

PARTE II
GIURISPRUDENZA

RAPPORTO DI LAVORO

I

[CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, 30.3.2017, S. I](#) – Pres. Pardalis – Chowdury e altri c. Grecia.

Lavoro schiavile – Tratta di esseri umani – Lavoro forzato – Obblighi degli Stati contraenti e dei giudici nazionali – Tutela delle vittime – Indagini e procedimenti giudiziari efficaci – Diritto al risarcimento del danno – Sussiste.

Gli Stati che hanno ratificato la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani e il Protocollo di Palermo sono obbligati – in base all'art. 4 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – ad adottare un sistema legislativo e amministrativo che vieti e punisca il lavoro forzato od obbligatorio, la servitù e la schiavitù, protegga le vittime, preveda in indagini effettive sui reati commessi e la punizione dei responsabili del traffico di esseri umani, fattispecie di cui lo sfruttamento sul lavoro costituisce una modalità ricorrente. Inoltre, ai sensi dell'art. 13 della citata Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, i suddetti Stati devono prevedere il diritto delle vittime a ottenere un risarcimento da coloro che hanno commesso il reato e, tra le altre misure, devono creare uno specifico fondo in favore delle vittime della tratta. (1)

II

[CORTE DI ASSISE LECCE, 25.10.2017](#) – Pres. Tanisi – Saed più altri.

Lavoro schiavile – Delitti di estorsione e di favoreggiamento della permanenza di clandestini in Italia – Assorbimento nella fattispecie di cui all'art. 600 c.p. – Sussiste – Reato di riduzione o mantenimento in schiavitù e reato associativo – Continuazione – Sussiste.

Con riferimento al trattamento sanzionatorio i delitti di estorsione e di favoreggiamento della permanenza di clandestini in Italia vanno considerati come assorbiti all'interno della più grave fattispecie di cui all'art. 600 c.p., costituendo essi segmenti della più articolata condotta prevista e punita dalla suddetta disposizione codicistica, sebbene tale reato vada ritenuto in continuazione con quello associativo, considerata la sussistenza di un medesimo disegno criminoso che lega le varie condotte. (2)

(1-2) LAVORO FORZATO E RISARCIMENTO DEL DANNO

SOMMARIO: 1. Tratta di esseri umani e lavoro forzato: la vicenda. — 2. La decisione della Cedu. — 3. Tutela delle vittime dei reati di tratta e di lavoro forzato: alcune conclusioni.

1. — *Tratta di esseri umani e lavoro forzato: la vicenda* — Con la sentenza annotata la Corte europea dei diritti dell'uomo censura la sentenza emessa dalla Corte d'Appello di Patrasso e l'operato degli organi inquirenti della Grecia, ravvisando la violazione, da parte dello Stato greco, delle convenzioni europee in materia di tratta di esseri umani e di lavoro forzato (1).

La normativa prevista negli accordi internazionali conclusi nell'ambito dell'Onu, del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea ha subito un'evoluzione nella definizione dei concetti ivi richiamati, adeguandosi tra l'altro ai nuovi fenomeni migratori che interessano gli Stati europei. In particolare, nella vicenda esaminata, dopo aver approfondito i concetti di tratta degli esseri umani e di lavoro forzato, anche mediante la definizione dei loro elementi strutturali, la Corte Edu concentra la propria attenzione sul fenomeno, largamente diffuso non solo in Grecia ma anche in Italia, dello sfruttamento di lavoratori immigrati irregolari nelle attività lavorative agricole. D'altro canto, la Corte riconosce un'efficacia espansiva ai principi enunciati in sentenza, per i quali viene affermata l'applicabilità anche alle altre attività lavorative, allorché si verificano situazioni di sfruttamento riconducibili alle previsioni delle medesime convenzioni internazionali (2).

La vicenda, chiaramente delineata in sentenza, riguarda il diffuso fenomeno dell'impiego di immigrati clandestini come manodopera sottopagata e privata di ogni tutela nell'instaurazione e nello svolgimento del rapporto di lavoro (3). Nel caso di specie i fatti si erano svolti in Grecia, a Manolada: centocinquanta lavoratori privi di permesso di lavoro provenienti dal Pakistan e dal Bangladesh erano stati assunti come braccianti agricoli per la raccolta delle fragole tra il mese di ottobre 2012 e febbraio 2013. Il datore di lavoro, dopo averli assunti per la paga di 22 euro al giorno per 7 ore di lavoro e 3 euro per ogni ora supplementare, e con alloggi ricavati in capanne di car-

(1) Per una ricostruzione insieme storica e giuridica del fenomeno della schiavitù e della tratta di esseri umani, con particolare attenzione rivolta alle fonti internazionali vd. Del Prete 2016.

(2) La Rocca 2010.

(3) Del Coco, Pistoia 2014.

tone e materiali precari, aveva pagato solo un minimo anticipo per la loro sopravvivenza e non aveva corrisposto i salari promessi.

A causa di ciò i lavoratori avevano protestato sospendendo la propria prestazione lavorativa, e il datore di lavoro aveva minacciato di assumere altra manovalanza per far riprendere l'attività di raccolta delle fragole abbandonata dai dimostranti, che venivano anche fatti oggetto, in data 17 aprile 2013, di sparatoria da parte di alcuni capisquadra. Poiché nel corso della sparatoria 30 lavoratori restavano feriti, il datore di lavoro e i capisquadra che avevano sparato venivano arrestati per i soli reati connessi alla sparatoria. Il procuratore presso al Corte di Cassazione greca sollecitava al procuratore di Amaliada, competente per territorio, la contestazione del delitto di tratta di esseri umani previsto dall'art. 323A del codice penale greco. All'esito del processo la Corte d'Assise in data 30.7.2014 assolveva gli imputati all'accusa di tratta di esseri umani, condannando solo alcuni di essi esclusivamente per le lesioni da arma da sparo, convertendo la relativa condanna alla reclusione imposta ai condannati per lesioni gravi in una pena pecuniaria di 5 euro per ogni giorno di reclusione e condannando uno dei datori di lavoro e una delle guardie armate a pagare una somma totale di 1500 euro, pari a 43 euro per ogni lavoratore leso, come risarcimento per il pregiudizio sofferto.

2. — *La decisione della Cedu* — La Corte europea dei diritti dell'uomo, adita da 42 lavoratori di cui 21 feriti nel corso delle sparatoria, fa innanzitutto una ricognizione del sistema giuridico vigente a livello di obblighi internazionali e di normativa interna. In particolare si evidenzia che lo Stato greco all'epoca dei fatti aveva già ratificato la Convenzione di Ginevra del 25.9.1926, la Convenzione n. 29 del 28.6.1930 dell'Organizzazione internazionale del lavoro sul lavoro forzato, la Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù del 30.4.1956 e il Protocollo di Palermo del dicembre 2000.

D'altro canto, la Grecia aveva inoltre recepito la decisione quadro n. 2002/629/Gai del Consiglio dell'Unione europea del 19.7.2002 relativa alla lotta alla tratta di esseri umani. Quest'ultima è stata sostituita dalla Direttiva n. 2011/36 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea del 5.4.2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, introdotta in Grecia con l. n. 4198/13 dell'11.10.2013; inoltre la Grecia aveva già firmato in data 17.11.2005 la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani del 16.5.2005, ratificata dalla Grecia solo l'11.4.2014.

Sulla scorta di tali considerazioni, la Corte Edu rileva innanzitutto che la sentenza della Corte d'Assise di Patrasso si pone in palese contraddizione con i principi fondamentali enunciati nelle richiamate convenzioni internazionali e con la giurisprudenza della Corte Edu, già formatasi in particolare con le sentenze *Siliadin c. Francia* del 26.7.2005 e *Rantsev c. Cipro e Russia* del 7.1.2010 (4).

In effetti, l'assoluzione degli imputati dal delitto di tratta degli esseri umani è stata motivata principalmente con la libera scelta operata dai lavoratori all'atto dell'assunzione, mediante l'accettazione delle condizioni di lavoro – 12 ore giornaliere pagate con 22 euro per le prime 7 ore e 3 euro per ogni ora supplementare, escluso vitto, a

(4) De Salvia, Zagrebelsky 2007.

carico dei lavoratori, e con alloggio precario in capanne realizzate in prossimità del luogo di lavoro – e anche in considerazione della possibilità di lasciare in qualsiasi momento l'attività lavorativa, non ricorrendo le condizioni tipiche del delitto di servitù previsto dall'art. 323 del codice penale greco, la cui formulazione è molto più restrittiva rispetto al nostro art. 600 c.p. (riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù).

La Corte d'Assise greca ha omesso di rilevare la sussistenza di più situazioni di tratta degli esseri umani mediante coazione psicologica già codificate dagli accordi internazionali (5) recepiti in Grecia con l'art. 323A del codice penale, cioè l'approffittamento di una condizione di vulnerabilità dei lavoratori e la frode nell'acquisizione del loro consenso alle condizioni di lavoro offerte.

Quanto al primo elemento, la Corte d'Assise di Patrasso ha ritenuto che non ricorresse in quanto i lavoratori non si erano trovati in stato di depauperamento o di debolezza assoluta tale da impedire loro di difendersi da soli e di sottrarsi al loro sfruttamento, affermando altresì che i lavoratori avevano avuto la libertà di negoziare le loro condizioni di lavoro e che il loro soggiorno illegale nel territorio greco non era stato utilizzato dal datore di lavoro come mezzo per costringerli a fornire la loro manodopera.

Tale interpretazione si pone però in contrasto con la Convenzione n. 29 dell'Oil che all'art. 2 par. 1 l definisce il lavoro forzato e anche con il Rapporto globale relativo alla dichiarazione dell'Oil sui principi e diritti fondamentali del lavoro adottato dalla Conferenza Internazionale del lavoro del 1999, che al punto 24 fa esplicito richiamo alle forme di minaccia non solo fisiche ma anche psicologiche, come quelle di far emergere la situazione di illegalità dei lavoratori clandestini o di adottare misure punitive di ordine pecuniario, ovvero di esporli a provvedimenti di espulsione dal territorio dello Stato, condizioni di fatto verificatesi nel caso in esame, che integrano l'ipotesi dell'approffittamento di uno stato di vulnerabilità.

In merito alla frode nell'acquisizione del consenso, il citato Rapporto del 1999 sancisce che il consenso iniziale è nullo se ottenuto con frode o abuso di fiducia (punto 25). Nel caso in esame i lavoratori clandestini erano stati assunti anche con frode, in quanto il datore di lavoro aveva loro promesso un compenso che non aveva corrisposto. Lo stesso Rapporto al punto 25 esamina l'incidenza dei vincoli esterni e delle pressioni indirette sulla formazione del consenso del lavoratore e sulla sussistenza di vincoli di natura anche giuridica e psicologica che impediscono al lavoratore di lasciare in seguito il lavoro, situazione tipica del lavoratore irregolare, che essendo in condizioni di illegalità non è libero di cercare un altro lavoro per il rischio di sanzioni conseguenti al suo *status*.

Le elaborazioni concettuali del Rapporto dell'Oil sono adottate anche dalla successiva Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta degli esseri umani del 16.5.2005, firmata dalla Grecia in data 17.11.2005 e ratificata l'11.4.2014, che all'art. 4 a) richiama le medesime definizioni (6).

L'art. 323A del codice penale greco, nel delineare la condotta criminosa tipica del delitto di tratta di esseri umani, commesso da chi «recluta, trasporta, introduce nel ter-

(5) Vd. art. 2 par. 1 della Convenzione Oil n. 29 del 28.6.1930, art. 4 a, Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta alla tratta degli esseri umani.

(6) Ferrara 2015.

ritorio, detiene, protegge, consegna – con o senza contropartita – o si fa consegnare da un terzo una persona allo scopo di [...] sfruttarne, personalmente o per conto di altri, il lavoro...», al primo comma individua le modalità dell'azione nell'uso della forza o la minaccia di un tale uso, o con altro mezzo coercitivo o con abuso di autorità o di potere o mediante sequestro personale e al secondo comma parifica le descritte modalità con l'ottenimento del consenso mediante un falso pretesto con approfittamento di una condizione di vulnerabilità per mezzo di promesse, regali, denaro o altri benefici.

La formulazione della citata norma, evidentemente dettata dall'esigenza di adeguamento agli accordi internazionali sopra richiamati, secondo il ragionamento della Corte Edu, avrebbe dovuto comunque indurre la Corte d'Assise di Patrasso a condannare gli imputati, atteso che il secondo comma prevede modalità ulteriori rispetto a quelle del primo comma, in cui è previsto l'uso di violenza, minaccia o altro mezzo coercitivo, elementi esclusi dalla Corte d'Assise per motivare l'assoluzione. Il giudice nazionale ha così omesso di analizzare se ricorre l'approfittamento della condizione di vulnerabilità espressamente menzionato nel secondo comma, che integra con tutta evidenza la medesima ipotesi analizzata dalla Convenzione del Consiglio d'Europa contro la tratta di esseri umani (7).

La Corte Edu rileva quindi che lo Stato greco non ha introdotto nel proprio ordinamento il reato di lavoro forzato, previsto dalle convenzioni internazionali sopra richiamate e in particolare dall'art. 4 a) della Convenzione del Consiglio d'Europa contro la tratta di esseri umani e dall'art. 3 a) del Protocollo di Palermo del dicembre 2000. In effetti, il reato di tratta di esseri umani non esaurisce la condotta tipica posta in essere dal datore di lavoro che sfrutta i lavoratori, siano essi o meno clandestini. La tratta di esseri umani è finalizzata al loro sfruttamento, ma lo sfruttamento di per sé non risulta sanzionato dal codice penale greco, a meno che ricorrano le condizioni estreme del delitto di riduzione in schiavitù o servitù previsto dall'art. 323 del codice penale greco (8).

Va evidenziato che i soggetti attivi dei due reati possono coincidere, nell'ipotesi di datori di lavoro che organizzino il reclutamento per sfruttare direttamente la manodopera clandestina, ma possono anche essere distinti, nell'ipotesi di intermediari che reclutino e datori di lavoro che assumano per sfruttare la manovalanza clandestina. Ne consegue che gli Stati membri che non perseguono queste ultime condotte di fatto agevolano le aziende che utilizzano la manodopera offerta in condizioni d'illegalità, lasciando impuniti proprio i soggetti che traggono i maggiori utili dallo sfruttamento del lavoro altrui.

Secondo la Corte Edu, lo Stato greco ha dunque omesso di creare un quadro giuridico e normativo adeguato che offra una tutela effettiva in tema di tratta di esseri umani e di lavoro forzato e di adottare misure concrete per proteggere le vittime dei suddetti reati, la cui nozione è molto più ampia di quella di riduzione in schiavitù o servitù. La sentenza censura pertanto anche l'operato della Procura greca, che avrebbe dovuto svolgere le indagini con maggiore celerità e con ragionevole diligenza per acquisire le prove del delitto di tratta, e della Corte d'assise di Patrasso, che nell'inter-

(7) Cimini 2006.

(8) Più in generale, sul tema del rapporto tra legislazione nazionale e fonti sovranazionali, vd. Falletti, Piccone 2012.

pretare le norme interne e in particolare dell'art. 323A del codice penale non ha applicato i principi dettati dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta degli esseri umani.

3. — *Tutela delle vittime dei reati di tratta e di lavoro forzato: alcune conclusioni* — La Corte Edu evidenzia che i ricorrenti non avevano ottenuto, a causa dell'assoluzione dal delitto di tratta, né il risarcimento del danno né il permesso di soggiorno temporaneo previsto dall'ordinamento giuridico greco in ottemperanza alla citata Convenzione e afferma il principio che anche l'organo giudicante è vincolato in materia a indagare in modo effettivo.

Parimenti, anche lo Stato di appartenenza ha l'obbligo di garantire indagini e procedimenti giudiziari efficaci sulla situazione di tratta di esseri umani e di lavoro forzato. Tale obbligo, derivante dagli accordi internazionali sottoscritti, mira a garantire principalmente la tutela dei diritti e la protezione delle vittime dei reati, poiché dall'esito dei procedimenti penali deriva anche il risarcimento del danno – attraverso la creazione di uno specifico fondo in favore delle vittime – e la sia pur temporanea tutela di cui esse possono usufruire, alla luce della normativa prescritta dalla citata Convenzione.

In un'ottica comparatistica, diversamente dallo Stato greco, l'Italia, con gli artt. 600, 601 e 602 del codice penale, ha introdotto nel proprio ordinamento penale norme incriminatrici sicuramente idonee a perseguire sia il delitto di tratta di persone che il lavoro forzato, prevedendo anche altre ipotesi di reato, come l'art. 603-*bis* e l'art. 12, cc. 3 e 3-*ter*, del d.lgs. n. 286/1998 che comunque consentono di perseguire condotte non rientranti nei reati sopra richiamati.

Misure per la protezione degli stranieri vittime dei reati, come il permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale e il divieto di espulsione, sono previste dagli artt. 18 e 19 del d.lgs. n. 286/1998. Inoltre, a partire dall'art. 12 della l. 11.8.2003, n. 228 («Misure contro la tratta di persone»), è stato istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri il Fondo per le misure antitratta, destinato al finanziamento dei programmi di assistenza e di integrazione sociale in favore delle vittime, nonché delle altre finalità di protezione sociale previste dall'art. 18 del d.lgs. n. 286, cit. In base al successivo art. 13 della l. n. 228 si è provveduto all'istituzione di un programma di assistenza per le vittime dei reati previsti dagli artt. 600 e 601 c.p., onde garantire, seppure per un breve periodo di tempo (tre mesi, prorogabile per altri tre), le prime e immediate forme di protezione e accoglienza necessarie per l'identificazione di situazioni di violenza delle potenziali vittime.

Mentre di recente introduzione è il potere, previsto dall'art. 3, c. 3, l. 29.10.2016, n. 199, di procedere alla regolarizzazione delle vittime di sfruttamento lavorativo nell'ipotesi di controllo disposto dall'autorità giudiziaria su aziende in cui sia stato commesso il delitto di caporalato di cui all'art. 603-*bis* c.p. (9). Si ritiene infatti che la regolarizzazione dei lavoratori, oltre a tutelarne la dignità personale, costituisce il più efficace strumento di lotta allo sfruttamento lavorativo in quanto fa venir meno la convenienza economica all'impiego di manovalanza assunta in nero e in condizioni di illegalità.

(9) Rausei 2017.

In linea con i principi sopra richiamati, con la sentenza n. 2/17 del 17.10.2017 la Corte d'Assise di Lecce ha condannato 11 imputati per il delitto di associazione a delinquere di cui all'art. 416, cc. 1 e 6, c.p. e di riduzione in schiavitù di cui all'art. 600 c.p. in relazione alla nota vicenda della «rivolta» dei lavoratori clandestini impiegati per la raccolta dei pomodori e delle angurie a Nardò, in provincia di Lecce. La vicenda risale all'anno 2013, quindi prima dell'entrata in vigore dell'attuale formulazione dell'art. 603-bis c.p., ed è analoga per molteplici aspetti a quella svoltasi nella cittadina greca di Manolada.

La Corte d'Assise di Lecce, dopo avere ammesso la costituzione di parte civile di lavoratori stranieri e di alcune associazioni di lavoratori in virtù del principio di risarcibilità non solo del diritto soggettivo ma anche della lesione dell'interesse legittimo, affermato con le sentenze n. 500 e n. 501 del 1999 delle S.U. civili, ha altresì ammesso la costituzione di parte civile del sindacato Cgil sia perché ente rappresentativo degli interessi collettivi lesi, indipendentemente dall'iscrizione dei lavoratori coinvolti, sia in considerazione dell'alterazione del corretto funzionamento del mercato del lavoro e della conseguente violazione «dei diritti individuali e collettivi dei lavoratori agricoli di nazionalità italiana iscritti al Sindacato, non potendo questi competere, sul piano salariale, con i lavoratori extracomunitari [...] dovendo il Sindacato garantire ai propri iscritti l'accesso, in condizioni di parità, al mercato del lavoro».

Nel merito, la Corte ha ritenuto sussistente un'associazione a delinquere costituita in una stabile struttura organizzativa composta da caporali e datori di lavoro, finalizzata allo sfruttamento lavorativo mediante l'approfittamento dello stato di bisogno dei lavoratori extracomunitari clandestini, ridotti allo stato servile e privati di alternative esistenziali realisticamente individuabili, affermando anche la sussistenza del delitto di riduzione in schiavitù.

La Procura della Repubblica di Lecce aveva altresì contestato agli imputati i delitti di estorsione di cui all'art. 629 c.p. e di favoreggiamento della permanenza dei clandestini a scopo di sfruttamento lavorativo, sanzionato dall'art. 12, c. 5, d.lgs. n. 286/98. Tuttavia, la Corte ha ritenuto tali delitti assorbiti da quello più grave di riduzione in schiavitù, affermando che le condotte tipiche di questi reati, così come contestati dalla Procura di Lecce, costituiscono un segmento della condotta tipica, più vasta e articolata, del delitto di cui all'art. 600 c.p.

La Procura, nei capi d'imputazione aveva fatto riferimento a violenze e minacce poste in essere contro i lavoratori per costringerli ad accettare lo stato di assoggettamento continuativo derivante dalle gravose condizioni di sfruttamento lavorativo, quindi finalizzate alla realizzazione del delitto di riduzione in schiavitù. In effetti, la contestazione dei delitti in esame è alternativa rispetto a quella dell'art. 600 c.p. nel senso anche in precedenza delineato, in quanto trattasi di reati meno gravi e complessi che possono sussistere in assenza degli elementi costitutivi del delitto di riduzione in schiavitù.

Con riferimento ai delitti di cui agli art. 416, cc. 1 e 6, e art. 600 c.p., la Corte, alla luce dello specifico fine perseguito dall'associazione costituita dagli imputati, individuato nello scopo di sfruttamento lavorativo e riduzione allo stato servile dei lavoratori clandestini, ha ritenuto che le due violazioni siano state commesse dagli imputati in esecuzione di un medesimo disegno criminoso, e ha riconosciuto di conseguenza tra i due delitti il vincolo della continuazione.

In merito al delitto di cui all'art. 603-*bis* c.p., contestato dalla Procura di Lecce congiuntamente all'art. 600 c.p., con funzione evidentemente alternativa nell'imputazione di cui al Capo b), la Corte ha ugualmente ritenuto assorbito il delitto meno grave di cui all'art. 603-*bis* c.p. in quello di cui all'art. 600 c.p., in quanto la condotta tipica del primo è compresa nel secondo e più grave delitto.

Nel caso di specie, poiché i fatti risalgono a epoca anteriore all'entrata in vigore della nuova formulazione dell'art. 603-*bis* c.p., introdotta con l. 29.10.2016, n. 199, l'interpretazione adottata dalla Corte non ha di fatto ridotto gli effetti giuridici della sentenza, ma diversa è la portata della tesi adottata dalla Corte nell'ipotesi di fattispecie successive all'entrata in vigore del nuovo art. 603-*bis* c.p.

Infatti, come si è visto, particolarmente efficace è il potere, previsto dall'art. 3, c. 3, l. 29.10.2016, n. 199, di procedere alla regolarizzazione delle vittime di sfruttamento lavorativo nell'ipotesi di controllo giudiziario disposto dall'autorità giudiziaria su aziende in cui sia stato commesso il delitto di caporalato di cui all'art. 603-*bis* c.p., potere non previsto espressamente in relazione alla condanna per il delitto di cui all'art. 600 c.p., per il quale comunque può essere disposta la nomina provvisoria di un commissario giudiziale per la prosecuzione dell'attività dell'ente, ai sensi degli artt. 15 e 25-*quinqies*, d.lgs. 8.6.2001, n. 231.

Riferimenti bibliografici

- Cimini B.R. (2006), *La lotta alla tratta degli esseri umani*, in Aa.Vv., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano. Le decisioni quadro dell'Unione europea: dal mandato d'arresto alla lotta al terrorismo*, Giuffrè, Milano, 215 ss.
- De Salvia M., Zagrebelsky V. (2007), *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, Giuffrè, Milano.
- Del Coco R., Pistoia E. (2014), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e garanzie nella normativa nazionale ed europea*, Cacucci, Bari.
- Del Prete A. (2016), *Gli schiavi di ieri e di oggi*, Key, Vicalvi.
- Falletti E., Piccone V. (2012), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, Cacucci, Bari.
- Ferrara C. (2015), *Il traffico e la tratta di esseri umani*, in Aa.Vv., *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Giappichelli, Torino, 141 ss.
- La Rocca S. (2010), *Tratta, lavoro forzato e grave sfruttamento lavorativo: legislazioni e politiche poste a contrasto*, in Aa.Vv., *Schiavitù di ritorno. Il fenomeno del lavoro gravemente sfruttato: le vittime, i servizi di protezione, i percorsi di uscita, il quadro normativo*, Maggioli, Rimini, 147 ss.
- Rausei P. (2017), *A contrasto del caporalato ripristinate in parte le tutele cancellate da Jobs Act e depenalizzazione*, in *DRI*, 1, 262 ss.

Irene Bilotta
Sostituta procuratrice
presso la Procura della Repubblica di Ancona

I

CASSAZIONE, 3.10.2017, n. 23056, S. civ., ord. – Pres. Amoroso, Est. Curcio – F.F.M. (avv. Iacono Quarantino) c. Sada di E.S. Sas (avv. Giannarini).
Cassa con rinvio Corte d'Appello di Roma, 7.2.2012.

Lavoro subordinato – Qualificazione del rapporto di lavoro – Indici della subordinazione – Non continuità – Sussistenza della subordinazione.

Il concetto di subordinazione non postula necessariamente una continuità giornaliera della prestazione lavorativa. (1)

II

CASSAZIONE, 21.7.2017, n. 18018, S. civ. – Pres. Napoletano, Est. Curcio, P.M. Sanlorenzo (diff.) – Almaviva Contact Spa (avv.ti M. Marazza, De Feo, M. Marazza) c. T.M., R.R., G.V.A. (avv.ti Luberto, Inches).
Conf. Corte d'Appello di Roma, 15.11.2013.

Lavoro subordinato – Qualificazione del rapporto di lavoro – Indici della subordinazione – Eterodirezione – Sussistenza della subordinazione.

Controversie di lavoro e previdenza – Presentazione di nuovo ricorso – Assenza di identità di oggetto.

L'elemento indispensabile che connota il lavoro subordinato distinguendolo da quello autonomo è il vincolo di soggezione del lavoratore subordinato al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro. Hanno carattere sussidiario e funzione meramente indiziaria altri elementi del rapporto quali l'inserimento nell'organizzazione aziendale, il rispetto dell'orario, l'assenza di rischio. (2)

Nel rito del lavoro non è precluso alla parte che ha già presentato un ricorso con determinate domande, di riproporre un successivo e separato ricorso, per ulteriori domande nei confronti del medesimo convenuto. (3)

(1-3) L'ETERODIREZIONE DELLA PRESTAZIONE COME CRITERIO SELETTIVO DELLA SUBORDINAZIONE

1. — Le pronunce in commento affrontano il noto problema della qualificazione del rapporto di lavoro nelle situazioni incerte al confine tra lavoro subordinato e lavoro autonomo. In punto di fatto, il caso affrontato dalla sentenza n. 23056/2017 riguarda una lavoratrice impiegata come cameriera ai piani di una struttura alberghiera in una fase precedente alla formale successiva assunzione. La sentenza n. 18018/2017 affronta, invece, il caso di lavoratori assunti con contratti di collaborazione coordinata e continuativa o contratti a progetto per svolgere attività di operatore di *call center*. In entrambi i procedimenti i ricorrenti chiedevano il riconoscimento della natura subordinata della prestazione lavorativa svolta. Gli esiti dei giudizi di secondo grado erano, tuttavia, diversi. Nel primo caso, per la Corte d'Appello di Roma mancava la prova della continuità della prestazione, con ciò risultando impedita la riconducibilità del rapporto nell'ambito della subordinazione per via della saltuarietà della prestazione lavorativa. Nel secondo caso la Corte d'Appello, a seguito di una diversa valutazione (rispetto a quella compiuta dal giudice di prime cure) della prova testimoniale, valorizzava la sottoposizione al potere direttivo e organizzativo del datore di lavoro, riconoscendo la subordinazione. Tramite l'uso di *software*, infatti, il datore di lavoro (pre)determinava le modalità di utilizzo delle postazioni e le procedure da rispettare in caso di malfunzionamento dei terminali, richiedeva il rispetto di uno schema prestabilito nella conduzione delle interviste e l'annotazione degli esiti delle telefonate, e obbligava a rispondere alle telefonate ricevute. In altre parole, i lavoratori del *call center* non erano liberi nell'esecuzione delle attività lavorative ma assoggettati a direttive e controllati da assistenti di sala.

Orbene, nelle sentenze in commento la Corte di Cassazione riconduce al lavoro subordinato entrambe le fattispecie portate alla sua attenzione: nella prima precisando che «l'elemento della continuità non è indispensabile per caratterizzare la natura subordinata del rapporto di lavoro, potendo le parti concordare una modalità di svolgimento della prestazione che si articoli secondo le richieste o le disponibilità di ciascuna di esse, come previsto nella fattispecie del contratto di lavoro cd. a chiamata o intermittente, o anche di *part-time* verticale». La Corte di Cassazione, infatti, specifica che la fattispecie di subordinazione prevista dall'art. 2094 c.c. non richiede necessariamente una continuità giornaliera nell'esercizio dell'attività lavorativa, essendo compatibile con la natura dipendente del rapporto anche una prestazione cadenzata con tempi alternati o con articolazione della prestazione giornaliera diversa da quella ordinaria a tempo pieno. Quindi, non vale a escludere la subordinazione la circostanza che non sia stata data la dimostrazione di una continuità giornaliera della prestazione lavorativa, in quanto quest'ultima è solo un elemento sintomatico della subordinazione ma non essenziale e determinante. Come affermato dalla Cassazione, infatti, le parti possono concordare, anche per fatti concludenti, una modalità saltuaria e non continuativa di svolgimento dell'attività.

Nella sentenza n. 18018/2017, mentre, la Cassazione ha confermato la natura subordinata dei contratti di lavoro già riconosciuta dal giudice di secondo grado ritenendo determinante (e dirimente) la prova del vincolo di soggezione dei lavoratori al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro.

Le questioni interpretative sottese alle pronunce in commento riguardano, quindi, la possibilità di escludere il requisito della continuità della prestazione lavorativa come necessario indice della subordinazione e il carattere meramente eventuale e sussidiario di indici quali l'inserimento nell'organizzazione aziendale, il rispetto dell'orario, l'assenza di rischio, in quanto, secondo entrambe le sentenze, l'elemento indispensabile che connota il lavoro subordinato distinguendolo da quello autonomo è il vincolo di soggezione del lavoratore subordinato al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, così innestandosi nel filone giurisprudenziale ormai maggioritario secondo cui l'assoggettamento al potere direttivo è l'elemento scriminante della subordinazione.

2. — Per meglio chiarire i criteri per individuare la subordinazione del rapporto, occorre partire dall'impiego della tecnica degli indici di subordinazione elaborati dalla giurisprudenza. Come noto, infatti, la giurisprudenza ha individuato alcuni fattori che possono aiutare a identificare la reale natura del rapporto di lavoro e che, in una valutazione globale, possono essere assunti come concordanti, gravi e precisi indizi rivelatori della sussistenza effettiva della subordinazione (Così Cass. 30.6.1999, n. 379, S.U., in *www.italggiure.giustizia.it*). Sicché i singoli indici difettano di autonoma idoneità, considerati singolarmente, a fondare la riconduzione del rapporto in contestazione al tipo di lavoro subordinato. Si tratta, tra i tanti, della eterodirezione, della retribuzione fissa a tempo, della continuità della prestazione in funzione di collegamento tecnico organizzativo e produttivo con le esigenze aziendali, dell'esclusività del rapporto, dell'alienità dei mezzi di produzione, dell'obbligo di concordare le ferie, della giustificazione delle assenze, dell'assenza del rischio, dell'obbligo di comunicare le presenze e le assenze dal posto di lavoro, del vincolo di orario.

Orbene, l'orientamento prevalente, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, partendo dalla nozione di lavoratore subordinato di cui all'art. 2094 c.c., ha riconosciuto nella eterodirezione – intesa come vincolo di assoggettamento del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro – l'elemento distintivo del lavoro subordinato (Tra le tante, cfr.: Cass. 15.6.1999, n. 5960, in *FI*, 1999, I, 657; Cass. 3.4.2000, n. 4036, in *GC*, 2000, 711; Cass. 21.11.2001, n. 14664, in *GC*, 2001, 1976; Cass. 14.8.2004, n. 15903, in *www.leggiditalia.it*; Cass. 28.9.2006, n. 21028, in *NGL*, 2006, 737; Cass. 27.2.2007, n. 4500, in *LG*, 2007, 1026; Cass. 14.4.2008, n. 9812, in *RGL*, 2008, II, 547, con nota di Fabbri; Cass. 29.5.2008, n. 14371, in *DPL*, 2008, 2101; Cass. 1.12.2008, n. 28525, in *FI*, 2008, I, 1677; Cass. 21.1.2009, n. 1536, in *FI*, 2009, I, 56; Cass. n. 2931/2013, in *LG*, 2013, 413; Cass. 3.5.2017, n. 10697, in *www.italggiure.giustizia.it*. In dottrina, cfr., tra gli altri, Carabelli 2004, 41; Zoppoli 2015, 61; Mazzotta 2017, 192; Garilli *et al.* 2017, 52). Secondo tale orientamento, è nella cornice dell'eterodeterminazione (nell'ampio spettro di modi in cui può manifestarsi), che si devono di volta in volta ricostruire i tratti sintomatici della subordinazione. In altre parole, l'elemento indispensabile che connota il lavoro subordinato distinguendolo da quello autonomo è il vincolo di soggezione del lavoratore subordinato al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, che discende dall'emanazione di ordini specifici e da un'attività di controllo e di vigilanza dell'esecuzione della prestazione lavorativa. Le sentenze in commento aderiscono a tale orientamento riconoscendo l'ele-

mento indefettibile della subordinazione nel potere del datore di lavoro di impartire ordini e istruzioni al lavoratore.

Secondo la S.C., inoltre, l'esistenza del vincolo di soggezione dei lavoratori al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro va concretamente apprezzata rispetto alla specificità del ruolo e dell'incarico attribuito al lavoratore e alla sua attuazione, posto che qualsiasi attività professionale può essere oggetto tanto di un rapporto di lavoro subordinato quanto di un rapporto di lavoro autonomo (Così sentenza n. 18018/2017 in commento; nello stesso senso cfr. anche Cass. n. 8187/1999, in *RIDL*, 2000, II, 280; Cass. 1.8.2000, n. 10064, in *GC*, 2001, 3045; Cass. 14.2.2011, n. 3594, in *GC*, 2011, 241; Cass. 8.4.2015, n. 7024, in *LG*, 2015, 814).

Ebbene, nella pronuncia n. 18018/2017, la Cassazione conferma che gli elementi del rapporto verificati quali, ad esempio, l'inserimento nell'organizzazione aziendale, il rispetto dell'orario di lavoro e l'assenza di rischio, hanno funzione meramente indiziaria dell'esistenza della subordinazione e comunque carattere sussidiario rispetto al vincolo di soggezione personale al potere direttivo e disciplinare che, se accertato, ha carattere determinante nell'opera qualificatoria. Alle medesime conclusioni giunge la Corte nella sentenza n. 23056/2017 secondo cui l'elemento della continuità della prestazione non è un dato indispensabile per qualificare il rapporto di lavoro come subordinato, ma è solo un elemento che consente di parametrare alle giornate effettivamente lavorate il corrispettivo spettante al lavoratore anche con riguardo agli istituti indiretti. La sua assenza, quindi, non è di per sé decisiva per l'esclusione della natura subordinata del rapporto di lavoro in quanto la mera discontinuità nell'esercizio delle prestazioni non può escludere in radice la possibilità che il rapporto di lavoro si sviluppi secondo i canoni della subordinazione. Gli indici, infatti, non hanno autonoma idoneità a qualificare (o a escludere l'esistenza di) un rapporto di lavoro subordinato.

In altre parole, si può sostenere che, secondo l'orientamento prevalente, l'oggetto della prova è l'esistenza del vincolo di soggezione al potere direttivo, organizzativo e disciplinare, utilizzando, invece, solo in chiave sussidiaria, gli altri elementi di fatto elaborati dalla giurisprudenza (Oltre quelle già citate *supra*, cfr.: Cass. 17.6.1988, n. 4150, in *FI*, 1989, I, 220; Cass. 17.7.1991, n. 7920, in *FI*, 1991, I, 579; Cass. 19.2.1997, n. 1526, in *MGL*, 1997, 27).

Insomma, i diversi criteri indiziari della subordinazione fungono da elementi eventuali che possono riscontrarsi nella ricostruzione delle modalità di fatto di espletamento della prestazione lavorativa e da soli non sufficienti a qualificare una prestazione come subordinata.

Ciò vale, quindi, anche nelle attività lavorative caratterizzate dall'uso prevalente di sistemi informatici, in cui la natura subordinata del rapporto può essere provata dando rilievo al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro osservato nelle sue peculiari forme di manifestazione come l'imposizione di specifici programmi (*software*), il cui uso è in grado di predeterminare il contenuto della prestazione lavorativa e di determinati algoritmi in grado di organizzarla (Sul punto, tra i tanti, Auriemma 2017, 281; De Stefano 2017, 241; Garofalo 2017; Voza 2017, 8, e ivi per ulteriori riferimenti bibliografici).

Vi sono, tuttavia, pronunce che attribuiscono al potere direttivo una connota-

zione meno decisiva ai fini qualificatori rispetto a quella riconosciuta dalle sentenze in commento. Secondo tali pronunce la qualificazione subordinata del rapporto deriva dalla verifica dell'esistenza di più indici combinati tra loro, quali, oltre la eterodirezione, la continuità della prestazione, l'inserimento stabile nell'organizzazione altrui e l'assolvimento di compiti essenziali, l'assenza di rischio, il compenso fisso, l'alienità dell'organizzazione e a un tempo l'alienità dei risultati della prestazione. Questi ultimi due sarebbero, in particolare, aspetti decisivi per qualificare come subordinata un'attività lavorativa (Cfr. C. cost. 5.2.1996, n. 30, in *www.giurcost.org*; Cass. 16.1.2007, n. 820, in *LG*, 2007, 941). La dipendenza dal datore di lavoro, in altre parole, assume un valore determinante nella qualificazione del rapporto di lavoro in quanto si traduce in una condizione di «doppia alienità» del lavoratore che presta la propria attività lavorativa in un contesto organizzativo altrui e in vista di un risultato a lui estraneo ma di cui il datore di lavoro si appropria immediatamente (In questi termini, cfr. Roccella 2007, 131; Id. 2008, 37, che fa leva sulla sentenza della C. cost. 5.2.1996, n. 30, in *D&L*, 1996, 616; Cass. 9.10.2006, n. 21646, in *RGL*, 2007, II, 144, con nota di Roccella). Secondo la giurisprudenza e la dottrina appena citata, quindi, anche il criterio dell'eterodirezione – considerato autonomamente – non ha forza esaustiva, ma solo sintomatica dell'esistenza della subordinazione.

Tuttavia, con l'evoluzione dei sistemi di organizzazione del lavoro, il criterio della sottoposizione ai poteri datoriali appare il criterio che meglio si presta alla verifica dell'esistenza della subordinazione se interpretato in funzione sia dei programmi cui è destinata la prestazione di lavoro, sia degli obiettivi e della varietà dei modi di impartire le istruzioni e le direttive di lavoro.

3. — La pronuncia della Cassazione n. 18018/2017 ribadisce, inoltre, un principio già espresso nella giurisprudenza di legittimità sul tema della litispendenza di cause (Cfr., tra le tante, Cass. 10.1.2005, n. 270, in *FI*, 2005, I, 18; Cass. 25.7.2000, n. 9764, in *FI*, 2000, I, 154; Cass. 1.12.2010, n. 24339, in *FI*, 2010, I, 1047), secondo cui nel processo del lavoro la proposizione di un'ulteriore domanda con identità di parti e di posizione processuale non è genericamente preclusa. L'impossibilità di proporre una nuova domanda, infatti, si verifica quando all'identità di parti e posizioni processuali si aggiunge l'identità di oggetto.

Nel caso di specie la Cassazione non ha riscontrato un'assoluta identità di oggetto perché «nel primo ricorso il *petitum* consisteva nella richiesta di condanna alla reintegrazione e la *causa petendi* faceva riferimento alla natura ritorsiva del licenziamento e alla violazione dell'art. 7 della l. n. 300/70, mentre nella causa successiva i ricorrenti avevano richiesto l'accertamento dell'illegittimità delle proroghe dei rapporti di collaborazione come co.co.co., intervenuti successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003».

Insomma, l'inibizione della proposizione di un'ulteriore domanda (da parte dello stesso ricorrente nei confronti dello stesso convenuto) sussiste solo quando l'oggetto della stessa è di contenuto identico a quella già presentata, ma non quando la nuova domanda verte su di un diverso oggetto.

Riferimenti bibliografici

- Auriemma S. (2017), *Impresa, lavoro e subordinazione digitale al vaglio della giurisprudenza*, in *RGL*, I, 281 ss.
- Carabelli U. (2004), *Organizzazione del lavoro e professionalità*, in *DLRI*, 41 ss.
- De Stefano V. (2017), *Lavoro su «piattaforma» e lavoro non standard in prospettiva internazionale e comparata*, in *RGL*, I, 241 ss.
- Garilli A. et al. (2017), *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Garofalo D. (2017), *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, Relazione al Convegno Aidlass, in <http://www.aidlass.it/wp-content/uploads/2017/04/GAROFALO-RELAZIONE-AIDLASS-9-5-2017.pdf>.
- Mazzotta O. (2017), *Manuale di diritto del lavoro*, Cedam, Padova.
- Roccella M. (2007), *Spigolature in tema di subordinazione. Lo strano caso del signor B.*, in *RGL*, II, 131 ss.
- Roccella M. (2008), *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 65.
- Voza R. (2017), *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 336.
- Zoppoli L. (2015), in Esposito M. et al., *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale. III. Mercato, contratto e rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino.

Ornella La Tegola

Avvocata e dottoressa di ricerca in Diritto del lavoro

I

CASSAZIONE, 19.9.2017, n. 21667 – Pres. Macioce, Est. Tricomi, P.M. Celeste (diff.) – D.L.A. (avv. Chessa) c. F.A. (avv. Pugliese).
Conf. Corte d’Appello di Catanzaro, 5.2.2015.

Licenziamento individuale – Giusta causa – Svolgimento di altra attività durante la malattia e/o l’infortunio.

È illegittimo il licenziamento intimato a un lavoratore per aver lavorato, durante un periodo di assenza per infortunio sul lavoro, presso l’esercizio commerciale del figlio: se non c’è aggravamento della patologia, va esclusa la violazione degli obblighi di diligenza e fedeltà non sussistendo ritardo alla guarigione. (1)

II

CASSAZIONE, 1.8.2017, n. 19089 – Pres. Nobile, Est. De Gregorio, P.M. Ceroni (contra = diff.?) – C.M.S. Spa (avv. Criscuolo) c. Rfi Spa (avv. Morrico).
Conf. Corte d’Appello di Roma, 13.8.2014.

Licenziamento individuale – Giusta causa – Svolgimento di altra attività durante la malattia e/o l’infortunio.

È legittimo il licenziamento intimato a un lavoratore per aver lavorato, durante un periodo di assenza per infortunio sul lavoro, presso l’esercizio commerciale della moglie. Il certificato medico rilasciato dall’Inail non è atto fidefaciente nei sensi contemplati dall’art. 2700 c.c. (2)

(1-2) SVOLGIMENTO DI ATTIVITÀ LAVORATIVA DURANTE
LA MALATTIA O L’INFORTUNIO E LICENZIAMENTO PER GIUSTA CAUSA

1. — Le sentenze in epigrafe indicate vengono analizzate congiuntamente nel tentativo di individuare un comune denominatore all’*iter* logico-argomentativo della Corte di Cassazione che, in relazione a una medesima fattispecie relativa all’esecuzione di attività lavorativa da parte di un dipendente assente per malattia e/o infortunio, ha emesso due pronunce solo *prima facie* discordanti.

Nella prima decisione, la Suprema Corte ritiene illegittimo il licenziamento di un dipendente che, nel periodo di assenza per malattia, aveva prestatato attività lavorativa gratuita nell’azienda di famiglia pervenendo a conclusioni opposte rispetto alla seconda pronuncia, laddove il licenziamento, a parità di presupposti, viene considerato legittimo. Ci corre l’obbligo, tuttavia, di precisare fin da subito che il contrasto interpretativo è, per la verità, solo apparente poiché l’esito del giudizio di legittimità è

condizionato da dati fattuali e da risultanze istruttorie che determinano una decisione sì di segno opposto, ma fondata sull'applicazione dei medesimi principi di cui si è detto.

Con la pronuncia resa in data 19.9.2017, n. 21667, la Cassazione rigetta l'impugnazione proposta da una Società avverso la sentenza della Corte d'Appello di Catanzaro che, aveva dichiarato illegittimo il licenziamento di un dipendente il quale, durante la malattia, aveva prestato la propria attività nell'azienda del figlio. A nulla valgono, in questo caso, le doglianze datoriali relativamente alla violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà (Gavioli 2017).

Nel caso *de quo*, la Corte d'Appello aveva escluso una necessaria rilevanza disciplinare dello svolgimento di attività lavorativa durante la malattia e, in ragione delle risultanze processuali, aveva ritenuto che le stesse non fossero indicative di simulazione della malattia diagnosticata dai sanitari dell'Inail, e non integravano violazione di buona fede e correttezza e degli obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà, atteso che non evidenziano simulazione della malattia né ne ritardavano la guarigione.

Come noto, l'espletamento di attività extralavorativa durante il periodo di assenza per malattia costituisce illecito disciplinare solo se da tale comportamento derivi un'effettiva impossibilità temporanea della ripresa del lavoro o nel caso in cui la ripresa sia anche solo messa in pericolo dalla condotta contestata, configurando in specie un illecito non di danno ma di pericolo, che sussiste perciò non soltanto quando quell'attività abbia effettivamente provocato un'impossibilità temporanea di ripresa del lavoro, ma anche quando la ripresa sia stata posta in pericolo, ossia quando il lavoratore si sia comportato in modo imprudente (Conf. Cass. 5.8.2015, n. 16465, in *MGC*, 2015, 1861 ss.). Sussiste, cioè l'inadempimento del lavoratore laddove la medesima attività, valutata con giudizio *ex ante* in relazione alla natura della patologia e delle mansioni svolte, possa rappresentare indice di una scarsa attenzione del lavoratore alle esigenze di cura della propria salute e ai connessi doveri di non pregiudicare o ritardare la guarigione e il rientro in servizio, in ciò denotando scarsa inclinazione all'attuazione degli obblighi in conformità a diligenza, buona fede e correttezza (Cfr. Cass. 17.7.2017, n. 17636 in *GDir.*, 2017, n. 33, 36 ss.; Cass. 27.4.2017, n. 10416, in *MGC*, 2017, 1804 ss.; Cass. 21.9.2016, n. 18507, in *D&G*, 22.9.2016; Cass. 5.8.2014, n. 17625, in *MGC*, 2014, 2357 ss.; Cass. 29.11.2012, n. 21253, in *GDir.*, 2013, n. 2, 73 ss.).

La Suprema Corte afferma che, nel caso di specie, alla luce delle risultanze istruttorie, non può affermarsi che il lavoratore abbia, con la sua condotta, pregiudicato e/o anche solo ritardato la propria guarigione e il conseguente rientro in servizio.

Correttamente, come precisa la Cassazione, ed è questo il passaggio motivazionale che più ci consente di comprendere la perfetta sovrapposibilità delle due sentenze solo apparentemente in contrasto, «la soluzione concreta delle singole controversie è però in effetti e di necessità condizionata dall'accertamento compiuto dai giudici di merito, a loro spettando sia la ricostruzione delle risultanze fattuali, sia la valutazione dell'incidenza dell'attività sulla malattia nei termini sopra indicati, valutazione che, se congruamente motivata, è incensurabile in questa sede». Tale pronuncia, peraltro, si inserisce nel solco di ulteriori recenti precedenti (Cfr. Cass. 23.5.2017, n. 12902, in *D&G*, 23.5.2017) che già avevano escluso la legittimità del licenziamento per il lavo-

ratore in malattia che svolge altra attività, se questa non comporta il prolungamento della malattia.

Orbene, è proprio la valutazione degli obblighi di correttezza e buona fede che ci impone di considerare, in parallelo alla sentenza testè esaminata, l'ulteriore pronuncia resa dalla Suprema Corte a distanza di meno di un mese che, come anzi detto, solo apparentemente si pone in contrasto con la prima.

Infatti, nel secondo caso il lavoratore, già soccombente in primo grado, impugna la sentenza emessa dalla Corte d'Appello di Roma con cui era stata reietta la sua domanda volta a ottenere l'invalidazione del licenziamento intimato dalla Società convenuta. All'esito dell'istruttoria svolta, infatti, ritenendo sussistere la giusta causa del recesso, la Corte distrettuale aveva confermato la legittimità del licenziamento impugnato.

Nel caso in esame il lavoratore, rimasto coinvolto in un grave infortunio *in itinere*, nelle more della compiuta guarigione «rimaneva occupato presso la farmacia della moglie, complessivamente per circa sei ore al giorno».

Il lavoratore denuncia, in primo luogo, la violazione e la falsa applicazione dell'art. 12 della l. n. 67/1988, in base al quale l'Inail provvede agli accertamenti, alle certificazioni e a ogni altra prestazione medico-legale sui lavoratori infortunati, nonché degli artt. 2110, 2119 e 2700 c.c. sulla scorta di un'asserita omessa valutazione della certificazione medica quale atto fidefaciente fino a querela di falso, lamenta, inoltre, la violazione e la falsa applicazione dell'art. 2119 c.c., atteso che il comportamento posto a fondamento dell'intimato licenziamento non integrava la giusta causa di recesso, non avendo egli svolto nel periodo *de quo* alcuna attività usurante, tale da ritardare la guarigione e il rientro in servizio.

Il primo motivo di impugnazione ci consente di approfondire la tematica del valore della certificazione medica quale atto pubblico che, ai sensi dell'invocato art. 2700 c.c., «fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti». Orbene, afferma la Suprema Corte che «la prognosi della guarigione, certificata dal medico pubblico ufficiale, non rientra di certo tra i fatti avvenuti in sua presenza, o da lui compiuti, come tale perciò non fidefaciente nei sensi contemplati dall'art. 2700 c.c., comportando soltanto una manifestazione di scienza in relazione allo stato morboso, verificato alla data dell'attestazione, rapportata a un momento successivo e quindi futuro, perciò necessariamente al di fuori della contestuale percezione, invece pure richiesta dalla norma. Ne deriva che anche il giudizio prognostico costituisce una mera presunzione di fatto, quindi ben liberamente e prudentemente apprezzabile dal giudice adito».

L'affermazione della Suprema Corte, che si pone sulla scia di alcuni precedenti giurisprudenziali, taluni anche risalenti, di medesimo contenuto (Cass. 5.11.1979, n. 5712, in *MGC*, 1979, n. 11, 875 ss.; Cass. 12.11.1984, n. 5707, in *MGC*, 1984, n. 11, 989 ss.; Cass. 30.11.2011, n. 25568, in *D&G online*, 7.12.2011, con nota di Ceschel; altresì in *GDir.*, 2012, n. 9, 52 ss.) consente di ritenere che i certificati medici rilasciati da pubblici ufficiali fanno fede, fino a querela di falso, limitatamente ai fatti che il sanitario rogante attesta essere avvenuti alla sua presenza o essere stati da lui compiuti, mentre, la diagnosi, costituendo un giudizio e non un fatto, non rientra nel-

l'efficacia probatoria dell'atto pubblico e, pertanto, può essere liberamente valutata ed eventualmente giudicata inattendibile dal giudice del merito sulla base di altri elementi emersi in sede istruttoria (Pera, 1970). Sicché, condivisibilmente, la Corte ritiene che l'efficacia probatoria privilegiata di un atto pubblico, a norma dell'art. 2700 c.c., concerne la provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato e i fatti che egli attesti essere avvenuti in sua presenza, ma non anche la veridicità ed esattezza delle diagnosi effettuate (Del Punta 1989; Gatti 1990).

Disattesa così la prima questione posta dal ricorrente, la Suprema Corte ritiene che le risultanze dei controlli effettuati dalla società datrice, a mezzo di agenzia investigativa privata, coerentemente consentano di ritenere pienamente corrette le «acquisite emergenze processuali e istruttorie» che «non appaiono, quindi, meritevoli di censura alcuna». Né, d'altra parte, può essere sostenuta l'illegittimità dei controlli datoriali e ciò in coerenza con il granitico orientamento della Suprema Corte che ha già ritenuto come la facoltà del datore di lavoro di effettuare il controllo delle assenze per infermità solo attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, non precluda al datore medesimo di procedere, al di fuori delle verifiche di tipo sanitario, ad accertamenti di circostanze di fatto atte a dimostrare l'insussistenza della malattia o la non idoneità di quest'ultima a determinare uno stato di incapacità lavorativa, e quindi a giustificare l'assenza, e, in particolare, ad accertamenti circa lo svolgimento da parte del lavoratore di un'altra attività lavorativa, peraltro valutabile anche quale illecito disciplinare sotto il profilo dell'eventuale violazione del dovere del lavoratore di non pregiudicare la guarigione o la sua tempestività (Cfr. Cass. 3.5.2001, n. 6236, in *RIDL*, 2002, II, 345 ss.). Corre, peraltro, l'obbligo di segnalare come, in tempi più remoti tale possibilità di controllo datoriale era stata negata sulla scorta di un'asserita violazione dell'art. 5 della l. n. 300/1970 (Cfr. Cass. 26.2.1982, n. 1241, in *OGL*, 1982, 1971 ss.), che tuttavia deve ritenersi non invocabile ai nostri fini essendo riferito ai soli accertamenti di carattere «sanitario», come risulta dalla titolazione della norma (Bartalotta 2002).

Occorre ora approfondire la rilevanza disciplinare della condotta contestata.

La Suprema Corte osserva che nel caso di specie i principi che informano la valutazione, cui la Corte territoriale si è attenuta, sono consolidati: sicché lo svolgimento di altra attività lavorativa da parte del dipendente assente per malattia è idoneo a giustificare il recesso del datore di lavoro ove tale attività esterna, prestata o meno a titolo oneroso, sia per sé sufficiente a far presumere l'inesistenza della malattia, ovvero quando, valutata in relazione alla natura della patologia e delle mansioni svolte, l'attività stessa possa pregiudicare o ritardare la guarigione e il rientro in servizio del lavoratore (Vd. *infra*).

La condotta *de qua* è perciò idonea a giustificare il recesso datoriale per violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà ove tale attività esterna, sia per sé sufficiente a far presumere l'inesistenza della malattia, dimostrando una sua fraudolenta simulazione.

Sulla scorta di tale presupposto viene rigettata anche l'ulteriore doglianza del ricorrente relativa all'asserita sproporzione tra il recesso intimato e la condotta contestata. Nel caso di specie, la gravità della condotta posta in essere ben ha giustificato il licenziamento, peraltro giudicato proporzionato in relazione al venir meno del rapporto fiduciario tra le parti, tenuto conto nello specifico della peculiarità della società datrice

di lavoro, operante sull'intero territorio nazionale, e della non affidabilità del dipendente con mansioni particolarmente delicate, quale medico di medicina del lavoro, di peculiare rilievo in ambito aziendale. Sicché, nella valutazione in ordine alla verifica della concretizzazione operata dall'interprete della giusta causa di licenziamento quale clausola generale, reputa la Suprema Corte che la Corte d'Appello abbia fatto corretta applicazione dei noti principi di diritto relativi all'accertamento della sussistenza in concreto di una giusta causa, sulla scorta del fatto che la condotta tenuta dal dipendente aveva posto in dubbio la futura correttezza nell'adempimento della prestazione lavorativa e aveva fatto venir meno il vincolo necessario alla prosecuzione del rapporto, ponendo in dubbio la futura correttezza dell'adempimento.

Possiamo, quindi, ritenere che lo svolgimento di altra attività lavorativa da parte del dipendente assente per malattia è idoneo a giustificare il recesso datoriale per violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà ove tale attività sia per sé sufficiente a far presumere l'inesistenza della malattia, dimostrando, quindi, una sua fraudolenta simulazione, ovvero quando, valutata in relazione alla natura della patologia e delle mansioni svolte, l'attività stessa possa pregiudicare o ritardare la guarigione e il rientro in servizio del lavoratore.

La lettura congiunta delle due pronunce ci consente, conclusivamente, di valorizzare il principio di diritto alla stregua del quale l'eventuale svolgimento di attività lavorativa in costanza di malattia non è di per sé vietato, ma deve essere valutato caso per caso a seconda dell'attività e del tipo di patologia e della possibilità che l'attività svolta pregiudichi oppure ostacoli il recupero delle energie psico-fisiche, sicché il lavoratore assente per malattia, che quindi legittimamente non effettua la prestazione lavorativa, non per questo deve astenersi da ogni altra attività (Del Punta 1992), ma dovrà adottare ogni cautela idonea a che, in conformità all'obbligo di correttezza e buona fede, l'eventuale ulteriore attività, prestata o meno a titolo oneroso, non pregiudichi o ritardi il conseguente recupero dell'idoneità al lavoro.

Riferimenti bibliografici

- Bartalotta S. (2001), *Malattie «diplomatiche» e poteri di controllo del datore di lavoro*, in *RIDL*, 2002, n. 2, II, 345 ss.
- Del Punta R. (1989), *Malattia e incapacità al lavoro del dipendente: una piccola svolta giurisprudenziale?*, in *RIDL*, II, 298 ss.
- Del Punta R. (1992), *La sospensione del rapporto di lavoro*, Milano.
- Gatti (1990), *Quando la diagnosi non è congruente rispetto alla prognosi e alla terapia*, in *RIDL*, III, 141 ss.
- Gavioli F. (2017), *No al licenziamento del dipendente che in malattia lavora nell'azienda di famiglia*, in *D&G*, n. 146, 15 ss.
- Pera G. (2007), *Disposizioni processuali dello Statuto dei lavoratori*, in *Scritti di Giuseppe Pera*, Milano, III, 2022 ss.

Fabiola Lamberti

*Avvocata - Ph.D. e Professoressa a contratto di Diritto del lavoro;
membro Commissione di certificazione presso l'Università «Roma Tre»*

CASSAZIONE, 18.7.2017, n. 17723 – Pres. Di Cerbo, Est. Bronzini, P.M. Fresai (conf.) – G.M. (avv. Pallini) c. U.A. (avv.ti Favalli, Zucchinali). Conf. Corte d'Appello di Milano, 4.8.2015.

Controlli sul lavoratore – Artt. 4 e 8, l. n. 300/1970 – Finalità difensive – Tutela della privacy – Ammissibilità – Condizioni.

Sono invasivi i controlli cd. difensivi, sotto l'aspetto temporale, eccedenti i limiti della adeguatezza e proporzionalità e, sotto il profilo sostanziale, indebitamente ricadenti sugli aspetti privati e personali estranei all'oggetto e al fine dell'indagine. (1)

(1) I CONTROLLI INVESTIGATIVI TRA LIBERTÀ (D'IMPRESA)
E DIRITTI (DEL LAVORATORE)

1. — La sentenza in commento riguarda un caso di licenziamento disciplinare disposto a carico di un dipendente incaricato di compiti di revisore a seguito di fatti accertati a mezzo di investigatori privati durante un pedinamento, all'esito del quale risultava che il dipendente non aveva provveduto alla corretta verifica del rispetto delle politiche aziendali di vendita in sede di controllo presso diverse agenzie, essendo accertato in più che in diverse occasioni si era dedicato ad attività non lavorative.

Nella sua impugnativa il dipendente lamentava, tra l'altro, la violazione della normativa sulla privacy per aver il datore di lavoro provveduto ad atti investigativi sulla base di meri sospetti, estendendo il campo di accertamento a fatti della vita privata.

La fattispecie, come correttamente qualificata in sede giudiziale, rientra nella materia dei controlli cd. difensivi effettuati per accertare eventuali illeciti del lavoratore.

Essa sfugge a una rigida sistemazione all'interno di specifiche fattispecie normative, presentando elementi di eterogeneità che non ne consentono la diretta collocazione in alcuno degli istituti espressamente regolati dal legislatore per disciplinare in senso limitativo il potere datoriale di controllo.

Non è possibile, infatti, sostenere che la materia sia tutta nello Statuto dei lavoratori o nel Codice della privacy, ovvero *pro quota*, in maniera variamente combinata, nelle due normative.

Si tratta di una fattispecie trasversale e non facilmente codificabile in maniera unitaria, che, di volta in volta in relazione al caso concreto, può implicare l'applicazione di tutte, alcune o nessuna delle fonti regolatorie che direttamente, ovvero indirettamente o per rinvio disciplinano il potere di controllo del datore di lavoro.

La Cassazione, nella sentenza in commento, si muove sul collaudato indirizzo della maggiore giurisprudenza (Conf. Cass. 23.4.2015, n. 1221, in *GC.com*, 2016, 2.3; Cass. 23.2.2010, n. 4375, in *MGC*, 2010, 4, 485), la quale ritiene legittima la raccolta da parte del datore di lavoro per mezzo di investigazioni di informazioni sul lavoratore finalizzate ad accertare la commissione eventuale di illeciti connessi con il rapporto di lavoro e che possono formare oggetto di contestazione disciplinare (Cui il controllo è funzionale: vd. Del Punta 2016, 77).

Procedendo a categorizzare le posizioni contrapposte di datore di lavoro e lavoratore, quella del datore di lavoro è rappresentata come potestà, in quanto il potere di controllo si giustifica nella veste bivalente di potere datoriale (nel contratto: art. 2104 c.c.) e di potere imprenditoriale (nell'organizzazione: art. 2086 c.c.) come complemento del potere direttivo (Vd. Ghezzi *et al.* 1987, 185), e quella del lavoratore come interesse legittimo. Quella del lavoratore, invece, è una aspettativa, ovvero un interesse legittimo di diritto privato, non essendo altrimenti rappresentabile la posizione del lavoratore in termini diversi da una posizione di vantaggio inattiva funzionale al sindacato delle concrete modalità di esercizio della potestà (Vd. Bigliuzzi Geri *et al.* 1987, 323).

Il punto di equilibrio tra le due prerogative è la procedimentalizzazione dei poteri dell'imprenditore come strumento di controllo del loro esercizio attraverso i principi di correttezza e buona fede (Cfr. Ghera, 2000, 175).

È questo il substrato concettuale sul quale la Cassazione procede a individuare i limiti al potere di controllo, sia operando sul versante della latitudine di esso sia definendone le modalità di esercizio.

La sentenza in commento sostanzialmente ha consunto tutti i limiti in una categoria generale, cioè nel divieto di *invasività*, la cui violazione è accertata mediante i criteri generali della adeguatezza e della proporzionalità, che distintamente fissano i limiti oltre i quali l'esercizio del controllo diviene illegittimo.

L'invasività a sua volta viene rappresentata nel duplice profilo quantitativo e qualitativo (o sostanziale); secondo la Cassazione, rispetto al primo l'indicatore è di tipo temporale, in quanto attiene a un giudizio di adeguatezza della durata del controllo rispetto agli aspetti fenomenici ed empirici della vicenda indagata; più complessa è la valutazione del secondo perché la verifica ricade sul contenuto dell'indagine, cioè sugli elementi che hanno formato oggetto di conoscenza e acquisizione, sulle modalità di raccolta, sulla loro utilizzazione e trattamento ecc., ponendosi in un'area di mezzo in parte presidiata dallo Statuto dei lavoratori e in parte dal Codice della privacy.

Rispetto a quest'ultimo plesso normativo il *dictum* della Cassazione è niente più che una precisazione, perché è pacifico che la tutela della privacy non avviene, se non per taluni aspetti meritevoli di maggiore protezione, con forme preventive di inibizione o divieto assoluto di raccolta dati, ma fondamentalmente poggia sopra un sistema procedimentalizzato diretto a limitare e rendere tracciabile, ovvero controllabile l'esercizio di un potere discrezionale da parte di chi ne sia abilitato.

Ma, rispetto alla generale disciplina del trattamento dei dati personali, la fattispecie qui considerata si specifica a causa degli interferenti giuslavoristici, i quali non solo pongono l'esigenza di considerare le varianti, ma anche quella di definirne in via differenziale l'inquadramento giuridico.

È vero che il legislatore, con la recente modifica apportata dal d.lgs. n. 151/2015, ha reso esplicita l'operatività nell'ambito dei controlli datoriali della normativa sulla privacy a completamento delle garanzie già contenute nello Statuto, ma è altrettanto vero che diverse sono le distonie con riguardo alle indagini difensive sulle condotte extralavorative del lavoratore, che sono effettuate fuori o a margine della fattispecie espressamente regolata dall'art. 4 inciso dalla novella legislativa.

Non è questo il luogo per verificare se l'ipotesi richiamata rientri alternativamen-

te nella previsione dell'art. 3, 4 o 8 dello Statuto, ovvero congiuntamente in tutte queste, perché le investigazioni sul lavoratore non si risolvono in nessuna delle fattispecie compendiate, pur potendo manifestare alcuni dei tratti di ciascuna di esse.

I controlli difensivi occulti, infatti, non soddisfano, se non per approssimazione, la previsione dell'art. 4, il quale, pur regolando i controlli a distanza, si riferisce specificamente all'uso di audiovisivi o strumenti equivalenti per la tutela del patrimonio aziendale, ovvero per ragioni di sicurezza o di organizzazione del lavoro.

Ancor meno la fattispecie è sovrapponibile a quella prevista dall'art. 2, con la quale può avere eventualmente in comune il solo utilizzo di personale di vigilanza, ma la fattispecie regolata non ha alcun altro elemento di omogeneità con il controllo sul lavoratore per reprimere eventuali illeciti fuori dall'ambiente di lavoro.

Qualche elemento di contatto in più, ma solo accidentale, potrebbe esservi con il divieto di indagini sulle opinioni del lavoratore posto dall'art. 8, per il fatto che l'indagine può portare ad acquisire dati sulle convinzioni politiche, ideologiche, religiose, sociali ecc. del lavoratore (si pensi al lavoratore che venga pedinato e ne venga documentata la sua partecipazione a una manifestazione politica o sindacale, l'ingresso in un luogo di culto o che può rivelare l'orientamento sessuale, lo stato di salute ecc., fatti che possono condurre ad accertamenti incidentali eseguiti nell'area di divieto).

Ma, anche in questo caso, più che a una identità ontologica di categorie siamo di fronte alla riconduzione incidentale della vicenda fenomenica nell'ambito di rilevanza della norma.

Dunque, nessuna delle disposizioni richiamate, in sé considerate, costituisce un sistema compiuto nel quale riportare per assimilazione tipologica la fattispecie; tutte però apportano qualche elemento utile a costruire il complessivo sistema di cautele, con la fondamentale differenza però che, mentre le norme statutarie stabiliscono le aree di immunità del lavoratore dai controlli a tutela di interessi indicati, per collocazione sistematica, dalla normativa medesima (libertà e dignità), nella fattispecie in esame è proprio la situazione sottostante che rimane incerta.

Come sostenuto in dottrina, infatti, «la fattispecie dei controlli predisposti *ex ante* per monitorare l'attività dei lavoratori non può essere confusa con la fattispecie delle indagini effettuate *ex post* per esprimere specifici illeciti già verificatisi (o per prevenire ulteriori illeciti). Le due fattispecie sono diverse sia per natura che per funzione...» (Proia 2016, 572 s.).

In questo senso non ha carattere dirimente nemmeno il modello di tutela della privacy, poiché il d.lgs. n. 196/2003 pone anch'esso un tassello alla complessiva normativa di riferimento, ma, per quanto complementare, non ne è né esaustivo né assorbente; anzi, si può sostenere che la forza regolativa del Codice della privacy nella specifica materia è molto limitata perché, salvo il rinvio agli artt. 4 e 8 dello Statuto (art. 113 e art. 114), il Codice si limita a regolare aspetti secondari della complessiva fattispecie (non l'esercizio del potere di controllo, ma un suo effetto, cioè il trattamento dei dati e le condizioni di utilizzabilità dei dati raccolti *legittimamente*).

Maggiore valenza potrebbe assumere l'art. 115 nella misura in cui pone i limiti della liceità e della correttezza, che possono essere utili parametri di riferimento oltre il circoscritto ambito regolato dalla disposizione (telelavoro e lavoro a domicilio), la

quale, a fianco di una regola, pone anche un principio che può ritenersi valevole e applicabile in via generale alla stregua di una clausola aperta: il rispetto della personalità e della libertà morale del lavoratore, formulata, con poco significative varianti semantiche, nei medesimi termini dell'art. 2087 c.c.

Si può allora sostenere che a referente normativo primario assurge proprio l'art. 2087 c.c.: categoria generale all'interno della quale ogni potere datoriale deve essere declinato (vd. Bonsignorio 2009, 695 ss.).

In questa prospettiva è necessario uscire dalla rappresentazione del problema nella sua stretta inerenza giuslavoristica; in questo senso l'interesse del lavoratore a non vedere violata la sua sfera privata emerge ancor prima nel quadro di tutela generale della personalità come diritto alla riservatezza, che non esaurisce la sua sfera di incidenza nella sola tutela della privacy così come è regolata dal d.lgs. n. 196/2003, ovvero nei divieti posti dallo Statuto dei lavoratori.

La riservatezza, al di là della specifica disciplina sulla privacy, nel nostro ordinamento trova una sua tutela a livello costituzionale che «... è già immediatamente operativa, come principio fondamentale del nostro ordinamento, proprio perché essa è una manifestazione della tutela della persona umana il cui ruolo fondamentale è affermato nel nostro sistema costituzionale dall'art. 2 Cost....» (Ferri 1985, 295; conf. Bianca 1990, 170).

Tale diritto, secondo la più accreditata dottrina, «... è desumibile già direttamente dalla dichiarazione di inviolabilità della libertà personale...» (Modugno 1995, 20 s.).

In questo senso, nella sua morfologia la riservatezza, a differenza di altri diritti della personalità, non è l'oggetto di un diritto autonomo, ma più specificamente opera come un connotato modale di diverse fattispecie per le quali costituisce un vincolo (Modugno 1995, 20 s.).

Calata nel rapporto di lavoro, la tutela della riservatezza dunque si pone come una variabile dinamica nell'esercizio del potere datoriale di controllo, rispetto alla quale il modello normativo di cui al d.lgs. n. 196/2003 di disciplina dei dati personali non risulta essere adatto a svolgere compiutamente una funzione limitativa della potestà datoriale, poiché il controllo può esplicarsi in forme molteplici non tutte compendiabili nell'ambito di disciplina dettata da altro settore ordinamentale per finalità più generali.

Pertanto, il limite sostanziale cui ha fatto richiamo la Cassazione va più compiutamente inteso con riferimento ai valori sopra richiamati, perché a questo punto la tutela del lavoratore non può esaurirsi negli aspetti della raccolta, conservazione e trattamento dei dati personali, ma ancor prima e ancor di più attiene alla stessa individuazione dell'ambito del controllo nell'ottica di una prevalenza, nel bilanciamento degli interessi contrapposti, delle ragioni della persona su quelle dell'impresa.

In questo senso appare condivisibile la sistematica proposta dalla dottrina, secondo cui la materia dei controlli nella regolazione giuslavoristica non attiene ai poteri del datore di lavoro (trattandosi di un tratto del generale potere direttivo), ma a quella dei diritti di natura personale dei lavoratori in funzione della cui tutela sono posti gli strumenti di garanzia (Così Scognamiglio 1994, 321 ss.).

Referente ultimo allora diviene l'art. 41 Cost., dove la libertà del datore di lavoro e i diritti del lavoratore sono già delineati dalla norma affermativa della prevalen-

za della dignità del lavoratore sulla libertà di impresa (Cass. 28.5.1985, S. pen., in *Mass.*, 1986, 404 ss.); prospettiva che non potrà essere alterata nemmeno in sede di attuazione del Regolamento Ue n. 2016/679, ancorché lo stesso, nel definire la nuova prospettiva di regolazione (dalla quale gli Stati membri possono discostarsi), pone sullo stesso piano diritti (dei lavoratori) e libertà (dei datori di lavoro) (art. 88).

Riferimenti bibliografici

- Bianca C.M. (1990), *Diritto civile. 1. La norma giuridica i soggetti*, Giuffrè, Milano.
- Bigliazzi Geri L. et al. (1987), *Diritto civile*, vol. I.1, *Fatti ed atti giuridici*, Utet, Torino.
- Bonsignorio D. (2009), *Riservatezza e rapporto di lavoro: gli obblighi del datore di lavoro ex art. 2087 c.c. come «limite esterno» al diritto del lavoratore alla privacy*, in *L80*, n. 3, 695 ss.
- Del Punta R. (2016), *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro*, in *RIDL*, I, 77 ss.
- Ferri G.B. (1985), *Privacy e libertà informatica*, in *Persona e formalismo giuridico*, Maggioli, Rimini.
- Ghera E. (2000), *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.
- Ghezzi G., Romagnoli U. (1987), *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna.
- Modugno F. (1985), *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino.
- Proia G. (2016), *Trattamento dei dati personali*, in *RIDL*, I, 546 ss.
- Scognamiglio R. (1994), *Diritto del lavoro*, Jovene, Napoli.

Antonio Federici

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

CASSAZIONE, 9.6.2017, n. 14456 – Pres. Amoroso, Est. Garri, P.M. Celeste (conf.) – F.F. (avv. Ottone Salvati) c. Unicredit Spa (avv. Pessi, Giammaria).
Conf. Corte d'Appello di Roma, 30.9.2015.

Licenziamento individuale – Discriminazioni – Nullità – Violazione oggettiva di norme specifiche – Licenziamento discriminatorio – Licenziamento ritorsivo – Differenze – Prova dell'esistenza di un motivo illecito determinante – Regime probatorio – Ricorso alla prova per presunzioni.

In caso di licenziamento discriminatorio, la nullità opera obiettivamente in ragione del trattamento peggiore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta e a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro. Nell'ipotesi di licenziamento ritorsivo, invece, non solo il recesso deve essere ingiustificato, ma è necessario che il motivo che si assume illecito sia stato anche l'unico determinante. (1)

(1) IL REGIME DELLA PROVA NEL LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO E RITORSIVO

1. — Con la decisione in commento, la Cassazione torna a delineare i confini tra discriminazione e ritorsione, confermando un indirizzo giurisprudenziale inaugurato con la sentenza n. 6575 del 5.4.2016, e distaccandosi definitivamente dai precedenti orientamenti.

Nel caso in esame, un dipendente di banca, licenziato per aver dato corso a una operatività e consentito un utilizzo degli affidamenti in violazione del merito creditizio e dei vincoli posti dall'organo deliberante, impugnava il recesso e chiedeva la reintegrazione nel posto di lavoro oltre al risarcimento del danno (*ex art. 18, l. n. 300/1970*, come modificato dalla l. n. 92/2012), adducendo la natura discriminatoria o ritorsiva del licenziamento intimato.

A tal fine il dipendente, in mancanza di prova dei fatti contestati, rilevava come doglianza che l'Istituto di credito avesse sanzionato l'unico soggetto che non aveva potere decisionale, lasciando immuni da censure i superiori gerarchici che avevanoavalato le operazioni in questione.

I giudici di legittimità hanno tuttavia confermato la decisione della Corte territoriale, che aveva correttamente escluso la natura discriminatoria o ritorsiva del recesso in quanto non era stata fornita la prova del motivo illecito ritorsivo, nonché in considerazione del fatto che il licenziamento costituiva la reazione del datore di lavoro a comportamenti di cui era stata accertata l'illiceità.

2. — La Cassazione, nell'escludere la natura discriminatoria o ritorsiva del licenziamento in esame, ribadisce, sulla scia tracciata un anno prima dai giudici di legitti-

mità con la citata sentenza n. 6575 (Al riguardo vd.: Lassandari 2017; Sanlorenzo 2017; Scarponi 2017; Ponterio 2017; Gottardi 2016; Carinci 2016; Sessa 2016; Ballestrero 2016), la distinzione tra le due fattispecie.

La prima si fonda sulla violazione di specifiche norme di diritto interno ed europeo (l. n. 604 del 1966, art. 4; l. n. 300/1970, art. 15; l. n. 108 del 1990, art. 3; l. n. 125/1991, art. 4, e oggi d.lgs. n. 150/2011, art. 20), e si configura come trattamento deteriore riservato al lavoratore in quanto appartenente a una categoria protetta e a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro. La seconda deriva invece da una ingiusta e arbitraria reazione del datore di lavoro a un comportamento legittimo del dipendente e dunque viziata da un motivo illecito, esclusivo e determinante.

Le due fattispecie tuttavia sono state per molto tempo assimilate dalla giurisprudenza italiana maggioritaria (Cass. 8.8.2011, n. 17087, con nota di Cannati 2012, e Cass. 21.12.2010, n. 25858), con poche eccezioni dei giudici di merito (T. Pisa 16.4.2015; T. Aosta 12.5.2016), fino alla citata Cassazione n. 6575/2016, che per prima ha definitivamente delineato uno spartiacque tra le due casistiche.

A dire il vero, anche successivamente alla sentenza del 2016 e a quella che qui si annota, non sono mancate pronunce dei giudici di merito che hanno riproposto un accomunamento delle fattispecie in esame, ribadendo che «il divieto di licenziamento discriminatorio [...] è suscettibile [...] di interpretazione estensiva, sicché l'area dei singoli motivi vietati comprende anche il licenziamento per ritorsione e rappresaglia, ossia dell'ingiusta e arbitraria reazione a un comportamento legittimo del lavoratore quale unica ragione del provvedimento espulsivo» (T. Roma 16.8.2017, che fa proprie le parole della Cass. 27.2.2015, n. 3986, e Cass. 9.7.2009, n. 16155, con nota di Gragnoli 2010).

La Cassazione n. 6575/2016, tuttavia, chiarisce che l'assimilazione del licenziamento ritorsivo al licenziamento discriminatorio, compiuta in alcune pronunzie della stessa Corte, aveva il solo «scopo di estendere al licenziamento ritorsivo le tutele previste per il licenziamento discriminatorio», ossia ricondurre i licenziamenti nulli per motivo illecito al regime normativo di cui all'art. 18 St. lav., ossia alla reintegrazione, e non alla nullità di diritto comune (Bellocchi 2014; Gambardella 2016).

Orientamento giurisprudenziale recepito in seguito dalla l. n. 92/2012, che ha ricondotto nell'alveo dei licenziamenti nulli anche il licenziamento «determinato da un motivo illecito determinante ex art. 1345 c.c.», applicando la tutela reintegratoria piena ex art. 18, cc. 1-3, St. lav.

L'estensione delle tutele previste per il licenziamento discriminatorio anche a quello ritorsivo, come sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità fino al 2015, pertanto, non deve esser inteso come una totale assimilazione delle due fattispecie, che invece si differenziano per la loro natura, rispettivamente oggettiva e soggettiva, e, conseguentemente, per il regime probatorio applicabile.

3. — Per molto tempo i giudici di legittimità (Cass. 21.12.2010, n. 25858) hanno accomunato il licenziamento discriminatorio a quello per motivo illecito, ricostruendo la fattispecie discriminatoria come determinata dall'intento soggettivo del datore di lavoro (Carinci 2016).

Alla sentenza n. 6575 del 2016, poi confermata dalla sentenza che qui si annota, deve invece esser riconosciuto il merito di aver accolto e importato la nozione «ogget-

tiva» della fattispecie discriminatoria già fatta propria dalla dottrina italiana (Gottardi 2016; Carinci 2016; Tarquini 2015) e dai giudici comunitari (C. Giust. 8.11.1990, C-179/88, *Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark c. Dansk Arbejdsgiverforening*; C. Giust. 13.5.1986, C-170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH c. Karin Weber von Hartz*; C. Giust. 22.4.1997, C-180/95, *Draehmpaehl c. Urania Immobilienservice Ohg*).

Il licenziamento discriminatorio, infatti, derivando direttamente da una violazione di specifiche norme di diritto interno ed europeo, prescinde dalla motivazione addotta e «si incentra sulla condotta discriminatoria che determina di per sé sola la nullità del licenziamento». In tal senso, il giudizio non deve basarsi sulle motivazioni del datore di lavoro, ma sugli effetti pregiudizievoli dei suoi fatti (Cd. *disparate impact*: Carinci 2016; Gottardi 2016). La protezione antidiscriminatoria opera quindi obiettivamente e a prescindere dalle intenzioni del datore.

Il licenziamento ritorsivo, invece, trova la sua fonte nella volontà soggettiva di colui che recede, ossia in una sua «ingiusta e arbitraria reazione [...] a un comportamento legittimo tenuto dal lavoratore colpito (diretto) o anche da un'altra persona a quest'ultimo legata (indiretto), che attribuisce allo stesso il carattere della ingiustificata vendetta» (Cass. 8.8.2011, n. 17087, con nota di Cannati 2012).

Vanno tuttavia segnalati gli orientamenti dottrinali che distinguono il licenziamento ritorsivo in due sottofigure (Carinci 2016; Chieco 2014; Guariso 2014; Bellocchi 2013; Barbera 2013): una da ricondurre ancora una volta nell'ambito del licenziamento discriminatorio e quindi da leggersi in chiave oggettiva, che ricomprende quelle ipotesi in cui la ritorsione del datore trova fondamento in un fattore discriminatorio connesso a una caratteristica personale del lavoratore. Si tratta di ipotesi peraltro espressamente previste dal legislatore nell'art. 26, c. 3, d.lgs. n. 198/2006, con riferimento al genere; nell'art. 4-*bis*, d.lgs. n. 215/2003, con riferimento alle discriminazioni per razza e origine etnica e nell'art. 4-*bis*, d.lgs. n. 216/2003, con riferimento alle discriminazioni per religione, convinzioni personali, handicap, età e orientamento sessuale.

Nelle altre ipotesi, dove non è riscontrabile una specifica finalità di colpire il lavoratore per caratteristiche personali considerate dalla legge discriminatorie, ma è comunque ravvisabile un elemento ritorsivo, il recesso costituirebbe invece un licenziamento per motivo illecito ai sensi dell'art. 1345 c.c. (Anche se una parte della dottrina ha sostenuto che esso sia connotato non da un motivo, ma da una causa illecita *ex art.* 1343 c.c.: vd. Carinci 2016; Scarponi 2017).

La sentenza in commento, peraltro, ha il pregio di eliminare quei dubbi che potevano derivare da un'interpretazione letterale della pronuncia della Cassazione n. 6575 del 2016. Quest'ultima, infatti, nel delineare le due fattispecie di recesso, discriminatorio e ritorsivo, fa espresso riferimento alle sole discriminazioni fondate sul sesso, benché la dottrina sia concorde nel fornire un'interpretazione estensiva della sentenza a ogni altra ipotesi di licenziamento discriminatorio (Carinci 2016; Gottardi 2016; Sessa 2016; Peruzzi 2017).

Con la sentenza n. 14456 del 2017, invece, i giudici di merito, nel far propria la cd. nozione «oggettiva», non si limitano alle sole differenze di genere, ma allargano le maglie a tutte quelle fattispecie direttamente individuate da specifiche norme di diritto interno e comunitario. Nella sentenza, infatti, vengono espressamente richiamati:

l'art. 4, l. n. 604/1966; l'art. 15, l. n. 300/1970, e l'art. 15, l. n. 108/1990, in riferimento alle discriminazioni politiche, religiose, razziali, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basate sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali oltre che fondate su affiliazione o attività sindacale, partecipazione a uno sciopero; nonché l'art. 4 della l. n. 125/1991, in riferimento alle discriminazioni indirette.

4. — La distinzione tra le due fattispecie ha conseguenze dirette sui rispettivi regimi probatori applicabili. Sulla scia della più volte citata Cassazione n. 6575 del 2016, e nel rispetto della nozione «oggettiva», la Corte ha ribadito che nel licenziamento discriminatorio il lavoratore «può limitarsi a fornire elementi di fatto – desunti anche da dati di carattere statistico [...] che siano idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti o comportamenti discriminatori», non essendo invece necessario provare l'intenzionalità della condotta del datore di lavoro. L'onere della prova in capo al lavoratore viene quindi a essere meno gravoso, potendosi fondare anche su dati presuntivi.

La discriminazione, infatti, operando «obiettivamente in ragione del mero rilievo del trattamento peggiore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta, e a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro», fa sì che incombe invece al convenuto l'onere della prova sulla insussistenza della discriminazione.

Nel licenziamento ritorsivo, al contrario, al lavoratore spetta dimostrare non solo che il licenziamento sia stato ingiustificato, ma «anche che il motivo che si assume essere illecito sia stato anche l'unico determinante» (Cass. 5.4.2016, n. 6575, cit.; Cass. 3.12.2015, n. 24648, in *Redazione Giuffrè*; Cass. 16.7.2015, n. 14928, in *Redazione Giuffrè*; Cass. 27.2.2015, n. 3986, in *Banca dati Pluris*; Cass. 8.8.2011, n. 17087, cit.; Cass. 18.3.2011, n. 6282, in *Banca dati Pluris*; Cass. 21.12.2010, n. 25858, in *Redazione Giuffrè*; Cass. 6.6.2013, n. 14319, in *Redazione Giuffrè*; Cass. 9.7.2009, n. 16155, in *Banca dati Pluris*; T. Roma, 16.8.2017, inedita a quanto consta; T. Roma, 24.6.2016, inedita a quanto consta).

L'esclusività del motivo illecito fa sì, quindi, che, una volta dimostrata un'illecita reazione vendicativa nei confronti del lavoratore che abbia esercitato un proprio diritto, la sua rilevanza possa «essere esclusa in presenza di una concorrente valida giustificazione posta dal datore a base dell'atto di recesso (giusta causa, giustificato motivo soggettivo od oggettivo) e di cui riesca a provare l'esistenza» (Cfr. Carinci 2016). Concorso di ragioni che invece non rileva nell'ipotesi del licenziamento discriminatorio.

5. — Da ultimo, vale la pena accennare agli effetti che seguono le pronunce del giudice che dichiara il licenziamento discriminatorio ovvero ritorsivo.

È noto che, a seguito della l. n. 92/2012 e del d.lgs. n. 23/2015, il licenziamento discriminatorio costituisce una delle ipotesi residuali in cui al lavoratore, a prescindere dalle dimensioni occupazionali del datore di lavoro e dall'applicazione o meno del regime a tutele crescenti, è garantita la tutela reintegratoria piena.

Più delicato invece può risultare l'ipotesi del licenziamento ritorsivo qualora venga a escludersi un fattore discriminatorio. Se la Cassazione, con sentenza n. 24648 del 2015, aveva riconosciuto la tutela reintegratoria al licenziamento ritorsivo in virtù di

una sua assimilazione al recesso discriminatorio, la distinzione delle due fattispecie ne fa escludere un'applicazione analogica.

La dottrina maggioritaria tuttavia sembra concorde nel ricondurre il caso in oggetto alle previsioni di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015, che dispone la nullità del licenziamento quando esso sia riferibile agli altri casi di nullità, diversi dalla natura discriminatoria ed espressamente previsti dalla legge, ossia, come attentamente osservato, qualora l'illiceità del licenziamento derivi «dalla violazione di norme imperative» (Vd. Bavaro, D'Onghia 2016).

In tal senso è da segnalare la pronuncia del Tribunale di Roma del 24.6.2016, inedita a quanto consta, che, tra le prime, in presenza di un licenziamento ritorsivo ha applicato la tutela reintegratoria piena in un contratto a tutele crescenti, riconducendo il motivo illecito determinante, previsto dagli artt. 1345 e 1418, c. 2, c.c., alle altre ipotesi di nullità previste dal citato art. 2 del d.lgs. n. 23/2015.

Riferimenti bibliografici

- Ballestrero M.V. (2016), *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione*, in *DLRI*, 231 ss.
- Barbera M. (2013), *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *RGL*, I, 153 ss.
- Bavaro V., D'Onghia M. (2016), *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, in *VTDL*, n. 3, 443 ss., ma anche in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 305.
- Bellocchi P. (2013), *Il licenziamento discriminatorio*, in *ADL*, I, 830 ss.
- Bellocchi P. (2014), *Il licenziamento discriminatorio, nullo e orale*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 1293 ss.
- Bonardi O., Meraviglia C. (2017), *Dati statistici e onere della prova nel diritto antidiscriminatorio*, in Bonardi O. (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, 351 ss.
- Cannati G. (2012), *La ritorsione indiretta*, in *RGL*, n. 2, II, 326 ss.
- Carinci M.T. (2015), *Il licenziamento nullo perché discriminatorio, intimato in violazione di disposizioni di legge o in forma orale*, in Carinci M.T., Tursi A. (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 27 ss.
- Carinci M.T. (2016), *Il licenziamento discriminatorio alla luce della disciplina nazionale: nozioni e distinzioni*, in *RIDL*, III, 720 ss.
- Chieco P. (2014), *La nullità del licenziamento per vizi «funzionali» alla luce dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *DLRI*, 338 ss.
- Gambardella A. (2016), *Configurabilità del carattere ritorsivo nel licenziamento ingiustificato*, in *RGL*, II, 177 ss.
- Gottardi D. (2016), *L'attesa decisione sulla nozione oggettiva di discriminazione, un caso di annunciata procreazione medicalmente assistita*, in *RIDL*, III, 729 ss.
- Gragnoles E. (2010), *La nozione di licenziamento ritorsivo e le possibilità motivazioni del recesso*, in *RGL*, n. 1, II, 59 ss.
- Guariso A. (2014), *Il licenziamento discriminatorio*, in *DLRI*, 355 ss.
- Lassandari A. (2017), *Considerazioni sul licenziamento discriminatorio*, in Bonardi O. (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 189 ss.

- Peruzzi M. (2017), *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Giappichelli Editore, Torino.
- Ponterio C. (2017), *Licenziamenti discriminatori e molestie*, in Bonardi O. (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, 219 ss.
- Sanlorenzo R. (2017), *Il licenziamento discriminatorio in giudizio: la giurisprudenza nazionale tra tutele di diritto comune e fonti sovranazionali*, in Bonardi O. (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 35 ss.
- Santoro Passarelli G. (2016), *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il Jobs Act*, in RDC, 627 ss.
- Scarponi S. (2017), *Ius vivens ed implicazioni derivanti dall'accoglimento della nozione oggettiva di licenziamento discriminatorio*, in Bonardi O. (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 231 ss.
- Sessa E. (2016), *Licenziamento discriminatorio e ritorsivo: nozione oggettiva di discriminazione*, in *Ilgiuslavorista.it*, 27 maggio.
- Tarquini E. (2015), *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*, Giuffrè, Milano.

Diego Del Biondo

*Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Chieti-Pescara «G. d'Annunzio»*

CONSIGLIO DI STATO, 24.7.2017, n. 3666, S. VI – Pres. Santoro, Est. Lopilato – Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo (Avv. Stato) c. Unione lavoratori pubblica amministrazione (avv. Stoppani) e Codacons (avv. Rienzi).

Libera circolazione delle persone – Art. 45 del TfUe – Deroga per impieghi nella pubblica amministrazione – Art. 38 del d.lgs. n. 165/2001 – Conformità ai principi dell’Ue – Art. 1, d.P.c.m. n. 174/1994 – Contrasto con i principi dell’Ue – Disapplicazione.

Libera circolazione delle persone – Direttori luoghi e istituti di cultura – Procedure di selezione – Parco archeologico del Colosseo – Compiti prevalenti di gestione economica e tecnica – Accesso esperti stranieri – Legittimità.

Il regolamento sull’accesso dei cittadini degli Stati membri dell’Ue ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche, emanato con d.P.c.m. 7.2.1994, nella parte in cui prevede che «i posti di livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato» sono riservati ai soli cittadini italiani è difforme dall’art. 38 del d.lgs. 30.3.2001, n. 165, di cui costituisce norma attuativa, che prevede (in conformità ai principi dell’Ue) che i cittadini degli Stati membri dell’Unione possono accedere ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell’interesse nazionale. Nel caso in cui la pubblica amministrazione debba selezionare un dirigente per attribuirgli determinati incarichi per l’espletamento di attività amministrativa è necessario valutare quale sia il contenuto effettivo di tale attività allo scopo di stabilire se possa considerarsi espressione di pubblici poteri. (1)

È legittima l’apertura agli stranieri della procedura di selezione del direttore del Parco archeologico del Colosseo, in quanto tale dirigente pubblico svolge attività prevalentemente rivolta alla gestione economica e tecnica del parco. (2)

(1-2) LA PUBLIC SERVICE EXCEPTION TRA NORMA E GIUDICE:
IL CASO DEI DIRETTORI STRANIERI DEI MUSEI ITALIANI

1. — L’internazionalizzazione della gestione degli istituti e dei luoghi di cultura – obiettivo strategico dell’azione del Governo italiano nella corrente legislatura – è finita anch’essa davanti al giudice amministrativo e poi all’attenzione dei media. La forte eco mediatica è del resto intonata ai commenti politici spesso fuori misura che hanno ac-

colto le decisioni del Tar Lazio (n. 6170/2017 e n. 6171/2017 del 24.5.2017), improntati per lo più alla ormai invalsa lettura che vede il giudice amministrativo come un ostacolo da abbattere sul cammino per l'attuazione delle riforme.

L'annullamento della nomina di due studiosi stranieri a direttori di musei italiani è stato da quelle decisioni pronunciato a causa, tra gli altri motivi, della mancata esplicita deroga, nella disciplina introdotta con l'art. 14, c. 2-*bis*, d.l. n. 83/2014, conv. nella l. n. 106/2014, a quanto stabilito in via generale dall'art. 38 del d.lgs. n. 165/2001, che limita l'accesso di stranieri ai soli posti che «non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri» (Su queste decisioni, cfr. criticamente i commenti di Gnes, Albissini e Monaco 2017, in *GDA*, 492 ss., nonché di Amoroso 2017, 465 ss.). Le sentenze del Tar Lazio n. 6170 e n. 6171 del 2017 sono state poi sospese dal Consiglio di Stato (Per motivi che attengono ai profili di danno, e senza entrare nel merito della fondatezza dei motivi di appello: ord. 15.6.2017, n. 2471), che all'udienza del 26.10.2017 ha deciso anche nel merito, con esito non ancora pubblicato.

Con altra sentenza del 7.6.2017, n. 6719, la stessa Sezione II-*quater* del Tar Lazio ha annullato l'indizione di una selezione pubblica internazionale per la scelta del direttore del Parco archeologico del Colosseo, anche questa volta per la violazione delle norme di legge che non consentono, nella materia dei beni archeologici comportanti l'esercizio di poteri autoritativi, la partecipazione al concorso di soggetti non provvisti del requisito della cittadinanza italiana.

La motivazione è, in sostanza, la medesima delle precedenti decisioni dello stesso giudice, ma con due significative integrazioni: il richiamo all'art. 51 Cost., dal quale secondo il Tar, «deriva, per implicito», il divieto in questione; la considerazione dell'articolo 1 del d.P.c.m. n. 174/1994, che esclude i posti di livello dirigenziale dall'apertura agli stranieri. Quest'ultima disposizione era stata del tutto ignorata dalle precedenti decisioni, benché rivesta primaria rilevanza ai fini della definizione della questione. E infatti, con la decisione in commento, il Consiglio di Stato ha annullato la pronuncia del Tar Lazio n. 6719/2017 proprio per non aver disapplicato quella previsione (art. 1) del d.P.c.m. n. 174/94 che riserva appunto agli italiani l'accesso ai posti di dirigente, così ponendosi, ad avviso del Consiglio di Stato, in contrasto con principi dell'Ue. Per arrivare alla conclusione di disapplicare l'art. 1 del d.P.c.m. n. 174/94, il Consiglio di Stato ha ritenuto, contrariamente al Tar, che, sul piano costituzionale, l'art. 51 non conterrebbe una «riserva» a favore dei cittadini italiani degli uffici pubblici e si caratterizzerebbe, al contrario, come una norma «aperturista» e non «preclusiva» (Come già affermato nel parere del Consiglio di Stato, 20.1.1990, n. 234, S. II. In realtà la disposizione apre solo agli «italiani non appartenenti alla Repubblica», ed è piuttosto singolare che si possa definire «aperturista» una disposizione pensata – come i lavori della Costituente rendono ben chiaro – per gli «italiani di sangue», originari cioè delle cd. «terre irredente». Sul punto, cfr. le osservazioni di Liguori 2017. Sulla originaria matrice «nazionalistica» del pubblico impiego cfr. Cassese 1997, 29). Liberato il campo dai timori di incostituzionalità (Paventati dal Tar Lazio, n. 6171, punto 25, ma forse eccessivi se si considera che, salvi i controlli, la norma europea prevale anche su quella costituzionale), il Consiglio di Stato rileva «un contrasto chiaro tra la norma interna regolamentare e la norma europea come interpretata dalla Corte di Giustizia», e perciò, disapplicata la prima, risolve la controversia attraverso un confronto diretto degli atti amministrativi impugnati con le fonti europee. Per

svolgere tale operazione viene adottato il criterio «funzionale-dinamico», che anche l'art. 38 del d.lgs. n. 165/2001 rispetta, valorizzando la natura specifica dell'attività posta in essere, laddove la norma regolamentare disapplicata, frutto dell'adozione del criterio «strutturale-statico», non attribuisce rilevanza alla tipologia di attività e impedisce perciò di individuare quelle che per le loro caratteristiche intrinseche possono portare, secondo i percorsi indicati dalla giurisprudenza europea, alla sottrazione dall'obbligo di rispetto del principio di libera circolazione. È questa l'operazione che impegna invece il Consiglio di Stato e lo porta a concludere per la prevalenza delle attività rivolte alla gestione tecnica ed economica del Parco rispetto a quelle, pure presenti, ma ritenute marginali (e comunque attratte nella logica della gestione economica), che implicano l'esercizio di funzioni pubbliche.

2. — L'art. 45 del TfUE intende assicurare la libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione (par. 1), ma precisa che le disposizioni da esso dettate «non si applicano agli impieghi nella pubblica amministrazione» («*to employment in the public service*»).

La riserva contemplata dall'ultimo paragrafo, in assenza di una fonte comunitaria che ne circoscriva la portata, rimetteva, in definitiva, agli Stati membri la possibilità di individuare i casi ai quali applicare la cd. «*public service exception*», di per sé invocabile per tutti gli impieghi presso le amministrazioni pubbliche. I giudici europei hanno, però, progressivamente rivendicato il potere di definire a livello sovranazionale i limiti della riserva, fornendo un'interpretazione di segno restrittivo della deroga al principio generale della libera circolazione dei lavoratori (Cfr., tra le altre, C. Giust. 17.12.1980, C-149/79, *Commissione c. Belgio*, in *Racc.*, 1980, I-3881; C. Giust. 2.7.1996, C-473/93, *Commissione c. Lussemburgo*, in *Racc.*, 1996, I-3207).

Si è così stabilito che i margini di applicazione della «*public service exception*» non vanno considerati alla stregua di una prerogativa esclusiva degli Stati membri, i quali sono tenuti ad avvalersi della riserva nei termini strettamente necessari alla salvaguardia degli interessi nazionali tutelati dalla norma (Si veda, tra le altre: C. Giust. 12.2.1974, C-152/73, *Sotgiu*, in *curia.europa.eu*; C. Giust. 30.9.2003, C-405/01, *Collegio de Oficiales de la Marina Española*, in *Racc.*, 2003, I-10391; punto 41; C. Giust. 30.9.2003, C-47/02, *Albert Anker, Klaas Ras, Albertus Snoek c. Repubblica Federale Tedesca*, in *Racc.*, 2003, I-10447; C. Giust. 11.9.2008, C-447/07, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, 2008, I-125, punto 15; C. Giust. 10.12.2009, C-460/08, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.*, 2008, I-216, punto 21). Nell'operare la valutazione sulla ammissibilità del ricorso alla riserva si è poi individuato il criterio-guida secondo il quale la nozione di pubblica amministrazione, funzionale all'individuazione degli impieghi sottoposti al regime derogatorio, deve misurarsi, caso per caso, con l'analisi degli effettivi poteri attribuiti al dipendente e agli interessi perseguiti mediante il loro esercizio (Tra le più recenti, C. Giust. 10.9.2014, C-270/13). Si è in tal modo introdotto un criterio di carattere funzionale, al fine di escludere l'applicazione della deroga ai ruoli solo nominalmente riconducibili alla nozione di pubblica amministrazione, non potendosi peraltro consentire che l'estensione del principio fosse condizionata «da interpretazioni della nozione di "pubblica amministrazione" tratta dal solo diritto nazionale» (C. Giust. 26.5.1982, C-149/79, *Commissione c. Belgio*, in *Racc.*, 1982, I-1845, punti 18 e 19). La Commissione ha poi

ridefinito i criteri elaborati dai giudici procedendo all'esame di interi settori per verificare l'ammissibilità delle restrizioni poste dagli Stati, utilizzando quale spartiacque il discrimine tra «attività specifiche della funzione pubblica nazionale» e «attività interessate dall'azione nel settore dei servizi pubblici» (Commissione europea, Comunicazione *Libera circolazione dei lavoratori – realizzarne pienamente i vantaggi e le potenzialità*, dell'11.12.2002, Com(2002)694, 21. Cfr. anche Commissione europea, Comunicazione *Ribadire la libera circolazione dei lavoratori: diritti e principali sviluppi*, del 13.7.2010, Com(2010)373; *Free movement of workers in the public sector*, 14.12.2010, Sec(2010)1609, con l'allegato rapporto Ziller, *Free Movements of European Union Citizens and Employment in the Public Sector*).

L'Italia ha adeguato la sua normativa (Art. 2, d.P.R. n. 3/1957, che individuava quale requisito per l'accesso ai pubblici impieghi la cittadinanza italiana) agli orientamenti del giudice europeo attraverso l'adozione dell'art. 37 del d.lgs. n. 24/1993, secondo il quale i cittadini degli Stati membri della Ue «possono accedere ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche che non implicano esercizio diretto o indiretto dei pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale». Il contenuto di tale disposizione è stato poi trasfuso nell'art. 38 del d.lgs. n. 165/2001.

In precedenza, col d.P.c.m. n. 174/1994 era stato predisposto un elenco tassativo degli impieghi per i quali si richiede necessariamente il possesso della cittadinanza italiana, tra cui sono ricompresi tutti gli incarichi di dirigenza pubblica, nonché tutti gli impieghi presso le amministrazioni individuate dal decreto. La scelta espressa in sede regolamentare non appare in verità del tutto coerente, quanto meno dal punto di vista del criterio utilizzato, con la logica «funzionale» adottata dall'art. 38 del d.lgs. n. 165/2001 [Nota che la lista è stata «redatta in modo un po' troppo generoso» Caranta 1999, 45]. Un conto, infatti, è utilizzare formule generali come l'esercizio dei pubblici poteri e la tutela dell'interesse nazionale, che lasciano un margine per valutare caso per caso, alla stregua della giurisprudenza comunitaria, se venga o meno in gioco la funzione pubblica; un altro affidarsi a una elencazione tassativa basata sulla tipologia astratta del posto da ricoprire. Quest'ultima è la soluzione seguita dal d.P.c.m. e da essa discende l'applicazione della deroga a tutti gli incarichi di livello dirigenziale e a tutti gli impieghi ricadenti nei settori elencati. Sembra dunque cogliere nel segno il Consiglio di Stato quando individua nel d.P.c.m. il vero ostacolo, laddove l'art. 38 potrebbe essere legittimamente letto in senso «aperturista»; lascia invece perplessi la posizione del Tar, che, in particolare con la sentenza n. 6171/17, ritiene preclusiva dell'accesso agli stranieri la disposizione del d.lgs. n. 165/2001, senza peraltro confrontarla con gli indirizzi comunitari e senza neppure menzionare (come invece farà con la sentenza n. 6719) l'art. 1 del d.P.c.m. Secondo la lettura del Tar, uno sbarramento invalicabile sarebbe dunque già nell'art. 38, ma la conclusione è tutt'altro che convincente. Si è infatti già evidenziato, nella formulazione della disposizione regolamentare, lo scostamento dal criterio funzionale-dinamico seguito dalla legge, e l'adozione, invece, di un criterio strutturale-statico, che perciò include tutti i dirigenti senza distinguere in ragione delle attività concretamente svolte nei singoli casi. E non è sembrato dubbio al Consiglio di Stato che sia tale disposizione a impedire letture «aperturiste» laddove l'art. 38 si presta invece a interpretazioni evolutive da condursi in conformità agli indirizzi europei.

3. — Il percorso seguito dal Consiglio di Stato appare dunque corretto quando disapplica una norma regolamentare non (più) conforme al diritto vivente di matrice europea; tuttavia non altrettanto convincente appare l'indagine condotta dal giudice secondo il criterio di tipo funzionale-dinamico con riguardo alle attività svolte dai direttori, specie se si considera che il legislatore non ha esplicitamente scelto di derogare all'art. 38, che comunque sottrae all'applicazione del principio di libera circolazione i posti che implicano l'attribuzione di pubblici poteri.

Anche le letture più orientate a svalutare i tratti autoritativi dei compiti affidati ai direttori dei luoghi di cultura (Ai quali sono ora attribuiti, a seguito delle modifiche introdotte con il d.m. 29.2.2016, n. 44, anche compiti di tutela, su cui cfr. Barbati 2017, 125) non possono infatti fare a meno di riconoscere (Albissini 2017, 508 ss.) in capo a tali figure poteri decisionali esorbitanti rispetto al diritto comune; e la stessa sentenza in commento riconduce alla logica della funzione quanto meno i compiti in tema di autorizzazione al prestito e di espletamento delle procedure a evidenza pubblica, pur inquadrandole entrambe nell'area complessiva della gestione economica. Il giudice si affida, dunque, al criterio della prevalenza e, ritenute marginali le attività che si esprimono mediante provvedimenti amministrativi, reputa che nella specie non ricorra la «*public service exception*».

Riecheggia anche nell'impostazione del giudice la problematica distinzione tra funzione e servizio, sempre più discussa con riguardo alla sua validità in termini generali (Con specifico riferimento alla valorizzazione del patrimonio culturale cfr., da ultimo, Iacopino 2017, 136), ma in realtà certamente rilevante nel diritto europeo proprio per circoscrivere l'ambito della deroga alla libera circolazione dei lavoratori prevista con riguardo agli impieghi nella p.a. (Adottando peraltro un criterio analogo a quello seguito dal diritto interno ai fini dell'applicazione della legge penale: cfr. artt. 357 e 358 c.p.). Come si evince dalla giurisprudenza europea già sinteticamente ricordata, se l'impiego riguarda lo svolgimento di funzioni che attengono all'esercizio dei pubblici poteri e alla tutela degli interessi generali dello Stato o degli enti pubblici questo può essere riservato ai cittadini nazionali. La deroga alla libera circolazione, invece, non opera se il rapporto di lavoro riguarda servizi svolti da soggetti pubblici, quando tali servizi sono «distanti dalle attività specifiche della pubblica amministrazione» (Per un puntuale esame della giurisprudenza europea cfr. Gnes 2017, 495 ss.). Curioso può apparire che una deroga basata sulla presenza di poteri autoritativi venga denominata «*public service exception*», utilizzando così la nozione di servizio, comunemente contrapposta a quella di funzione. Ma la cosa si può spiegare tenuto conto dell'utilizzo che il linguaggio «globale» delle istituzioni europee fa dell'espressione «*service*» (A tal proposito appare paradigmatica la vicenda dell'*in house providing* e il noto passaggio relativo al controllo esercitato dalla pubblica amministrazione affidante sul soggetto «in casa», «analogo a quello esercitato dalla p.a. sui propri servizi», che significa sui propri «uffici», evidentemente da intendersi non in senso fisico). Per di più, a ben vedere, quando intende indicare il servizio come prestazione, il diritto europeo, anche con atti di *soft law*, evita di utilizzare l'aggettivo «*public*», e ricorre, come noto, alla locuzione «*of general interest*».

La qualificazione in termini di servizio pubblico dell'attività di valorizzazione del patrimonio culturale che viene svolta attraverso i musei e gli altri luoghi di cultura (Dugato 2007), e che deve aver condizionato implicitamente la soluzione adottata dal

Consiglio di Stato, non depone però di per sé a favore della inconfigurabilità della deroga al principio della libera circolazione. I responsabili di tale valorizzazione svolgono infatti un'attività ampia e diversificata, potendo ricomprendere tutta la tipologia di atti che una p.a., nell'ordinamento attuale, può porre in essere. In questa ottica, possono venire in rilievo attività che si esplicano mediante provvedimenti amministrativi, contratti, accordi, comportamenti espressione di poteri pubblici, meri comportamenti materiali» [Così si esprime la sentenza in commento con riguardo ai compiti dei dirigenti in generale, ma descrivendo in effetti anche la varietà tipologica dei compiti attribuiti ai direttori dei musei e dei parchi archeologici: agenti principali delle valorizzazione esattamente ritenute da Dugato (2007) «attività complessa difficilmente riconducibile all'unità». Non basta dunque la qualificazione delle complesse attività di valorizzazione in termini di servizio pubblico per escludere il carattere autoritativo di alcune rilevanti manifestazioni proprie dell'«organo a rilevanza esterna» che il dirigente incarna: la valorizzazione affidata ai direttori integra un servizio pubblico, ma al suo interno si possono e devono distinguere vere e proprie funzioni autoritative; sulla necessità di distinguere senza contrapporre funzione e servizio cfr. Caia 2005, 131 ss.].

Da questo punto di vista non sembra che il caso in esame sia sovrapponibile al precedente relativo al presidente di un'autorità portuale [Cons. Stato 10.3.2015, n. 1210, S. IV, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, 970, con nota di Prudeniano (2015 977 ss.)] la cui attività (Come rilevato in sede di rinvio pregiudiziale della C. Giust. 10.9.2014, C-270/13, *Haralambidis c. Casilli*, punti 45 e 60, su cui il commento di Gnes 2015, 13 ss.) «presenta in generale un carattere tecnico e di gestione economica che non può essere modificato» da alcune funzioni effettivamente marginali perché esercitabili in casi di indifferibilità e urgenza ovvero caratterizzate dall'esigenza di reagire a una occupazione abusiva.

E, del resto, se si scorre il catalogo delle posizioni scrutinate dalla giurisprudenza europea per escludere che comportino l'esercizio di pubblici poteri, sarà agevole notare che si tratta di ipotesi molto diverse, da quelle in esame, per difetto di tratti autoritativi, per di più quasi sempre contraddistinte dalla natura privata dell'organizzazione cui pertengono (Centri di assistenza fiscale, di revisione dei veicoli, istituti di vigilanza, organismi privati di controllo dei prodotti dell'agricoltura biologica: C. Giust. 30.3.2006, C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl c. Giuseppe Calafiori*, punto 47, in *GDA*, 2007, 297 ss., con nota di Mattarella B.G. 2017, *I centri di assistenza fiscale e il diritto europeo*, *ivi*, 299 ss.; C. Giust. 22.10.2009, C-438/08, *Commissione c. Portogallo*, punto 36; C. Giust. 29.10.1998, C-114/97, *Commissione c. Spagna*, punto 38; C. Giust. 29.11.2007, C-404/05, *Commissione c. Germania*, punto 38).

Il giudice amministrativo nel caso di specie sembra essersi spinto più in là di questi esiti per raggiungere la conclusione che la direzione dei musei e degli altri luoghi di cultura non è una funzione pubblica. Conclusione impegnativa anche in termini di precedente, che ha richiesto una attività ermeneutica al limite della scelta politica, che non sarebbe stata necessaria se solo il legislatore avesse limpidamente scelto di non avvalersi della *public service exception*, rivedendo le disposizioni del d.P.c.m. n. 174/94 e collocando esplicitamente le procedure selettive in esame all'esterno dell'area applicativa dell'art. 38 del d.lgs. n. 165/2001. Il legislatore ha poi ritenuto, solo dopo le pronunce di annullamento del primo giudice, di dettare una norma interpretativa che esclude l'applicazione dell'art. 38, cit., per le procedure selettive in questione (ma ciò

non è bastato, ad avviso del Consiglio di Stato, a risolvere la controversia insorta, non potendo avere valenza retroattiva una norma che «non ha assegnato alla normativa previgente un significato tra quelli possibili ma ha innovato il sistema») laddove sarebbe stato forse preferibile abrogare l'art. 1 del d.P.c.m. n. 174/94 fornendo realmente una interpretazione dell'art. 38, cit., di taglio inequivocabilmente aperturista. Anche quest'ultimo passaggio pare confermare che la vicenda dei direttori stranieri dei musei sia tutto sommato banale, ma complicata dagli errori del legislatore e drammatizzata dalla interferenza con il dibattito sul giudice amministrativo percepito quale ostacolo allo sviluppo economico e alla modernizzazione del paese. Le sentenze del Tar Lazio, forse troppo rigidamente ancorate al diritto interno, sono diventate occasione per una confusionaria campagna mediatica e per rinforzare, con una sorprendente noncuranza del dato costituzionale, gli attacchi all'invasione della giurisdizione amministrativa. L'analisi disincantata della questione finisce invece con il rendere chiaro che il problema non è tanto costituito dal giudice – ricettore ultimo delle molte tensioni di un ordinamento in crisi – quanto piuttosto dal legislatore.

Riferimenti bibliografici

- Albissini F.G. (2017), *I direttori dei musei: funzioni europee o solo domestiche?*, in *GDA*, 508 ss.
- Amorosino S. (2017), *Direttori «stranieri» dei Musei e Parco Archeologico del Colosseo*, in *Urbanistica e appalti*, 465 ss.
- Barbati C. (2017), *Organizzazione e soggetti*, in Aa.Vv., *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 65 ss.
- Caia G. (2005), *I servizi pubblici*, in Aa.Vv., *Diritto amministrativo*, II, IV ed., Bologna.
- Caranta R. (1999), *La libertà di circolazione dei lavoratori nel settore pubblico*, in *Diritto dell'Unione europea*, 45 ss.
- Cassese S. (1997), *Stato-nazione e funzione pubblica*, in *GDA*, 88 ss.
- Dugato M. (2007), *Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e privato di utilità pubblica*, in *Aedon*, n. 2.
- Gnes M. (2015), *Per la posizione di presidente di autorità portuale sufficiente il possesso di cittadinanza europea*, in *Quotidiano giuridico*, 21 aprile, 13 ss.
- Gnes M. (2017), *L'apertura della direzione dei musei italiani ai cittadini europei*, in *GDA*, 495 ss.
- Iacopino A. (2017), *Modelli e strumenti per la valorizzazione dei beni culturali*, Napoli.
- Liguori A. (2017), *Il requisito della cittadinanza italiana nell'esercizio della funzione pubblica: il caso delle direzioni museali*, in *Giust. amm.*, ottobre.
- Prudenzano L. (2015), *Sulla normalità della funzione pubblica e la libertà di circolazione dei lavoratori*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 977 ss.

Fiorenzo Liguori
Professore ordinario di Diritto amministrativo
presso l'Università di Napoli «Federico II»

CORTE D'APPELLO BOLOGNA, 4.5.2017 – Pres. ed Est. Bruscati – K.C.I. Spa (avv. Macri) c. X.X. (avv. Vaggi).

Mansioni e qualifica – Distacco – Mutamento di mansioni – Consenso del lavoratore – Necessità.

Licenziamento individuale – Licenziamento per giusta causa – Rifiuto di eseguire un provvedimento di distacco illegittimo – Non costituisce insubordinazione – Insussistenza del fatto contestato – Reintegrazione.

Nel caso di distacco che prevede un mutamento di mansioni è necessario, ai sensi dell'art. 30, d.lgs. n. 276/2003, il consenso del prestatore di lavoro quale elemento costitutivo della fattispecie e requisito di legittimità del provvedimento del datore di lavoro. (1)

Il rifiuto da parte del lavoratore di eseguire un provvedimento illegittimo di distacco non costituisce insubordinazione grave. Perciò, ove tale condotta gli sia addebitata e posta a fondamento del licenziamento per giusta causa, il lavoratore ha diritto alla reintegrazione per insussistenza del fatto addebitatogli. (2)

(1-2) IL RIFIUTO DI ESEGUIRE UN DISTACCO ILLEGITTIMO
È AUTOTUTELA DEL LAVORATORE (NON INSUBORDINAZIONE)

1. — La decisione in commento ha confermato, per quanto qui rileva, la sentenza con cui il Tribunale di Bologna, accogliendo l'opposizione all'ordinanza conclusiva della fase sommaria in rito Fornero, aveva dichiarato l'illegittimità del licenziamento per giusta causa comminato per «insubordinazione» nei confronti di un lavoratore che si era rifiutato di eseguire la prestazione a seguito di un provvedimento di distacco. In particolare, il Tribunale di Bologna aveva ritenuto, alla luce dell'istruttoria raccolta, che il distacco del lavoratore, disposto dal datore presso altra società con sede all'estero, avrebbe comportato un mutamento di mansioni. Quindi, non avendo il lavoratore espresso in proposito il consenso richiesto dall'art. 30, d.lgs. n. 276/2003, il Tribunale aveva dichiarato l'illegittimità del provvedimento di distacco e qualificato «la presunta insubordinazione del lavoratore [...] come legittimo rifiuto di adempiere a un ordine manifestatamene illegittimo». Conseguentemente, il Tribunale aveva accertato come «insussistente il fatto contestato e posto alla base del licenziamento, ovvero la grave insubordinazione, qualificata come il rifiuto del lavoratore al distacco», e, per l'effetto, aveva dichiarato l'illegittimità del licenziamento per insussistenza del fatto contestato e condannato la società alla reintegrazione.

Avverso tale sentenza promuoveva reclamo la società datrice, secondo la quale il lavoratore non avrebbe comunque potuto rifiutarsi di adempiere all'obbligo di svolgere la prestazione di lavoro nella sede assegnatagli, configurandosi un tale rifiuto quale «esercizio abusivo e illegittimo della cosiddetta eccezione d'inadempimento».

La Corte d'Appello, con la sentenza in esame, ha respinto il gravame ribadendo che nella fattispecie, mancando il consenso del lavoratore quale requisito di legittimità del distacco, il lavoratore si era rifiutato legittimamente di dare esecuzione a una disposizione della società sua datrice di lavoro, «con la conseguenza che nella sua condotta non si ravvisano gli estremi della dedotta insubordinazione grave». Tale conclusione, ha proseguito la Corte disattendendo lo specifico motivo di gravame, non si pone in contrasto con la giurisprudenza di legittimità che qualifica come illegittimo il rifiuto del lavoratore a eseguire un provvedimento di trasferimento in assenza di un previo avallo giudiziale. Secondo i giudici, infatti, la fattispecie del distacco con mutamento di mansioni richiede quale elemento essenziale, a differenza del trasferimento, il consenso del lavoratore, requisito che opera direttamente sul piano del rapporto di lavoro, «così consentendo al lavoratore di disattendere legittimamente [...] la pretesa del datore di lavoro, senza la necessità di un eventuale e preventivo avallo giudiziale», nel mentre «il dissenso del lavoratore al trasferimento non è un elemento costitutivo richiesto perché si perfezioni e sia ritenuto legittimo tale trasferimento».

2. — La sentenza offre lo spunto per soffermarsi sulla configurabilità del rifiuto di eseguire la prestazione quale eccezione di inadempimento idonea a consentire legittimamente al lavoratore una forma di autotutela individuale conservativa (Vallebona 1995, 46 ss.).

In giurisprudenza l'interpretazione che si è affermata maggiormente è quella che considera illegittimo l'esercizio del potere del datore di lavoro quando questi sia inadempiente agli obblighi contrattuali su di lui gravanti, con conseguente possibilità per il lavoratore di ricorrere all'eccezione di inadempimento, disciplinata dall'art. 1460 c.c., quale istituto idoneo a giustificare (ossia a rendere legittimo) il rifiuto del lavoratore di adempiere ai suoi obblighi e di ottemperare a quanto richiestogli (Cfr., tra le più recenti: Cass. 9.3.2017, n. 6089, in *DeJure*; Cass. 7.8.2015, n. 16592, in *DeJure*; Cass. 1.4.2015, n. 6631, in *DeJure*; Cass. 5.3.2015, n. 4474, in *DeJure*).

In tal senso il prestatore di lavoro può contare su una tecnica di tutela che rientra nella logica contrattuale, in modo da poter utilizzare tutti i rimedi sinallagmatici previsti dalla disciplina civilistica, rimanendo all'interno del rapporto e ritenendo il mancato rispetto da parte del datore di lavoro delle norme di legge e di quelle contrattuali, tanto individuali che collettive, che ne regolano il rapporto, come un inadempimento contrattuale dei doveri di cui è titolare (Cfr., in particolare: Vallebona 1995, 130; Broglio 1997, 274; Ferrante 2004, 266; Barbato 2007, 287 ss.; Riccobono 2010, 139 ss.).

L'*exceptio inadimpleti contractus* si sostanzia infatti in una facoltà o un potere, in capo al debitore-creditore di un rapporto obbligatorio, nei riguardi di una situazione di attuale lesione o di pericolo in grado di poter pregiudicarne la sfera soggettiva, di provocare in modo unilaterale la temporanea paralisi della pretesa altrui e l'inesigibilità della propria prestazione, incidendo sull'attuazione del rapporto e non sul vincolo contrattuale.

È da premettere, infatti, che la prestazione di lavoro rappresenta la principale obbligazione in capo al lavoratore in virtù della stipula del relativo contratto individuale e per poter essere resa deve rispettare i requisiti indicati dalle norme del codice civile: deve corrispondere a quella richiesta dal datore di lavoro e le modalità di esecuzione

della stessa devono rispettare le istruzioni specifiche impartite dall'imprenditore, al fine di consentirne il miglior coordinamento con gli altri strumenti produttivi nell'organizzazione aziendale, e il lavoratore deve eseguirla secondo la diligenza professionale che gli viene richiesta e rispettando anche l'obbligo di fedeltà. Il prestatore quindi sarà ritenuto inadempiente e soggetto a responsabilità contrattuale *ex art.* 1218 c.c. sia quando abbia omesso di svolgere, in modo ingiustificato, la prestazione, ma anche quando la abbia realizzata venendo meno a uno degli obblighi contrattuali paralleli, oppure in modo non conforme alle disposizioni che gli sono state impartite, se l'inadempimento della parte nei cui confronti è posta l'eccezione *ex art.* 1460 c.c., ovvero il datore di lavoro, non sia grave o sia di scarsa rilevanza (Cass. 21.5.2015, n. 10468, in *D&G*, 2015, n. 21, 85 ss.).

In tema di onere della prova, il creditore che agisca per la risoluzione del contratto, per il risarcimento, oppure per l'adempimento deve provare solamente la fonte contrattuale e il termine di scadenza dell'obbligazione, allegando soltanto la circostanza dell'inadempimento di controparte, mentre il debitore resistente convenuto ha l'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, rappresentato dall'avvenuto adempimento.

Nel caso in cui il debitore si avvalga dell'eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 c.c. vi è il capovolgimento dell'onere della prova, poiché nella stessa fattispecie il debitore dovrà solamente allegare l'inadempimento altrui e il creditore dovrà dimostrare invece il proprio adempimento, ovvero la non intervenuta scadenza dell'obbligazione.

Allo stesso modo nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, per la violazione di doveri accessori, come quello di informazione, oppure per mancata osservazione dell'obbligo di diligenza, il creditore è tenuto soltanto a osservare tale inadeguatezza, gravando sul debitore l'onere di dimostrare l'esatto adempimento avvenuto (Cfr., in tal senso, Cass. 30.10.2001 n. 13533, S.U., in *FI*, 2002, n. 3, I, 769 ss.).

Tuttavia, la dottrina e in particolar modo la giurisprudenza giuslavoristica, che si è pronunciata più volte nel valutare la giustificabilità o meno di un inadempimento del prestatore di lavoro di cui il datore di lavoro chiedesse giustizia, o anche di un preteso inadempimento posto alla base di un licenziamento disciplinare che viene impugnato (Cfr., *ex multis*: Cass. 19.1.2016, n. 836, in *D&G*, 2016, n. 5, 6 ss., con nota di Duilio; Cass. 19.1.2016, n. 831, in *DeJure*; Cass. 3.11.2015, n. 22421, in *DeJure*; Cass. n. 16592/2015, cit.; Cass. n. 10468/2015, cit.; Cass. n. 6631/2015, cit.; T. Genova 24.3.2015, in *Ilgiuslavorista.it*, 2015; Cass. n. 4474/2015, cit.; Cass. 12.11.2013, n. 25392, in *DeJure*; Cass. 16.5.2013, n. 11927, in *DeJure*; Cass. 7.5.2013, n. 10553, in *DeJure*), sono concordi nel ritenere che, nella fattispecie concreta, è necessario accertare attentamente le circostanze fattuali al fine di distinguere l'inadempimento imputabile al prestatore e disciplinarmente rilevante, che può giustificare una sanzione conservativa o, nei casi più gravi, un licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo, oltre a un risarcimento del danno, dai casi in cui l'inadempimento non si configura poiché è scriminato dal previo inadempimento del datore di lavoro a uno dei propri obblighi contrattuali.

Per prima cosa è importante accertare l'«importanza dell'inadempimento», *ex art.* 1455 c.c., ed è infatti necessario che lo stesso non sia di scarsa rilevanza, avuto riguardo all'interesse della controparte che lo subisce e considerando la situazione di entrambe le parti.

La giurisprudenza è intervenuta con numerose pronunce chiarendo cosa si intenda per inadempimento di non scarsa importanza (Cfr., *ex multis*, Cass. 28.6.2010, n. 15363, in *DeJure*, secondo cui «il principio va adeguato a un criterio di buona fede contrattuale, perciò la gravità dell'inadempimento non va commisurata all'entità del danno, che potrebbe anche mancare, ma alla rilevanza della violazione del contratto con riferimento alla volontà manifestata dai contraenti, alla natura e alla finalità del rapporto, nonché al concreto interesse dell'altra parte all'esatta e tempestiva prestazione»).

Il lavoratore può reagire anche a una condotta datoriale non manifestamente censurabile, ma certamente illegittima, da cui discenderebbero delle conseguenze rischiose o direttamente dannose per il prestatore se non venisse neutralizzata. In tali circostanze è consentito pertanto al prestatore di lavoro di sottrarsi ai comportamenti illegittimi del datore di lavoro e in tal senso sono state elaborate diverse tipologie di autotutela. Nello specifico è difficile distinguere le fattispecie che riguardano il rifiuto della prestazione in quanto non dovuta dal rifiuto della prestazione dovuta in forza dell'eccezione di inadempimento *ex art. 1460 c.c.*

La prima fattispecie si realizza quando la condotta datoriale si manifesta nell'esercizio illegittimo di poteri che formalmente sono però in capo allo stesso; ovvero quando il potere descritto rientra tra quelli previsti dalla legge, ma il datore di lavoro nel concreto esercizio ne supera i limiti, viziando così la sua pretesa che il prestatore di lavoro legittimamente potrebbe quindi non adempiere. In questo caso l'attività richiesta non risulta essere supportata da una norma giuridica e quindi non è dovuta (Ghera 1979, 332; Barbato 2007, 285 ss.). La seconda, nella quale può inquadrarsi la fattispecie descritta nella sentenza in commento, si verifica invece quando il prestatore di lavoro vuole rispondere all'inadempimento datoriale, che riguarda la violazione di un obbligo di fare oppure un divieto, rifiutando di adempiere, in via di autotutela, alla propria prestazione di lavoro fino a quando il datore di lavoro non pone in essere una condotta legittima in termini di adempimento negoziale: infatti l'eccezione d'inadempimento *ex art. 1460 c.c.* è consentita solamente nei casi di inadempimento negoziale da parte del datore di lavoro (Cfr. Dell'Olio 1988, 3; Vallebona 1995, 50 e 126 ss.; Barbato 2007, 287 ss.).

Rimane da sottolineare ancora la differenza sostanziale tra distacco con mutamento di mansioni e trasferimento: nella prima fattispecie, il consenso è richiesto quale elemento essenziale a differenza del trasferimento, e il consenso del lavoratore riguarda direttamente il rapporto di lavoro, con la possibilità legittima per il prestatore di lavoro di non dare il proprio consenso, senza la necessità di un eventuale e preventivo avallo giudiziale; diversamente, nel trasferimento il consenso del lavoratore non configura un elemento costitutivo richiesto affinché il trasferimento si realizzi e sia ritenuto legittimo.

La sentenza in esame, dunque, sembra porsi in linea con numerosi precedenti giurisprudenziali, che hanno ritenuto, ad esempio, legittimo il rifiuto del prestatore di ottemperare a un provvedimento di trasferimento quando lo stesso assiste un familiare con disabilità, ai sensi dell'art. 3, c. 5, l. n. 104/1992, che vieta di trasferire, senza consenso, il lavoratore che assiste con continuità un familiare disabile convivente (Cfr. Cass. 12.10.2017, n. 24015, in *DeJure*; vd. anche Cass. 12.12.2016, n. 25379, in *DeJure*, secondo cui «il trasferimento del lavoratore è vietato anche quando il familiare, che il prestatore di lavoro assiste, non si configuri come grave, a eccezione di quelle

ipotesi in cui il datore di lavoro, secondo la natura e il grado di infermità psico-fisica del familiare, sia in grado di provare la sussistenza di esigenze aziendali urgenti, effettive, insuscettibili di essere sanate diversamente»).

Parimenti legittimo è stato ritenuto il rifiuto al trasferimento opposto dalla lavoratrice madre al rientro della maternità (Cass. 30.6.2016, n. 13455, in *FI*, 2016, n. 6, I, 2708) ai sensi dell'art. 56, c. 1, d.lgs. n. 151/2001, che stabilisce che «al termine dei periodi di divieto di lavoro previsti dai Capi II e III, le lavoratrici hanno diritto di conservare il posto di lavoro e, salvo che espressamente vi rinuncino, di rientrare nella stessa unità produttiva ove erano occupate all'inizio del periodo di gravidanza o in altra ubicata nel medesimo comune».

Ingiustificato, invece, è stato ritenuto il rifiuto di prendere servizio nella nuova sede di lavoro opposto dalla lavoratrice prima dell'inadempimento del datore di lavoro alla sua richiesta di convocazione per un'audizione, in quanto «il trasferimento del lavoratore presso altra sede, giustificato da oggettive esigenze organizzative aziendali, consente al medesimo di chiederne giudizialmente l'accertamento di legittimità, ma non lo autorizza a rifiutarsi aprioristicamente, e senza un eventuale avallo giudiziario, anche in via d'urgenza, di eseguire la prestazione lavorativa richiesta, in quanto egli è tenuto a osservare le disposizioni impartite dall'imprenditore, ex artt. 2086 e 2104 c.c., e può legittimamente invocare l'eccezione di inadempimento, ex art. 1460 c.c., solo in caso di totale inadempimento dell'altra parte» (Cass. 26.9.2016, n. 18866, in *Mass.*, 2016, n. 650).

Riferimenti bibliografici

- Barbato M.R. (2007), *Autotutela del lavoratore: rifiuto di prestazione non dovuta e eccezione di inadempimento*, in *MGL*, n. 3, 281 ss.
- Brollo M. (1997), *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento: art. 2103*, in Schlesinger P. (fondato da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano.
- Dell'Olio M. (1998), voce *Autotutela. III) Diritto del lavoro*, in *EGT*, IV.
- Ferrante V. (2004), *Potere e autotutela nel contratto di lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Ghera E. (1979), *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *DLRI*, n. 2, 305 ss.
- Riccobono A. (2010) *Profili applicativi degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie: l'autotutela individuale del lavoratore*, in *RIDL*, n. 1, I, 121 ss.
- Vallebona A. (1995), *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Cedam, Padova.

Silvia Donà

*Dottoressa di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Modena e Reggio Emilia*

CORTE D'APPELLO TORINO, 12.4.2017 – Pres. Grillo Pasquarelli, Est. Grillo Pasquarelli – I.G., S.A., M.P. (avv.ti Poli, Ingegneri) c. Vita Spa (avv.ti Micheletto, Giunti).

Danno non patrimoniale – Illegittimità della comunicazione dei turni di lavoro senza un ragionevole preavviso – Accertamento del danno esistenziale – Onere probatorio – Quantificazione del risarcimento.

È illegittima la comunicazione dei turni di lavoro con un preavviso inferiore alle quarantotto ore, in quanto lesiva della dignità dei lavoratori, che non possono ragionevolmente programmare il proprio tempo libero. Tale modalità è, pertanto, produttiva di un danno non patrimoniale alla vita di relazione (cd. danno esistenziale), che deve essere risarcito. (1)

(1) MANCATO PREAVVISO NELLA COMUNICAZIONE
DEI TURNI DI LAVORO E DANNO ESISTENZIALE

1. — Secondo Aristotele, «lo scopo del lavoro è quello di guadagnarsi il tempo libero». Tempo per poter ritemperare le energie psico-fisiche e per coltivare interessi e relazioni. E tale spazio di vita non può essere ritagliato a stento o improvvisato all'ultimo minuto, ma deve poter essere ragionevolmente programmato: questo è il «cuore» della sentenza n. 281/2017 emessa dalla Corte d'Appello di Torino.

La vicenda sottoposta al vaglio giudiziale è la seguente: alcuni lavoratori, occupati in qualità di autisti di *pullman* di linea, citano in giudizio la società datrice di lavoro, chiedendo il risarcimento del danno non patrimoniale alla vita di relazione causato dalla intempestiva comunicazione dei turni di lavoro e di riposo. Infatti, la società per circa due anni ha effettuato tali comunicazioni con soltanto ventiquattro ore di anticipo, affiggendo i turni alle ore 12 di ogni giorno per la giornata successiva. Successivamente, in base alle nuove modalità introdotte con un contratto collettivo aziendale, i turni sono stati comunicati il lunedì (per il martedì e il mercoledì), il mercoledì (per il giovedì e il venerdì) e il venerdì (per il sabato, la domenica e il lunedì).

Tale accordo collettivo è stato sottoposto a referendum aziendale, riportando il 94% dei voti favorevoli. Proprio sulla base di tale circostanza, il giudice di prime cure ha ritenuto che il consenso plebiscitario riscosso dall'accordo «lascia intendere che le esigenze di vita personale e sociale dei lavoratori sono sufficientemente tutelate». D'altronde, «i turni sono elaborati in modo tale che ogni giorno si conoscono i servizi per le due giornate successive [...] e il secondo giorno il lavoratore può fare tutto quello che desidera sapendo già da due giorni prima di essere libero». Inoltre, «i ricorrenti non hanno indicato come altro potrebbero essere organizzati i servizi, tenendo conto delle necessità dell'azienda». Sulla scorta di tali argomentazioni il Tribunale rigetta il ricorso, impugnato dai lavoratori, che insistono nel chiedere l'accertamento della «non ragionevolezza» del preavviso di comunicazione dei turni di lavoro e del conseguente disagio nella gestione della vita di relazione, riconducibile nella categoria del danno esistenziale e, pertanto, suscettibile di un risarcimento.

Il motivo viene ritenuto fondato dalla Corte d'Appello di Torino, che condanna la società a corrispondere a ciascun appellante euro 6.500,00 a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale, oltre rivalutazione e interessi, e a pagare due terzi delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

2. — Il diritto dei lavoratori al riposo e al tempo libero discende da principi assodati da lungo tempo e tutelati a livello costituzionale e comunitario per garantire il diritto alla salute psico-fisica e allo sviluppo integrale della persona.

Come spesso accade, però, le difficoltà nascono quando bisogna passare dalla teoria alla pratica. Posto che ai lavoratori spettano i riposi stabiliti dalla legge e dai contratti collettivi e che l'organizzazione dell'attività può essere articolata in turni, sussiste un diritto al ragionevole preavviso nella comunicazione dei tempi di lavoro e di pausa? E quale anticipo può essere considerato congruo? Sono questi i primi interrogativi a cui cerca di rispondere la pronuncia esaminata.

Si tratta di un aspetto cruciale, in quanto la prevedibilità dei turni è essenziale nella «gestione quotidiana dell'alternanza lavoro/riposo» (Occhino 2012, 169), nonché nell'organizzazione degli impegni familiari, sociali ecc.

Nel caso di specie, le modalità aziendali adottate inizialmente e quelle successivamente introdotte con l'accordo collettivo, secondo la Corte d'Appello di Torino, «comportano un preavviso che, con tutta evidenza, non può essere definito ragionevole, perché inferiore alle 48 ore di anticipo (sempre, prima dell'1.12.2014; per le giornate di martedì, giovedì e sabato dopo tale data)».

A prima vista, però, può suscitare qualche perplessità il fatto che la Corte torinese assuma con tanta sicurezza un parametro di ragionevole preavviso (quarantotto ore) quando non è rinvenibile alcuna norma al riguardo, almeno per i lavoratori *full-time*. Anzi, la programmazione dei turni per i lavoratori a tempo pieno è generalmente demandata alla contrattazione collettiva, anche di livello aziendale, senza che sia normativamente previsto alcun paletto. È vero che proprio per il settore degli autoservizi pubblici di linea extraurbani adibiti al trasporto di viaggiatori esiste una disciplina *ad hoc* (Vd. l. 14.2.1958, n. 138), ma l'art. 10 si limita a stabilire che «le aziende esercenti devono affiggere i turni di servizio negli uffici, nelle autostazioni, nei depositi e nelle officine in modo che il personale ne possa prendere conoscenza». Nulla dice in riferimento al «quando».

La pronuncia in esame adotta come punto di riferimento le quarantotto ore previste (in realtà, «due giorni lavorativi») dall'art. 6, comma 5, d.lgs. 15.6.2015, n. 81 (In precedenza, vd. art. 46, comma 1, lett. k, d.lgs. 10.9.2003, n. 276), sul preavviso dovuto dal datore al lavoratore *part-time* in caso di variazione della collocazione temporale della prestazione lavorativa. Secondo la Corte torinese, la disciplina sul lavoro a tempo parziale, anche se «non è applicabile direttamente alla fattispecie [...] appare utilizzabile come parametro di una programmazione "ragionevole" della prestazione lavorativa». D'altronde non si tratta di una vera e propria novità: tale analogia era già stata adottata da una significativa pronuncia di legittimità (Cass. 21.5.2008, n. 12962, in *RIDL*, 2008, n. 4, II, 825, con nota di Bolego), che negli anni scorsi ha suscitato notevole scalpore e ha fatto da *apripista* per un nuovo orientamento giurisprudenziale. Tale sentenza ha ritenuto che fosse irragionevole riconoscere «all'imprenditore totale libertà di avvisare i lavoratori a suo piacimento, sia per ciò che concerneva i turni che per l'orario di

lavoro [...] giacché le esigenze di programmabilità del tempo libero, ravvisate espressamente dal legislatore nell'ambito del rapporto di lavoro *part-time*, sussistono, anche se in maniera meno pressante, all'interno del rapporto a tempo pieno».

Giova ricordare che per i lavoratori a tempo parziale la normativa già da tempo aveva non solo previsto l'indicazione per iscritto sia della durata della prestazione che della collocazione temporale dell'orario (Vd. art. 5, comma 2, l. 19.12.1984, n. 863; art. 2, comma 2, d.lgs. 25.2.2000, n. 61), ma anche espressamente disciplinato le clausole elastiche e flessibili, più volte rimaneggiate. Basti pensare che il preavviso per la modifica della durata della prestazione lavorativa o della sua collocazione oraria, inizialmente fissato a dieci giorni (Art. 3, comma 8, d.lgs. n. 61/2000), è stato ridotto a due giorni lavorativi con il d.lgs. n. 276/2003, per poi diventare di «almeno cinque giorni lavorativi» con l'art. 1, comma 4, l. 24.12.2007, n. 247 (Per un approfondimento, cfr. Brolo 2008, 284), e infine si è attestato ai due giorni (Vd. art. 22, comma 4, l. 12.11.2011, n. 183, e, da ultimo, il citato art. 6, comma 5, d.lgs. n. 81/2015).

La sentenza della Suprema Corte del 2008, in un passaggio integralmente ripreso dalla pronuncia torinese in commento, afferma che «anche per i rapporti a tempo pieno il tempo libero ha una sua specifica importanza stante il rilievo sociale che assume lo svolgimento di attività sportive, ricreative, culturali, sociali, politiche, scolastiche ecc. o anche di un secondo lavoro, nel caso in cui non sia prevista una clausola di esclusiva». Pertanto, l'individuazione di un termine minimo di preavviso nella comunicazione dei turni di lavoro ai dipendenti *full-time* si traduce, in pratica, nel temperamento tra le esigenze aziendali di organizzazione dei servizi e quelle di vita privata dei lavoratori.

3. — Che sia necessario porre un freno a un illimitato *ius variandi* del datore di lavoro – seppur riferito all'organizzazione dei turni – è evidente alla luce dei principi costituzionali e della normativa in materia di orario di lavoro (Per un approfondimento, vd. Allamprese 2007, 341; Bellomo 2005, 928), anche di stampo comunitario (Vd. Direttiva n. 93/104/Ce, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro). La nota di novità introdotta dalla pronuncia della Corte d'Appello di Torino consiste nel fatto che nel caso di specie – a differenza del precedente al vaglio della Cassazione nel 2008 – la fissazione del preavviso non dipende dal mero arbitrio datoriale, in violazione dei principi di correttezza e buona fede (Vd. Cass. n. 12962/2008; analogo ragionamento è stato elaborato in dottrina in merito alla comunicazione con congruo anticipo del periodo feriale: vd. Minervini 2002, 35). Nella vicenda in esame la comunicazione dei turni avviene in base a modalità stabilite mediante un apposito accordo collettivo aziendale, peraltro ratificato dal 94% dei dipendenti in forza (Per un approfondimento sulla contrattazione collettiva in materia di organizzazione dei turni di lavoro, vd. Ichino, Valente 2012, 48; Carabelli, Leccese 2004, 59; Marazza 2002, 359). Però, secondo la Corte torinese, risultano irrilevanti sia l'accordo aziendale che la sua approvazione in via referendaria, in quanto «certamente non possono prevalere su disposizioni imperative di legge o su norme di rango costituzionale». Le modalità concordate sono, perciò, illegittime.

La norma violata è il sopra citato art. 10, l. n. 138/1958, interpretato alla luce dell'art. 32 Cost., perché «l'impossibilità o la notevole difficoltà» a programmare con ragionevole anticipo i propri tempi di vita e di lavoro è lesiva della dignità del lavora-

tore ed è produttiva di un danno non patrimoniale alla vita di relazione, il cd. danno esistenziale, che si traduce in un peggioramento della qualità della vita (Per un approfondimento, vd. Cendon 2014). D'altronde, la giurisprudenza di legittimità era già da tempo pervenuta a questa soluzione per i lavoratori *part-time*, in quanto il danno esistenziale si configurerebbe nella «maggiore penosità e onerosità che viene di fatto ad assumere la prestazione lavorativa [...] in caso di difficoltà di programmazione di altre attività» (Vd., da ultimo, Cass. 30.12.2016, n. 27553, in *DeJure*. In tal senso, vd. già Cass. 22.4.1997, n. 3451, in *DeJure*).

Il danno non patrimoniale, però, non è un danno *in re ipsa*, ma è un danno-conseguenza (Sul punto, vd. Cass. 24.3.2006, n. 6572, S.U., in *RIDL*, 2006, n. 3, II, 687), e al ricorrente spetta non solo dimostrare l'illegittimità della condotta datoriale, ma anche allegare e provare i pregiudizi patiti (Cfr., *ex multis*, Cass. 14.5.2013, n. 11527; Cass. 30.11.2011, n. 25575; Cass. 17.9.2010, n. 19785; Cass. 11.11.2008, n. 26972, S.U., tutte in *DeJure*).

L'onere probatorio, però, può essere assolto con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento e, pertanto, anche attraverso le presunzioni, «sulla base di fatti notori, quali l'impossibilità, o la notevole difficoltà, di organizzare il proprio tempo, la vita familiare e le relazioni sociali con anticipo inferiore alle 48 ore, dovendosi coordinare con gli impegni dei familiari e delle altre persone con le quali si vorrebbe trascorrere il tempo libero nonché con gli orari dei pubblici esercizi e dei luoghi di ritrovo, di spettacolo ecc.» (Vd. pronuncia in commento. In tal senso, cfr. Cass. 28.6.2013, n. 16413, in *RGL*, 2013, n. 4, II, 611, con nota di Russo; Cass. 19.4.2012, n. 6110; Cass. 6.4.2011, n. 7844; Cass. 15.1.22009, n. 794, S.U., tutte in *DeJure*).

4. — Uno dei punti più controversi in materia di danno non patrimoniale è sicuramente quello che concerne la sua liquidazione: una volta accertato – anche attraverso il ricorso alla prova per presunzioni – il pregiudizio subito, cioè l'alterazione delle proprie abitudini e degli assetti relazionali (Cfr. Cass. 8.5.2012, n. 6930, in *www.nel-diritto.it*), come può essere quantificato il suo risarcimento? (Cfr. Del Punta 2009, 510; Bolego 2011, 1060; Tullini 2015, 485).

Il giudice può adottare il criterio equitativo *ex artt.* 1126 e 2056 c.c., in combinato disposto con l'art. 113 c.p.c., anche assumendo come parametro la retribuzione percepita dal lavoratore (Cfr. Cass. n. 16413/2013, cit., e, specificamente, sul non ragionevole preavviso dei turni di lavoro nel settore della vigilanza privata vd. T. Milano 21.2.2014 e 16.10.2014, in *www.sinalvcisal.it*) oppure, come avviene nella maggioranza dei casi, può applicare il cd. metodo tabellare sulla base degli indici elaborati da alcuni uffici giudiziari (Cass. 7.6.2011, n. 12408, ha eletto le Tabelle milanesi a parametro di carattere generale in considerazione della loro ampia diffusione sul territorio nazionale). È a quest'ultimo criterio, pur con qualche temperamento, che si è ispirata la Corte torinese, tenendo conto del fatto che, nel caso di specie, «si tratta di liquidare un danno molto più lieve» rispetto alla liquidazione del danno per invalidità temporanea totale. Pertanto, a fronte del valore minimo di euro 96,00 al giorno previsto dalle Tabelle milanesi, ha liquidato il risarcimento del danno in euro 10,00 al giorno per 26 giornate lavorative al mese nel primo periodo – in cui la comunicazione dei turni avveniva sistematicamente con un preavviso inferiore alle 48 ore – e in euro 5,00 al giorno per il periodo successivo alla sottoscrizione dell'accordo collettivo.

Proprio quest'ultimo punto meriterebbe una riflessione ulteriore: è vero che, alla luce delle argomentazioni prospettate dalla Cassazione nel 2008 e portate alle estreme conseguenze dalla Corte d'Appello di Torino nella pronuncia in commento, è stato riconosciuto una sorta di diritto alla programmazione dei tempi di vita e di lavoro, la cui lesione determina un diritto esistenziale risarcibile, ma la tutela apprestata risulta adeguata e sufficiente? Al riguardo può sorgere qualche dubbio: non sembra che l'esiguo risarcimento del danno riconosciuto ai ricorrenti costituisca un ristoro effettivo e, allo stesso tempo, un serio deterrente per il datore di lavoro (Sull'effettività della tutela in materia di lavoro, vd. Pagni 2016, 387; Speciale 2014, 5; Speciale 2004, 39). Si tratta, in fondo, soltanto di poche migliaia di euro a fronte di circa tre anni in cui i lavoratori sono stati costretti a *vivere alla giornata*, senza poter programmare la propria vita al di là dell'immediato turno di lavoro, senza una netta e preventivabile separazione tra attività e tempi di riposo.

In un periodo in cui il cd. diritto alla «disconnessione» è tornato alla ribalta grazie al dibattito sulla recente disciplina legislativa del lavoro agile, la sentenza esaminata costituisce senz'altro un interessante spunto di riflessione e un incoraggiante passo in avanti nella consapevolezza dei diritti dei lavoratori, ma ancora molta è la strada da percorrere per garantirne l'effettività.

Riferimenti bibliografici

- Allamprese A. (2007), *Tempo della prestazione e poteri del datore di lavoro*, in *ADL*, n. 2, I, 341 ss.
- Bellomo S. (2005), *Le innovazioni del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, in materia di flessibilità del part-time*, in *Aa.Vv., Diritto del lavoro: i nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, Cedam, 928 ss.
- Bolego G. (2008), *Sul potere del datore di lavoro di variare la collocazione dell'orario nel full time*, in *RIDL*, 2008, n. 4, II, 825 ss.
- Bolego G. (2011), *La liquidazione del danno non patrimoniale: oscillazioni tra equità e tabelle milanesi*, in *RIDL*, n. 4, II, 1060 ss.
- Brollo M. (2008), *Il lavoro a tempo parziale tra flessibilità e sicurezza*, in Carinci F., Miscione M. (a cura di), *Il Collegato lavoro. Legge 24 dicembre 2007, n. 247*, Ipsoa, 277 ss.
- Carabelli U., Leccese V. (2004), *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 22.
- Cendon P. (2014), *Il danno esistenziale. Nell'attuale panorama giurisprudenziale*, Key Editore, Frosinone.
- Del Punta R. (2009), *Il nuovo regime del danno non patrimoniale: indicazioni di sistema e riflessi lavoristici*, in *RIDL*, n. 2, I, 510 ss.
- Ichino P., Valente L. (2012), *L'orario di lavoro e i riposi. Artt. 2107-2109*, Giuffrè, Milano.
- Marazza M. (2002), *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova.
- Minervini A. (2002), *Dall'informazione alla partecipazione*, Giuffrè, Milano.
- Occhino A. (2012), *Orari flessibili e libertà*, in *RIDL*, n. 1, I, 169 ss.

- Pagni I. (2016), *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in Aa.Vv., *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma Tre Press, Roma, 387 ss.
- Russo M. (2013), *In materia di accertamento e quantificazione dei danni da demansionamento*, in *RGL*, n. 4, II, 611 ss.
- Speziale V. (2004), *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 45.
- Speziale V. (2014), *Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 215.
- Tullini P. (2015), *Il danno differenziale: conferme e sviluppi d'una categoria in movimento*, in *RIDL*, n. 4, I, 485 ss.

Marianna Russo
Dottoressa di ricerca in Diritto del lavoro.
Ispettrice del lavoro

TRIBUNALE MILANO, 14.9.2017 – Est. Bertoli – P. (avv.ti Angelone, Scarpelli) c. M. Spa (avv.ti Pozzoli, Chiello).

Contratto a termine – Settore televisivo – Ccnl diverso da quello richiamato – Applicabilità – Termine di impugnazione ex art. 32, l. n. 183/2010 – Ambito di applicazione – Dies a quo – Limite dei 36 mesi – Deroghe – Normativa europea – Compatibilità.

Nel caso di reiterazione di contratti a termine, le peculiarità del settore televisivo non giustificano da sole la deroga ai limiti previsti dalla normativa nazionale (d.lgs. n. 368 del 2001) ed europea in materia di numero massimo dei successivi rinnovi e di durata complessiva del rapporto a tempo determinato. (1)

(1) IL LAVORO A TERMINE NEL SETTORE RADIO-TELEVISIVO

1. — La sentenza in commento affronta la questione della legittimità della reiterazione di successivi contratti a termine con personale addetto a programmi televisivi, e pertanto appare meritevole di particolare considerazione proprio in ragione delle peculiarità del settore che è chiamata a disciplinare. In particolare, nella questione in esame il ricorrente asserisce di essere stato assunto da una società di produzione televisiva in qualità di responsabile amministrativo della produzione di un *reality show*, con tre contratti a progetto cui fecero seguito dieci contratti a tempo determinato (il primo decorrente dal 8.2.2010 e l'ultimo terminato in data 31.12.2015), nel corso dei quali, nonostante la diversa denominazione formale, le mansioni svolte apparivano nella sostanza della medesima natura; di conseguenza, il ricorrente chiede, da un lato, l'applicazione del Ccnl industria audiovisiva in luogo del Ccnl *troupes* indicato dalle stesse parti e, dall'altro, l'accertamento della nullità dei successivi rapporti a tempo determinato e comunque del superamento del limite massimo di 36 mesi previsto dall'art. 5, comma 4-bis, d.lgs. n. 368/2001, e la conversione in rapporto *sine die*, unitamente alla corresponsione dell'indennità onnicomprensiva di cui all'art. 32, comma 5, del Collegato lavoro.

La società, costituitasi in giudizio, di contro, eccepisce, per un verso, la decadenza del dipendente dai termini fissati dall'art. 32, l. n. 183/2010, per impugnare i contratti a termine diversi dall'ultimo, per altro verso, l'erroneità delle tesi attoree nella parte in cui pretendono di vedere applicato al rapporto di lavoro tra le parti un Ccnl diverso da quello richiamato nei contratti individuali e, per altro verso ancora, l'irrelevanza del superamento del limite temporale dei 36 mesi, asserendo che la specificità del settore consentirebbe la successiva reiterazione di contratti a termine senza alcun limite di durata complessiva.

Per quanto attiene al problema dell'applicabilità di un Ccnl diverso da quello indicato dalle parti nei singoli contratti individuali succedutisi nel tempo, il giudice di merito, a ragione, disattende l'istanza attorea, all'accoglimento della quale, alla luce della costante giurisprudenza di legittimità, ostano il principio della libertà sin-

dacale e la perdurante inattuazione dell'art. 39, II parte, Cost., che impediscono al tribunale di imporre autoritativamente l'applicazione di un contratto collettivo a soggetti non iscritti alle associazioni stipulanti o a coloro che al contratto stesso non abbiano fatto esplicito o implicito rinvio. Infatti, è noto che la questione è stata oggetto di un contrasto interpretativo, composto dalle Sezioni Unite nel 1997, secondo cui «l'art. 2070 c.c., comma 1 (in base al quale l'appartenenza alla categoria professionale, ai fini dell'applicazione del contratto collettivo, si determina secondo l'attività effettivamente esercitata dall'imprenditore), non opera nei riguardi della contrattazione collettiva di diritto comune [...]»; con la conseguenza che, nell'ipotesi di contratto di lavoro regolato dal contratto collettivo di diritto comune proprio di un settore non corrispondente a quello dell'attività svolta dall'imprenditore, il lavoratore non può aspirare all'applicazione di un contratto collettivo diverso, se il datore di lavoro non vi è obbligato per appartenenza sindacale, ma solo eventualmente richiamare tale disciplina come termine di riferimento per la determinazione della retribuzione *ex art. 36 Cost.*» (Nello stesso senso, *ex plurimis*, Cass. 13.11.1999, n. 12608; 29.7.2000, n. 10002; 22.8. 2003, n. 12352; 5.5.2004, n. 8565; 4.6.2008, n. 14791; 8.5.2009, n. 10632; 13.7.2009, n. 16340 e, più recentemente, Cass. 18.12.2014, n. 26742 e 26.11.2015, n. 24160, in *Ced Cassazione*).

Qualche riflessione in più merita invece la questione relativa alla corretta individuazione del *dies a quo* del termine di impugnazione di cui all'art. 32, l. n. 183/2010, nell'ipotesi di reiterazione di successivi contratti a tempo determinato.

È infatti noto che il comma 3, lett. *d*, della disposizione da ultimo menzionata ha esteso la disciplina di cui all'art. 6, l. n. 604/1966, come modificato dal comma 1 dello stesso art. 32, anche alle azioni di nullità del termine apposto al contratto di lavoro, con la conseguenza che il lavoratore ha l'onere, in primo luogo, di impugnare con atto scritto il contratto ritenuto viziato entro il termine di 60 giorni (poi divenuti 120 con la l. n. 92/2012) dalla data di scadenza del rapporto e, in secondo luogo, di proporre ricorso giurisdizionale entro i successivi 270 giorni (ridotti a 180 dalla riforma Fornero), a pena di inammissibilità della stessa azione.

La *ratio* dell'intervento normativo sembra quella di ridurre il tempo intercorrente tra la cessazione del rapporto e la sua ricostituzione, onerando il lavoratore di attivarsi tempestivamente, al fine di accelerare quanto più possibile l'emersione del contenzioso quiescente (Tale intento risulta, tra l'altro, particolarmente evidente nell'art. 32, comma 4, lett. *b*, che prevede l'applicazione retroattiva della medesima disciplina anche ai rapporti a termine cessati prima dell'entrata in vigore della legge stessa; previsione, quest'ultima, che, come è noto, ha fatto dubitare della sua legittimità costituzionale).

In base alla lettera della legge la disciplina ora descritta si applica soltanto alle ipotesi nelle quali le doglianze riguardano la genesi del rapporto e la sua proroga; si richiamano infatti gli artt. 1, 2 e 4, d.lgs. n. 368/2001, che fanno riferimento rispettivamente ai contratti a termine stipulati per ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo e sostitutivo, a quelli stipulati nell'ambito di situazioni connesse al trasporto aereo e ai servizi aeroportuali o postali, e alla disciplina della proroga.

Atteso il carattere eccezionale delle norme che introducono decadenze, ne sarebbe preclusa un'interpretazione estensiva o analogica, per cui l'onere di impugnare il

contratto entro i termini non opererebbe in relazione alle vicende disciplinate dagli artt. 3, che prevede i divieti di stipulazione a tempo determinato, e 5 del medesimo decreto, che regola la prosecuzione del rapporto oltre i termini di cui al comma 2, la riassunzione a termine entro i periodi di cui ai commi 3 e 4 e la sequela di rapporti intervallati nel tempo con lo stesso lavoratore per mansioni equivalenti di durata complessiva superiore ai 36 mesi [Si veda Giubboni (2011, 227 ss.), il quale sottolinea anche la diversità di *ratio* che giustifica la diversa previsione]. In merito, occorre però ricordare che non è mancato chi, non identificando alcuna ragione logico-giuridica che giustifichi la differente disciplina, considera il richiamo ai soli artt. 1, 2 e 4, d.lgs. n. 368/2001, come riferito non già ai motivi di nullità, ma ai contratti a termine stipulati in base a tali norme, dando adito a un'interpretazione estensiva (Tra gli altri, cfr. Mimmo 2011, 87 ss.). Tale interpretazione, tuttavia, al momento dei fatti trova un ostacolo invalicabile nell'inequivoco dato testuale. La questione sembra in ogni modo avere trovato una soluzione con il d.lgs. n. 81/2015 che prevede un generale onere di impugnazione, cioè senza limitarne l'ambito di operatività a specifici vizi del contratto (Art. 28, comma 1).

Orbene, già l'art. 32 del Collegato lavoro prevedeva che il termine di decadenza decorresse dalla scadenza del contratto, con l'eccezione dei contratti già scaduti, per i quali, ai sensi del comma 4, lett. *b*, il termine decorre ovviamente dalla data di entrata in vigore della legge stessa.

L'interpretazione della norma non pone particolari problemi in presenza di un unico contratto a termine, atteso che in questo caso evidentemente i termini di impugnazione decorrono dopo la cessazione del rapporto.

Problemi interpretativi si pongono invece già nell'ipotesi in cui il contratto a tempo determinato venga a cessare prima della naturale scadenza, per esempio per licenziamento; in questi casi, fermo restando il termine di 60 giorni per impugnare il licenziamento, il termine di decadenza per contestare la legittimità del termine apposto al contratto (la cui verifica è ovviamente subordinata all'accertamento dell'illegittimità del licenziamento, non avendo altrimenti il lavoratore alcun concreto interesse ad agire) sembra dovere comunque decorrere dalla scadenza del termine originariamente prevista nel contratto, pur se in concreto il contratto sia cessato *ante tempus*.

La questione del *dies a quo* del termine di decadenza si presenta particolarmente problematica nell'ipotesi di successione di contratti a tempo determinato, come nel caso oggetto della pronuncia in commento.

In proposito, taluno, facendo leva sull'effetto della conversione – cioè sulla circostanza che in presenza della reiterazione di contratti a termine illegittimi il giudice dichiara la sussistenza di un unico rapporto di lavoro a tempo indeterminato –, ha ritenuto che l'impugnazione possa essere unica e che quindi il *dies a quo* del termine decadenziale di cui all'art. 32 vada fissato alla scadenza dell'ultimo dei contratti, qualora tra un contratto e l'altro non vi sia stato un significativo intervallo temporale, atteso che il contratto a termine successivo è intervenuto entro il termine previsto per l'impugnazione del precedente e quindi i contratti si sono succeduti senza sostanziale soluzione di continuità (In termini, C. App. Genova 23.5.2016; analogamente secondo T. Brescia 20.4.2015, in questa ipotesi, si può ritenere che l'im-

pugnazione afferente l'ultimo contratto estenda a ritroso i suoi effetti su tutti i contratti in precedenza stipulati, sul presupposto che il lavoratore entro il suddetto termine non avesse avuto interesse a impugnare essendo stato riassunto). Siffatta soluzione sembra riprendere quanto più volte affermato dalla Corte costituzionale in materia di decorrenza della prescrizione e mira a evitare che il lavoratore sia costretto ad agire in giudizio in costanza di (un successivo) rapporto di lavoro o sia indotto a non contestare la legittimità del contratto a termine proprio dalla speranza che vengano stipulati altri contratti (Vd. ancora Mimmo 2011, 91).

Si tratta, tuttavia, di un'opzione interpretativa difficilmente compatibile con il tenore letterale della disposizione normativa, a seguito della previsione contenuta nell'art. 28, d.lgs. n. 81/2015, prima citato, che in modo esplicito fa decorrere il termine di 120 giorni dalla scadenza del singolo contratto, con la conseguenza che una volta scaduto quest'ultimo, in assenza di impugnazione nei termini, la decadenza può dirsi compiuta e tale effetto non può venir meno in ragione della stipula di un successivo contratto che determini la sostanziale continuità del rapporto (In questi termini, Tatarelli 2010, 7 ss.). In altri termini, l'impugnativa dell'ultimo contratto non sembra in grado di sottoporre al controllo giudiziale tutti i contratti intercorsi tra le parti e la sua eventuale dichiarazione d'illegittimità non retroagisce ai passaggi intermedi della sequenza. Il carattere innovativo della disposizione di recente introduzione risolve pertanto la questione pur limitatamente ai contratti successivi alla sua entrata in vigore e quindi non pare avere portata retroattiva, non potendo considerarsi norma di interpretazione autentica in assenza di un'esplicita precisazione in tal senso.

Il giudice di merito, in base alla lettera della legge (anche antecedente alla modifica del 2015) e non ritenendo applicabile analogicamente la giurisprudenza in tema di prescrizione, ha accolto l'eccezione di decadenza con riguardo ai contratti di lavoro antecedenti all'ultimo e, al contempo, considera abusiva l'intervenuta successione di rapporti a tempo determinato, atteso l'avvenuto superamento del termine di 36 mesi in presenza di mansioni sostanzialmente invariate. I contratti stipulati prima dell'ultimo, cioè, vengono considerati «come elementi fattuali rilevanti ai fini dell'accertamento della legittimità o meno del termine apposto all'ultimo contratto tempestivamente impugnato» (Così ancora C. App. Genova 23.5.2016, che pure giunge a soluzione diversa).

Il richiamo al termine massimo di 36 mesi introduce un'ulteriore questione, pure controversa nel giudizio oggetto della sentenza in esame. La difesa della parte convenuta, facendo leva sulla previsione contenuta nell'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, che fa salve le diverse disposizioni contenute nei contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, afferma che le parti con l'avviso comune del 2009 integrativo del Ccnl applicabile al rapporto intendevano consentire l'illimitata reiterazione di contratti a termine senza alcun limite nel numero dei successivi rinnovi e nel termine massimo di durata del rapporto; deroghe, queste ultime, che si giustificerebbero in ragione delle peculiarità del settore, nell'ambito del quale i rapporti di lavoro sarebbero strutturalmente a tempo determinato. In effetti, tali caratteristiche sembravano essere state tenute in considerazione

dal legislatore, che con la l. n. 230/1962 aveva incluso le assunzioni di personale riferite a specifici spettacoli ovvero a specifici programmi radiofonici e televisivi tra le ipotesi tassative in cui era consentita l'apposizione del termine.

Tuttavia, pur non negando tali peculiarità, nel caso di specie il Tribunale di Milano ritiene che la previsione dell'avviso comune contrasti sia con la normativa nazionale, che non attribuirebbe una potestà derogatoria assoluta al contratto collettivo, richiedendo, al contrario, che quest'ultimo individui un limite di durata che pur diverso dai 36 mesi sia comunque determinato, sia (e, direi, *a fortiori*) con la normativa europea e, in particolare, con la clausola 5 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce, preordinata alla prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a termine.

In merito, i giudici di Lussemburgo sottolineano che la clausola da ultimo menzionata non impone agli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti *si-ne die* dei rapporti di lavoro a termine, ma soltanto di adottare, in assenza di misure equivalenti nell'ordinamento nazionale, almeno una tra le tre misure indicate nella medesima disposizione e attinenti, rispettivamente, a ragioni obiettive che giustificano il rinnovo di tali contratti, alla durata massima degli stessi contratti successivi e al numero dei rinnovi di questi ultimi. Conseguentemente, spetta alle autorità nazionali prevedere misure che rivestano un carattere non soltanto proporzionato ma, altresì, sufficientemente effettivo e dissuasivo per prevenire, ed eventualmente sanzionare, gli abusi, e che non siano, al contempo, meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività) (In termini, C. Giust. 4.7.2006, *Adeneler e a.*, C-212/04, in *FI*, 2007, IV, 72; C. Giust. 7.9.2006, *Marrosu-Sardino*, C-53/04, in *FI*, 2007, IV, 72; C. Giust. 7.9.2006, *Vassallo*, C-180/04, in *LG*, 2006, 965 e, più di recente, C. Giust. 1.10.2010, *Affatato*, C-3/10; C. Giust. 12.12.2013, *Papalia*, C-50/13, in *LPA*, 2013, II, 1033 ss.; C. Giust. 3.7.2014, *Fiamingo e a.*, C-362/13; C. Giust. 26.11.2014, cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13, C-418/13, *Mascolo e altri*, in *GCost.*, 2015, n. 1, 157).

Nel caso di specie, il regolamento predisposto dalle parti sociali violerebbe la suddetta previsione, atteso che, contenendo soltanto un limite nel numero di pro-gre/rinnovi, peraltro facilmente aggirabile, non prevede alcuna delle misure antielusive contemplate dalla direttiva comunitaria. Il giudice pertanto ritiene operante il termine dei 36 mesi e dichiara la conversione del rapporto a partire dal momento in cui tale termine è stato superato.

In effetti, dai fatti emersi in giudizio emerge che il ricorrente, pur assunto con successivi contratti a termine, sia stato inserito nel normale ciclo produttivo e operativo della società convenuta; le peculiarità del settore televisivo, pur in astratto esistenti, non possono da sole giustificare l'elusione della disciplina protettiva del lavoratore.

Riferimenti bibliografici

- Giubboni S. (2011), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*, in *RIDL*, n. 2, I, 227 ss.
- Mimmo G. (2011), *Decadenza e regime sanzionatorio: come il «Collegato lavoro» ha modificato la disciplina del contratto a termine*, in *ADL*, n. 1, I, 87 ss.
- Tatarelli M. (2010), *Licenziamenti: inserito un nuovo termine di decadenza per avviare l'azione giudiziaria dopo l'impugnazione*, in *GDir.*, n. 48, 7 ss.

Nicoletta Frasca
*Dottoressa di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Palermo*

I

TRIBUNALE RAVENNA, 6.9.2017 – Est. Bernardi – X.X. (avv. Nanni) c. A. Srl (avv. Del Vecchio).

Lavoro intermittente – Condizioni – Ipotesi previste dal r.d. n. 2657/1923 – Legittimità.

È legittimo il contratto di lavoro intermittente concluso per lo svolgimento di mansioni da commesso di negozio in un comune con meno di 50.000 abitanti, in quanto tale caso è previsto dal r.d. n. 2657/1923, fonte integrativa della disciplina contrattuale. (1)

II

TRIBUNALE MILANO, 20.6.2017 – Est. Locati – G.C. (avv. Di Salvo) c. F.S. Srl (avv. Gomez d’Ayala).

Lavoro intermittente – Requisiti – Assenza della valutazione dei rischi – Illegittimità del contratto – Conseguenze – Conversione in contratto a tempo indeterminato.

Il contratto di lavoro intermittente o a chiamata concluso in violazione del divieto a contrarre in assenza di preventiva valutazione dei rischi è illegittimo e pertanto sanzionabile con la conversione in contratto a tempo indeterminato. (2)

III

TRIBUNALE MILANO, 19.6.2017 – Est. Moglia – G.L. (avv. Di Salvo) c. F.S. Srl (avv. Gomez d’Ayala).

Lavoro intermittente – Requisiti – Assenza della valutazione dei rischi – Illegittimità del contratto – Conseguenze – Conversione in contratto a tempo indeterminato.

Il contratto di lavoro intermittente concluso senza la preventiva valutazione dei rischi da parte del datore è illegittimo; pertanto la conseguenza non può che essere la conversione in contratto a tempo indeterminato. (3)

(1-3) I REQUISITI SOGGETTIVI E OGGETTIVI
DEL CONTRATTO DI LAVORO INTERMITTENTE

1. — Le tre decisioni osservate nella presente sede interessano sotto diversi profili il contratto di lavoro intermittente.

Su specifiche domande dei ricorrenti, tese alla verifica della legittimità dei contratti stipulati, i giudici di prima istanza delle Sezioni lavoro dei Tribunali di Ravenna e Milano si sono espressi, in particolare, sui requisiti soggettivi e oggettivi del contratto intermittente, nonché sulle sanzioni predisposte dall'ordinamento in caso di illegittimità dello stesso.

Tipologia negoziale atipica, annoverabile tra quelle a orario ridotto e flessibile, il contratto *de quo* si caratterizza per lo svolgimento di una prestazione con modalità discontinua o intermittente da parte del lavoratore, con durata indeterminata o determinata (Raimondi 2014).

Lo statuto normativo della fattispecie ha conosciuto ciclici interventi modificativi da parte del legislatore: le previsioni contenute nel Titolo V del d.lgs. n. 276/2003 (Artt. 33-40), che hanno introdotto la figura contrattuale in esame, sono state infatti dapprima soppresse (L. n. 247/2007; su cui Leccese 2007), quindi reintrodotte (D.l. n. 112/2008), modificate (L. n. 92/2012; d.l. n. 76/2013) e, infine, compiutamente regolamentate dal d.lgs. n. 81/2015 («Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni», artt. 13-18), che ha disposto altresì la definitiva abrogazione della disciplina originaria (Spinelli 2015).

La costante preoccupazione del legislatore rivolta a evitare distorsioni della tipologia contrattuale si riflette anche sulla vigente disciplina, che ancora il ricorso al lavoro intermittente alla sussistenza di requisiti di ordine oggettivo e soggettivo. Sul primo versante, i casi in cui le parti possono validamente ricorrere al contratto in esame sono individuati dalla contrattazione collettiva o da apposito decreto adottato dal ministero del Lavoro o, ancora, in via suppletiva, dal r.d. n. 2657/1923 (Art. 55, c. 3, d.lgs. n. 81/2015), recante la tabella sulle «occupazioni che richiedono un lavoro discontinuo o di semplice attesa o custodia».

Dal punto di vista soggettivo, invece, il legislatore ha fissato a pena di illegittimità del contratto prerequisiti indefettibili per ciascuna delle parti. È dato rinvenire, infatti, per il lavoratore una legittimazione a contrarre limitata, potendo questi vincolarsi all'esecuzione di prestazioni a chiamata solo se di età inferiore ai 24 anni e superiore ai 55 (Cfr. Gagnoli 2016). Tale ultima previsione risulta conforme al principio eurounitario di parità di trattamento in tema di occupazione e condizioni di lavoro (Art. 6, Direttiva n. 2000/78/Cee), che ammette eventuali discriminazioni legate all'età solo in presenza di una giustificazione ragionevole, come recentemente statuito dalla Corte di Giustizia (C. Giust. 19.7.2017, C-143/16, *A. & F.I. Srl c. A.B.*) (Cfr. Cafalà 2016; Zitti 2016).

Sempre sul versante soggettivo, si richiede al datore l'elaborazione e l'aggiornamento del documento di valutazione dei rischi (Cd. Dvr; art. 14, c. 1, lett. c, d.lgs. n. 81/2015), contenente i fattori di pericolo concretamente presenti all'interno dell'azienda in relazione alla singola lavorazione o all'ambiente di lavoro, le misure precauzionali, nonché i dispositivi adottati a presidio della salute e della sicurezza dei lavoratori. L'obbligo di redazione del Dvr deve adempiersi già nella fase che precede la

stipula contrattuale e un'eventuale delega a terzi non esonera in ogni caso il datore dal verificare l'adeguatezza e l'efficacia della valutazione da altri condotta (Cass. 2.12.2016, n. 27295, S. pen., in *DeJure*, 2016).

Al quadro ricostruttivo cennato, le pronunce in rassegna aggiungono, come detto, elementi di consolidamento della finora scarsa giurisprudenza elaborata in tema di contratto intermittente. I profili scrutinati appaiono tuttavia diversi: se le decisioni adottate dal Tribunale di Milano si incentrano sull'accertamento dell'esistenza del requisito soggettivo in capo alla parte datoriale e sui connessi risvolti probatori, la sentenza del giudice di Ravenna di poco successiva accerta dal punto di vista oggettivo la riconducibilità di specifiche mansioni alla fattispecie intermittente, in difetto di previsioni contenute in contratti collettivi o decreti ministeriali. Proprio la parziale omogeneità dei *petita*, unita alla coincidenza della parte resistente, induce dunque a esaminare in modo congiunto le decisioni del Tribunale milanese e a riservare, invece, una trattazione distinta a quella del Tribunale ravennate.

2. — Il giudice del Tribunale di Ravenna si trova a decidere sotto il profilo della legittimità del contratto a chiamata. Oggetto del sindacato è l'accertamento dei requisiti *ex lege* (art. 13, d.lgs. n. 81/2015) relativi all'età del soggetto obbligato alla prestazione (c. 2) e all'esistenza di una delle cause legittimanti il ricorso alla tipologia contrattuale in esame (c. 1). Il ricorrente asserisce, in particolare, che il contratto di lavoro a chiamata intercorso sia viziato tanto nei presupposti di ordine soggettivo quanto di quelli oggettivi, e che pertanto possa darsi luogo a conversione in sede giudiziale in un contratto a tempo indeterminato.

Accogliendo solo parzialmente il *petitum*, il giudice ravennate ritiene invece che il legislatore, con la formula di cui al c. 2 dell'art. 13 («Il contratto di lavoro intermittente può in ogni caso essere concluso con soggetti con meno di 24 anni di età, purché le prestazioni lavorative siano svolte entro il venticinquesimo anno, e con più di 55 anni»), abbia inteso porre il requisito anagrafico in un rapporto di alternatività e non di necessaria compresenza con quello causale di cui al c. 1. Di conseguenza, il requisito soggettivo ben può essere disgiunto da quello oggettivo senza che ne risulti alterata la legittimità del contratto di lavoro intermittente; altrimenti detto, un contratto intermittente necessitato da una legittima causa può considerarsi pienamente conforme al modello legale anche se sottoscritto da un lavoratore con un'età non compresa nei limiti indicati.

In applicazione di questo criterio interpretativo, il giudice circoscrive il suo accertamento al requisito oggettivo, inerente ai casi legittimi di lavoro a chiamata, dato che al momento della stipula il ricorrente non rientrava nello spettro anagrafico indicato all'art. 13. A tale riguardo, le censure avanzate da parte ricorrente paiono incentrarsi, in particolare, sulla non rinvenibilità delle mansioni di commesso tra le ipotesi di legittimo ricorso al rapporto di lavoro a chiamata previste in sede di contrattazione collettiva e a livello ministeriale.

L'organo giudicante rigetta la doglianza presentata sulla scorta di una lettura sistematica dell'articolo del d.lgs. n. 81. Il citato art. 13 affida a una pluralità di fonti tra loro differenziate la puntuazione delle attività per il cui svolgimento è possibile ricorrere al contratto di lavoro intermittente, sia esso a tempo determinato o indeterminato: il c. 1 apre infatti alla tipizzazione casistica in sede di contrattazione collettiva, o,

in carenza di questa, attraverso l'adozione di apposito decreto ministeriale. Così operando, il legislatore delegato ha garantito la flessibilità contrattuale attraverso il richiamo con funzione integrativa alla contrattazione collettiva nazionale, territoriale e aziendale, e, allo stesso tempo, fugato i dubbi interpretativi (Marazza 2012) che avevano caratterizzato le precedenti discipline, escludendo *apertis verbis* la contrattazione individuale dalla determinazione dei presupposti oggettivi di stipula.

L'art. 13 va tuttavia messo a sistema con la norma di salvaguardia contenuta all'art. 55, c. 3, recante la disciplina transitoria. In ossequio al principio di certezza del diritto, la disposizione assicura l'operatività delle regolamentazioni vigenti laddove manchino accordi di contrattazione o decreti ministeriali di definizione delle attività consentite. In tal modo, il legislatore ha incluso anche il r.d. n. 2657/1923 – per il tramite del d.m. 23.10.2004 che vi fa espresso rinvio – tra le fonti di tipizzazione causale del rapporto di lavoro intermittente, come del resto chiarito dal ministero del Lavoro nell'interpello n. 18194/2016 (In senso conforme vd. anche la nota ministeriale n. 10/2016 e la circolare n. 20/2012).

Nel caso scrutinato, il contratto di lavoro intermittente ha a oggetto lo svolgimento di mansioni di commesso in un esercizio commerciale sito in un comune con meno di 50.000 abitanti. Si tratta di una figura non disciplinata né dalle previsioni di contrattazione collettiva, né dalla normativa ministeriale, ma presente nella tabella di cui al r.d. n. 2657/1923 sulle occupazioni ammesse a un lavoro discontinuo o di semplice attesa o custodia. Al punto 14 di tale ultima normativa, infatti, si prevede il profilo dei «commessi di negozio», ovvero dei lavoratori dipendenti tenuti a realizzare la finalità dell'esercizio commerciale e a vendere i prodotti, ponendo in essere mansioni che possono variare in relazione al contratto individuale e collettivo di riferimento, nonché a reparto, tipologia e dimensioni del negozio. Si noti che il legislatore ha voluto in tal modo codificare un *genus*, ampliabile in sede applicativa: è quanto si evince, ad esempio, dall'interpretazione contenuta nell'interpello n. 46/2011, in cui il ministero del Lavoro ha ricondotto il profilo dell'«addetto alle vendite» alla categoria del commesso di cui al punto 14.

Al di là della prassi interpretativa, la questione sottoposta al giudice del lavoro non pare dar luogo a particolari dubbi. È la stessa norma suppletiva, del resto, a rendere legittimo il ricorso al contratto di lavoro a chiamata per le mansioni di commesso di negozio, facilitando, in definitiva, il decidente nell'adozione di una sentenza di rigetto delle doglianze.

3. — L'art. 14, c. 1, lett. c, del d.lgs. n. 81/2015 inibisce espressamente il ricorso al lavoro intermittente ai datori che non abbiano adempiuto all'obbligo di valutazione dei rischi prevista dalle norme a tutela della sicurezza (art. 17, c. 1, lett. a, d.lgs. n. 81/2008); la disposizione, pur prevedendo un divieto assoluto, tace tuttavia riguardo alla sorte dell'eventuale contratto sottoscritto dalle parti. Ed è proprio tale ultimo aspetto che si rivela determinante ai fini della decisione di parziale fondatezza dei ricorsi. Occorre, tuttavia, procedere con ordine.

In entrambi i giudizi proposti dinanzi al Tribunale di Milano, i lavoratori ricorrenti chiedono all'autorità giudicante l'accertamento della sussistenza di un rapporto subordinato di lavoro a tempo indeterminato *full time* – con conseguente definizione delle differenze retributive – in luogo di quello a chiamata sottoscritto dalle parti.

Più specificamente, nel caso deciso con la sentenza del 20 giugno, il contratto stipulato non presenta elementi sostanziali conformi a quelli richiesti ai fini della configurazione di un rapporto di lavoro intermittente, al di là della dizione di «assunzione intermittente a tempo determinato» presente nell'istestazione dell'accordo e della specifica mansione di facchino, ricadente nell'ambito applicativo del r.d. n. 2657/1923.

Situazione identica, involgente peraltro la medesima parte resistente, viene decisa solo un giorno prima, il 19 giugno: anche in questo caso, l'accordo risulta carente dei requisiti contenutistici richiesti dal legislatore ai fini dell'inquadramento del rapporto a chiamata, non essendo dirimente la qualificazione di assunzione intermittente a tempo determinato prescelta dai paciscenti.

Tuttavia, in entrambi i giudizi, il mancato assolvimento dell'obbligo di valutazione dei rischi da parte del datore di lavoro risulta, tra i vizi rilevati, insuperabile. Nello specifico, dalle pronunzie gemelle adottate dal Tribunale milanese emerge come l'obbligo *de quo* abbia carattere rinforzato, dovendo non solo essere esplicitato nel testo dell'accordo sottoscritto, affinché anche il lavoratore possa esserne edotto (art. 15, c. 1, lett. f, d.lgs. n. 81/2015), ma anche provato documentalmente in sede processuale dalla parte obbligata (Cass. 2.4.2012, n. 5241, in *RIDL*, 2012, n. 1, II, 11 ss., con nota di De Angelis). In quest'ottica, la carenza di una espressa previsione contrattuale inerente alla valutazione dei rischi, unitamente al mancato assolvimento dell'onere probatorio gravante su parte resistente determina l'illegittimità del contratto, per chiara violazione dell'art. 14, d.lgs. n. 81/2015.

La rilevazione dell'illegittimità dell'accordo non risolve tuttavia il problema che si palesa centrale: il governo del rapporto contrattuale viziato. Se è vero, come detto, che il legislatore ha posto il divieto di ricorso al lavoro intermittente senza contestualmente fornire le relative regole di manutenzione, l'interprete è chiamato a riempire tale lacuna in via ermeneutica.

La soluzione perseguita nella decisione del 19 giugno e ripresa – anche fisicamente, data la citazione del cuore argomentativo della prima pronuncia – dalla successiva sentenza del 20 giugno è quella di considerare il contratto di lavoro intermittente illegittimo alla stregua di un contratto a tempo determinato, in esito a una attività di riqualificazione giudiziale dello stesso che prescinde dalle indicazioni delle parti. In quest'ottica, la rilevata violazione del divieto di stipula per omessa valutazione dei rischi ai sensi dell'art. 14, d.lgs. n. 81/2015, apre alla conversione del contratto in tempo indeterminato, a titolo sanzionatorio.

Dal punto di vista sostanziale, in carenza di una esplicita previsione legislativa, la condotta operazione interpretativa riposa dunque sul principio pretorio che considera la disciplina a termine un'eccezione nell'ambito del rapporto di lavoro (*Ex multis*, Cass. 27.4.2010, n. 10033; Cass. 1.2.2010, n. 2279; Cass. 21.5.2008, n. 12985, tutte in *DeJure*), di regola privo di termini temporali. Ma vi è di più: in entrambe le sentenze milanesi, l'estensione della sanzione prevista per l'ipotesi di rinnovo contrattuale a termine *contra legem* al contratto intermittente viziato poggia sull'assunto che quest'ultimo sia già nella sostanza un rapporto a tempo determinato. Diversamente, invece, ha ritenuto, ad esempio, T. Vicenza 19.7.2017, n. 343 (inedita a quanto consta): chiamato a scrutinare della legittimità di un contratto a chiamata sottoscritto in carenza della preventiva valutazione dei rischi, il giudice veneto ha dapprima ritenuto il rapporto di lavoro virtualmente nullo ai sensi dell'art. 1419 c.c., per contrasto con

il bene della salute costituzionalmente tutelato, quindi, ricondotto il rapporto entro l'alveo del contratto di lavoro a tempo indeterminato (In senso conforme vd. anche T. Milano 9.12.2009, inedita a quanto consta).

È evidente che tanto le decisioni in esame adottate dal Tribunale di Milano quando quella assunta dal Tribunale di Vicenza giungono al medesimo risultato, ovvero la declaratoria di illegittimità del contratto di lavoro a chiamata e la conversione del relativo rapporto. Tuttavia non pare secondario rilevare come il percorso argomentativo delle prime appaia meno lineare.

L'orientamento sostanziale adottato dai decisori, che fa leva sulla reale natura dell'accordo sottoscritto (contratto a tempo determinato) per poi giungere alla conversione del rapporto normalmente esperibile nell'ipotesi di abuso dei rinnovi di contratto a termine, non sembra coerente con la disciplina complessiva del *job on call*, per due ordini di rilievi.

Dal punto di vista sistematico, in primo luogo, il ragionamento sotteso alle sentenze milanesi in esame pare collidere con la scelta del legislatore di non ritenere applicabile al lavoro a chiamata la disciplina del contratto a termine, stante la specialità del primo (In tal senso anche la posizione espressa dal ministero del Lavoro in via amministrativa: «Con riferimento alla assunzione a tempo determinato va chiarito che non è applicabile la disciplina del decreto legislativo n. 368 del 2001, che infatti non è espressamente richiamata dal decreto legislativo n. 276 del 2003...», così circolare n. 4/2005; nel medesimo senso l'interpello n. 72/2009, ove si legge: «Il ricorso al tempo determinato nelle prestazioni di lavoro intermittenti [...] non deve indurre a ritenere che al lavoro a chiamata si debba applicare la disciplina del lavoro a tempo determinato»).

Nel senso della valorizzazione della nullità del contratto muove poi il dato giurisprudenziale, che guarda all'orientamento elaborato dalla Corte di Cassazione in tema di illegittimità del contratto di lavoro intermittente per violazione del requisito soggettivo. In una pronuncia, in particolare, la Corte sembra infatti aver optato per la tesi della nullità virtuale del contratto sottoscritto in difetto della preventiva valutazione dei rischi *ex art. 14* (Cass. n. 5241/2012, cit.), così aprendo alla autonomia della fattispecie in esame rispetto al contratto a termine.

Il costruito motivo che qui si è tentato di tratteggiare si riverbera in misura parziale sul contenuto delle decisioni assunte dal Tribunale di Milano. Oltre alla dichiarazione sull'illegittimità dei contratti impugnati per violazione del requisito soggettivo, nella sentenza del 20 giugno il giudice condanna parte resistente alla corresponsione delle differenze retributive maturate dal dipendente a partire dalla messa in mora della società.

Riferimenti bibliografici

- Calafà L. (2016), *Tra norma inderogabile e diritto antidiscriminatorio: il caso della tutela dei lavoratori intermittenti in attesa della Corte di Giustizia*, in *RIDL*, n. 3, II, 692 ss.
- Gragnoles E. (2016), *Il contratto di lavoro intermittente e la possibile discriminazione per età*, in *DRI*, n. 4, 1111 ss.
- Leccese V. (2008), *Le innovazioni in materia di lavoro a tempo parziale e di lavoro intermittente nella l. n. 247 del 2007*, in *LD*, n. 3, 491 ss.

- Marazza M. (2012), *Il lavoro intermittente per periodi predeterminati dall'autonomia individuale*, in *RIDL*, n. 4, I, 681 ss.
- Raimondi E. (2014), *Il lavoro intermittente nelle recenti riforme del mercato del lavoro*, in *RGL*, n. 3, I, 601 ss.
- Spinelli L. (2015), *Il lavoro intermittente dopo il Jobs Act*, in *LG*, n. 12, 1125 ss.
- Zitti S. (2016), *Lavoro intermittente e principio di non discriminazione in base all'età*, in *RGL*, n. 3, II, 351 ss.

Oscar Genovesi
Dottore di ricerca in Business, Institutions, Markets
presso l'Università di Chieti-Pescara «G. d'Annunzio»

TRIBUNALE MILANO, 25.7.2017, ord. – Est. Mariani – L. (avv.ti Gianrico, Giovannelli) c. H.D. Srl, H.D.I. Spa, L. Srl, E.I. Spa (avv.ti Strada, Falasca).

Trasferimento d'azienda – Art. 2112 c.c. – Artt. 4 e 24, l. n. 223/1991 – Art. 47, c. 4-bis, l. n. 428/1990 – Art. 54, d.lgs. n. 151/2001 – Deroga – Direttiva n. 2001/23/Ce – Soluzione di continuità – Licenziamento nullo – Impugnazione del licenziamento.

La deroga al divieto di licenziamenti in occasione del trasferimento d'azienda può operare, secondo la Direttiva n. 2001/23/Ce, come interpretata dalla Corte di Giustizia (e, da ultimo, dalla recentissima sentenza del 22.6.2017, C-126/16), solo nell'ambito di una procedura lato sensu liquidativa dell'impresa cedente. (1)

(1) IN CHE TERMINI È POSSIBILE LA DEROGA AL DIVIETO
DEI LICENZIAMENTI NEI TRASFERIMENTI D'AZIENDA

1. — L'argomento oggetto della presente annotazione riguarda la tematica della deroga apportata, con la sottoscrizione di alcuni accordi da parte delle organizzazioni sindacali, alla disciplina ordinaria del trasferimento d'azienda.

In particolare, il Tribunale di prime cure esamina i profili di possibile illegittimità del licenziamento intimato per il mancato rispetto della disciplina prevista dall'art. 2112 c.c., il quale stabilisce appunto che il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento.

Il comma 1 dell'art. 2112 c.c. prevede che, in caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua presso il datore di lavoro cessionario e il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano. La conservazione dei diritti del lavoratore, sancita dalla nuova formulazione, non è limitata ai diritti derivanti dall'anzianità raggiunta anteriormente al trasferimento, ma a tutti i diritti che derivano dal rapporto di lavoro intercorso con il datore cedente. La nuova espressione non è riferibile alle cd. situazioni esaurite o maturate, ma solo a quei diritti che hanno la loro fonte nel contratto individuale e nel contratto collettivo dell'imprenditore alienante e che valgono, come è stato chiarito dalla Suprema Corte, anche nei confronti dell'imprenditore acquirente fino a quando non sia sostituita la fonte individuale o collettiva (Cass. 18.5.2011, n. 10937, in *GI*, 2012, 358).

Nonostante l'art. 2112 c.c. abbia subito diversi interventi modificativi, questi ultimi non hanno alterato il principio cardine stabilito dal legislatore che risiede nella *ratio* di tutelare il lavoratore inserito nell'azienda, il quale deve restare legato alle sorti dell'azienda piuttosto che a quelle dell'imprenditore (Raffi 2015, 610 ss.).

La sentenza in commento affronta il caso di una lavoratrice che, nonostante avesse dichiarato il proprio stato di gravidanza, in seguito a due cessioni di ramo d'azienda veniva licenziata. La società datrice di lavoro, per far fronte a una situazione di cri-

si, aveva fatto domanda, nel luglio 2015, di concordato preventivo e, nell'ottobre 2015, aveva avviato una procedura di riduzione del personale. A fronte di accordi sindacali *ex art. 47, comma 4-bis, l. n. 428/1990*, venivano effettuate due cessioni dello stesso ramo d'azienda prima a una società e poi a un'altra, nell'arco di breve tempo, per poter sopperire alla situazione economica in cui verteva la società cedente. Gli accordi prevedevano il mantenimento in forza «soltanto di una parte dei lavoratori dipendenti». La dipendente ricorreva, quindi, al Tribunale di prime cure sostenendo l'illegittimità del licenziamento intimato a causa del mancato rispetto della disciplina *ex art. 2112 c.c. o, comunque, la nullità dello stesso in quanto discriminatorio, perché in violazione dell'art. 54 del d. lgs. n. 151/2001 con conseguente illegittimità degli accordi ex art. 47, c. 4-bis, l. n. 428/1990*. La ricorrente sosteneva, inoltre, che il suo rapporto di lavoro fosse proseguito senza soluzione di continuità sia nei confronti della prima cessionaria, sia nei confronti della seconda e, in virtù di ciò, il licenziamento doveva considerarsi inefficace, poiché intimato da un soggetto non più titolare del rapporto di lavoro.

La decisione in esame affronta la questione dei limiti entro i quali sia possibile derogare all'art. 2112 c.c. tramite gli accordi sindacali ai sensi dell'art. 47, c. 4-*bis*, l. n. 428/1990.

L'art. 47, c. 4-*bis*, è stato introdotto dal d.l. n. 135 del 2009, a seguito della condanna dell'Italia da parte della Corte di Giustizia per non aver garantito, nel caso di trasferimento di azienda di cui sia stato accertato lo stato di crisi, i diritti riconosciuti ai lavoratori dagli artt. 3 e 4 della Direttiva n. 2001/23/Ce.

Il comma 5 dell'art. 47, l. n. 428/1990, permetteva, infatti, ai sindacati di stipulare un accordo che disponga «il mantenimento anche parziale dell'occupazione» e la disapplicazione delle tutele previste dall'art. 2112 c.c. «qualora il trasferimento riguardi aziende o unità produttive delle quali il Cipi abbia accertato lo stato di crisi aziendale a norma dell'art. 2, quinto comma, lettera c, della legge 12 agosto 1977, n. 675, o imprese nei confronti delle quali vi sia stata dichiarazione di fallimento, omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata».

I giudici della Corte di Giustizia hanno ritenuto questa deroga, nella parte in cui opera anche per le imprese in crisi, non conforme alla direttiva comunitaria che riconosce ai legislatori nazionali la possibilità di non applicare le tutele di cui agli artt. 3 e 4 esclusivamente, come specifica la norma, nei trasferimenti che riguardino aziende «oggetto di una procedura fallimentare o di una procedura di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso». Per quanto riguarda le aziende che sono sottoposte a una procedura di insolvenza, non avente finalità liquidatorie del patrimonio aziendale ovvero in situazione di grave crisi economica dichiarata da un'autorità pubblica competente, la stessa direttiva, pur consentendo la facoltà di modificare le condizioni di lavoro, prescrive in modo esplicito l'applicazione delle tutele individuali di cui agli artt. 3 e 4 (Nuzzo 2009, 843).

Occorre ribadire che il licenziamento motivato dalla cessione aziendale è vietato sia dall'art. 2112, c. 4, sia dall'art. 4 della Direttiva n. 2001/23/Ce. Nel caso in commento la sentenza è stata pronunciata all'esito di una procedura di mobilità collettiva instau-

rata al fine di individuare il personale in esubero in vista della cessione aziendale in favore della nuova società. In particolare, gli esuberi venivano decisi nell'ambito di una situazione di crisi della cedente, ma costituivano altresì il presupposto della cessione aziendale. Va osservato, ai sensi dell'art. 2112, c. 4, c.c., che il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamenti per giustificato motivo oggettivo e, proprio per questo, il principio conduttore previsto dal suddetto articolo si concreta proprio nell'intenzione da parte del legislatore di salvaguardare il rapporto di lavoro ceduto, mediante la cessione a un soggetto cedente che sia in grado di conservarli.

In realtà, con l'introduzione dell'art. 47, c. 4-*bis*, della l. n. 428/1990, viene previsto che, in caso di grave situazione aziendale del cedente, si può, in alcuni casi specifici, scegliere la strada del mantenimento parziale dell'occupazione, procedendo alla cessione solo di una parte dei rapporti di lavoro e alla risoluzione degli altri, laddove esista il rischio del licenziamento di tutti i lavoratori. Tale previsione, in deroga all'art. 2112 c.c., opera nel caso in cui sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo qualora il trasferimento riguardi aziende: delle quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale, ai sensi dell'articolo 2, quinto comma, lettera *c*, della legge 12 agosto 1977, n. 675; 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; per le quali vi sia stata la dichiarazione di apertura della procedura di concordato preventivo; per le quali vi sia stata l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Il Tribunale di Milano, a mio avviso correttamente, rispetto alla giusta interpretazione della possibilità di derogare all'art. 2112 c.c. tramite accordi sottoscritti tra l'impresa e le organizzazioni sindacali, aderisce a una recentissima interpretazione della Direttiva n. 2001/23/Ce fornita della Corte di Giustizia (22.6.2017, C-126/16). La deroga al divieto di licenziamento in occasione del trasferimento d'azienda può operare solo nell'ambito di una procedura *lato sensu* liquidatoria dell'impresa cedente. Quest'orientamento era stato confermato anche in precedenza dalla stessa Corte di Giustizia, con sentenza dell'11.6.2009 (C-561/07), ed era stato ripreso dal Tribunale di Roma con una pronuncia del 15.1.2016 (In *Ilgiuslavorista.it*, 13 maggio 2016) facente parte del filone delle cause *Alitalia* (Belligoli 2016, 1 ss.). Detta norma e la correlata giurisprudenza, infatti, nei casi di grave situazione di crisi aziendale del soggetto cedente, ma in assenza di liquidazione dei beni, vietano di fatto i licenziamenti in vista della cessione.

A questo punto è opportuno scindere, con riferimento alla disciplina del concordato preventivo, le ipotesi di concordato per *cessio bonorum*, ex art. 182, r.d. n. 267/1942, e quella di concordato con continuità aziendale, ex art. 186-*bis*, r.d. n. 267/1942. Nel caso di specie la procedura di concordato preventivo cui è stata ammessa la società cedente è posta in essere sulla base di un piano di continuità diretta, prima dell'omologazione, e indiretta successivamente, verso la prima cessionaria la quale ha proseguito senza soluzione di continuità l'attività produttiva. Alla fine di tale ragionamento, il giudice di prime cure conferma il principio secondo cui si deve ritenere che, a seguito di una procedura posta in essere senza che l'obiettivo sia la liquidazione integrale dei beni del cedente, i licenziamenti in vista della cessione siano vietati.

È importante ribadire che il legislatore del 2009, attraverso l'introduzione del comma 4-*bis* dell'art. 47, ha inteso riconoscere alle parti negoziali la possibilità di derogare all'art. 2112 c.c., rispettando comunque i limiti imposti dalla Direttiva n. 2001/23/Ce e i criteri e i principi fissati dalla Corte di Giustizia. Esaminando entrambe le fattispecie notiamo che all'art. 4 la Direttiva vieta, infatti, il licenziamento in vista del trasferimento d'azienda (Castelvetri, Scarpelli 2001, 161) e la Corte di Giustizia ha escluso che lo stato di crisi aziendale sia di per sé giustificativo di deroghe al divieto; per questo motivo è esplicito che l'art. 47, c. 4-*bis*, non autorizza gli accordi sindacali a derogare al divieto suddetto. Come previsto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia il licenziamento subito dalla ricorrente è illegittimo in quanto fondato su un accordo sindacale contrario alla legge e al diritto dell'Unione europea (C. Giust. 13.9.2011, C-447/2009).

Contrariamente, in un caso del tutto assimilabile il Tribunale di Roma, con ordinanza 27.5.2015, ha previsto la legittimità, *ex art. 47*, comma 4-*bis*, l. n. 428/1990, di un verbale di accordo sindacale che, avendo per oggetto la conservazione anche parziale dell'occupazione da parte di un'azienda in stato di crisi, limiti gli effetti previsti dall'art. 2112 c.c. al solo personale indicato esplicitamente nell'accordo stesso. Perciò, nella stessa fattispecie, il medesimo Tribunale ha ritenuto che una grave situazione di crisi, anche in assenza di liquidazione dei beni, legittimi i licenziamenti irrogati in vista della cessione.

Prima dell'introduzione del comma 4-*bis*, malgrado parte della dottrina avesse evidenziato la convenienza di leggere la norma interna alla luce dell'interpretazione accolta dai giudici europei, in modo da limitarne l'efficacia nella parte in contrasto con il dato comunitario (Carabelli 1998, 5), la Corte di Cassazione ha ritenuto pienamente validi gli accordi sindacali stipulati durante un trasferimento di aziende in crisi, in deroga all'art. 2112 c.c., anche qualora essi avessero derogato al principio della continuazione dei rapporti di lavoro (Cfr. Cass. 30.8.2000, n. 11422, in *MGL*, 2000, III, 1334; Cass. 16.5.2002, n. 7120, in *FI*, 2002, I, 2279; Cass. 26.5.2006, n. 12573, in *RIDL*, 2007, II, 179).

Precedentemente e diversamente da ora, lo sforzo per cercare di salvare la deroga prevista per le aziende in crisi, dall'art. 47, e di oltrepassare i profili di non conformità della normativa interna alla direttiva comunitaria è stato assegnato a una lettura della direttiva volta a valorizzarne le intenzioni.

Procedendo secondo questo orientamento si è così ipotizzato che la deroga alle tutele del diritto del lavoro sia diretta ad assicurare, nell'ambito della vicenda che ha per soggetto principale il «trasferimento», la sopravvivenza dell'impresa e la salvaguardia dell'occupazione connessa.

Proprio per questo motivo è stato sostenuto che la deroga alle tutele lavoristiche si dovesse estendere anche alle ipotesi di dichiarazione di crisi aziendale, in modo da evitare che l'applicazione delle garanzie possa scoraggiare il potenziale cessionario dall'acquisto dell'impresa e comportare, in palese contrasto con la *ratio* della normativa europea, la perdita di tutti i posti di lavoro (Cosio 1995, 20 ss.).

Il caso di specie affronta anche un altro punto fondamentale: la tutela della lavoratrice madre nelle diverse fasi della gravidanza fino a un anno di compimento di vita del bambino. Infatti, in qualsiasi caso il licenziamento sarebbe stato considerato nullo in quanto intimato durante lo stato di gravidanza della lavoratrice: stato che, ai fini

dell'applicabilità delle tutele connesse, non deve essere oggetto di una specifica comunicazione al datore di lavoro, poiché opera in senso oggettivo.

Pertanto la decisione in commento valorizza, in maniera condivisibile, il prevalente interesse alla tutela piena ed effettiva del posto di lavoro.

Riferimenti bibliografici

- Belligoli G. (2016), *Deroga al divieto dei licenziamenti nei trasferimenti d'azienda: ambito di operatività*, in *Ilgiuslavorista.it*, 13 maggio 2016, 1 ss.
- Carabelli U. (1998), *Trasferimenti di azienda: la nuova direttiva europea*, in *LI*, n. 21, 5 ss.
- Castelvetri L., Scarpelli F. (2001), *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, in *RIDL*, III, 161 ss.
- Cosio R. (1995), *Discipline del trasferimento di azienda*, FrancoAngeli, Milano, 20 ss.
- Nuzzo V. (2009), *Sul trasferimento di aziende in crisi: cronaca di una condanna annunciata*, in *DRI*, III, 843 ss.
- Raffi A. (2015), *L'ennesimo caso di esternalizzazione illegittima: la vicenda del Monte dei Paschi di Siena*, in *RGL*, II, 610 ss.

Dario Calderara
*Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro
presso la «Sapienza» Università di Roma*

CONTROVERSIE DI LAVORO

CASSAZIONE, 24.8.2017, n. 20335 – Pres. Mammone, Est. Calafiore, P.M. Matera – O.C., F.D.F., D.M., L.A., G.C., M.O., V.A., R.G. e G.M. (avv.ti Poto, Gallone) c. E. Srl (avv. Ambrosio).
Conferma Corte d’Appello di Salerno, 15.10.2014.

Controversie di lavoro e previdenza – Licenziamento collettivo – Criteri di scelta – Onere della prova in capo al datore di lavoro – Sussiste.

In tema di licenziamento collettivo, mentre grava sul datore di lavoro l'onere di allegazione dei criteri di scelta e la prova della loro piena applicazione nei confronti dei lavoratori licenziati, con indicazione, in relazione a ciascuno di questi, dello stato familiare, dell'anzianità e delle mansioni, incombe, invece, sul lavoratore l'onere di dimostrare l'illegittimità della scelta, con indicazione dei lavoratori in relazione ai quali la stessa sarebbe stata falsamente o legittimamente realizzata. (1)

(1) CRITERI DI SCELTA E *ONUS PROBANDI* «RIPARTITO»:

LA SEZIONE LAVORO CONTRADDICE LE SEZIONI UNITE DEL 2001?

1. — La sentenza in commento interviene su due differenti passaggi del procedimento in cui si articola il licenziamento collettivo: sulla completezza della comunicazione di cui all'art. 4, c. 9, l. n. 223/1991, e sulla ripartizione dell'onere probatorio dell'illegittimità dei criteri applicati per scegliere il personale da licenziare di cui all'art. 5 della medesima legge.

A seguito di un incendio nella fabbrica che aveva determinato la cessazione parziale dell'attività produttiva, il datore di lavoro instaurava la procedura di licenziamento collettivo per riduzione di personale. Con la comunicazione preventiva di cui all'art. 4, cc. 2 e 3, escludeva alcuni lavoratori dall'ambito applicativo entro cui sarebbe dovuta avvenire la scelta comparativa in quanto ritenuti «polivalenti». In seguito alla fase di esame congiunto, nella comunicazione di cui all'art. 4, c. 9, ometteva di dettagliare e comparare la situazione dei lavoratori esclusi dalla rosa dei candidati al licenziamento. I ricorrenti si dolevano pertanto dell'incompletezza di quest'ultima comu-

nicazione, poiché avvenuta, a loro avviso, in spregio allo stesso precetto normativo che richiede l'esplicitazione della «puntuale indicazione delle modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta».

La Corte respinge il motivo di ricorso, rilevando che il datore di lavoro è legittimato a individuare un ambito aziendale più ristretto rispetto all'intera entità produttiva entro cui scegliere tra i lavoratori da licenziare e a escludere da tale ambito i prestatore «dotati di specifiche competenze», il cui diverso grado di professionalità «renda impraticabile qualunque comparazione» (Cass. 28.10.2009, n. 22825, in *MGC*, 2009, 1507 ss.; Cass. 16.2.2012, n. 2255, in *RIDL*, 2012, n. 4, II, 789 ss., con nota di Borzaga; in dottrina, Del Punta 1993, 332 ss.). Ad avviso dei giudici, tale scelta matura nel datore in un preciso momento della sequenza procedimentale, cioè nel suo momento iniziale, ed è pertanto con riferimento al contenuto della comunicazione di avvio, di cui all'art. 4, c. 2 (che i ricorrenti avevano omesso di prendere in considerazione), che deve essere valutata la legittimità di quella scelta, e non, invece, come sostenevano i lavoratori, in relazione alla comunicazione finale. Conseguentemente, la comunicazione del c. 9 è completa quando contenga la comparazione del solo personale ritenuto eccedente a seguito della definizione dell'ambito di comparazione e non, invece, di tutto il personale in forza nel complesso aziendale (Nello stesso senso, Cass. 9.8.2004, n. 15337, in *RIDL*, 2005, n. 2, II, 475 ss., con nota di Sitzia, per un caso di incompletezza della comunicazione in cui il datore aveva indicato un unico e vago criterio di scelta: «esigenze tecnico-produttive e organizzative»; in dottrina, cfr. Focareta 1992, 339).

Se il primo punto della sentenza è condivisibile, molto meno persuasivo è il secondo, dove la Corte stabilisce, respingendo il ricorso dei lavoratori, che «grava sul datore di lavoro l'onere di allegazione dei criteri di scelta e la prova della loro piena applicazione nei confronti dei lavoratori licenziati con indicazione, in relazione a ciascuno di questi ultimi, dello stato familiare, dell'anzianità e delle mansioni; incombe al lavoratore dimostrare l'illegittimità della scelta con l'indicazione dei lavoratori in relazione ai quali la stessa sarebbe stata falsamente e illegittimamente realizzata».

Sulla distribuzione dell'onere della prova dell'illegittimità dei criteri di scelta si sono alternati sostanzialmente due orientamenti della giurisprudenza (Carinci 2005, 54).

Uno più risalente addossava interamente sul datore di lavoro l'onere di provare l'osservanza dei criteri di scelta (Cass. 14.12.1982, n. 6883, in *RGL*, 1982, II, 1832 ss.; Cass. 14.7.2000, n. 9374, in *MGC*, 2000, 1553 ss.; T. Roma 11.5.1997, in *OGI*, 1997, 525 ss.). Ad avviso della Corte, una generica contestazione nel ricorso del lavoratore circa la loro mancata osservanza sarebbe stata da sola sufficiente a far sorgere in capo al datore l'onere di indicare e provare la legittimità delle valutazioni comparative effettuate. Quest'ultimo, dunque, al fine di superare le contestazioni svolte *ex adverso*, doveva fornire piena prova della ragionevolezza della scelta operata, proprio come se fosse stato convenuto nel giudizio sulla legittimità del licenziamento individuale nel quale è tenuto a provare la sussistenza del giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 5, l. n. 604/1966 (Natullo 2004, 132; D'Antona 1993, 2031, secondo cui il datore è tenuto a spiegare le ragioni complessive del suo recesso dimostrando di avere operato con «ragionevolezza comparativa»).

In seguito, la Corte ha modificato il proprio orientamento ripartendo l'onere probatorio fra le parti processuali: il datore deve dimostrare la piena applicazione dei cri-

teri di scelta nei confronti dei lavoratori licenziati (indicando per ciascuno stato familiare, anzianità e mansioni), mentre questi ultimi sono tenuti ad allegare e provare l'illegittimità della scelta, dimostrando la sussistenza di una violazione (Cass. 29.5.1998, n. 5358, in *RIDL*, 1999, n. 2, II, 222 ss., con nota critica di Gragnoli; Cass. 26.9.2000, n. 12711, in *MGC*, 2000, 1997 ss.; Cass. 15.2.2001, n. 2188, in *FI*, 2001, I, 1566 ss.; Cass. 9.8.2004, n. 15337, cit.; Cass. 23.12.2009, n. 27165, in *GDir.*, 2010, n. 6, 57 ss.; da ultimo, Cass. 4.12.2017, n. 28972, in *D&G*, 2017, 5).

La premessa del ragionamento della Corte di legittimità (Che non è esplicitata nella sentenza in commento ma che si può desumere dalle motivazioni di Cass. 23.12.2009, n. 27165, cit.) risiede nell'assenza di una specifica norma che regoli l'onere probatorio della violazione dei criteri di scelta.

La Corte presuppone, implicitamente, che sarebbe scorretto colmare la lacuna applicando per *analogia legis* l'art. 5, l. n. 604/1966, che, nella disciplina del licenziamento individuale, fa ricadere sul datore di lavoro l'onere probatorio del giustificato motivo oggettivo. Non sussisterebbe né la somiglianza delle fattispecie né l'*eadem ratio* (Art. 12 disp. prel. c.c.) (Sul rapporto tra licenziamento collettivo e individuale per giustificato motivo oggettivo vd. Carabelli 1994, 259, e Scarpelli 1997, 34-35). Nel licenziamento individuale, infatti, il datore è onerato di dimostrare in giudizio l'esistenza del presupposto giustificativo perché non deve esteriorizzarlo prima di quel momento all'interno di una procedura *ad hoc*. Mentre, nel licenziamento collettivo, la tutela procedimentale del lavoratore gli consente di conoscere, prima del recesso, sia la causa che lo ha originato sia le modalità di applicazione dei criteri di selezione adottati dal datore di lavoro (Cfr. art. 4, l. n. 223/1991).

Ne consegue che nel giudizio che verte sulla legittimità dei criteri di scelta è necessario ricorrere ai principi generali in materia di onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c.: il lavoratore, che vuol far valere il suo diritto in giudizio, deve provarne i fatti costitutivi, ossia l'esistenza del rapporto di lavoro e l'intervenuto licenziamento collettivo. Dal canto suo, il datore, che «eccepisce l'inefficacia di tali fatti», è onerato di provare il fatto impeditivo e cioè di avere osservato e correttamente applicato i criteri di scelta; quest'ultima prova, secondo la Corte, non deve però «riguardare analiticamente la posizione di ciascun lavoratore», ma semplicemente permettere al giudice di ricostruire la valutazione comparativa svolta.

A questo punto, le possibilità sono due. Se la prova del fatto impeditivo non è raggiunta dal datore di lavoro che ha operato arbitrariamente indicando criteri vaghi o non prevedendone nessuno (caso di scuola) il licenziamento è illegittimo e il lavoratore, senza provare null'altro, sarà vittorioso (Cass. 9.8.2004, n. 15337, cit.). Viceversa, nell'ipotesi opposta, acquisita la prova del fatto impeditivo, la Corte di Cassazione richiede al lavoratore uno sforzo addizionale: l'allegazione e la prova di «fatti costitutivi di secondo grado» che consiste nella dimostrazione che il datore di lavoro ha applicato i criteri di scelta in modo illegittimo. Su questo punto l'orientamento analizzato si suddivide in due filoni, a seconda dell'ampiezza della prova che i giudici richiedono al lavoratore.

Un orientamento maggioritario che si può definire di «ripartizione moderata» richiede che il singolo prestatore sia tenuto a provare che nella scelta operata «in concreto nei suoi confronti» il datore non abbia applicato i criteri puntualmente comunicati (Cass. 23.12.2009, n. 27165, cit.; Cass. 9.8.2004, n. 15337, cit.; Cass.

19.7.1997, n. 6652, cit.). Il lavoratore deve provare in sostanza i propri titoli prioritari per la conservazione del posto.

Un altro orientamento (Cass. 29.5.1998, n. 5358, cit., per osservazioni critiche a tale orientamento si vd. Gragnoli 1999, 228-230), cui aderisce la sentenza che si commenta, richiede ai ricorrenti di dimostrare l'illegittimità della scelta datoriale, non però con riferimento alla posizione individuale di ciascuno, ma «con indicazione dei lavoratori in relazione ai quali la stessa sarebbe stata falsamente o illegittimamente realizzata». Detto altrimenti, la sentenza aggrava ingiustamente il carico probatorio, domandando ai lavoratori la prova diabolica dell'illegittimità della selezione, avendo a riferimento come termine di paragone non tanto la propria individuale situazione, quanto quella di tutti gli altri.

L'orientamento dell'onere probatorio ripartito (e, a maggior ragione, la tesi della «distribuzione forte») sembra a chi scrive in controtendenza rispetto a quanto affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 2001 in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione (Cass. 30.10.2001, n. 13533, S.U., in *Corriere giuridico*, 2001, n. 12, 1565 ss., con nota di Mariconda).

Si presume, in quella storica sentenza, che, quando il creditore contesti mediante una semplice allegazione l'inadempimento debitorio, si deve operare secondo una «presunzione di persistenza del diritto» a ottenere l'adempimento di un dovere scaduto (Cass. 15.10.1999, n. 11629, S. I, in *FI*, 2000, I, 1918 ss., e in dottrina Bianca 1990, 319). Con la conseguenza processuale che occorre addossare interamente sul debitore l'unica prova capace di superare tale presunzione, e cioè la dimostrazione di avere adempiuto correttamente e puntualmente all'obbligo.

D'altra parte, tale conclusione è altresì imposta dal principio di «vicinanza o riferibilità della prova» secondo cui è più ragionevole gravare dell'onere probatorio la parte nella cui sfera giuridica si verifica il fatto oggetto di prova: l'unico soggetto tenuto a provare di avere adempiuto all'obbligo di cui all'art. 5, l. n. 223/1991, è il datore di lavoro, poiché è colui che redige la graduatoria comparativa dei lavoratori da licenziare e in conformità a essa sceglie. Se, invece, si sposta, come fa la sentenza in commento, sul lavoratore (creditore) la prova dell'inadempimento datoriale si costringe quest'ultimo a fornire una prova negativa non riferibile alla sua sfera di azione, tenuto conto che il prestatore licenziato non ha la disponibilità materiale della graduatoria stilata dalla controparte e se la dovrà procurare con notevoli sforzi.

In definitiva, applicando correttamente il principio affermato dalla Cassazione a Sezioni Unite alla tematica che ci occupa, il datore di lavoro, debitore ai sensi degli artt. 4, cc. 9 e 5, l. n. 223/1991, dovrebbe essere l'unico soggetto tenuto a dimostrare di avere adempiuto all'obbligo di applicazione corretta dei criteri di scelta, a fronte di una mera contestazione del suo creditore, come aveva affermato, in passato, il primo orientamento della Corte di Cassazione.

Riferimenti bibliografici

- Bianca M.C. (1990), *Diritto civile*, vol. 4, *L'obbligazione*, Giuffrè, Milano.
Carabelli U. (1994), *I licenziamenti per riduzione del personale*, in *DLRI*, 213 ss.
Carinci M.T. (2005), *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato. Ragioni tecniche, organizzative, produttive (e sostitutive) come limite a poteri e libertà*

- del datore di lavoro*, in Galgano F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XXXVI, Cedam, Padova.
- D'Antona (1993), «*Riduzione di personale*» e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. n. 223/91, in *FI*, I, 2027 ss.
- Del Punta R. (1993), *I Licenziamenti collettivi*, in Papaleoni M. et al. (a cura di), *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Cedam, Padova, 241 ss.
- Focareta F. (1992), *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi*, in *DLRI*, 319 ss.
- Gragno E. (1999), *Licenziamenti collettivi, illegittimità dell'accordo sindacale, operatività dei criteri legali di scelta e onere della prova*, in *RIDL*, II, 224 ss.
- Natullo G. (2004), *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, FrancoAngeli, Milano.
- Scarpelli F. (1997), *La nozione e il controllo del giudice*, in *QDLRI*, n. 19, 29 ss.

Alessandra Ingraio
Assegnista di ricerca
presso l'Università di Milano

I

CASSAZIONE, 25.5.2017, n. 13179 – Pres. Napoletano, Est. Curcio, P.M. Finocchi Gherzi (diff.) – D.L.V., D.L.M.E., M.G., D.L.G.D., R.F. (avv. Esposito) c. S. Spa (avv.ti Pettinari, Lucchetti A., Lucchetti A.). Cassa Corte d'Appello di Napoli, 26.2.2015.

Controversie di lavoro e previdenza – Appalto – Cambio appalto – Decadenza ex art. 32, c. 4, l. n. 183/2010 – Inapplicabilità.

Deve escludersi che la fattispecie relativa al cambio di appalto rientri in quelle previste dall'art. 32, c. 4, della l. n. 183 del 2010, con conseguente insussistenza dell'obbligo di impugnativa nel termine di 60 giorni imposto del licenziamento comunicato dal precedente datore di lavoro. (1)

II

TRIBUNALE NAPOLI, 23.5.2017 – Est. Armato – O.G. (avv. Ciano) c. C. Spa (avv. Mutarelli).

Controversie di lavoro e previdenza – Licenziamento individuale – Tentativo di conciliazione e arbitrato – Effetto impeditivo della decadenza.

Controversie di lavoro e previdenza – Licenziamento individuale – Decadenza ex art. 6, l. n. 604/1966 – Tentativo di conciliazione e arbitrato – Requisiti – Legittimazione.

È consentito al lavoratore richiedere il tentativo di conciliazione o arbitrato a norma degli artt. 410 ss. c.p.c. con valenza impeditiva della decadenza a norma dell'art. 6 della l. n. 604/1966. (2)

Affinché il tentativo di conciliazione produca gli effetti tipici di sospensione e impedimento della decadenza, la comunicazione alla controparte della relativa richiesta deve contenere i requisiti di forma, di sostanza, di contenuto e procedurali di cui all'art. 410 c.p.c. (3)

(1-3) DECADENZA: «CAMBIO APPALTO» E TENTATIVO DI CONCILIAZIONE

SOMMARIO: 1. I fatti che hanno originato le controversie. — 2. Cenni ricostruttivi. — 3. Non riconducibilità del «cambio appalto» alle ipotesi sottoposte a decadenza dalla previsione di cui all'art. 32, comma 4, della legge n. 183/2010. — 4. La decorrenza del termine di decadenza nei fenomeni interpositori (comma 4, lett. d). — 5. La questione affrontata dal Tribunale di Napoli. — 6. Il tentativo di conciliazione ex art. 410 c.p.c. può essere un'opportunità per la difesa dei diritti del lavoratore?

1. — *I fatti che hanno originato le controversie* — La pronuncia della Suprema Corte in commento è occasionata dal ricorso al giudice del lavoro da parte di alcuni operai – operatori ecologici – i quali, già dipendenti della società appaltatrice nella gestione del servizio integrato dei rifiuti, avevano chiesto che venisse accertato il loro diritto al passaggio alle dipendenze della società che era subentrata nel predetto appalto ai sensi dell'art. 6 del Ccnl Servizi ambientali.

Il passaggio di appalto era avvenuto nel maggio 2011 e il ricorso veniva proposto un anno mezzo dopo, nel novembre 2012, senza alcuna precedente impugnazione stragiudiziale.

Sia il Tribunale che la Corte d'Appello accoglievano l'eccezione preliminare della società, la quale sosteneva che si fosse realizzata la decadenza ai sensi della l. n. 183 del 2010, art. 32, comma 4, ritenendo che l'azione per l'accertamento del diritto di assunzione del lavoratore presso l'azienda subentrante nell'appalto rientrasse nella fattispecie di cui alla norma citata, richiamando, in particolare, l'ipotesi di cui alla lett. *d*, trattandosi di una domanda diretta ad accertare e/o costituire il rapporto di lavoro nei confronti di un soggetto diverso dal precedente titolare del rapporto. La Corte d'Appello, inoltre, rilevava come la fattispecie potesse anche esser ricondotta all'ipotesi di cui alla lettera *c* del comma 4 dell'art. 32, citato, che si riferisce «alla cessione di contratto di lavoro ai sensi dell'art. 2112 c.c.».

La Corte d'Appello evidenziava come, nel caso in esame, il *dies a quo* per il computo del termine di decadenza di 60 giorni per l'azione giudiziaria, dovesse essere individuato nel giorno della avvenuta comunicazione del licenziamento da parte dell'impresa che cessava l'appalto.

La Cassazione, con limitato riferimento alla questione che ci riguarda, ha ritenuto, al contrario, che la fattispecie esaminata non rientri nel novero delle previsioni di cui alla richiamata disposizione, dettando alcuni principi di grande rilievo pratico.

Il Tribunale di Napoli, invece, si è occupato di un caso di licenziamento intimato nel 2013, per il quale veniva introdotto il ricorso giudiziale nel 2015 a seguito dell'esperimento di due singolari tentativi di conciliazione e/o arbitrato diretti a impedire la decadenza.

2. — *Cenni ricostruttivi* — Come rilevato dalla Cassazione nella sentenza in commento, il principio che è necessario tenere sempre presente, al cospetto di una disposizione la cui finalità è diretta a contrastare pratiche di rallentamento dei tempi del contenzioso giudiziario, è costituito dal carattere di eccezionalità dell'istituto della decadenza che ne impone un'interpretazione particolarmente rigorosa.

Invero la decadenza com'è noto, assegna al titolare di un diritto l'onere di esercitarlo entro un tempo stabilito dalla legge e trova la sua ragion d'essere nella tutela di un interesse generale o di una delle parti (1).

L'istituto è eccezionale in considerazione della deroga al principio generale secondo cui l'esercizio dei diritti soggettivi non è sottoposto a limiti cosicché il titolare può esercitarli, nell'ambito della prescrizione, quando, come e dove gli pare opportuno. Di conseguenza, nell'interpretazione delle disposizioni in tema di decadenza non è con-

(1) In generale sull'allargamento del campo di applicazione dell'istituto nel diritto del lavoro: Amoroso 2012, Mazzotta 2011, Cannella 2011, Vallebona 2010, Roccella 2011, Scarpelli 2011, Pivetti 2011, Coppola 2011, sia consentito anche il riferimento a Aiello 2012.

sentito far ricorso all'analogia o all'interpretazione estensiva trattandosi di norme eccezionali (2).

3. — *Non riconducibilità del «cambio appalto» alle ipotesi sottoposte a decadenza dalla previsione di cui all'art. 32, comma 4, della legge n. 183/2010* — La fattispecie all'esame della Cassazione, come detto, riguardava un cd. «cambio appalto»; in sostanza, avendo il datore di lavoro cessato il contratto di appalto con la committente e in presenza di una disposizione contemplata dalla contrattazione collettiva che imponeva la riassunzione dei lavoratori ivi impiegati da parte dell'impresa subentrante, quest'ultima veniva evocata in giudizio per sentirla condannare alla costituzione dei relativi rapporti di lavoro. Nella specie, quindi, non era dedotto un caso di applicazione dell'art. 2112 c.c. (3).

La Cassazione ha quindi dovuto verificare se la fattispecie delineata rientrasse fra le ipotesi sottoposte a decadenza da parte della previsione di cui all'art. 32, cit.

In primo luogo ha correttamente escluso l'opzione, avanzata dal giudice di merito, secondo cui l'ipotesi di cambio appalto possa essere ricondotta alla fattispecie prevista – dal comma 4, lett. c, della disposizione – per il caso di cui all'art. 2112 c.c., giacché il dato testuale riconduce tale ipotesi al passaggio del dipendente nell'ambito di un trasferimento d'azienda, che nella specie non è stato dedotto.

Ad avviso della Suprema Corte il caso del cambio appalto non è riconducibile neanche all'ipotesi di chiusura di cui alla lettera d della norma sopra richiamata. Il principio generale da cui la Cassazione prende le mosse è quello secondo cui, in tutti i casi di decadenza previsti dalla disposizione di cui all'art. 32, cit., si è in presenza di atti posti in essere dal datore di lavoro ai quali il lavoratore si oppone invocandone l'invalidità e richiedendo il ripristino della situazione precedente: ciò anche nel caso in cui si agisca verso il soggetto che si sostituisce al precedente datore di lavoro nell'ambito del medesimo rapporto – come nel caso di cessione di azienda – o nelle ipotesi in cui si rivendichi l'accertamento del rapporto in capo al reale datore di lavoro.

In particolare la previsione del comma 4, lett. d, cit., introduce una decadenza per tutte le domande che contemplino fenomeni – in senso lato – interpositori, finalizzate, pertanto, alla stabilizzazione presso il datore di lavoro ritenuto quale effettivo titolare del rapporto.

Al contrario, nell'ipotesi di cambio appalto, il dipendente che agisca, in virtù di una clausola sociale, verso l'impresa subentrante richiede una nuova assunzione a un diverso datore di lavoro rispetto al precedente. In sostanza non si configura l'ipotesi contemplata giacché il lavoratore non rivendica un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal «titolare del rapporto», né mette in discussione la legittimità o la validità del precedente rapporto o la sua cessazione.

4. — *La decorrenza del termine di decadenza nei fenomeni interpositori (comma 4, lett. d)* — La Suprema Corte si sofferma, inoltre, a esaminare il complesso problema della decorrenza del termine di decadenza nell'ipotesi di cui al c. 4, lett. d, dell'art. 32, cit.

(2) Boghetich 2011; Amoroso 2012; Cass. n. 27055/2013.

(3) Cfr. Rossi (2016), che esamina la complessa questione delle interferenze fra trasferimento d'azienda e cessione d'appalto.

In effetti, la norma non individua il *dies a quo* per l'impedimento della decadenza, sicché la lacuna viene correntemente colmata applicando il principio secondo cui i termini possono decorrere solo dal momento in cui la fattispecie sostanziale di riferimento si sia perfezionata (4). In sostanza la decorrenza va fissata nel momento di cessazione della prestazione in favore dell'effettivo utilizzatore, che, in quanto destinatario della pretesa, è anche l'unico legittimato alla ricezione dell'impugnazione (nella pratica, tuttavia, possono sorgere gravi complicazioni, come ad esempio nel caso di lavoro discontinuo presso l'appaltante/utilizzatore).

La Corte osserva che nell'ipotesi in questione non è facilmente individuabile il termine di decorrenza della decadenza non essendoci un provvedimento datoriale da impugnare. La Cassazione evidenzia come, nella specie, si tratti di una vera e propria «imprecisione normativa» che, per la fattispecie della somministrazione, è stata corretta con l'art. 39 del d.lgs. n. 81/2015, ove si è previsto che il termine decorra dalla data in cui il lavoratore ha cessato di svolgere la propria attività presso l'utilizzatore.

L'impostazione fornita dalla sentenza di legittimità sembra, pertanto, confermare la tesi secondo cui, nei fenomeni interpositori, la decorrenza del termine di decadenza va determinata nel momento in cui il lavoratore cessa di rendere la prestazione per l'effettivo datore di lavoro.

5. — *La questione affrontata dal Tribunale di Napoli* — La previsione contenuta nel c. 2 dell'art. 32 in esame ha introdotto nel 2010 una vera novità in tema di decadenza, in quanto ha aggiunto un secondo termine di decadenza prevedendo che l'impugnativa è inefficace se non è seguita dal deposito del ricorso o dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato. La Suprema Corte ha rilevato che l'impugnazione in parola costituisce una fattispecie a formazione progressiva, soggetta a due distinti e successivi termini decadenziali (5).

È necessario ricordare che le iniziative previste dalla disposizione per impedire la decadenza sono tre: (i) il deposito del ricorso presso la cancelleria del giudice; (ii) la comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione; (iii) la comunicazione della richiesta alla controparte della richiesta di arbitrato.

Il Tribunale di Napoli si è dovuto occupare di una vicenda nella quale il dipendente ha tentato, invano, di impedire la decadenza con il ricorso dapprima all'arbitrato e, successivamente, a un tentativo di conciliazione.

La prima questione affrontata dal giudice di Napoli riguarda la possibilità di impedire la decadenza facendo richiesta di arbitrato *ex art. 7* della l. n. 300/1970. Nel caso in esame il lavoratore aveva impugnato il licenziamento e, nel contempo, attivato il procedimento arbitrale previsto dall'art. 7, cit.

Il Tribunale ha rilevato come sia pienamente utilizzabile tale strumento, giacché la Corte costituzionale con la sentenza n. 204/1982 ha escluso che si estendesse al licenziamento disciplinare solamente quanto previsto dai commi 6 e 7 dell'art. 7 St. lav., ossia la sospensione della sanzione fino alla pronuncia arbitrale e la decadenza in caso di inerzia del datore di lavoro nel nominare un proprio rappresentante in seno al

(4) Nicolini 2013.

(5) Cfr. Cass. 20.3.2015, n. 5717, in *LG*, 2015, n. 8-9, 824, e Cass. 7.10.2015, n. 20068, in banca dati *DeJure*, Giuffrè.

Collegio (6). Da tale pertinente osservazione si ricava che il ricorso all'arbitrato *ex art. 7, l. n. 300/1970*, è pienamente utilizzabile dal dipendente per impedire la decadenza *ex art. 6 della l. n. 604/1966*.

Nonostante ciò, il Tribunale ha accertato l'intervenuta decadenza in quanto il lavoratore non aveva personalmente sottoscritto il ricorso all'arbitrato *ex art. 7, l. n. 300/1970*, formulato per il tramite di un'associazione cui era affiliato che, però, non aveva la veste di associazione sindacale. Infatti, benché la previsione contenuta nel comma 6 dell'*art. 7, cit.*, faccia riferimento alla facoltà del dipendente di promuovere la costituzione di un collegio di conciliazione e arbitrato anche non direttamente bensì, genericamente, «per mezzo dell'associazione alla quale sia iscritto» senza qualificarla come «associazione sindacale», il Tribunale afferma che «il comma 6 dell'*art. 7 St. lav.* abilita la promozione di tale collegio solo ad associazioni sindacali».

Ancorché la previsione di cui all'*art. 6 della l. n. 604/1966* consenta che l'impugnativa sia realizzabile con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale, nel caso esaminato dal giudice partenopeo, non sussistevano i requisiti legali minimi per ritenere formulata una corretta impugnativa, idonea a impedire la decadenza.

Il Tribunale ha provveduto a esaminare anche un'ulteriore istanza che il lavoratore ha avanzato, successivamente alla prima impugnativa, richiedendo il tentativo di conciliazione *ex art. 410 c.p.c.* Il giudice ha sottolineato come, a prescindere dal fatto che il tentativo di conciliazione fosse stato richiesto oltre il termine di centottanta giorni previsto per legge, la relativa comunicazione alla controparte dovesse avere i requisiti di forma e di sostanza previsti dall'*art. 410 c.p.c.*

Il Tribunale ha evidenziato come la comunicazione alla controparte di richiesta di tentativo di conciliazione *ex art. 410 c.p.c.* debba avere un contenuto tipizzato dalla norma anzidetta e, in particolare, debba contenere l'esposizione dei fatti e delle ragioni poste a fondamento della richiesta. Nel caso in esame il giudice ha rilevato come l'atto del dipendente ne fosse sfornito, accertando, di conseguenza, l'intervenuta decadenza *ex art. 6, l. n. 604/1966*.

6. — *Il tentativo di conciliazione ex art. 410 c.p.c. può essere un'opportunità per la difesa dei diritti del lavoratore?* — L'esame compiuto dal giudice di Napoli permette di concludere queste brevi osservazioni con una notazione in ordine alla opportunità che il dipendente può cogliere nell'espletare il tentativo di conciliazione prima di adire il giudice.

Com'è noto, infatti, il gravoso rischio di soccombere in giudizio con il peso delle spese giudiziarie imposte dall'*art. 92 c.p.c. (7)* dissuadono il lavoratore dal promuovere giudizi per i quali non è in possesso di elementi sufficientemente certi.

Si pensi al caso del licenziamento per un giustificato motivo oggettivo di cui il di-

(6) Cfr. Cass. 11.6.2004, n. 11141, in *MGL*, 2004, 720; Cass. 23.6.2001, n. 8619, in *MGC*, 2001, 1250.

(7) Su cui pende il giudizio innanzi alla Corte costituzionale per il rinvio formulato dal Tribunale di Torino 30.1.2016, ord., in *GI*, 2017, n. 3, 670, e dal Tribunale di Reggio Emilia 28.2.2017, ord., in banca dati *Pluris*, Cedam.

pendente sospetti fortemente l'insussistenza ma i cui risultati istruttori, essendo onere del datore fornirli, si potranno vedere solo all'esito di una causa.

In sostanza il lavoratore, soggetto normalmente economicamente debole, è dissuasivo dal promuovere la tutela giudiziaria dei propri diritti solo perché non è in condizioni di accollarsi il rischio di essere condannato al pagamento di spese di lite che potrebbero essere fatali per la sua economia personale.

Qualora le parti addiventano all'espletamento del tentativo di conciliazione, in quella sede, come previsto dal art. 410 c.p.c., dovranno manifestare le proprie posizioni in fatto e diritto consentendo di valutare compiutamente i rischi di un futuro giudizio. Tale lettura della disposizione può portare a una rivitalizzazione della procedura conciliativa che, altrimenti, sembra destinata all'oblio: è del tutto evidente l'interesse del lavoratore a conoscere compiutamente, prima del giudizio innanzi al giudice, le posizioni della controparte e, finanche, le sue eventuali richieste in via riconvenzionale come viene imposto dalla nuova formulazione dell'art. 410, cit.

Ciò dovrebbe spingere i lavoratori (e i loro avvocati) a utilizzare tale istituto affinché, ove la controparte aderisca, le vicende oggetto del contenzioso siano valutate anteriormente al giudizio, consentendo di procedere alla successiva tutela dei propri diritti innanzi al giudice in modo più consapevole.

Riferimenti bibliografici

- Aiello F. (2012), *Impugnativa del licenziamento e regime delle decadenze*, in *LG*, 351 ss.
- Amoroso G. (2012), *Impugnazioni e decadenze nel Collegato lavoro. Il nuovo regime delle impugnazioni e delle decadenze*, in <http://www.treccani.it>.
- Boghetich E. (2011), *Tutele dei diritti del lavoratore e nuovi termini di decadenza*, in *ADL*, I, 68 ss.
- Cannella G. (2011), *Tutela giudiziaria ed estensione delle ipotesi di decadenza*, in Aa.Vv., *La controriforma della giustizia del lavoro*, Milano, 113 ss.
- Coppola P. (2011), *Collegato lavoro, ordinamento comunitario e poteri del giudice*, in *RGL*, I, 69 ss.
- Mazzotta O. (2011), *Poteri del datore di lavoro, certificazione e controllo del giudice*, in Aa.Vv., *Il diritto del lavoro dopo il «Collegato»*, Montecastrilli, 7 ss.
- Nicolini C.A. (2013), *L'evoluzione del regime delle decadenze nei rapporti di lavoro*, in *RIDL*, n. 3, I, 609 ss.
- Pivetti M. (2011), *La tentata elusione del diritto dei lavoratori ad avere un giudice*, in *RGL*, I, 151 ss.
- Roccella M. (2011), *Il regime delle impugnazioni*, in *RGL*, I, 18 ss.
- Rossi N. (2016), *Successione di appalti e tutela dei lavoratori*, in *ADL*, n. 3, II, 636 ss.
- Scarpelli F. (2011), *Il nuovo regime delle decadenze*, in Aa.Vv., *Il diritto del lavoro dopo il «Collegato»*, Montecastrilli, 35 ss.
- Vallebona A. (2010), *Una buona svolta del diritto del lavoro. Il «Collegato» 2010*, in *MGL*, 2010, 211 ss.

Filippo Aiello
Avvocato in Roma

CASSAZIONE, 30.3.2017, n. 8260 – Pres. Manna, Est. Patti, P.M. Matera (diff.) – E.V. (avv. De Meo) c. Agmen Srl (avv.ti Leone, Rampolla). Cassa Corte d'Appello di Milano, 19.8.2014.

Controversie di lavoro e previdenza – Rinunzie e transazioni – Art. 2113 c.c. – Conciliazione in sede sindacale – Autonomia negoziale assistita – Annullabilità – Contratto di lavoro – Raggiri – Dolo del datore di lavoro – Art. 1439 c.c.

Nel contratto di lavoro, il silenzio serbato da una delle parti in ordine a situazioni di interesse della controparte e la reticenza che si inserisca in un complesso comportamento adeguatamente preordinato, con malizia e astuzia, a realizzare un inganno idoneo a determinare l'errore del «deceptus» integrano gli estremi del dolo omissivo rilevante ai sensi dell'art. 1439 c.c. (1)

(1) UN BLUFF DEL DATORE DI LAVORO?

LA CONCILIAZIONE IN SEDE SINDACALE ALLA PROVA DEL DOLO OMISSIVO

1. — Con la pronuncia in commento, la Corte di Cassazione ha parzialmente accolto il ricorso presentato da un lavoratore al fine di impugnare un verbale di conciliazione, sottoscritto con il proprio ex datore di lavoro in sede sindacale, nell'ambito di una procedura di mobilità ai sensi della l. n. 223 del 1991.

Nella fattispecie, il datore di lavoro aveva dapprima incluso la posizione lavorativa del ricorrente tra quelle eccedentarie, inducendolo così a sottoscrivere una conciliazione che implicava la cessazione del rapporto di lavoro, salvo, poco dopo, assumere un altro lavoratore nella medesima posizione.

Il giudice di legittimità ha cassato la sentenza di appello, ritenendo che la condotta del datore di lavoro possa configurare una fattispecie di «silenzio malizioso [...] idonea a integrare raggio». Il verbale di conciliazione, secondo la Suprema Corte, è quindi annullabile per dolo omissivo, ai sensi dell'art. 1439 c.c.

La sentenza in oggetto impone, preliminarmente, un esame delle modalità di impugnazione del provvedimento conclusivo della procedura di conciliazione in sede sindacale, disciplinata dal combinato disposto degli artt. 2113 c.c. e 411 c.p.c. (Si vedano, in via generale, Albi 2016, 111 ss.; Voza 2007, 77 ss.; Pera 1990, 89 ss.).

Al riguardo, viene in rilievo l'art. 2113, comma 4, c.c., il quale esclude le conciliazioni avvenute in sede sindacale dal regime speciale di impugnazione di cui ai primi tre commi. Controversa è la *ratio* di tale eccezione. Parte della dottrina e la giurisprudenza maggioritaria la identificano in quanto, nella fattispecie, la strutturale posizione di soggezione del lavoratore nei confronti della controparte, nel decidere se concludere o meno un accordo transattivo con essa, o compiere un atto di rinuncia unilaterale (*Inter alia*, Ichino 2003, 610 ss.), è compensata dall'assistenza del sindacato (*Ex multis*, Del Punta 2016, 348; Dessi 2011, 183; in giurisprudenza, Cass. 6.5.2016, n. 9255, S. VI, in *De&G*, 22 settembre 2016; sul requisito dell'effettività dell'assistenza sindacale, Cass. 23.10.2013, n. 24024, in *FI*, 2014, n. 1, I, 101 ss.; *contra*, in relazione agli eccessivi rischi gravanti sull'impresa rispetto a fattori sottratti al suo controllo, Gragnoli 1998, 392

ss.). Una diversa corrente interpretativa, invece, sostiene che, mediante l'art. 2113, comma 4, c.c., l'ordinamento abbia selezionato alcune categorie di soggetti conciliatori – tra cui i sindacalisti – solamente in quanto essi hanno le competenze per assicurare la stipulazione di accordi, rispondenti all'interesse delle parti di risolvere amichevolmente la controversia, senza alcuna finalità di ripristino della genuina volontà del lavoratore (Novella 2009, 377 ss.; Fabris 1978, 40).

Fermo quanto sopra, gli interpreti più attenti hanno, da tempo, evidenziato che gli accordi conciliativi di cui all'art. 2113, comma 4, c.c., sono impugnabili secondo gli ordinari rimedi civilistici (Ma tale impugnabilità sussiste, in generale, per tutte le tipologie di rinunce e transazioni del lavoratore: cfr. Albi 2016, 111; Cester 1989, 1000; Ferraro 1988, 12), in quanto tale facoltà non è espressamente esclusa dalla norma in esame (Albi, 2016 115; Novella 2007, 613), e poiché si tratta, in ogni caso, di negozi giuridici, cui si applica il regime generale delle invalidità del codice civile che ricomprende, *inter alia*, le azioni volte a far accertare la simulazione, l'errore di fatto, i vizi del consenso e l'indeterminatezza dell'oggetto (In dottrina, *ex multis*, Ciucciovino 2017, 1253; Pera 1990, 59-60; in giurisprudenza Cass. 26.7.2002, n. 11107, in *RGL*, 2003, n. 2, II, con nota di Fatone, 422 ss.).

Con riferimento al caso in esame, la Corte di Cassazione conferma l'impugnabilità del verbale conciliativo sulla base delle norme di diritto civile, affermando che la condotta di «silenzio malizioso» tenuta dal datore di lavoro nella fase precedente alla conclusione dell'accordo è potenzialmente funzionale a raggirare il lavoratore, integrando la fattispecie di dolo omissivo. La controparte avrebbe, nello specifico, tentato di «forzare» la volontà negoziale del ricorrente, persuadendolo che il suo posto di lavoro sarebbe stato comunque incluso tra quelli eccedentari nell'ambito della procedura di mobilità in corso, e spingendo così il lavoratore a sottoscrivere un accordo in sede sindacale implicante la cessazione del suo rapporto lavorativo.

Per sostenere tale tesi, la Suprema Corte richiama precedenti pronunce di ambito sia civilistico che penalistico, oltre a evidenziare che le circostanze di fatto integranti il vizio della volontà devono essere accertate *in concreto* e alla luce delle qualità del soggetto raggirato, per escludere vizi determinati dall'atteggiamento negligente del ricorrente. Negligenza che, nella fattispecie, pare comunque non sussistere, poiché il lavoratore ricopriva una posizione apparentemente non idonea a metterlo in condizione di comprendere, in anticipo, i raggiri di controparte.

In ambito civilistico, il dolo quale vizio della volontà è disciplinato dall'art. 1439 c.c., ed «è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato», oltre che dall'art. 1440 c.c., relativo alla più lieve fattispecie del dolo incidente, che dà luogo solamente a un rimedio risarcitorio.

La condotta dolosa, in particolare, può assumere natura commissiva, o consistere in un atteggiamento omissivo (In via generale, con riferimento al dolo omissivo, cfr., *ex multis*, Sacco 2011, 357 ss.; Gallo 2006, 465 ss.). Quest'ultimo è identificabile in un atteggiamento preordinato e reticente, o volto a nascondere circostanze decisive nel determinare le scelte negoziali della controparte, per generare «una rappresentazione alterata della realtà, che abbia provocato nel [...] meccanismo volitivo un errore essenziale ai sensi dell'art. 1429 c.c.» (Cass. 23.6.2009, n. 14628, S. III, in *MGC*, 2009, n. 6, 963 ss., nonché Cass. 2.2.2012, n. 1480, S. II, in *FI*, 2012, n. 5, I, 1474 ss.).

Ai fini dell'accertamento della sussistenza del dolo omissivo, l'orientamento maggioritario ritiene necessaria una condotta consistente nel silenzio, o nella reticenza, serbata da una delle parti (In relazione all'ambito giuslavoristico, si legga in particolare Cass. 17.5.2012, n. 7751, in *MGC*, 2012, 5, 626), cui si aggiunge un *quid pluris*, di norma identificato in «malizie e astuzie volte a realizzare l'inganno voluto e idonee in concreto a sorprendere una persona di normale diligenza» (Cass. 23.6.2009, n. 14628, cit.; inoltre, *ex plurimis*, Cass. 31.5.2010, n. 13231, S. II, in *GC*, 2010, 9, 1863; in dottrina De Poli 2011, 356; Gentili 2004, 555 ss.). L'attività decettiva richiesta, pertanto, implica una condotta più ampia e strutturata del semplice silenzio osservato, ad esempio, in sede di trattative. Si tratta, in sostanza, di un «dolo misto, attivo e passivo insieme» (Ferrante 2008, 331; si legga anche Schiavone 2008, 796 ss.).

Nel richiamare la giurisprudenza penalistica, la sentenza in commento pare, invece, voler sottolineare un parallelismo tra la fattispecie di truffa di cui all'art. 640 c.p. e la condotta dolosa *ex art.* 1439 c.c., confermato dall'assunto giurisprudenziale per il quale «Il contratto concluso per effetto di truffa di uno dei contraenti in danno dell'altro [...] è [...] annullabile *ex art.* 1439 c.c., in quanto il dolo costitutivo del delitto di truffa non è ontologicamente diverso [...] risolvendosi entrambi in artifici e raggiri adoperati dall'agente e diretti a indurre in errore l'altra parte...» (Cass. 31.3.2011, n. 7468, S. II, in *Il civilista*, 2011, 6, 14). Sono numerose, infatti, le pronunce della giurisprudenza penale che identificano il reato di truffa in circostanze analoghe a quelle indicate dall'art. 1439 c.c. per il dolo omissivo (Cass. 19.3.2013, n. 28703, S. pen., in *Ced Cassazione*, 2013; Cass. 19.6.2012, n. 32859, S. pen., in *Ced Cassazione*, 2012; in materia lavoristica Cass. 11.10.2005, n. 39905, S. pen., in *Cass. pen.*, 2007, 4, 1657): tale corrispondenza evidenzia, in particolare, l'importanza del requisito del dovere di informazione, individuabile anche in una norma extrapenale, che deve essere violato al fine di dare luogo a una condotta dolosa rilevante (Cass. 13.11.1997, n. 98, S. pen., in *Giust. pen.*, 1999, n. 2, 254 ss.).

Alla luce di quanto sopra i presupposti per l'accertamento, *in concreto*, del dolo omissivo in relazione alle conciliazioni di cui all'art. 2113, comma 4, c.c., sono, quindi, due: la violazione, mediante il silenzio, di un obbligo informativo, e la presenza di un comportamento decettivo, in grado di turbare il processo di formazione della volontà del soggetto passivo.

Nella fattispecie, quindi, se la condotta illecita di parte datoriale può essere individuata nell'aver dapprima inserito il lavoratore nella lista dei soggetti che avrebbero dovuto essere licenziati all'esito della procedura di mobilità, inducendolo così a sottoscrivere l'atto conciliativo implicante la cessazione del rapporto di lavoro, salvo, poco dopo, assumere un nuovo prestatore di lavoro nelle medesime mansioni del precedente, si pone il problema di identificare quale sia l'obbligo informativo violato, sul quale la Cassazione non prende posizione.

Una possibile risposta funzionale a giustificare la posizione assunta dalla Suprema Corte – fermo restando che la l. n. 223 del 1991 non prevede, a carico del datore di lavoro, obblighi informativi in favore del lavoratore che possano fungere da presupposto a una condotta integrante, nel caso di specie, il dolo omissivo – potrebbe essere individuata nel generale dovere di correttezza e buona fede in sede di trattative e di formazione del contratto, di cui all'art. 1337 c.c. Il riferimento corre, in particolare, a quella corrente giurisprudenziale che ha ritenuto la violazione dell'obbligo di compor-

tarsi secondo buona fede rilevante non solo in caso di rottura ingiustificata delle trattative, ma altresì, con specifico riferimento al vizio del dolo, «se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto» (Cass. 29.9.2005, n. 19024, S. I, *GC*, 2006, 7-8, I, 1526 ss.).

Tale opzione interpretativa, tuttavia, non è immune da criticità.

In primo luogo, la giurisprudenza di legittimità non è unanime sul punto. Vi è, infatti, un rilevante orientamento di segno opposto che, non riconoscendo la natura di norma imperativa dell'art. 1337 c.c., nega, al di fuori dei casi di responsabilità precontrattuale o di espressa previsione legislativa, la rilevanza «dell'obbligo generico di comportarsi secondo buona fede» ai fini della «responsabilità civile» o della «invalidità del contratto», con ciò escludendo che tale norma possa fungere da presupposto, una volta concluso l'accordo conciliativo, per sostenere che la condotta reticente di controparte rientri nell'ambito del dolo omissivo *ex art.* 1439 c.c. (Cass. 5.2.2007, n. 2479, S. II, nonché Cass. 18.10.1980, n. 5610, S. III, in *MGC*, 1980, 10). In seconda istanza, porre il generale dovere di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. a fondamento dell'obbligo informativo disatteso, al fine di integrare i presupposti del dolo omissivo, senza ulteriori specificazioni, e senza chiarire quali siano i termini temporali in cui il datore di lavoro deve tenere fede alle informazioni fornite in sede di trattative *ex art.* 2113, comma 4, c.c., rischia di porre, in capo alla parte onerata, un dovere di informazione decisamente esteso. Più corretto sarebbe, quindi, distinguere le conseguenze della divergenza tra le dichiarazioni rilasciate dal datore di lavoro in sede conciliativa e le sue scelte imprenditoriali future, in base al tempo trascorso dalla conclusione dell'accordo *ex art.* 2113, comma 4, c.c., attribuendo rilevanza ai sensi dell'art. 1439 c.c. solamente ai casi verificatisi decorso un breve lasso di tempo.

Prefigurando uno scenario alternativo a quello affrontato dalla Suprema Corte, è possibile sostenere che l'accordo in esame si sarebbe potuto altresì impugnare valorizzando l'orientamento giurisprudenziale e dottrinario che richiede, ai fini della validità di una conciliazione in sede sindacale *ex art.* 2113, comma 4, c.c., un'«effettiva assistenza» nella formazione della volontà del lavoratore. Al riguardo, infatti, sarebbe stato possibile sostenere che l'assunzione, *ex post*, di un nuovo soggetto in luogo del ricorrente avrebbe posto nel nulla l'attività del rappresentante sindacale, funzionale, nel corso del procedimento di conciliazione, a superare la presunzione del condizionamento del consenso del lavoratore, garantendo la genuinità della sua scelta e la consapevolezza dei diritti dismessi (Cass. 3.9.2003, n. 12858, in *NGiur. Lav.*, 2004, 259 ss., e Cass. 3.4.2002, n. 4730, in *RIDL*, 2003, n. 2, I, con nota di Pardini, 179 ss.; in dottrina, Voza 2007, 109-110; Senatori 2004, 184-185, e Ghezzi 2000, 205 ss.), in quanto gli effetti prodotti *in concreto* da tale intesa sono stati diversi da quelli previsti.

Seguendo tale ragionamento sarebbe, quindi, venuto meno il presupposto della volontà assistita che legittima l'esclusione delle conciliazioni *ex art.* 2113, comma 4, c.c., dal regime generale di impugnazione delle rinunce e transazioni del lavoratore, permettendo a quest'ultimo di contestare l'efficacia dell'accordo ai sensi dell'art. 2113, commi 1-3, c.c.

Anche tale soluzione, tuttavia, non pare essere idonea a fugare ogni perplessità: in primo luogo, come sopra evidenziato, parte della dottrina e della giurisprudenza (*Ex plurimis*, Cass. 26.7.1984, n. 4413, in *MGL*, 1984, 509 ss.) non ritengono che il ruolo del rappresentante sindacale, in sede di conciliazione, sia quello di contribuire a for-

mare la volontà negoziale assistita del lavoratore, al fine di porlo in una condizione di parità con la controparte. Inoltre, l'impugnazione *ex art.* 2113 c.c., commi 1-3, rimarrebbe in ogni caso soggetta al termine di decadenza di soli sei mesi dalla data di cessazione del rapporto, o del concretizzarsi della rinuncia o transazione, se successiva (Cass. 5.5.2016, n. 9064, in *DeJure*).

In conclusione, quindi, la pronuncia del marzo 2017, pur rappresentando un interessante caso di incidenza della generale disciplina civilistica in ambito giuslavoristico, e un apprezzabile tentativo della Suprema Corte di tutelare il lavoratore nel caso in cui il datore di lavoro venga meno agli impegni presi in sede conciliativa, pare non aver chiarito con precisione il percorso logico che, nella fattispecie, ha portato a ritenere integrati i requisiti del dolo omissivo di cui all'art. 1439 c.c., con particolare riferimento a quello dell'obbligo informativo che sarebbe stato violato dalla parte datoriale. Sarà, pertanto, necessario attendere, per ulteriori chiarimenti, il pronunciamento del giudice del rinvio, o i futuri provvedimenti del giudice di legittimità, anche al fine di valutare se la sentenza in commento sarà effettivamente destinata a segnare un primo passo verso un rafforzamento della tutela del lavoratore nell'ambito delle conciliazioni di cui all'art. 2113, comma 4, c.c.

Riferimenti bibliografici

- Albi P. (2016), *La dismissione dei diritti del lavoratore*, in Busnelli F.D. (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano.
- Cester C. (1989), voce *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, in *ED*, Giuffrè, Milano.
- Ciucciovino S. (2017), *Art. 2113 c.c. Rinunzie e transazioni*, in Amoroso G. *et al.* (a cura di), *Diritto del lavoro. La Costituzione, il codice civile e le leggi speciali*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1243 ss.
- De Poli M. (2011), *I mezzi dell'attività ingannatoria e la reticenza da Alberto Trabucchi alla stagione della «trasparenza contrattuale»*, in *RDC*, n. 5, 647 ss.
- Del Punta R. (2016), *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Dessi O. (2011), *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113*, Giappichelli, Torino.
- Fabris P. (1978), *L'indisponibilità dei diritti dei lavoratori*, Giuffrè, Milano.
- Ferrante E. (2008), *Il dolo omissivo nella giurisprudenza: fine dell'esilio?*, in *RTDPC*, n. 1, 317 ss.
- Ferraro G. (1988), voce *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, in *EGT*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma.
- Gallo P. (2006), *I vizi del consenso*, in Gabrielli E. (a cura di), *I contratti in generale*, Utet, Torino, 457 ss.
- Gentili A. (2004), *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *RDPriv*, n. 3, 555 ss.
- Ghezzi G. (2000), *La conciliazione delle controversie di lavoro intervenuta con l'assistenza dei difensori*, in *RTDPC*, n. 1, 205 ss.
- Gragnoles E. (1998), *Transazioni individuali, sottoscrizione «con riserva» e assistenza sindacale*, in *RIDL*, n. 2, I, 392 ss.
- Ichino P. (2003), *Il contratto di lavoro*, vol. 3, Giuffrè, Milano.

- Novella M. (2007), *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, in Carinci F. (a cura di), *Il lavoro subordinato*, t. III, in Bessone M. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. XXIV, Giappichelli, Torino, 569 ss.
- Novella M. (2009), *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, Milano.
- Pera G. (1990), *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, Giuffrè, Milano.
- Sacco R. (2011), voce *Dolo omissivo e obbligo di informazione*, in *DDPCiv.*, aggiornamento.
- Schiavone G. (2008), *Dolo (raggiro) e responsabilità precontrattuale*, in *RCP*, n. 4, 786 ss.
- Senatori I. (2004), *Effettività dell'assistenza sindacale e validità della conciliazione stragiudiziale: una nuova pronuncia della Cassazione*, in *RIDL*, n. 2, II, 183 ss.
- Voza R. (2007), *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.

Matteo Avogaro
*Dottorando in Diritto del lavoro
presso l'Università di Milano*

I

CORTE D'APPELLO ROMA, 14.2.2017 – Pres. Gallo, Est. Bonanni – X.X. (avv.ti Vallebona, Panici) c. B. Spa e B.P.I. Scpa (avv.ti R. Scognamiglio e C. Scognamiglio).

Controversie di lavoro e previdenza – Contratti d'appalto – Somministrazione illecita di manodopera – Oneri probatori – Principio di non contestazione.

Il principio di non contestazione dev'essere dedotto dalla complessiva strategia difensiva della parte. Di conseguenza, se l'attore fornisce prova dei fatti costitutivi a fondamento della propria domanda e nega l'esistenza di un fatto impeditivo che dovrebbe invece essere provato dalla controparte, non ha uno specifico onere di contestazione quando la controparte lo allega. (1)

II

CORTE D'APPELLO ROMA, 3.2.2017 – Pres. Bonanni, Est. Di Sario – X.X. (avv.ti P.L. Panici, C. Panici) c. B. Spa e B.P.I. Scpa (avv.ti R. Scognamiglio, C. Scognamiglio).

Controversie di lavoro e previdenza – Contratti d'appalto – Somministrazione illecita – Oneri probatori – Principio di non contestazione.

Il principio di non contestazione dev'essere dedotto dalla complessiva strategia difensiva della parte. Di conseguenza, se l'attore fornisce prova dei fatti costitutivi a fondamento della propria domanda e nega l'esistenza di un fatto impeditivo che dovrebbe invece essere provato dalla controparte, non ha uno specifico onere di contestazione quando la controparte lo allega. (2)

(1-2) ANCORA SUL RIPARTO DEGLI ONERI PROBATORI

E SUL PRINCIPIO DI NON CONTESTAZIONE NEL PROCESSO DEL LAVORO

1. — Le sentenze della Corte d'Appello di Roma che si commentano riguardano un'ipotesi di interposizione di manodopera.

Il caso è abbastanza comune. Un gruppo di lavoratori coinvolti in una serie di appalti per attività di facchinaggio presso un istituto di credito chiamato in giudizio la società appaltante al fine di ottenere il riconoscimento del rapporto di lavoro direttamente con quest'ultima.

I ricorrenti, a sostegno della propria domanda, deducono: di aver svolto la propria attività di facchini sempre presso l'archivio dell'appaltante, seppure alle dipendenze formali di diversi datori di lavoro; di aver utilizzato strumenti messi a disposizione dall'istituto di credito; di aver ricevuto direttive sempre dal personale della società appaltante; di aver concordato i piani ferie e l'orario di lavoro direttamente con la banca. Rilevano, ancora, la totale estraneità delle società appaltatrici alla gestione dei rapporti di lavoro e l'inesistenza del rischio di impresa per queste ultime: circostanza dedotta dal fatto che il compenso versato dalla banca fosse corrispondente esclusivamente alle ore di lavoro del personale impiegato negli appalti.

Per tali circostanze, tutte di fatto, i lavoratori forniscono prova per testi.

La società convenuta si costituisce in giudizio contestando quanto sostenuto dai lavoratori e depositando un unico contratto di appalto – l'ultimo – a riprova della legittimità di tutti gli appalti via via succedutisi.

Il giudice di primo grado respinge la domanda dei lavoratori fondando la sua decisione unicamente sul contratto di appalto depositato dalla società e deducendo l'identico contenuto dei precedenti contratti dal riconoscimento dell'esistenza degli stessi nel ricorso introduttivo (i ricorrenti fanno riferimento a diversi contratti di appalto) e dalla non contestazione specifica sul punto da parte dei lavoratori.

La Corte d'Appello riforma la sentenza di primo grado ritenendola viziata nella parte relativa al riparto degli oneri probatori e all'applicazione del principio di non contestazione.

2. — Al di là della questione dell'appalto di manodopera, che la Corte affronta applicando principi consolidati, le sentenze sono interessanti perché offrono lo spunto per qualche considerazione sulla corretta applicazione del principio di non contestazione.

Come è noto, quest'ultimo, oggi codificato all'art. 115 c.p.c., come riformato dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, è di creazione giurisprudenziale con specifico riferimento al processo del lavoro proprio in forza del regime di preclusioni in esso operanti (In generale sul principio di non contestazione dopo la riforma del 2009 vd. Battaglia 2009, 1512 ss.; Demarchi 2009, 54 ss.; De Vita, 2010; Ianniruberto 2010, 309 ss.; Pacilli 2011, 299 ss.).

L'art. 416 c.p.c. impone al convenuto di prendere posizione sui fatti posti a fondamento della domanda dell'attore in maniera puntuale, e proprio da tale previsione la giurisprudenza ricava uno specifico onere di contestazione per la parte, in linea con il principio dispositivo del processo.

Poiché l'oggetto del processo è determinato dalle domande delle parti, queste devono prendere posizione sui fatti posti a fondamento della domanda della controparte, non essendo sufficiente a tal fine una generica contestazione di quanto sostenuto.

Risulta, quindi, superato il precedente orientamento che tendeva a negare nel nostro ordinamento la configurabilità di un generale onere di specifica contestazione sulla base della considerazione che il comportamento processuale in cui si realizza la non contestazione di determinati fatti andasse verificato in concreto e caso per caso (Vd., sul punto, Carratta 1995, 206).

Il punto oggetto del contrasto di giurisprudenza, risolto da una nota sentenza delle Sezioni Unite (Cass. 23.1.2002, n. 761, S.U., in *ADL*, 2003, 603), è relativo alle conseguenze ricavabili dalla mancata contestazione della parte.

Secondo un primo orientamento, il mancato assolvimento dell'onere di non contestazione non determinava una sostanziale ammissione dei fatti non contestati, ma doveva essere valutato come mero argomento di prova sfavorevole (Cass. 1.9.2000, n. 11495; Cass. 19.8.1994, n. 7447; Cass. 6.2.1990, n. 815).

Il secondo orientamento, fatto proprio dalle Sezioni Unite e consolidatosi, prevede che l'inadempimento dell'onere di cui all'art. 416 c.p.c. configuri un comportamento «univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio» (Cass. 14.1.2004, n. 405). Quindi, il giudice è obbligato a ritenere i fatti non specificamente contestati come pacifici e, di conseguenza, sottratti definitivamente alla necessità di prova, quantomeno per effetto della preclusione sancita *in limine*, all'udienza di discussione, dall'art. 420 c.p.c., per qualsiasi modificazione di domande, eccezioni o conclusioni già formulate, che non venga autorizzata, per «gravi motivi» dal giudice medesimo (Cfr. Cass. 23.1.2002, n. 761, S.U.; Cass. 3.2.2003, n. 1562; Cass. 15.1.2003, 535; Cass. 15.5.2007, n. 11108; Cass. 15.4.2009, n. 8933).

In questa prospettiva, la non contestazione opera come onere di allegazione e non come onere probatorio. Se l'attore ha l'onere di allegazione, specularmente il convenuto ha l'onere di allegazione contraria. Se l'attore deve allegare entro precisi termini di preclusione, lo stesso vale per il convenuto. È, quindi, lo stesso sistema di preclusioni che definisce il *thema probandum* in modo vincolante per il giudice. È appena il caso di ricordare che il principio di non contestazione opera nel rispetto del principio di parità tra le parti processuali. Infatti, l'onere di contestazione è esteso anche al ricorrente con riferimento ai fatti affermati dal convenuto (Cfr. Valbona 2006, 55).

Il riconoscimento del principio di non contestazione, da parte della giurisprudenza prima e del legislatore poi, ha un'importanza centrale per non rendere eccessivamente gravoso l'onere probatorio delle parti e per evitare il compimento di attività inutili in una logica di semplificazione e di economia processuale. Inoltre, trova fondamento anche nella responsabilità o autoreponsabilità delle parti nell'allegazione dei fatti di causa (Vd. Carratta 1995, 262). Le parti «devono responsabilmente collaborare alla ragionevole durata del processo, dando attuazione, per quanto in loro potere, al principio di economia processuale, e perciò immediatamente delimitando, ove possibile, la materia realmente controversa» (Cass. 24.1.2007, n. 1540).

Tuttavia, desumendosi da un comportamento omissivo delle parti, è compito delicato del giudice individuare l'effettiva non contestazione. Tradizionalmente si ritiene che la stessa debba essere dedotta anche dalla strategia difensiva complessiva della controparte (Vd. Proto Pisani 2003, 606).

Inoltre, il principio di non contestazione non deve essere interpretato in senso così rigido da andare a scapito della ricerca della verità. Se tale principio, come sostenuto, trova fondamento nell'art. 111 Cost., nella parte in cui si ritiene che tra i valori del giusto processo ci sia anche quello della ragionevole durata dello stesso, «l'uso di questa tecnica, però, non può essere spinto sino al punto di compromettere un altro dei valori fondanti del giusto processo, cioè, quello delle parti ad avere diritto a una decisione giusta perché fondata sull'accertamento veritiero dei fatti coinvolti nel processo» (Cea 2011, 3).

Ciò incide anche sulla individuazione dei fatti che devono considerarsi come non contestati, e ha un grande rilievo nel caso oggetto delle sentenze che si annotano.

In primo luogo, occorre chiedersi se le allegazioni negative svolte dall'attore nel ricorso introduttivo possano considerarsi valida contestazione «anticipata» dei fatti impeditivi, estintivi e modificativi introdotti dal convenuto. Se l'attore allega l'inesistenza di tali fatti, sarà onere del convenuto provare l'esistenza degli stessi. La questione centrale è stabilire se, quando l'attore abbia già con il ricorso negato l'esistenza di fatti impeditivi, estintivi, modificativi, debba poi contestare gli eventuali fatti di tal genere allegati dal convenuto o se, piuttosto, possano gli stessi considerarsi come già contestati in origine e, quindi, rientranti nei fatti controversi bisognevoli di prova.

La soluzione dipende dal grado di specificità delle due allegazioni, o, meglio ancora, dal grado di specificità dell'allegazione positiva del convenuto, successiva a quella negativa dell'attore.

Se l'allegazione preventiva dell'attore è specifica e il convenuto si limita genericamente a sostenere il contrario, l'allegazione originaria dell'attore vale come contestazione del fatto modificativo, impeditivo o estintivo successivamente introdotto dal convenuto, senza necessità di un'ulteriore contestazione. Al contrario, se il convenuto contesta in modo più specifico un fatto impeditivo, estintivo o modificativo, allora l'attore ha l'onere, a sua volta, di contestare quanto introdotto dal convenuto. Ciò che conta, in sostanza, è la specularità delle rispettive allegazioni (In questo senso: Cea 2011, 5; Sapone 2012, 64; Agozzino 2015, 5).

Tale conclusione è condivisibile anche perché, se così non fosse, si appesantirebbe in senso burocratico il processo, costringendo l'attore ad allegare nuovamente una circostanza già allegata.

Applicando tali principi al caso che ci occupa, i lavoratori ricorrenti hanno allegato e provato per testimoni l'illegittimità dei diversi contratti di appalto, dimostrando che le effettive modalità di svolgimento del rapporto di lavoro erano incompatibili con l'esistenza di un legittimo contratto di appalto di opere o servizi. In sostanza, i lavoratori, chiedendo il riconoscimento dell'esistenza di un rapporto di lavoro direttamente con la società appaltante, hanno negato l'esistenza di un fatto impeditivo (un legittimo contratto d'appalto) e provato in concreto che il rapporto di lavoro si era svolto alle dipendenze della committente. La società convenuta si è limitata a depositare l'ultimo contratto di appalto, da cui il giudice di primo grado ha dedotto, in via presuntiva e sulla base di un'errata applicazione del principio di non contestazione, che tutti i contratti precedenti avessero lo stesso contenuto.

Non c'è dubbio che nel caso di specie le allegazioni dei lavoratori ricorrenti fossero specifiche tanto quanto quelle della società convenuta. I lavoratori nel ricorso avevano già allegato l'illegittimità dei contratti di appalto, e il deposito di un contratto da parte della società non impone ai lavoratori di dover nuovamente contestare quanto già sostenuto con l'atto introduttivo. La ricostruzione dei fatti fornita dai lavoratori nel ricorso è incompatibile con l'alternativa ricostruzione della società, e ciò rende il fatto controverso e, quindi, bisognevole di prova.

Peraltro, si deve tener presente che il principio di non contestazione trova applicazione con riferimento ai fatti conosciuti dalla parte nei cui confronti lo si allega, cioè i fatti comuni a entrambe le parti. Non si può pretendere una contestazione specifica di un fatto sottratto alla sfera di conoscibilità della parte (Taruffo 2012, 33; Balena 2009, 778; Cea 2009, 271; Frus 2015, 7).

Quindi, nel caso di specie, sbaglia il giudice di primo grado a considerare non con-

testata, e, quindi, sottratta al *thema probandum*, la prova dell'identico contenuto tra l'ultimo contratto di appalto e quelli precedenti non prodotti dalla società.

I lavoratori non hanno diretta conoscenza del contratto di appalto perché si tratta di un negozio commerciale a loro estraneo; quindi, non gli è possibile contestare in modo specifico l'affermazione della società. Né tanto meno può condividersi l'assunto del giudice di primo grado secondo cui, in presenza di una prestazione lavorativa svolta senza soluzione di continuità e senza modifiche nell'organizzazione, ciò che risulta provato dal 2013 in poi dovrebbe valere anche per il periodo precedente. Non si vede come si possa ritenere giuridicamente provato, in via presuntiva, che contratti di appalto diversi, stipulati con diversi soggetti giuridici, in tempi diversi abbiano avuto identico contenuto.

È corretto, quindi, il principio di diritto espresso dalle sentenze in commento, e sono condivisibili le conclusioni a cui la Corte giunge.

Riferimenti bibliografici

- Agozzino (2015), *La velocizzazione del rito: il principio di non contestazione*, in *La Nuova procedura civile*, 1 ss.
- Balena G. (2009), *La nuova pseudo-riforma del processo civile*, in *Il giusto processo civile*, 779 ss.
- Battaglia V. (2009), *Sull'onere del convenuto di «prendere posizione» in ordine ai fatti posti a fondamento della domanda*, in *RDPriv.*, 2009, 1512 ss.
- Carratta A. (1995), *Il principio di non contestazione nel processo civile*, Giuffrè, Milano.
- Cea C.M. (2009), *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio di non contestazione*, in *FI*, V, 271 ss.
- Cea C.M. (2011), *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in *www.judicium.it*.
- De Vita F. (2010), *Non contestazione (principio di)*, in *DDPCiv.*, Aggiornamento.
- Demarchi P.G. (2009), *Il nuovo processo civile*, Giuffrè, Milano.
- Frus G. (2015), *Il principio di non contestazione tra innovazioni normative, interpretazioni dottrinali e applicazioni giurisprudenziali: soggetti, oggetto e modalità della contestazione*, in *www.judicium.it*.
- Ianniruberto G. (2010), *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, in *GC*, II, 309 ss.
- Pacilli M. (2011), *Osservazioni sul principio di non contestazione*, in *RTDPC*, 299 ss.
- Proto Pisani A. (2003), *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *FI*, IV, 604 ss.
- Sapone N. (2012), *Il principio di non contestazione nel processo del lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Taruffo M. (2012), *La prova nel processo civile*, Giuffrè, Milano.
- Vallebona A. (2006), *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, Cedam, Padova.

Maria Giovanna Greco
*Ricercatrice di Diritto del lavoro
presso l'Università di Parma*

SICUREZZA SOCIALE

CORTE COSTITUZIONALE, 12.7.2017, n. 166 – Pres. Grossi, Est. Morelli
– Inps (avv. Preden) c. N.B.

Pensione – Pensione di vecchiaia e anzianità Inps – Contributi assicurativi e previdenziali – Lavoro prestato all'estero – Regime dei contributi versati all'estero e trasferiti in Italia – Disposizione di interpretazione autentica che determina la retribuzione pensionabile – Legittimità – Sopravvenuta sentenza della Corte Edu che condanna l'Italia per violazione art. 1 del Protocollo addizionale Cedu (sent. *Stefanetti e altri c. Italia*) – Assertito contrasto della disposizione censurata con la Cedu come interpretata dalla pronuncia medesima – Insussistenza – Specificità dei singoli casi – Sussiste – Inammissibilità della questione.

La questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, c. 777, della l. n. 296/2006, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)», sollevata – in riferimento all'art. 117, c. 1, Cost., in relazione agli artt. 6, par. 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione, firmato a Parigi il 20.3.1952, ratificati e resi esecutivi con l. n. 848/1955 – dalla Corte di Cassazione, con ordinanza dell'11.3.2015, è inammissibile. (1)

(1) LE PENSIONI SVIZZERE E IL DIALOGO TRA LE CORTI:
NON GUARDARMI, NON TI SENTO!

1. — La sentenza in epigrafe è l'ultimo atto dell'intenso dibattito tra Corti nazionali e internazionali (Cassazione, Corte costituzionale e Corte Edu) avente a oggetto la riparametrazione dei contributi versati in Svizzera e poi trasferiti presso l'Ago italiana, disposta dall'art. 1, comma 777, legge 27 dicembre 2006 n. 296.

Si tratta di una questione che presenta un articolato quadro normativo e giurisprudenziale sviluppatosi nel tempo (Così Cass. 11.3.2015, n. 4881, ord., in *RIDL*, 2015, n. 3, II, 880 ss.).

L'art. 1 dell'Accordo aggiuntivo alla Convenzione tra l'Italia e la Svizzera relativa alla sicurezza sociale del 14.12.1962, concluso a Berna il 4 luglio 1969 (Ratificata con l. 18.5.1973, n. 283), prevede, al primo comma, che i cittadini italiani hanno la facoltà di chiedere il trasferimento alle assicurazioni sociali italiane dei contributi versati all'assicurazione sociale svizzera ove non abbiano ancora beneficiato di alcuna prestazione, a condizione che si stabiliscano definitivamente in Italia. Il comma 2 regola la connessa perdita di ogni diritto nei confronti dell'assicurazione svizzera e il comma 3 prevede che le assicurazioni sociali italiane utilizzino, a favore dell'assicurato o dei suoi superstiti, i contributi trasferiti al fine di far loro conseguire i vantaggi derivanti dall'assicurazione invalidità, vecchiaia e superstiti.

Al momento della stipulazione del suddetto Accordo aggiuntivo del 1969 era stata introdotta in Italia la cd. pensione retributiva a opera dell'art. 5 del d.P.R. 27.4.1968, n. 488, che, oltre alla retribuzione annua pensionabile, teneva conto dei contributi versati.

Le convenzioni italo-svizzere, però, nel regolare il trasferimento dei contributi, omettevano di considerare che nei due paesi vigevano aliquote contributive diverse (pari a circa l'8 per cento in Svizzera e al 32 per cento in Italia) né le riforme, succedutesi a partire dal 1968, sono intervenute sul punto.

Tuttavia, l'Inps, nel liquidare i trattamenti pensionistici di quanti avevano lavorato in Svizzera, utilizzava una retribuzione virtuale che teneva conto delle diverse aliquote contributive.

La Cassazione, con orientamento consolidato (Cfr.: Cass. 6.3.2004, n. 4623, in *MGC*, 2004, 3; Cass. 26.10.2004, n. 20731, inedita a quanto conta; Cass. 12.4.2005, n. 7455, inedita a quanto consta), definiva però illegittima la riduzione della retribuzione operata dall'ente previdenziale giacché tale procedimento, oltre a non essere previsto dalla legge, determinava un'arbitraria modificazione dei criteri di liquidazione della pensione. Del resto, secondo i giudici di legittimità, l'entità delle aliquote contributive non è un elemento rilevante ai fini della determinazione della pensione in base alla retribuzione percepita nell'ultimo periodo lavorativo, potendo esse variare per legge nel corso del tempo oppure essere determinate in misura diversa a seconda delle varie categorie produttive o di lavoratori o in presenza di situazioni particolari.

Successivamente, l'art. 1, c. 777, l. n. 296 del 2006, nel fornire l'interpretazione dell'art. 5, d.P.R. n. 488/1968, ha previsto – con salvezza dei trattamenti più favorevoli già liquidati – che la retribuzione percepita all'estero, da porre a base del calcolo della pensione, doveva essere riproporzionata al fine di stabilire lo stesso rapporto percentuale previsto per i contributi versati nel nostro paese nel medesimo periodo, così introducendo, nell'ordinamento, una interpretazione della disciplina applicabile non favorevole agli assicurati che avevano lavorato in Svizzera (Sugli effetti della norma sulla giurisprudenza cfr.: T. Brescia 20.10.2008, inedita a quanto consta).

La Cassazione, ritenendo che la novella del 2006, pur dichiarata di interpretazione autentica, introducesse, invece, una modifica sostanziale della disciplina in contrasto con altri interessi costituzionalmente protetti, ha, nel corso del tempo, sollevato più volte la questione di legittimità costituzionale del comma 777, cit. (Rispettivamente: Cass. 5.3.2007, n. 5048, ord., in *FI*, 2007, n. 5, I, 1404; Cass. 15.11.2011, n. 23834, ord., in *MGC*, 2011, n. 11, 1609; Cass. 11.3.2015, n. 4881, ord., cit.).

Con la sentenza 23.5.2008, n. 172 (In *RIDL*, 2009, n. 1, II, 206, con nota di Nicolini), la Corte costituzionale ha escluso il contrasto con gli artt. 3, 35 e 38 Cost. confermando la natura interpretativa della norma impugnata ritenuta non lesiva dei diritti dei lavoratori. Secondo la Corte, la norma impugnata non determina una riduzione *ex post* del trattamento spettante ai lavoratori ma anzi assicura la razionalità complessiva del sistema previdenziale, evitando che, a fronte di una esigua contribuzione versata in Svizzera, si possano ottenere le stesse utilità di chi, prestando attività lavorativa esclusivamente in Italia, ha, invece, dovuto sostenere una contribuzione molto più gravosa. Inoltre, il principio dell'affidamento e i diritti ormai acquisiti sono rispettati dalla salvezza delle posizioni dei lavoratori cui già era stato liquidato il trattamento pensionistico con il criterio più favorevole.

Il c. 777, cit., ha poi superato il successivo vaglio di costituzionalità anche in relazione al prospettato suo contrasto con l'art. 117, c. 1, Cost. in relazione all'art. 6, paragrafo 1, della Cedu come interpretato dalla sentenza della Corte di Strasburgo del 31.5.2010 (*Maggio e altri c. Italia*). Tale decisione aveva ritenuto violato l'art. 6, par. 1, Cedu, dallo Stato italiano perché era intervenuto, mentre i procedimenti erano pendenti, con una norma *ad hoc* (il comma 777, cit., appunto), senza che sussistessero impellenti motivi di interesse generale, al fine di assicurarsi un esito favorevole nei giudizi di cui era parte attraverso l'Inps, rendendo così inutile per un intero gruppo di persone la prosecuzione del giudizio (C. Edu 31.5.2010, *Maggio c. Italia*, in *RGL*, 2012, n. 2, II, 356, con nota di Menghini).

Con la sentenza 28.5.2012, n. 264, cui ha fatto seguito l'ordinanza del 23.1.2014, n. 10 (In *GCost.*, 2014, n. 1, 172), la Corte costituzionale ha, infatti, ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale sottopostale giacché nel bilanciamento tra i contrapposti interessi coinvolti nella materia *de qua* prevalgono quelli generali alla sostenibilità del sistema previdenziale che giustificano, quindi, il ricorso alla legislazione retroattiva. Legislazione ritenuta «ispirata, invero, ai principi di uguaglianza e di proporzionalità», in quanto tiene conto della circostanza che i contributi versati in Svizzera sono notevolmente inferiori a quelli versati in Italia e, in ragione di ciò, opera «una riparametrazione diretta a rendere i contributi proporzionati alle prestazioni, a livellare i trattamenti, per evitare sperequazioni, e a rendere sostenibile l'equilibrio del sistema previdenziale a garanzia di coloro che usufruiscono delle sue prestazioni» (Così C. cost. 28.5.2012, n. 264, in *GI*, 2013, n. 4, 769).

Con la decisione in epigrafe la Corte è, da ultimo, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del comma 777, cit., in riferimento all'art. 117, c. 1, Cost., in relazione al parametro interposto di cui all'art. 1 del Protocollo addizionale alla Cedu (relativo alla protezione della proprietà), oltre che a quello di cui all'art. 6, par. 1, della stessa Convenzione poiché, dopo la sentenza *Maggio*, la Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza del 15.4.2014 (*Stefanetti e altri c. Italia*) ha accertato la lesione del diritto pensionistico dei lavoratori interessati.

Ricordando che, nel precedente giudizio, la perdita di meno della metà della pensione equivaleva a una riduzione «ragionevole e proporzionata» coerente con la finalità perequativa della legge del 2006, la Corte di Strasburgo ha, successivamente, evidenziato che la decurtazione di circa due terzi della pensione a fronte di un versamento contributivo «per tutta la vita» – nei confronti di chi aveva trasferito in

Italia la contribuzione maturata in Svizzera con l'aspettativa di poter percepire pensioni più elevate, ma che aveva finito però con l'ottenere «meno della pensione media italiana» – ha provocato un sacrificio eccessivo e ingiustificato, per le sue dimensioni, del diritto pensionistico dei ricorrenti.

Per tale violazione, la stessa Corte Edu, con successiva sentenza del 1.6.2017, ha ritenuto congruo un indennizzo pari a circa il 55 per cento della differenza tra la pensione percepita e quella a cui avrebbe avuto diritto ciascun ricorrente in base alla normativa *ante* 2006.

La Corte costituzionale, con la pronuncia in esame, premessa la sua funzione di garanzia del corretto bilanciamento tra gli interessi costituzionalmente protetti – diversamente dalla Corte europea, che è, invece, giudice del caso concreto (Per un approfondimento si veda Bronzini 2015, 28) –, ha, ancora una volta, escluso l'illegittimità della disciplina impugnata.

Pur riconoscendo l'esistenza, come evidenziato dalla Corte di Strasburgo, di situazioni nelle quali la riparametrazione delle retribuzioni percepite in Svizzera, in applicazione della censurata norma retroattiva, può entrare in collisione con gli evocati parametri convenzionali e, corrispondentemente, con i precetti di cui agli artt. 3 e 38 Cost., la Corte costituzionale ritiene che l'indicazione di una soglia (fissa o proporzionale) e di un non superabile limite di riducibilità delle «pensioni svizzere» – ai fini di una *reductio ad legitimitatem* della disposizione impugnata, che ne impedisca l'incidenza su dette pensioni in misura che risulti lesiva degli evocati precetti convenzionali e nazionali –, come pure l'individuazione del rimedio, congruo e sostenibile, atto a salvaguardare il nucleo essenziale del diritto leso, devono essere stabilite dal legislatore. Stando così le cose, la Corte dichiara inammissibile la questione esortando, al contempo, il legislatore a intervenire prontamente al fine di risolvere il grave problema segnalato dalla Corte di Strasburgo.

Il legislatore dovrà quindi rivedere il meccanismo di riparametrazione della retribuzione di modo che la sua incidenza sull'ammontare delle pensioni sia ragionevole. Sembra, infatti, abbastanza evidente che una pensione di 382 euro liquidata alla ricorrente nel giudizio *a quo* (in luogo dei 1.216 che le sarebbero spettati in assenza di riparametrazione) a fronte di 41 anni di contribuzione, non possa ritenersi «adeguata» ai sensi dell'art. 38 Cost.

La vicenda in esame è, allora, emblematica della tendenziale incapacità del sistema previdenziale di garantire prestazioni adeguate a fronte di contribuzioni per tutta la vita; problema destinato ad acuirsi nei prossimi anni, quando verranno erogati i trattamenti pensionistici ai giovani precari di oggi (Sulla crisi del *Welfare State* cfr.: Andreoni 2006; Casillo 2014, 611; Cinelli 2017, 347; D'Onghia 2015, 319; Persiani 2017, 281).

Sembra, allora, quanto mai opportuno un intervento riformatore del nostro sistema di *welfare* che assicuri l'esistenza di diritti fondamentali il cui importo non può essere ridotto, neppure in tempo crisi.

Potrebbe essere letta in questo senso la recente proposta del ministro del Lavoro di cumulare la pensione contributiva con l'assegno sociale. Si tratta di una proposta rivolta ai giovani – che, in vista di carriere contributive discontinue, difficilmente potranno beneficiare di trattamenti pensionistici il cui importo sia almeno pari al minimo vitale –, ma che potrebbe essere estesa in tutti i casi in cui la pensione risulti ina-

deguata alle esigenze di vita. Attraverso un *mix* tra previdenza e assistenza (Prosperetti 2013) si potrebbe realizzare un rinnovato e più inclusivo sistema di protezione sociale che recuperi il principio di solidarietà e assicuri la tutela della dignità della persona.

Riferimenti bibliografici

- Andreoni A. (2006), *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, Torino.
- Bronzini G. (2015), *Rapporto di lavoro, diritti sociali e Carte europee dei diritti. Regole di ingaggio, livello di protezione, rapporti tra le due Carte*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 118.
- Casillo R. (2014), *(In) sostenibilità giuridica e sociale della pensione di vecchiaia*, in *DLM*, 611 ss.
- Cinelli M. (2017), *Dalla sentenza n. 70/2015 alla sentenza n. 7/2017: le pensioni e la Corte costituzionale*, in *RDSS*, n. 2, 347 ss.
- D'Onghia M. (2015), *Sostenibilità economica versus sostenibilità sociale. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 70/2015, passa dalle parole (i moniti) ai fatti*, in *RDSS*, n. 2, 319 ss.
- Menghini L. (2012), *Contrasti tra Corte Edu e Corte costituzionale sulle leggi retroattive che eliminano diritti di lavoratori e pensionati: qualche idea per un avvio di soluzione*, in *RGL*, n. 2, II, 356 ss.
- Nicolini C.A. (2009), *Esigenze di bilancio e garanzia dei diritti pensionistici dei lavoratori migranti: il caso delle anzianità previdenziali maturate in Svizzera*, in *RIDL*, n. 1, II, 206 ss.
- Persiani M. (2017), *Sulla garanzia costituzionale dei mezzi adeguati alle esigenze di vita*, in *GDLRI*, 281 ss.
- Prosperetti G. (2013), *Nuove politiche per il Welfare State*, Giappichelli, Torino.

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

CORTE COSTITUZIONALE, 13.4.2017, n. 82 – Pres. Grossi, Est. Sciarra – R.B. c. Inps (avv. Preden) – interv. Pres. Cons. ministri (avv. Rago).

Pensione – Diritto alla neutralizzazione dei periodi di contribuzione per disoccupazione – Limite del quinquennio – Mancata previsione – Violazione del principio di uguaglianza per irragionevolezza – Lesione del principio di proporzionalità e adeguatezza della prestazione previdenziale – Illegittimità costituzionale.

Pensione – Diritto alla neutralizzazione dei contributi per disoccupazione e integrazione salariale oltre il quinquennio – Violazione dei principi di proporzionalità e adeguatezza della prestazione previdenziale nonché nel criterio di ragionevolezza – Difetto di motivazione – Inammissibilità.

L'art. 3, c. 8, l. n. 297 del 1982 (Disciplina del trattamento di fine rapporto e norme in materia pensionistica) è costituzionalmente illegittimo per violazione degli artt. 3, 36, primo comma, e 38, secondo comma, Cost., nella parte in cui non prevede che, nell'ipotesi di lavoratore che abbia già maturato i requisiti assicurativi e contributivi per conseguire la pensione e maturi contributi per disoccupazione nelle ultime duecentosessanta settimane antecedenti la decorrenza della pensione, la pensione liquidata non possa essere comunque inferiore a quella che sarebbe spettata, al raggiungimento dell'età pensionabile, escludendo dal computo, a ogni effetto, i periodi di contribuzione per disoccupazione relativi alle ultime duecentosessanta settimane, in quanto non necessari ai fini del requisito dell'anzianità contributiva minima. (1)

È inammissibile, coinvolgendo scelte discrezionali spettanti solo al legislatore, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 8, l. 29 maggio 1982, n. 297, nella parte in cui non prevede il diritto alla «neutralizzazione» dei periodi di contribuzione per disoccupazione per integrazione salariale anche oltre i limiti del quinquennio, in riferimento agli artt. 3, 36 e 38 Cost. (2)

(1-2) LA NEUTRALIZZAZIONE DEI PERIODI CONTRIBUTIVI
PER DISOCCUPAZIONE AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE:
UNA SENTENZA DALL'ESITO GIÀ SCONTATO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. L'inquadramento della fattispecie normativa sottoposta al vaglio di costituzionalità. — 3. I precedenti della Corte costituzionale sull'art. 3, c. 8, l. n. 297/1982. — 4. La recente pronuncia della Corte: una sentenza dall'esito già scontato. — 5. L'inammissibilità della seconda questione di legittimità costituzionale.

1. — *Premessa* — Era solo una questione di tempo perché la Corte costituzionale ritornasse, a distanza di diversi anni, a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 3, c. 8, l. n. 297/1982, già oggetto di sentenze additive che progressivamente hanno inciso sul calcolo della pensione retributiva.

L'accoglimento della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Ravenna con ordinanza del 2.3.2017 si pone quale coerente sviluppo delle precedenti sentenze della Corte costituzionale, e in particolare della n. 388/1995, con la quale si è sancito, per il calcolo della retribuzione pensionabile, il diritto alla «neutralezzazione» dei periodi di integrazione salariale, con la naturale conseguenza che lo stesso principio viene esteso, dalla sentenza in esame, ai casi di godimento dell'indennità di disoccupazione.

La sentenza n. 388/1995, pur non essendo l'unica ad aver dichiarato l'incostituzionalità del censurato art. 3, c. 8, l. n. 297/1982, appare essere, come si dirà nel prosieguo, la più rigorosa nell'affermare il principio costituzionale a cui deve attenersi il legislatore nell'individuazione del periodo di riferimento della retribuzione pensionabile.

È altrettanto ragionevole ritenere che quello in esame non sarà l'ultimo intervento del giudice delle leggi sul tema, potendo venir sollevati dubbi di legittimità costituzionale con riferimento ai provvedimenti legislativi emanati successivamente alla l. n. 297/1982, fin quando non verrà liquidata l'ultima pensione (o quota di essa) calcolata attraverso il metodo retributivo, alimentando una catena di instabilità normativa che si riverbera anche sul piano applicativo, dovendo l'Inps procedere alla revisione dell'ammontare dei trattamenti pensionistici già erogati o in procinto di esserlo.

Alla luce di queste considerazioni, la sentenza in commento, pur se con alcune criticità che si evidenzieranno nella presente disamina, si iscrive nel solco tracciato dalle precedenti decisioni della Corte costituzionale che è utile ripercorrere per mettere a fuoco i principi costituzionali che presidiano le aspettative del lavoratore a ricevere un trattamento pensionistico adeguato ai sensi dell'art. 38, c. 2, Cost. e che non subisca irragionevoli decurtazioni di fronte a eventi che esulano dalla propria volontà, quale appunto la disoccupazione involontaria.

2. — *L'inquadramento della fattispecie normativa sottoposta al vaglio di costituzionalità* — Oggetto delle molteplici pronunce della Corte costituzionale è, come detto, l'art. 3, c. 8, l. n. 297/1982, che per il calcolo delle pensioni liquidate con decorrenza successiva al 30 giugno 1982 (con il metodo retributivo) individua la retribuzione annua pensionabile nella quinta parte della somma delle retribuzioni percepite in costanza di rapporto di lavoro, o corrispondenti a periodi riconosciuti figurativamente, ovvero a eventuale contribuzione volontaria, risultante dalle ultime 260 settimane di contribuzione antecedente la decorrenza della pensione, sostituendo il vecchio criterio dei migliori tre anni nell'ultimo quinquennio (1).

Con l'art. 3, d.lgs. n. 503/1992, in attuazione delle previsioni di cui all'art. 3, l. n. 421/1992, si è limitata l'applicazione della disposizione di cui alla l. n. 297/1982 (2)

(1) Vd. art. 14, cc. 1 e 2, l. n. 153/1969. Sul punto, cfr. Siniscalchi 1994; Canavesi 1995.

(2) L'art. 3, c. 1, d.lgs. n. 503/1992, stabilisce che «Per i lavoratori dipendenti iscritti all'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, che alla data del

ai casi in cui, alla data del 31 dicembre 1992, si possa far valere un'anzianità contributiva inferiore a quindici anni, mentre, laddove tale anzianità contributiva sia superiore, la retribuzione annua pensionabile è determinata con riferimento alle ultime 520 settimane di contribuzione antecedenti la decorrenza della pensione.

Successivamente l'art. 1, d.lgs. n. 373/1993, ha stabilito che per «i lavoratori di prima occupazione privi di anzianità assicurativa al primo gennaio 1993» la retribuzione pensionabile è costituita dalla media delle retribuzioni imponibili relativa agli anni coperti da contribuzione assicurativa riferita all'intera vita lavorativa (3).

È stato perciò allungato (4) il periodo utile da prendere in considerazione, ai fini del calcolo della media delle retribuzioni, prevedendosi un numero di anni sempre maggiore all'evidente scopo di attenuare il disavanzo del sistema previdenziale e di evitare l'incidenza delle ultime retribuzioni sull'ammontare delle pensioni, nella logica dell'epoca secondo cui a maggior anzianità del lavoratore corrispondeva maggiore retribuzione (5). Di conseguenza il risultato è stato una sensibile riduzione del livello di tutela assicurato dal sistema previdenziale pubblico (6).

Ricostruito il quadro normativo di riferimento, la questione ripetutamente sottoposta alla Corte costituzionale, seppur sotto diversi profili, ha coinvolto la legittimità del meccanismo disciplinato dall'art. 3, c. 8, l. n. 297/1982, in quanto il collegamento tra la retribuzione pensionabile e l'ultimo quinquennio, se è destinato a favorire l'assicurato in caso di sviluppi crescenti della retribuzione (o quantomeno costanti), risulta invece a lui sfavorevole in presenza di andamenti retributivi decrescenti nell'arco della vita lavorativa (7), ormai sempre più frequenti in un'epoca di forte frammentazione e discontinuità occupazionale caratterizzata o da una pluralità di rapporti lavorativi a cui non corrisponde una continuità contributiva oppure da una continuità contributiva in presenza, però, di condizioni occupazionali successive non sempre migliori rispetto a quelle precedenti; il tutto aggravato dal progressivo prolungamento dell'età pensionabile.

Il ragguaglio alle retribuzioni percepite dall'assicurato nell'ultimo quinquennio previsto dall'art. 3, c. 8, l. n. 297/1982, può determinare una decurtazione del trattamento pensionistico anche in presenza di un incremento, durante la vita lavorativa, dell'anzianità contributiva dell'assicurato seppure a condizioni retributive inferiori o con versamento di una contribuzione volontaria o figurativa.

31 dicembre 1992 possono far valere un'anzianità contributiva inferiore a 15 anni, la retribuzione annua pensionabile è determinata con riferimento ai periodi indicati ai commi ottavo e quattordicesimo dell'art. 3 della legge 29 maggio 1982, n. 297, incrementati dai periodi contributivi che intercorrono tra la predetta data e quella immediatamente precedente la decorrenza della pensione». Per un commento alla disposizione normativa cfr. Mastrangeli 1995, 151 ss. Sulla disciplina transitoria cfr. Boer 1995, 326 ss.

(3) Ai sensi dell'art. 3, d.lgs. n. 373/1993, al fine di tener conto delle possibili variazioni delle condizioni del rapporto di lavoro per la determinazione della retribuzione media pensionabile non sono prese in considerazione le annualità (rivalutate) di retribuzione media previdenziale inferiori del 20 per cento rispetto alla media generale, fino a un massimo del 25 per cento, cioè un'annualità ogni quattro. Sul punto, cfr. Cinelli 2016, 126.

(4) Vd. Lassandari 1994, 946.

(5) Vd. Persiani, D'Ongnia 2016, 198-199.

(6) Sul punto, cfr. Cinelli 1994, 51.

(7) Vd. Boer 1996, 302.

Onde evitare questo «paradossale risultato» (8), la Corte costituzionale è stata adita in più occasioni al fine di integrare la norma in questione con un meccanismo di salvaguardia del livello di pensione dei soggetti che, avendo già raggiunto il requisito contributivo minimo richiesto per il diritto alla pensione (ma non quello anagrafico), potrebbero subire, pur incrementando la loro posizione contributiva, un pregiudizio anziché un beneficio nella determinazione del trattamento pensionistico (9).

Affiora nei vari pronunciamenti della Corte costituzionale la tematica della salvaguardia dei cd. diritti quesiti entro cui iscrivere anche la tutela delle situazioni *in itinere*, e cioè fattispecie a formazione progressiva che vengono a maturazione soltanto dopo il decorso di un ampio periodo di tempo, coincidente, di norma, con la durata della vita lavorativa.

In tal modo vengono tutelate anche quelle situazioni che la dottrina tende a collocare nella categoria delle legittime aspettative, al fine di non deludere l'affidamento riposto dai cittadini, e in particolare dai lavoratori assicurati, di consolidare gradualmente quanto via via acquisito sulla loro posizione assicurativa, anche prima che la fattispecie legale (la pensione) venga a perfezionarsi (10).

3. — *I precedenti della Corte costituzionale sull'art. 3, c. 8, l. n. 297/1982* — Così delineate le coordinate normative e dogmatiche in cui è inserito il tema oggetto di indagine, la Corte costituzionale è intervenuta sull'art. 3, c. 8, l. n. 297/1982, con sentenze che hanno integrato il contenuto della norma impugnata ritenuta incompleta, e quindi non conforme ai parametri costituzionali, laddove non prevedeva la tutela di determinate situazioni, con gli inevitabili riflessi di ordine finanziario a cui l'Inps ha cercato di sopperire attraverso rigide indicazioni applicative.

Con una prima sentenza del 1988 (11) si dichiarò l'incostituzionalità della norma in questione nella parte in cui non veniva fatta salva la posizione del lavoratore che alla data di entrata in vigore della l. n. 297/1982 si trovasse ad aver già maturato, nell'ultimo decennio prima del pensionamento, il triennio di migliore contribuzione Inps ai sensi dell'art. 26, c. 3, l. n. 160/1975. L'assenza di una norma transitoria nella disciplina dettata dalla l. n. 297/1982 che facesse salvi i più favorevoli criteri di liquidazione della pensione, sui quali l'assicurato poteva aver fatto legittimo affidamento in base alla previgente normativa del 1975, fu considerata irrazionale e foriera di disparità di trattamento.

Il giudice delle leggi enunciò il principio secondo cui il legislatore può emanare disposizioni che modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata, ma il suo intervento non può incidere arbitrariamente sulle situazioni sostanziali legittimate da leggi precedenti, frustando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza pubblica, che costituisce elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto.

Con riferimento specifico alle pensioni, in quell'occasione, venne stigmatizzata una modificazione legislativa che, intervenendo in una fase avanzata del rapporto di lavoro oppure quando già fosse subentrato lo stato di quiescenza, peggiorasse, senza

(8) Cfr. C. cost. 22.6.1994, n. 264.

(9) Cfr. Boer 1994, 824.

(10) Così Boer 1995, 328; Id. 1996, 304.

(11) Vd. C. cost. 14.7.1988, n. 822.

un'inderogabile esigenza e in misura notevole e definitiva, un trattamento pensionistico in precedenza spettante, con la conseguente irrimediabile vanificazione delle aspettative legittimamente nutrite dal lavoratore per il tempo successivo alla cessazione della propria attività lavorativa.

Iniziava a prendere forma l'orientamento della Corte che tutelava non solo i diritti quesiti, ma anche le aspettative dell'assicurato che non potevano essere disattese per motivi legati al contenimento della spesa previdenziale che aveva dato origine al mutamento legislativo in tema di retribuzione pensionabile.

Dopo un anno lo stesso principio venne invocato dalla sentenza n. 307/1989 (12), questa volta però con riferimento al pregiudizio subito dall'assicurato non a causa di modificazioni legislative in tema di pensioni, ma a seguito di versamento della contribuzione volontaria successivo al conseguimento del requisito di anzianità assicurativa e contributiva e sino al raggiungimento di quello anagrafico per l'accesso alla pensione.

Il meccanismo predisposto dall'art. 3 conduceva, secondo la Corte, a un decremento pensionistico proprio laddove si era avuto un maggiore sforzo contributivo; ciò risultava irrazionale e discriminatorio in quanto alterava sia il necessario equilibrio tra contribuzione e trattamento pensionistico, sia le finalità della contribuzione volontaria (preordinata all'ampliamento e non alla compressione dei diritti dell'assicurato).

Era evidente che la salvaguardia dei contenuti economici della retribuzione pensionabile percepita in costanza di rapporto di lavoro risultava frustrata ove la contribuzione volontaria sortiva l'effetto contrario di farla decrescere, così vanificando, anche in questo caso, le legittime aspettative nutrite dal lavoratore per il tempo successivo alla cessazione della propria attività.

All'accertata violazione degli artt. 3 e 38 Cost. conseguì la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 3 nella parte in cui non prevedeva che la pensione del lavoratore dipendente, il quale, dopo aver conseguito, in pendenza di rapporto di lavoro, il requisito dell'anzianità assicurativa e contributiva, proseguisse con la contribuzione volontaria, non potesse comunque essere inferiore a quella che avrebbe maturato, al momento del raggiungimento dell'età pensionabile, per effetto della sola contribuzione obbligatoria (13).

Lo stesso principio enunciato nella sentenza n. 307/1988 venne poi estesa dalla Corte costituzionale con riferimento alla pensione di anzianità, dichiarando incostituzionale l'art. 3, c. 8, l. n. 297/1982, nella parte in cui non consentiva che, dopo il raggiungimento dell'età pensionabile, la pensione dovesse essere ricalcolata sulla base della sola contribuzione obbligatoria qualora portasse a un risultato più favorevole.

Nel 1994 (14) il giudice delle leggi intervenne nuovamente sull'art. 3, c. 8, l. n. 297/1982, sollecitato da due ordinanze di rimessione del Tribunale di Pordenone e del Pretore di Treviso (15) con le quali si prospettava, questa volta, la incostituzionalità del-

(12) Vd. C. cost. 26.5.1989, n. 307, in *GI*, 1990, n. 6, I, 891 ss., con nota di Ferrari.

(13) Vd. C. cost. 10.11.1992, n. 428.

(14) Vd. C. cost. 30.6.1994, n. 264, in *DL*, 1994, II, 547, con nota di Gatta; vd. altresì Boer 1994, 824 ss.

(15) Le questioni di legittimità costituzionale vennero sollevate dal Tribunale di Pordenone per contratto con gli artt. 3 e 38 Cost. (ord. 28.4-22.6.1993, in *GU*, la serie speciale, n. 6 del 1994) e dal Pretore di Treviso per contrasto anche con l'art. 36 Cost. (ord. 18.3.1993, in *GU*, la serie speciale, n. 22 del 1993).

la norma con riferimento ai casi in cui il lavoratore, già in possesso del requisito dell'anzianità contributiva minima, avesse subito, in coincidenza con il periodo di riferimento (le ultime 260 settimane di contribuzione), una riduzione della retribuzione contributiva di tale misura da non essere compensata dal corrispondente incremento dell'anzianità contributiva e tale da determinare, quindi, una riduzione del trattamento pensionistico complessivo rispetto a quello che sarebbe stato liquidato se in quei periodi di minor reddito lavorativo egli non avesse né lavorato né versato alcuna contribuzione.

Il giudizio della Corte all'epoca apparve indubbiamente influenzato dal «paradosale risultato» evidenziato nei casi sottoposti al suo vaglio, più che sostenuto da una puntuale considerazione degli elementi di illegittimità prospettati su cui si soffermò in modo abbastanza laconico (16).

Nonostante ciò, la Corte, dopo aver richiamato le sentenze n. 307/1989 e n. 428/1997, si spinse a una più generale valutazione di irrazionalità della norma impugnata (17) e per la prima volta abbozzò, anche se in maniera poco chiara e con una scarsa motivazione che richiamava genericamente la violazione degli artt. 36 e 38, c. 2, Cost. (18), un principio generale di salvezza dei livelli di prestazione conseguiti *in itinere* secondo cui il principio di razionalità desumibile dall'art. 3 Cost. configurava la pensione (teorica) come una prestazione suscettibile di miglioramenti, e mai di peggioramenti (19).

Il principio timidamente enucleato, con i limiti sopra evidenziati, dalla sentenza n. 264/1994 venne enunciato con rigore, solo un anno dopo, dalla sentenza n. 388/1995, che come anticipato in premessa costituisce l'antesignana del pronunciamento in commento.

Con la richiamata decisione la Corte costituzionale estese il meccanismo della «neutralizzazione» anche alla contribuzione figurativa correlata a periodi di integrazione salariale qualora il suo computo avesse comportato un peggioramento del calcolo della retribuzione pensionabile.

(16) Così Lassandari 1994, 947 il quale sottolinea come l'ingiustizia conseguente alla circostanza che a maggior lavoro e a maggior apporto contributivo corrisponda una riduzione della pensione potrebbe anche non essere tale in assoluto. L'Autore fonda la sua opinione sulla considerazione che la riduzione della prestazione previdenziale, quand'anche conseguente a un maggior apporto contributivo, «potrebbe comunque trovare giustificazione giuridica alla luce del principio di solidarietà» che la Corte costituzionale non ha attentamente vagliato.

(17) La sentenza n. 264/1994, nel richiamare le precedenti pronunce (nn. 307/1989 e 428/1992), così statuisce: «L'incongruenza logica di un simile risultato con le finalità proprie della contribuzione volontaria è stata indicata, nelle suddette pronunzie, come elemento meramente rafforzativo di una valutazione di irrazionalità che la questione oggi sottoposta all'esame di questa Corte consente di riaffermare in radice e in termini più generali». Sul punto cfr. Marsano 2006, 1121.

(18) Si legge nella sentenza n. 264/1994: «E tale depauperamento, incidendo in questo caso sulla proporzionalità tra il trattamento pensionistico e la quantità e la qualità del lavoro prestato durante il servizio attivo, viola anche l'articolo 36, oltre che il principio di adeguatezza di cui all'articolo 38, secondo comma, della Costituzione».

(19) Gli oneri di spesa a carico delle casse degli enti previdenziali e dello Stato ingenerati dall'applicazione del principio enunciato dalla sentenza n. 264/1994 spinse l'Inps a impartire delle disposizioni applicative con l'evidente scopo di limitarne gli effetti. Vd. circ. Inps 20.2.1995, n. 52; circ. Inps 12.6.1997, n. 53; messaggio Inps 20.4.2006, n. 12002.

Si dichiarò, pertanto, nuovamente l'incostituzionalità del pluricensurato art. 3, c. 8, l. n. 297/1982, nella parte in cui non prevedeva, nell'ipotesi di lavoratore dipendente sospeso dal lavoro con intervento della integrazione salariale (il quale avesse conseguito in costanza di rapporto di lavoro la prescritta anzianità assicurativa e contributiva obbligatoria e per il quale la pensione fosse liquidata sulla base del concorso della contribuzione figurativa), che non potesse essere comunque liquidata una pensione di importo inferiore a quella che sarebbe spettata tenendo conto soltanto della contribuzione obbligatoria.

Rispetto ai precedenti richiamati, la diversità del caso vagliato, a dire della Corte, non mutava la *ratio decidendi* della questione che anzi si rafforzava di fronte alla situazione in cui la flessione del parametro della retribuzione annua pensionabile non era in alcun modo ascrivibile a un'autonoma scelta del lavoratore, risultando irragionevole che quest'ultimo non solo dovesse subire la «falcidia salariale» imposta da eventi (l'integrazione salariale) esterni alla sua volontà, ma dovesse, per via dell'applicazione della norma ritenuta incostituzionale, essere colpito successivamente anche da una decurtazione del trattamento pensionistico.

La sentenza n. 388/1995, che ancora oggi si ricorda per il suo rigore argomentativo, ha il pregio di aver sancito, nell'intento di scongiurare la necessità di una nuova pronuncia della Corte, un principio costituzionale che costituisce un limite a qualunque intervento legislativo sull'individuazione del periodo di riferimento per la determinazione della retribuzione pensionabile, secondo cui, «nella fase successiva al perfezionamento del requisito minimo contributivo, l'ulteriore contribuzione (qualunque ne sia la natura: obbligatoria, volontaria o figurativa) è destinata unicamente a incrementare il livello di pensione già consolidatosi, senza mai poter produrre l'effetto opposto di compromettere la misura della prestazione potenzialmente maturata *in itinere*» (20).

Di contro l'Inps ha fornito una interpretazione rigida della sentenza n. 388/1995, all'evidente scopo di risolvere i non pochi problemi applicativi sorti sulle modalità di ricalcolo delle pensioni a seguito del pronunciamento della Corte. Con la circolare n. 158 del 30.7.1996, infatti, l'Ente ha precisato che le pensioni per le quali trova applicazione la sentenza n. 388 devono essere ricalcolate «tenendo conto soltanto della contribuzione obbligatoria», e pertanto la contribuzione per integrazione salariale, «ovunque si collochi», non deve essere considerata «a nessun effetto».

Tale lettura, tuttavia, oltre che porsi in contrasto con la statuizione della Corte, produce l'effetto contrario a quello desiderato laddove i periodi di integrazione salariale producano una contribuzione figurativa favorevole per il lavoratore in termini di incidenza sull'importo della retribuzione pensionabile, delineandosi, anche in questo caso, una violazione degli artt. 3, 38 e 36 Cost.

Viceversa deve essere rimessa al lavoratore la facoltà di optare per il periodo di contribuzione a lui più favorevole, fermo restando, come precisato nella sentenza n. 388/1995, che l'assicurato può soltanto pretendere la sterilizzazione della contribuzione ulteriormente versata, senza possibilità di sommare a questo gli eventuali altri vantaggi derivanti dalla successiva contribuzione figurativa, anche in termini di aumento dell'anzianità contributiva (21).

(20) Così Boer 1996, 304.

(21) Così Giorgis 1996, 127; D'Onghia 2013, 175.

Attraverso le pronunce della Corte è andato consolidandosi, quindi, un principio costituzionale a salvaguardia delle posizioni previdenziali *in itinere*, enunciato timidamente nelle prime sentenze e rigorosamente nelle ultime (22). L'enunciato principio deve essere considerato un limite alle scelte del legislatore il quale non può ridurre i livelli di prestazione conseguiti *in itinere* se non per gravi ragioni e in lieve misura, con la conseguente disapplicazione di ogni disposizione comportante in concreto un declassamento del livello già consolidato a beneficio dell'assicurato in quanto in contrasto con gli artt. 3, 36 e 38, c. 2., Cost. (23).

Da tale conclusione si parte per l'analisi della pronuncia in commento.

4. — *La recente pronuncia della Corte: una sentenza dall'esito già scontato* — La sentenza n. 82/2017 trae origine dall'ordinanza del Tribunale di Ravenna che ha sollevato due distinte questioni di legittimità costituzionale: la prima, sulla strada tracciata dai precedenti pronunciamenti della Corte, rispetto all'art. 3, c. 8, l. n. 297/1982, nella parte in cui non prevede il diritto alla neutralizzazione dei periodi di contribuzione (figurativa) per disoccupazione nei limiti del quinquennio; la seconda mira a estendere il meccanismo della neutralizzazione ai contributi obbligatori, ai contributi per disoccupazione e a quelli per integrazione salariale anche oltre il limite del quinquennio. Il presupposto comune di entrambe le censure è che i periodi indicati non siano necessari «per il perfezionamento dei requisiti di assicurazione e contribuzione richiesti per la maturazione del diritto a pensione alla data di compimento dell'età pensionabile» (24).

Con riferimento alla prima questione, è evidente che la Corte, per motivare il proprio *decisum*, ha attinto dalla propria consolidata giurisprudenza formatasi sul tema non ravvisando elementi che la inducessero a diversa conclusione, per i periodi di contribuzione per disoccupazione (cfr. par. 3).

Non sorprendano pertanto le conclusioni a cui è giunta circa l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, c. 8, l. n. 297/1982, per violazione degli artt. 3, 38, c. 2, e 36 Cost. nella parte in cui non prevede che, nell'ipotesi di lavoratore che abbia già maturato i requisiti assicurativi e contributivi per conseguire la pensione e percepisca contributi per disoccupazione nelle ultime 260 settimane antecedenti la decorrenza della pensione, la pensione liquidata non possa essere comunque inferiore a quella che sarebbe spettata, al raggiungimento dell'età pensionabile, escludendo dal computo, a ogni effetto, i periodi di contribuzione per disoccupazione relativi alle 260 settimane, in quanto non necessari ai fini del requisito dell'anzianità contributiva minima.

Tuttavia, quello che appare essere un esito certo e prevedibile presenta alcuni aspetti di criticità laddove viene, in maniera contraddittoria, smentita l'esistenza di un principio generale di «neutralizzazione della contribuzione» viceversa enunciato in maniera chiara dalla sentenza n. 388/1995 e quindi, in quanto tale, ben estensibile a ogni situazione similare, indipendentemente dall'intervento della Corte.

(22) Il principio enucleato dalla sentenza n. 388/1995 è stato richiamato dalla Corte per dichiarare l'incostituzionalità di altre norme: cfr. C. cost. 23.12.1997, n. 427 (in tema di previdenza marittima); C. cost. 23.11.1999, n. 432, con riferimento all'art. 14, c. 3, l. n. 153/1969; C. cost. 23.11.1999, n. 433 (sul regime previdenziale dell'Enasarco).

(23) Cfr. D'Onghia 2013, 173.

(24) Cfr. ord. T. Ravenna 2.3.2015, in *GU*, n. 25, prima serie speciale del 2015.

La contraddittorietà emerge allorché i giudici delle leggi prendono posizione sulle difese dell'Avvocatura Generale dello Stato, che ha eccepito l'omessa sperimentazione da parte del giudice *a quo* di un'interpretazione adeguatrice dell'art. 3, c. 8, l. n. 297/1982, che avrebbe potuto, alla luce delle reiterate affermazioni del principio di «neutralizzazione della contribuzione», interpretare la norma in armonia con i principi sanciti dalla Carta fondamentale, senza investire la Corte.

Di segno opposto appaiono le difese dell'Inps, nel giudizio incidentale, avendo l'Ente eccepito l'impossibilità di applicare al caso vagliato sia la sentenza n. 264/1994, poiché riguarda soltanto il diritto alla neutralizzazione dei periodi di contribuzione effettiva (e non figurativa legati alla disoccupazione o alla cassa integrazione salariale), sia la sentenza n. 388/1995, che ha invece riconosciuto il medesimo diritto per la contribuzione collegata all'integrazione salariale e non per i periodi di disoccupazione per i quali l'estensione del principio sarebbe stata possibile solo a seguito della rimessione della questione alla Corte costituzionale e di esito positivo del relativo giudizio.

Due posizioni, pertanto, antitetiche: l'una che tende a riconoscere valore di «diritto vivente» al principio della neutralizzazione dei contributi, senza di volta in volta, richiedere l'intervento della Corte, e l'altra che invece ritiene necessario sollevare eccezione di illegittimità costituzionale in presenza di situazioni differenti rispetto a quelle valutate nei precedenti interventi della Corte e non espressamente menzionate nella norma impugnata.

Nella sentenza in commento, la posizione della Corte non appare coerente né con l'una né con l'altra posizione.

E infatti essa, da un lato, ritiene infondata l'eccezione sollevata dall'Avvocatura alla stregua dell'univoco tenore letterale della norma impugnata che segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale. Secondo la Corte, infatti, le precedenti sentenze sull'art. 3, c. 8, l. n. 297/1982, «pur presupponendo una *ratio decidendi* unitaria, intervengono in maniera puntuale sulla normativa applicabile con valutazioni calibrate sulla specificità delle molteplici situazioni coinvolte».

Quindi, più che di principio di ordine generale, la Corte parla di «*ratio decidendi* unitaria» impendendo al giudice *a quo* di fornire un'interpretazione *secundum constitutionem*, in luogo della dichiarazione di illegittimità costituzionale, tutte le volte che si discuta di fattispecie non espressamente regolate dal dettato normativo.

In altre parole, a dire della Corte, poiché l'art. 3, c. 8, l. n. 297/1982, nulla stabilisce con riferimento alla neutralizzazione della contribuzione figurativa versata durante i periodi di disoccupazione (analogamente a quanto accaduto per la contribuzione volontaria o figurativa per integrazione salariale), non è possibile l'interpretazione adeguatrice del giudice *a quo*, invocata dall'Avvocatura.

Dall'altro lato, però, la Corte riconosce la valenza generale del principio di irriducibilità del livello virtuale di pensione raggiunto *in itinere* che opera – si legge nella motivazione della sentenza – senza poter subire alcun deroga, indipendentemente dalla natura della contribuzione versata, sia essa volontaria, obbligatoria o figurativa. Con la naturale conseguenza («nell'evolvere di un costante orientamento») che tale principio trova applicazione anche per i periodi di contribuzione per disoccupazione relativi all'ultimo quinquennio della vita lavorativa.

La Corte, addirittura, richiamando il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, si spinge a considerare il principio in questione «diritto vivente» (25) o principio ispiratore dei recenti interventi legislativi in tema di Naspi, che hanno elevato a norma di legge il meccanismo della «neutralizzazione» delle retribuzioni relative ai periodi di contribuzione figurativa ai fini del calcolo delle quote retributive di pensione (art. 12, c. 2, d.lgs. n. 22/2015) (26).

Nonostante ciò la sentenza in commento, compiendo un passo indietro rispetto alla propria precedente elaborazione, afferma l'esigenza di pronunce specifiche, in relazione alle singole fattispecie, non tenendo in considerazione che «l'obbligo di addivenire a un'interpretazione conforme alla Costituzione cede il passo all'incidente di legittimità costituzionale solo quando essa sia incompatibile con il disposto letterale della disposizione e si riveli del tutto eccentrica e bizzarra, anche alla luce del contesto normativo ove la disposizione si colloca» (27).

Le conclusioni a cui perviene la pronuncia in commento, pertanto, anziché scongiurare ulteriori interventi della Corte, come già auspicato con la sentenza n. 388/1995, apre la strada a future questioni di legittimità costituzionale con riferimento a fattispecie non contemplate dall'art. 3, c. 8, l. n. 297/1982.

Sotto una diversa prospettiva di analisi che prescinde dall'opportunità o meno dell'intervento della Corte, con la sentenza in esame si ribadisce la persistente correlazione in materia di diritti previdenziali tra gli artt. 36 e 38 Cost., e cioè tra i principi di proporzionalità e sufficienza della retribuzione e quello di adeguatezza del trattamento di pensione, configurando quest'ultima quale retribuzione differita corrispondente alla quantità e qualità del lavoro prestato, che trova il proprio fondamento anche e soprattutto nel momento del prelievo contributivo.

Un rapporto attenuatosi nel tempo, ma mai disconosciuto dalla Corte costituzionale, tant'è che è stato recentemente ripreso nella sentenza n. 70/2015 (28), in cui si è evidenziato il nesso tra le due disposizioni costituzionali che si impongono «alle scelte discrezionali del legislatore» quanto all'adeguatezza delle prestazioni perché «principi strettamente connessi, proprio in ragione della finalità che perseguono» (29).

In quest'ottica, per quanto i contributi soddisfino necessariamente anche una finalità di carattere generale che trascende l'interesse dei singoli, il riconosciuto nesso costituzionale tra gli artt. 36 e 38 Cost. che lega il momento del prelievo e il momento

(25) Il principio di cui si discute è stato esteso dai giudici di legittimità alla contribuzione figurativa conseguente alla messa in mobilità (Cass. 29.12.2011, n. 29903, in *MGC*, 2011, n. 12, 1902) nonché alla contribuzione figurativa per tubercolosi (Cass. 29.11.2011, n. 25253, in *MGC*, 2011, n. 11, 1690).

(26) In riferimento al presente articolo vd. circ. Inps 12.5. 2015, n. 94.

(27) Cfr. C. cost. 5.4. 2012, n. 78, in *G. Cost.*, 2012, n. 2, 1017, con nota di Rescigno.

(28) Per il commento di tale pronuncia vd. Persiani 2015; Garofalo 2015; Cinelli 2015a; D'Onghia 2015a; Id. 2015b; Pessi 2015; Bozzao 2015; Leone 2015; Ferrante 2015; Ales, 2015.

(29) Cfr. Casillo 2016, 191-193; Occhino 2017, 15-17. Si oppone a questa lettura Persiani 2016, 554 secondo cui le prestazioni previdenziali non possono essere destinate a soddisfare interessi personali ed egoistici dei soggetti protetti in quanto la disposizione dell'art. 38, c. 2, Cost. prevede un diritto a «mezzi adeguati alle esigenze di vita», ma, con ciò, non tutela l'eventuale interesse dei pensionati al mantenimento del tenore di vita raggiunto durante lo svolgimento dell'attività lavorativa. Sulla stessa lunghezza d'onda vd. Ales 2015.

dell'erogazione della prestazione, e soprattutto l'esigenza, richiamata anche nella sentenza in commento, di «conformità dell'ordinamento a valori di giustizia e di equità», dovrebbe comportare un qualche riconoscimento a tutti i contributi versati, secondo un principio di proporzionalità. E dunque, in via di principio, a maggior lavoro e a maggior apporto contributivo dovrebbe ragionevolmente sempre corrispondere una maggiore prestazione previdenziale (30). Ragionare diversamente – come sostenuto dalla Corte – violerebbe i principi di proporzionalità fra trattamento pensionistico e quantità e qualità del lavoro prestato durante il servizio attivo (art. 36, c. 1, Cost.) e di adeguatezza delle prestazioni previdenziali (art. 38, c. 2, Cost.).

In questo modo viene confermata, nella sentenza in commento, la doppia anima che caratterizza la struttura costituzionale del sistema previdenziale nazionale: «solidaristica», per un verso, «meritocratica» (che non necessariamente vuol dire «proporzionalistica»), per un altro verso (31).

5. — *L'inammissibilità della seconda questione di legittimità costituzionale* — Passando, infine, all'analisi della seconda questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Ravenna, la stessa è stata dichiarata inammissibile dalla Corte, in quanto il giudice *a quo* non ha illustrato le ragioni che «allineano alle rime costituzionalmente obbligate» l'estensione della «neutralizzazione» oltre il quinquennio previsto dall'art. 3, c. 8, l. n. 297/1982.

In verità l'ordinanza di rimessione argomenta sul punto invocando proprio la valenza generale del principio riconosciuto dai precedenti giurisprudenziali della Corte in tema di determinazione della retribuzione pensionabile, ritenendo che così come è stato sancito per l'art. 3, c. 8, l. n. 297/1982, allo stesso modo si appalesa irragionevole e in contrasto con gli artt. 3, 36 e 38 Cost. non estendere il meccanismo della neutralizzazione a tutti i periodi contributivi che non siano utili al fine del conseguimento del diritto alla pensione «anche oltre il quinquennio».

È pur vero, però, che la richiesta del giudice *a quo*, come anche sostenuto dalla difesa dello Stato, non specifica il limite temporale (oltre il quinquennio) entro cui applicare il meccanismo della neutralizzazione, con la conseguenza che l'accoglimento della questione di legittimità avrebbe comportato l'estensione, *sine die*, dei periodi di contribuzione suscettibili di essere neutralizzati, con conseguente frustrazione dell'esigenza di certezza a cui è finalizzata la scelta discrezionale del legislatore sulla determinazione del periodo di riferimento per il calcolo della retribuzione pensionabile.

Con la dichiarazione di inammissibilità della questione di legittimità prospettata nei termini sopra specificati, i giudici delle leggi di fatto si sono astenuti dal pronunciarsi sulla richiesta di dilatare «oltre il quinquennio» il periodo neutralizzabile, da un lato, nuovamente disconoscendo, in linea con quanto precedentemente statuito, il valore generale del principio secondo cui «nessun meccanismo di computo della pensio-

(30) Cfr. Giorgis 1996, 128.

(31) Vd. Cinelli 2017, 347; Id. 2015b, 28. Questo principio è stato recentemente evidenziato dalla Corte nella sentenza 13.7.2016, n. 173, dove si legge che la garanzia costituzionale dell'art. 38 Cost. è agganciata anche all'art. 36 Cost., «ma non in modo indefettibile e strettamente proporzionale». Per il commento alla citata sentenza vd. Cinelli, 2017, 353; Sandulli 2016; Caruso 2016.

ne può mai danneggiare il lavoratore che continui a lavorare ovvero venga figurativamente considerato come al lavoro, dopo aver maturato un certo importo di pensione»; dall'altro, confermando la necessità che venga sollecitato, di volta in volta, l'intervento della Corte in relazione alle singole fattispecie regolate da differenti disposizioni normative.

Riferimenti bibliografici

- Ales E. (2015), *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*. Relazione all'incontro di studi «Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori nell'ordinamento multilivello», Foggia, 28-30 maggio 2015, in *DLRI*, n. 147, 455 ss.
- Boer P. (1993), *Norma transitoria per il calcolo delle pensioni*, in Cinelli M., Persiani M. (a cura di), *Commentario della riforma previdenziale*, Giuffrè, Milano.
- Boer P. (1994), *La tutela delle posizioni in itinere da parte della Corte costituzionale*, in *RGL*, n. 3, II, 824 ss.
- Boer P. (1996), *La retribuzione pensionabile negli ultimi interventi della Corte costituzionale*, in *RGL*, n. 2, II, 294 ss.
- Bozzao P. (2015), *L'«adeguatezza retributiva» delle pensioni: meccanismi perequativi e contenimento della spesa nella recente lettura della Corte costituzionale*. Intervento al Seminario sulla sentenza della Corte costituzionale n. 70/2015, Roma, 15 maggio 2015, in *federalismi.it*, n. 10, 11 ss.
- Canavesi G. (1995), *L'omogeneizzazione dei trattamenti pensionistici nella riforma previdenziale*, in *RGL*, n. 4, I, 347 ss.
- Caruso C. (2016), *«Pensione sei e pensione ritornerai»: via libera al contributo di solidarietà*, in *QC*, n. 4, 873 ss.
- Casillo R. (2016), *La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione*, Esi, Napoli.
- Cinelli M. (1994), *Lineamenti generali della riforma previdenziale*, in Curzio P., Calamita G. (a cura di) *Il sistema pensionistico in evoluzione*, Cacucci, Bari.
- Cinelli M. (2015a), *Illegittimo il blocco della indicizzazione delle pensioni: le buone ragioni della Corte*, in *RDSS*, n. 2, 441 ss.
- Cinelli M. (2015b), *Sostenibilità economica e sostenibilità sociale nella recente giurisprudenza costituzionale*, in Barbieri M., D'Onghia M. (a cura di), *La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*. *Collective Volumes*, n. 4, 24 ss.
- Cinelli M. (2016), *Diritto della previdenza sociale*, Giuffrè, Milano.
- Cinelli M. (2017), *Dalla sentenza n. 70/2015 alla sentenza n. 7/2017: le pensioni e la Corte costituzionale*, in *RDSS*, n. 2, 347 ss.
- D'Onghia M. (2013), *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Cacucci, Bari.
- D'Onghia M. (2015a), *Sostenibilità economica «versus» sostenibilità sociale. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 70/2015, passa dalle parole (i moniti) ai fatti. Relazione al Convegno su «Prospettive della sicurezza sociale nel Jobs Act», Roma, 15 aprile 2015*, in *RDSS*, n. 2, 319 ss.
- D'Onghia M. (2015b), *La Consulta ridà linfa all'effettività dei diritti previdenziali: la sentenza n. 70/2015 in tema di perequazione automatica*, in *RGL*, n. 3, II, 371 ss.

- Ferrante V. (2015), *Incostituzionale il blocco della perequazione delle pensioni*, in *DRI*, 3, 840 ss.
- Ferrari G. (1990), *Contribuzione volontaria e misura del trattamento pensionistico*, in *GI*, n. 6, I, 891 ss.
- Garofalo D. (2015), *La perequazione delle pensioni: dalla Corte costituzionale n. 70 del 2015 al d.l. n. 65 del 2015*, in *LG*, n. 7, 680 ss.
- Gatta C. (1994), *Calcolo della pensione di vecchiaia in caso di riduzione della retribuzione nell'ultimo quinquennio di contribuzione*, in *DL*, n. 6, II, 547 ss.
- Giorgis A. (1996), *Trattamenti pensionistici: ancora un'additiva a difesa (parziale) delle pensioni in itinere*, in *GI*, 1996, n. 3, I, 125 ss.
- Lassandari A. (1994), *Determinazione della retribuzione annua pensionabile di vecchiaia*, in *LG*, n. 9, 941 ss.
- Leone G. (2015), *Progressività e ragionevolezza nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale: alcune riflessioni sulla sentenza n. 70/2015*, in *RIDL*, n. 3, II, 845 ss.
- Marsano M. (2006), *Neutralizzazione dei periodi contributivi meno favorevoli nel calcolo della pensione di anzianità ex art. 13, d.lgs. 30 dicembre 1992*, in *LG*, n. 11, 1120 ss.
- Mastrangeli F.D. (1993), *Retribuzione pensionabile*, in Cinelli M., Persiani M. (a cura di), *Commentario della riforma previdenziale*, Giuffrè, Milano.
- Occhino A. (2017), *I diritti sociali nell'interpretazione costituzionale*, in *RDSS*, n. 1, 3 ss.
- Persiani M. (2015), *Ancora incertezze su adeguatezza e proporzionalità delle prestazioni pensionistiche*, in *GI*, n. 5, 1183 ss.
- Persiani M. (2016), *Ancora sull'esigenza di una solidarietà previdenziale*, in *ADL*, n. 3, I, 552.
- Persiani M., D'Onghia M. (2016), *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino.
- Pessi R. (2016), *Il principio di adeguatezza della prestazione previdenziale nella giurisprudenza costituzionale*, in *RDSS*, n. 3, 513 ss.
- Rescigno G.U. (2012), *Leggi di interpretazione autentica, leggi retroattive e possibili ragioni della loro incostituzionalità*, in *G.Cost.*, n. 2, 1072 ss.
- Sandulli P. (2016), *La Corte costituzionale orienta il legislatore delle pensioni. A proposito delle sentenze nn. 173 e 174/2016*, in *RDSS*, n. 4, 687 ss.
- Siniscalchi L. (1994), *I nuovi problemi della retribuzione imponibile e pensionabile*, in *DL*, nn. 3-4, I, 283 ss.

Carmela Garofalo
Dottoressa di ricerca
presso l'Università di Padova

I

CORTE DI GIUSTIZIA, 21.6.2017, C-449/16, Settima Sezione – Avv. Gen. Tanchev – Martinez Silva c. Inps e Comune di Genova.

Parità di trattamento – Direttiva n. 2011/98 – Sicurezza sociale – Assegno per il nucleo familiare – Permesso unico di soggiorno e lavoro.

L'art. 12 della Direttiva n. 2011/98 deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale in base alla quale il cittadino di un paese terzo, titolare di un permesso unico di lavoro, non può beneficiare di una prestazione come l'assegno per il nucleo familiare previsto dall'art. 65 della l. n. 448/1998. (1)

II

CASSAZIONE, 8.5.2017, n. 11166, ord. – Pres. D'Antonio, Est. Rivero, P.M. Giacalone (conf.) – Inps (avv.ti Coretti, Stumpo, Triolo) c. Asgi (Associazione studi giuridici sull'immigrazione) e Apn (Avvocati per niente Onlus) (avv. Guariso).
Conf. Corte d'Appello di Milano, 22.5.2015.

Discriminazioni – Discriminazioni collettive per ragioni di nazionalità – Legittimazione ad agire – Sussiste.

Discriminazioni – Assegno per il nucleo familiare – Permesso di soggiorno di lungo periodo – Discriminazione collettiva per ragioni di nazionalità – Sussiste.

Nelle discriminazioni collettive in ragione del fattore della nazionalità, ex artt. 2 e 4, d.lgs. n. 215/2003, e art. 43, d.lgs. n. 286/1998, sussiste la legittimazione ad agire in capo alle associazioni e agli enti previsti dall'art. 5, d.lgs. n. 215/2003. (2)

La mancata concessione ai cittadini di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo dell'assegno per il nucleo familiare previsto dall'art. 65 della l. n. 448/1998 per il periodo precedente al 1.7.2013 costituisce discriminazione collettiva per ragioni di nazionalità per violazione del principio di parità in materia di assistenza sociale e protezione sociale in relazione alle prestazioni essenziali previsto dalla Direttiva n. 2003/109 e attuato dall'art. 13, c. 1, l. n. 97/2013. (3)

III

CASSAZIONE, 8.5.2017, n. 11165, ord. – Pres. D’Antonio, Est. Rivero, P.M. Giacalone (conf.) – Inps (avv.ti Coretti, Stumpo, Triolo) c. Asgi (Associazione studi giuridici sull’immigrazione e Apn (Avvocati per niente Onlus) (avv. Guariso).
Conf. Corte d’Appello Milano, 5.12.2014.

Discriminazioni – Discriminazioni collettive per ragioni di nazionalità – Legittimazione ad agire – Sussiste.

Discriminazioni – Assegno per il nucleo familiare – Permesso di soggiorno di lungo periodo – Discriminazione collettiva per ragioni di nazionalità – Sussiste.

Nelle discriminazioni collettive in ragione del fattore della nazionalità, ex artt. 2 e 4, d.lgs. n. 215/2003 e art. 43, d.lgs. n. 286/1998, sussiste la legittimazione ad agire in capo alle associazioni e agli enti previsti dall’art. 5, d.lgs. n. 215/2003. (4)

La mancata concessione ai cittadini di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo dell’assegno per il nucleo familiare previsto dall’art. 65 della l. n. 448/1998 per il periodo precedente al 1.7.2013 costituisce discriminazione collettiva per ragioni di nazionalità per violazione del principio di parità in materia di assistenza sociale e protezione sociale in relazione alle prestazioni essenziali previsto dalla Direttiva n; 2003/109 e attuato dall’art. 13, c. 1, l. n. 97/2013. (5)

(1-5) DINIEGO DELL’ASSEGNO PER IL NUCLEO FAMILIARE,
DISCRIMINAZIONE COLLETTIVA PER NAZIONALITÀ
E LEGITTIMAZIONE AD AGIRE DELLE ASSOCIAZIONI

SOMMARIO. 1. Introduzione. — 2. La disciplina dell’assegno per il nucleo familiare (Anf). — 3. La discriminazione collettiva per nazionalità consistente nel diniego dell’Anf per il periodo precedente all’entrata in vigore della l. n. 97/2013. — 4. La legittimazione ad agire delle associazioni nelle azioni civili contro le discriminazioni collettive per nazionalità. — 5. L’illegittima esclusione dei titolari di permesso unico di soggiorno e lavoro dalla concessione dell’Anf.

1. — *Introduzione* — Le tre sentenze in commento – le due pronunce «gemelle» della Cassazione dell’8.5.2017 e la decisione della Corte di Giustizia nel caso *Mar-*

tinez Silva del 21 giugno dello stesso anno – ruotano attorno a un'unica questione, ossia la mancata concessione agli stranieri dell'assegno per il nucleo familiare (d'ora in avanti, Anf). In particolare, secondo la Cassazione il diniego dell'Anf agli stranieri soggiornanti di lungo periodo, per il periodo precedente al 1° luglio 2013, integra gli estremi di una discriminazione collettiva per ragioni di nazionalità, con riferimento alla quale è stata pure riconosciuta la legittimazione ad agire delle associazioni *ex art. 5, d.lgs. n. 215/2003*. La Corte di Giustizia, invece, ha affermato la riconducibilità dell'assegno in esame alla nozione di sicurezza sociale di cui al Regolamento n. 883/2004; ne consegue la possibilità, per lo straniero titolare di permesso unico di soggiorno e lavoro, di beneficiare del principio di parità di trattamento affermato dalla Direttiva n. 2011/98 con particolare riferimento ai settori della sicurezza sociale, nonostante che la disciplina italiana richieda, a tal fine, il possesso del permesso per soggiornanti di lungo periodo.

Per poter affrontare le questioni sommariamente delineate è necessario muovere anzitutto dalla disciplina dell'Anf, per poterci poi soffermare sulle problematiche che da essa sono scaturite.

2. — *La disciplina dell'assegno per il nucleo familiare (Anf)* — L'Anf, di cui all'art. 65, l. n. 448/1998, consiste in una prestazione di carattere assistenziale rivolta alle famiglie che hanno almeno tre figli minori e che dispongono di patrimoni e redditi limitati. Tale provvidenza è erogata dall'Inps, pur dovendo la domanda essere presentata al Comune di residenza (al quale compete la verifica dei requisiti di concessione e, in caso di esito positivo di quest'ultima, il conferimento dell'Anf) entro il 31 gennaio dell'anno successivo a quello di maturazione. I requisiti da soddisfare per poter ottenere la prestazione consistono nella minore età di tutti e tre (o più) i figli e in un reddito Isee non superiore all'importo annualmente fissato e rivalutato sulla base della variazione dell'indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie (1). L'Anf spetta dal primo gennaio dell'anno in cui si verificano i requisiti richiesti, oppure dal primo giorno del mese in cui si accerta il requisito della presenza dei tre figli minori. Il diritto all'Anf cessa, invece, a decorrere dal primo gennaio dell'anno nel quale viene a mancare il requisito del valore dell'Isee, o dal primo giorno del mese successivo a quello in cui viene meno la presenza dei tre figli minori.

La prestazione, inizialmente riservata ai soli cittadini italiani, è stata progressivamente estesa anche ai cittadini dell'Unione europea (*ex art. 80, comma 5, l. n. 388/2000*), ai cittadini di paesi terzi titolari dello *status* di rifugiato politico o della protezione sussidiaria (*ex art. 34, comma 5, d.lgs. n. 251/2007*) e, infine, per quanto qui maggiormente rileva, ai familiari dei cittadini dell'Unione e – in risposta a una procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea (2) – ai titolari di permesso di soggiorno di lungo periodo *ex art. l, d.lgs. n. 3/2007*, che ha attuato nel

(1) Per il 2018, l'Isee familiare non deve essere superiore a euro 8.555,99. Qualora siano soddisfatti i requisiti di concessione, viene riconosciuta una prestazione dall'importo mensile di 141,30 euro, per un totale di 1.836,90 euro annui, non soggetti a tassazione.

(2) La Commissione europea aveva difatti già avviato, nel frattempo, una formale procedura di infrazione del diritto dell'Unione (n. 4009/2013), giunta alla fase di messa in mora *ex art. 258 TfUe*.

nostro ordinamento la Direttiva n. 2003/109 (art. 13, comma 1, l. n. 97/2013, cd. legge europea 2013). Peraltro, anche prima delle modifiche da ultimo introdotte dalla l. n. 97/2013, la giurisprudenza di merito si era già ampiamente orientata nel senso di ritenere direttamente applicabile – e dunque prevalente sulla diffforme di disposizione nazionale – il principio di parità di trattamento «quanto all'accesso alle prestazioni sociali, all'assistenza sociale e alla protezione sociale» di cui all'art. 11, comma 1, lett. *d*, della Direttiva n. 2003/109, facendo rientrare di conseguenza fra i beneficiari della prestazione anche gli stranieri titolari di permesso di soggiorno di lungo periodo (3).

La disposizione estensiva, di cui alla l. n. 97/2013, fa riferimento a una copertura finanziaria del provvedimento solo a decorrere dal 1° luglio 2013 (art. 13, comma 2), motivo per il quale molti Comuni, facendo propria l'interpretazione sostenuta dall'Inps con la circolare n. 4/2014, hanno riconosciuto agli stranieri titolari di permesso di soggiorno di lungo periodo che avevano fatto domanda entro i termini di legge (31 gennaio 2014) l'Anf per una quota corrispondente al solo secondo semestre dell'anno, ovvero al periodo del 2013 successivo all'entrata in vigore del provvedimento. Ed è proprio tale posizione dell'Inps – poi ricostruita nei termini di una discriminazione collettiva per ragioni di nazionalità – che ha generato il contenzioso oggetto delle sentenze in commento, all'esito del quale è stato infine riconosciuto, dalle pronunce n. 11165 e n. 11166/2017, il diritto all'Anf anche per il periodo antecedente all'entrata in vigore della l. n. 97/2013, così convalidando quanto già sostenuto dalla prevalente giurisprudenza di merito (4).

3. — *La discriminazione collettiva per nazionalità consistente nel diniego dell'Anf per il periodo precedente all'entrata in vigore della l. n. 97/2013* — Pur trattando la Cassazione, in entrambe le pronunce «gemelle» (che per buona parte riproducono il medesimo sviluppo argomentativo, e che per questo è possibile trattare in maniera congiunta), anzitutto la questione della legittimazione ad agire, sembra più utile muovere dall'altra questione affrontata, ossia quella della discriminazione collettiva per nazionalità (5).

Arrivando subito al punto, la Cassazione conferma la conclusione cui erano giunte le impugnate sentenze della Corte d'Appello di Milano, secondo le quali la mancata concessione – per il periodo precedente al 1° luglio 2013 – della prestazione agli stranieri titolari di permesso di soggiorno di lungo periodo da parte dell'Inps, motivata

(3) Cfr., fra le altre, T. Gorizia 1.1.2010, confermata, in sede di reclamo, da T. Gorizia 7.12.2010, n. 506; T. Udine 17.11.2011; T. Padova 5.12.2011; T. Gorizia 3.5.2012, n. 63; T. Milano 16.7.2012; T. Genova 22.9.2012; T. Tortona 24.9.2012; T. Bergamo 24.1.2013; T. Bergamo 15.3.2013; T. Pescara 24.3.2013, n. 4593; T. Alessandria 11-12.4.2013; T. Busto Arsizio 23.4.2013; T. Alessandria 2.5.2013; T. Tortona 3.5.2013; T. Gorizia 17.5.2013 (ove non diversamente specificato, le sentenze citate sono reperibili in *Banca Dati Asgi*, <https://www.asgi.it/banca-dati/>).

(4) Si vedano, a titolo esemplificativo, T. Bergamo 30.3.2014; T. Venezia 29.4.2014; T. Milano 20.5.2014, la cui vicenda processuale è, infine, approdata in Cassazione.

(5) Sulle sentenze della Cassazione si veda il commento di Militello, in corso di pubblicazione. Sul fattore della nazionalità cfr., da ultimo, Militello, Strazzari, in corso di pubblicazione.

sulla base di una presunta previsione di risorse finanziarie solo a partire da tale data, concreta una discriminazione collettiva per ragioni di nazionalità, dal momento che risulta violato il principio di parità di trattamento in materia di assistenza sociale e protezione sociale previsto dalla Direttiva n. 2003/109 e attuato dall'art. 13, comma 1, l. n. 97/2013 (6).

Il diritto dei lungosoggiornanti all'Anf, secondo i giudici, in carenza di un'espressa indicazione normativa relativa alla data di decorrenza del riconoscimento della prestazione, non può difatti che decorrere fin dal momento in cui esso doveva essere introdotto nell'ordinamento italiano in attuazione della Direttiva n. 2003/109, non potendosi viceversa evincere dalle disposizioni in esame – come invece erroneamente fa l'Inps – che la legge abbia voluto escludere il riconoscimento delle prestazioni maturate nel periodo precedente al 1° luglio 2013. I limiti temporali, che pure la l. n. 97/2013 prevede, non devono difatti essere letti come delimitazioni del diritto all'Anf, bensì semplicemente come «parametri utili a scadenzare gli oneri finanziari a carico dello Stato e dei Comuni» (7). La ricostruzione prospettata dall'Istituto previdenziale, peraltro, esporrebbe l'Italia a una possibile contestazione per violazione dell'obbligo di corretta trasposizione della direttiva.

E neppure è convincente la tesi dell'Inps, secondo la quale l'Anf – non essendo espressamente menzionato dal tredicesimo considerando della direttiva (a mente del quale le prestazioni essenziali «comprendono almeno un sostegno di reddito minimo, l'assistenza in caso di malattia, di gravidanza, l'assistenza parentale e l'assistenza a lungo termine») – non rientrerebbe nel novero delle «prestazioni essenziali» disciplinate dalla Direttiva n. 2003/109, alle quali il principio di parità di trattamento deve essere necessariamente applicato. La Corte di Giustizia, difatti, ha chiarito che l'elenco di cui al tredicesimo considerando «non è esaustivo» (8); l'Anf può quindi a buon diritto essere annoverato fra le prestazioni essenziali a motivo delle sue caratteristiche strutturali (e ciò anche in virtù di quanto disposto dall'art. 34, comma 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue) (9).

Peraltro, pur consentendo la direttiva agli Stati membri di limitare il principio di parità di trattamento in materia di assistenza sociale e protezione sociale alle sole «prestazioni essenziali» (art. 13, comma 4), non risulta che l'Italia abbia mai chiaramente espresso l'intenzione di avvalersi di tale possibilità di deroga; di conseguenza, non può dirsi (come invece erroneamente fa l'Istituto previdenziale) che l'Anf non sia coperto dal principio di parità di trattamento.

(6) A seguito dell'ordinanza del T. Milano 20.5.2014, che aveva accertato il carattere discriminatorio della condotta tenuta dall'Inps consistente nell'aver emanato la circolare n. 4/2014, riconoscendo la sussistenza in capo ai lungosoggiornanti del diritto all'Anf anche antecedentemente all'emanazione della l. n. 97/2013 in virtù del principio di parità di trattamento di cui alla Direttiva n. 2003/109 e ravvisando nella circolare dell'Inps una forma di discriminazione collettiva fondata sulla nazionalità, l'Inps ha emanato una nuova circolare, la n. 97/2014, con la quale ha affermato di voler mettere in pagamento tutte le richieste di erogazione degli assegni, presentate da stranieri lungosoggiornanti e approvate dai Comuni, anche relativamente al primo semestre del 2013.

(7) Così Tonetti 2017, 13.

(8) C. Giust. 24.4.2012, C-571/10, *Kamberaj*, punto 85.

(9) Sul quale cfr. Orlandini, Chiaromonte 2017.

L'Inps, infine, richiamando una precedente pronuncia della Cassazione, che aveva escluso la possibilità di disapplicare una norma interna per contrasto con una disposizione convenzionale (10), sostiene che sia illegittima la disapplicazione, disposta dai giudici di merito, dell'art. 65, l. n. 448/1998, per contrasto con l'art. 14 della Cedu. Nel caso di specie, tuttavia, la Cassazione correttamente rileva che i giudici di seconda istanza non hanno proceduto ad alcuna disapplicazione della norma interna per effettuare l'applicazione diretta della norma convenzionale, avendo essi direttamente applicato la norma interna che concretizza il principio di parità nell'accesso alle prestazioni di assistenza sociale essenziali contenuto nella Direttiva n. 2003/109.

Peraltro, sempre a proposito dell'Anf, vale la pena ricordare che proprio la Corte Edu si era già pronunciata nei confronti dell'Italia con la sentenza *Dhabbi*; in tale circostanza, i giudici di Strasburgo avevano chiarito che l'esclusione degli stranieri regolarmente soggiornanti, in forza di un permesso non di breve periodo, dal beneficio di tale prestazione a motivo della nazionalità del richiedente si pone in contrasto con il principio di non discriminazione di cui all'art. 14 Cedu in combinato disposto con l'art. 8 della stessa Convenzione, che tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare (11).

4. — *La legittimazione ad agire delle associazioni nelle azioni civili contro le discriminazioni collettive per nazionalità* — La seconda questione affrontata dalla Cassazione attiene alla legittimazione ad agire delle associazioni e degli enti nelle azioni civili contro le discriminazioni collettive per nazionalità (12). In particolare, la Corte è chiamata a pronunciarsi a proposito del ricorso presentato dall'Inps, secondo cui non sarebbe individuabile alcuna norma idonea a conferire, in materia di discriminazione collettiva, la legittimazione ad agire alle associazioni e agli enti rientranti fra quelli iscritti nell'apposito elenco approvato con decreto ministeriale (13), sulla scorta di quanto disposto dall'art. 5, d.lgs. n. 215/2003, e caratterizzati, *ex d.P.R.* n. 349/1999, dallo svolgimento di «attività a favore degli stranieri immigrati» e di «attività per favorire l'integrazione sociale degli stranieri». A sostegno della sua tesi l'Inps invoca esclusivamente un dato letterale, consistente nel fatto che l'art. 3 del d.lgs. n. 215/2003, che al primo comma riconosce la legittimazione collettiva (rinviando poi al comma 4), si riferisce esclusivamente alle discriminazioni per razza e origine etnica, senza quindi ricondurre espressa-

(10) Il riferimento è a Cass. 6.12.2016, n. 24981, in *D&G*, 2016, 6.12.2016, che è giunta a tale conclusione sulla scorta di quanto affermato dalle sentenze gemelle della Corte costituzionale n. 348/2007 e n. 349/2007.

(11) C. Edu 8.4.2014, S. II, *Dhabbi c. Italia*, in *RIDL*, 2014, II, 888 ss., con nota di Chiaromonte 2010, e in *RGL*, 2014, II, 508 ss., con nota di Ferrante 2014. Si tratta di un'affermazione particolarmente significativa dal momento che, sia pure attraverso la mediazione del giudizio di costituzionalità, essa comporta l'estensione del beneficio già riconosciuto a favore dei titolari di permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo, protetti dalla Direttiva n. 2003/109, anche a favore di tutti i titolari di un permesso di soggiorno che non sia di breve durata.

(12) Per un esaustivo punto sulla questione, sia pure precedente rispetto alle sentenze di Cassazione in commento, si veda Guariso 2015. Più in generale, cfr., fra gli altri, Curcio 2007; Donzelli 2008; Id. 2012; Santucci, Santagata De Castro 2014. Da ultimo si vedano Guariso, Militello, in corso di pubblicazione.

(13) Decreto del ministro del Lavoro 13.3.2013.

mente al proprio ambito di applicazione anche le differenze di trattamento basate sulla nazionalità (comma 2). A seguire questo ragionamento, quindi, le associazioni in discorso potrebbero agire in giudizio solo per far valere le discriminazioni collettive per razza e origine etnica, e non anche quelle per nazionalità (pur occupandosi, tali associazioni, *ex d.P.R. n. 349/1999*, proprio di «stranieri») (14).

Tale tesi, secondo la Cassazione, non può essere accolta per un composito ordine di ragioni. Anzitutto, muovendo proprio dal dato letterale invocato dall'Inps, viene condivisibilmente rilevato che l'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 215/2003 è una disposizione generale dettata con l'intento di riservare agli Stati membri dell'Unione la disciplina della materia dell'immigrazione e la regolazione sostanziale del trattamento dello straniero, senza per questo interferire in alcun modo con le regole processuali in materia di discriminazioni vigenti nei singoli paesi membri.

Inoltre, pur tacendo questa erronea interpretazione della norma, la tesi dell'Inps condurrebbe a negare l'esistenza e la rilevanza nel nostro ordinamento delle discriminazioni collettive fondate sulla nazionalità e, al contempo, farebbe emergere un inammissibile vuoto di tutela processuale per tali discriminazioni di natura collettiva (15). Dal momento, difatti, che la nazionalità rientra pacificamente fra i fattori di discriminazione vietati in ogni campo della vita sociale, *ex art. 43*, commi 1-2, T.U. immigrazione (d.lgs. n. 286/1998), in relazione alle discriminazioni di natura tanto diretta, quanto indiretta, tanto individuale, quanto collettiva, anche con riferimento a tale fattore dovrà essere apprestata e garantita la medesima tutela processuale contro le discriminazioni collettive valevole per gli altri fattori protetti. Nello specifico, tale tutela non potrà prescindere dalla legittimazione conferita a un organismo collettivo, considerato anche che l'art. 28, d.lgs. n. 150/2011 descrive un unico procedimento per le stesse discriminazioni, incluse quelle collettive, in cui si prevede una legittimazione dell'ente collettivo medesimo.

In sostanza, per questa tesi, sarebbe necessario garantire una connessione fra la nozione sostanziale di discriminazione (anche collettiva) per nazionalità e gli strumenti processuali esistenti, considerato, tra l'altro, che la legittimazione ad agire in capo a un soggetto collettivo rappresenta – all'interno del nostro ordinamento – una regola assoluta in materia di tutela contro le discriminazioni collettive (16). Tale regola è stata,

(14) L'esito paradossale e illogico di una tale prospettazione dovrebbe, quindi, condurre a ritenere che esse «possano agire in giudizio solo per le discriminazioni per razza o etnia e non per il fattore della nazionalità che serve a qualificarle»: così Roverso 2017, il quale sottolinea pure che tale conclusione «porterebbe a ipotizzare che la legittimazione ad agire per un certo tipo di discriminazioni (razza o etnia) sia stata conferita a enti che si occupano di un fattore di discriminazione che viene ritenuto dall'ordinamento del tutto differente, di diverso contenuto e rilevanza (come appunto la nazionalità straniera)».

(15) Fermo restando che, se anche si volesse escludere una diretta applicabilità del d.lgs. n. 215/2003 alle discriminazioni per nazionalità, sarebbe comunque sempre possibile valutare se, attraverso il criterio apparentemente neutro della nazionalità, si sia invece determinata una discriminazione indiretta, concretizzatasi in una situazione di svantaggio proporzionalmente maggiore per gli appartenenti a gruppi etnici diversi da quello italiano (appartenendo, la stragrande maggioranza degli stranieri presenti in Italia, proprio a etnie diverse da quella italiana): così Guariso 2015, 3; in giurisprudenza cfr. T. Milano 9.2.2010; T. Brescia 13.6.2012.

(16) Si vedano, senza pretesa di esaustività, oltre all'azione collettiva di cui all'art. 5, d.lgs. n. 215/2003 (per la repressione di comportamenti discriminatori per razza od origine etnica),

del resto, riconosciuta anche dalla Direttiva n. 2014/54, relativa alle misure – anche di carattere collettivo – intese ad agevolare l'esercizio dei diritti conferiti ai lavoratori nel quadro della loro libera circolazione; direttiva rispetto alla quale mal si concilierebbe il mancato conferimento della legittimazione ad agire nei termini prospettati dall'Inps.

Pertanto, le Sezioni Unite della Cassazione, pronunciandosi a proposito di due casi di discriminazioni collettive per nazionalità in procedimenti promossi da associazioni (nello specifico, proprio dalle stesse due associazioni ricorrenti nelle controversie in commento), pur non affrontando direttamente la questione, non hanno, però, rilevato alcun profilo di inammissibilità dei ricorsi per carenza di legittimazione ad agire di dette associazioni (17).

Se già gli argomenti sin qui sommariamente richiamati sarebbero sufficienti a motivare il rigetto del ricorso presentato dall'Inps, lo sforzo argomentativo della Cassazione va apprezzabilmente oltre, tentando di ricomporre, in sede esegetica, i diversi rinvii normativi «in una coerente logica di sistema [...], valorizzando l'interpretazione complessiva e l'intenzione dello stesso legislatore, il quale mostra in più sedi di considerare unitariamente i fattori di discriminazione in discorso anche sotto il profilo del loro trattamento processuale». Per fare ciò, perseguendo un'interpretazione che, alla luce dell'intenzione del legislatore, tenda ad armonizzare il diritto processuale interno ai principi costituzionali ed europei, si prospettano, da un lato, i dubbi di costituzionalità che inevitabilmente sorgerebbero – per contrasto con gli artt. 3, commi 1-2, 24 e 117 (18) – qualora si sposasse la tesi sostenuta dall'Istituto previdenziale (19); e,

quelle previste dall'art. 4, d.lgs. n. 216/2003 (per la repressione di comportamenti discriminatori in materia di occupazione e di condizioni di lavoro nell'ambito dei luoghi di lavoro); dall'art. 4, l. n. 6/2006 (per la repressione di comportamenti discriminatori in danno di persone con disabilità); dall'art. 55-*quinquies*, d.lgs. n. 198/2006 (per la repressione di comportamenti discriminatori per ragioni di sesso nell'accesso e fornitura di beni e servizi); dall'art. 44, comma 10, d.lgs. n. 286/1998 (per la repressione di comportamenti discriminatori commessi dal datore di lavoro e fondati anche sulla nazionalità); dall'art. 28, l. n. 300/1970 (per la repressione di comportamenti discriminatori pluri offensivi).

(17) Cass. 1.10.2014, n. 20661, S.U., in *FI*, 2014, n. 12, I, 3435 ss.; Cass. 20.4.2016, n. 7951, S.U., in *Cass. pen.*, 2016, n. 7-8, 2867 ss. In entrambi i casi si trattava dell'esclusione, contenuta in una clausola del bando, pubblicato in *G.U.* il 20.9.2011, per la selezione di 10.481 volontari da impiegare in progetti di servizio civile in Italia e all'estero, dei cittadini stranieri regolarmente residenti in Italia; esclusione poi ritenuta discriminatoria. Si consideri, peraltro, che il d.lgs. n. 40/2017, che ha istituito il servizio civile universale, ne ha disposto l'apertura a tutti gli stranieri regolarmente soggiornanti senza limitazioni relative al titolo di soggiorno (art. 14, comma 1). Con riferimento alla giurisprudenza di merito che in precedenza già aveva riconosciuto la legittimazione attiva delle associazioni, fra le altre, cfr. T. Milano 1.8.2009; T. Bergamo 28.11.2009; T. Brescia 19.1.2010; T. Brescia 29.1.2010; T. Brescia 9.4.2010; T. Bergamo 17.5.2010; T. Milano 26.7.2010; T. Brescia 10.1.2013; T. Bergamo 15.3.2011; T. Milano 2.5.2011; T. Brescia 12.6.2012; C. App. Brescia 12.3.2013; C. App. Brescia 21.10.2013.

(18) Con riferimento a quest'ultima disposizione, si rileva che ci si porrebbe in contrasto con l'art. 6 Cedu (diritto al giusto processo) qualora si avvalorasse la possibilità di garantire in maniera differente la tutela processuale a seconda dei diversi fattori di discriminazione (ivi compreso quello relativo all'origine nazionale) vietati dall'art. 14 della Convenzione.

(19) In particolare, nella sentenza n. 11166/2017 si legge che «il diritto alla non discriminazione deve essere considerato un diritto fondamentale di rilievo costituzionale primario e assoluto che non può soffrire compressioni di fronte all'azione amministrativa».

dall'altro, si rileva la non conformità rispetto ai principi eurounitari di effettività e di equivalenza delle tutele di una tesi che mirasse a escludere la legittimazione ad agire nelle discriminazioni collettive per nazionalità (20).

Con particolare riferimento al diritto derivato dell'Unione, non va neppure sottovalutato il fatto che, come si accennava, la Direttiva n. 2014/54 (il cui termine di recepimento è scaduto il 21 maggio 2016) prevede espressamente mezzi di tutela processuale collettivi (art. 3, comma 2), e in particolare un'autonoma legittimazione in capo alle organizzazioni collettive (considerando 15).

L'ultimo profilo su cui si fonda il ricorso dell'Inps attiene alla presunta carenza dell'ulteriore requisito – sempre previsto, *ex* art. 5, comma 3, d.lgs. n. 215/2003, ai fini della legittimazione ad agire delle associazioni e degli enti inseriti nell'elenco di cui all'art. 5, comma 1 – della non individuabilità in modo diretto e immediato delle persone lese dalla discriminazione. Tale assunto, secondo i giudici di Cassazione, non risulta dimostrato. La sentenza n. 11166/2017, difatti, chiarisce che gli immediati effetti discriminatori di natura collettiva ben possano essere solo potenziali, come appunto nel caso di specie. La circolare Inps n. 4/2014, inducendo i Comuni a non accogliere le domande dei soggetti richiedenti la prestazione e persuadendo i soggetti privati aventi diritto alla prestazione a non presentare domanda di concessione della stessa, era andata proprio in questa direzione. In altre parole, quel che afferma la Cassazione è che l'azione antidiscriminatoria collettiva è esperibile avverso un atto amministrativo generale non solo in via preventiva, ma anche per effetti pregiudizievoli solo eventuali, cioè ben prima che si produca un danno a carico delle potenziali vittime.

Nonostante l'ampiezza e la chiarezza dell'impianto argomentativo, va segnalato che una recente sentenza del Tribunale di Firenze, successiva alle due pronunce in commento, ha negato la legittimazione attiva dell'associazione ricorrente affermando espressamente di non condividere l'orientamento della Cassazione qui ricostruito. In particolare, secondo i giudici fiorentini, analogamente a quanto già aveva sostenuto l'Inps, il d.lgs. n. 215/2003 si riferirebbe alle sole discriminazioni per ragioni di razza e di etnia, con esclusione di quelle per nazionalità (art. 3, comma 2), e inoltre tale limitazione della disciplina alle sole discriminazioni per razza od origine etnica sarebbe originata dal diritto dell'Unione europea, e in particolare dall'art. 3, comma 2, della Direttiva n. 2000/43, della quale il d.lgs. n. 215/2003 costituisce attuazione (21). Come già si diceva, tale conclusione non pare condivisibile, dal momento che – come si è tentato di argomentare – l'azionabilità di una tutela collettiva in caso di discriminazione collettiva per nazionalità non è espressamente esclusa da alcuna disposizione nazionale o sovranazionale (e, in particolare, dall'inciso di carattere sostanziale di cui all'art. 3, comma 2).

(20) Cfr. Favilli 2014; da ultimo, si veda Giubboni 2017, spec. 171 ss.

(21) Cfr. T. Firenze 21.6.2017, che ha negato la legittimazione ad agire di un'associazione che aveva presentato ricorso per tutelare alcuni stranieri esclusi dalla partecipazione a un concorso per l'accesso al pubblico impiego in qualità di assistenti giudiziari, sulla quale si vedano Pipponzi 2017; Roverso 2017.

5. — *L'illegittima esclusione dei titolari di permesso unico di soggiorno e lavoro dalla concessione dell'Anf*— Passando, da ultimo, alla sentenza *Martinez Silva* della Corte di Giustizia, anche in questo caso la questione verteva sul diniego dell'Anf (22). Alla sig.ra Martinez Silva, cittadina di un paese terzo residente in Italia con tre figli minorenni a carico, difatti, era stata negata la concessione della prestazione per carenza del requisito del permesso di soggiorno di lungo periodo ex Direttiva n. 2003/109 (essendo, invece, la ricorrente titolare di permesso unico di soggiorno e lavoro, ex Direttiva n. 2011/98, di durata superiore a sei mesi). La Corte di Giustizia è, quindi, stata chiamata a pronunciarsi sul rinvio della Corte d'Appello di Genova, la quale aveva prospettato dei profili di incompatibilità fra la già ricordata disciplina dell'Anf, che limita la concessione della provvidenza ai soli titolari di permesso di soggiorno di lungo periodo, e la Direttiva n. 2011/98, che invece garantisce la parità di trattamento fra i lavoratori dei paesi terzi e i cittadini dello Stato membro in cui soggiornano per quanto concerne, tra l'altro, i settori della sicurezza sociale definiti dal Regolamento n. 883/2004 (art. 12, comma 1, lett. e).

Si trattava, in altre parole, anzitutto di valutare se l'Anf fosse riconducibile alla nozione di «prestazione familiare» di cui all'art. 1, lett. z, del Regolamento n. 883/04 (23), e in seconda battuta se, in caso di risposta affermativa alla prima questione, il cittadino di un paese terzo titolare di permesso unico di soggiorno e lavoro potesse essere escluso dal beneficio della prestazione in discorso.

La Corte di Giustizia afferma a chiare lettere che l'Anf rientra nella nozione eurounitaria di «sicurezza sociale» e, in particolare, fra le «prestazioni familiari» citate dall'art. 3, comma 1, lett. j, del Regolamento n. 883/2004 (e non, viceversa, fra le prestazioni di assistenza sociale che, ex art. 3, comma 5, sono invece escluse dal campo di applicazione oggettivo del regolamento). Tale asserzione è particolarmente rilevante posto che, come si ricordava, la Direttiva n. 2011/98 determina il campo di applicazione della parità di trattamento rinviando proprio ai «settori di sicurezza sociale» di cui al citato regolamento. I giudici di Lussemburgo ribadiscono che la direttiva consente agli Stati membri di introdurre eccezionalmente limitazioni alla parità di trattamento (art. 12, comma 2), purché tale intenzione sia espressa chiaramente in sede di attuazione della direttiva (24); nel caso di specie, tuttavia, ciò non è accaduto, anche perché l'Italia ha adottato la misura contestata ancor prima di attuare (con il d.lgs. n. 40/2014, che, peraltro, non ha affatto recepito il principio di cui all'art. 12) la Direttiva n. 2011/98.

Inoltre, se ci attenissimo alla nozione nazionale di assistenza sociale, alla quale sono riconducibili pressoché tutte le prestazioni non contributive, ivi compreso l'Anf, quest'ultimo risulterebbe sottratto al principio paritario di cui alla Direttiva n.

(22) C. Giust. 21.6.2017, C-449/16, *Martinez Silva*. Per un primo commento alla sentenza cfr. Borraccetti, Ferri 2017; Ambrosini, Guariso 2017; Rosafalco 2017. Sull'annosa questione dell'esclusione degli stranieri privi del permesso di soggiorno di lungo periodo dal godimento di determinate prestazioni sociali cfr., da ultimo, Corsi 2016; Ferrara 2017, spec. 281 ss.; Garilli 2017; Chiaromonte, Guariso, in corso di pubblicazione.

(23) «Tutte le prestazioni in natura o in denaro destinate a compensare i carichi familiari, a esclusione degli anticipi sugli assegni alimentari e degli assegni speciali di nascita o di adozione menzionati nell'allegato I».

(24) In tal senso, ad esempio, C. Giust. 24.4.2012, C-571/10, *Kamberaj*, punti 86-87.

2011/98. Viceversa, la nozione di «sicurezza sociale» deve essere attinta dal diritto dell'Unione e non da quello nazionale. Di conseguenza, sulla base di un costante filone giurisprudenziale, tutte quelle prestazioni che, indipendentemente dalle modalità di finanziamento (applicandosi il regolamento anche alle prestazioni non contributive), sono «attribuite automaticamente alle famiglie che rispondono a determinati criteri obiettivi, riguardanti segnatamente le loro dimensioni, il loro reddito e le loro risorse di capitale, prescindendo da ogni valutazione individuale e discrezionale delle esigenze personali, e destinate a compensare i carichi familiari, devono essere considerate prestazioni di sicurezza sociale» (25).

In altre parole, la Corte di Giustizia, accogliendo un'ampia nozione di sicurezza sociale, ha ritenuto che non rientrino nell'alveo di quest'ultima quelle sole prestazioni che spettano al beneficiario identificato dall'amministrazione erogatrice in base a una valutazione personale e individualizzata delle condizioni di bisogno della persona (26). Tale principio, come si ricordava, era stato già più volte enunciato dai giudici di Lussemburgo; la sentenza *Martinez Silva*, pur ribadendo quanto assolutamente consolidato, è però la prima a riguardare direttamente una prestazione prevista dal diritto della sicurezza sociale italiano, rispetto alla quale, dunque, la Corte ha sancito l'incompatibilità della riserva ai soli lungosoggiornanti rispetto alla Direttiva n. 2011/98.

Il principio affermato riveste una grande importanza dal momento che, pur riferendosi al solo Anf, esso è idoneo a vincolare l'operato dei giudici nazionali che sono (e saranno) chiamati a decidere in relazione all'esclusione degli stranieri titolari di permesso unico di soggiorno e lavoro – i quali costituiscono, nella pratica, pressoché la totalità di coloro che non hanno ancora acquisito il permesso di lungo periodo – dal beneficio delle altre prestazioni assistenziali la cui concessione è tuttora subordinata al possesso del permesso di soggiorno per lungosoggiornanti (si pensi, fra le altre, all'assegno di maternità di base di cui all'art. 74, d.lgs. n. 151/2001, e all'assegno di natalità di cui all'art. 1, comma 125, l. n. 190/2014, legge di stabilità per il 2015) (27). Essendo il principio

(25) *Martinez Silva*, cit., punto 22. Nello stesso senso, fra le tante, si vedano almeno C. Giust. 9.10.1974, C-24/74, *Biason*; C. Giust. 13.11.1974, C-39/74, *Costa*; C. Giust. 5.5.1983, C-139/82, *Piscitello*; C. Giust. 24.11.1987, C-379, C-381/85 e C-93/86, *Giletti*; C. Giust. 20.6.1991, C-356/89, *Stanton Newton*; C. Giust. 16.7.1992, C-78/91, *Hughes*; C. Giust. 5.3.1998, C-160/96, *Molenaar*; C. Giust. 19.9.2013, C-216 e C-217/12, *Hliddal*; C. Giust. 24.10.2013, C-177/12, *Lachheb*; C. Giust. 14.6.2016, C-308/14, *Commissione c. Regno Unito*.

(26) *Martinez Silva*, cit., punti 20-21, in cui la Corte peraltro ha rilevato che «le modalità di finanziamento di una prestazione e, in particolare, il fatto che la sua attribuzione non sia subordinata ad alcun presupposto contributivo sono irrilevanti per la sua qualificazione come prestazione di sicurezza sociale».

(27) Grazie alla costante opera di adeguamento della giurisprudenza di merito – la quale «ha proposto negli ultimi anni e continua ad avallare soluzioni più innovative, ampie e maggiormente garantiste» rispetto, ad esempio, a quelle fatte proprie dalla Corte costituzionale (così Ferrara 2017, 284) – è stata riconosciuta la possibilità di accedere a tali prestazioni anche per i titolari di un permesso di soggiorno che consente lo svolgimento di un'attività lavorativa, mediante la diretta applicazione nel nostro ordinamento del già menzionato principio di parità di trattamento sancito dall'art. 12 della Direttiva n. 2011/98. Si vedano, a puro titolo esemplificativo, T. Milano 6.11.2015; T. Firenze 8.1.2015; T. Perugia 25.5.2016; T. Alessandria 10.8.2016; T. Brescia 23.8.2016; T. Milano 2.12.2016; T. Bari 20.12.2016; T. Padova 26.10.2016; T. Milano 27.6.2017, tutte a proposito dell'assegno di maternità di base (con ri-

enunciato dalla sentenza *Martinez Silva* chiaro, preciso e incondizionato, esso dovrebbe trovare applicazione diretta, senza quindi necessità di ulteriori rinvii pregiudiziali, anche con riferimento alle altre prestazioni che rispondono alle medesime caratteristiche di predeterminazione dei requisiti, purché ovviamente queste ultime rientrino nei settori previsti dall'art. 3 del Regolamento n. 883/04, con conseguente disapplicazione della norma nazionale difforme (28).

Alla luce di tale ricostruzione, il vincolo paritario di cui alla Direttiva n. 2011/98 acquista, dunque, una portata particolarmente ampia, coinvolgendo pressoché tutte le prestazioni oggi riservate ai soli soggiornanti di lungo periodo, e richiedendo, di conseguenza, una profonda revisione del diritto nazionale: «un *welfare* riservato ai soli lungosoggiornanti non regge più; è illogico e contrario alle regole che l'Unione si è data. Piaccia o no, occorre una inversione di rotta» (29).

Un'ulteriore conseguenza, infine, consiste nel definitivo accertamento del diritto all'Anf in capo a tutti coloro che, dopo il decorso del termine assegnato agli Stati per il recepimento della direttiva – fissato al 25.12.2013, momento dal quale quindi è possibile avvalersi di quest'ultima anche in presenza di una norma nazionale difforme, come nel caso del d.lgs. di recepimento n. 40/2014 –, erano titolari di tutti i requisiti previsti dall'art. 65, l. n. 448/1998, salvo quello del titolo di soggiorno.

Riferimenti bibliografici

- Ambrosini M., Guariso A. (2017), *Cambio di rotta sul welfare ai migranti*, in *www.la-voce.info*, 4.7.2017.
- Borraccetti M., Ferri F. (2017), *Rassegna di giurisprudenza europea – Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *DIC*, n. 3.
- Chiaromonte W. (2014), *Prestazioni sociali familiari e discriminazione per nazionalità. La posizione della Corte di Strasburgo*, in *RIDL*, II, 900 ss.
- Chiaromonte W. (2017), *I requisiti di accesso all'assegno di natalità alla prova del diritto antidiscriminatorio*, in *RDSS*, 527 ss.

ferimento al quale, da ultimo, anche la Consulta ha affermato che il giudice ordinario è tenuto ad applicare direttamente il principio di parità di trattamento di cui all'art. 12 della Direttiva n. 2011/98: C. cost. 4.5.2017, n. 95); T. Bergamo 15.4.2016; T. Bergamo 19.7.2016; T. Como 30.7.2016; T. Bergamo 9.8.2016; T. Rovereto 29.9.2016; T. Brescia 17.11.2016; C. App. Brescia 30.11.2016; C. App. Brescia 30.11.2016; T. Milano 2.12.2016; T. Bergamo 21.2.2017; T. Padova 24.2.2017; T. Alessandria 19.4.2017; C. App. Milano 29.5.2017, tutte relative dell'assegno di natalità previsto dalla legge di stabilità per il 2015 (per ulteriori approfondimenti su tale ultima questione cfr. Chiaromonte 2017). *Contra*, isolata, T. Milano 13.10.2016, la quale ha escluso l'applicabilità della clausola di parità di cui all'art. 12 dal momento che ha compreso l'assegno di natalità fra i benefici di assistenza sociale, in quanto tali non riconducibili ai «settori della sicurezza sociale definiti nel Regolamento (Ce) n. 883/2004». È da rilevare, peraltro, che la Consulta, investita della questione di costituzionalità dell'art. 74, d.lgs. n. 151/2001, nella parte in cui richiede il permesso di lungo periodo, ha dichiarato inammissibile la questione per mancata considerazione del diritto dell'Unione europea: C. cost. 4.5.2017, n. 95.

(28) *Riverso* 2017; Guariso 2017, 28.

(29) Ambrosini, Guariso 2017.

- Chiaromonte W., Guariso A. (in corso di pubblicazione), *Le discriminazioni nell'accesso a beni, prestazioni e servizi pubblici*, in Barbera M., Guariso A. (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Lavoro, welfare e accesso al mercato di beni e servizi*, Giappichelli, Torino.
- Corsi C. (2016), *L'accesso degli stranieri ai diritti sociali*, in Bartolini A., Pioggia A. (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, Firenze University Press, Firenze, 133 ss.
- Curcio L. (2007), *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in Barbera M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 529 ss.
- Donzelli R. (2008), *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Jovene, Napoli.
- Donzelli R. (2012), *Tutela contro le discriminazioni (dir. proc. civ.)*, in *Diritto on line – Treccani*, [http://www.treccani.it/enciclopedia/tutela-contro-le-discriminazioni-dir-proc-civ_\(Diritto-on-line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/tutela-contro-le-discriminazioni-dir-proc-civ_(Diritto-on-line)/).
- Favilli C. (2014), *I ricorsi collettivi nell'Unione europea e la tutela antidiscriminatoria: verso un autentico approccio orizzontale*, in *Droit de l'Union européenne*, 439 ss.
- Ferrante V. (2014), *Prestazioni assistenziali ai cittadini extraeuropei e tutela dei diritti individuali*, in *RGL*, 2014, II, 508 ss.
- Ferrara M.D. (2017), *Status degli stranieri e questioni di welfare tra diritti e inclusione sociale*, in *RDSS*, 265 ss.
- Garilli A. (2017), *Immigrati e diritti sociali: parità di trattamento e tutela multilivello*, in *DLM*, 13 ss.
- Giubboni (2017), *Diritto del lavoro europeo. Una introduzione critica*, Wolters Kluwer, Milano.
- Guariso A. (2015), *Appunti sulla legittimazione attiva delle associazioni nelle azioni contro le discriminazioni collettive per nazionalità*, testo disponibile al sito: <https://www.asgi.it/notizie/approfondimento-del-mese-di-gennaio-2015-appunti-sulla-legittimazione-attiva-delle-associazioni-nelle-azioni-contro-le-discriminazioni-collettive-per-nazionalita/>.
- Guariso A. (2017), *Cittadini extra Ue e accesso alle prestazioni di sicurezza sociale*, testo disponibile al sito: <https://www.asgi.it/discriminazioni/cittadini-extra-ue-accesso-alle-prestazioni-sicurezza-sociale-scheda-pratica/>.
- Guariso A., Militello M. (in corso di pubblicazione), *La tutela giurisdizionale e la funzione di controllo degli organismi di parità*, in Barbera M., Guariso A. (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Lavoro, welfare e accesso al mercato di beni e servizi*, Giappichelli, Torino.
- Militello M. (in corso di pubblicazione), *Discriminazione collettiva per nazionalità e legittimazione ad agire delle associazioni nel caso di diniego dell'assegno per il nucleo familiare ai cittadini di paesi terzi*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*.
- Militello M., Strazzari D. (in corso di pubblicazione), *I fattori di discriminazione*, in Barbera M., Guariso A. (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Lavoro, welfare e accesso al mercato di beni e servizi*, Giappichelli, Torino.
- Orlandini G., Chiaromonte W. (2017), *Sicurezza sociale e assistenza sociale*, in Mastroianni R. et al. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 642 ss.
- Pipponzi M. (2017), *Rassegna di giurisprudenza italiana – Non discriminazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3.

- Riverso R. (2017), *Sulla legittimazione ad agire per le discriminazioni collettive afferenti al fattore della nazionalità*, in *QG*, 2.11.2017, testo disponibile al sito: http://www.questionegiustizia.it/articolo/sulla-legittimazione-ad-agire-per-le-discriminazioni-collettive-afferenti-al-fattore-della-nazionalita_02-11-2017.php.
- Rosafalco A. (2017), *Corte di Giustizia europea: anche i cittadini dei paesi terzi hanno diritto all'Assegno familiare*, in *Bollettino Adapt*, 26.6.2017, n. 24.
- Santucci R., Santagata De Castro R. (2014), *Diritto antidiscriminatorio e accesso alla giustizia: Unione europea, Germania e Italia a confronto*, in *DLM*, 335 ss.
- Tonetti M. (2017), *Assegno per nucleo familiare anche agli stranieri*, in *D&G*, 80, 13 ss.

William Chiaromonte
*Ricercatore di Diritto del lavoro
presso l'Università di Firenze*

CASSAZIONE, 14.9.2017, n. 21302, S.U. civ. – Primo Pres. Marasco, Est. Berrino, P.M. Iacoviello (parz. diff.) – Regione Toscana (avv.ti Venna, Bora) c. C.E. (avv. Grimaldi) e Inps (avv.ti D’Aloisio, De Rose, Sgroi, Maritato).
Cassa senza rinvio Corte d’Appello di Firenze, 18.2.2016, n. 149.

Pensione – Pensione di vecchiaia e anzianità Inps – Contribuzione previdenziale – Omissione – Danno pensionistico – Risarcimento in forma specifica – Costituzione rendita vitalizia ex art. 13, l. n. 1338/1962 – Prescrizione ordinaria decennale.

Il diritto del lavoratore a vedersi costituire, a spese del datore, la rendita vitalizia per effetto del mancato versamento dei contributi previdenziali è soggetto all'ordinario termine di prescrizione che decorre dalla data di prescrizione del credito contributivo dell'Inps, indipendentemente dal fatto che il lavoratore sia o meno a conoscenza della omissione contributiva. (1)

(1) IL REGIME PRESCRIZIONALE DEL DIRITTO ALLA RENDITA VITALIZIA
EX ART. 13, L. N. 1338/1962, TRA CONFERME E PROSPETTIVE CRITICHE

1. — Con la sentenza in epigrafe le Sezioni Unite si sono pronunciate sulla questione relativa alla prescrittibilità del diritto alla costituzione della rendita vitalizia prevista dall’art. 13, l. n. 1338/1962: rimedio speciale che la legge appresta in favore del lavoratore che a causa dell’omissione contributiva commessa dal datore di lavoro possa subire una decurtazione del proprio trattamento pensionistico. Collocandosi nel solco dell’orientamento maggioritario in giurisprudenza, la S.C. ha stabilito che tale diritto si prescrive nel termine ordinario decennale decorrente dal verificarsi della prescrizione del credito contributivo dell’ente previdenziale, il quale, dopo la riforma Dini del 1995, si estingue nel termine di cinque anni dall’insorgenza dell’obbligo di versamento in capo al datore di lavoro, salvo intervenga nel quinquennio la denuncia del lavoratore o dei suoi superstiti (Art. 3, c. 9, l. n. 335/1995. Sul punto, Nicolini 1996).

È opportuno premettere, per evitare di incorrere in equivoci, che la decisione non è stata rimessa alle Sezioni Unite ai sensi dell’art. 374, c. 1, c.p.c., per la sussistenza di un contrasto giurisprudenziale sulla questione ovvero per la particolare importanza della stessa, ma in ragione della presenza di un motivo di ricorso (poi dichiarato infondato) formulato dalla Regione Toscana per motivi attinenti la giurisdizione, e dunque ai sensi dell’art. 374, c. 2, c.p.c.

Ciò non significa però che la questione oggetto della decisione non rivesta una particolare importanza – tenuto conto anche delle dimensioni raggiunte dal contenzioso in tema di omissione contributiva – né che non vi siano sul punto orientamenti parzialmente difformi da quello, allo stato maggioritario, fatto proprio dalla pronuncia in commento.

Nel caso di specie, la Corte d'Appello di Firenze, in accoglimento dell'impugnazione di un ex dipendente della Regione Toscana, aveva riconosciuto il mancato versamento dei contributi previdenziali dovuti per il periodo decorrente dal gennaio del 1973 al settembre del 1974, condannando l'ex datore di lavoro al pagamento della riserva matematica necessaria alla costituzione della rendita vitalizia.

La Regione Toscana proponeva vittoriosamente ricorso per cassazione, lamentando, per quanto qui interessa, che il Collegio fiorentino non avesse rilevato l'ecceppita prescrizione del diritto alla costituzione della rendita vitalizia, che si sarebbe infatti prescritto decorsi dieci anni dalla prescrizione del credito contributivo dell'Inps, e dunque nel lontano 1994.

Per comprendere l'*iter* logico-argomentativo seguito dalla S.C., e allo scopo di gettare luce su un argomento – quello del danno da omissione contributiva – non molto frequentato dalla dottrina, è opportuno premettere che il mancato versamento dei contributi previdenziali da parte del datore di lavoro può produrre una serie di conseguenze pregiudizievoli in capo al lavoratore, di carattere patrimoniale e non patrimoniale (Mesiti 2014, 95). In conseguenza dell'omissione contributiva, infatti, il lavoratore può trovarsi sprovvisto dei requisiti minimi di contribuzione per accedere al trattamento di pensione ovvero può vedersi erogare una prestazione di importo minore. Tale evenienza, meramente eventuale nel sistema retributivo, risulta invece necessitata nel sistema contributivo attualmente vigente, nel quale qualunque omissione contributiva determina un nocimento al futuro trattamento pensionistico (Avio 2012, 69).

Il problema del danno da omissione contributiva è strettamente connesso alla prescrizione del credito contributivo dell'Inps, posto che quest'ultima rappresenta un limite all'applicazione del principio di automaticità delle prestazioni di cui all'art. 2116 c.c., in forza del quale, come noto, le prestazioni previdenziali sono dovute anche quando il datore non ha versato regolarmente i contributi dovuti, salvo diverse disposizioni delle leggi speciali. Tra tali disposizioni speciali, assume qui rilievo l'art. 27, c. 2, r.d.l. n. 636/1939 (Aggiunto dalla l. n. 153/1969), secondo cui la regola dell'automatismo nelle pensioni Ivs opera purché i contributi non versati «risultino dovuti nei limiti della prescrizione decennale». La prescrizione previdenziale, peraltro, è caratterizzata da significative particolarità rispetto a quella di diritto comune, trattandosi di una prescrizione irrinunciabile, che rende il credito prescritto irricevibile (Art. 3, c. 9, l. n. 335/1995, in deroga alle regole generali di cui agli artt. 2937 e 2940 c.c.), e che può inoltre essere rilevata d'ufficio, in deroga alla regola generale stabilita dall'art. 2938 c.c. (Cass. 15.4.2015, n. 7621, in *RIDL*, 2015, n. 4, II, 1175, con nota di Passalacqua; T. Biella 6.2.2002, in *IPrev.*, 2003, n. 1, 103 ss., con nota di Capurso).

In favore del lavoratore vittima di un'omissione contributiva l'ordinamento appresta una serie di rimedi differenti, esperibili a seconda del tempo trascorso dall'inadempimento del datore di lavoro e diversi a seconda dell'attualità o meno del pregiudizio verificatosi in capo al lavoratore.

Già prima dell'erogazione delle prestazioni sussiste l'interesse del lavoratore ad agire a tutela della propria posizione contributiva attraverso una pluralità di azioni. Prima della prescrizione dei contributi, il lavoratore può chiedere la condanna del datore al versamento all'ente previdenziale (Cass. 17.11.2016, n. 23246; Cass. 3.7.2004, n. 12213, entrambe in *DeJure*, che parlano di una «legittimazione surrogatoria» del lavoratore. In tal senso vd. anche Cass. 15.9.2014, n. 19398, in *RIDL*, 2015, n. 3, II, 793

ss., con nota di Bellé, la quale ha precisato che in tal caso l'ente previdenziale è litisconsorte necessario nel giudizio). Inoltre, il lavoratore può agire con domanda di condanna generica *ex art.* 278 c.p.c. (Cass. 5.2.2014, n. 2630; Cass. 9.10.2014, n. 21300, entrambe in *DeJure*) ovvero di mero accertamento dell'omissione contributiva come fonte di futuri danni risarcibili (Cass. 22.1.2015, n. 1179, in *DeJure*; Cass. 14.5.2009, n. 11211, in *MGL*, 2009, 760 ss.).

Una volta verificatosi il pregiudizio all'integrità del trattamento pensionistico – e, dunque, al momento del pensionamento –, il rimedio previsto originariamente dal codice era quello dell'azione risarcitoria di cui all'art. 2116, c. 2, c.c., in forza del quale, nei casi di omessa contribuzione per cui gli enti previdenziali non siano tenuti a corrispondere le prestazioni – *i.e.* nei casi in cui non opera la regola dell'automatismo stabilita al primo comma –, l'imprenditore è responsabile del danno che ne deriva al lavoratore. Poiché si tratta di un diritto che sorge solo al momento del pensionamento, è da quel momento che decorre l'ordinaria prescrizione decennale (Cass. 11.9.2013, n. 20827, in *GDir.*, 2014, n. 2, 45 ss.; Cass. 15.6.2007, n. 13997, in *DeJure*). Il datore di lavoro, dunque, può essere chiamato a rispondere del danno *ex art.* 2116, c. 2, c.c., anche a distanza di molti decenni dal verificarsi dell'omissione contributiva, sicché la giurisprudenza ha elaborato una sorta di temperamento, stabilendo che il lavoratore è tenuto a provare di avere richiesto vanamente al datore di lavoro la costituzione della rendita vitalizia di cui all'art. 13, l. n. 1338/1962, dovendosi ritenere, altrimenti, che abbia negligenzemente concorso a cagionare il danno, che potrà essere quindi ridotto o escluso ai sensi dell'art. 1227 c.c. (Cass. n. 20827/2013, cit.).

Tanto si spiega con il fatto che quello di cui all'art. 13, cit., rappresenta il rimedio «principe» di cui dispone il lavoratore per fare fronte al pregiudizio derivante dall'omissione contributiva. La disposizione, nel prevedere che il datore di lavoro che abbia omesso di versare i contributi e che non possa più versarli per intervenuta prescrizione può chiedere all'Inps la costituzione di una rendita vitalizia che integri con effetto immediato la posizione contributiva del lavoratore, rappresenta una forma di «reintegrazione specifica» del danno derivante dall'omissione contributiva (Persiani 2014, 129; Avio 2012, 70; Boer 2017, 2437, che parla di «reintegrazione della posizione contributiva per equivalente»). In tal senso, già Cass. 16.11.1981, n. 6088, in *DeJure*, che pone il lavoratore nella medesima posizione contributiva nel quale si sarebbe trovato se i contributi fossero stati regolarmente versati.

La giurisprudenza costituzionale ha precisato che il rimedio *de quo* sia esperibile non solo dai lavoratori subordinati, ma da tutte le categorie di lavoratori che non hanno «una posizione attiva nel determinismo contributivo» (C. cost. 19.1.1995, n. 18, in *DL*, 1995, II, con nota di Marinelli), ivi inclusi, dunque, i collaboratori coordinati e continuativi (Circolare Inps 26.7.2010, n. 101), ma non i professionisti (Cass. 16.8.2001, n. 11140, in *GC*, 2003, I, 2583 ss., con nota di Bagianti).

Il versamento della riserva matematica può costituire tanto oggetto di una pretesa risarcitoria del lavoratore nei confronti del datore di lavoro, quanto di una pretesa restitutoria, posto che l'art. 13, c. 5, cit., prevede espressamente che il lavoratore possa provvedere egli stesso al versamento, sostituendosi al datore di lavoro, salvo il diritto al risarcimento (*Rectius*, alla restituzione, Mesiti 2014, 94). Secondo un orientamento giurisprudenziale aspramente criticato in dottrina (Boer 2017, 2438, spec. nota 73), tale facoltà del lavoratore di sostituirsi al datore di lavoro presuppone tuttavia la prova

rigorosa dell'impossibilità di ottenere il versamento della riserva matematica da parte di quest'ultimo; prova in assenza della quale il lavoratore non potrebbe autonomamente esperire il rimedio (*Ex multis*, Cass. 21.7.2005, n. 15304, che ha ritenuto insufficiente la prova del decesso del datore di lavoro, considerando che sarebbe stato possibile rivolgersi agli eredi).

In ogni caso, laddove il lavoratore eserciti l'azione per ottenere la costituzione della rendita, le Sezioni Unite hanno precisato che l'Inps e il datore di lavoro sono entrambi litisconsorti necessari nel giudizio (Cass. 16.2.2009, n. 3678, S.U., in *RIDL*, 2009, n. 3, II, 750 ss., con nota di Raffi. Sul punto anche Avio 2012, 72 ss., nonché Boer 2017, 2437, che osserva come la partecipazione dell'ente sia necessaria affinché la sentenza faccia stato nei suoi confronti e sorga l'obbligo dell'ente ad ammettere il datore di lavoro alla regolarizzazione per equivalente).

Quanto ai requisiti per accedere a detto rimedio, per impedire che il meccanismo delineato dall'art. 13, cit., diventasse strumento di regolarizzazione contributiva di rapporti di lavoro fittizi, la legge richiedeva originariamente l'esibizione di documenti di data certa, dai quali potesse evincersi l'effettiva esistenza e la durata del rapporto di lavoro, nonché la misura della retribuzione. Il particolare rigore della norma è stato tuttavia mitigato dalla Corte costituzionale, la quale ha dichiarato l'incostituzionalità della norma nella parte in cui non consente di provare altrimenti l'ammontare della retribuzione e la durata del rapporto, facendo salva la necessità della prova scritta della sua esistenza (C. cost. 22.12.1989, n. 568, in *GC*, 1990, I, 605 ss.). È stato poi precisato che il documento prova l'esistenza del rapporto solo a decorrere dalla data ivi indicata, non potendosi dare luogo a prova testimoniale sul periodo precedente (Cass. 20.1.2016, n. 983, in *DeJure*).

Tanto premesso quanto ai caratteri generali dell'azione ex art. 13, cit., e venendo al *thema decidendum* della pronuncia in commento, va detto che quest'ultima si colloca nel solco dell'orientamento, ampiamente maggioritario in giurisprudenza, secondo cui il relativo diritto si prescrive nel termine ordinario di prescrizione decennale, decorrente dalla prescrizione del credito contributivo dell'Inps, posto che il diritto alla costituzione della rendita sorge in tale momento e che ragioni di certezza del diritto impongono di assoggettare anche tale diritto a un termine di prescrizione entro il quale lo stesso debba essere fatto valere (Cass. n. 983/2016, cit.; Cass. 3.7.2004, n. 12213, in *DeJure*; Cass. 13.3.2003, n. 3756, in *FI*, 2003, I, 1735 ss.; Cass. 29.12.1999, n. 14680, in *MGL*, 2000, 400 ss., con nota di Ciocca; Cass. 4.12.1984, n. 6361, in *DeJure*. In tal senso, nella giurisprudenza di merito, C. App. Bologna 6.6.2016 e C. App. Firenze 3.3.2012, entrambe in *DeJure*).

Secondo un diverso orientamento, emerso in una isolata pronuncia di legittimità (Cass. 19.5.2003, n. 7853, in *FI*, 2003, I, 2308 ss.) e seguito da una parte della giurisprudenza di merito (C. App. Firenze 9.2.2004, inedita a quanto consta; T. Viterbo 9.7.2008, in *IPrev.*, 2008, 790 ss.), la facoltà in questione sarebbe invece necessariamente imprescrittibile, sia perché riconducibile al novero dei diritti potestativi, sia perché essa risulta sorretta da una costante attualità della situazione legittimante fino al momento del pensionamento, sicché dovrebbe applicarsi quanto previsto in relazione alla facoltà di riscatto pensionistico (si pensi al riscatto degli anni di laurea), che è esercitabile fino al pensionamento. Secondo tale orientamento, inoltre, è anche il particolare rigore dei requisiti probatori necessari per accedere al

rimedio che depone nel senso dell'intenzione del legislatore di consentirne l'esperimento senza limiti temporali di sorta.

Nel tentativo di comporre tale contrasto, una parte della dottrina ha osservato che ai fini dell'individuazione del regime prescrizione del diritto *de quo* sia necessario distinguere tra due ipotesi. Nel caso in cui il lavoratore intenda esercitare il *diritto* alla costituzione delle rendita vitalizia e convenga in giudizio il datore di lavoro per vederlo condannare al pagamento della riserva matematica, la prescrizione dovrebbe ritenersi operante, in quanto essa assolverebbe la ragionevole funzione di non lasciare il datore soggetto *sine die* alla pretesa risarcitoria. Nel diverso caso in cui, invece, il lavoratore intenda esercitare la *facoltà* di costituire la rendita vitalizia a proprie spese, non vi sarebbe ragione di ritenere operante un termine prescrizione, posto che l'Inps è patrimonialmente indifferente rispetto alla pretesa del lavoratore, su cui grava integralmente il costo della rendita, mediante il pagamento della provvista necessaria al suo finanziamento (In tal senso, molto esplicitamente, Sgroi 2004, 757 s.; Boer 2017, 2439, spec. nota 74, secondo cui, contrariamente a quanto affermato da Cass. n. 983/2016, cit., e Cass. n. 3756/2003, cit., «l'eccezione di prescrizione è riservata esclusivamente al datore di lavoro, e non anche all'Inps». Vd. anche, in senso più dubitativo, Avio 2012, 72).

Tale posizione intermedia – che non risulta incompatibile con il principio enunciato dalla sentenza in commento, che di tale *distinctio* non aveva ragione di occuparsi, posto che la domanda era stata formulata nei confronti del datore di lavoro – presenta il considerevole pregio di distinguere tra i casi in cui la prescrizione esprime la propria funzione istituzionale di garantire la certezza del diritto nei rapporti creditori e le diverse ipotesi in cui essa finirebbe, invece, per pregiudicare ingiustificatamente il lavoratore che abbia intenzione di provvedere da sé alla regolarizzazione della propria posizione previdenziale – ricorrendone i requisiti di legge – senza far gravare costi di sorta né sul datore di lavoro né sulla collettività.

Riferimenti bibliografici

- Avio A. (2012), *Della previdenza e dell'assistenza. Artt. 2114-2117*, in *Commentario del codice civile*, fondato da Piero Schlesinger e diretto da Francesco D. Busnelli, Giuffrè, Milano.
- Bagianti E. (2003), *Sulla prescrizione dei contributi previdenziali dei liberi professionisti*, in *GC*, n. 11, 2589 ss.
- Bellè R. (2015), *Tutela in forma specifica della posizione contributiva tra litisconsorzio e automaticità degli accrediti*, in *RIDL*, n. 3, II, 793 ss.
- Boer P. (2017), *La previdenza sociale*, in Santoro Passarelli G., *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, VII ed., Utet Giuridica, Torino, 2349 ss.
- Capurso P. (2003), *Problemi di diritto intertemporale della abbreviazione dei termini di prescrizione dei contributi previdenziali*, in *IPrev.*, n. 1, 110 ss.
- Ciocca G. (2000), *L'automaticità delle prestazioni previdenziali e le azioni del lavoratore: un ulteriore contributo della giurisprudenza*, in *MGL*, 400 ss.
- Marinelli V.M. (1995), *La Corte costituzionale estende il riscatto dei contributi prescritti anche ai collaboratori dell'artigiano*, in *DL*, n. 3-4, 327 ss.
- Mesiti D. (2014), *Manuale di diritto previdenziale*, Giuffrè, Milano.

- Nicolini C.A. (1996), *Prescrizione dei contributi, automaticità delle prestazioni e tutela dell'anzianità previdenziale dopo la l. n. 335 del 1995*, in *RIDL*, n. 3, I, 395 ss.
- Passalacqua P. (2015), *Sull'applicazione dei canoni della prescrizione in materia previdenziale alla cassa forense*, in *RIDL*, n. 4, II, 1182 ss.
- Persiani M. (2014), *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova.
- Raffi A. (2009), *Per un «giusto processo»: un revirement delle Sezioni Unite sulla costituzione della rendita vitalizia ex art. 13 della l. n. 1338/1962*, in *RIDL*, n. 3, II, 750 ss.
- SgROI A. (2004), *Diritto alla costituzione di rendita vitalizia e sua prescrivibilità*, in *GI*, n. 4, 752 ss.

Gionata Cavallini
*Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Milano*

INDICE

ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

CONTRATTO A TERMINE

Settore televisivo – Ccnl diverso da quello richiamato – Applicabilità – Termine di impugnazione *ex art.* 32, l. n. 183/2010 – Ambito di applicazione – *Dies a quo* – Limite dei 36 mesi – Deroghe – Normativa europea – Compatibilità. 51

CONTROLLI SUL LAVORATORE

Artt. 4 e 8, l. n. 300/1970 – Finalità difensive – Tutela della *privacy* – Ammissibilità – Condizioni. 22

CONTROVERSIE DI LAVORO E PREVIDENZA

Appalto – Cambio appalto – Decadenza *ex art.* 32, c. 4, l. n. 183/2010 – Inapplicabilità. 74

Contratti d'appalto – Somministrazione illecita – Oneri probatori – Principio di non contestazione. 86

Contratti d'appalto – Somministrazione illecita di manodopera – Oneri probatori – Principio di non contestazione. 86

Licenziamento collettivo – Criteri di scelta – Onere della prova in capo al datore di lavoro – Sussiste. 69

Licenziamento individuale – Decadenza *ex art.* 6, l. n. 604/1966 – Tentativo di conciliazione e arbitrato – Requisiti – Legittimazione. 74

Licenziamento individuale – Tentativo di conciliazione e arbitrato – Effetto impeditivo della decadenza. 74

Presentazione di nuovo ricorso – Assenza di identità di oggetto. 11

Rinunzie e transazioni – Art. 2113 c.c. – Conciliazione in sede sindacale – Autonomia negoziale assistita – Annullabilità – Contratto di lavoro – Raggiri – Dolo del datore di lavoro – Art. 1439 c.c.	80
DANNO NON PATRIMONIALE	
Illegittimità della comunicazione dei turni di lavoro senza un ragionevole preavviso – Accertamento del danno esistenziale – Onere probatorio – Quantificazione del risarcimento.	45
DISCRIMINAZIONI	
Assegno per il nucleo familiare – Permesso di soggiorno di lungo periodo – Discriminazione collettiva per ragioni di nazionalità – Sussiste.	109
Assegno per il nucleo familiare – Permesso di soggiorno di lungo periodo – Discriminazione collettiva per ragioni di nazionalità – Sussiste.	110
Discriminazioni collettive per ragioni di nazionalità – Legittimazione ad agire – Sussiste.	109
Discriminazioni collettive per ragioni di nazionalità – Legittimazione ad agire – Sussiste.	110
LAVORO INTERMITTENTE	
Condizioni – Ipotesi previste dal r.d. n. 2657/1923 – Legittimità.	57
Requisiti – Assenza della valutazione dei rischi – Illegittimità del contratto – Conseguenze – Conversione in contratto a tempo indeterminato.	57
Requisiti – Assenza della valutazione dei rischi – Illegittimità del contratto – Conseguenze – Conversione in contratto a tempo indeterminato.	57
LAVORO SCHIAVILE	
Delitti di estorsione e di favoreggiamento della permanenza di clandestini in Italia – Assorbimento nella fattispecie di cui all'art. 600 c.p. – Sussiste – Reato di riduzione o mantenimento in schiavitù e reato associativo – Continuazione – Sussiste.	3
Tratta di esseri umani – Lavoro forzato – Obblighi degli Stati contraenti e dei giudici nazionali – Tutela delle vittime – Indagini e procedimenti giudiziari efficaci – Diritto al risarcimento del danno – Sussiste.	3

LAVORO SUBORDINATO

Qualificazione del rapporto di lavoro – Indici della subordinazione – Eterodirezione – Sussistenza della subordinazione. 11

Qualificazione del rapporto di lavoro – Indici della subordinazione – Non continuità – Sussistenza della subordinazione. 11

LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE PERSONE

Art. 45 del TfUe – Deroga per impieghi nella pubblica amministrazione – Art. 38 del d.lgs. n. 165/2001 – Conformità ai principi dell'Ue – Art. 1, d.P.c.m. n. 174/1994 – Contrasto con i principi dell'Ue – Disapplicazione. 33

Direttori luoghi e istituti di cultura – Procedure di selezione – Parco archeologico del Colosseo – Compiti prevalenti di gestione economica e tecnica – Accesso esperti stranieri – Legittimità. 33

LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

Discriminazioni – Nullità – Violazione oggettiva di norme specifiche – Licenziamento discriminatorio – Licenziamento ritorsivo – Differenze – Prova dell'esistenza di un motivo illecito determinante – Regime probatorio – Ricorso alla prova per presunzioni. 27

Giusta causa – Svolgimento di altra attività durante la malattia e/o l'infortunio. 17

Giusta causa – Svolgimento di altra attività durante la malattia e/o l'infortunio. 17

Licenziamento per giusta causa – Rifiuto di eseguire un provvedimento di distacco illegittimo – Non costituisce insubordinazione – Insussistenza del fatto contestato – Reintegrazione. 40

MANSIONI E QUALIFICA

Distacco – Mutamento di mansioni – Consenso del lavoratore – Necessità. 40

PARITÀ DI TRATTAMENTO

Direttiva n. 2011/98 – Sicurezza sociale – Assegno per il nucleo familiare – Permesso unico di soggiorno e lavoro. 109

PENSIONE

Diritto alla neutralizzazione dei contributi per disoccupazione e integrazione salariale oltre il quinquennio – Violazione dei principi di proporzionalità e adeguatezza della prestazione previdenziale nonché nel criterio di ragionevolezza – Difetto di motivazione – Inammissibilità. 96

Diritto alla neutralizzazione dei periodi di contribuzione per disoccupazione – Limite del quinquennio – Mancata previsione – Violazione del principio di uguaglianza per irragionevolezza – Lesione del principio di proporzionalità e adeguatezza della prestazione previdenziale – Illegittimità costituzionale. 96

Pensione di vecchiaia e anzianità Inps – Contributi assicurativi e previdenziali – Lavoro prestato all'estero – Regime dei contributi versati all'estero e trasferiti in Italia – Disposizione di interpretazione autentica che determina la retribuzione pensionabile – Legittimità – Sopravvenuta sentenza della Corte Edu che condanna l'Italia per violazione art. 1 del Protocollo addizionale Cedu (sent. *Stefanetti e altri c. Italia*) – Asserito contrasto della disposizione censurata con la Cedu come interpretata dalla pronuncia medesima – Insussistenza – Specificità dei singoli casi – Sussiste – Inammissibilità della questione. 91

Pensione di vecchiaia e anzianità Inps – Contribuzione previdenziale – Omissione – Danno pensionistico – Risarcimento in forma specifica – Costituzione rendita vitalizia *ex* art. 13, l. n. 1338/1962 – Prescrizione ordinaria decennale. 123

TRASFERIMENTO D'AZIENDA

Art. 2112 c.c. – Artt. 4 e 24, l. n. 223/1991 – Art. 47, c. 4-*bis*, l. n. 428/1990 – Art. 54, d.lgs. n. 151/2001 – Deroga – Direttiva n. 2001/23/Ce – Soluzione di continuità – Licenziamento nullo – Impugnazione del licenziamento. 64

