinzioni personali – Presupposti.

Le disciplina antidiscriminatoria a tutela del dipendente che denuncia condotte illecite all'autorità giudiziaria, ex art. 54-bis del d.lgs. n. 165/2001, non può trovare applicazione al di fuori delle pubbliche amministrazioni, non estendendosi alle società private partecipate da enti pubblici. Le condotte ritorsive nei confronti del cd. whistleblower potrebbero essere riconducibili al divieto di discriminazione per convinzioni personali, ma a tal fine è necessario che il dipendente abbia agito in forza di un sistema di principi e di valori distinti e differenziati da quelli della generalità dei cittadini e che tali convinzioni abbiano carattere di notorietà nel contesto aziendale, tale da poter ritenere che il soggetto discriminante ne fosse a conoscenza. (1)

(1) WHISTLEBLOWING E PRINCIPIO PARITARIO: ALCUNE RIFLESSIONI
SU TIPICITÀ E OGGETTIVITÀ DEI DIVIETI DI DISCRIMINAZIONE

1. — Con la pronuncia in commento il Tribunale di Milano ha escluso che rientri già astrattamente nella nozione di discriminazione diretta in ragione delle «convinzioni personali» il trattamento pregiudizievole, consistente nella marginalizzazione del proprio ruolo professionale, subito da un lavoratore addetto al servizio di controllo interno di una società per avere denunciato alle autorità giudiziaria e di polizia irregolarità imputabili ai vertici della sua datrice di lavoro.

Il percorso argomentativo della decisione muove dall'inapplicabilità alla fattispecie di causa delle garanzie assicurate ai cd. *whistleblowers* dalla l. n. 190/2012 (che ha introdotto nel d.lgs. n. 165/2001 un art. 54-bis al fine di tutelare «il pubblico dipendente che denuncia all'autorità giudiziaria o alla Corte dei conti, o all'Autorità nazionale anticorruzione (Anac), ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro»), in quanto riferibili solo al lavoro pubblico, e quindi dal carattere tipico e nominato dei fattori di protezione tutelati dal diritto derivato dell'Unione (segnatamente la Direttiva n. 2000/78) e dal diritto interno di attuazione (il d.lgs. n. 216/2003).

Ancora ritiene che, tra quei fattori, quello delle «convinzioni personali» si riferisca a «situazioni personali di varia natura purché riconducibili a un complesso di idee e di valori dotati di serietà, coerenza e importanza quali, a titolo esemplificativo, concezioni filosofiche non necessariamente riconducibili alla religione, stili di vita, dottrine, credenze, culture (per esempio il vegetarianesimo, il veganismo, il pacifismo, l'animismo), l'affiliazione sindacale eccetera».

A connotare tutti tali sistemi di idee e valori sarebbe, secondo il Tribunale di Milano, il loro carattere identitario: l'idoneità, cioè, a differenziare il soggetto che ne sia portatore dalla generalità degli individui.

Tuttavia, al fine di ricevere protezione, tali convinzioni dovrebbero essere altresì note almeno nel limitato contesto aziendale.

Un simile carattere, infatti, sarebbe necessariamente implicato dalla natura relazionale del dispositivo antidiscriminatorio e varrebbe comunque a evitare l'arbitraria estensione e l'uso strumentale dei divieti. In ogni caso poi, solo ove sia esternata (e quindi non resti confinata al foro interno) una qualsiasi convinzione potrebbe essere causalmente efficiente rispetto a qualunque trattamento differenziale.

Date queste premesse, il Tribunale esclude in primo luogo l'idoneità delle allegazioni del ricorrente a delineare adeguatamente, quale ragione ispiratrice della sua denuncia, un sistema di valori qualificabile nei termini sopra detti, giacché, da un lato, i valori di legalità e giustizia, che secondo la prospettazione del ricorso l'avrebbero mosso, dovrebbero ritenersi comuni a tutti i cittadini, e, dall'altro, nessun elemento di fatto allegato consentirebbe di attribuire al lavoratore una particolare e più intensa adesione a quei valori, tale da differenziarlo dai consociati.

In ogni caso, la discriminazione sarebbe comunque esclusa per essere rimasta indimostrata la notorietà delle dedotte convinzioni del ricorrente, così che la verosimile relazione causale tra il depauperamento delle sue mansioni e la denuncia da parte sua di comportamenti illeciti riferibili ai vertici aziendali si inquadrerebbe nella diversa fattispecie della ritorsione, estranea alle domande attrici e comunque certamente non accertabile nel rito previsto dall'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011.

La decisione, in quanto resa in una fattispecie in cui in fatto il giudice ha ritenuto provate «prassi gestionali deteriori [...] e soprattutto una serie di atti connotati da indebite pressioni, se non da intimidazioni, nei confronti del ricorrente», induce allora a interrogarsi sulla reale giustiziabilità dei divieti di discriminazione in conseguenza del carattere «condizionato e relativo» (1) di quella tutela.

2. — In proposito, è certo che il diritto antidiscriminatorio (di fonte essenzialmente eurounitaria) si sviluppi intorno a una peculiare idea di uguaglianza, incentrata sulla protezione di alcuni specifici caratteri, storicamente individuati (in quanto in relazione a essi, nell'esperienza storica degli Stati membri, si sono dati fenomeni socialtipici di sottoprotezione o di stigmatizzazione, in ogni caso di speciale vulnerabilità), e su un dispositivo di giustizia procedurale, rappresentato da un giudizio di relazione tra il soggetto portatore del fattore protetto e un terzo comparabile.

Entrambi i connotati originari del diritto antidiscriminatorio (la struttura relazionale del giudizio di discriminazione e la tipicità dei divieti) valgono quindi a differenziarlo profondamente dall'apparato protettivo incentrato sul principio di uguaglianza.

È ben noto peraltro come il sistema antidiscriminatorio, in ragione di diversi successivi interventi dei decisori dell'Unione e dell'opera della Corte di Giustizia, sia attraversato da una profonda trasformazione, dagli esiti incerti, e che parte della

(1) Barbera 2007, XXXI.

dottrina vede diretta «verso forme di illecito che rinviano a giudizi di tipo assoluto e un'apertura a forme non espressamente tipizzate di discriminazione» (2).

Un'evoluzione segnata in primo luogo dalla «smaterializzazione» del *tertium comparationis*, identificabile, dopo le direttive cosiddette di seconda generazione, anche con un soggetto non attualmente esistente o solo ipotetico, con effetti assai rilevanti sulla struttura dei dispositivi di protezione perché, all'esito di un giudizio di comparazione con un terzo solo ipotetico, possono all'evidenza essere riconosciuti al soggetto protetto trattamenti migliorativi non attribuiti, al momento del giudizio, ad alcun altro soggetto effettivamente e attualmente esistente, così che il meccanismo protettivo si avvicina in fatto alla tecnica consistente nella diretta attribuzione di utilità sostanziali.

E ancor più la ricostruzione dei caratteri distintivi del diritto antidiscriminatorio si rivela complessa se si ha riguardo alla fattispecie delle molestie, cui sono estranei giudizi di comparazione.

La trasformazione in atto tocca anche la tipicità dei divieti: così con l'estensione del catalogo dei fattori protetti anche a condizioni non necessariamente identificative di caratteri propri della persona, come accaduto in relazione all'uso del principio di non discriminazione al fine di assicurare tutele minime a fronte dell'utilizzo degli strumenti di flessibilizzazione del lavoro (3), ma soprattutto in esito all'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

È noto, infatti, come l'art. 21 (4) della Carta, oltre a introdurre nuovi fattori tipici non regolamentati dal diritto derivato (tra i quali merita ricordare il «patrimonio»), affermi articolarsi il divieto di discriminazione «in particolare» intorno ai fattori nominati, così rendendo plausibile la soluzione ermeneutica che assume l'elencazione come non tassativa.

Non può non rilevarsi tuttavia come tra il generale divieto affermato dall'art. 21 della Carta e le fattispecie tipiche regolate dal diritto derivato intercorra una relazione assai differente rispetto a quella che passa tra il principio generale di uguaglianza contenuto nell'art. 3 Cost. e i divieti tipizzati nella stessa norma. Infatti, quale che sia la lettura che si dia all'espressione «in particolare» contenuta nell'art. 21 della Carta, è un fatto che solo i fattori regolamentati dal diritto derivato siano assistiti dal robusto apparato protettivo descritto dalle direttive e vedano espressamente regolamentate deroghe e cause di giustificazioni (5), con effetti, almeno sul piano pratico-applicativo certo non irrilevanti.

(2) Barbera 2013, 148. Assumono come già avvenuto un tale «ampliamento di tipo universalistico della tutela antidiscriminatoria» Curcio, Guariso (2009, 257). In contrario, ritiene ancora coesistente alla nozione eurounitaria di discriminazione il carattere tipico dei divieti e la struttura relazionale del giudizio Ballestrero (2004, e da ultimo 2015, e più ampiamente, 2016); ancora per la nozione relazionale del giudizio di discriminazione De Simone 2003, 732; Izzi 2003, 430.

(3) Così, *in primis*, nella materia del contratto a termine, a opera della Direttiva n. 1999/70.

(4) Il cui testo recita: «È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza a una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale».

(5) La Corte di Giustizia ha ripetutamente affermato come l'ambito di applicazione di tali direttive non possa essere esteso per analogia a fattori non previsti espressamente dalle stesse

Sotto questo profilo, quindi, appare condivisibile la conclusione della pronuncia in commento di assumere applicabile la tutela antidiscriminatoria solo ove sia possibile riferire il trattamento deteriore lamentato dall'attore a uno dei fattori nominati.

3. — Piuttosto, quel che pare criticabile nella decisione del Tribunale di Milano (e ne determina la lettura restrittiva dei divieti di discriminazione) è la sua ricostruzione della nozione di «convinzioni personali» quale fattore di protezione.

Sul punto, in mancanza di una definizione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, appare ragionevole riferirsi (come si è riferito anche il giudice di Milano) alle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della C. Edu, secondo cui, «considerato isolatamente e nel suo significato ordinario, il termine “convinzioni” non è sinonimo dei termini “opinioni” e “idee”, nel senso in cui sono adoperate nell’articolo 10 della Convenzione, che garantisce la libertà di espressione: è più vicino al termine “credo” (in francese “convictions”))» e denota quindi idee che «raggiungono un certo livello di rigore, serietà, importanza» (Così C. Edu, 25.2.1982, *Campbell e Cosans c. Regno Unito*).

La direttiva tutela così la libertà di ciascuno di assumere un proprio sistema di valori (religioso o laico) (6) e di non essere in conseguenza discriminato, mentre una tale tutela, da un lato, non può estendersi a ogni e qualsiasi opinione nel senso di singolare valutazione di fatti e circostanze, e dall’altro, per converso, non può assistere condotte che siano non espressione di idealità, ma adempimento di obblighi giuridici.

Ed è su questo punto che le argomentazioni del Tribunale non paiono condivisibili, in quanto, come si è detto, assumono che «i valori di legalità e giustizia debbano essere comuni a tutti i cittadini e non costituiscano elementi di differenziazione e di identificazione di un soggetto rispetto agli altri».

Pare infatti a chi scrive che ciò che deve esigersi da tutti i cittadini (indipendentemente proprio dalle loro convinzioni personali e dalla loro idea di giustizia) sia piuttosto l’adempimento degli obblighi di legge dai quali sono gravati, che è all’evidenza altro dall’adesione personale ai valori che la legge esprime.

Detto in altri termini, se l’osservanza di un divieto o di un obbligo di legge non può *ex se* qualificarsi come espressione di una convinzione personale (in quanto tale condotta, per non essere facoltativa, non è per definizione manifestazione di scelte valoriali), l’adesione ai valori «della legalità e della giustizia» di cui dice la pronuncia di Milano può certamente costituire un sistema di valori (il «credo laico» della giurisprudenza già richiamata), in quanto orienti le scelte individuali oltre gli obblighi giuridici.

E merita rilevare come la stessa condotta quando attuata da soggetti diversi possa essere o meno indicativa di una tale «convinzione personale»: basti pensare proprio alla

(così C. Giust. 18.12.2014, C-354/13, *Fag og Arbejde*, secondo cui, «secondo la giurisprudenza della Corte, l’ambito di applicazione della Direttiva n. 2000/78 non deve essere esteso per analogia al di là delle discriminazioni fondate sui motivi elencati tassativamente nell’articolo 1 di quest’ultima; vd., altresì, C-13/05, *Chacón Navas*, punto 56; C-303/06, *Coleman*, punto 46»).

(6) Cfr., per questa osservazione, C. App. Roma 19.10.2012, in http://old.asgi.it/public/par-ser_download/save/corte_appello_roma_19102012.pdf, sulla nota vicenda delle mancate assunzioni dei lavoratori iscritti alla Fiom-Cgil. In dottrina (Aimo 2007), l’espressione «convinzioni personali» è stata ritenuta sinonimo di ideologia, di opinioni che connotano l’identità della persona. Nello stesso senso Chieco 2002; cfr. anche Bavaro 2003, Lepore 2003, Di Paola 2005.

denuncia di un reato, rispettivamente quando proveniente da un pubblico ufficiale che vi sia tenuto e quando invece riferibile a un cittadino che avrebbe potuto astenersene e che tuttavia vi si determini, magari con sacrificio personale e anche a rischio dell'incolumità propria e dei propri familiari.

Nella fattispecie di causa, allora, sarebbe potuta essere rilevante un'indagine in ordine alla posizione funzionale del lavoratore e quindi alla circostanza che alla denuncia egli fosse o meno obbligato, giacché nel secondo caso un comportamento chiaramente oppositivo rispetto ai vertici aziendali, tenuto, come accertato dal Tribunale, a fronte di «indebite pressioni, se non [di] intimidazioni», ben avrebbe potuto essere espressione di una motivazione ideale, e quindi di una «convinzione personale» nel senso sopra precisato (e sul piano delle definizioni astratte ritenuto anche dal Tribunale).

Ancor meno condivisibile poi è la pronuncia nella parte in cui assume come connotato necessario del fattore protetto la circostanza che esso fosse noto nell'ambiente lavorativo.

In tal modo, infatti, il Tribunale (pur negando di farlo) introduce nella fattispecie un elemento di soggettività invece escluso dalla nozione di discriminazione dalle fonti sovranazionali e ora anche dalla più recente giurisprudenza di legittimità.

Si tratta, come è noto, della decisione n. 6575/2016 della Corte di Cassazione, che, mutando un orientamento precedente più che consolidato, ha affermato la natura obiettiva e funzionale dei divieti di discriminazione, che proibiscono un effetto, non un motivo. Così che ciò che rileva, indipendentemente dalla volontà soggettiva dell'agente, è l'effetto del trattamento deteriore (o nelle discriminazioni indirette il rischio di particolare svantaggio). E a qualificare un tale effetto come discriminatorio è la sua obiettiva relazione causale con il fattore protetto.

In contrario, la decisione che si commenta, con il ritenere elemento di fattispecie la notorietà delle convinzioni personali del lavoratore, mostra di considerare all'evidenza necessaria quanto meno la consapevolezza da parte del datore di lavoro della relazione tra il trattamento differenziale e le convinzioni del lavoratore, il che non è diverso dal pretendere la prova di una soggettiva volontà di discriminazione.

Ove invece il divieto di discriminazione fosse stato apprezzato nella sua dimensione esclusivamente oggettiva, a far ritenere l'esistenza dell'illecito sarebbe bastato l'accertamento: a) del trattamento differenziale, rappresentato dal depauperamento delle mansioni del lavoratore rispetto a un termine di comparazione identificabile anche con lo stesso attore prima delle sue denunce; b) dell'effettività del fattore protetto, e quindi della riferibilità dell'azione del lavoratore all'idealità: la convinzione personale da lui rappresentata in ricorso.

Dimostrati questi fatti, per effetto del peculiare regime dell'onere della prova previsto dalle direttive antidiscriminatorie (7), sarebbe stato onere dell'azienda provare,

(7) Si vd., sul punto, per tutti, l'art. 10 della Direttiva n. 2000/78, secondo cui «Gli Stati membri prendono le misure necessarie, conformemente ai loro sistemi giudiziari nazionali, per assicurare che, allorché persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio della parità di trattamento espongono, dinanzi a un tribunale o a un'altra autorità competente, fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento». E, nel diritto interno, oggi, l'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011 e l'art. 40 del d.lgs. n. 198/2006.

allegando fatti specifici e verificabili, l'inesistenza della discriminazione. E a giudicare dall'apprezzamento dell'istruttoria operato dal Tribunale (di cui si è sopra detto) non sarebbe stato facile.

Riferimenti bibliografici

- Aimo M. (2007), *Le discriminazioni basate sulla religione e le convinzioni personali*, in Barbera M. (a cura di) (2007), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 43 ss.
- Ballestrero M.V. (2004), *Eguaglianza e differenza nel diritto del lavoro. Note introduttive*, in *LD*, 501 ss.
- Ballestrero M.V. (2015), *Discriminazione, ritorsione, motivo illecito. Distinguendo*, in www.osservatoriodiscriminazioni.org.
- Ballestrero M.V. (2016), *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione*, in *GDLRI*, vol. 150, 231 ss.
- Barbera M. (a cura di) (2007), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, IX ss.
- Barbera M. (2013), *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *RGL*, n. 1, I, 139 ss.
- Bavaro V. (2003), *Ideologia e contratto di lavoro subordinato*, in *GDLRI*, 204 ss.
- Curcio L., Guariso A. (2009), *Art. 21*, in Bisogni G. et al. (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, Chimienti, Taranto, 257.
- De Simone G. (2003), *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, in Barbera M. (a cura di), *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche sociali*, in *NLCC*, 711 ss.
- Di Paola L. (2003), *Discriminazioni sul posto di lavoro: si amplia l'area dei divieti*, in *NLCC*, 855 ss.
- Izzi D. (2003), *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie di seconda generazione*, in *DLRI*, 2003, 99 ss.
- Lepore A. (2003), *Parità di trattamento nell'occupazione e nelle condizioni di lavoro*, in *Diritto e Giustizia*, n. 34, 92 ss.

Elisabetta Tarquini
Magistrato della Corte d'Appello di Firenze

I

TRIBUNALE AOSTA, 13.5.2016 – Est. D'Abrusco – Società C. Spa (avv. Fognier) c. R.G.B. (avv.ti Berti, Scipioni).

Discriminazioni – Discriminazioni di genere – Retribuzione – Art. 38 del d.lgs. n. 198/2006 – Licenziamento individuale – Dirigenti – Danno non patrimoniale.

Il ristoro del danno patito a causa dell'illegittima discriminazione retributiva subita si sostanzia solo nella misura delle differenze retributive maturate tra quanto in effetti corrisposto alla lavoratrice dalla data della prima assunzione al dì del licenziamento e la somma, equa e corretta, che assicura la parità di trattamento tra la lavoratrice e le altre figure professionali presenti in azienda. (1)

II

TRIBUNALE AOSTA, 5.1.2016, decret. – Est. Gramola – R.G.B. (avv.ti Berti, Scipioni) c. Società C. Spa (avv. Fognier).

Discriminazioni – Discriminazioni di genere – Retribuzione – Art. 38 del d.lgs. n. 198/2006 – Licenziamento individuale – Dirigenti – Danno non patrimoniale.

La C. Spa è condannata al risarcimento del danno patito dalla lavoratrice a causa dell'illegittima discriminazione retributiva subita, nella misura delle differenze retributive maturate tra quanto in effetti corrisposto alla stessa dalla data della prima assunzione al dì del licenziamento e la somma di euro 130.000 annui. (2)

(1-2) DISCRIMINAZIONI DI GENERE E RICORSO EX ART. 38, D.LGS. N. 198/2006

SOMMARIO: 1. La rilevanza del caso. — 2. Le connessioni con il diritto comunitario. — 3. Il *decisum* delle due fasi. — 4. Indennizzo ulteriore e risarcimento per danno biologico. Incoerenze e conformità. — 5. Sintesi conclusiva.

1. — *La rilevanza del caso* — Le due pronunce in epigrafe si riferiscono a un ricorso ex art. 38, d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 (Codice delle pari opportunità), e sono tra loro connesse essendo espressione di un procedimento d'urgenza che consta di una fase sommaria e di una eventuale fase successiva (di opposizione). Le decisioni meritano annotazione in quanto costituiscono uno dei rari casi di esercizio dell'azione di

cui al citato art. 38, cui è stato riconosciuto il carattere di rimedio generale (1) per la tutela dei comportamenti che discriminano per genere, in violazione dei divieti di cui al Capo II, Titolo I, Libro III, d.lgs. n. 198/2006, o di cui all'art. 11, d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66, o comunque in caso di discriminazioni nell'accesso al lavoro, nella promozione e nella formazione professionale, nelle condizioni di lavoro compresa la retribuzione, nonché in relazione alle forme pensionistiche complementari collettive di cui al d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252.

Alla base del ricorso rileva la denuncia di una lavoratrice, dipendente di una nota casa da gioco dal 2012, in ordine al comportamento datoriale da lei ritenuto complessivamente discriminatorio nei suoi confronti, dal momento dell'assunzione fino al licenziamento (avvenuto il 6.10.2015). Inizialmente con contratto a termine e una retribuzione annua complessiva pari a 90.000 euro più un premio annuo di risultato pari a 10.000 euro e, poi, con contratto a tempo indeterminato, la ricorrente ha esercitato funzioni di dirigente Responsabile della Direzione amministrazione, finanza e controllo e Responsabile dell'ufficio patrimonio aziendale della società opponente. Dopo l'approvazione di un progetto di ricapitalizzazione aziendale e rilancio societario, la lavoratrice, risultata l'unica dirigente eccedente, è stata licenziata per adottati motivi economici. A seguito del licenziamento, la medesima ha promosso ricorso *ex* art. 38 lamentando un trattamento retributivo di gran lunga inferiore rispetto agli altri quattro dirigenti, tutti di sesso maschile, e anche una significativa differenza retributiva accertabile rispetto ad alcuni dipendenti di categoria sottostante alla propria. Dalla documentazione prodotta risultava che sei colleghi, con qualifica di quadro, percepissero il 40% in più rispetto alla dirigente e che la retribuzione della stessa fosse addirittura inferiore a quella corrisposta a un altro collega, impiegato.

Preme rimarcare che, a fronte della condotta discriminatoria denunciata, in cui il licenziamento discriminatorio era considerato dalla ricorrente come una delle componenti di una fattispecie discriminatoria complessa, il giudice, in fase sommaria come nella successiva, nel considerare la lamentela, ha proceduto secondo un approccio di selezione delle questioni controverse.

In detta operazione, il denunciato carattere discriminatorio del licenziamento ha ceduto al vaglio del principio di giustificazione. Vista alla luce della giurisprudenza prevalente, la posizione sembra assunta dai giudici a giusta ragione; infatti, secondo un noto orientamento, il riscontro di un motivo oggettivo alla base del licenziamento esclude di per sé l'indagine sul possibile motivo discriminatorio (2). Va pur detto, tuttavia, che in dottrina la questione non è del tutto pacifica. Un'automatica esclusione della discriminazione, siffatta, tende infatti a produrre, dopo la riforma dell'art. 18 St. lav., un ulteriore depauperamento nell'area della tutela reale, aggredendo la principale ipotesi che è possibile far valere per ottenere una misura sanzionatoria piena. Per di più, la stessa norma, novellata, impone che l'accertamento della natura discriminatoria del licenziamento debba essere operato in caso di licenziamento per

(1) Vd. T. Venezia 2.4.2008, con nota di Beghini (Beghini 2008). A quanto consta, una sola procedura risulta approdata in Cass. (ord. 21.5.2013, n. 12453), ma per motivi inerenti all'individuazione del giudice competente a decidere il ricorso.

(2) Cass. 28.9.2006, n. 21035; Cass. 22.8.2003, n. 12349, in *MGL*, 2003, 941. Cass. 13.12.2000, n. 15689, in *MGL*, 2001, 380; Vallebona 2011, 493.

g.m.o. e comunque indipendentemente dal motivo addotto dal datore di lavoro (art. 18, cc. 1 e 7) (3).

Le decisioni sul punto, quindi, sebbene coerenti con la giurisprudenza di legittimità, alimentano un quadro problematico in cui restano aperte questioni di decisiva importanza.

I provvedimenti del Tribunale di Aosta sono, invece, particolarmente degni di nota per aver riconosciuto una discriminazione sul piano dei trattamenti retributivi, con conseguenti pronunciamenti a favore della dirigente. Per detto aspetto, essi si innestano coerentemente nella tematica generale della parità di trattamento garantita dal diritto europeo e dalla stessa giurisprudenza della C. Giust.

Meno soddisfacente appare il prodotto quanto alla richiesta di risarcimento del danno non patrimoniale: il tema, affatto trattato dal primo giudice, è stato affrontato dal secondo, ma con esiti sfavorevoli alla lavoratrice. La questione rileva negativamente in quanto l'art. 38, d.lgs. n. 198/2006, prevede che il giudice possa disporre in ordine al risarcimento del danno anche non patrimoniale; essa resta, però, abbastanza circoscritta al caso concreto, cosa che induce a limitare l'enfasi critica (4).

2. — *Le connessioni con il diritto comunitario* — Noto il quadro generale sulla disciplina antidiscriminatoria, qui si evocano appena le norme di rango primario enunciate nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le storiche statuizioni del Trattato Ce, oggi contenute nell'art. 157 TfUe, quale espressione dello specifico obiettivo dell'eliminazione delle ineguaglianze, già previsto nel Trattato Ce e attualmente contemplato dall'art. 8 TfUe.

Il primo intervento normativo comunitario ha riguardato proprio la parità retributiva (Direttiva n. 75/117 del 10 febbraio 1975); dopo lo storico caso *Defrenne* (5), il principio si è andato affermando, parallelamente al diritto derivato in materia, grazie alla C. Giust., che ha riconosciuto l'efficacia diretta, verticale e orizzontale della disposizione del Trattato oggi contenuta nell'art. 157 TfUe.

Nel tempo, l'applicazione giurisprudenziale della disposizione sulla parità retributiva ha determinato un graduale ampliamento della definizione legale di retribuzione in ambito Ue. In ordine alle differenze retributive di genere, la C. Giust. ha chiarito che, se dai dati statistici disponibili emerge l'esistenza di una proporzione assai più rilevante in danno di una categoria (donne), la norma del Trattato impone al datore di

(3) L'idea di relegare il licenziamento discriminatorio in un ambito applicativo residuale, rispetto alla presenza di una giustificazione, era già contestata in Mazzotta 2010, 521; più di recente, altra dottrina non ha mancato di segnalare i correttivi applicati dalla giurisprudenza di merito successiva alla riforma Fornero: vd. Albi 2012, 17; Biasi 2013, 11; Lepore 2014. Condivisibile è la posizione di Barbera (2013, segnatamente 153-158), secondo cui la tutela antidiscriminatoria opera come limite esterno, per cui, trattando di discriminazione, sarebbe opportuno «abbandonare gli schemi concettuali del motivo illecito», poiché essi non sono in grado di garantire al lavoratore l'effettività della tutela implicando un sacrificio della stessa «alla luce delle ragioni d'impresa». In quest'ottica, in fase di accertamento, «la presenza di una giustificazione tipica non vale a escludere di per sé una discriminazione», ferma restando la necessità di provare gli elementi costitutivi della specifica fattispecie discriminatoria.

(4) Una soluzione diversa è, ad es., in C. App. Firenze 12.7.2016, n. 2626, 9, reperibile in www.wikilabour.it/Newsletter-archivio.ashx, n. 16, del 23 settembre 2016.

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

lavoro di giustificare tale differenza con elementi obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso (6). Gli effetti diretti della norma in parola possono essere invocati in caso di disparità retributive di genere riscontrate per lo stesso lavoro, prestato nella stessa azienda o nello stesso ufficio, senza distinzione tra settore privato o pubblico (7). Il principio non si limita solo a situazioni nelle quali uomini e donne svolgano simultaneamente mansioni uguali o di pari valore per uno stesso datore di lavoro, in quanto la discriminazione può sorgere anche in riferimento alla maggiore retribuzione percepita da un lavoratore di sesso diverso che abbia svolto le stesse mansioni in un periodo anteriore (8). La tutela in parola è ampiamente assicurata anche in caso di lavoro a tempo parziale. L'apertura del dato normativo ed ermeneutico verso il concetto di pari opportunità ha comportato un significativo passaggio di rilevanza dal fatto all'effetto discriminatorio, fino alla progressiva estensione della tutela dalla sfera delle discriminazioni di genere ai nuovi fattori di discriminazione (9). Il problema del *gap* retributivo di genere resta, ciò nonostante, attuale in Ue (10).

Entro questo quadro va collocata la giurisprudenza sui rimedi disponibili in caso di violazione del diritto antidiscriminatorio. A far data dagli anni ottanta, in tema di strumenti risarcitori e di misura del danno, rilevano una serie di pronunce riguardanti l'art. 6 della Direttiva n. 76/207, secondo cui gli Stati membri sono tenuti ad adottare provvedimenti «sufficientemente efficaci» da permettere a chiunque si ritenga leso da una discriminazione di far valere in giudizio i propri diritti. Il diritto derivato non prevede una sanzione specifica, ma impone agli Stati di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva ed efficace che produca un «effetto dissuasivo reale» nei confronti del datore di lavoro (11). In considerazione dell'*acquis* giurisprudenziale (12), la stessa Direttiva n. 76/207 è stata modificata nel suo art. 6, par. 2, prima di essere abrogata e sostituita dalla Direttiva n. 2006/54, di cui vanno certamente enucleati gli artt. 18 e 25.

A questo *acquis* e alla giurisprudenza sulla Direttiva n. 2006/54 va collegato il dibattito sui cd. danni punitivi. La C. Giust. ha affermato che l'effetto dissuasivo reale richiede la riparazione integrale dei danni effettivamente subiti, anche in forma pecuniaria (13), senza necessariamente implicare un diritto ai cd. danni punitivi ulteriori.

L'approccio della C. Giust., «in negativo», ha definito l'impegno richiesto agli Stati per effetto dell'art. 6 della Direttiva n. 76/207, negando, se del caso, la conformità del diritto nazionale al diritto Ue, senza mai dettare agli Stati una condotta

(6) C. Giust. 30.3.2000, C-236/98, *JämO*, con note di Gottardi (2000) e Izzi (2000).

(7) C. Giust. 31.3.1981, C-96/80, *Jenkins*; C. Giust. 7.2.1991, C-184/89, *Nimz*, punto 11; già *Defrenne*, cit., punto 1.

(8) C. Giust. 27.3.1980, C-129/79, *Macarthy c. Smith*.

(9) Per approfondimenti: Roccella, Treu 2016, 277 ss.; Roccella 2015, 244 ss.; Barbera (a cura di) 2007, e, *ivi*, in tema di discriminazioni di genere, Guaglianone 2007, 247 ss.

(10) Tra i numerosi documenti vd. Com (2007) 424; Com (2010) 491; Com (2013) 861; Raccomandazione n. 2014/124/Ue del 7.3.2014; altra documentazione e studi richiamati in Gottardi 2009, 27 ss.

(11) C. Giust. 10.4.1984, C-14/83, *von Colson e Kamann*, punto 18; C. Giust. 2.8.1993, C-271/91, *Marshall*, punti 22-24.

(12) Vd. *Marshall*, cit., e C. Giust. 22.4.1997, C-180/95, *Draehmpaehl*.

(13) In materia di licenziamento, vd. *Marshall*, cit., punto 25; C. Giust. 11.10.2007, C-460/06, *Paquay*, punto 44.

specifica. Essa ha qualificato come «sanzione» un provvedimento risarcitorio, ma non ha mai richiesto che quest'ultimo vada oltre una riparazione «adeguata».

In generale, la garanzia di una riparazione integrale è considerata, di per sé, un mezzo di dissuasione da comportamenti discriminatori. Tuttavia, «con i danni punitivi il sistema di responsabilità si arricchisce di una funzione moralizzatrice» che consente di «risarcire alcuni danni in aggiunta alla riparazione integrale», e il carattere repressivo di detta misura tende ad ampliare l'ambito dell'azione dissuasiva oltre la sfera dell'autore di un'accertata discriminazione. Per altri versi, l'istituzione obbligatoria di danni punitivi rischia di entrare in collisione con il principio del divieto di arricchimento senza giusta causa previsto dalla maggior parte degli Stati membri, e questa sembra essere la principale ragione per cui la C. Giust. non ha proceduto a un'armonizzazione in materia (14). La C. Giust. ha però fatto salva la possibilità che uno Stato adotti simili strumenti e affermato che spetta all'ordinamento giuridico interno «stabilire i criteri che consentano di determinare l'entità della sanzione, purché i principi di equivalenza e di effettività siano rispettati» (15).

Stante l'interpretazione di cui al caso *Camacho*, l'art. 18, Direttiva n. 2006/54, «è volto a imporre l'indennizzo o la riparazione del danno subito dalla persona lesa», ove statuisce che ciascuno Stato membro introduce nel proprio ordinamento giuridico le misure necessarie per garantire «un indennizzo o una riparazione reali ed effettivi» per il danno da discriminazione basata sul sesso. Detti rimedi devono essere «dissuasivi e proporzionati al danno subito» e l'indennizzo o la riparazione «non può avere un massimale stabilito *a priori*»; mentre i cd. danni punitivi vanno ricondotti all'art. 25 della Direttiva stessa, che «conferisce agli Stati membri la facoltà di adottare provvedimenti volti a sanzionare la discriminazione fondata sul sesso sotto forma di risarcimento alla vittima». In tal senso, la norma permette, ma non impone, il versamento dei cd. danni punitivi alla persona vittima di discriminazione (16); in assenza di una disposizione nazionale che preveda detto versamento, il citato art. 25 non consente al giudice nazionale di condannare l'autore della discriminazione a risarcire danni di questo tipo (17).

3. — *Il decisum delle due fasi* — Entrambe le decisioni si concentrano sulla violazione del principio di parità retributiva, ordinando il pagamento delle relative differenze retributive. Il nodo centrale attorno a cui è stato riscontrato l'illecito ha riguardato non tanto la comparazione della retribuzione della ricorrente rispetto alle retribuzioni degli altri dirigenti maschi, quanto piuttosto l'evidente superiorità della retribuzione dei lavoratori di livello inferiore.

Sotto questo aspetto, il percorso seguito dal giudice in fase sommaria è confermato in sede di opposizione al decreto, con piena omogeneità delle due sentenze.

Il metodo adottato è giusto, giacché rileva la sua coerenza rispetto alla combinazione degli artt. 25, c. 1, e 28, c. 1, d.lgs. n. 198/2006, che sanciscono la nozione di

(14) In questa prospettiva e per il virgolettato, vd. C. Giust. 3.9.2015, C-407/14, *Camacho*, conclusioni, punti 46, 28, 48, 49.

(15) C. Giust. 17.12.2015, C-407/14, *Camacho*, punto 44, che richiama anche altri casi in analogia; con con nota di Guarisio (Guarisio 2016).

(16) C. Giust., *Camacho*, punti 39-40.

(17) C. Giust., *Camacho*, punto 43; conf. *Camacho*, conclusioni, punti 53 e 56.

discriminazione diretta e il divieto di discriminazione salariale tra i generi, per cui la lavoratrice ha diritto alla stessa retribuzione del lavoratore quando le prestazioni richieste siano uguali o di pari valore.

L'approccio dei giudici è utile a negare la valenza del valore assoluto della retribuzione e quella del consenso sulla retribuzione dato dalla lavoratrice in fase negoziale. Superabile è così anche il discorso dell'obiezione relativa alla non comparabilità della posizione retributiva della lavoratrice rispetto agli altri dirigenti, data la differenza di mansioni e ruoli da costoro ricoperti. Si rimarca che il Tribunale di Aosta non manca di porsi il problema a riguardo, tanto è vero che il giudice che emette il decreto sottolinea la difficoltà della comparazione tra le figure dirigenziali (18); tuttavia, la decisione assunta non fa riferimento alla comparazione interna alla categoria, dando piuttosto rilievo alla migliore posizione retributiva dei sottoposti; il che corrobora e dà validità alla decisione stessa, stante che è evidentemente in quell'aspetto che si coglie l'essenza discriminatoria del comportamento datoriale, essendo illogico e illegittimo che chi opera a un livello inferiore venga retribuito di più di chi è inquadrato a un livello superiore (peraltro, con rischio di licenziamento *ad nutum*).

In questa chiave di lettura, trova una razionale giustificazione il *quantum* fissato ai fini del calcolo del differenziale retributivo dovuto alla ricorrente, consistente in un importo di poco superiore a quello pagato ai quadri e che resta comunque al di sotto della media delle retribuzioni dei dirigenti assunti prima e dopo di lei. Il giudice non ha dato luogo a un reale apprezzamento delle mansioni della dirigente ma, semplicemente constatando l'oggettiva e irrazionale differenza di trattamento retributivo emersa sul piano comparativo tra lavoratori appartenenti a categorie di livello diverso, ha condannato il datore di lavoro al pagamento delle differenze retributive.

La decisione appare logicamente sostenuta e palesemente corretta rispetto all'art. 25, d.lgs. n. 198/2006, propugnando il ricorso a un criterio oggettivo piuttosto che soggettivo; cosa che giustifica anche il procedere del giudice nel ritenere superflua la rilevanza dell'istruttoria decisa in base alla valenza confessoria della documentazione concernente i prospetti della retribuzione concessa ai lavoratori, in coerenza con la stessa impostazione della norma che sancisce l'inversione dell'onere della prova (19).

Principio indiscusso, ma comunque sottolineato da entrambi i giudici, è che non sia necessario acquisire alcuna prova in ordine al profilo intenzionale di operare una discriminazione retributiva di genere. Vero è che per determinare la «reazione punitiva dell'ordinamento» è sufficiente l'accertamento di una condotta discriminatoria, in sé considerata. Ciò a motivo della anti giuridicità del comportamento tenuto dal datore di lavoro in violazione dell'espreso divieto posto dalla legge. La discriminazione concretizza, infatti, un cd. illecito istantaneo, a effetti permanenti, ossia un illecito che si realizza nel momento in cui il divieto viene violato, con effetti che permangono fino a quando la condotta non cessa e/o venga rimossa (20).

Correttamente, perde, quindi, consistenza ogni tentativo di giustificare il tratta-

(18) Decreto, 3.

(19) Art. 40, d.lgs. n. 198/2006. L'inversione «parziale» ricalca il modello tedesco, sostenuto dalla C. Giust. e integrato, da ultimo, nella Direttiva n. 2006/54; vd. Roccella 2015, 267-268.

(20) Vd. Nausei 2016, 1333.

mento differenziato e, anzi, le tesi che cercano esimenti nella presunta gratificazione data alla lavoratrice attraverso un'anticipata trasformazione del suo rapporto di lavoro a termine in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, o che tendono a «sminuire e quasi ridicolizzare» (21) i risultati raggiunti e le mansioni stesse della lavoratrice rispetto ai lavoratori di qualifica pari o inferiore, sono ritenute dal Tribunale «confessorie della oggettiva discriminazione salariale» (22) patita dalla lavoratrice.

Si evidenzia che il tema dell'irrelevanza della congruità retributiva rispetto alle mansioni svolte e/o agli importi fissati dai contratti collettivi, correttamente emerso a opera del giudice della seconda fase del procedimento, a sostegno della tesi della non giustificabilità delle discriminazioni operate (23), ritorna in una logica rovesciata quando lo stesso giudice affronta la domanda di risarcimento del danno biologico.

In ordine al *decisum* sul danno, rileva in generale che altre questioni denunciate dalla ricorrente e astrattamente ricadenti nel divieto di discriminare sono state oggetto di valutazione e contemperamento da parte del Tribunale (24); per cui, riscontrata la sussistenza del g.m.o. ed escluso il licenziamento discriminatorio, la discriminazione retributiva risulta fattispecie assorbente di altri comportamenti scorretti tenuti in sede di licenziamento, che rappresenterebbero, appunto, «aspetti di contorno, coerenti con la generale discriminazione salariale operata». La logica argomentativa adottata dal giudice medesimo esclude, così, forme di ristoro del danno che vadano oltre il differenziale retributivo non pagato. Secondo il Tribunale, il danno si quantifica e si ristora con il pagamento di un differenziale pari a quello fissato nella fase sommaria, ritenuto, appunto, congruo e coerente rispetto a una serie di rilievi critici presi in considerazione (25).

4. — *Indennizzo ulteriore e risarcimento per danno biologico. Incoerenze e conformità* — La specifica previsione di cui al c. 1 dell'art. 38, d.lgs. n. 198/2006, condiziona il riconoscimento del danno non patrimoniale a un'apposita richiesta, oltre che alla sussistenza della prova. Nel caso in esame, la richiesta formulata per rivendicare lo specifico danno subito in costanza di cessazione del rapporto non è ritenuta sufficientemente precisa dal Tribunale. L'importo stabilito a ristoro del danno da discriminazione salariale riconosciuto dalla sentenza sembra essere onnicomprensivo, ossia teso a rimediare anche a quei comportamenti «di contorno», offensivi o stressanti, che, secondo il giudice, classicamente caratterizzano la fattispecie vietata dall'art. 28.

In ordine al comportamento registrato nel momento del materiale allontanamento dal luogo di lavoro della lavoratrice, sembrerebbe che il giudice, da una parte, scelga di qualificarlo come una modalità «ingiuriosa e mortificante», lesiva dell'onore (26),

(21) Così sent., 5, che richiama la memoria del 18.4.2016.

(22) Sent., 5.

(23) Sent., 8.

(24) Rileva la controversa questione del licenziamento che la lavoratrice avrebbe voluto riconoscere come discriminatorio e in tal senso «culmine ed esito finale della condotta» illegittima praticata nei suoi confronti. In ordine ai fatti accaduti dopo l'intimazione del licenziamento e alla risarcibilità di eventuali danni, cfr. decreto, 4, e sent., 5, 6, 10.

(25) Cfr. decreto, 4, sent., 10, decreto, 3, e sent. 9, relativamente ai comportamenti del datore di lavoro, assunti in costanza di rapporto e/o emersi in fase giudiziale, presi in esame dal giudice di merito.

(26) Sent., 5 e 10.

ma di sopraspedere dal momento che non è stata formulata una specifica domanda di risarcimento a riguardo; da altra parte, lo stesso giudice considera il fatto «coerente con la generale discriminazione salariale operata» (27), dunque ricadente nella fattispecie di cui agli artt. 25 e 28, ma, nel contempo, non prende in considerazione la domanda di ulteriore risarcimento dei danni non patrimoniali, presentata dalla lavoratrice sin dalla fase sommaria.

La decisione, disordinatamente argomentata, appare incoerente.

Va detto che il ricorso *ex* art. 38 ha avuto, nel tempo, una ridotta diffusione e, secondo alcuni, il dato sarebbe verosimilmente riconducibile alla «indeterminatezza della sua strumentazione sanzionatoria», ove non è stata mai chiarita la «portata reale della sanzione ipotizzata», che tende, tuttavia, a operare con buoni margini di certezza nel caso di discriminazione retributiva (28).

Se i ragionamenti su vicende specifiche rilevano poco sul piano teorico, alcuni aspetti dei provvedimenti in esame stimolano all'astrazione, considerati i limitatissimi casi di tutela antidiscriminatoria registrata in via giudiziale.

Fermo restando che l'azione *ex* art. 38 contempla la possibilità di chiedere un risarcimento per danno non patrimoniale, ci si chiede: il complesso dei comportamenti «di contorno» e la resistenza stessa di un datore di lavoro (già condannato in fase sommaria per una discriminazione palese e assolutamente inconfutabile), in particolare se sostenuta attraverso la formulazione di un'opposizione giudicata dal Tribunale «confessoria» e denigrante (29), potevano essere qualificati dal giudice alla stregua di un comportamento pregiudizievole integrante la cd. *vittimizzazione*, fattispecie astrattamente contemplata dall'art. 41-*bis*, d.lgs. n. 198/2006? E, dunque, sulla base dell'applicazione di detta disposizione, poteva essere riconosciuta una ulteriore somma in risarcimento (morale), magari, a titolo di sanzione esemplare? La questione, volutamente iperbolica, non si pone con l'intento surrettizio di attribuire un disvalore all'opposizione in sé – pur sempre esercizio di un diritto di azione –, bensì per sottolineare che i danni non patrimoniali derivanti da un comportamento discriminatorio vanno ristorati e possono continuare a prodursi nella sfera del soggetto discriminato, perfino attraverso un atto di opposizione dal contenuto denigratorio. La riflessione appare coerente se si considera che la lavoratrice denunciava di aver subito un comportamento complessivamente discriminatorio e che l'essenza della fattispecie di cui all'art. 41-*bis* è la reiterazione del pregiudizio posto in danno a un soggetto discriminato che agisce chiedendo il rispetto della parità.

Espunta la possibilità di riconoscere il danno da licenziamento ingiurioso, il danno non patrimoniale suscettibile di essere preso in considerazione rileva sotto il profilo del danno biologico, correlato allo stato di sofferenza fisica e psicologica derivante dalla discriminazione (30). Ma preme osservare che in ordine al danno non patrimoniale viene in evidenza anche un altro profilo di analisi: quello del danno morale, correlato al fatto di essere stati oggetto di una discriminazione.

(27) Sent., 10.

(28) Vd. Roccella 2015, 266.

(29) Vd. sent., 5

(30) C. App. Firenze, cit., in tema, esclude che il risarcimento del danno biologico possa essere assorbito nell'indennità di malattia.

Per quel che attiene al danno biologico, si osserva che il Tribunale pronunciandosi su questo aspetto lo abbia fatto sovrapponendo la questione del nesso causale e con un illogico recupero del valore assoluto della retribuzione: illogico perché in contrasto con la tesi dell'irrelevanza della congruità retributiva e con l'accertata discriminazione (31). Ciò influisce sull'altra componente del danno – quella morale –, riguardo cui non è concessa alla lavoratrice alcuna possibilità di recupero, finendo così per operare una negazione della reale volontà di legge: quella, appunto, della non commissione del fatto. È innegabile che l'art. 38, d.lgs. n. 198/2006, vuole che il comportamento discriminatorio sia punito e l'inciso che prevede «il risarcimento anche non patrimoniale» rafforza questa volontà in senso sostanziale. Con ciò, ben si coordina con l'art. 41-*bis*, d.lgs. n. 198/2006.

Il Tribunale di Aosta nega, invece, il riconoscimento di un ulteriore indennizzo ritenendo che esso «risulterebbe disancorato dalla necessità di assicurare un ristoro effettivo e si risolverebbe in una misura punitiva con effetti che esulano dalla *ratio* della previsione normativa» (32).

Rileva, giustappunto, la pronuncia comunitaria che ha definito il già citato caso *Camacho*: rinvio pregiudiziale, in materia di licenziamento discriminatorio, in cui il giudice nazionale ha chiesto se, in applicazione dell'art. 18 della Direttiva n. 2006/54, secondo cui il danno deve essere riparato o indennizzato in modo dissuasivo, dovesse concedere alla ricorrente un risarcimento superiore rispetto al risarcimento integrale del danno subito, sotto forma di danni punitivi, quale pena esemplare per il suo ex datore di lavoro, nonché per gli altri.

Questa giurisprudenza comunitaria suffraga eventuali obiezioni che possono essere sollevate contro la decisione assunta dal Tribunale di Aosta, considerato che il nostro ordinamento, nel Codice delle pari opportunità, prevede disposizioni riferite a «sanzioni» punitive, ma non esplicitamente sotto la forma di risarcimento danni alla persona discriminata. Resterebbe da capire se il risarcimento del danno non patrimoniale di cui all'art. 38, c. 1, pur non espressamente contemplato in una disposizione rubricante sanzione, possa essere interpretato alla luce del diritto comunitario come una sanzione *ex art.* 25, Direttiva n. 2006/54.

In questa prospettiva rileva la recente decisione di un altro giudice di merito, secondo cui la lavoratrice discriminata per sesso ha ragione a invocare la natura sia ripristinatoria che dissuasiva del cd. danno comunitario e a rivendicare un danno non patrimoniale ulteriore (rispetto a quello biologico) che ristori dignità, professionalità e immagine, rilevando, ai fini della quantificazione del danno, durata, reiterazione e intenzionalità delle condotte (33).

L'approccio adottato dal legislatore italiano in materia di diritto antidiscriminatorio è quello del ripristino dello *status quo*, e in tal senso la norma di cui all'art. 38, c. 1, è orientata alla rimozione dei comportamenti e/o dei criteri discriminatori. La *ratio legis* ricavabile non può che essere quella di impedire e punire le discriminazioni. Nell'ottica del danno punitivo mi pare che vada ancor più esplicitamente l'art. 28, c. 6, d.lgs. n. 150/2011 (34).

(31) Cfr. sent., 11 e 8.

(32) Così sent., 11.

(33) C. App. Firenze, cit.; sul danno comunitario, Cass., S.U., 15.3.2016, n. 5072.

(34) Conf. Guarisio 2016, 131, che segnala, quale unica applicazione della norma, T. Varese 2.7.2008, con nota di Guarisio (Guarisio 2008).

Va ribadito che, oltre ai rimedi di inibizione e ripristino, nel nostro ordinamento esistono vere e proprie misure sanzionatorie di tipo punitivo: per l'illecito di cui all'art. 28, c. 1, d.lgs. n. 198/2006 (35), l'art. 41, c. 2, d.lgs. n. 198/2006, e l'art. 1, cc. 1 e 5, lett. *a*, d.lgs. n. 8/2016, prevedono una sanzione amministrativa da 5.000 a 10.000 euro, salvo applicazione della sanzione ridotta (36); mentre in caso di inottemperanza all'ordine del giudice, contenuto nel decreto motivato e immediatamente esecutivo o nella sentenza del relativo giudizio di opposizione, che ordina la cessazione della condotta discriminatoria, ai sensi dell'art. 38, c. 4, d.lgs. n. 198/2006 (37), il datore di lavoro è punito con l'ammenda fino a 50.000 euro o l'arresto fino a sei mesi (38).

Soprattutto in ordine a quest'ultima sanzione, sembra decadere la possibilità di una pena punitiva (in forma risarcitoria) da assegnare in favore della lavoratrice discriminata per la dimostrata resistenza del datore a concedere la retribuzione spettante, se si ammette che il ricorso in opposizione sospenda la condizione di punibilità del datore di lavoro non ottemperante al decreto emesso in fase sommaria. In ogni caso, la sanzione di cui al predetto art. 38, c. 4, opererebbe non in diretto ristoro del danno subito dalla persona, ma a salvaguardia di un principio di legalità che impone l'adeguamento agli ordini impartiti dall'autorità giudiziaria.

Al di là delle modifiche che hanno interessato il sistema dei rimedi, la sussistenza di diverse forme di tutela risarcitoria prevista per le discriminazioni di genere e per le altre forme di discriminazioni e la pluralità dei giudici competenti a conoscere dei rimedi rendono il processo interpretativo abbastanza complicato (39).

Seppure si escludesse il carattere punitivo del risarcimento del danno non patrimoniale di cui all'art. 38, c. 1, preferendo restare nell'ottica della riparazione, verrebbe in soccorso l'*acquis* secondo cui essa «per soddisfare il requisito di dissuasione [...] dev'essere integrale e prendere in debita considerazione *tutte* le componenti del danno subito» (40).

Resta, perciò, qualche dubbio circa l'impossibilità di concedere un ulteriore indennizzo, sia rispetto alla *ratio* della norma interna, sia rispetto alla piena conformità al diritto Ue.

Nel caso in esame, la domanda di risarcimento del danno biologico è respinta: il Tribunale ha ritenuto che non sia in alcun modo dimostrabile il nesso di causalità tra la discriminazione salariale e il «disturbo dell'adattamento con ansia e depressione» che la ricorrente ha lamentato fornendo una certificazione psichiatrica della Asl.

La prova del nesso suddetto è considerata dal Tribunale non producibile neppure a mezzo di una consulenza medico-legale, ritenendo che lo psichiatra potrebbe «forse accertare l'esistenza del disturbo, ma non certo ricondurne l'origine» al comportamento discriminatorio subito.

(35) Modificato da art. 1, c. 1, lett. *s*, n. 1, d.lgs. n. 5/2010.

(36) *Ex* art. 16, l. n. 689/1981.

(37) Modificato da art. 1, c. 1, lett. *a*, n. 2, d.lgs. n. 5/2010.

(38) Fatte salve le ipotesi in cui si ammette sanzione ridotta (art. 15, d.lgs. n. 124/2004) e l'oblazione speciale di cui all'art. 162-*bis* c.p.

(39) Cfr. De Angelis 2008; sul sistema di sanzioni a tutela dei divieti antidiscriminatori, Nausei 2016, 1330; in tema di danno non patrimoniale da discriminazione, Amoriello 2015.

(40) Vd. *Camacho*, conclusioni, punto 57.

Qui si osserva che l'esclusione del nesso causale attraverso il rifiuto di mezzi di prova documentali o peritali nega, di fatto, che un soggetto discriminato possa avanzare pretese risarcitorie in caso di sofferenza psicologica o psichiatrica. Risultando, infatti, che la prova da fornire sia diabolica, sembrerebbe negarsi anche l'opportunità di avanzare una domanda di risarcimento per danno biologico. Questa logica, innestata nel quadro del diritto antidiscriminatorio, che ai fini dell'effettività della tutela delle persone discriminate ha addirittura introdotto un principio tipico del diritto penale in ordine agli aspetti probatori, appare alquanto distonica: poco attenta al reale piano degli effetti della discriminazione e più ancorata alla logica, data, di rimozione della disparità retributiva secondo un approccio funzionalistico di mercato.

In verità, alla decisione può essere data anche un'altra lettura. Emerge, velatamente, a mezzo di un inciso espresso dal giudice che nega categoricamente il nesso causale tra la discriminazione e il problema di salute lamentato dalla lavoratrice, che l'intento del giudice non sia quello di negare in via di principio la possibilità di liquidare il danno biologico. Il giudice lo nega qui in punto di fatto, dando luogo a quell'incoerente rovesciamento di prospettiva sulla congruità retributiva, cui si è già fatto cenno sopra: la remunerazione, risultata oggettivamente minore di quella dei colleghi maschi di categoria inferiore, viene ritenuta «pur congrua, remunerativa e conforme ai parametri costituzionali». Sembrerebbe che a tale congruità il giudice abbia voluto agganciare l'idea che il danno richiesto fosse inverosimile. In quest'ottica, innanzi alle considerazioni che apprezzano l'ammontare della retribuzione nei fatti erogata alla lavoratrice, recede anche la gravità del comportamento poco dignitoso subito dalla lavoratrice in fase di licenziamento, che è infatti ritenuto dal giudice minimo: «episodico e isolato» (41).

Se l'argomentazione che nega il successivo accertamento del danno biologico tramite il Ctu può, al limite, considerarsi concepibile (ma solo per la valenza decisiva del momento anamnestico) – e quindi è più accettabile la prospettiva che detto danno biologico non sussista per impossibilità di accertare il nesso causale –, più discutibile appare il mancato riconoscimento del danno morale, essendosi nei fatti palesemente realizzato, in quanto – si è detto – questa tipologia di danno è strettamente ancorata alla violazione del divieto di discriminare. Il rifiuto del danno non patrimoniale ulteriore, per questo specifico aspetto, è un'inaccettabile incoerenza, contraria alla *ratio* del provvedimento normativo, che senz'altro esige che le discriminazioni siano punite. Sul piano logico, negare la punizione equivale, infatti, a negare che la discriminazione ci sia stata.

Auspicabile sarebbe anche il ricorso a sanzioni accessorie: la diffusione della notizia di una condanna, oltre ad agire sul piano della dissuasione, favorisce l'accesso alla conoscenza del *law in the book* e *in action*, a vantaggio di più tempestive ed efficaci denunce contro le discriminazioni, con connessi effetti virtuosi. Sebbene la semplice richiesta di un diritto (quale un adeguamento retributivo) esponga sovente al rischio di pregiudicare gli equilibri del rapporto di lavoro e finanche la sicurezza del posto, vi è da dire che un eventuale licenziamento successivo a richieste di ade-

(41) Sent., 11.

guamento retributivo sarebbe palesemente ritorsivo e, stante il sistema delle tutele, preferibile a qualunque licenziamento giustificato da ragioni economiche (42).

5. — *Sintesi conclusiva* — In conclusione, le decisioni appaiono tecnicamente corrette in relazione all'individuazione della discriminazione retributiva e per il diniego del licenziamento discriminatorio; ma, in tal modo, risulta sfumata la prospettiva configurante una fattispecie discriminatoria complessa e sconfessata la tesi dottrinale che sostiene la resistenza della fattispecie discriminatoria rispetto a quella del g.m.o.

È plausibile che alcune incoerenze emerse dall'esame delle pronunce appartengano, in parte, al quadro ordinamentale interno e, in parte, a un errore di tipo processuale (il non riconosciuto risarcimento relativo al momento del licenziamento si giustificerebbe in quanto non manifestamente richiesto un danno da licenziamento ingiurioso). Discutibile è il non riconoscimento del danno biologico e contraddittoria appare l'argomentazione della congruità retributiva, indirettamente posta a perno dello stesso. Il pieno rispetto della *ratio legis* non sembra assicurato, particolarmente, in ordine al negato riconoscimento del danno morale. La conformità della decisione all'*acquis* comunitario resta di riflesso, per detti aspetti, abbastanza incerta.

Riferimenti bibliografici

- Albi P. (2012), *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 160.
- Amoriello L. (2015), *Alla ricerca della dissuasività. Il difficile percorso di affermazione dei principi* *Ue in tema di danno non patrimoniale da discriminazione*, in Allamprese A. (a cura di), *Il danno nel diritto del lavoro. Funzione risarcitoria e dissuasiva*, Ediesse, Roma, 163 ss.
- Barbera M. (a cura di) (2007), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè.
- Barbera M. (2013), *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in RGL, n. 1, I, 139 ss.
- Beghini V. (2008), *L'azione individuale sommaria contro le discriminazioni di genere in alcune pronunce di merito*, in RGL, n. 4, II, 813 ss.
- Biasi M. (2013), *Il nuovo art. 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona». IT, n. 181.
- Cominato C. (2009), *Divieti di discriminazione di genere nella giurisprudenza nazionale*, in Calafà L., Gottardi D. (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio*, Ediesse, Roma, 157 ss.
- De Angelis L. (2008), *Il danno da discriminazioni tra risarcimento e sanzione civile*, in RGL, n. 4, I, 599 ss.

(42) Alla luce del nuovo art. 18 St. lav. appare superato il vincolo del motivo esclusivo (Cass. 16.12.1997, n. 12710; Cass. 9.3.2011, n. 5555), vd. Lepore 2014, 546. Sulla tendenza della tutela antidiscriminatoria quale sola forma di tutela assoluta del diritto al mantenimento del posto di lavoro, dopo le modifiche alla norma, Barbera 2013, 141 ss.; tuttavia, sulla limitata applicazione della disciplina antidiscriminatoria cfr. Barbera 2013, 139, e Lepore 2014, 556-562; vd. Cominato 2009, 157; vedi anche RGL, 2008, n. 4.

- Gottardi D. (2000), *Trattamenti retributivi differenziati e principio di parità uomo-donna: la Corte Cee restringe il confronto alla sola retribuzione base*, in *MGL*, 891 ss.
- Gottardi D. (2009), *Lo stato di avanzamento dei lavori a livello di istituzioni europee sulla parità di genere*, in Calafà L., Gottardi D. (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio*, Ediesse, Roma, 21 ss.
- Guaglianone L. (2007), in Barbera M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 2007, 247 ss.
- Guariso A. (2008), *Il diritto antidiscriminatorio tra solennità dei principi e modestia dei rimedi*, in *RCDL*, n. 3, 947 ss.
- Guariso A. (2016), *Risarcimento «comunitario» integrale, dissuasione e danni punitivi*, in *RGL*, n. 2, II, 125 ss.
- Izzi D. (2000), *Problemi relativi all'applicazione del principio di parità retributiva tra uomini e donne*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1263 ss.
- Lepore A. (2014), *Non discriminazione, licenziamento discriminatorio ed effettività delle tutele*, in *RGL*, n. 3, I, 531 ss.
- Mazzotta O. (2010), *Manuale di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 521 ss.
- Nausei P. (2016), *Il lavoro dopo il d.lgs. n. 8/2016. Le sanzioni a tutela dei divieti di discriminazione*, in *DPL*, n. 22, 1329 ss.
- Roccella M. (2015), *Manuale di diritto del lavoro*, a cura di Guarriello F., Gottardi D., VI ed., Giappichelli.
- Roccella M., Treu T. (2016), con Aimo M., Izzi D., *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 280 ss.
- Vallebona A. (2011), *Istituzioni di diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino.

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

CASSAZIONE, 16.9.2016, n. 18195 – Pres. Amoroso, Est. Bronzini, P.M. Ceroni (conf.) – T.D. e al. (avv. Salvia) c. Sata (avv.ti Amendolito, De Luca Tamajo).
Conf. Corte d'Appello di Potenza, 13.5.2010.

Sciopero – Festività – Assenza di prestazione lavorativa – Diritto alla retribuzione – Non sussiste.

In caso di festività che ricadono in un periodo di sciopero ininterrotto non è dovuta la retribuzione in mancanza di prestazione lavorativa in quanto lo sciopero non è un'ipotesi di assenza giustificata dal lavoro (assimilabile a malattia o a infortunio), bensì l'esercizio di un diritto costituzionale individuale a esercizio collettivo a non svolgere l'attività lavorativa per la tutela di interessi e finalità costituzionalmente protetti che determina la sospensione degli obblighi contrattuali tra le parti, fra i quali rientra l'obbligo retributivo a carico del datore di lavoro. (1)

(1) FESTIVITÀ DURANTE IL PERIODO DI SCIOPERO E SOSPENSIONE DELL'OBBLIGAZIONE RETRIBUTIVA

1. — Il caso in esame trae origine dalla domanda di alcuni lavoratori di vedersi riconosciute le retribuzioni per le festività del 25 aprile e del 1° maggio. Le dette festività erano cadute in un periodo di sciopero della durata ininterrotta di 21 giorni a cui i ricorrenti avevano aderito, ragion per cui il Tribunale di Melfi, adito sulla questione, aveva rigettato i ricorsi, rilevando che nel suddetto periodo non vi era stata prestazione lavorativa.

La sentenza di primo grado veniva confermata in sede di gravame. La Corte d'Appello osservava in particolare che la pretesa del pagamento della retribuzione della giornata lavorativa presupponeva la piena effettività della prestazione. Nel caso in esame ciò non era avvenuto, visto che le giornate di cui i ricorrenti chiedevano la retribuzione cadevano in un periodo ininterrotto di sciopero legittimamente indetto dai lavoratori, il quale – in quanto tale – aveva sospeso per l'intero periodo le reciproche

obbligazioni, tra le quali anche il pagamento della retribuzione per i giorni di festività ricadenti in esso.

La tesi oggi dominante definisce lo sciopero come «diritto individuale a esercizio collettivo» (Giugni 2006, 229; Galantino 2009, 207; Alaimo, Caruso 2012, 273; Ballestrero 2012, 378; Del Punta 2014, 260), ove l'espressione sta a significare che la titolarità del diritto costituzionale è in capo al singolo lavoratore, ma che il suo esercizio deve essere collegato alla difesa di un interesse collettivo, cosicché ciò che conta realmente non è il numero di coloro che sospendono la prestazione lavorativa, bensì la funzione di tale sospensione, quale mezzo di pressione a difesa di un interesse collettivo. Peraltro il diritto in questione è anche uno dei diritti sovranazionali più importanti, come stabilito nell'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Cfr. Barnard 2014, 773 ss.).

Non vi sono questioni sull'effetto giuridico che l'esercizio del diritto di sciopero produce sul rapporto di lavoro. In quanto esercizio di un diritto, l'astensione dall'attività lavorativa configura un comportamento lecito e non un inadempimento contrattuale, anche se, dal punto di vista fattuale, esso corrisponde alla mancata esecuzione dell'obbligazione dedotta in contratto. Facendo, in pratica, applicazione del principio *qui iure suo utitur, neminem laedit*, lo sciopero non può essere stigmatizzato né come un illecito contrattuale, né come un'infrazione disciplinare, ed eventuali pattuizioni individuali tese a impedire da parte del datore l'esercizio di esso sarebbero nulle in quanto contrarie a norma imperativa ex artt. 1344 e 1418 c.c. (Calamandrei 1952, 241).

In seguito all'esercizio dello sciopero si ha dunque la sospensione del rapporto di lavoro e di conseguenza, in virtù del rapporto sinallagmatico, anche delle principali obbligazioni in esso dedotte: la prestazione lavorativa da un lato e, dall'altro, la retribuzione. L'opinione è pacifica (Vd., per tutti, ancora Giugni 1992, 3), anche se non sono mancate opinioni contrarie in dottrina; queste, richiamando l'art. 2110 c.c., hanno parificato lo sciopero a una di quelle cause di sospensione che, «essendo previste per legge o per contratto», non suspenderebbero l'obbligo del datore di lavoro di continuare a corrispondere la retribuzione, quali la malattia o le ferie (Calamandrei 1952, 242).

Se dunque lo sciopero sospende le reciproche obbligazioni contrattuali e quindi anche la retribuzione, bisogna però vedere se lo stesso sospende l'obbligo dell'intera prestazione retributiva o solo una parte di essa e, eventualmente, di quale parte.

Orbene, in caso di sciopero non si ha la *integrale* sospensione del rapporto di lavoro, e dunque rimangono in vita i diritti retributivi legati all'anzianità di servizio (tipici gli scatti di anzianità), nonché quelli derivanti dalla mera sussistenza del rapporto di lavoro, quali gli automatismi salariali (Cass. 23.11.2010, n. 23683, in *OGL*, 2010, 837), mentre la sospensione riguarda tutti quegli elementi che abbiano carattere retributivo, anche differito, quali la gratifica natalizia, le mensilità aggiuntive e il Tfr, i quali andranno così proporzionalmente ridotti (Cfr. Santoni 1999, 72-73; Pinto 1996, 239; Giugni 1992, 4; in giurisprudenza, vd., tra le più recenti, Cass. 26.5.2001, n. 7196, in *NGL*, 2001, 554).

Più dibattuta appare la sorte del periodo di ferie e della relativa indennità sostitutiva. Vi è chi ritiene che, posto che le ferie rispondono all'esigenza di reintegrare le energie spese durante i periodi di lavoro e che in costanza di sciopero nessuna energia

viene spesa, esse – e la relativa indennità – vanno ridotte proporzionalmente al periodo di astensione dal lavoro conseguente allo sciopero (Santoni 1999, 73; vd., in giurisprudenza, Cass. 15.2.1985, n. 1315, in *MGL*, 1985, 161). D'altra parte, non si manca di rilevare come la Costituzione ponga, come elemento necessario per la nascita del diritto alle ferie, non tanto l'effettuazione concreta della prestazione lavorativa, bensì l'essere legati a un vincolo di subordinazione: vincolo che non viene meno in caso di esercizio del diritto di sciopero, il quale non sospende l'intero rapporto (Giugni 1992, 5).

Altrettanto dibattuta è la questione se lo sciopero impedisca la retribuzione del lavoratore in malattia, anche se il più recente orientamento della Cassazione riconosce, sul punto, il diritto del prestatore alla relativa indennità (Cass. 31.5.2010, n. 13256, in *RGL*, 2010, II, 729, con nota di Peruzzi; cui *adde* Cass. 9.4.1998, n. 3691, in *GLav.*, 1998, n. 31, 20. Per l'orientamento contrario, ma più risalente, vd. Cass. 13.6.1984, n. 3529, in *OGI*, 1984, 1072; Cass. 23.4.1982, n. 2522, in *RIDL*, 1983, II, 50).

Ebbene, cosa succede invece in caso di festività?

L'obbligo del datore di lavoro di erogare al lavoratore un emolumento durante le festività nazionali del 25 aprile, del 1° maggio e del 2 giugno è stabilito dall'art. 1 della l. 31.3.1954, n. 90 (che ha sostituito integralmente l'art. 5 della l. 27.5.1949, n. 260). Al comma 1 di tale articolo si prevede che, in occasione delle festività suddette, tutti i dipendenti dello Stato, degli enti pubblici e dei datori di lavoro privati che non sono retribuiti in misura fissa, bensì in relazione alle ore di lavoro svolte, hanno diritto alla «normale retribuzione globale di fatto giornaliera compreso ogni elemento accessorio».

Nonostante i tentativi di ricostruire l'emolumento in discorso come risarcimento del danno oppure come gratifica (Cfr. Garofalo, Genoviva 1984, 272-273), il trattamento stesso rivelerebbe invece il suo carattere di corrispettività *in primis* in base alla lettera della l. n. 90 del 1954, la quale parla soltanto di «retribuzione». Ancora, l'obbligo che la norma impone escluderebbe, per un verso, la natura di gratifica che, essendo una liberalità, è atto facoltativo, e, per altro verso, il carattere di risarcimento, in quanto il pagamento è posto a carico del datore di lavoro senza la presenza di un fatto illecito.

L'emolumento dovuto dal datore ha, quindi, lo scopo di evitare che la pausa prevista *ex lege* si risolva in un pregiudizio economico per il lavoratore, ed è sicuramente connesso con il rapporto di lavoro, ma è anche legato da un nesso sinallagmatico con la prestazione lavorativa, ragion per cui la corrispettività viene a mancare ove manchi *volontariamente* quest'ultima.

Inoltre l'art. 2, c. 1, lett. *a*, della l. n. 90/1954, stabilisce che il trattamento di cui sopra debba essere corrisposto per intero al lavoratore anche ove questo «risulti assente dal lavoro» per gravidanza, infortunio, malattia, riduzione dell'orario di lavoro, sospensione dovuta a riposo compensativo del riposo settimanale oppure dovuta a coincidenza della festività con la domenica o altro giorno festivo.

Particolarmente interessante è sul punto la lett. *c* del c. 1 in discorso, ove si specifica «sospensione dal lavoro, a qualunque causa dovuta, indipendente dalla volontà del lavoratore». Collegando quanto previsto da quest'ultima norma con la natura retributiva dell'emolumento e con il principio di corrispettività, ne deriva come la prestazio-

ne del datore sia dovuta anche in caso di assenza involontaria dal posto di lavoro per causa non imputabile al lavoratore, ma non lo sia ove detta assenza invece sia dipesa da suo comportamento consapevole.

Lo sciopero quindi non può essere assimilato a una delle cause previste dall'art. 2 della l. n. 90/1954, in quanto configura astensione volontaria che, pur escludendo l'inadempimento e mantenendo in vita il rapporto, sospende le reciproche prestazioni. Ne consegue che, se la somma dovuta per le festività ha natura di retribuzione, la stessa non deve essere pagata dal datore in costanza di sciopero (Cass. 16.11.2000, n. 14828, in *MGL*, 2001, 172).

Di diverso avviso è invece una parte – più risalente – della dottrina; questa, partendo dalla definizione del trattamento come gratifica, e dalla non tassatività dell'elenco di cui all'art. 2 della l. n. 90/1954, ha configurato, in caso di sciopero, l'illegittimità della mancata corresponsione del trattamento. Secondo questa interpretazione, considerare l'elencazione di cui all'art. 2 come tassativa significherebbe privare la norma del suo significato intrinseco, ossia garantire ai lavoratori la retribuzione nel giorno festivo proprio perché durante esso non si lavora (Cfr. Buccisano 1961, 36-37). In secondo luogo, la somma erogata per la festività sarebbe dovuta per il solo fatto dell'attualità del rapporto di lavoro, non del suo concreto svolgimento (Cfr. Smuraglia 1952, 301-302).

L'interpretazione in argomento sembra però – come già ricordato – smentita proprio dal dato letterale della l. n. 90/1954. Questa, infatti, da un lato, parla sempre e solo di «retribuzione», optando così per la natura retributiva della somma dovuta; dall'altro, all'art. 2, comma 1, lett. *a*, assimila le «assenze per giustificati motivi» alle ipotesi di malattia, gravidanza e infortunio, ossia a cause oggettive di impossibilità al di fuori del controllo del lavoratore, e alla lett. *c* contempla la «sospensione dal lavoro, a qualunque causa dovuta, indipendente dalla volontà del lavoratore». La legge escluderebbe quindi lo sciopero che, pur essendo esercizio di un diritto, configura proprio una sospensione *volontaria* del rapporto di lavoro.

Venendo ora alla sentenza in commento, la stessa ha rigettato il ricorso, ritenendolo infondato.

I ricorrenti avevano denunciato la violazione e falsa applicazione proprio degli artt. 1 e 2 della l. n. 90/1954, in quanto lo sciopero configurerebbe una causa di assenza giustificata dal lavoro.

Con la motivazione di rigetto, la Cassazione aderisce alla conclusione del giudice di merito, consolidando l'orientamento giurisprudenziale (Cfr. Cass. 16.11.2000, n. 14828, cit.) che esclude la configurazione dello sciopero come giustificato motivo di assenza dal posto di lavoro, e come tale assimilabile alla malattia, all'infortunio o comunque a una delle cause previste dall'art. 2 della l. n. 90/1954.

Nella sintetica argomentazione della Cassazione, l'astensione a seguito di sciopero viene configurata come esercizio di un diritto di rango costituzionale che determina la sospensione per entrambe le parti degli obblighi nascenti dal contratto di lavoro, e quindi, per ciò che qui interessa, dell'obbligo del datore di retribuire il lavoratore.

Tale orientamento di legittimità appare condivisibile. Invero – come già ricordato – il tenore letterale della l. n. 90 del 1954 sembra escludere la natura di gratifica del trattamento dovuto per le festività, agganciando la sua esigibilità non al rapporto di lavoro in sé e per sé, ma alla effettiva prestazione, giusta il principio di sinallagma-

ticità. Né, d'altra parte, la legge pare ricomprendere lo sciopero tra quelle cause di astensione involontaria o comunque oggettiva – non dipesa cioè da una scelta diretta del lavoratore – che giustificano l'obbligo del datore al pagamento dell'emolumento in questione.

Pertanto, una festività che – come nel caso in questione – ricade nel periodo di sciopero non fa sorgere il diritto del lavoratore alla relativa retribuzione. L'astensione volontaria, infatti, per quanto legittima – trattandosi dell'esercizio di un diritto di rango primario, sia a livello costituzionale che dell'Unione europea (Vd., fra gli altri, Barnard 2014) –, determina la sospensione del rapporto di lavoro e quindi delle relative reciproche prestazioni. Se, da un lato, il lavoratore non è tenuto a prestare la sua attività lavorativa, dall'altro, il datore, in virtù della corrispettività, non è tenuto a erogare la retribuzione.

E se il trattamento dovuto in caso di festività ha natura retributiva e non di gratifica, il rapporto sinallagmatico blocca il diritto del lavoratore a riceverlo in caso di sciopero.

Riferimenti bibliografici

- Alaimo A., Caruso B. (2012), *Diritto sindacale*, il Mulino, Bologna.
Ballestrero M.V. (2012), *Diritto sindacale*, IV ed., Giappichelli, Torino.
Barnard C. (2014), *Article 28*, in Peers S. et al. (a cura di), *The EU charter of fundamental rights: a commentary*, Bloomsbury Publishing, 773 ss.
Buccisano O. (1961), *Le ricorrenze festive*, in *RGL*, II, 34 ss.
Calamandrei P. (1952), *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *RGL*, I, 221 ss.
Del Punta R. (2014), *Diritto del lavoro*, VI ed., Giuffrè, Milano.
Galantino L. (2009), *Diritto sindacale*, XVI ed., Giappichelli, Torino.
Garofalo D., Genoviva P. (1984), *Lo sciopero*, Utet, Torino.
Giugni G. (1992), voce *Sciopero (Ordinamento italiano)*, in *EGT*, XXVIII, Roma, 1 ss. dell'estratto.
Giugni G. (2006), *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari.
Orlandini G. (2016), voce *Conflitto*, in *ED, Annali*, Giuffrè, Milano, 95 ss.
Pinto V. (1996), voce *Sciopero*, in *DDPComm.*, XIII, Utet, Torino, 219 ss.
Santoni F. (1999), *Lo sciopero*, IV ed., Jovene, Napoli.
Smuraglia C. (1952), *La retribuzione nelle festività nazionali in caso di sospensione del lavoro*, in *RGL*, II, 300 ss.

Federico Pascucci

*Dottore di ricerca in Diritto dell'economia
presso l'Università Politecnica delle Marche*

CORTE D'APPELLO TORINO, 4.8.2016 – Pres. Girolami, Est. Milani – Fiom Cgil Torino (avv.ti Poli, Ingegneri) c. Inpeco Spa (avv.ti Dirutigliano, Ropolo).

Rappresentanze sindacali unitarie – T.U. sulla rappresentanza 10.1.2014 – Indizione dell'assemblea – Decisione collegiale.

Alla luce dell'art. 7 della seconda parte del T.U. sulla rappresentanza 2014 le Rsu assumono a maggioranza le decisioni relative alle materie di propria competenza. Tale principio si applica anche all'indizione dell'assemblea. (1)

(1) RSU E INDIZIONE DELL'ASSEMBLEA ALLA LUCE DEL T.U. 2014

1. — La pronuncia in commento si occupa di uno dei momenti *clou* nella dinamica delle relazioni sindacali nei luoghi di lavoro: la convocazione dell'assemblea.

Il diritto di assemblea, sancito dall'art. 20 St. lav., non solo rappresenta la più evidente espressione della libertà di manifestazione del pensiero (art. 1 St. lav.) e dell'effettività dello svolgimento dell'attività sindacale in azienda garantito dall'art. 14 St. lav. a tutti i lavoratori, ma implica anche il coinvolgimento delle rappresentanze sindacali (Rsa o Rsu), deputate a indire le riunioni, nonché la collaborazione del datore di lavoro, che mette a disposizione i locali e subisce gli effetti della sospensione dell'attività produttiva (Per un approfondimento sul diritto di assemblea, vd. Santoro Passarelli 2015, 58; Giugni *et al.* 2014, 108; Galantino 2014, 75).

Cosa succede quando questo meccanismo così ben congegnato si inceppa perché il datore di lavoro nega lo svolgimento dell'assemblea durante l'orario di lavoro? A prima vista tale condotta sembrerebbe connotata dall'antisindacalità e richiederebbe la tutela forte di cui all'art. 28 St. lav. Però, se il rifiuto datoriale fosse motivato dalla mancanza di legittimazione del soggetto che ha convocato l'assemblea, il discorso potrebbe cambiare.

Questo è il nodo che la Corte d'Appello di Torino è chiamata a sciogliere nella pronuncia in commento.

2. — Con ricorso *ex art.* 28 St. lav., la Fiom Cgil di Torino chiedeva l'accertamento della condotta antisindacale posta in essere dalla Inpeco Spa, che si era opposta allo svolgimento dell'assemblea indetta dal componente Fiom della Rsu. La Società resistente affermava la legittimità del proprio diniego, motivato dal fatto che la richiesta di assemblea fosse stata sottoscritta solo dal rappresentante della Fiom e non dalla maggioranza dei componenti della Rsu.

Il Tribunale di Torino respingeva il ricorso, in quanto il rifiuto del datore non poteva configurare una condotta antisindacale perché la convocazione dell'assemblea non era stata effettuata collegialmente, come previsto dall'art. 7 della parte seconda del T.U. sulla rappresentanza sottoscritto il 10.1.2014 da Confindustria e dalle Oo.Ss. Cgil, Cisl e Uil, applicabile al caso di specie.

La Fiom contestava tale interpretazione della citata clausola del T.U. 2014 e pro-

poneva opposizione al decreto. Il Tribunale di Torino respingeva l'opposizione e avverso questa sentenza l'organizzazione sindacale ricorreva alla Corte d'Appello, chiedendone l'integrale riforma. La Società appellata, costituitasi in giudizio, chiedeva la conferma della sentenza impugnata.

La Corte adita, nella pronuncia in commento, aderisce alle argomentazioni del giudice di prime cure e rigetta il ricorso, compensando le spese sulla scorta della novità delle questioni trattate.

3. — In realtà, a essere «nuova» non è la questione trattata — che, anzi, risulta molto dibattuta nel corso degli anni — ma la soluzione prospettata alla luce del T.U. sulla rappresentanza 2014.

Il legislatore degli anni settanta delinea in modo chiaro e inequivocabile l'ambito della legittimazione alla convocazione dell'assemblea: l'art. 20 St. lav. attribuisce il potere di indizione alle Rsa, costituite a norma dell'art. 19, «singolarmente o congiuntamente». I dubbi sorgono a partire dall'Accordo interconfederale del 20 dicembre 1993, che introduce le rappresentanze sindacali unitarie, le quali «subentrano ai dirigenti delle Rsa nella titolarità di diritti, permessi, libertà sindacali e tutele già loro spettanti» ai sensi del Titolo III dello Statuto dei lavoratori, nonché «nella titolarità dei poteri e nell'esercizio delle funzioni» (artt. 4 e 5 della parte prima dell'A.I. 1993).

L'Accordo interconfederale del 1993, però, non si dilunga né sulla natura giuridica del nuovo organismo (Per un'ampia ricostruzione dottrinale sul punto, vd. Di Stasi 2014, 262 ss.) né sulle regole di funzionamento (l'art. 7 della prima parte dell'A.I. stabilisce che «le decisioni relative a materie di competenza delle Rsu sono assunte dalle stesse in base ai criteri previsti da intese definite dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori stipulanti il presente accordo»). Probabilmente in un contesto caratterizzato dall'unità di azione sindacale poteva risultare superflua una trattazione dettagliata, ma l'esperienza ha dimostrato che tali lacune si prestano ad ambiguità e interpretazioni contrastanti.

Mentre nell'area del cd. lavoro privatizzato alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche è stato più agevole e pacifico il riconoscimento della natura «unitaria» e «collegiale» della Rsu — grazie all'art. 8 dell'Accordo quadro sulla costituzione delle Rsu del 7.8.1998 e all'Accordo interpretativo del 6.4.2004 —, e, di conseguenza, della titolarità congiunta del diritto di assemblea (In giurisprudenza, vd. Cass. 16.2.2005, n. 3072, in *LPA*, 2005, II, 387; T. Bari 20.9.2008, in *LPA*, 2008, n. 6, II, 1135; in dottrina vd. Zoppoli 2014, 20), la questione è ancora controversa nel lavoro privato, come attesta l'altalenante giurisprudenza di merito e di legittimità.

Un orientamento, sulla base della natura unitaria della Rsu, riconosce la gestione collegiale dell'indizione dell'assemblea (T. Vicenza 30.10.2000, in *ADL*, 2001, n. 1, II, 334; Cass. 16.2.2002, n. 2855, in *Defure*; Cass. 20.4.2002, n. 5765, in *Defure*; T. Piacenza 13.12.2006, in *ADL*, 2007, n. 3, II, 798), fondando il proprio convincimento sul rispetto sia del dato letterale dell'art. 5, A.I. 1993 («Le Rsu subentrano alle Rsa e ai loro dirigenti nella titolarità dei poteri e nell'esercizio delle funzioni»), sia del contesto delle relazioni industriali, in quanto «con l'introduzione delle Rsu le parti sociali hanno inteso garantire indirizzi di politica sindacale idonei a esprimere la volontà della collettività dei lavoratori, devolvendone l'attuazione a un organo collegiale destinato a operare con ampia autonomia e libertà di scelta decisionale» (Cass. n. 2855/2002, cit.).

Un più recente indirizzo ammette la titolarità di tale diritto in capo al singolo componente della Rsu (Cass. 1.2.2005, n. 1892, in *RGL*, 2005, n. 3, II, 521, con nota di G. Frontini; Cass. 7.7.2014, n. 15437, in *RGL*, 2015, n. 1, II, 139, con nota di A. Federici; Cass. 31.7.2014, n. 17458, in *GDir.*, 2014, n. 38, 36; Cass. 16.10.2014, n. 21931, in *Diritto e Giustizia*, 16.10.2014; Cass. 26.2.2016, n. 3837, in *DeJure*), sia in base al criterio letterale dell'art. 4 – e non 5 –, A.I. 1993 («I componenti delle Rsu subentrano ai dirigenti delle Rsa nella titolarità dei diritti»), sia secondo una lettura logico-sistematica, in quanto «la attribuzione del diritto di indizione delle assemblee al solo organo collegiale rischia di impedire l'esercizio del diritto stesso non soltanto a un sindacato di minoranza, ma anche a un sindacato di maggioranza relativa, che pur avendo una significativa componente nella Rsu non riesca, tuttavia, a raggiungere la maggioranza assoluta al fine della indizione dell'assemblea» (Cass. n. 15437/2014, cit.).

A metà strada può essere inserita una *salomonica* lettura giurisprudenziale, che definisce la Rsu «unitaria solo nel momento genetico elettivo, mentre, per il resto, non è configurabile in termini diversi da una mera sommatoria dei rappresentanti di varie e concorrenti organizzazioni sindacali» (Pret. Milano 30.10.1996, in *OGL*, 1996, 784).

In considerazione del variegato panorama giurisprudenziale, la Corte di Cassazione, con l'ordinanza del 30.11.2016, n. 24443, ha rimesso la questione al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite (Diversamente ha ritenuto Cass. n. 15437/2014, cit., che «non ravvisa le condizioni per la rimessione della questione alle Sezioni Unite, in quanto l'orientamento stesso può dirsi ormai consolidato»).

4. — L'eventuale pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite fornirebbe un'autorevole interpretazione ai citati artt. 4 e 5 dell'A.I. 1993, ma non sarebbe comunque risolutiva per il caso sottoposto alla Corte d'Appello di Torino, chiamata a decidere sulla titolarità del diritto di indizione dell'assemblea alla luce del T.U. 2014: ultima tappa nel percorso delle relazioni industriali italiane (Per un approfondimento, vd., *ex pluribus*, Carinci 2014, 309; Caruso 2014, 2; Del Punta 2014, 673; Scarpelli 2014, 687; Corazza 2014, 1; Valente 2014, 454; Laforgia 2014, 513).

Tale accordo, in gran parte inattuato – in quanto risulta tuttora arenato il procedimento relativo alla misurazione e certificazione della rappresentanza sindacale, che costituisce il «cuore» del T.U. –, dedica ampio spazio alla regolamentazione delle Rsu. Cosa c'è di nuovo o, comunque, di diverso nell'art. 7, comma 1, della parte seconda del T.U. 2014 rispetto ai precedenti accordi interconfederali in materia?

È proprio su tale clausola («Le decisioni relative a materie di competenza delle Rsu sono assunte dalle stesse, a maggioranza») che focalizza l'attenzione la pronuncia in commento, concentrandosi in modo particolare sull'esegesi dei termini «decisioni» e «materie di competenza», filtrati attraverso i criteri codicistici di interpretazione dei contratti, pur non espressamente indicati.

Innanzitutto, la Corte d'Appello respinge la tesi addotta dall'organizzazione sindacale, che distingue gli atti negoziali – da assumere a maggioranza – da quelli non negoziali – attribuiti ai singoli componenti delle Rsu – in quanto tale diversificazione non è presente nel citato art. 7, che utilizza genericamente il termine «decisioni».

Secondo la Corte, «è evidente che nella locuzione, di carattere generale, rientrano tutte le decisioni che costituiscono il presupposto di qualsiasi attività di competenza

delle Rsu, siano o meno di carattere negoziale». Inoltre, «se il principio di maggioranza fosse limitato all'attività negoziale, sarebbe sufficiente ed esaustiva la disciplina e la regolamentazione della parte terza» del T.U. 2014, sulla titolarità ed efficacia della contrattazione collettiva sia nazionale di categoria sia aziendale, e «non si comprenderebbe la necessità di ribadire l'identica disposizione nell'art. 7», che diventerebbe superflua (in tale riflessione si può rinvenire un implicito riferimento all'art. 1367 c.c.).

Analoga considerazione vale per l'espressione – «di carattere atecnico e generalista» – «materie di competenza delle Rsu»: la pronuncia in esame non condivide l'interpretazione dell'organizzazione appellante, secondo cui «non possa riferirsi a facoltà o diritti potestativi e quindi alla facoltà di indire assemblea», ma attenga soltanto all'attività contrattuale.

Da un punto di vista sistematico, l'art. 7 è inserito nella parte seconda del T.U. 2014, dedicata alla regolamentazione delle rappresentanze in azienda e, in modo particolare, nella seconda sezione, che si occupa delle modalità di costituzione e di funzionamento delle Rsu, e non nella parte specificamente riservata all'attività negoziale. Al riguardo, il riferimento del comma 1 dell'art. 7 alla parte terza dell'accordo non rivelerebbe nel senso di restringere il campo delle decisioni e delle materie all'ambito contrattuale, ma, anzi, attraverso un'interpretazione complessiva delle clausole (a norma dell'art. 1363 c.c.), costituirebbe un rafforzativo del «chiaro principio della maggioranza», adottato come segnale della collegialità dell'organo.

Per quanto concerne la ricostruzione dell'intenzione dei contraenti (*ex art. 1362 c.c.*), i tentativi operati dalla Corte per sciogliere il nodo ermeneutico sono falliti a causa della discordanza delle opinioni espresse dai delegati di Confindustria, Cisl e Cgil partecipanti alle trattative per la stesura del T.U. 2014.

5. — La sentenza in esame, però, non si pronuncia sul rapporto tra la disciplina prevista dall'A.I. 1993 – che, come visto, è stata interpretata, anche se non concordemente, nel senso dell'attribuzione della titolarità del potere di indizione dell'assemblea anche al singolo componente della Rsu – e quella del T.U. 2014. Il recente accordo si inserisce nel solco della continuità e, pertanto, va interpretato allo stesso modo oppure segna un cambiamento di rotta, più o meno consapevole, nella dinamica delle relazioni industriali?

La definizione «Testo Unico» che le parti sociali hanno voluto attribuire all'ultimo accordo interconfederale potrebbe indurre a pensare a una mera operazione di sintesi e riordino delle formulazioni precedenti (A.I. 1993, A.I. 28.6.2011 e Protocollo d'intesa 31.5.2013), ma una lettura approfondita e il confronto tra gli accordi solleva qualche dubbio in proposito (Sulla natura meramente riepilogativa del T.U. 2014, vd. T. Torino 2.1.2015, in *Defure*; sulla sua natura «innovativa», vd. T. Torino 10.3.2015, T. Torino 12.3.2015 e T. Nola 17.3.2015, tutte in *Defure*; T. Torino 15.3.2015, in *RIDL*, 2015, n. 3, II, 776, con nota di Giasanti).

Come sottolineato anche dalla maggior parte delle prime pronunce di merito, le modifiche apportate nel 2014 sono «di tutto rilievo e non possono essere sottovalutate» (T. Torino 12.3.2015, cit.). In particolare, l'eliminazione del cd. terzo riservato nell'elezione della Rsu e l'adozione del principio maggioritario come criterio di funzionamento dell'organismo possono essere letti come una scelta di «superamento dell'atomizzazione della rappresentanza sindacale in azienda» (T. Venezia 29.2.2016,

in *DeJure*) e di «unitarietà dell'azione» della Rsu (T. Nola 17.3.2016, cit.). E ciò varrebbe anche per l'indizione dell'assemblea.

D'altronde, in un'ottica di bilanciamento di interessi, lo stesso T.U. 2014, facendo propria una previsione contenuta nell'A.I. 1993, appresta una sorta di tutela per la «minoranza», riservando tre delle dieci ore annue retribuite ex art. 20 St. lav. alle organizzazioni sindacali di categoria firmatarie del Ccnl applicato nell'unità produttiva, le quali possono convocare l'assemblea «singolarmente o congiuntamente».

6. — Per completezza, è opportuno cogliere l'occasione per soffermarsi su un ultimo punto, non espressamente affrontato nella pronuncia *de qua*, ma utile per ampliare il ragionamento: qual è il *discrimen* tra fisiologica contrapposizione e condotta antisindacale?

Risulta evidente che non ogni reazione del datore di lavoro alle pretese del sindacato sia configurabile come condotta antisindacale, altrimenti «si negherebbe in radice il conflitto, che, invece, è considerato un valore fondante del nostro diritto sindacale» (Santoro Passarelli 2015, 175).

Nel comportamento del datore di lavoro che nega lo svolgimento dell'assemblea per carenza di legittimazione del soggetto richiedente c'è opposizione «al conflitto» o «nel conflitto»? (Garofalo 1979, 83). La risposta della Corte d'Appello di Torino è la seconda, ma può destare qualche perplessità che la valutazione sulla legittimità dell'indizione sia rimessa al datore di lavoro, soprattutto alla luce della segnalata incertezza giurisprudenziale sul punto.

È vero che – proprio per trovare un bilanciamento tra l'interesse imprenditoriale al regolare svolgimento dell'attività produttiva e l'interesse collettivo al coinvolgimento dei lavoratori nelle tematiche di interesse sindacale – il diritto di assemblea deve essere esercitato nelle modalità previste dall'art. 20 St. lav. e dalla contrattazione collettiva, ma ciò non significa che i dubbi interpretativi su una clausola del T.U. 2014 possano impedirlo. Nel caso di specie, tutt'al più, il dubbio del datore di lavoro avrebbe dovuto riguardare l'imputazione delle ore di assemblea richieste – cioè se calcolarle nella quota Rsu oppure nelle tre ore annue retribuite previste dal citato Testo Unico per le organizzazioni sindacali firmatarie del Ccnl –, salvo che tale riserva non risultasse già esaurita al momento della domanda.

In tale prospettiva, il rifiuto datoriale potrebbe essere letto anche come un'ingerenza nella delicata dinamica delle relazioni intersindacali. Infatti, almeno da quanto emerge dalla pronuncia esaminata, non è stata sollevata alcuna opposizione da parte degli altri membri della Rsu alla richiesta avanzata dal componente eletto nella lista Fiom, ma, al tempo stesso, non è stata neppure effettuata una reiterazione della convocazione di assemblea da parte della rappresentanza sindacale nel suo complesso, come invece avvenuto in casi simili (Vd. T. Torino 2.12.2013, in *DeJure*).

Questo profilo, che riguarda i rapporti interni alla Rsu e l'eventuale «difficoltà di collaborazione tra i rappresentanti eletti all'interno di liste affiliate a diverse sigle sindacali» (Cfr. T. Torino 2.12.2013, cit.), è senz'altro un campanello d'allarme da non sottovalutare. E l'intervento a gamba tesa del datore di lavoro rischia non solo di compromettere ulteriormente il già difficile equilibrio delle relazioni intersindacali, ma anche di esplicitare effetti potenzialmente lesivi nei confronti dell'organizzazione sindacale di cui è espressione il componente Rsu richiedente, minandone l'immagine o, comunque, gettando discredito sul suo operato (Cfr. T. Torino 2.12.2013, cit.).

Anche se la pronuncia esaminata focalizza la propria attenzione soltanto sulla – sicuramente ampia e articolata – argomentazione a sostegno della legittimazione congiunta della Rsu all'indizione dell'assemblea, costituisce senz'altro un'occasione propizia per evidenziare la necessità e urgenza di regole chiare, al fine di evitare anomalie e patologici malfunzionamenti nel sistema delle relazioni industriali.

Riferimenti bibliografici

- Carinci F. (2014), *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale (dal Titolo III dello Statuto dei lavoratori al Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014)*, in *DRI*, n. 2, I, 309 ss.
- Caruso B. (2014), *Testo Unico sulla rappresentanza*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 227.
- Corazza L. (2014), *Il conflitto collettivo nel Testo Unico sulla rappresentanza: prime note*, in *DRI*, n. 1, I, 1 ss.
- Del Punta R. (2014), *Note sparse sul Testo Unico sulla rappresentanza*, in *DRI*, n. 3, 673 ss.
- Di Stasi A. (2014), *Le rappresentanze dei lavoratori in azienda*, in Proia G. (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da Persiani M., Carinci F., II, Cedam, Padova, 245 ss.
- Federici A. (2015), *Limiti alla immunità del singolo componente della Rsu*, in *RGL*, n. 1, II, 140 ss.
- Frontini G. (2005), *Rsu e diritto di indire l'assemblea sindacale*, in *RGL*, n. 2, II, 521 ss.
- Galantino L. (2014), *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino.
- Garofalo M.G. (1979), *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Napoli.
- Giasanti L. (2015), *Il Testo Unico sulla rappresentanza del 2014 e la facoltà di indizione di assemblea da parte della Rsu*, in *RIDL*, n. 3, II, 776 ss.
- Giugni G. et al. (2014), *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari.
- Laforgia S. (2014), *L'Accordo interconfederale del 10 gennaio 2014 e le «nuove» Rsu*, in *RGL*, n. 3, I, 513 ss.
- Santoro Passarelli G. (2015), *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Giappichelli, Torino.
- Scarpelli F. (2014), *Il Testo Unico sulla rappresentanza tra relazioni industriali e diritto*, in *DRI*, n. 3, I, 687 ss.
- Valente L. (2014), *Rappresentanza sindacale: l'accordo tra le parti sociali*, in *DPL*, n. 8, 454 ss.
- Zoppoli L. (2014), *Le nuove rappresentanze sindacali unitarie e il gattopardo democratico*, in W.P. Csdle «Massimo D'antona».IT, n. 204.

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

CONTROVERSIE DI LAVORO

TRIBUNALE TORINO, 30.1.2016, ord. – Giudice Ciocchetti – A. B. (avv.ti Bausardo, Sechi) c. Rear Scarl (avv.ti Mangione, Frus, Buchicchio).

Controversie di lavoro e previdenza – Spese giudiziali – Compensazione – Tassatività delle ipotesi – Illegittimità costituzionale – Non manifesta infondatezza (artt. 3, 24, 97, 111 Cost.; art. 92, c. 2, c.p.c.).

Non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 92, c. 2, c.p.c. (nel testo novellato dall'art. 13, d.l. 12 settembre 2014, n. 132, conv. dalla l. 10.11.2014, n. 162), in relazione all'art. 3, c. 1, Cost., in riferimento al principio di ragionevolezza delle scelte legislative, allo stesso art. 3, c. 1, Cost., in riferimento al principio di eguaglianza, all'art. 24, c. 1, Cost., in riferimento «al diritto d'azione del cittadino», e all'art. 111, comma 1, Cost., relativo al giusto processo, in riferimento ai poteri del giudice di «realizzare il compito di giustizia del caso concreto». (1)

(1) SULLA DICHIARATA NON MANIFESTA INFONDATEZZA
DELLA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ART. 92, C. 2, C.P.C.

1. — Il Tribunale di Torino, con l'ordinanza in epigrafe (Già commentata da Brunialti 2016), ha dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 92, c. 2, c.p.c. (nel testo novellato dall'art. 13, d.l. 12 settembre 2014, n. 132, conv. in l. 10 novembre 2014, n. 162), in relazione all'art. 3, comma 1, Cost., in riferimento al principio di ragionevolezza delle scelte legislative, allo stesso art. 3, comma 1, Cost., in riferimento al principio di eguaglianza, all'art. 24, comma 1, Cost., in riferimento «al diritto d'azione del cittadino», e all'art. 111, comma 1, Cost., relativo al giusto processo, in riferimento ai poteri del giudice di «realizzare il compito di giustizia del caso concreto».

Il giudice remittente ha anche indicato, quale «ulteriore parametro» della non manifesta infondatezza della questione sollevata, l'art. 69, par. 3, del Regolamento della C. Edu 19 giugno 1991, per il quale la compensazione delle spese giudiziali è subordinata al rilievo di «motivi eccezionali»; questi, ricorda il giudice torinese, sono considerati sussistenti quando «vi siano valide ragioni per ritenere la “buona fede”

della parte soccombente, ad esempio, in dipendenza dell'oggettiva complessità della controversia ovvero in conseguenza di atteggiamenti della parte processualmente vittoriosa che abbiano ingenerato errori nell'altra parte; o, ancora, quando siano in discussione difficili e complesse questioni giuridiche o si tratti di situazione giuridica incerta o, infine, quando appaia opportuno sanzionare il comportamento preprocesuale o anche processuale, abusivo o manifestamente scorretto di una delle parti».

La controversia, nell'ambito della quale gli atti sono stati rimessi alla Corte costituzionale, aveva per oggetto il diritto al pagamento di differenze retributive; a fondamento dell'azione esercitata era stata dedotta l'applicazione di contratti collettivi sottoscritti da organizzazioni non sufficientemente rappresentative e riconosciute tali da una consolidata giurisprudenza piemontese. Il datore di lavoro aveva dedotto quali termini di raffronto, per la verifica di congruità della retribuzione, contratti collettivi diversi da quelli indicati dal ricorrente e sottoscritti da organismi sindacali rappresentativi; la consulenza contabile, inoltre, ha messo in evidenza che il ricorrente aveva goduto di una retribuzione migliorativa rispetto alle tabelle salariali dei contratti collettivi. Il ricorso è stato, quindi, rigettato. L'«assetto difensivo della resistente» è stato considerato «inaspettato e imprevedibile», cosicché, rigettata la domanda con sentenza non definitiva, il processo è proseguito con esclusivo riferimento alla liquidazione delle spese e la relativa questione è stata rimessa alla Corte costituzionale.

2. — La disposizione, della legittimità della quale il Tribunale di Torino ha dubitato, ha subito ripetute modifiche.

In base al testo del codice del 1940, il giudice avrebbe potuto compensare le spese «se vi è soccombenza reciproca o concorrono altri giusti motivi». L'art. 2, c. 1, lett. *a*, l. 28 dicembre 2005, n. 263, ha specificato che i «giusti motivi» devono essere «esplicitamente indicati nella motivazione». L'art. 45, c. 11, l. 18 giugno 2009, n. 69, ha modificato il testo nel senso che le spese possono essere compensate «se vi è soccombenza reciproca o concorrono altre gravi ed eccezionali ragioni, esplicitamente indicate nella motivazione». Con la più recente riforma dell'art. 92 c.p.c., ancora novellato dall'art. 13, c. 1, d.l. 12 settembre 2014, n. 132, conv., con modificazioni, dalla l. 10 novembre 2014, n. 162, si è stabilito che la compensazione delle spese è possibile «se vi è soccombenza reciproca ovvero nel caso di assoluta novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti».

All'esito dell'analisi della giurisprudenza di legittimità sull'interpretazione dell'art. 92, il giudice remittente ha concluso nel senso che l'ultima versione è «una previsione di tipo “tassativo”; ristretta peraltro a due soli casi (oltre a quello della soccombenza reciproca, esistente dal 1940) e cioè “assoluta novità della questione trattata” e “mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti”, al di fuori dei quali casi non è quindi consentito al giudice la compensazione delle spese di lite».

L'ordinanza richiama Cass., S.U., 30.7.2008, n. 20598 e n. 20599 (In *FI*, 2008, I, 2778), seguite da Cass. 27.4.2009, n. 9886, relative alla iniziale formulazione dell'art. 92, c. 2, c.p.c., per le quali la compensazione delle spese per «giusti motivi» avrebbe dovuto trovare «un adeguato supporto motivazionale».

In riferimento al testo modificato dall'art. 2, c. 1, lett. *a*, l. 28 dicembre 2005, n. 263, l'ordinanza cita Cass. 30.5.2008, n. 14563 (In *FI*, 2008, I, 2778), e Cass. 18.12.2007, n. 26673 (In *RFI*, 2007, voce *Spese giudiziali civili*, n. 44).

Il giudice remittente dà anche conto delle fattispecie nelle quali, nel contesto normativo anteriore a quello sospettato di incostituzionalità, la compensazione delle spese giudiziali è stata ammessa; menziona, a tal fine, Cass. 9.7.1993, n. 7535 (In *RFI*, 1994, voce cit., n. 20); Cass., S.U., 15.11.1994, n. 9597 (In *RFI*, 1994, voce cit., n. 26); Cass. 20.1.2003, n. 770 (In *RFI*, 2003, voce cit., n. 48); Cass. 23.5.2003, n. 8210 (In *FI*, I, 1671); Cass. 28.11.2003, n. 18238 (In *RFI*, 2003, voce cit., n. 59); Cass. 1.12.2003, n. 18352 (In *RFI*, 2003, voce cit., n. 60); Cass. 6.12.2003, n. 18705 (*Ivi*, n. 61); Cass. 30.4.2012, n. 6608; Cass. 21.1.2013, n. 1371 (In *RFI*, 2013, voce cit., n. 25).

La giurisprudenza richiamata nella motivazione, tuttavia, non fornisce argomenti a sostegno della premessa sulla quale si fonda il dubbio di legittimità costituzionale: la tassatività delle ipotesi considerate dall'art. 92, c. 2, c.p.c. nel testo modificato novellato dall'art. 13, c. 1, d.l. 12 settembre 2014, n. 132, conv., con modificazioni, dalla l. 10 novembre 2014, n. 162.

Alle sentenze richiamate nella motivazione dell'ordinanza, possono aggiungersi, sulla nozione di «soccumbenza reciproca», Cass. 14.10.2016, n. 20838, Cass. 22.2.2016, n. 3438, e Cass. civ., S.U., 1.2.2016, n. 1839; sulla nozione di «mutamento della giurisprudenza», Cass. 27.1.2016, n. 1521; su quella di «gravi ed eccezionali ragioni», previste dal testo anteriore della disposizione, Cass. 31.5.2016, n. 11217.

Neppure la più recente giurisprudenza di legittimità, tuttavia, risulta abbia espressamente affermato il carattere tassativo delle ipotesi nelle quali è ammessa la compensazione delle spese, ai sensi dell'art. 92, c. 2, c.p.c.

Il giudice remittente trae la premessa sulla quale fonda il dubbio di legittimità costituzionale, oltre che dalla lettera della disposizione, anche dalla relazione ministeriale al disegno di legge di conversione del d.l. 12 settembre 2014, n. 132; ne cita un brano nel quale si afferma che «con la funzione di disincentivare l'abuso del processo è previsto che la compensazione possa essere disposta dal giudice solo nei casi di soccombenza reciproca ovvero di novità della questione decisa o mutamento della giurisprudenza».

Secondo l'ordinanza di rimessione, l'art. 92, c. 2, c.p.c., nel testo novellato dall'art. 13, c. 1, d.l. 12 settembre 2014, n. 132, conv., con modificazioni, dalla l. 10 novembre 2014, n. 162, ammette la compensazione delle spese giudiziali soltanto nei casi tassativi di «soccumbenza reciproca», di «assoluta novità della questione trattata» e di «mutamento della giurisprudenza», esclude qualsivoglia potere discrezionale del giudice e non consente, quindi, di compensare le spese nel caso in cui l'«assetto difensivo» della controparte vittoriosa sia «inaspettato e imprevedibile».

Il carattere tassativo delle ipotesi menzionate nella disposizione è assunto quale premessa in mancanza di un consolidato e uniforme orientamento giurisprudenziale in tal senso, che consenta di considerare «diritto vivente» l'interpretazione accolta. Si richiama l'intenzione del legislatore manifestata nella Relazione ministeriale.

Non è considerata la possibilità di una diversa lettura del testo.

L'ordinanza prescinde dalla circostanza che l'espressione «solo» è utilizzata dalla Relazione ministeriale ma è assente nel testo della norma.

Dall'uso del termine «può» è tratta la conseguenza che, al di fuori dei casi menzionati, il giudice «non può» e, quindi, che il provvedimento che compensi le spese al di fuori di tali casi debba essere riformato o cassato per violazione di legge.

Il remittente non tenta neppure di trarre argomenti in funzione di una diversa in-

interpretazione dagli artt. 88 o 175, c. 1, c.p.c., per i quali, rispettivamente, «le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità» e il giudice «esercita tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento» e, quindi, potrebbe anche compensare le spese, oltre che condannare la parte vittoriosa «al rimborso delle spese, anche non ripetibili, che, per trasgressione al dovere di cui all'art. 88, essa ha causato all'altra parte», come espressamente previsto dall'art. 92, c. 1, c.p.c., in sintonia con l'art. 69, par. 3, del Regolamento della C. Edu del 19 giugno 1991, per il quale la compensazione delle spese giudiziali, come ricorda lo stesso remittente, è consentita quando «appaia opportuno sanzionare il comportamento preprocesuale o anche processuale, abusivo o manifestamente scorretto di una delle parti».

In riferimento al caso in cui l'«assetto difensivo» della controparte vittoriosa sia «inaspettato e imprevedibile», l'ordinanza non considera che l'imprevedibilità della strategia difensiva dell'avversario assume prevalente rilievo in relazione al contraddittorio, più che per quanto riguarda la liquidazione delle spese giudiziali. Anche il rilievo ufficioso di questioni non prospettate dalle parti, infatti, impone che su di esse si apra il contraddittorio, ai sensi degli artt. 101, c. 2, e 384, c. 2, c.p.c., nonché ai sensi dell'art. 183, c. 4, c.p.c. All'«assetto difensivo» della controparte, nonché al rilievo d'ufficio, deve essere garantita la possibilità di replicare.

La compensazione delle spese, invece, è subordinata a eventi esterni al processo, sui quali i litiganti non hanno alcuna possibilità di incidere. Ai sensi dell'art. 92, c. 2, c.p.c., nelle sue diverse formulazioni, soltanto eventi di questa specie giustificano la deroga al principio generale per il quale le spese seguono la soccombenza.

La questione sottoposta al vaglio della Corte, allora, consiste nello stabilire se sia compatibile con i principi deducibili dalla Carta fondamentale della Repubblica la previsione secondo la quale la compensazione delle spese giudiziali possa essere ammessa soltanto nelle ipotesi indicate dalla disposizione, qualificate tassative dallo stesso remittente, e non anche in altre, con l'esclusione di qualsivoglia potere discrezionale del giudice.

3. — Anche se si prescinde dai profili inerenti la rilevanza della questione sollevata, appare ragionevole dubitare della sua fondatezza.

In più occasioni, il giudice delle leggi si è occupato delle spese giudiziali.

C. cost. 18.11.1982, n. 196 (In *FI*, 1983, I, 535; in *GCost.*, 1982, I, 2092; in *GC*, 1983, I, 393), ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 39 del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636, nella parte in cui escludeva la condanna alle spese nel processo tributario, in riferimento agli artt. 3, 24 e 113 della Costituzione. In quella occasione, la Corte ha escluso che la scelta legislativa fosse «irragionevole», perché la condanna alle spese giudiziali non è inderogabile: «la inderogabilità, come è consentita al giudice quando nelle singole fattispecie ravvisi la esistenza dei «giusti motivi» indicati nel citato art. 92, così ugualmente può essere preveduta dalla legge quando ravvisi la presenza di elementi che giustificano la diversificazione dalla regola generale del c.p.c.». «Né [ha soggiunto la Corte] sussiste violazione del diritto alla difesa (artt. 24 e 113 Cost.), poiché non può affatto dirsi che la possibilità di conseguire la ripetizione delle spese processuali consenta al contribuente di meglio difendere la sua posizione e di apprestare meglio le sue difese, il che avviene indipendentemente dal fatto che in prosieguo di tempo si abbia o meno quella ripetizione».

La stessa questione è stata ritenuta inammissibile da C. cost. 22.2.1984, n. 41 (In *GCost.*, 1984, I, 153), da C. cost. 22.10.1987, n. 335 (In *FI*, 1988, I, 2559), da C. cost. 22.2.1990, n. 79 (In *Ivi*, 1990, I, 3338), da C. cost. 24.1.1991, n. 29 (In *GCost.*, 1991, 183).

C. cost. 25.7.1985, n. 222 (In *Giustizia penale*, 1985, I, 321, e in *Rivista penale*, 1986, 31), ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 489, ultimo comma, c.p.p. allora vigente, nella parte in cui non prevedeva, in caso di condanna dell'imputato ai risarcimenti e alle restituzioni, la compensazione delle spese processuali per giusti motivi. Nell'occasione, la Corte ha rilevato che «la differenziata disciplina dettata con la norma impugnata, la quale rientra in un orientamento normativo favorevole alla parte civile relativamente alle spese processuali [...] è giustificata dall'esigenza di non frapporre remore alla costituzione del danneggiato, anche in vista dell'apporto che la sua partecipazione può dare alla dialettica del processo penale e quindi all'accertamento della responsabilità penale».

C. cost. 31.12.1986, n. 303 (In *FI*, 1987, I, 671), ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 641 c.p.c., c. 3, modificato dall'art. 2, l. 10 maggio 1976, n. 358, nella parte in cui escludeva che il giudice, in caso di accoglimento della domanda, dovesse liquidare le spese ove il decreto ingiuntivo fosse emesso sulla base di titoli già dotati di efficacia esecutiva. Nell'occasione, la Corte ha rilevato che la liquidazione delle spese costituisce «normale complemento» dell'accoglimento della domanda, cosicché, in mancanza, il diritto di agire in giudizio non sarebbe adeguatamente garantito.

C. cost. 4.3.1999, n. 59 (In *GCost.*, 1999, 712), ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 91 e 92 c.p.c., nella parte in cui, secondo il giudice remittente, «non assicurano la effettiva possibilità di pagare le proprie spese di lite con quelle poste a carico della controparte in base alla sentenza di condanna». Nell'occasione, la Corte ha messo in evidenza che, poiché il giudice *a quo* aveva omissso «una puntuale motivazione sulla rilevanza della questione», e si era limitato a notare che «il processo (pendente davanti a lui) ha come residuo oggetto di controversia solamente le spese processuali», la questione era irrilevante, «proprio perché nella specie l'attrice, non solo ha già fatto valere, ma ha anche realizzato la sua pretesa creditoria».

C. cost. 2.4.1999, n. 117 (In *FI*, 2000, I, 392), ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 23, l. 24 novembre 1981, n. 689, e dell'art. 91 c.p.c., nella parte in cui non prevedevano la condanna dell'opponente alle spese in favore dell'amministrazione resistente costituitasi a mezzo di propri funzionari. Nell'occasione, la Corte ha ribadito che la condanna alle spese «non ha portata assoluta e inderogabile, potendosene profilare la derogabilità sia su iniziativa del giudice del singolo processo, quando ricorrano giusti motivi ex art. 92, c. 2, cod. proc. civ., sia per previsione di legge – con riguardo al tipo di procedimento – in presenza di elementi che giustificano la diversificazione dalla regola generale».

C. cost. 21.12.2004, n. 395 (In *GC.*, 2005, I, 320, e in *GCost.*, 2004, 4355), ha ritenuto inammissibile, per difetto di rilevanza, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 92, c. 2, c.p.c., nel testo allora vigente, nella parte in cui consente al giudice la facoltà di compensare, in tutto o in parte e ai danni della parte rimasta vittoriosa, le spese processuali senza esporre espressa e giustificata motivazione dei «giusti motivi» di tale

decisione. Nell'occasione, la Corte ha rilevato che «l'irrelevanza della questione, e la sua conseguente manifesta inammissibilità, è confermata dalla circostanza che il giudice rimettente è stato costretto – per poter sollevare il dubbio di costituzionalità – a scindere, rinviandola a un secondo momento, la decisione sulle spese da quella sul merito, e pertanto a emettere l'ordinanza di rimessione a questa Corte dopo che, con la sentenza definitiva del merito, aveva consumato il suo potere decisorio».

Per un verso, dunque, la giurisprudenza costituzionale è costante nel riconoscere al legislatore un ampio potere discrezionale nel dettare la disciplina delle spese giudiziali, cosicché le relative disposizioni sono insindacabili dal giudice delle leggi.

Per altro verso, a conferma dei dubbi sulla rilevanza della questione, la Corte è ferma nell'escludere l'ammissibilità della stessa, allorché la controversia sia stata definita nel merito e il processo sia proseguito con esclusivo riferimento alla liquidazione delle spese giudiziali.

4. — Appare, peraltro, utile estendere l'analisi alla giurisprudenza formatasi in riferimento alle disposizioni che prevedono, a determinate condizioni, l'esonero dalle spese giudiziali in alcune controversie previdenziali: all'art. 57, l. 30 aprile 1969, n. 153, e all'art. 152 disp. att. c.p.c.

In riferimento alla prima, C. cost. 14.2.1973, n. 23 (In *FI*, 1973, I, 959), ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale, perché «il detto esonero dalle spese stabilito in favore dell'assicurato – lungi dal determinare una disparità di posizione tra le parti (che è solo apparente) – realizza, invece, attraverso un meccanismo di neutralizzazione della notoria minor resistenza del lavoratore di fronte al rischio processuale, una situazione di sostanziale parità. Onde, non fonte di disuguaglianza – esso esonero, in definitiva, costituisce – bensì mezzo di ripristino di una uguaglianza che, se pur esistente sul piano formale, è suscettibile, comunque, di cadere, ove il rischio del processo – apparendo troppo gravoso – distolga il lavoratore dal far valere sue fondate pretese».

Nello stesso senso, in riferimento all'art. 152 disp. att. c.p.c., C. cost. 15.6.1979, n. 60 (In *FI*, 1979, I, 2295), ha osservato che «il legislatore, disponendo la compensazione delle spese del giudizio in caso di soccombenza del lavoratore, ha voluto porlo al riparo dal rischio processuale, al fine di consentirgli di far valere le sue pretese non temerarie nei confronti degli istituti di previdenza e assistenza. Il costo del processo può essere gravoso anche per chi non sia povero nei limiti richiesti per ottenere il patrocinio a spese dello Stato e può costituire, anche in tal caso, una remora a far valere le proprie fondate ragioni. A tale inconveniente, ha voluto porre rimedio la norma denunziata, prescindendo dalle condizioni economiche del lavoratore interessato, al fine di neutralizzare la sua notoria minore resistenza di fronte al rischio processuale».

C. cost. 3.4.1987, n. 98 (In *FI*, 1989, I, 942, e in *GC*, 1987, I, 1603), ha ancora respinto i dubbi di legittimità costituzionale, sollevati in riferimento alla estensione del beneficio oltre la categoria dei non abbienti, e ha ribadito che «detto esonero concreta un meccanismo di neutralizzazione della notoria minore resistenza del lavoratore di fronte al rischio del processo che, apparendo troppo gravoso, lo possa distogliere dal far valere in giudizio la sua fondata pretesa previdenziale o assistenziale; che tutti i lavoratori, siccome versano nella identica situazione psicologica, hanno titolo alla stessa forma di tutela e cioè al detto esonero, che rimuove le conseguenze economiche deri-

vanti dalla soccombenza nel giudizio, sia che si tratti di prestazioni previdenziali che di prestazioni assistenziali».

C. cost. 16.4.1987, n. 135 (In *FI*, 1987, I, 1974), ha confermato la soluzione in relazione alle spese della consulenza tecnica. Dopo aver richiamato i principi espressi dalle precedenti decisioni, la Corte ha concluso nel senso che «la determinazione concreta delle condizioni e degli estremi della situazione di “abbiente”, per i fini che interessano specificamente la materia, importa scelte affidate alla discrezione del legislatore e che questa Corte non può compiere».

In base a questa giurisprudenza, C. cost. 13.4.1994, n. 134 (In *FI*, 1994, I, 1303), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, c. 2, d.l. 19 settembre 1992, n. 384, convertito, con modificazioni, in l. 14 novembre 1992, n. 438, che aveva abrogato la disciplina dell'esonero del lavoratore soccombente dal pagamento delle spese nel processo previdenziale indipendentemente dal reddito del richiedente. Nella motivazione, la Corte ha richiamato «la particolare valenza del diritto alla prestazione previdenziale e assistenziale ai sensi dell'art. 38, c. 2, Cost. e il carattere strumentale del regime di esonero delle spese di soccombenza ai fini della effettiva tutelabilità del diritto stesso». Secondo la Corte, la disposizione era «in insanabile contrasto – nella sua interezza – con i precetti costituzionali evocati: risultandone, per l'effetto, indiscriminatamente (e irragionevolmente quindi) ripristinata la situazione di disparità sostanziale nel processo (rispetto all'istituto assicuratore) cui avevano posto rimedio le disposizioni abrogate (art. 3); limitata di fatto la possibilità di agire a tutela dei propri diritti (art. 24); non tutelata a sufficienza la condizione di inabile al lavoro (art. 38 Cost.)».

Sulla traccia di questa decisione, C. cost. 20.3.1998, n. 71 (In *GCost.*, 1998, 728), infine, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 152 disp. att. c.p.c., nella parte in cui consente, nelle ipotesi ivi previste, l'esonero dal pagamento delle spese di giudizio anche ai lavoratori «abbienti».

La doverosa, secondo la Corte, eccezione al principio generale per il quale le spese giudiziali seguono la soccombenza, tuttavia, è circoscritta alle controversie previdenziali e assistenziali, ai sensi dell'art. 38, c. 2, Cost.; in particolare, alle azioni proposte dai lavoratori e dirette a ottenere prestazioni previdenziali e assistenziali. In questo limitato ambito, in considerazione della particolare natura dei diritti dedotti e alla qualità degli enti convenuti, il principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, c. 2, Cost., prevale su quello di uguaglianza formale *ex* art. 3, c. 1, Cost., e su quello della parità delle armi nel processo *ex* art. 111, Cost.

Fuori da questo contesto, invece, opera il principio generale per il quale le spese giudiziali seguono la soccombenza, cosicché, in riferimento alla garanzia costituzionale del diritto di azione *ex* art. 24, c. 1, Cost. e a quella del «giusto processo» *ex* art. 111 Cost., può dubitarsi delle eccezioni, non anche della mancata estensione di esse.

5. — In riferimento allo specifico dubbio di legittimità costituzionale sollevato, non si manifestano pertinenti le questioni relative agli oneri imposti dallo Stato per l'accesso alla giustizia.

Non rilevano, quindi, la soppressione della *cautio pro expensis* di cui all'art. 98 c.p.c. (C. cost. 29.11.1960, n. 67, in *FI*, 1960, I, 1873), né le questioni relative al contributo unificato (Cfr. C. cost. 30.5.2016, n. 120, in *FI*, 2016, I, 2280; C. cost. 7.4.2016, n. 78, *ivi*, 2016, I, 1899; C. Giust. 6.10.2015, n. 61/14, in *FI*, 2015, IV, 522).

Il problema riguarda esclusivamente il rapporto tra la parte vittoriosa e quella soccombente e i poteri del giudice di regolare le spese.

In questa prospettiva, appare ragionevole dubitare della rilevanza e della manifesta fondatezza della questione sollevata.

In primo luogo, l'ordinanza di rimessione riconosce che la controversia è stata già definita nel merito e il processo è proseguito con esclusivo riferimento alle spese giudiziali e al rilievo della questione di legittimità costituzionale. La pronuncia sulle spese è, per definizione, accessoria, e appare ragionevole dubitare che la prosecuzione del processo solo per tale questione fosse ammissibile. Come non è possibile agire separatamente per i danni da lite temeraria, ai sensi dell'art. 96 c.p.c., non sembra possibile che un processo prosegua soltanto per la liquidazione delle spese: la pretesa risarcitoria, infatti, deve «essere proposta, sia per l'*an* che per il *quantum*, allo stesso giudice chiamato a pronunciarsi sulla (presunta) illegittimità...» dell'azione o della resistenza in giudizio, «trattandosi di competenza esclusiva e inderogabile»: così Cass. 12.11.2003, n. 17016 (In *RFI*, 2004, voce *Separazione di coniugi*, n. 81); e, nello stesso senso, Cass. 12.3.2002, n. 3573 (*Ivi*, 2002, voce *Spese giudiziali civili*, n. 58); Cass. 23.4.2001, n. 5972 (*Ivi*, 2001, voce cit., n. 18); Cass. 17.10.1997, n. 10169 (*Ivi*, 1997, voce cit., n. 40); Cass. 23.4.1997, n. 3534 (*Ivi*, 1997, n. 38).

In secondo luogo, il giudice remittente, pur in assenza di orientamenti giurisprudenziali consolidati, non ha compiuto alcuno sforzo per prospettare una soluzione costituzionalmente orientata, anche in base a elementi di carattere sistematico deducibili dagli artt. 88 e 175 c.p.c., nonché dal comma 1 dello stesso art. 92 c.p.c.; in base a una interpretazione letterale della disposizione, che non contiene espressioni quali «solo», «soltanto» o «esclusivamente», dà per scontato che l'indicazione delle ipotesi nelle quali è ammessa la compensazione delle spese giudiziali sia tassativa e, in base a tale premessa, solleva la questione di legittimità costituzionale.

In terzo luogo, la prospettata questione di legittimità costituzionale per l'impossibilità di compensare le spese nel caso in cui l'«assetto difensivo» della controparte vittoriosa sia «inaspettato e imprevedibile» prescinde dalla circostanza che l'imprevedibilità delle difese non può assumere alcuna rilevanza in riferimento alla liquidazione delle spese, ma soltanto al contraddittorio. Nessuna parte può dolersi di subire un'eccezione non prevista; di ciò *imputet sibi*. Ciascuna parte può dolersi se non ha avuto la possibilità di replicare e di controdedurre. Se, poi, il comportamento delle parti non risponde ai principi di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c., il giudice può tenerne conto nella liquidazione delle spese, ai sensi dell'art. 92, c. 1, c.p.c. e, quindi, può anche, in questo caso, compensare le spese. Nella stessa prospettiva accolta dall'ordinanza di rimessione, sarebbe stato sufficiente considerare il capoverso che precede quello incriminato per mettere in dubbio la premessa.

In quarto luogo, il dubbio di legittimità costituzionale si fonda su giudizi di valore, che non vengono esplicitati, ma che la Corte ha ripetutamente affermato essere estranei alla valutazione di legittimità costituzionale: la «ragionevolezza» delle scelte legislative riguarda le leggi concernenti l'ordinamento degli uffici giudiziari e il loro funzionamento sotto l'aspetto amministrativo: *adde* a C. cost. 2.4.1999, n. 117, cit., C. cost. 11.12.1997, n. 385, *id.*, 1998, I, 328. Costituisce nozione istituzionale che le spese processuali non abbiano funzione sanzionatoria, ma servano ad assicurare che il processo fornisca tutela effettiva; il che mette fuori gioco o fornisce addirittura argomenti

contrari al riferimento all'art. 24, c. 1, Cost., perché la parte vittoriosa ha, di regola, diritto a essere tenuta indenne dalle iniziative che si rivelino prive di fondamento; la compensazione delle spese è una eccezione, l'ambito della quale può essere determinato dal legislatore. In questa prospettiva, neppure appare pertinente il richiamo ai principi di uguaglianza *ex art. 3 Cost.* e al «giusto processo» *ex art. 111 Cost.*, perché diretti a incidere sulla discrezionalità legislativa, costantemente riconosciuta dalla Corte nella specifica materia.

Sembra ragionevole dubitare che la questione posta dall'ordinanza di rimessione del 30.1.2016 del Tribunale di Torino, anche qualora riuscisse a superare il giudizio di rilevanza e a essere considerata ammissibile, possa essere considerata fondata.

Appare ragionevole ritenere, invece, che essa sia irrilevante e manifestamente infondata, cosicché può essere legittimo il sospetto che essa fosse diretta a suscitare un dibattito sui costi della giustizia, indipendentemente dalla specifica questione sollevata.

6. — «La giustizia, standosi al rigore dei principii, esser debbe gratuita; è interesse non dei privati soltanto, ma della società intera, che essa abbia un impero assicurato; ed è il più deplorabile fallo della pratica finanziaria quello di prelevare un tributo sugli atti necessari all'amministrazione giudiziale e alle garentie dei diritti, come se non fosse questo il primo e più sacro debito dell'autorità sociale. Ma se i bisogni dello Stato e le inveterate abitudini fanno di questo desiderio ai nostri giorni un'utopia senza credito, uopo è almeno che la giustizia sia gratuita pel povero, se non si voglion destituir di protezione tutti i diritti appartenenti alle classi più numerose e infelici, e che essa sia altresì economica e a buon mercato per tutti. Quando per accostarsi al santuario delle leggi è necessario portar le mani piene di oro, per isbramare le fiscali e curiali avidità, si cede il campo ai temerari e ai malvagi, e una comune prudenza determinerà sovente il cittadino a sopportare in pace i torti anche gravi piuttosto che ricorrere a mezzi cotanto onerosi di riparazione. Allora le liti divengono il lusso dei ricchi, la giustizia un loro privilegio, e non un bene e un diritto egualmente garentito a tutti; e le spese dei processi si trasformano nelle mani dei litiganti di mala fede in formidabili strumenti di oppressione e di stanchezza a danno dei loro avversari» (Così Mancini *et al.* 1855, 13).

A questa pagina di centocinquanta anni addietro può aggiungersi un *pamphlet* di cento anni prima di Jeremy Bentham, recentemente tradotto e commentato [De la Oliva Santos (a cura di) 2013].

Con specifico riferimento alle controversie di lavoro, proprio in riferimento all'ordinanza di rimessione torinese, si è da ultimo efficacemente rilevato che «l'inserimento nel rischio di impresa rende evidente la diversità della posizione delle parti, una delle quali non solo gode di un regime fiscale più favorevole ma può traslare in tutto o in parte questo rischio in avanti, trasferendolo nel prezzo di vendita dei propri prodotti e servizi, mentre l'altra non può che sostenerlo interamente con relativa inevitabile riduzione del proprio (molto sovente modesto) reddito.

E tutti questi fattori si aggiungono all'efficacia deterrente *ex se* che può avere il timore di non riuscire a dimostrare le proprie ragioni a fronte dell'eventualità di dover sostenere non solo l'onere delle spese della propria difesa, ma anche quello delle spese dell'avversario, soprattutto quando una parcella calcolata al minimo della tariffa supera abbondantemente la retribuzione mensile di un soggetto che, sul suo reddito mensile, tolte le spese di mantenimento suo e della famiglia, non ha alcun margine di ri-

sparmio. E una parcella sicuramente supera il reddito mensile quando è impugnato un licenziamento e il reddito mensile è stato perso. Ed è evidente che più è basso il reddito fruibile e più è forte l'efficacia deterrente del rischio della soccombenza.

La mancanza del correttivo del potere discrezionale del giudice, che consenta una valutazione complessiva dell'oggetto, dell'andamento della processo, delle modalità con le quali si è svolta l'istruttoria, delle ragioni del rigetto e così via, in relazione anche alle condizioni economiche delle parti, può dunque essere un ostacolo effettivo all'accesso alla tutela giurisdizionale, soprattutto per il recupero di crediti di importo non elevato, per i quali non vi è proporzione con le spese di difesa, ma il cui abbandono, per questi motivi, da parte del lavoratore si trasforma nella realtà dei rapporti economico-sociali nella legittimazione di situazioni di piccolo e reiterato sfruttamento e di abuso da parte del datore di lavoro e di fatto in una riduzione del costo del lavoro» (Così Terzi 2015).

In considerazione di ciò, la proposta di legge di iniziativa popolare «Nuovo Statuto delle lavoratrici e dei lavoratori», presentata dalla Cgil, con l'art. 22, c. 5, e con l'art. 94, prospetta la possibilità di regolare diversamente la compensazione delle spese nelle controversie di lavoro e di introdurre la deducibilità fiscale di spese sostenute per la difesa giudiziale.

In riferimento a questa proposta e al risalente dibattito sul tema, l'ordinanza di rimessione, qualora superi la valutazione di rilevanza, rischia di costituire un *boomerang* e di realizzare un effetto contrario a quello almeno apparentemente voluto, consolidando l'interpretazione meramente letterale dell'art. 92, c. 2, c.p.c., nel senso che i casi menzionati sono assolutamente tassativi.

Senonché sembra corretto ritenere che il giudizio costituzionale possa arrestarsi alla dichiarazione di irrilevanza della questione per l'omessa valutazione di possibili diverse interpretazioni costituzionalmente orientate; in particolare, per non aver considerato che, se è consentito, ai sensi dell'art. 92, c. 1, c.p.c., condannare la parte vittoriosa alle spese, nel caso in cui questa abbia agito in violazione dei principi di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c., nella stessa ipotesi è anche possibile compensare le spese, cosicché in sintonia con l'art. 69, par. 3, del Regolamento della C. Edu del 19 giugno 1991, per il quale la compensazione delle spese giudiziali è ammessa quando appaia opportuno sanzionare il comportamento manifestamente scorretto di una delle parti, ai casi menzionati nell'art. 92, c. 2, c.p.c. si aggiunge sicuramente quello di cui all'art. 92, c. 1, c.p.c. e, nell'applicazione dell'art. 88 c.p.c., si recupera quello spazio di discrezionalità, la mancanza del quale ha indotto a dubitare della legittimità costituzionale della disposizione.

In questa prospettiva, in base a una piana interpretazione del testo dell'intera disposizione, la deroga al principio generale per il quale le spese giudiziali seguono la soccombenza e, quindi, la compensazione delle spese possono e devono essere ammesse anche in base al principio di uguaglianza sostanziale *ex* art. 3, c. 2, Cost. al fine di ripristinare la situazione di disparità sostanziale nel processo e l'effettiva parità delle armi.

Riferimenti bibliografici

- Brunialti M. (2016), in *RIDL*, I, 973 ss.
- De la Oliva Santos A. (a cura di) (2013), *Introducción y Edición* a J. Bentham, *Una protesta contra las tasas judiciales*, Madrid.
- Mancini P.S. et al. (1855), *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati sardi con la comparazione degli altri codici italiani e delle principali legislazioni straniere*, Torino, 1855, II.
- Terzi A. (2015), *Il trattamento delle spese processuali nel processo del lavoro dopo la riforma del 2014: dubbi di costituzionalità*, relazione al convegno «L'accesso alla giustizia dei soggetti svantaggiati», Milano, 15.12.2015, organizzato dalla Fondazione Malagugini con la partecipazione di Magistratura democratica, in *Questionegiustizia*, <http://bit.ly/1Q9q96t>.

Giorgio Costantino
*Professore ordinario di Diritto processuale civile
presso l'Università di Roma*

TRIBUNALE REGGIO EMILIA, 28.2.2017, ord. – Giudice Vezzosi – Servizi commerciali integrati Srl (avv. Esposito) c. E.R. (avv. Monachetti, Congeduti, Piccinini).

Controversie di lavoro e previdenza – Spese giudiziali – Compensazione – Tassatività delle ipotesi – Illegittimità costituzionale – Non manifesta infondatezza (artt. 3, 24, 97, 111 Cost.; art. 92, c. 2, c.p.c.).

Non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 92, c. 2, c.p.c. (nel testo novellato dall'art. 13, d.l. 12.9.2014, n. 132, conv. dalla l. 10.11.2014, n. 162), in relazione all'art. 3, c. 1, Cost., in riferimento al principio di uguaglianza formale tra le parti, all'art. 111 Cost., in riferimento al principio della parità processuale, all'art. 24 Cost., in riferimento al diritto di azione, all'art. 3, c. 2, Cost., in riferimento al principio di uguaglianza sostanziale, in relazione all'art. 117, c. 1, Cost., in riferimento ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali e alla violazione degli artt. 6, 13 e 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (Cedu), ratificata con l. 4.8.1955, n. 848, e dell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (richiamata dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, quale modificato dal Trattato di Lisbona, ratificato con l. 2.8.2008, n. 130), nonché in relazione agli artt. 24, 25, c. 1, 102, 104 e 111 Cost., in riferimento all'indipendenza e all'autonomia della funzione giudiziaria, al principio del giudice naturale precostituito per legge e al diritto del cittadino a un giusto processo. (1)

(1) ANCORA SULLA DICHIARATA NON MANIFESTA INFONDATEZZA
DELLA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE
DELL'ART. 92, C. 2, C.P.C. (*)

1. — Il Tribunale di Reggio Emilia, con l'ordinanza in epigrafe, aggiunge ai dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 92, c. 2, c.p.c. (nel testo novellato dall'art. 13, d.l. 12 settembre 2014, n. 132, conv. in l. 10 novembre 2014, n. 162), in riferimento ai principi di uguaglianza, formale e sostanziale, di cui all'art. 3, cc. 1 e 2, Cost., al diritto di azione, di cui all'art. 24, c. 1, Cost., e ai principi del giusto processo, di cui all'art. 111 Cost., quelli relativi alla violazione dell'art. 117, c. 1, Cost., in riferimento ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, e degli

(*) L'ordinanza in testo è pervenuta alla *Rivista* quando questo fascicolo era già in fase di impaginazione. La sua stretta connessione con quella del Tribunale di Torino, alla quale è stata dedicata la nota che precede, ha consigliato di pubblicarla immediatamente, con un piccolo sforzo editoriale, in modo da offrire al lettore anche una breve ma immediata riflessione sulle ulteriori eccezioni di costituzionalità sollevate dal Tribunale di Reggio Emilia (*n.d.r.*).

artt. 24, 25, c. 1, 102, 104 e 111 Cost., e alla violazione, in riferimento all'indipendenza e all'autonomia della funzione giudiziaria, del principio del giudice naturale precostituito per legge e al diritto del cittadino a un giusto processo.

La controversia, nell'ambito della quale gli atti sono stati rimessi alla Corte costituzionale, aveva per oggetto il diritto alla reintegra nel posto di lavoro. Dallo «svolgimento del processo» si apprende che la ricorrente aveva impugnato il licenziamento intimatole il 30.11.2015, ma che il licenziamento era stato revocato il 25.1.2016; che il ricorso era stato dichiarato «inammissibile» con compensazione delle spese; che contro l'ordinanza era stata proposta opposizione, contestando questo capo della decisione. Dalla motivazione, tuttavia, non si evince se l'impugnazione del licenziamento fosse stata proposta prima o dopo la revoca dello stesso. Neppure è chiaro chi fosse l'opponente: si riferisce, infatti, che l'impugnazione del licenziamento era stata proposta nei confronti di «numerosi convenuti», «affermando l'esistenza di un unico centro di imputazione giuridica e/o gruppo d'impresa che dir si voglia»; che l'ordinanza di «inammissibilità» del ricorso era stata opposta soltanto da uno di essi, la Burani Interfood Spa, ma, nella intestazione del provvedimento, risulta un altro convenuto, la Servizi commerciali integrati Srl.

2. — Nella motivazione, la giudice remittente, dopo aver dato conto della evoluzione dell'art. 92, c. 2, c.p.c., esclude la possibilità di recuperare spazi di discrezionalità per la compensazione delle spese, in base al c. 1 della disposizione, secondo una interpretazione costituzionalmente orientata, prospettata nel commento a T. Torino 30.1.2016, cit., e accolta da T. Torino 13.2.2017, citata in motivazione, ma inedita.

Dà, poi, conto degli argomenti sviluppati da Terzi (2015) per la compensazione delle spese nelle controversie di lavoro.

Esamina, quindi, la giurisprudenza costituzionale in materia e quella in tema di controversie previdenziali (Sulla quale si rinvia alla nota a T. Torino 30.1.2016, cit.) e conclude nel senso che «la Corte sancisce la particolare natura dei diritti dedotti ed [*sic*] la qualità degli enti convenuti, ed esprime il concetto (a parere della scrivente estensibile anche agli altri casi sopra rappresentati) per cui il principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, c. 2, Cost. prevale su quello di uguaglianza formale *ex* art. 3, c. 1, Cost. e su quello di parità delle armi».

Neppure in riferimento alla rilevanza della questione l'ordinanza di rimessione indica se l'impugnazione del licenziamento fosse stata proposta prima o dopo la revoca dello stesso. Nella prima ipotesi, la controversia sarebbe potuta essere definita per la cessazione della materia del contendere, in riferimento alla quale, per la liquidazione delle spese, sarebbe stato necessario valutare la soccombenza virtuale (Sulla quale, vd. Cass. 23.4.2015, n. 8309, e Cass. 5.8.2004, n. 15081, in *FI*, 2005, I, 1862, con nota di R. Caponi). Soltanto la seconda ipotesi avrebbe giustificato, invece, il dubbio di legittimità costituzionale.

In base alla premessa secondo la quale gli orientamenti della Corte costituzionale formati in riferimento alla liquidazione delle spese nelle controversie previdenziali sono «estensibili» alle controversie di lavoro, al fine di imporre una deroga al principio generale per il quale le spese seguono la soccombenza, il provvedimento in epigrafe illustra le ragioni alla base della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, ai sensi dell'art. 23, l. 11.3.1953, n. 87.

In particolare, aggiunge ai dubbi di T. Torino 30.1.2016, relativi alla violazione del principio di uguaglianza sostanziale, della garanzia del diritto di azione e del giusto processo, quelli relativi alla violazione dell'art. 117, c. 1, Cost., perché «il contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale (nel caso di specie gli artt. 2, 14 e 35 Cedu) si traduce in una violazione dell'art. 117, comma 1, Costituzione», e quelli relativi alla violazione dell'indipendenza e dell'autonomia della funzione giudiziaria e del giudice naturale precostituito per legge, perché «parrebbe infatti lesa l'indipendenza e l'autonomia della funzione giudiziaria (e conseguente violazione degli artt. 102, 104, 111 della Costituzione), nonché come venga eluso il principio del giudice naturale precostituito per legge (con violazione dell'art. 25, comma 1, della Costituzione)».

L'impossibilità di accogliere una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 92, c. 2, c.p.c., la conseguente rigida tassatività delle ipotesi previste da tale disposizione, l'estensibilità dei principi elaborati nelle controversie previdenziali ad altre specie di contenzioso, nonché gli altri argomenti sviluppati dalla giudice remittente sono ora rimessi alla valutazione del giudice delle leggi.

Giorgio Costantino

*Professore ordinario di Diritto processuale civile
presso l'Università di Roma Tre*

Riferimenti bibliografici

Terzi A. (2015), *Il trattamento delle spese processuali nel processo del lavoro dopo la riforma del 2014: dubbi di costituzionalità*, relazione al convegno «L'accesso alla giustizia dei soggetti svantaggiati», Milano, 15.12.2015, organizzato dalla Fondazione Malagugini con la partecipazione di Magistratura democratica, in *Questionegiustizia*, <http://bit.ly/1Q9q96t>.

CORTE COSTITUZIONALE, 23.9.2016, n. 213 – Pres. Grossi, Est. Crisculo – B.D. c. Azienda Usl 6 di Livorno.

Disabilità – L. 5 febbraio 1992, n. 104 – Mancata estensione del permesso retribuito al convivente del disabile grave – Incostituzionalità.

È fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 33, c. 3, della l. 5.2.1992, n. 104 (legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate), come modificato dall'art. 24, c. 1, lettera a, della l. 4.11.2010, n. 183 (Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro), nella parte in cui non include il convivente tra i soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito per l'assistenza alla persona con handicap in situazione di gravità. (1)

(1) LEGGE N. 104/1992: I PERMESSI RETRIBUITI SPETTANO
ANCHE AL CONVIVENTE DEL DISABILE

1. — Con la sentenza in commento la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità dell'art. 33, c. 3, della l. 5 febbraio 1992, n. 104, nella parte in cui non include il convivente tra i soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito per l'assistenza alla persona con handicap in situazione di gravità. Nel caso sottoposto al vaglio della Consulta, il Tribunale ordinario di Livorno ha sollevato la questione di legittimità costituzionale della legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate rispetto agli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione. A parere del giudice ordinario il dettato normativo, non essendo suscettibile di un'interpretazione costituzionalmente orientata, contrasterebbe con i parametri costituzionali sotto diversi profili.

In primo luogo è stato ravvisato il contrasto con l'art. 2 della Cost., posto che la normativa, non consentendo alla persona affetta da disabilità grave di beneficiare della piena ed effettiva assistenza sanitaria nell'ambito della formazione sociale che ha con-

tribuito a creare e nella quale svolge la propria personalità, viola i diritti inviolabili dell'uomo. In secondo luogo, la lacuna normativa contrasterebbe con l'art. 3 della Cost., per un'irragionevole disparità di trattamento tra il portatore di handicap inserito in una stabile famiglia di fatto e il soggetto che versa in identiche condizioni e che è inserito in una famiglia fondata sul matrimonio. Tale disparità non è, secondo il giudice rimettente, compatibile con il dettato costituzionale, posto che la l. n. 104/1992 è finalizzata a tutelare il diritto alla salute psico-fisica della persona affetta da grave handicap, come consacrato all'art. 32 Cost. Diversamente, l'Avvocatura Generale dello Stato e l'Inps hanno sostenuto la ragionevolezza della disparità di trattamento sulla base dell'impossibilità di assimilare il vincolo giuridico nascente dal coniugio e l'*affettio* quotidiana, libera e revocabile, che caratterizza la famiglia di fatto. Il diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, infatti, è un diritto che implica l'erogazione di risorse pubbliche e, pertanto, è ragionevole che il legislatore richieda la preesistenza di un vincolo giuridico certo.

Sulla differente situazione giuridica esistente tra la famiglia di fatto e quella fondata sul matrimonio, la Consulta è intervenuta varie volte, chiarendo che i due istituti non sono assimilabili, perché strutturalmente differenti (C. cost. 29.1.1998, n. 2, e C. cost. 15.4.2010, n. 138). Secondo la giurisprudenza, la famiglia di fatto e quella fondata sul matrimonio appaiono ontologicamente diverse: la prima si basa su vincoli meramente fattuali, quali l'*affettio* e la convivenza e prescinde da qualunque legame giuridico, mentre la seconda poggia sul rapporto di coniugio e sui reciproci diritti e doveri che ne discendono, diritti e doveri da soli sufficienti a mantenere la validità del vincolo (Cass., S. pen., 27.9.2001, n. 35121, che chiarisce come proprio l'inesistenza del vincolo coniugale fa sì che nella famiglia di fatto, a differenza di quanto avviene nella famiglia legittima, assuma giuridica rilevanza l'«essere» del rapporto, piuttosto che il «dover essere»). Entrambe trovano un riconoscimento a livello costituzionale: l'una come formazione sociale in cui, ai sensi dell'art. 2 Cost., l'uomo svolge la sua personalità, l'altra nell'art. 29 Cost., che attribuisce al matrimonio il valore di fonte della legittimità della famiglia (Riccio 2007; Bessone *et al.* 1999; Autorino Stanzone 2004).

Premessa tale differenza, ribadita anche in questo caso nella sentenza in epigrafe, la Corte costituzionale, in pronunce precedenti e relative ad altre fattispecie, ha chiarito che il centro dell'ordinamento è la persona umana, la quale ha il diritto di scegliere il modello familiare nel quale realizzare la propria personalità (C. cost. 13.5.1998, n. 166, che precisa come la convivenza *more uxorio* «rappresenta l'espressione di una scelta di libertà dalle regole che il legislatore ha sancito in presenza del matrimonio»). Secondo la Corte anche l'evoluzione del diritto di famiglia prosegue in questa direzione, superando, già a partire dalla riforma del 1975, la concezione istituzionale della famiglia, ai sensi della quale occorre salvaguardare l'interesse della famiglia al di sopra di quello dei singoli componenti. Al contrario, la concezione costituzionale della famiglia impedisce che l'interesse alla tutela della famiglia possa comportare una menomazione dei diritti fondamentali della persona (Per una disamina più ampia del passaggio dalla concezione istituzionale a quella costituzionale si vd. anche Oberto 2003 e Scalisi 2013). L'evoluzione della giurisprudenza in tema di risarcimento *ex art.* 2043 c.c. sui danni prodotti dalla violazione di obblighi endofamiliari (Cass., S. civ., 10.4.2012, n. 5652) o la disciplina della separazione, nella quale si è assistito al passaggio dall'approccio oggettivo nell'interpretazione degli indici di intollerabilità socia-

le della convivenza (in base al quale si chiedeva di accertare che la convivenza fosse considerata inaccettabile da ogni coniuge) in favore di una visione soggettiva di tale requisito (Cass., S. civ., 9.10.2007, n. 21099) dimostrano tale impostazione. Anche secondo la dottrina prevalente la famiglia riflette il necessario e inarrestabile pluralismo e, pertanto, è una formazione sociale fortemente aperta (Urso 2005; Meli 2007). Secondo la Corte c'è un cambio di paradigma rimarcato anche nelle norme sovranazionali, che negano la presenza di un modello familiare socialmente imposto e richiamano l'esistenza di una vera e propria frammentazione dei modelli familiari, tra i quali l'individuo deve poter scegliere quello maggiormente confacente con la propria realizzazione personale. A livello europeo si constata una tendenza delle istituzioni a porre in essere una serie di interventi normativi volti ad armonizzare le disposizioni degli Stati membri, quali il Regolamento n. 2201/2003 in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, il Regolamento n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari, il Regolamento n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alle separazione personale e il Regolamento n. 650/2012 in tema di successioni. Sembra ineludibile «l'attivazione di un corpo organico di regole e principi, su cui tutti i cittadini europei possono contare anche per quanto attiene alla regolamentazione giuridica dei loro rapporti di famiglia» (In dottrina, si vd. anche Scalisi 2013 e Tomasi 2007).

Nel nostro ordinamento sussistono una serie di frammenti normativi che concorrono all'elaborazione di uno «statuto» della famiglia di fatto. Si pensi alle norme in materia di filiazione, adozione, tutela contro gli abusi familiari, affidamento dei figli, amministrazione di sostegno e alla cospicua elaborazione giurisprudenziale in tema di successione del convivente nel contratto, di obbligazioni naturali, di risarcimento del danno e alla tutela possessoria del convivente (Cass., S. civ., 21.3.2014, n. 7214; Cass., S. civ., 22.1.2014, n. 1277; Cass., S.U., 27.2.2013, n. 4847). Pochi mesi fa, infine, è stata pubblicata la l. 20 maggio 2016, n. 76, che contiene la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e la disciplina delle convivenze. Il legislatore del 2016 ha rinunciato all'ambiziosa possibilità di regolare in modo sistemico i diritti sociali. La norma, infatti, mentre per le unioni civili tra persone dello stesso sesso ha previsto che tutte le disposizioni contenute nelle leggi, nei regolamenti, negli atti amministrativi e nei contratti collettivi che contengono le parole «coniuge» o «coniugi» si applicano anche a ognuna delle parti dell'unione civile, non ha riproposto la medesima disposizione nella disciplina delle convivenze di fatto, nella quale permangono rilevanti lacune, tra cui quella del regime dei permessi *ex* legge n. 104/1992 (Si vd., per impostazione critica, anche Tonetti 2016).

A tal proposito si deve notare che la Corte, nel caso qui annotato, ha altresì rinunciato ad affrontare sistematicamente il nodo dell'equiparazione dei diritti delle coppie di fatto con quelli dei coniugi e ha esaminato il caso muovendo la propria indagine da un altro punto di vista. Secondo la Corte, infatti, ai fini del ragionamento non è dirimente affrontare l'assimilabilità o meno dello *status* del convivente a quello del coniuge, ma occorre focalizzare l'attenzione sulla natura e sulla *ratio* dei permessi previsti dall'art. 33, alla luce dei relativi presupposti e dell'evoluzione normativa. La Corte ha riportato tutto al livello di individuo, non mettendo mano alla valutazione sulla coppia di fatto e sull'esercizio dei diritti di previdenza e assistenza sociale nell'ambito della coppia di fatto. È certamente un passaggio importante, ma non dirimente per le questioni rilevanti che sono alla base della vicenda giuridica. Si noti, infatti, che nella formulazione

originaria la norma riconosceva il diritto a fruire dei tre giorni di permesso mensile alla lavoratrice madre o al lavoratore padre, anche adottivi, di minore con handicap in situazione di gravità, nonché a colui che assistesse una persona con handicap in situazione di gravità, parente o affine entro il terzo grado, convivente. Successivamente, l'art. 20 della l. n. 53/2000 ha eliminato il riferimento al requisito della convivenza con il portatore di handicap, richiedendo, però, che l'assistenza fornita dal lavoratore fosse continua ed esclusiva. L'art. 24, c. 1, lett. *a*, della l. n. 183/2010, poi, ha ristretto la platea dei beneficiari e introdotto il principio del referente unico per ciascun disabile, fatta salva la possibilità per i genitori di fruire alternativamente del beneficio per l'assistenza dello stesso figlio. Da ultimo, in sede di attuazione della delega contenuta nell'art. 23 della l. n. 183/2010, il legislatore ha disciplinato la fattispecie del cumulo dei permessi mensili retribuiti. Nel tempo, quindi, se non sono mai mutate le condizioni oggettive richieste per il riconoscimento del beneficio, i requisiti soggettivi sono stati frequentemente revisionati, a dimostrazione del fatto che l'interesse sotteso alla norma è la tutela del disabile, che spinge l'ordinamento ad adeguarsi al mutato contesto sociale (In senso conforme, Cons. Stato 21.5.2010, n. 3237, il quale sancisce che la *ratio* della norma «non è quella di assegnare dei benefici ai soggetti che hanno un parente portatore di handicap, ma quella di garantire a quest'ultimo un'assistenza»). Il permesso mensile retribuito, infatti, è espressione dello Stato sociale, che eroga una provvidenza in forma indiretta ai congiunti che si fanno carico dell'assistenza di un parente disabile grave. Lo strumento di politica socio-assistenziale è basato sul riconoscimento del valore della cura alla persona e sulla valorizzazione delle relazioni di solidarietà interpersonali e intergenerazionali. Pertanto, ai fini della norma, che assicura la continuità nelle cure e nell'assistenza del disabile che si realizzino in ambito familiare, la Corte ritiene non utile verificare se la famiglia di fatto costituisca o meno un vincolo giuridicamente idoneo, perché non è la famiglia il centro del ragionamento. Il diritto alla salute psico-fisica del disabile, infatti, va garantito e tutelato anche come individuo facente parte di «ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico» (C. cost. 15.4.2010, n. 138). È per questi motivi che la Consulta riconosce il contrasto con la Costituzione e precisa come il richiamo all'art. 3 Cost. rileva non per la sua portata eguagliatrice (in quanto resta comunque diversificata la condizione del coniuge da quella del convivente), ma per la contraddittorietà logica sottostante all'esclusione del convivente dalla previsione di una norma che ha come obiettivo quello di tutelare il diritto alla salute psico-fisica del disabile. La norma viene censurata perché costituisce un inammissibile impedimento all'effettività dell'assistenza nei confronti di una persona che non si trova in una situazione di obiettiva carenza di soggetti portatori di un rapporto qualificato sul piano affettivo, ma viene esclusa dalla tutela in virtù di una distinzione giuridica non rilevante.

A ben vedere, tuttavia, la sentenza in commento lascia aperti alcuni interrogativi e, in particolare, quello relativo al ruolo che la l. n. 76/2016 potrà avere in situazioni analoghe.

La pronuncia, infatti, non fa alcun riferimento all'entrata in vigore della legge e si concentra sul diritto del disabile e sulla valorizzazione della relazione affettiva tipica del rapporto familiare. Resta, però, il problema di comprendere come, da un punto di vista probatorio, sarà possibile accertare l'esistenza o meno di tale situazione affettiva,

anche per contrastare comportamenti opportunistici in ordine all'estensione del trattamento di favore.

Con l'entrata in vigore della l. n. 76/2016, infatti, se può essere pacificamente sostenuto che il beneficio di cui alla l. n. 104/1992 possa essere esteso agli uniti civilmente e al convivente di fatto che abbia costituito uno stato di famiglia mediante la dichiarazione anagrafica, resta da comprendere se sarà possibile e con quali criteri estendere il trattamento di favore anche convivenze non registrate. Queste richieste, infatti, potrebbero incontrare l'opposizione da parte dell'Inps e, quindi, lo sviluppo di un aspro contenzioso.

Alla luce di ciò, sebbene la sentenza aggiunga un importante tassello al *corpus* normativo della famiglia di fatto, emerge con forza come la materia chieda ancora una sistemazione organica

Riferimenti bibliografici

- Autorino Stanzione G. (2004), *Autonomia negoziale e rapporti coniugali*, in *RDC*, n. 3, 4 ss.
- Bessone M. et al. (1999), *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, Zanichelli, Bologna, 3 ss.
- Cordiano A. (2016), *La dichiarazione di incostituzionalità della legge n. 104/1992 e l'estensione del beneficio del permesso al lavoratore convivente di fatto*, in *Forum QC*, n. 10, in <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/?p=8586>.
- Meli M. (2007), *Il dialogo tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario: gli sviluppi più recenti in materia di diritto di famiglia*, in *EDP*, 449 ss.
- Oberto G. (2003), *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 127 ss.
- Querzola L. (2016), *Riflessioni sulla legge in materia di unioni civili*, in *RTDPC*, n. 3, 843 ss.
- Riccio D. (2007), *La famiglia di fatto*, Cedam, Padova.
- Scalisi V. (2013), «Famiglia» e «famiglie» in Europa, in *RDC*, n. 1, 7 ss.
- Scalisi V. (2013), *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'Unità d'Italia a oggi*, in *RDC*, n. 5, 1043 ss.
- Tomasi L. (2007), *La nozione di famiglia negli atti dell'Unione e della Comunità europea*, in Bariatti S., *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Giuffrè, Milano, 68 ss.
- Tonetti M. (2016), *Niente reversibilità al convivente more uxorio*, in *Diritto e Giustizia*, n. 76, 2 ss.
- Urso E. (2005), *Il diritto di famiglia nella prospettiva «europea»*, in D'Usseaux B. (a cura di), *Il diritto di famiglia nell'Unione europea*, Cedam, Padova, 546 ss.

Sara Cubellotti

*Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Roma Tor Vergata, Seri-Fgb Fellow*

TRIBUNALE NAPOLI, 26.9.2016 – Est. Musella – A.C., E.L. (avv. Iavarone) c. Asl Napoli 1.

Disabilità – Diritto allo studio – Bilanciamento con esigenze finanziarie – Inclusione scolastica – Diritto all'assistenza infermieristica – Prevale.

Lo studente con disabilità, ai fini della inclusione scolastica, ha diritto alla assistenza sanitaria infermieristica durante l'orario di frequenza della scuola. Il servizio sanitario pubblico, in presenza di uno stato di bisogno, è tenuto ad assicurare, durante l'intero orario di frequentazione della scuola, la presenza di un infermiere per far fronte a gravi situazioni di salute che possano manifestarsi in maniera improvvisa e imprevedibile. (1)

(1) INCLUSIONE SCOLASTICA E ASSISTENZA SANITARIA:
LA NEUTRALITÀ DEGLI EQUILIBRI DI FINANZA PUBBLICA

1. — Il provvedimento in esame riguarda il caso di uno studente con disabilità che, affetto da patologia grave, necessita dell'assistenza di personale infermieristico durante l'orario scolastico, la cui negazione è stata ritenuta come la costruzione di una *barriera sociale* impeditiva dello sviluppo della personalità umana.

Quello che emerge dalla sentenza del Tribunale di Napoli può essere riassunto in una espressione-manifesto: *senza pari opportunità vi è discriminazione*, perché la condotta omissiva della pubblica amministrazione, in quanto ostativa al godimento di un diritto costituzionalmente protetto, determinando una posizione di svantaggio per effetto della mancanza di una prestazione positiva, si pone in contrasto con l'art. 2, l. n. 67/2006: costituisce cioè una *discriminazione indiretta*.

Tornando al caso concreto, adito in via d'urgenza, il Tribunale di Napoli nella prima fase del giudizio cautelare ha escluso la configurabilità di un diritto soggettivo pieno all'assistenza sanitaria continua in ambiente e orario scolastico, non essendo rinvenibile, a suo dire, nell'ordinamento nazionale e sovranazionale, una norma precettiva in materia in grado di dare attuazione alle disposizioni programmatiche contenute nella l. n. 104/1992.

Il superamento di tale ostacolo al riconoscimento del diritto incondizionato alle prestazioni sanitarie per l'integrazione scolastica è stato, invece, rinvenuto dal Collegio, in sede di definizione della fase di reclamo, nell'art. 2 e nell'art. 14, l. n. 833/1978, nella parte in cui congiuntamente consentono di stabilire che la promozione della salute in età evolutiva è garantita per mezzo dell'attuazione dei servizi medico-scolastici per favorire l'integrazione delle persone con disabilità, con compito delle strutture locali del servizio sanitario nazionale di garantire l'assistenza medica e infermieristica in ogni ambito.

Integrativa rispetto a tale normativa è stata ritenuta dal Tribunale quella contenuta negli artt. 12 e 13, l. n. 104/1992, i quali, in combinato tra loro, attraverso l'integrazione dei servizi scolastici con quelli socio-sanitari, garantiscono a pieno titolo il diritto delle persone con disabilità alla istruzione ed educazione nelle istituzioni scolastiche.

La questione, pur se per la specificità della fattispecie non ha un tasso significativo di presenza nei repertori giurisprudenziali, non è nuova ed è stata già affrontata in termini analoghi da altre Corti di merito [T. Roma 6.3.2002, in *Nuovo diritto*, 2002, I, 281, e in *Giurisprudenza romana*, 2002, 372; conf. T. Santa Maria C.V., 27.11.2004, ord., in *archivio edscuola.it*; T. Santa Maria C.V., 2.3.2005, in *archivio edscuola.it*; T. Ancona 19.1.2005, inedita a quanto consta; in dottrina, per la segnalazione di tale indirizzo, vedi Latti (2010, 90), secondo cui la misura in questione rientra tra gli strumenti di assistenza specialistica per l'integrazione scolastica dello studente con disabilità].

Con tale indirizzo giurisprudenziale la sentenza in commento si muove in sostanziale continuità, ma con significativi elementi di novità; infatti, è la prima volta che il diritto alla inclusione scolastica da realizzarsi attraverso la strumentalità del diritto alla salute viene affrontato nella dimensione della finanza pubblica, ovvero della sostenibilità del sistema assistenziale o di sicurezza sociale in relazione alle risorse disponibili per garantire le misure di sostegno; è la prima volta, in sostanza, che il richiamo all'art. 38 Cost. non è riferito al diritto alla educazione (comma 3), ma, coniugato con l'art. 32 Cost., è indirizzato specificamente al diritto all'assistenza (comma 1).

Questo elemento di novità, rispetto al passato, si ritrova nella sentenza in commento perché il Tribunale di Napoli è stato chiamato a dare a un quesito vecchio una risposta nuova, in virtù del modificato quadro ordinamentale, definito dalla introduzione nell'art. 81 Cost., per effetto della modifica apportata dalla l. n. 1/2012, del cd. principio di pareggio del bilancio.

Il problema cui la sentenza recensita ha inteso dare una soluzione è quello di stabilire, nel caso di concorso di esigenze di tutela della persona umana ed esigenze di equilibrio della finanza pubblica, se vi sia la prevalenza di un aspetto sull'altro, ovvero di individuare la regola che ordina e dirime il rapporto tra di esse.

Un ancoraggio è stato trovato dal Tribunale di Napoli nella normativa sovranazionale, particolarmente nell'art. 24 della Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità del 13.12.2006 (ratificata con l. n. 18/2009 e il 23.12.2010 dall'Ue), che riconosce alle persone con disabilità il diritto all'educazione in un sistema inclusivo fondato sul principio di eguaglianza (ossia senza discriminazioni e con garanzia di pari opportunità).

In un tale quadro normativo il Collegio ha ritenuto che l'obbligo di superamento delle difficoltà discendenti dalla disabilità non può trovare un limite in ragioni di carattere organizzativo (e, ancor meno, finanziario); di conseguenza, la mancata assistenza infermieristica giustificata solo dalla esigenza di bilanciamento di interessi non può comportare una compressione dei diritti della persona in stato di bisogno esistenziale.

Da qui l'ordine a carico dell'azienda sanitaria di assicurare durante l'orario scolastico la presenza di un infermiere in grado di riconoscere i sintomi disfunzionali e intervenire con gli idonei trattamenti terapeutici.

Non vi è dubbio che la persona con disabilità è titolare di un diritto soggettivo pieno allo studio e nemmeno si dubita che il raggiungimento dell'obiettivo della sua integrazione scolastica possa richiedere l'adozione non solo di misure di sostegno all'apprendimento, ma anche di misure di assistenza sanitaria funzionali alla inclusione nell'ambiente scolastico (Cfr. Vadalà 2009, 125).

La fattispecie, come detto, è stata ricostruita in termini di discriminazione indiretta: dotare la scuola dei supporti utili per gli alunni con disabilità, tra i quali quelli di assi-

stenza sanitaria, significa adottare un'azione positiva per ristabilire una situazione di pari opportunità (Cfr. De Robertis 2011, 22; tesi condivisa anche in giurisprudenza: vd. Cass. civ., S.U., 25.11.2014, n. 25011, in *Giurisprudenza amministrativa*, 2014, ant. 477).

In questa prospettiva l'adozione della misura di sostegno è richiesta e diviene obbligatoria non solo quando è funzionale all'apprendimento, ma anche quando è necessaria per inserire lo studente con disabilità nell'ambiente scolastico naturale e garantirne la permanenza nella formazione sociale, quindi per garantire, al pari di ogni altra misura di sostegno, la stessa realizzazione del diritto all'istruzione.

In questo settore, concetti come dignità, solidarietà e uguaglianza, che già trovano protezione negli artt. 2 e 3 Cost., assumono un autonomo e specifico rilievo in relazione alla peculiare condizione della persona con disabilità e si specificano in posizioni giuridico-soggettive figurative di valori propri (T. Bari, 17.11.2004, in *Diritti dell'uomo*, 2005, fasc. 1, 107), ma non categoriali.

All'interno di questa categoria, a sua volta, le posizioni singole si specificano ulteriormente perché «... i disabili non costituiscono un gruppo omogeneo. Vi sono, infatti, forme diverse di disabilità: alcune hanno carattere lieve e altre gravi. Per ognuna di esse è necessario, pertanto, individuare meccanismi di rimozione degli ostacoli che tengano conto della tipologia di handicap da cui risulti essere affetta in concreto una persona» (C. cost. 26.2.2010, n. 80, in *FI*, 2010, I, 1066, in *Rivista giuridica della scuola*, 2010, 367, in *GC*, 2010, I, 1044, in *Giurisprudenza amministrativa*, 2010, III, 141, in *GCost.*, 2010, 879, in linea con C. cost. 8.6.1987, n. 215, in *FI*, 1987, I, 2935, in *Corriere giuridico*, 1987, 817, sul regime di cui alla l. n. 118/1971 antecedente la l. n. 104/1992).

Ciò ha consentito alla giurisprudenza di definire il diritto alla inclusione scolastica degli alunni con disabilità un diritto inviolabile assoluto, il quale, per tale sua configurazione, rientra nel programma di sviluppo della personalità umana garantito dall'art. 2 Cost. e non è comprimibile per ragioni finanziarie («... il diritto all'integrazione scolastica di un alunno disabile è un diritto assoluto e inviolabile e l'ente locale è obbligato a fornire assistenza per l'autonomia e la comunicazione personale dell'alunno, indipendentemente da valutazioni discrezionali dell'amministrazione sull'opportunità e sul costo del servizio...»: T. Salerno 24.5.2007, in *Corti salernitane*, 2008, 326).

L'evoluzione del sistema si ritrova nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale, che integra il quadro normativo di riferimento con consolidamento della fattispecie all'interno dell'art. 38 Cost.: «Il diritto all'istruzione del disabile è consacrato nell'art. 38 Cost., e spetta al legislatore predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione e attuazione di esso, affinché la sua affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale» [C. cost. 16.12.2016, n. 275, in *costituzionale.it*: «La natura fondamentale del diritto, che è tutelato anche a livello internazionale dall'art. 24 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006, ratificata e resa esecutiva con legge 3 marzo 2009, n. 18, impone alla discrezionalità del legislatore un limite invalicabile nel "rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati" (sentenza n. 80 del 2010), tra le quali rientra il servizio di trasporto scolastico e di assistenza poiché, per lo studente disabile, esso costituisce una componente essenziale ad assicurare l'effettività del medesimo diritto»].

Si consolida così l'orientamento della giurisprudenza costituzionale che, nell'ambito dei diritti sociali a prestazioni positive (Vedi Modugno 1995, 67 ss.), riconosce l'esigenza che i diritti fondamentali restino integri e siano garantiti anche quando la loro completa realizzazione è condizionata dalle risorse organizzative e finanziarie disponibili (orientamento già emerso, peraltro con riguardo specifico alla inclusione scolastica, in C. cost. n. 80/2010, cit., dopo che la stessa Corte costituzionale aveva tradizionalmente considerato quello della disponibilità delle risorse un limite oggettivo comportante un bilanciamento di interessi (Vedi C. cost. 16.10.1990, n. 445, in *FI*, 1992, I, 287).

In conclusione, nel nucleo irreformabile dei diritti fondamentali, le esigenze di contenimento della spesa pubblica non possono giustificare l'ineffettività della tutela, neanche quando dall'altra parte si pone l'art. 81 Cost. con il principio di pareggio del bilancio.

Rispetto a questo principio, la sentenza in commento si differenzia dalle altre pronunce perché prende in considerazione, nel quadro complessivo del dovere di solidarietà, lo stato di bisogno esistenziale dello studente in combinato con lo stato di bisogno materiale della sua famiglia, che non è in grado di poter far fronte alle spese per l'assistenza infermieristica in questione (Sull'onere a carico dell'assistenza pubblica delle spese per la frequenza della scuola dell'obbligo da parte di un alunno con disabilità in precarie condizioni economiche vedi giudice di pace Recco 17.10.1996, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1998, 1081).

L'art. 38 Cost., questa volta considerato nel suo comma 1 in relazione agli artt. 2 e 3, comma 2, Cost., costituisce il limite vero all'art. 81 Cost., perché il sostegno agli studenti con disabilità e l'erogazione dei servizi in forma di assistenza sanitaria passano per il diritto alla salute (art. 32 Cost.) e il diritto all'istruzione (art. 34 Cost.), ma non si fermano a essi: è l'art. 53 Cost. che definisce il livello di compartecipazione dell'utente al finanziamento del sistema, in quanto la capacità reddituale non è solo il parametro di quantificazione della capacità contributiva, ma anche quello della ipostatizzazione del bisogno sociale (Cons. Stato, S. III, 26.5.2014, n. 2686, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2014, 1407; per una più approfondita considerazione del tema, sia consentito il rinvio a Federici 2009, 242).

Riferimenti bibliografici

- De Robertis G. (2011), *La tutela del diritto all'inclusione scolastica degli alunni disabili*, in *La rosa blu Anfass*, n. 2, 22.
Federici A. (2009), *Il danno biologico nel sistema previdenziale*, Giuffrè, Milano.
Latti G. (2010), *I diritti esigibili*, F. Angeli Editore, Milano.
Modugno F. (1995), *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino.
Vadalà V. (2009), *La tutela delle disabilità*, Giuffrè, Milano, 2009.

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

CASSAZIONE, 23.5.2016, n. 10633 – Pres. Mammone, Est. Patti, P.M. Fuzio (conf.) – T. Spa + 1 (avv. Maresca) c. Inps (avv.ti Coretti, Triolo, Stumpo).
Conf. Corte d'Appello di Genova, 19.11.2012.

Trattamento di fine rapporto – Appalto – Art. 29, c. 2, d.lgs. n. 276/2003 – Responsabilità solidale del committente – Pagamento del Tfr in ipotesi di inadempienza del datore di lavoro – Diritto di surroga del committente adempiente nei confronti del fondo di garanzia presso l'Inps – Insussistenza.

Il committente che, in forza dell'art. 29, d.lgs. n. 276 del 2003, corrisponda i trattamenti retributivi e il Tfr ai dipendenti del proprio appaltatore adempie a un'obbligazione propria nascente dalla legge, e, pertanto, non diviene avente diritto del lavoratore, sicché è legittimato a surrogarsi nei diritti del lavoratore verso l'appaltatore, ex art. 1203, n. 3, c.c., ma non ha titolo per ottenere l'intervento di cui all'art. 2 della l. n. 297 del 1982. (1)

(1) IL COMMITTENTE NON PUÒ RICHIEDERE AL FONDO DI GARANZIA
QUANTO EROGATO AI DIPENDENTI DELL'APPALTATORE

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Ambito temporale d'applicazione del detto principio. — 3. La sentenza della Suprema Corte. — 4. L'obbligo solidale del committente con riguardo alle quote di Tfr erogate dal fondo di tesoreria. — 5. Conclusioni.

1. — *Premessa* — La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 10633/2016 (1), ha affermato il principio secondo cui il committente non può surrogarsi ex art. 1203 c.c. nel diritto dei lavoratori verso il fondo di garanzia, istituito presso l'Inps, ex art. 2, l. n. 297/1982, per ottenere la restituzione di quanto pagato (come obbligato solidale ex art. 29, c. 2, d.lgs. n. 276/2003) a titolo di Tfr, in ipotesi di inadempimento dell'appaltatore-datore di lavoro, potendo agire soltanto, in via di rivalsa, nei confronti di quest'ultimo, che è l'obbligato cd. «principale» (2).

La Corte è giunta a questa conclusione attraverso una qualificazione giuridica dell'obbligazione di pagamento al lavoratore dei trattamenti retributivi (compreso il Tfr) non erogati dall'appaltatore, che grava sul committente, ai sensi dell'art. 29, c. 2, d.lgs. n. 276/2003 (3), escludendo che (a seguito dell'adempimento) si realizzi fra committente e lavoratore un rapporto giuridico assimilabile a quello scaturente da una

(1) Affermato in altre due sentenze: Cass. 20.5.2016, n. 10543, inedita a quanto consta, e Cass. 20.5.2016, n. 10544, inedita a quanto consta, pubblicate entrambe tre giorni prima.

(2) In precedenza, la S.C. si era pronunciata nel senso dell'ammissibilità della surroga del committente nel diritto del lavoratore nei confronti del fondo di garanzia presso l'Inps: Cass. 12.1.2011, n. 25685, inedita a quanto consta.

(3) Con riferimento alla responsabilità solidale del committente e per un esame approfondito di tutte le questioni a essa connesse, si leggano: Corazza 2004; Speciale 2006; Alvino 2007;

cessione del credito. In altri termini, ha affermato che il committente non può trarre la propria posizione in via derivata da quella del lavoratore, quale suo dante causa, per cui sia ipotizzabile che esso – in qualità di terzo adempiente – possa surrogarsi integralmente nella sua posizione (come nell'ipotesi di cessione del credito: art. 1260 c.c.), potendo solo subentrare nelle garanzie che questi vanta nei confronti del datore di lavoro (che è l'obbligato principale).

In particolare, ha specificato che l'obbligo solidale posto a carico del committente ha la natura giuridica di una garanzia in favore del datore di lavoro, a vantaggio del lavoratore, e che il committente – adempiendo – assolve a un'obbligazione propria (4), istituita *ex lege*, che lo legittima, come nei rapporti tra condebitori solidali, a un'azione di regresso – ai sensi dell'art. 1299 c.c. – soltanto nei confronti dell'appaltatore-datore di lavoro, potendo sempre surrogarsi nella posizione del lavoratore, sulla base del principio di cui all'art. 1203, n. 3, c.c., che richiede che il surrogante abbia un interesse giuridicamente qualificato all'estinzione dell'obbligazione (5); tale essendo, appunto, quello del committente, che ha provveduto al pagamento di un debito posto a suo carico, nell'interesse esclusivo del datore di lavoro-appaltatore (6).

2. — *Ambito temporale d'applicazione del detto principio* — In primo luogo, preme precisare, l'ambito temporale d'applicazione del principio affermato dalla succitata sentenza, considerato che l'art. 29, c. 2, d.lgs. n. 276/2003 (che disciplina l'obbligazione solidale del committente, assicurando ai lavoratori una tutela aggiuntiva e più ampia rispetto a quella di cui all'art. 1676 c.c.), dalla data della sua pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale* a oggi è il risultato di una vera e propria stratificazione legislativa. Si è giunti all'attuale formulazione dopo ben sette modificazioni (7) della detta norma e altri interventi legislativi che, seppure non si sono inseriti sul suo impianto, hanno inevitabilmente inciso sulla disciplina generale del detto istituto giuridico.

Le variazioni hanno riguardato ora l'ambito d'applicazione (esteso all'appalto di opere, con l'art. 6, c. 1, d.lgs. n. 251/2004); ora, i tempi dell'esercizio dell'azione (essendo stato allungato il termine di decadenza previsto, dalla durata iniziale di un anno

Scarpelli 2006; Imberti 2008; Carinci 2010; Cassar 2012; Mimmo 2012; Zillio Grandi, Sferazza 2012; Lamberti 2011; Montesarchio 2011; De Luca Tamajo 2007; Chieco 2007; Tullini 2007; Ferraro 2005; Gamberini, Venturi 2012a; Tosi 2012; Gamberini, Venturi 2012b.; Sgroi, 2001; Capurso, 2007.

(4) Detta obbligazione è stata già qualificata come accollo *ex lege*: cfr. Alessi, Nocerino 2013, che giungono a tale conclusione attraverso uno studio autorevole sull'accollo compiuto da Rescigno 1958, 251.

(5) Secondo quanto già affermato da Cass., S. III, 16.12.2013, n. 28061, in *GDir.*, 2014, n. 10, 32.

(6) Potendo avvenire che il debito solidale sia pertinente esclusivamente all'interesse di uno solo dei debitori: sul punto, si legga Giorgianni 1965.

(7) Con riferimento alle numerose modifiche dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, si sono posti problemi circa l'individuazione della versione applicabile *ratione temporis*. Sul punto, si legga Rivero 2014, il quale è per la soluzione che, se la novità ha carattere processuale, debba applicarsi il principio *tempus regit actum*, mentre, se ha carattere sostanziale, debba essere rispettato il principio di irretroattività. Al riguardo, per accertare il lasso temporale in cui si è verificata la fattispecie, in dottrina, si è indicato come spartiacque il momento della stipula del contratto d'appalto: Corazza 2007, 1671.

a quella di due dalla cessazione dell'appalto, dall'art. 1, c. 911, l. n. 296/2006); ora, sull'ampiezza del contenuto del vincolo (che, dal 7.4.2012, comprende anche le quote di Tfr ed esclude le sanzioni che sono a carico solo del responsabile dell'inadempimento (8), per espressa previsione dell'art. 21, c. 1, d.l. n. 5/2012, conv. con modificazioni nella l. n. 35/2012); ora, sul numero degli obbligati in solido (che si estende – con riferimento ai crediti contributivi – anche agli eventuali subcommittenti, dall'entrata in vigore dell'art. 1, c. 911, l. n. 296/2006, e, per effetto, della sostituzione della disciplina speciale di cui all'art. 35, comma 28, d.l. n. 223/2006, conv. con modificazioni nella l. n. 248/2006, con l'art. 2, c. 5-*bis*, d.l. n. 16/2012, conv. con modificazioni nella l. n. 44/2012); ora, sulle modalità di esercizio dell'azione nei confronti del committente (9) (art. 21, c. 1, d.l. n. 5/2012, conv. con modificazioni nella l. n. 35/2012) (10); ora, sulla possibilità di prevedere la sua esclusione per effetto di previsione contenuta in Ccnl sottoscritti da associazioni comparativamente più rappresentative del settore, che possono individuare metodi e procedure di controllo e di verifica della responsabilità complessiva negli appalti (art. 4, c. 31, lett. *a*, l. n. 92/2012) (11).

A ciò si aggiunga che l'art. 9, c. 1, d.l. n. 76/2013, conv. con modificazioni nella l. n. 76/2013, ha espressamente specificato che detta garanzia non trova applicazione con riferimento alle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 165/2001.

Quindi, con precipuo riferimento al caso di specie, prima della modificazione legislativa (di cui alla l. n. 35/2012), ricorrendo un'ipotesi di appalto di opere e/o servizi, in ipotesi di inadempimento del datore di lavoro al pagamento dei ratei del Tfr,

(8) In proposito, preme precisare che C. cost. 13.11.2014, n. 254, in *RIDL*, 2015, n. 3, II, 810, ha affermato: «Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 29, comma 2, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, come modificato dall'art. 1, comma 911, l. n. 296 del 2006, censurato, in riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui prevede che la responsabilità solidale dell'appaltante, in caso di omesso versamento da parte dell'appaltatore dei contributi previdenziali, comprenda anche il debito per le sanzioni civili e le somme aggiuntive, mentre il successivo art. 21, d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, conv. con modificazioni, in l. 4 aprile 2012, n. 35, limita la responsabilità solidale del committente, escludendo espressamente che essa si estenda alle sanzioni civili e alle somme aggiuntive. Premesso che non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza un trattamento differenziato applicato alle stesse fattispecie, ma in momenti diversi nel tempo, poiché il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche, la circostanza che la nuova disciplina in tema di responsabilità solidale del committente e dell'appaltatore, dettata dall'art. 21, d.l. n. 5 del 2012, si applichi agli inadempimenti contributivi avvenuti dopo la sua entrata in vigore, essendo conseguenza dei principi generali in tema di successione di leggi nel tempo, non può ritenersi di per sé lesiva del parametro costituzionale evocato».

(9) Questa, sino al 7.4.2012, si svolgeva secondo le regole e le modalità generali; successivamente, è stato previsto che il committente, se convenuto in giudizio, può eccepire – nella prima difesa – la preventiva escussione dell'appaltatore e, se non è convenuto anche l'appaltatore, deve indicare i beni del patrimonio su cui il lavoratore possa agevolmente soddisfarsi (art. 1, c. 911, l. n. 296/2006). Successivamente (cioè, dal 23.8.2013), è stato stabilito che il committente è litisconsorte necessario nei giudizi in cui si discorre dei diritti dei lavoratori, oggetto del vincolo solidale, nei confronti degli altri appaltatori o subappaltatori, pur potendo nella prima difesa chiedere la preventiva escussione del datore di lavoro (art. 21, c. 1, d.l. n. 5/2012, conv. con modificazioni nella l. n. 35/2012).

(10) Precisazione, questa, non necessaria, se si considera che il principio, in via generale, è già nell'art. 1299 c.c.

(11) Sul tema, si vedano: Zoppoli 2006; Carabelli, Leccese 2006, 193; Liso 1998, 191.

maturati durante l'esecuzione dei lavori, i lavoratori – entro il termine di prescrizione – potevano chiederne il pagamento al fondo di garanzia presso l'Inps, con le previste modalità; invece, dal 7.4.2012 a oggi, entro il termine di decadenza di due anni dalla cessazione dell'appalto possono chiederne l'adempimento al committente e/o sub-committente immediatamente precedente e, solo se anche questi sono inadempienti, attenendosi all'*iter* previsto, possono sollecitare l'intervento del fondo di garanzia.

3. — *La sentenza della Suprema Corte* — La sentenza commentata fa chiarezza sui rimedi offerti dall'ordinamento al committente per recuperare quanto pagato a titolo di Tfr ai lavoratori, impiegati nell'esecuzione di lavori oggetto d'appalto, soffermandosi a qualificare la sua posizione giuridica nei confronti del datore di lavoro; ma non analizza, con particolare riferimento all'ipotesi della sussistenza dell'obbligazione solidale, né il rapporto fra questa forma di garanzia e quella offerta dal detto fondo, né la natura e la reale estensione delle due conseguenti obbligazioni (che sono diverse, tra l'altro, con riferimento al *quantum* che, in un caso, abbraccia solo le quote di Tfr relative al periodo di svolgimento dell'appalto e, nell'altro, tutte le quote maturate durante il rapporto di lavoro: di talché possono essere concorrenti, ma non coincidenti); né i requisiti che regolano, per espressa previsione legislativa, l'accesso del lavoratore all'una e all'altra.

Pertanto, se, da un canto, è pienamente condivisibile la conclusione cui LA S. C. è pervenuta, dall'altro, è inevitabile ritenere che il percorso logico-giuridico posto a suo fondamento è stato sviluppato in modo parziale, senza ricostruire integralmente la natura e funzione del fondo di garanzia, e la struttura e la dinamica dei rapporti giuridici, che coinvolgono ciascuna parte del contratto d'appalto, e le posizioni giuridiche che ne derivano, in ipotesi di inadempimento del datore di lavoro in relazione ai ratei del Tfr nei confronti dei lavoratori impiegati nell'esecuzione dei lavori; quindi, dei rimedi utilizzabili da ciascuno dei soggetti adempienti per reintegrare il proprio patrimonio, a seguito della diminuzione conseguente al pagamento (in via di garanzia) di un'obbligazione altrui: cioè del datore di lavoro.

Da qui l'inevitabile intersecarsi di rapporti giuridici fra i soggetti che prestano la garanzia (committente e fondo di garanzia) e i beneficiari della stessa (lavoratori) e l'obbligato al pagamento del Tfr (datore di lavoro), ai fini sia dell'adempimento delle rispettive obbligazioni e di proposizione delle varie eccezioni (per paralizzare le rispettive azioni: come quella, esperibile solo in via giudiziale dal committente, diretta a ottenere la preventiva escussione del datore di lavoro); sia dell'esercizio dei poteri connessi al diritto di rivalsa, che è proprio di colui che adempie un'obbligazione cui è tenuto, senza esserne l'obbligato principale, neppure *pro quota*.

È perciò necessario illustrare, preliminarmente, le caratteristiche dell'obbligazione di pagamento del Tfr del committente e di quella del fondo di garanzia.

L'obbligazione del committente, che ha la propria fonte in un appalto di opere e/o servizi, deve necessariamente essere «attivata» dal lavoratore, a pena di decadenza (12),

(12) È evidente che, se la richiesta di pagamento è avanzata dal lavoratore prima della cessazione dell'appalto o perché ricorra uno dei presupposti per ottenerne l'anticipazione, o perché è avvenuta la cessazione del rapporto di lavoro, il diritto è subordinato all'ordinario termine di prescrizione.

entro il termine di due anni dalla cessazione dell'appalto e non presuppone un inadempimento del datore di lavoro, in quanto il pagamento – in via stragiudiziale – può essere chiesto dal lavoratore, indifferentemente, all'uno o all'altro obbligato (13), come in tutte le ipotesi di vincolo solidale (in cui non è previsto alcun *beneficium excussionis*) (14).

Il committente, se adempie l'obbligazione del datore di lavoro, può rivalersi per intero nei suoi confronti, secondo le norme generali (art. 1299 c.c.) che regolano l'obbligazione solidale, e anche succedere, con riferimento a eventuali garanzie, nella stessa posizione giuridica che aveva il lavoratore (art. 1203 c.c.).

Il lavoratore, se non è soddisfatto né dal committente, né dal datore di lavoro può chiedere l'intervento del fondo di garanzia, secondo le modalità previste (art. 2, l. n. 297/1982).

Al contrario, il fondo di garanzia è stato istituito presso l'Inps con lo scopo di sostituirsi al datore di lavoro, in ipotesi di insolvenza nel pagamento del Tfr, previa presentazione da parte del lavoratore di domanda amministrativa (entro il termine di prescrizione decennale) (15), che tuttavia deve avvenire successivamente all'ammissione del credito e, in siffatta misura, al passivo del fallimento o della liquidazione coatta amministrativa; ovvero, se l'inadempiente non è assoggettato a procedure concorsuali, dopo la formazione di un titolo esecutivo e l'esperimento infruttuoso, in tutto o in parte, dell'esecuzione forzata.

La somma che viene erogata è una vera e propria prestazione (16) e ha natura previdenziale, avendo la propria fonte nel rapporto assicurativo previdenziale e tro-

(13) È soggetta, cioè, alla disciplina generale, contenuta negli artt. 1293 ss. c.c.: i singoli debitori possono essere tenuti all'adempimento dell'obbligazione con modalità diverse; sono tenuti in solido, se dalla legge o dal titolo non risulta diversamente (art. 1294 c.c.); nei rapporti interni l'obbligazione in solido si divide tra i diversi debitori, salvo che sia stata contratta nell'interesse esclusivo di alcuno di essi (art. 1298 c.c.); colui che ha pagato può esercitare l'azione di regresso nei confronti degli altri debitori in solido, *pro quota* o per intero, se l'obbligazione era stata assunta nell'interesse esclusivo di uno di essi (art. 1299 c.c.).

(14) Beneficio che, difatti, è previsto (a date condizioni) solo nell'ipotesi in cui il lavoratore agisca giudizialmente nei confronti del committente.

(15) Così Cass. 26.5.2015, n. 2015, in *Diritto e Giustizia*, 2015, 27 maggio, che ha affermato: «In caso di insolvenza del datore di lavoro, la corresponsione del trattamento di fine rapporto ha natura di diritto di credito a una prestazione previdenziale, ed è perciò distinto e autonomo rispetto al credito vantato nei confronti del datore di lavoro e, pertanto, la prescrizione del diritto del lavoratore nei confronti del fondo di garanzia è quella ordinaria decennale».

(16) Sulla natura previdenziale della prestazione erogata dal fondo di garanzia si vedano: Cass. 24.2.2006, n. 4183, in *MGC*, 2006, 2, 5; conf. Cass. 18.4.2008, n. 2008, in *MGC*, 2008, n. 5, 599; Cass. 9.6.2014, n. 12971, inedita a quanto consta. Quest'ultima ha affermato in particolare: «Il diritto del lavoratore di ottenere dall'Inps, in caso di insolvenza del datore di lavoro, la corresponsione del Tfr a carico dello speciale fondo di cui all'art. 2 della legge 29 maggio 1982, n. 297, ha natura di diritto di credito a una prestazione previdenziale, ed è perciò distinto e autonomo rispetto al credito vantato nei confronti del datore di lavoro (restando esclusa, pertanto, la fattispecie dell'obbligazione solidale), diritto che si perfeziona (non con la cessazione del rapporto di lavoro ma) al verificarsi dei presupposti previsti dalla detta legge (insolvenza del datore di lavoro, verifica dell'esistenza e misura del credito in sede di ammissione al passivo, ovvero all'esito di procedura esecutiva), con la conseguenza che, prima che si siano verificati tali presupposti, nessuna domanda di pagamento può essere rivolta all'Inps e, pertanto, non può decorrere la prescrizione del diritto del lavoratore nei confronti del fondo di garanzia».

vando giustificazione nel versamento di contributi, cosicché è autonoma da quella del datore di lavoro, che ha fonte nel rapporto di lavoro (e, quindi del committente, che ce l'ha nel contratto d'appalto). Non avendo fonte nello stesso titolo e non essendo previsto dalla legge, queste due obbligazioni (quella del committente e quella del fondo di garanzia), pur avendo a oggetto una prestazione di eguale importo, non sono legate da vincolo di solidarietà, dovendo escludersi così l'applicazione degli artt. 1292 ss. c.c. (17).

Dunque, se sussiste l'obbligo solidale, il lavoratore non può chiedere l'intervento del fondo, se prima non ha agito sia nei confronti del committente che del datore di lavoro. Specificamente, deve essersi realizzata l'insolvenza sia del datore di lavoro che del committente, secondo le modalità sopra descritte, che – come detto – costituiscono il presupposto della domanda del lavoratore.

In quest'ipotesi, il fondo di garanzia, dopo aver adempiuto l'obbligazione di versamento dei ratei del Tfr al lavoratore, può rivalersi nei confronti dell'uno o dell'altro.

Se agirà nei confronti del committente, quest'ultimo, a propria volta, potrà rivalersi sul datore di lavoro, di modo che il debito gravi definitivamente su di lui.

In buona sostanza, la richiesta d'intervento del detto fondo di garanzia è subordinata a un duplice inadempimento: quello del datore di lavoro e quello del committente; essa ha come presupposto mediato l'inadempimento del datore di lavoro e del committente (nella generalità dei casi, invece, solo quello del datore di lavoro), e immediato, l'attivazione dell'*iter* previsto, cioè la declaratoria di fallimento, sia del datore di lavoro che del committente e la domanda di ammissione del credito al passivo del fallimento, ovvero la formazione di un titolo esecutivo nei confronti dell'uno e dell'altro.

La scelta fra l'una o l'altra di queste due forme di garanzia non è lasciata al lavoratore, ma è vincolata, nel senso che il lavoratore, che è il beneficiario di entrambe, non può scegliere quale utilizzare per prima, non essendo il fondo di garanzia obbligato in solido né del datore di lavoro, né del committente.

In entrambe le ipotesi, il pagamento del debito da parte di chi non è l'obbligato principale dà luogo all'esercizio del diritto di rivalsa nei confronti del datore di lavoro, e nella surroga nei diritti del lavoratore nei suoi confronti (art. 1203 c.c.), ma per un titolo diverso: in un caso (con riferimento al committente), trattandosi di un'obbligazione solidale, *ex art.* 1299 c.c.; nell'altro (con riferimento al fondo di garanzia), essendo stata adempiuta un'obbligazione da un terzo, in virtù della cessione del credito (art. 1260 c.c.) (18).

(17) In tal senso, Cass. 24.2.2006, n. 4183, in *MGC*, 2006, 2, 5, che – cambiando orientamento – ha escluso il sorgere di un'obbligazione solidale fra il fondo di garanzia e il datore di lavoro, seppure ha affermato che l'obbligazione del fondo dà luogo a un accollo *ex lege*.

(18) Si precisa che Cass. 18.4.2008, n. 2008, in *MGC*, 2008, n. 5, 599, in fattispecie in cui era il cessionario del credito del lavoratore a chiedere l'intervento del fondo di garanzia, ha espresso il seguente principio: «La funzione previdenziale dell'intervento del Fondo di garanzia dell'Inps, di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 297 del 1982, non osta all'intervento del Fondo a favore del cessionario a titolo oneroso del credito relativo al trattamento di fine rapporto spettante al lavoratore, in quanto l'intervento è previsto in favore degli aventi diritto e, con tale termine, che non può che essere inteso nel medesimo significato attribuito all'identica espressione contenuta nell'art. 2122 cod. civ., si fa riferimento agli aventi causa in genere del lavoratore, a pre-

Da quanto detto emerge con evidenza che l'estensione dell'obbligo solidale del committente anche alle quote di Tfr ha come effetto diretto quello di creare una posizione di vantaggio per il lavoratore, che può chiedere l'adempimento di un'obbligazione a più debitori, senza dover attivare la procedura amministrativa connessa al fondo, e, come effetto indiretto, di limitare l'intervento del fondo di garanzia che, trovando giustificazione nell'omesso pagamento delle quote di Tfr, viene meno ogni volta che questo non si realizza.

4. — *L'obbligo solidale del committente con riguardo alle quote di Tfr erogate dal fondo di tesoreria* — Per completezza, anche se si tratta di un'ipotesi che esula da quella oggetto della pronuncia in esame, non può omettersi di considerare che, dal gennaio 2007 in poi, se l'appaltatore è tenuto al versamento dei contributi (per Tfr) al fondo di tesoreria (19), il contenuto dell'obbligazione solidale del committente è diverso.

Per effetto del combinato disposto della disciplina di cui al d.lgs. n. 252/2005 e di quella di cui alla l. n. 296/2006, l'obbligazione del datore di lavoro, avente a oggetto l'accantonamento dei ratei del Tfr, è sostituita da quella di versamento dei contributi al fondo di tesoreria (che corrispondono ai precedenti crediti accantonati); di talché, obbligato al versamento al lavoratore dei ratei di Tfr maturati è il detto fondo, anche se di fatto le somme sono erogate dal datore di lavoro (quale delegato *ex lege*), che poi, attraverso un sistema di compensazione con i crediti dell'Inps per i contributi da versarsi, le recupera (20).

Ebbene, attenendosi al dato normativo risultante dal combinato disposto dei suddetti d.lgs. e l. e dall'art. 29, c. 2, d.lgs. n. 276/2003, l'obbligo solidale del committente non dovrebbe estendersi anche alle somme da erogarsi ai lavoratori a titolo di Tfr, ma dovrebbe avere a oggetto i contributi da versarsi al fondo di tesoreria. Di talché, in caso di omesso versamento di contributi da parte del datore di lavoro, l'Inps potrebbe agire direttamente nei suoi confronti (21) e, in base al principio di automaticità della prestazione (art. 2116, c. 1, c.c.), essere tenuto al versamento al lavoratore dei ratei del Tfr maturati (22).

scindere dal titolo, universale o particolare, della successione nel diritto»; conf. Cass. 5.5.2008, n. 11010, in *Diritto e Giustizia online*, 2008. Sulla cedibilità del credito per Tfr, si leggano Mastroianni 2008, 450; Corrado 2008, 444.

(19) Previsto e disciplinato dall'art. 1, cc. 755 ss., l. n. 296/2006.

(20) Sull'obbligo solidale del committente in ipotesi di devoluzione del Tfr al fondo di tesoreria, si leggano: Vitiello 2016; Alessi, Nocerino 2013; Papadia 2014.

(21) Uno studio della detta questione è in Manzi 2012, 355; Sgroi 2013, 709.

(22) Invece, T. Torino 8.5.2013, n. 1092, inedita a quanto consta, ritiene che l'inadempimento contributivo verso il fondo di tesoreria farebbe prendere nuovamente vigore alla responsabilità solidale del committente, che così sarebbe tenuto al versamento del Tfr. In particolare, ha affermato: «Il meccanismo così ricostruito vede il datore di lavoro non come obbligato diretto verso il lavoratore, bensì, come mero anticipatore di somme che potrà nello stesso mese compensare con la contribuzione dovuta, secondo un sistema che prevede indubbiamente che l'impresa sia ancora attiva e sia ancora parte del rapporto contributivo, sì da poter operare la compensazione, agevolando il lavoratore nel ricevere dallo stesso soggetto l'intero Tfr, anche per la parte di competenza del Fondo. Ma se tale schema anticipatorio non opera – perché l'impresa è cessata o insolvente – non vi è dubbio che il lavoratore abbia diritto di ricevere direttamente la somma maturata dal fondo». Mentre, C. App. Genova 9.4.2013, n. 48, inedita a

5. — *Conclusioni* — Il principio affermato dalla Corte di Cassazione riporta la questione entro il giusto binario: il committente – in quanto beneficiario finale della prestazione resa dal lavoratore dell'appaltatore – è tenuto anche al pagamento delle quote del Tfr e non può agire per ottenerne il rimborso nei confronti del fondo di garanzia, sia perché ne difettano i presupposti (non sussistendo tra gli stessi alcun rapporto giuridico da cui potrebbe scaturire la relativa azione), sia perché così verrebbe meno la funzione del suo obbligo, che è sia quella di evitarne l'intervento che quella di garantire al lavoratore un pagamento più celere e meno oneroso (postulando la richiesta al fondo, il ricorso a un difensore per l'attivazione della procedura fallimentare o la formazione di un titolo esecutivo).

Ciò nonostante non ne risulta aggravata la posizione del committente, che già riceve tutela in via generale all'interno dell'ordinamento, se si considera che sia può far ricorso all'azione di rivalsa (come detto), sia, essendo la parte del contratto d'appalto di opere e servizi e del relativo rapporto che si trova nella posizione giuridica di maggior favore, poiché – essendo il beneficiario della prestazione finale e colui che mette in moto tutto il processo necessario per giungervi – è in grado di valutare (preventivamente) il rischio connesso a essa, ponderare quali sono i limiti entro cui può sostenerlo e, quindi, i margini dell'eventuale profitto.

Ciò può fare, anche ricorrendo a degli strumenti offerti dall'ordinamento. Può accertare la solvibilità dell'appaltatore, sia prima dell'affidamento che durante l'esecuzione dei lavori, mediante il Durc, che certifica il regolare versamento di contributi agli enti previdenziali.

Di modo che può decidere di non affidare un incarico a chi è già insolvente, o sospendere i pagamenti parziali dei lavori a chi diventa tale durante l'appalto, ovvero subordinarne la concessione a una garanzia fideiussoria.

Inoltre, il rischio connesso all'eventuale insolvenza dell'appaltatore può incidere sulla determinazione del corrispettivo da erogare all'appaltatore.

Perciò, con specifico riguardo alla specie oggetto della pronuncia, la richiesta di rimborso che il committente ha inoltrato al fondo di garanzia dei ratei del Tfr pagati al lavoratore probabilmente non è stata dettata dalla necessità di reintegrare una perdita effettivamente subita (che non è detto che ci sia stata: come nell'ipotesi in cui l'affidamento dei lavori è fatto a un appaltatore che si è obbligato a eseguire i lavori a fronte di un corrispettivo irrisorio o di importo inferiore a quello di mercato), ovvero dall'impossibilità di recuperare quanto versato al lavoratore (non risultando neppure che sia stata inoltrata una richiesta in tal senso al datore di lavoro), ma non è stata altro che una pregevole tecnica difensiva per far ottenere agevolmente e prontamente al proprio assistito la restituzione di quanto pagato a causa dell'obbligo solidale (essendo destinatario della richiesta un ente pubblico); senza, cioè, affrontare un'eventuale procedura esecutiva o concorsuale nei confronti dell'appaltatore (*rectius*: datore di lavoro), ed escludendo l'eventualità di ottenere un pagamento parziale.

quanto consta, ha ritenuto che, il committente, ove ha versato i ratei del Tfr in luogo del fondo di tesoreria, ha diritto a rivalersi nei confronti di questi.

Riferimenti bibliografici

- Alessi L., Nocerino E. (2013), *La responsabilità solidale del committente per il Tfr dovuto ai dipendenti dell'appaltatore*, in *www.diritto24.ilsole24ore.com*.
- Alvino I. (2007), *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in *DLRI*, n. 3, 511, ss.
- Capurso P. (2007), *La tutela del credito contributivo negli appalti, prima e dopo la riforma del mercato del lavoro*, in *RGL*, n. 3, II, 544 ss.
- Carabelli U., Leccese U. (2006), *Il sofferto rapporto fra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in Garofalo D., Ricci M. (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 193 ss.
- Carinci M.T. (2010), *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, Giappichelli, Torino.
- Cassar S. (2012), *La responsabilità solidale negli appalti alla luce delle recenti modifiche legislative*, in *MGL*, n. 11, 834 ss.
- Chieco P. (2007), *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla finanziaria 2007*, in *LG*, n. 5, 467 ss.
- Corazza L. (2004), *Contractual Integration e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, Cedam, Padova.
- Corazza L. (2007), in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, 1671 ss.
- Corrado A. (2008), *Fondo di garanzia e chiusura del fallimento per insufficiente realizzo ex art. 102 legge fallimentare*, in *OGL*, n. 2, 444 ss.
- De Luca Tamajo R., Paternò F. (2007), *Sub art. 29*, in R. De Luca Tamajo, G. Santoro Passarelli (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (riforma Biagi)*, Cedam, Padova, 445 ss.
- Ferraro G. (2005), *Il rapporto di lavoro negli appalti*, in Aa.Vv. (a cura di), *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, II, Cedam, Padova, 425 ss.
- Gamberini G., Venturi D. (2012a), *Responsabilità solidale negli appalti: alea iacta est?*, in Rausei P., Tiraboschi M. (a cura di), *Lavoro: una riforma sbagliata*, in *Adapt labour studies*, II, Adapt University Press, 31, ss.
- Gamberini G., Venturi D. (2012b), *La responsabilità solidale negli appalti*, in Mascagni M., Tiraboschi M. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Milano, 205 ss.
- Giorgianni M. (1965), voce *Obbligazione solidale e parziaria*, in *NDI*, XI, Editrice Torinese, Torino, 683 ss.
- Imberti L. (2008), *Responsabilità solidale negli appalti e subappalti dopo il d.l. n. 97/2008: una disciplina in continuo movimento*, in *LG*, n. 7, 659 ss.
- Lamberti M. (2011), *La somministrazione di manodopera*, in *Codice ipertestuale commentato del lavoro*, a cura di Pessi R., Giappichelli, Torino, 971 ss.
- Liso F. (1998), *Autonomia collettiva e occupazione*, in *DLRI*, n. 2, 191 ss.
- Manzi L. (2012), *Insolvenza del datore di lavoro e tutela previdenziale del Tfr dei dipendenti tramite il fondo di garanzia*, in *LG*, n. 4, 355 ss.
- Mastorilli F. (2008), *Sulla esatta qualificazione giuridica delle prestazioni erogate dal fondo di garanzia e problemi di prescrizione*, in *IPrev.*, n. 2, 450 ss.
- Mimmo G. (2012), *Il regime di solidarietà nell'appalto*, in *MGL*, n. 7, 834 ss.

- Montesarchio L. (2011), *Appalto, lavoro e responsabilità solidali*, in *NGCC*, n. 2, 213 ss.
- Papadia S. (2014), *La responsabilità solidale del committente nell'ipotesi di devoluzione del Tfr al Fondo di Tesoreria Inps*, in *www.lavoro-confronto.it*.
- Rescigno U. (1958), *Studi sull'accollo*, Giuffré, Milano, 251 ss.
- Rivero R. (2014), *Appalti, processo e azioni (l'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003)*, in *LG*, n. 10, 853 ss.
- Scarpelli F. (2004), *Commento all'art. 30*, in Gragnoli E., Perulli A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commento sistematico al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 441 ss.
- Sgroi A. (2001), *Appalto di opere e servizi, riscossione dei contributi previdenziali e applicazione del termine annuale di decadenza*, in *IPrev.*, n. 3, 653 ss.
- Sgroi A. (2013), *Appaltatore inadempiente, tutela dei diritti retributivi e previdenziali dei lavoratori, obbligo solidale del committente*, in *RGL*, n. 4, II, 709 ss.
- Speziale V. (2006), *Le esternalizzazioni dei processi produttivi dopo il d.lgs. del 2003: proposte di riforma*, in *RGL*, n. 1, I, 3 ss.
- Tosi P. (2012), *Appalto di opere o di servizi e solidarietà*, in Carinci F., Miscione M. (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, Giuffré, Milano, 158 ss.
- Tullini P. (2007), *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, in *ADL*, n. 4, I, 890 ss.
- Vitiello N. (2016), *Datore di lavoro insolvente e tutela retributiva: il fondo di tesoreria*, in *www.diritto.it*.
- Zillio Grandi G., Sferrazza M. (2012), *Solidarietà e tutele nell'intermediazione di lavoro*, in *RIDL*, n. 1, I, 129 ss.
- Zoppoli L. (2006), *Sull'efficacia soggettiva del contratto collettivo nella disciplina dei lavori flessibili*, in Rusciano M. et al. (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Editoriale scientifica, Napoli, 317 ss.

Carla d'Aloisio
Avvocato in Roma

INDICE

ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

COLLOCAMENTO

Collocamento obbligatorio – Vittime del dovere, del terrorismo e della criminalità organizzata e mafiosa – Assunzione per chiamata diretta – Estensione della tutela con legge regionale al convivente *more uxorio* e ai genitori – Permessi retribuiti – Competenza legislativa statale in materia di ordinamento civile – Illegittimità. 16

CONTRATTO A TERMINE

Lavoro pubblico – Personale sanitario del Ssn – Successione di contratti a termine – Abuso – Direttiva n. 99/70/Ce – Misure preventive e sanzionatorie – Artt. 36, d.lgs. n. 165/2001, e 10, c. 4-ter, d.lgs. n. 368/2001 – Legittimità costituzionale – Divieto di conversione – Risarcimento del danno – Liquidazione del danno – Criteri – Equivalenza. 110

Personale scolastico – Illegittima reiterazione di contratti a termine su organico di diritto – Misure sanzionatorie – Stabilizzazione *ex l.* n. 107 del 2015 o immissione in ruolo secondo il sistema di reclutamento previgente – Idoneità – Risarcimento di danni ulteriori – Ammissibilità – Condizioni. 3

Personale scolastico – Successione di contratti a termine su organico di diritto – Direttiva n. 1999/70/Ce – Sanzioni – Divieto di trasformazione in rapporto a tempo indeterminato – Stabilizzazione *ex l.* n. 107 del 2015 – Risarcimento del danno *ex l.* n. 107 del 2015. 3

CONTROLLI SUL LAVORATORE

Divieto di controllo a distanza – Controlli difensivi – Gps – Garanzie procedurali – Inutilizzabilità dei dati acquisiti. 28

Divieto di controllo a distanza – Controlli difensivi – Registrazione degli accessi e delle presenze – *Badge* – Garanzie procedurali – Inutilizzabilità dei dati acquisiti. 28

CONTROVERSIE DI LAVORO E PREVIDENZA

Principio *iura novit curia* – Applicabilità in appello e in Cassazione – Limiti. 78

Spese giudiziali – Compensazione – Tassatività delle ipotesi – Illegittimità costituzionale – Non manifesta infondatezza (artt. 3, 24, 97, 111 Cost.; art. 92, c. 2, c.p.c.). 167

Spese giudiziali – Compensazione – Tassatività delle ipotesi – Illegittimità costituzionale – Non manifesta infondatezza (artt. 3, 24, 97, 111 Cost.; art. 92, c. 2, c.p.c.). 178

DISABILITÀ

Diritto allo studio – Bilanciamento con esigenze finanziarie – Inclusione scolastica – Diritto all'assistenza infermieristica – Prevale. 186

L. 5 febbraio 1992, n. 104 – Mancata estensione del permesso retribuito al convivente del disabile grave – Incostituzionalità. 181

DISCRIMINAZIONI

Atti ritorsivi nei confronti del dipendente che denuncia condotte illecite (cd. *whistleblower*) – Rilevanza dell'art. 54-*bis*, d.lgs. n. 165/2001, per le società private – Non sussiste – Discriminazione per convinzioni personali – Presupposti. 135

Discriminazioni di genere – Retribuzione – Art. 38 del d.lgs. n. 198/2006 – Licenziamento individuale – Dirigenti – Danno non patrimoniale. 141

Discriminazioni di genere – Retribuzione – Art. 38 del d.lgs. n. 198/2006 – Licenziamento individuale – Dirigenti – Danno non patrimoniale. 141

LAVORO A TEMPO PARZIALE

Lavoro notturno – Turni avvicendati e continui – Retribuzione – Discriminazione. 46

LICENZIAMENTO COLLETTIVO

Criteri di scelta – Comparazione lavoratori – Fungibilità delle mansioni – Necessità – Limitazione al reparto di appartenenza – Inammissibilità. 97

Criteri di scelta – Corretta applicazione – Onere della prova – Datore di lavoro – Sussistenza.	96
Criteri di scelta – Lavoratori comparabili – Intero complesso aziendale – Esclusione – Mansioni fungibili – Necessità.	97
Criteri di scelta – Violazione – Lavoratore – Onere di allegazione.	97
Criteri di scelta – Violazione – Onere della prova – Lavoratore.	97
Errore nella scelta del rito – Riqualificazione – Domande diverse – Inammissibilità.	97
Rito applicabile – Principio della prospettazione – Rigetto nel merito domande diverse – Mutamento di rito.	96
Vizio procedurale – Genericità della comunicazione <i>ex</i> art. 4, c. 9, l. n. 223/91 – Esclusione della tutela reintegratoria – Sanzione meramente inidennitaria.	41

LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

Danno patrimoniale – Quantificazione del danno da licenziamento illegittimo – Applicazione del principio della <i>compensatio lucri cum damno</i> – Inapplicabilità – Detrazione dell' <i>aliunde perceptum</i> costituito da attività lavorativa autonoma preesistente al licenziamento – Possibile nei limiti della compatibilità con il rapporto di lavoro sospeso.	91
Giustificato motivo oggettivo – Riorganizzazione aziendale volta alla riduzione dei costi – Accorpamento di due posizioni di segreteria amministrativa – Sussiste – Criteri di scelta – Principi di correttezza e buona fede – Esigenza aziendale di orario <i>full-time</i> – Legittimità.	57
Impiegato pubblico – Illegittimità del licenziamento disciplinare – Tutela applicabile – Art. 18 St. lav. prima delle modifiche di cui alla l. n. 92/2012.	78
Impiegato pubblico – Sospensione del procedimento disciplinare in attesa della definizione del procedimento penale – Riattivazione del procedimento – Violazione del principio della necessaria immutabilità della contestazione – Non sussiste – Cassazione con rinvio.	78
Impiegato pubblico – Sospensione del procedimento disciplinare in attesa della definizione del procedimento penale – Riattivazione del procedimento – Violazione del principio della specificità della contestazione –	

Non sussiste – Ammissibilità della contestazione <i>per relationem</i> – Cassazione con rinvio.	78
Licenziamento disciplinare – Uso di espressioni non educate – Fatto sussistente – Qualificazione di illecito – Irrilevanza disciplinare della condotta – Fatto privo del requisito dell’antigiuridicità – Illegittimità del recesso – Reintegra.	51
Licenziamento per giustificato motivo oggettivo – Esonero dal servizio per riduzione del personale – Autoferrotranvieri – Art. 26 dell’allegato A del r.d. n. 148 del 1931 – Ambito di applicazione – Ipotesi ulteriori di licenziamento per giustificato motivo oggettivo – Disciplina generale di cui alla l. n. 604 del 1966 – Operatività.	74
RAPPRESENTANZE SINDACALI UNITARIE	
T.U. sulla rappresentanza 10.1.2014 – Indizione dell’assemblea – Decisione collegiale.	160
RIPOSI	
Riposo settimanale – Periodo di riposo – Art. 2109 c.c. – Lavoro prestato oltre il sesto giorno – Danno da usura psicofisica – Danno in genere.	69
SCIOPERO	
Festività – Assenza di prestazione lavorativa – Diritto alla retribuzione – Non sussiste.	155
TRASFERIMENTO DI AZIENDA	
Stato di crisi – Esclusione di lavoratori dalla cessione – Inammissibilità.	96
TRATTAMENTO DI FINE RAPPORTO	
Appalto – Art. 29, c. 2, d.lgs. n. 276/2003 – Responsabilità solidale del committente – Pagamento del Tfr in ipotesi di inadempienza del datore di lavoro – Diritto di surroga del committente adempiente nei confronti del fondo di garanzia presso l’Inps – Insussistenza.	190
Avvicendamento di imprese – Identità del compendio aziendale – Continuità d’impresa – Sussistenza di un trasferimento d’azienda – Continuità dei rapporti di lavoro – Licenziamento per giustificato motivo oggettivo – Illegittimità – Inapplicabilità delle tutele <i>ex</i> d.lgs. n. 23/2015 – Applicabilità dell’art. 18, c. 4, l. n. 300/1970 – Reintegrazione.	122

