

PARTE II
GIURISPRUDENZA

Valerio Speziale ()*

LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE SUL CONTRATTO A TUTELE CRESCENTI

SOMMARIO: 1. La sentenza della Corte n. 194/2018: una decisione importante. — 2. La legittimità costituzionale della diversa disciplina tra lavoratori assunti prima e dopo il 7.3.2015: critica. — 3. La sentenza n. 194 del 2018 e il valore del lavoro nella Costituzione. — 4. La tutela economica nei licenziamenti individuali e la possibile lesione di diritti costituzionali a protezione del lavoro. — 5. I profili di illegittimità costituzionale dell'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23/2015. — 6. Gli effetti della sentenza della Corte costituzionale.

1. — *La sentenza della Corte n. 194/2018: una decisione importante* — La Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità dell'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 sul contratto a tutele crescenti, nella parte in cui prevede un meccanismo di adeguamento automatico del risarcimento del danno per il recesso ingiustificato determinato in misura fissa (due mesi) e correlato all'anzianità di servizio (1). La sentenza si segnala per l'ampiezza delle questioni analizzate e per la varietà delle argomentazioni utilizzate.

Il possibile contrasto con la Costituzione della nuova disciplina introdotta nel 2015 era stata ipotizzata in dottrina sia in relazione a un potenziale eccesso di delega per violazione della l. n. 184/2014, sia per quanto attiene alla possibile non conformità del d.lgs. alla Legge fondamentale e a norme di diritto europeo e internazionale (2). Il Tribunale di Roma aveva accolto alcune delle possibili questioni di incostituzionalità che erano state prospettate, accogliendo una parte delle sollecitazioni provenienti dalla let-

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Chieti-Pescara «G. d'Annunzio».

(1) C. cost. 8.11.2018, n. 194, in *DeJure*, 1 ss. Per l'analisi della decisione, cfr.: Perulli 2019, 339 ss.; Giubboni 2018, 1 ss.; Balboni 2018, 1 ss.; Zilio Grandi 2018, 1 ss.; Carinci 2018, 1 ss.; Fontana 2018, 1 ss.

(2) Per l'indicazione dei numerosi Autori (tra cui chi scrive) rinvio a Speziale 2017, 333, nota 2, e a Speziale 2018, 21 ss.

teratura giuridica in materia (3). La Corte ha respinto molte delle possibili eccezioni, con argomentazioni a volte condivisibili, altre meno. Tra queste vi è la reiezione della possibile violazione dell'art. 3 della Costituzione in rapporto alla «irragionevole» differenza di disciplina tra lavoratori assunti prima e dopo del 7.3.2015. E tra le varie pronunce di rigetto mi soffermerò soltanto su tale ultima questione, che ha una importanza assai rilevante.

Va detto, peraltro, che il mio giudizio sulla sentenza è positivo. E questo sia in base alle tecniche argomentative utilizzate, sia in relazione alla enunciazione di una serie di principi di elevato profilo giuridico, che saranno destinati a esercitare la loro influenza anche in futuro e non soltanto con riferimento alla disciplina dei licenziamenti. Mi soffermerò sull'analisi di tali questioni e sui criteri che la sentenza pone alla giurisprudenza che è chiamata a liquidare il danno in presenza di un licenziamento illegittimo.

2. — *La legittimità costituzionale della diversa disciplina tra lavoratori assunti prima e dopo il 7.3.2015: critica* — Il Tribunale di Roma aveva affermato che un primo profilo di incostituzionalità per violazione dell'articolo 3 della Legge fondamentale andava rinvenuto nella irragionevolezza di una disciplina che discrimina tra vecchi e nuovi assunti a prescindere dalla qualità della loro prestazione. Il giudice aveva in primo luogo rilevato che l'indennità aveva un contenuto eccessivamente esiguo e poneva, quindi, un problema di disparità di trattamento privo di giustificazione. Inoltre, il Tribunale, per superare la giurisprudenza costituzionale sul «fluire del tempo» (di seguito esaminata), aveva rilevato che «la data di assunzione appare come un dato accidentale ed estrinseco a ciascun rapporto che in nulla è idoneo a differenziare un rapporto da un altro a parità di ogni altro profilo sostanziale» (4).

I giudici delle leggi hanno ritenuto che la questione di costituzionalità sopra descritta non fosse fondata. La Corte ha richiamato la sua consolidata giurisprudenza secondo cui «non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza, un trattamento differenziato applicato alla stessa fattispecie, ma in momenti diversi nel tempo, perché il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche» (5). E, in

(3) Una buona parte dei possibili profili di incostituzionalità accolti dal Tribunale erano da me stati espressi in *Speciale* 2015, 21 ss., 34 ss., 49 ss.; *Id.* 2016b, 118 ss., 131 ss., 139 ss.

(4) Questa parte della motivazione è fortemente criticata da Ichino (2017, 4). Per l'analisi di tali aspetti della ordinanza, rinvio a *Speciale* 2017, 334 ss.; *Id.* 2018, 30 ss.

(5) C. cost. 13.11.2014, n. 254, in *Defure*, 6, che parla di «costante giurisprudenza di questa Corte» e cita numerosi precedenti. In base a questa giurisprudenza, la tesi

tale ambito, prosegue la sentenza, compete alla «discrezionalità del legislatore, nel rispetto del canone di ragionevolezza, delimitare la sfera di applicazione delle norme...» (6). La decisione, inoltre, ritiene che la «ragionevolezza» sia rinvenibile nello «scopo» della nuova normativa, consistente nel «rafforzare le opportunità di ingresso del mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione (alinea dell'art. 1, c. 7, della l. n. 183 del 2014)». Pertanto «il regime temporale di applicazione del d.lgs. n. 23 si rivela coerente con tale scopo», in quanto la riduzione di tutele in materia di licenziamento «è diretta a incentivare le assunzioni a tempo indeterminato», ed è quindi «ragionevole» «limitare l'applicazione delle stesse tutele ai soli lavoratori assunti a decorrere dalla loro entrata in vigore». D'altra parte, a fronte di tale differenziazione, «non spetta a questa Corte addentrarsi in valutazioni sui risultati che la politica occupazionale perseguita dal legislatore può avere conseguito» (7).

Una prima considerazione critica è che non sono state ritenute fondate le riflessioni di una parte della dottrina, che ha sottolineato come la differenza di disciplina in tempi diversi presuppone comunque una diversità nelle situazioni di fatto concretamente regolate, certamente non coincidenti con il momento di costituzione del rapporto (8). Inoltre, la decisione si pone in contrasto con la stessa giurisprudenza della Corte che, in materia di licenziamenti, ha giustificato trattamenti normativi differenziati in base a ragioni sostanziali (dimensioni dell'impresa e costi del regime sanzionatorio; caratteristiche dei lavoratori coinvolti, come i dirigenti; elemento fiduciario) (9). La data di assunzione, invece, è un fattore esclusivamente temporale che non incide minimamente sulla sostanziale omogeneità delle situazioni. Infatti, i dipendenti sono in tutto e per tutto uguali dal punto di vista della professionalità, del ruolo svolto all'interno dell'impresa, del tipo di organizzazione produttiva in cui vengono lavorare e così via. Ed è

della costituzionalità della riforma è stata sostenuta da: Marazza 2015, 316 ss.; Celentano 2015, 395 ss.; Santoni 2015, 119; Gentile 2015, 59; Ichino 2017, 4.

(6) La Corte cita la sentenza C. cost. 30.1.2018, n. 10, punto 7.1 del *Considerato in diritto*, in www.giurcost.org, che contiene altri precedenti analoghi (C. cost. n. 194/2018, cit., 13).

(7) C. cost. n. 194/2018, cit., 13.

(8) Fontana 2016, 115 ss.; *Id.* 2018, 14 ss. (con analisi approfondita dei precedenti della Corte costituzionale che confermano la legittimità dei trattamenti solo in presenza di «obiettive specificità e differenze sostanziali»: 16); Ballestrero 2015, 48; Buffa 2015, 43; Speciale 2018, 31; Perulli 2019, 343 (che riprende le mie argomentazioni).

(9) Rinvio, per la citazione di tali sentenze, a Speciale 2018, 30, note 33 e 34. Si veda anche l'analisi approfondita di Fontana (2018, 13 ss.).

proprio tale omogeneità a imporre, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, un trattamento non differenziato (10).

D'altra parte, avevo già osservato che la giurisprudenza costituzionale sul «fluire del tempo» si riferisce a normative che introducono una diversa regolazione in rapporto a fatti situati in tempi diversi. Al contrario, nel nostro caso vi è la *coesistenza* nel medesimo momento di discipline radicalmente differenti e riferite a fattispecie identiche che si verificano nello stesso segmento temporale. In sostanza, si è al di fuori del normale successione nel tempo di leggi che regolano la stessa fattispecie (11). Inoltre, gli stessi precedenti citati dalla sentenza n. 194/2018 non «consentono di dedurre quanto dalla Corte invece rilevato sul punto della ragionevolezza della distinzione di trattamento per il “fluire del tempo”» (12).

Vi sono poi ulteriori elementi di criticità. La Corte afferma che uno «scopo» legittimo (l'aumento dell'occupazione) è di per sé tale da giustificare la diversità della disciplina successiva. Mentre il raggiungimento di tale obiettivo non rileva, in quanto non valutabile dai giudici costituzionali. Tuttavia, è difficile ritenere che una nuova legge che regoli la stessa materia non persegua uno «scopo» che serva a giustificare il diverso trattamento rispetto al passato. Tale ulteriore finalità deve però essere «ragionevole». E tale «ragionevolezza» non può coincidere con la semplice enunciazione di una differente esigenza regolativa. In realtà, occorre verificare se lo «scopo» sia ragionevole per la sussistenza di motivi *diversi* dalla mera volontà di mirare, con la nuova disciplina, a un obiettivo ulteriore.

La Corte ha enucleato una serie di *test* di ragionevolezza, in relazione, innanzitutto, al confronto con altre normative della stessa materia (*tertium*

(10) Infatti, la Corte esclude trattamenti diversi quando «la sostanziale omogeneità delle relative situazioni afferenti ai lavoratori comuni e a quelli [esclusi] impone l'uniformità delle discipline, nella mancanza di fondate ragioni per differenziarle»: C. cost. 3.4.1987, n. 96, in *FI*, 1987, I, 2619 ss. Cfr., su tale decisione, le osservazioni di Fontana 2018, 19.

(11) Speciale 2017, 337 con l'analisi di alcune decisioni della Corte in materia e con ulteriori indicazioni bibliografiche di Autori favorevoli a questa tesi, oggi ripresa anche da Perulli (2019, 343), Giubboni (2018, 7 e nota 18), Cgil (2018, 9 ss.). Tra l'altro, il fenomeno abrogativo determina lo stesso effetto anche nei rapporti di durata. Un contratto di locazione disciplinato dalla vecchia legge verrà a essere integrato dalla nuova normativa dal momento della sua emanazione, salvo disposizioni transitorie o la previsione della retroattività degli effetti delle nuove disposizioni. Con la conseguenza che – a meno che non vi siano espresse previsioni di segno diverso – ciascun *corpus* regolativo sarà riferito a tempi diversi e non si verificherà il fenomeno, esistente nel nostro caso, della *contemporanea* esistenza di norme relative a casi uguali.

(12) Fontana 2018, 11 ss., con analisi di tali decisioni.

comparationis), con un giudizio sulla coerenza e razionalità delle differenze nelle diverse discipline. Vi è poi un secondo controllo, che «prescinde da raffronti con termini di paragone» «per esaminare la rispondenza degli interessi tutelati dalla legge ai valori ricavati dalla tavola costituzionale o al bilanciamento degli stessi» (13) e in base a considerazioni «di adeguatezza, pertinenza, proporzionalità [e] coerenza» delle disposizioni (14). Questi parametri richiedono anche la «non manifesta inidoneità degli strumenti predisposti dal legislatore per conseguire un determinato risultato» (15). E tale analisi deve essere effettuata sia con riferimento al momento di emanazione della legge, sia in rapporto al tempo in cui viene presa in considerazione la questione di costituzionalità.

In una valutazione *ex ante* riferita alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, è la stessa Corte costituzionale ad affermare che l'indennità prevista dall'art. 3, c. 1, non è adeguata sotto il profilo risarcitorio ed è priva di una reale funzione dissuasiva (16). Non vi è dubbio, dunque, che la finalità di incrementare l'occupazione sia stata realizzata con una riduzione dello standard normativo così radicale da determinare esclusivamente la considerazione del fine occupazionale a totale detrimento della tutela della «stabilità» del lavoro, che, pur non imponendo la reintegrazione, richiede solide garanzie contro il licenziamento. In questo caso è mancato qualsiasi bilanciamento tra art. 4 Cost., con l'obbligo a carico dello Stato di promuovere l'occupazione, e tutela contro il recesso ingiustificato, che il giudice delle leggi ha ribadito avere un riconoscimento nella Costituzione con questa disposizione e in altre norme della Legge fondamentale (art. 35 e art. 41, c. 2) (17).

Inoltre, la Corte ha omesso di effettuare un controllo «a valle» di «ragionevolezza», per valutare – al tempo in cui il giudizio di costituzionalità è stato compiuto – la «efficienza strumentale della norma» (18). In questo

(13) Casavola 1995, 10; Celotto 2006, 77.

(14) Corte costituzionale 2009, 1. La Corte, nella relazione indicata, cita numerosissime sentenze che confermano tali principi (ribaditi da C. cost. n. 192/2016). Su tale evoluzione del giudice delle leggi vd.: Sorrentino 2011; Celotto 2006, 77 ss. (con ulteriori indicazioni bibliografiche); Scaccia 2000, 25 ss.

(15) Corte costituzionale 2009, 1. In tempi più recenti il principio è stato ribadito dalle sentenze C. cost. 29.1.2016, n. 10, C. cost. 24.3.2016, n. 63, e C. cost. 20.11.2017, n. 241 (con ulteriori riferimenti ad altre decisioni di analogo contenuto), tutte in *www.giurcost.org*. In senso analogo: Perulli 2019, 343 ss.; Giubboni 2018, 7; Fontana 2018, 7 ss.

(16) C. cost. n. 194/2018, cit., 16 ss.

(17) Tale orientamento è stato confermato da C. cost. n. 194/2018 (vd. *infra*).

(18) Perulli 2019, 344.

caso occorre, ancora una volta, verificare la «congruità dei mezzi rispetto ai fini», in coerenza con quanto affermato dalla stessa giurisprudenza costituzionale. E tale controllo richiedeva «l'impiego di dati extranormativi, quali le conoscenze tecnico-scientifiche, i modelli statistici e i riscontri di tipo fattuale» (19). Pertanto, l'obiettivo di incrementare l'occupazione – la cui genericità è tale comunque da legittimare «qualunque deregolazione delle tutele» (20) – sarebbe dovuto essere valutato in relazione agli aspetti sopra delineati.

Tuttavia, è noto che vi è la difficoltà, sul piano empirico e scientifico, di dimostrare una positiva correlazione tra riduzione della *job employment protection* e aumento dei livelli occupazionali (21). Inoltre, l'esperienza applicativa del contratto a tutele crescenti è molto significativa. A oltre tre anni dall'entrata in vigore della legge, il risultato sperato – aumento delle occupazioni stabili – si è rilevato del tutto deficitario. Infatti, esauriti gli effetti degli sgravi contributivi connessi alle assunzioni a tempo indeterminato, si è assistito alla utilizzazione in misura preponderante dei contratti a termine (nonostante il loro maggiore costo contributivo) (22). A riprova di come la drastica riduzione in materia di tutele nei licenziamenti non ha prodotto i risultati sperati (23). Questa situazione mette in discussione la

(19) *Ibidem*, che, oltre a riferirsi alle sentenze citate, rinvia a Scaccia 2000, 4 ss., 189 ss., 220 ss.

(20) Cester 2017, 1036.

(21) Su tali aspetti, mi permetto di rinviare a Speciale 2012, 321 ss.; *Id.* 2013, 305 ss.; *Id.* 2014, 15 ss. In tal senso anche: Perulli 2019, 345 ss.; Fontana 2018, 4 ss. Si rinvia anche a Cgil 2018, 10 ss., con le recenti considerazioni espresse dal Fondo monetario internazionale nel suo *World Economic Outlook 2006*, secondo il quale «le riforme che rendono più agevole il licenziamento dei lavoratori a tempo indeterminato non hanno mediamente effetti statisticamente significativi sull'occupazione e sulle altre variabili macroeconomiche» (115-116).

(22) Rinvio ai dati da me analizzati in Speciale 2018, 32. La tendenza continua a manifestarsi anche nel 2018, con una crescita sempre preponderante dei rapporti a tempo determinato, anche se, nei primi 10 mesi di quest'anno, stanno aumentando anche i contratti stabili (Inps 2018, 3). Per una recente analisi di questa situazione, cfr. Ludovico 2018, 63 ss. (particolarmente 92 ss.). Le osservazioni contenute nel testo, da me già espresse, sono ribadite anche da Perulli (2019, 345 ss.), a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche sulla letteratura economica che nega una correlazione positiva tra riduzione delle tutele nei licenziamenti e incremento dell'occupazione, e da Fontana (2018, 5).

(23) Alcuni studi recenti, in verità, affermano il contrario, rilevando come la riforma dei licenziamenti avrebbe avuto un impatto positivo sull'aumento delle assunzioni stabili (Sestito, Viviano 2018, 101 ss.; Boeri, Garibaldi 2018, 1 ss.). Non posso analizzare in modo approfondito queste analisi. Rilevo soltanto che i dati complessivi relativi alla diffusione delle tipologie contrattuali dimostrano come l'effetto macroe-

stessa finalità della legge e la razionalità della riforma peggiorativa introdotta. Con la conseguenza che «il test di ragionevolezza avrebbe fornito un risultato negativo sia sotto il profilo della congruenza e adeguatezza causale, sia sotto quello della proporzionalità» (24).

L'interpretazione della Corte su tale aspetto è dunque criticabile alla luce delle osservazioni svolte e della stessa giurisprudenza in materia dei giudici delle leggi.

3. — *La sentenza n. 194 del 2018 e il valore del lavoro nella Costituzione* — Il Tribunale di Roma, nell'affermare la illegittimità costituzionale del d.lgs. n. 23/2015, aveva sottolineato come gli artt. 4 e 35 Cost. attribuiscono al lavoro la funzione di realizzare la personalità umana e di essere strumento di emancipazione sociale ed economica. Mi sembra indiscutibile che, in tal modo, si sia adottata una lettura della Legge fondamentale che si ispira al «principio lavoristico» espresso da Costantino Mortati e fatto proprio dalla prevalente dottrina giuspubblicista. Tale interpretazione affida un ruolo fondamentale ai numerosi riferimenti normativi dedicati al lavoro e al loro rilievo quali principi fondamentali e disposizioni essenziali nell'ambito dei «rapporti economici» (25). Nella Costituzione, il lavoro non è un «mero strumento per il conseguimento dei mezzi di sussistenza [ma un] tramite necessario per l'affermazione della personalità» del lavoratore (26). Inoltre, ai sensi del c. 2 dell'art. 3, esso è parte di «un processo permanentemente aperto di *emancipazione* e di *socializzazione* dei consociati, che per ciò solo lo rende *irriducibile alla sua mera dimensione economica*» (27). L'assoluta centralità assiologica del lavoro nella Costituzione trova conferma innanzitutto nell'art. 4, che, pur non garantendo un posto a ciascun cittadino, né il diritto alla sua conservazione, svolge la plurima funzione di diritto di libertà allo svolgimento di un'attività lavorativa e di diritto sociale nei confronti dei pubblici poteri, obbligati a creare le condizioni per l'occupazione di qualità (28). D'altra par-

conómico non sia stato quello sperato, perché non è stata invertita la tendenza a privilegiare i contratti a termine.

(24) Perulli 2019, 345. In tal senso, anche Fontana 2018, 5 ss. e 8 ss.

(25) Luciani 2008, 4 ss. Su tali aspetti, cfr. Balboni 2018, 4 ss., e i numerosi Autori da me citati in Speciale 2018, 33 ss. (note 50 ss.).

(26) Mortati 1991, 157. In senso analogo, Luciani 2008, 8.

(27) Benvenuti 2009, 4. Cfr. anche Balboni 2018, 4 ss., e D'Antona 1999, 23. Ho approfondito il tema in Speciale 2016a, par. 3, testo e note 54 ss. (con ulteriori riferimenti bibliografici).

(28) Sull'art. 4 Cost., oltre agli Autori citati nelle note precedenti, cfr.: Mancini

te, gli artt. 35 e ss. introducono un incisivo programma di tutele e attribuiscono al lavoratore posizioni soggettive in tema di retribuzione, formazione ed elevazione professionale, mobilità e lavoro all'estero, tempo di lavoro, eguaglianza tra generi, tutela della madre, del bambino, del disabile, protezione contro la disoccupazione, legittimazione del contropotere sindacale (anche in azienda), diritto di sciopero ecc.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 194/2018, aderisce espressamente a tale interpretazione. La pronuncia, infatti, riafferma quanto già sostenuto con la decisione n. 45/1965, e qualifica il diritto al lavoro come «fondamentale diritto di libertà della persona umana». Sostiene, poi, che «il forte coinvolgimento della persona umana – a differenza di quanto accade in altri rapporti di durata – qualifica il diritto al lavoro come diritto fondamentale, cui il legislatore deve guardare per apprestare specifiche tutele». Ribadisce, ancora, il «particolare valore che la Costituzione attribuisce al lavoro (artt. 1, primo comma, 4 e 35)», che ha lo scopo di «realizzare un pieno sviluppo della personalità umana (sentenza n. 163 del 1983, punto 6, del *Considerando in diritto*)» (29). I giudici delle leggi richiamano principi già espressi in precedenza dalla stessa Corte e, pur senza dirlo espressamente, si collegano alle proprie sentenze che, con riferimento al lavoro subordinato, hanno individuato nella Costituzione «principi», «garanzie», «diritti» «sottratti alla disponibilità delle parti», con la conseguenza che neanche il legislatore ne può disporre negando la qualificazione di lavoro subordinato (30). Queste decisioni, dunque, sottolineano il carattere speciale della tutela del lavoro, che costituisce un valore talmente forte da condizionare anche la discrezionalità politica del legislatore.

L'interpretazione della Corte è estremamente importante, in quanto riafferma un nucleo assiologico che era stato recentemente contestato da un indirizzo dottrinario definito come «revisionista» (31). Esso individua «nel “principio lavorista” un corollario della libertà dell'individuo, da esplicitarsi, nel caso specifico, nei rapporti economici» e dal quale «non emerge, in particolare, alcun progetto implicito di affermazione del lavo-

1975, 199 ss.; D'Antona 1999, 17; Cariola 2006, 114 ss.; Giubboni 2006, 1 ss.; Speciale 2018, 33 ss. (a questi Autori si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici). Per le sentenze della Corte costituzionale in materia di licenziamenti vd. *infra*, par. 4.

(29) C. cost. n. 194/2018, cit., 14, 15 e 17.

(30) C. cost. 31.3.1994, n. 115, in *DeJure*, 6, a conferma di quanto già affermato da C. cost. 29.3.1993, n. 121, in *www.giurcost.org*. Tale principio è stato di recente ribadito da C. cost. 7.5.2015, n. 76, in *DeJure*, 7.

(31) Massa Pinto 2012, 3.

ro dipendente, in quanto tale, o di una sua specifica affrancazione a scapito di altre forme di lavoro o di attività socialmente utili» (32). Oppure si è sostenuto che la Costituzione italiana in materia di lavoro è «un testo eminentemente contraddittorio» che consentirebbe soluzioni legislative di qualsiasi tipo (33). In tempi più recenti si è inoltre affermato che «il contenuto degli articoli 4 e 35 della Costituzione, che impongono alla Repubblica il compito di rendere effettivo il diritto al lavoro, trova la sua declinazione legislativa in un quadro normativo che tutela la posizione del lavoratore nel mercato del lavoro piuttosto che nel singolo rapporto di lavoro» (34). E, in questo caso, la riduzione dei diritti nel contratto di lavoro esprimerebbe la moderna declinazione dell'art. 3, c. 2, Cost., in quanto funzionale a favorire «la partecipazione di *tutti* i lavoratori, compresi quelli in attesa di occupazione» (35).

Ho già criticato quest'ultima lettura dei principi costituzionali, fondata su presupposti discutibili (la correlazione tra minori tutele nei licenziamenti e crescita dell'occupazione) e che trascura disposizioni fondamentali della Costituzione connesse alla costituzione e gestione del contratto di lavoro (si pensi solo al «diritto vivente» pluridecennale sulla retribuzione sufficiente) (36). Qui ora preme rilevare come sia stata la stessa Corte costituzionale a negare legittimità a questa interpretazione. Essa, ispirata agli orientamenti europei in materia di *flexicurity* e alla stessa lettura in chiave di *Law & Economics* del diritto del lavoro, è espressione di un «processo di rivisitazione critica, mobilitata dalle frange più potenti di quel motore del cambiamento anche valoriale che prende il nome di globalizzazione economica, e del conseguente predominio di una logica di “mercato globale”» (37). Tuttavia, tale revisione critica deve fare i conti con un sistema costituzionale che non è mutato nelle disposizioni che lo compongono e, come si è visto, nelle stesse interpretazioni dei giudici costituzionali, che trovano nella decisione n. 194/2018 una recente e assai approfondita conferma. Il che, tra l'altro, è coerente con un quadro di fonti europee e internazionali, tra cui le Carte dei diritti, una delle quali, come vedremo, è stata fortemente valorizzata dalla Corte stessa (par. 5). E, anche nell'ambito dell'Unione europea, che non è indifferente alle esigenze economiche dei sistemi giuri-

(32) Di Gaspare 2008, 863 ss., spec. 877. Si vedano anche gli ulteriori riferimenti bibliografici indicati da Massa Pinto 2012, 15, nota 5.

(33) Rescigno 2009a, 21 ss., 47, 50, 53-54; *Id.* 2009b, 105.

(34) Cavino 2018, 10.

(35) Cavino 2018, 11.

(36) Speciale 2018, 36 ss.

(37) Perulli 2019, 347.

dici del lavoro (38), sono gli stessi Trattati a enfatizzare i diritti fondamentali del lavoratore (39).

La visione del lavoro espressa dalla Corte ha riflessi importanti che si proiettano oltre la disciplina dei licenziamenti individuali. È sufficiente sottolinearne solo alcuni. Il primo è il rifiuto di una declinazione dei principi costituzionali in chiave *esclusivamente* economica, con un approccio tutto improntato in termini di «efficienza» e di analisi «costi/benefici». In sostanza, la Corte rifiuta una lettura piegata agli assiomi della *Law & Economics*, capace, con il suo «nichilismo giuridico», di ignorare i valori sociali a tutela del lavoro (40). È vero che la sentenza n. 194/2018 considera l'obiettivo di crescita dell'occupazione quale elemento giustificativo di una diversa disciplina in materia di licenziamenti (par. 2). Tuttavia, si tratta di un fattore che, se può giustificare una diversa regolazione giuridica da parte del legislatore, è sempre soggetto a un controllo intrinseco di razionalità e non è *di per sé* elemento sufficiente a legittimare la costituzionalità della normativa. E la Corte fonda tale conclusione in base alla tutela costituzionale del lavoro e a principi diversi da obiettivi macroeconomici o dai parametri dell'efficienza e competitività del datore di lavoro (parr. 4 ss.).

Un'altra conseguenza della sentenza è il rifiuto di una interpretazione della Legge fondamentale che consenta di porre in alternativa tutela nel contratto di lavoro e tutela nel mercato del lavoro, con la possibilità di una drastica riduzione della prima a favore della seconda. Questa lettura, infatti, esprime una visione non coerente con quanto previsto dalla Costituzione. Le garanzie sul mercato del lavoro – in relazione, ad esempio, al sostegno al reddito in caso di disoccupazione e di riqualificazione professionale – sono certamente tra gli scopi perseguiti dalla Legge fondamentale (art. 38, c. 2; art. 35, c. 2). Ma esse si affiancano, senza escluderle, a quelle che sono appunto finalizzate a garantire i diritti fondamentali «nel contratto» in precedenza analizzati. In questo caso, la Corte esprime argomenti che richiamano la tesi secondo cui l'impegno dello Stato a promuovere l'occupazione ai sensi dell'art. 4 – quale diritto sociale – non consente di favorire politiche che subordinino la creazione di posti di lavoro alla perdita dei diritti fondamentali di origine costituzionale. Infatti, «nella prospettiva costituzionale [...] l'efficienza economica non è mai uno scopo, ma è solo un mezzo. Ed è anche e soprattutto la

(38) Il riferimento è all'art. 151, c. 2, del TfUE, che prevede la «necessità di mantenere la competitività dell'economia dell'Unione».

(39) Perulli 2019, 347. Ho approfondito tali aspetti in Speciale 2016a, 33 ss.

(40) Perulli 2019, 346.

qualità del lavoro (non solo per i suoi contenuti ma anche per le sue modalità organizzative) che conta» (41).

4. — *La tutela economica nei licenziamenti individuali e la possibile lesione di diritti costituzionali a protezione del lavoro* — La sentenza n. 194/2018 afferma principi di grande rilievo anche in relazione alle regole in tema di recesso del datore di lavoro.

Alcune statuizioni sono in continuità con gli orientamenti già espressi dalla Corte. Si ribadisce, infatti, che gli artt. 4 e 35 Cost. vietano il recesso *ad nutum* senza una «necessaria giustificazione». Mentre, dal punto di vista del regime sanzionatorio, si riafferma che la reintegrazione non ha fondamento costituzionale, in quanto il legislatore può, nell'esercizio della sua discrezionalità, «prevedere un meccanismo di tutela anche solo risarcitorio-monetario (sentenza n. 303 del 2011), purché tale meccanismo si articoli nel rispetto del principio di ragionevolezza» (42).

Tuttavia, la sentenza si segnala per alcune importanti asserzioni. In primo luogo si sottolinea che «l'affermazione sempre più netta del “diritto al lavoro” (art. 4, c. 1, Cost.) affiancata alla “tutela” del lavoro “in tutte le sue forme e applicazioni” (art. 35, c. 1, Cost.) si sostanzia nel riconoscere, tra l'altro, che i limiti posti al potere di recesso del datore di lavoro correggono un disequilibrio di fatto esistente nel contratto di lavoro» (43). Si potrebbe ritenere che si tratti di una considerazione ovvia, perché lo «squilibrio di potere» giuridico ed economico è un connotato indiscutibile di un contratto, che, non a caso, prevede la «subordinazione» di un soggetto a un altro. Tuttavia, come è noto, il «disequilibrio di fatto» è da tempo oggetto di revisioni critiche, in considerazione di una presunta ritrovata piena capacità contrattuale del lavoratore, la cui volontà non dovrebbe essere compressa da norme inderogabili ma dovrebbe potersi esplicare in modo più libero. Non posso in questa sede affrontare un tema di questa complessità. Rilevo solo che la Corte costituzionale si muove in una logica opposta a quella indicata e, con una visione a mio modo di vedere assai più vicina alla realtà del mondo del lavoro, ritiene che la subordinazione sia ancora connotata da asimmetrie di potere tra i soggetti del contratto (44).

(41) Luciani 2008, 8.

(42) C cost. n. 194/2018, cit., 14-15. Per la ricostruzione degli orientamenti della Corte in materia di licenziamenti rinvio a Speciale 2018, 38 ss., e alle citazioni ivi contenute.

(43) C. cost. n. 194/2018, cit., 15.

(44) Si vedano le interessanti osservazioni di Del Punta 2016, 383 ss. L'Autore, pur nell'ambito di un approccio innovativo diretto a valorizzare le *capabilities* dei la-

La sentenza, peraltro, si segnala per altre ragioni. Il meccanismo di adeguamento automatico dell'indennità risarcitoria prevista dall'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23/2015, collegato all'anzianità di servizio, non garantisce al lavoratore una tutela economica adeguata sia dal punto di vista quantitativo sia in relazione alla sua capacità dissuasiva. Tali aspetti saranno esaminati successivamente. Qui preme rilevare come, a giudizio della Corte, «una siffatta tutela dell'interesse del lavoratore alla stabilità dell'occupazione non può ritenersi rispettosa degli artt. 4, c. 1, e 35, c. 1, Cost., che tale interesse, appunto, proteggono», in considerazione «del particolare valore che la Costituzione attribuisce al lavoro [...] per realizzare un pieno sviluppo della personalità umana». E, in tal modo, non si «realizza un equilibrato componimento degli interessi in gioco: la libertà di organizzazione dell'impresa da un lato e la tutela del lavoratore ingiustamente licenziato dall'altro» (45). Si tratta di un'assoluta novità. In precedenza, la Corte non si era mai espressa sull'entità del risarcimento per valutarne l'adeguatezza o meno ai sensi delle norme costituzionali che impongono una protezione contro i licenziamenti. Oggi, invece, si afferma un nuovo principio. La libertà del legislatore, che è piena per quanto riguarda l'opzione tra tutela per equivalente o ripristinatoria, è viceversa «condizionata» nella individuazione dell'ammontare del risarcimento del danno, che, se non ha una certa consistenza, si pone in contrasto con la Costituzione (artt. 4 e 35). D'altra parte, il divieto di recesso *ad nutum* e la tutela della «continuità del lavoro» (46) impongono, a mio giudizio, che l'indennità risarcitoria deve avere un contenuto tale da determinare una *evidente discontinuità* con la disciplina del licenziamento ai sensi dell'art. 2118 c.c., in contrasto con l'assetto dei valori costituzionali messi in evidenza dalla giurisprudenza della Corte (47).

Inoltre, il «bilanciamento» tra libertà d'impresa e tutela contro il licenziamento ingiustificato esclude la legittimità costituzionale di discipline legislative nelle quali l'entità del risarcimento spettante al lavoratore sia commisurata *esclusivamente* al costo subito dall'impresa in conseguenza del recesso. Non è in discussione, ovviamente, la possibilità di legare a fattori economici la possibilità del recesso, in coerenza con quanto previsto dall'art. 3

voratori, sottolinea come lo squilibrio di potere all'interno del contratto di lavoro sia ancora una realtà da prendere in considerazione.

(45) C. cost., n. 194/2018, cit., 17.

(46) Sono parole di C. cost. n. 45/1965, richiamate espressamente da C. cost. n. 194/2018, 15.

(47) Sul *quantum* del risarcimento vd. *infra*, par. 6. Rinvio a Speciale 2018, 40 ss., dove ho approfondito questi temi, anche con l'analisi dell'ammontare delle indennità di preavviso previste in numerosi Ccnl.

della l. n. 604/1966 e da altri ordinamenti giuridici europei (48). Tuttavia, il *firing cost* deve tenere conto *anche* dell'interesse alla stabilità dell'occupazione nell'ambito dei profili personalistici a cui è preordinata la tutela costituzionale del lavoro. In tale ambito, non mi sembra, ad esempio, che sia compatibile con quanto affermato dalla Corte l'autorevole opinione secondo cui la legittimità del licenziamento economico è subordinata alla «perdita attesa» dall'impresa (intesa come «differenza tra l'insieme di tutti i costi e l'insieme di tutte le utilità» prevedibilmente derivanti dalla prosecuzione del rapporto di lavoro) nei limiti in cui essa sia «superiore a una determinata soglia» (49). Questa interpretazione, che ha un sicuro fondamento economico, non effettua alcun bilanciamento con la tutela del lavoro o, comunque, ritiene assolutamente preponderanti le ragioni produttive dell'impresa senza un'adeguata considerazione degli interessi, anche non economici, garantiti al lavoratore dalla Costituzione. In linea generale, mi sembra si possa affermare che la Corte, anche in relazione al recesso del datore di lavoro, confermi una lettura della Costituzione che si distacca nettamente dall'approccio di *Law & Economics*, in parte utilizzato anche dal Tribunale di Roma nella propria ordinanza di rimessione (50).

La Corte, infine, sottolinea come un'adeguata tutela contro i licenziamenti ingiustificati sia strumentale all'esercizio di diritti fondamentali «di libertà sindacale politica e religiosa», in coerenza con gli orientamenti espressi già in precedenza (C. cost. n. 45/1965, in *FI*, 1965, I, 1118 ss.) e alla stessa opportunità di non far decorrere la prescrizione in costanza di rapporto di lavoro, perché il timore della interruzione del contratto «spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia a una parte dei propri diritti» (51). La sentenza aderisce, dunque, all'interpretazione secondo la quale la disciplina in materia di licenziamenti riveste un rilievo particolare, perché una tutela adeguata è strumentale alla «agibilità» di altri diritti fondamentali, tra cui, a quelli elencati dalla decisione, ne vanno aggiunti altri (retribuzione, professionalità, *privacy*, sicurezza ecc.) (52). L'approccio pre-

(48) Per una recente disamina di tali normative, cfr.: De Luca Tamajo 2017, 19 ss., qui 24-25; Aa.Vv. 2014.

(49) Ichino 2003, 436-437.

(50) In tal senso, Perulli 2019, 345 ss. Sul «contenuto assicurativo» del rapporto di lavoro e il *firing cost* rinvio alle mie osservazioni (Speziale 2017, 343-344) e a quelle di Perulli 2019, 342.

(51) C. cost. n. 194/2018, cit., 17, che riprende quanto affermato da C. cost. n. 45/1965, cit., e C. cost. 10.6.1966, n. 63, in www.giurcost.org.

(52) Avevo sottolineato questi aspetti già in Speziale 2012, 535; *Id.* 2013, 320; *Id.* 2018, 42 ss. Cfr. anche Perulli 2019, 347, e Carinci 2018, 20-21.

scelto dai giudici delle leggi ha una importanza fondamentale. Nel definire l'ammontare del danno bisognerà tenere conto anche di questo profilo, in base al quale le tutele in materia di recesso sono una vera e propria «norma di chiusura» del Diritto del lavoro in rapporto a diritti essenziali a fondamento costituzionale.

5. — *I profili di illegittimità costituzionale dell'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23/2015* — La Corte censura l'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23/2015 nella parte in cui prevede che il risarcimento del danno venga predeterminato in base a un «criterio rigido e automatico, basato sull'anzianità di servizio». Non viene esaminato il problema del «*quantum* della soglia minima e massima entro cui può essere stabilita l'indennità» (53). Tale questione, infatti, non sarebbe stata sollevata dal Tribunale di Roma ed esulerebbe, quindi, dal *petitum*, perché non è possibile estendere il giudizio di costituzionalità a questioni o censure che non siano state fatte proprie dal giudice *a quo* (54). In verità, la lettura della ordinanza di rinvio non consente di arrivare a tale conclusione. Essa, infatti, censura in linea generale il carattere «irrisorio» della indennità, e non solo il meccanismo di adeguamento automatico connesso all'anzianità di servizio. Con la conseguenza che, quantomeno in relazione al minimo di 4 o 6 mesi, la Corte avrebbe certamente potuto esaminare tale aspetto che rientrava tra i «motivi» espressi dal Tribunale (55). Il che non esclude, peraltro, che, alla luce degli stessi criteri enucleati dalla sentenza, non sia possibile valutare se e in che misura il minimo risarcitorio di 6 mesi previsto dal d.lgs. n. 23/2015 sia «adeguato» (par. 6).

La decisione rileva che la disposizione del d.lgs. viola l'art. 3 Cost. per la «indebita omologazione di situazioni che possono essere – e sono, nell'esperienza concreta – diverse». Il legislatore ha «sempre valorizzato la molteplicità dei fattori che incidono sull'entità del pregiudizio causato dall'in giustificato licenziamento», come dimostrano l'art. 8 della l. n. 604/1966 e l'art. 18, c. 5, della l. n. 300/1970. Mentre l'anzianità di servizio, «certa-

(53) C. cost. n. 194/2018, cit., 10.

(54) Ho esaminato il problema del *petitum* nel giudizio dinanzi alla Corte in Speciale 2018, 22 (con ulteriori indicazioni bibliografiche).

(55) In senso analogo Carinci 2018, 5, con particolare riferimento all'art. 24 della Carta sociale europea. Infatti, nel contesto dei «motivi» che sono stati adottati e delle «disposizioni evocate», la Corte può «sempre argomentare come ritiene più corretto e il suo è, in quell'ambito, un giudizio pieno che non si riduce puramente a un controllo sui buoni o cattivi argomenti impiegati dal giudice *a quo* nel prospettare la questione». In sostanza non è «un controllo su un giudizio già fatto da altri, ma un giudizio da farsi in proprio» (Zagrebelsky, Marcenò 2018, 129).

mente rilevante, è dunque solo uno dei tanti» parametri utilizzabili. E proprio questa pluralità di fattori impone che, nel definire la tutela risarcitoria entro i limiti minimo e massimo previsti dalla legge, devono «essere molteplici i criteri da offrire alla prudente discrezionale valutazione del giudice». Tale discrezionalità, infatti, risponde «all'esigenza di personalizzazione del danno subito dal lavoratore, pur essa imposta dal principio di eguaglianza» (56).

La sentenza sottolinea poi come il risarcimento del danno previsto dall'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23/2005 ha sia una funzione compensativa del pregiudizio subito dal lavoratore in conseguenza del licenziamento ingiustificato, sia un ruolo dissuasivo, perché scoraggia il datore di lavoro «dall'intento di licenziare senza valida giustificazione» (57). La Corte, tuttavia, ritiene che l'ammontare dell'indennità sia inadeguato sotto il profilo del «ristoro del pregiudizio subito» e in relazione alla sua capacità di «dissuasione del datore di lavoro dal licenziare illegittimamente». In tal modo si viola l'art. 3 Cost. per «irragionevolezza». Se è vero, infatti, che «la regola generale della integralità della riparazione» del pregiudizio subito «non ha copertura costituzionale», tuttavia deve sempre essere garantita «l'adeguatezza del risarcimento». E, nel caso di somme definite in via forfettaria, il risarcimento deve essere tale «da realizzare un adeguato temperamento degli interessi in conflitto». L'indennità prevista dall'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23/2015 non ha tali caratteristiche, «soprattutto nei casi di anzianità di servizio non elevata». Inoltre, l'esiguità delle somme previste non realizza neanche un efficace effetto dissuasivo. Per entrambe queste ragioni vi è una compressione eccessiva dell'«interesse del lavoratore» a non essere ingiustamente licenziato, con un non «equilibrato componimento degli interessi in gioco» (58).

I giudici costituzionali, infine, rilevano che l'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23/2015 viola l'art. 24 della Carta sociale europea (Cse), nella misura in cui questa disposizione riconosce al lavoratore illegittimamente licenziato il diritto «a un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione». La Corte parte dalla sua recente sentenza n. 120 del 2018, che ha formalmente qua-

(56) C. cost. n. 194/2018, cit., 16.

(57) C. cost. n. 194/2018, cit., 17. Si è sostenuto che la Corte attribuirebbe all'indennità prioritariamente un carattere risarcitorio (Carinci 2018, 12 ss.). In realtà, la lettura della decisione non mi sembra consenta tale conclusione. Al contrario, la Corte pone funzione compensativa e dissuasiva sullo stesso piano, e lo afferma in più passaggi della motivazione.

(58) C. cost. n. 194/2018, cit., 16-17.

lificato la Cse come «norma interposta» ai sensi dell'art. 117, c. 1, Cost., e cioè quale disposizione per valutare se lo Stato italiano, nella sua legislazione, rispetta i «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario». Essa poi valorizza «l'autorevolezza delle decisioni del Comitato» sociale europeo, di cui cita una recente decisione, sottolineando come, anche per questo organismo, il sistema risarcitorio deve essere «dissuasivo e, al tempo stesso, congruo rispetto al danno subito». Tali principi sono coerenti con quanto affermato dalla Corte in base all'art. 3 Cost., con la conseguenza che si realizza «un'integrazione tra fonti e – ciò che più rileva – tra le tutele da esse garantite» (59). In sostanza, la congruità e la dissuasività dell'indennità risarcitoria trova fondamento sia nella Costituzione italiana sia nella Carta sociale, quale fonte europea di integrazione dell'ordinamento giuridico nazionale.

6. — *Gli effetti della sentenza della Corte costituzionale* — La sentenza afferma che, «nel rispetto del limite, minimo e massimo [...] della indennità stabilita dalla legge, “il giudice terrà conto innanzitutto dell'anzianità di servizio – criterio che è prescritto dall'art. 1, c. 7, lett. c, della l. n. 184/2014 e che ispira il disegno riformatore del d.lgs. n. 23 del 2015 – nonché degli altri criteri prima richiamati, desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti)”» (60). Si tratta di valutare quali effetti tale statuzione potrà avere sia sui giudizi in corso (che sono soggetti allo *ius superveniens* derivante dalla sentenza della Corte, con l'unico limite del giudicato), sia su quelli futuri nei quali dovesse essere accertata la illegittimità del licenziamento.

Va subito detto che la Corte non ha voluto introdurre una gerarchia tra i criteri di liquidazione del danno e non impone quindi di privilegiare, in primo luogo, l'anzianità di servizio con l'utilizzazione degli altri in via subsidiaria (61). L'avverbio «innanzitutto» non vuol dire che la durata del contratto deve essere utilizzata *prima* degli altri parametri. Dal punto di vista letterale, l'espressione – letta nel contesto delle parole che la seguono – significa che non è possibile trascurare il criterio prescelto dal legislatore quale fondamento della tutela. Il termine, dunque, concettualizza la necessità di tenere conto dell'anzianità di servizio e non esprime la prevalenza sugli

(59) C. cost. n. 194/2018, cit., 17-18.

(60) C. cost. n. 194/2018, cit., 18.

(61) In tal senso anche Perulli 2019, 348; Giubboni 2018, 3; Carinci 2018, 15.

altri criteri degli anni di lavoro già effettuati. D'altra parte, è tutto il ragionamento svolto dalla Corte che si oppone a tale gerarchia. Il risarcimento deve essere adeguato sotto il profilo risarcitorio e dissuasivo. Ma l'anzianità di servizio esclude tale possibilità per i rapporti di breve durata e la Corte lo dice espressamente (62). Inoltre, continua la decisione, il pregiudizio conseguente al licenziamento è determinato «da una pluralità di fattori. L'anzianità di lavoro, certamente rilevante, è dunque solo uno dei tanti» (63). Sarebbe dunque contraddittorio trasformare uno dei criteri in quello prevalente. Senza dimenticare che il parametro legato alla durata del contratto non può mai svolgere la funzione riparatoria sia nei casi di assunzioni recenti (per la sua esiguità), sia perché, in tal modo, elementi determinanti quali la «gravità» dell'illegittimità del recesso (riconducibile al «comportamento delle parti») o altri fattori diversi dall'anzianità verrebbero ad avere un ruolo del tutto secondario, in netto contrasto con l'*iter* motivazionale seguito dalla Corte (64).

Ne deriva, dunque, che i criteri delineati andranno usati dal magistrato senza che vi sia un ordine gerarchico, con un giudizio di ponderazione tra essi che è strettamente connesso alla valutazione del caso concreto e che gli impone un onere di adeguata motivazione per consentire il controllo sulla loro applicazione. Non mi sembra, quindi, si possa affermare che i due mesi per ogni anno di servizio costituiscono comunque una «base di partenza» per la quantificazione dell'indennità, che potrà solo essere elevata con l'applicazione degli altri parametri (65). La Corte, infatti, ha espressamente dichiarato incostituzionale tale meccanismo di adeguamento automatico annuale del danno, lasciando al giudice la possibilità di utilizzare l'anzianità nel modo ritenuto più opportuno senza alcun vincolo *a priori*, sia in relazione al *quantum* a essa attribuibile, sia in rapporto agli altri criteri (che potrebbero essere ritenuti prevalenti).

Tra l'altro, i parametri indicati hanno già avuto l'autorevole avallo dei giudici costituzionali con la sentenza n. 303/2011, in relazione alla durata del contratto (connessa alla anzianità), alla gravità della violazione (comportamento delle parti), allo sfruttamento di occasioni di lavoro (condizione delle parti) e alle dimensioni dell'impresa (numero dei di-

(62) C. cost. n. 194/2018, 17.

(63) C. cost. n. 194/2018, 16.

(64) Non mi sembra, dunque, sia possibile, in questa situazione, affermare la prevalenza dell'anzianità come nel caso dell'art. 18, c. 5, della l. n. 300/1970. Su tale aspetto, rinvio a Speziale 2013, 357 ss.

(65) Giubboni 2018, 3. Tale opinione, tra l'altro, riattribuisce all'anzianità una priorità gerarchica che lo stesso Autore ha negato.

pendenti) (66). Mi sembra che il giudice abbia un'ampia discrezionalità nella scelta dei criteri, in coerenza con quanto previsto dalla giurisprudenza che si è formata in rapporto alle norme utilizzate dalla sentenza n. 194/2018 come riferimento (67). Alcuni tra essi hanno un carattere più specificamente sanzionatorio, in relazione, ad esempio, alla più o meno accentuata illegittimità del recesso (e, quindi, al comportamento del datore di lavoro). Altri sono più legati a reintegrare il pregiudizio subito, dando conto delle condizioni del lavoratore e della stessa anzianità di servizio se essa, in considerazione della sua lunga durata, comporta una lesione più accentuata dell'interesse alla stabilità dell'occupazione. Mentre il numero dei dipendenti e la dimensione dell'attività economica richiamano la capacità del datore di lavoro di subire una più o meno elevata entità del risarcimento.

Mi sembra comunque che, rispetto al passato, l'ampia libertà del giudice nella applicazione dei criteri – sottolineata dalla giurisprudenza – trovi comunque un limite nella necessaria «adeguatezza» dell'indennità sotto il profilo risarcitorio e dissuasivo. Entro tale ambito, dunque, in sede di legittimità sarà comunque possibile il controllo per violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 360, c. 1, n. 1, c.p.c.). Infatti, a seguito della decisione della Corte, tutti i criteri sono ormai parte del contenuto della legge e, nella misura in cui la loro applicazione non rispecchi i requisiti espressi nella sentenza n. 194/2018, essi sono censurabili. In questo caso, il controllo della Cassazione dovrebbe essere analogo a quello effettuato per i criteri di scelta previsti dall'art. 5, c. 1, della l. n. 223/1991 nei licenziamenti collettivi (68). In realtà, la Cassazione, sempre rispetto all'art. 8 della l. n. 604/1966 o all'art. 32, c. 5, della l. n. 183/2010, ritiene che il sindacato di legittimità è consentito solo sulla motivazione ai sensi dell'art. 360, c. 1, n. 5, c.p.c. (69). Ma questa giurisprudenza si è formata prima

(66) C. cost. n. 303/2011, *www.cortecostituzionale.it*, 10. Rinvio, sul punto, a Speciale 2013, 358.

(67) Per la loro utilizzazione si veda quanto affermato da C. cost. n. 303/2011, cit. nella nota precedente. In relazione all'art. 8 della l. n. 604/1966 o all'art. 32, c. 5., della l. n. 183/2010, la Cassazione ha stabilito che «il giudice può operare con un giudizio comparativo e privilegiar[e] alcuni [criteri] a scapito degli altri, per adeguarne la misura del risarcimento alla concreta situazione posta al suo esame» (Cass. 25.5.2017, n. 13178, in *DeJure*, 5, con l'indicazione di altre sentenze).

(68) La Suprema Corte, infatti, ammette il sindacato sulla corretta applicazione di tali criteri ai sensi del c. 1, n. 3, dell'art. 360 c.p.c. Si vedano, tra le tante: Cass. 8.10.2018, n. 24755; Cass. 2.8.2018, n. 20464; Cass. 13.12.2016, n. 25553, tutte in *www.iusexplorer.it*. Si rinvia anche alle osservazioni di Perulli 2019, 348.

(69) Cass. 25.5.2017, n. 13178, cit., 5.

che i giudici costituzionali introducessero i parametri dell'adeguatezza risarcitoria e dissuasiva, che dovrebbero consentire un controllo sull'eventuale violazione di legge.

La formulazione dell'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23/2015 conseguente alla sentenza della Corte fa chiaramente intendere che spetta al giudice applicare d'ufficio i parametri di liquidazione del danno, come accadeva in precedenza anche in relazione alla sola anzianità di servizio (70). Il lavoratore e il datore di lavoro hanno ovviamente interesse ad allegare elementi che consentano di fornire al giudice di valutare in modo più compiuto i parametri. Tuttavia, in mancanza di tali allegazioni, ritengo che il magistrato, in considerazione dell'obbligo di procedere all'utilizzazione dei criteri, potrebbe anche richiedere alle parti informazioni o può integrare d'ufficio i mezzi di prova ai sensi dell'art. 421 c.p.c. La motivazione della decisione non sembra comunque poter consentire l'utilizzazione di parametri ulteriori rispetto a quelli enucleati.

La sentenza afferma che il risarcimento minimo e massimo è costituzionalmente legittimo, anche se tale conclusione deriverebbe, come si è visto, dal *petitum* individuato dall'ordinanza di remissione, con una conclusione in verità criticabile (71). La Corte ritiene comunque che i 24 e 36 mesi di retribuzione siano adeguati dal punto di vista risarcitorio (72) e, di riflesso, anche in relazione alla funzione dissuasiva, strettamente collegata al *quantum* del risarcimento. L'art. 24 della Cse, nella sua formulazione letterale e nella stessa interpretazione del Ceds, dovrebbe condurre a conclusioni diverse nella misura in cui il risarcimento, anche attraverso la previsione di limiti massimi, non sia commisurato al pregiudizio subito e non svolga il suo effetto dissuasivo (73). Il che, ad esempio, potrebbe accadere – in relazione quantomeno al profilo del danno effettivamente subito – ogniqualvolta il periodo temporale tra licenziamento e sentenza ecceda i 24 o 36 mesi. Non va dimenticato, infatti, che, a giudizio della Corte costituzionale, l'indennità prevista dall'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23/2015 ha carattere «forfettario» e «onnicomprendivo» (74), e non lascia quindi spazio a risarcimenti ulteriori sotto il profilo patrimoniale. Mentre al contrario il Ceds,

(70) La giurisprudenza citata nella precedente nota 67 implicitamente ritiene che il giudice sia in ogni caso tenuto ad applicare i criteri previsti dalla legge per la quantificazione del danno.

(71) Vd. par. 5, testo e note 53 e 54.

(72) C. cost. n. 194/2018, cit., 17.

(73) Cfr. par. 5, testo e nota 59. Si vedano anche le riflessioni di Carinci 2018, 23 ss.

(74) C. cost. n. 194/2018, cit., 16.

in relazione all'art. 24, ha affermato che vanno rimborsate tutte le perdite economiche subite dal lavoratore dalla data del recesso sino a quella di accertamento del licenziamento illegittimo (75). Tuttavia, il carattere non vincolante delle decisioni del Comitato e gli effetti diretti della pronuncia di incostituzionalità – che non incide sui «tetti» risarcitori – insieme alla stessa motivazione espressa dalla Corte non consentono di superare le soglie massime sopra indicate.

La questione si pone in modo differente per il minimo risarcitorio di 4 o 6 mesi. Si tratta di una quantificazione non riducibile ulteriormente, perché ha il valore di «limite predefinito verso [...] il basso» (76). Tuttavia, ritengo che difficilmente essa potrà essere utilizzata dal giudice (77). Non è un caso, infatti, che la Corte si sia espressa chiaramente sulla adeguatezza e dissuasività del limite massimo, mentre nulla abbia detto sul *quantum* minimo. A me sembra che siano gli stessi parametri enucleati dalla sentenza a escludere somme così ridotte. Nei casi di «anzianità di servizio non elevata», come si è visto, è la stessa Corte a ritenere che il risarcimento previsto dal d.lgs. n. 23/2015 non garantisce il «ristoro del pregiudizio causato dal licenziamento illegittimo» (78). D'altra parte, l'indennità deve essere tale da proteggere l'interesse del lavoratore alla stabilità dell'occupazione (par. 4), deve assicurare l'agibilità di diritti fondamentali diversi dalla protezione contro il licenziamento illegittimo (par. 4), deve svolgere un effetto dissuasivo tale da «escludere l'azzardo morale del datore di lavoro» a licenziare senza giustificazione (79) e, ai sensi dell'art. 24 della Cse, deve essere «congrua» in modo da raggiungere un effetto tendenzialmente analogo alla tutela ripristinatoria (par. 5). Sono elementi che, tutti utilizzati dalla Corte, rendono i 4 o 6 mesi del tutto inadeguati e impongono un evidente innalzamento di tali importi base, corrispondenti, per le qualifiche impiegatizie più elevate, all'indennità sostitutiva del preavviso prevista da numerosi Ccnl (80). Pertanto, l'incremento del minimo risarcitorio è anche funzionale a realizzare quella *discontinuità* con il re-

(75) Il Ceds ha più volte ribadito tale principio, riaffermato recentemente nel caso *European Committee of Social Rights* 2017, espressamente richiamato dalla Corte quale precedente che esprime la necessità del carattere di adeguatezza e dissuasività del risarcimento del danno (17-18). Per l'approfondimento di questo tema rinvio a Speciale 2017, 347 ss.; *Id.* 2018, 54 ss.

(76) C. cost. n. 194/2018, cit., 16.

(77) In tal senso anche Perulli 2019, 348.

(78) C. cost. n. 194/2018, 17.

(79) Perulli 2019, 348. Ho esaminato tale aspetto nel par. 5.

(80) Vd. *retro*, nota 47.

cesso *ad nutum* – non consentito dalla Costituzione – che ho già analizzato in precedenza (par. 4).

Ovviamente, l'indennità risarcirà soltanto il danno patrimoniale. È la sua stessa struttura, commisurata alla retribuzione, a dimostrare come essa sia parametrata alle utilità perdute a seguito della mancanza del rapporto di lavoro. Con la conseguenza che saranno comunque dovuti, se sussistenti, i danni di carattere non patrimoniale (biologico, esistenziale, morale ecc.). Questi ultimi, infatti, sono pregiudizi *diversi e ulteriori* rispetto a quello connesso alla lesione dell'interesse alla stabilità dell'occupazione. La forfettizzazione dell'indennità non può incidere sul diritto alla tutela per equivalente derivante dalla lesione di beni differenti dalla continuità del lavoro e connessi alla salute, alla dignità, entrambi protetti tra l'altro dalla Costituzione. E analoghe conclusioni possono essere estese ai danni all'immagine, morali o alla vita di relazione del lavoratore.

[CORTE COSTITUZIONALE, 8.11.2018, n. 194](#) – Pres. Lattanzi, Est. Sciarra – F.S. (avv.ti Andreoni, Angiolini, De Marchis Gomez) c. Settimo Senso Srl (contumace).

Licenziamento individuale – Licenziamento ingiustificato e risarcimento del danno – Art. 3, c. 1, d.lgs. n. 23/2015 – Illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost.

Licenziamento individuale – Licenziamento ingiustificato e risarcimento del danno – Art. 3, c. 1, d.lgs. n. 23/2015 – Illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 76 e 117, c. 1, Cost.

Licenziamento individuale – Licenziamento ingiustificato e risarcimento del danno – Art. 3, c. 1, d.lgs. n. 23/2015 – Indicazioni operative – Rispetto dei limiti minimo e massimo dell'indennizzo – Criteri per definirne l'ammontare.

L'art. 3, c. 1, del d.lgs. 4.3.2015, n. 23, sia nel testo originario, sia nel testo modificato dall'art. 3, c. 1, del d.l. n. 87/2018 (conv. nella l. n. 96/2018), limitatamente alle parole «di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio», è costituzionalmente illegittimo per violazione dell'art. 3 Cost. in quanto la misura fissa del risarcimento correlata all'anzianità di servizio omologa ingiustificatamente situazioni diverse non

consentendo la personalizzazione del danno subito dal lavoratore, impedisce che il risarcimento svolga la funzione di adeguato ristoro del concreto pregiudizio subito e di dissuasione del datore di lavoro dal licenziare senza valida giustificazione e, per tale ragione, non garantisce l'interesse alla stabilità dell'occupazione in violazione degli artt. 4, c. 1, e 35, c. 1, Cost. e alla luce del particolare valore che la Costituzione attribuisce al lavoro per realizzare un pieno sviluppo della personalità umana. (1)

L'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23/2015, sia nel testo originario, sia nel testo modificato dall'art. 3, c. 1, del d.l. n. 87/2018 (conv. nella l. n. 96/2018), limitatamente alle parole «di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr per ogni anno di servizio», è costituzionalmente illegittimo per violazione degli artt. 76 e 117, c. 1, Cost. in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea, da considerarsi come parametro interposto ai sensi dell'art. 117 Cost., in quanto la misura fissa del risarcimento correlata all'anzianità di servizio non realizza «il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo a un congruo indennizzo o ad altra adeguata riparazione» (art. 24, c. 1, lettera b), ed esclude che il risarcimento, anche alla luce dell'autorevolezza delle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali, svolga la funzione di adeguato ristoro del concreto pregiudizio subito e di dissuasione del datore di lavoro dal licenziare senza valida giustificazione. (2)

Nel rispetto dei limiti minimo e massimo previsti dall'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23/2015, il giudice, nel definire l'ammontare dell'indennità risarcitoria calcolata in base all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr, terrà conto innanzitutto dell'anzianità di servizio – criterio che è prescritto dall'art. 1, c. 7, lett. c, della l. n. 184/2014 e che ispira il disegno riformatore del d.lgs. n. 23/2015 – nonché di altri criteri desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti). (3)

Riferimenti bibliografici

- Aa.Vv. (2014), *La disciplina dei licenziamenti in Europa: ricognizioni e confronto*, FrancoAngeli, Milano.
- Balboni E. (2018), *Il «diritto al lavoro» da principio fondamentale a diritto fondamentale: propaggine estrema del costituzionalismo ad impronta personale e sociale*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, in <https://www.lavorodirittieuropa.it>, 1 ss.
- Ballestrero M.V. (2015), *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *LD*, 39 ss.
- Benvenuti M. (2009), voce *Lavoro (principio costituzionale del)*, in *EGT*, XVIII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1 ss.
- Boeri T., Garibaldi P. (2018), *Graded Security and Labor Market Mobility: Clean Evidence from the Italian Jobs Act*, in *WorkInps Papers*, 10, in <http://www.inps.it>, 1 ss.
- Buffa F. (2015), *Compatibilità del contratto a tutele crescenti con il diritto europeo*, in *Questione Giustizia*, 3, in <http://www.questionegiustizia.it>, 41 ss.
- Carinci M.T. (2018), *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel «Jobs Act», e oltre*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 378, in <http://csdle.lex.unict.it>, 1 ss.
- Cariola A. (2006), *Art. 4*, in Bifulco R. et al. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Utet, Torino.
- Casavola P. (1995), *La giustizia costituzionale nel 1994*, in www.cortecostituzionale.it, Documentazione, relazioni annuali, 1 ss.
- Cavino M. (2018), *Il contratto a tutele crescenti al vaglio della Corte costituzionale*, in *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?*, Atti del seminario Università degli Studi di Ferrara, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 4 ss.
- Celentano C. (2015), *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, in *RIDL*, I, 377 ss.
- Celotto A. (2006), *Art. 3, 1° c. Cost.*, in Bifulco R. et al. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Utet, Torino, 65 ss.
- Cester C. (2017), *I licenziamenti nel Jobs Act*, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Gragnoli E. (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, V, Wolters Kluwer-Cedam, 655 ss.
- Cgil (2018), *Il licenziamento nel contratto a tutele crescenti: la sentenza n. 194/18 della Corte costituzionale*, *Commento dell'Ufficio giuridico confederale*, in <http://www.cgil.it>, 1 ss.
- Corte costituzionale (2009), *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2008*, in www.cortecostituzionale.it, Documentazione, relazioni annuali, 1 ss.
- D'Antona M. (1999), *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in *RGL*, n. 3, *Supplemento*, 17 ss.
- De Luca Tamajo R. (2017), *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in Perulli A. (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 19 ss.
- Del Punta R. (2018), *Labour Law and the Capability Approach*, in *IJCLLR*, 32, 4, 383 ss.

- Di Gaspare G. (2008), *Il lavoro quale fondamento nella Repubblica*, in *DP*, 863 ss.
- European Committee of Social Rights 2017 (Finland) (2017), in *Questione Giustizia*, in www.questionegiustizia.it, 22 marzo, 1 ss.
- Fontana G. (2016), *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, in *Costituzionalismo.it*, 2, in <http://www.costituzionalismo.it>, 77 ss.
- Fontana G. (2018), *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: one step forward two step back*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 382, in <http://csdle.lex.unict.it>, 1 ss.
- Gentile G. (2015), *L'ambito di applicazione della nuova disciplina*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 51 ss.
- Giubboni S. (2006), *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».INT*, n. 46, 1 ss.
- Giubboni S. (2018), *Il licenziamento del lavoratore con contratto «a tutele crescenti» dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 379, in <http://csdle.lex.unict.it>, 1 ss.
- Ichino P. (2003), *Il contratto di lavoro*, III, Giuffrè, Milano.
- Ichino P. (2017), *La questione di costituzionalità della nuova disciplina dei licenziamenti*, in <http://www.pietroichino.it>, 3 agosto, 1 ss.
- Inps (2018), *Osservatorio sul precariato – Report mensile gennaio-ottobre 2018*, in <http://www.inps.it>, 1 ss.
- Luciani M. (2008), *La produzione della ricchezza nazionale*, in *Costituzionalismo.it*, www.costituzionalismo.it, 1 ss.
- Ludovico G. (2018), *Contratto a tempo determinato versus contratto a tutele crescenti: gli obiettivi e i risultati del Jobs Act tra flessibilità e incentivi economici*, in *DRI*, 63 ss.
- Mancini G.F. (1975), *Art. 4*, in G. Branca (diretto da), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma.
- Marazza M. (2015), *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *ADL*, n. 2, 310 ss.
- Massa Pinto I. (2012), *Costituzione e lavoro: totem e tabù*, in *Costituzionalismo.it*, 3, in <http://www.costituzionalismo.it>, 1 ss.
- Mortati C. (1991), *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Cedam, Padova.
- Perulli A. (2019), *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo*, in *Libro dell'anno del diritto Treccani*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 339 ss. (in corso di pubblicazione).
- Rescigno G.U. (2009a), *Lavoro e Costituzione*, in *DP*, 21 ss.
- Rescigno G.U. (2009b), *Il progetto consegnato nell'art. 3, comma 2, della Costituzione italiana*, in Ghera E., Pace A. (a cura di), *L'attuazione dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Jovene, Napoli.
- Santoni F. (2015), *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in Ferraro G. (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, *Quaderni di ADL*, n. 14, Cedam, Milano, 113 ss.

- Scaccia G. (2000), *Gli strumenti di ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- Sestito P., Viviano E. (2018), *Firing costs and firm hiring: evidence from Italian reform*, in *Economy Policy*, n. 33, 101 ss.
- Sorrentino F. (2011), *Eguaglianza*, Giappichelli, Torino.
- Speziale V. (2012), *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *RIDL*, I, 521 ss.
- Speziale V. (2013), *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012*, n. 92, Cacucci, Bari, 305 ss.
- Speziale V. (2014), *Le politiche del lavoro del governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 233, in <http://csdle.lex.unict.it>, 1 ss.
- Speziale V. (2015), *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 259, in <http://csdle.lex.unict.it>, 1 ss.
- Speziale V. (2016a), *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in *Quaderni di DLM*, Editoriale scientifica, Napoli, 33 ss.
- Speziale V. (2016b), *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in *RIDL*, I, 111 ss.
- Speziale V. (2017), *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in *RGL*, II, 333 ss.
- Speziale V. (2018), *Il problema della legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?*, Atti del seminario Università degli Studi di Ferrara, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 21 ss.
- Zagrebel'sky G., Marcenò V. (2018), *Giustizia costituzionale*, II, il Mulino, Bologna.
- Zilio Grandi G. (2018), *Prime riflessioni a caldo sulla sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, in <https://www.lavorodirittieuropa.it>, 1 ss.

Marco Lozito (*)

CESSAZIONE DI UNA BANCA, CESSIONE DI ATTIVITÀ/PASSIVITÀ O TRASFERIMENTO D'AZIENDA?

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il caso. — 3. La tutela del posto di lavoro e delle condizioni di lavoro (il profilo individuale). — 4. La condotta antisindacale (il profilo collettivo). — 5. La presunta strategia aziendale dei «saldi di fine gestione» e il rapporto fra cessione attività/passività e trasferimento d'azienda.

1. — *Premessa* — Il 17 luglio 2015, Banca Romagna Cooperativa (d'ora in poi Banca Romagna) e Banca per lo Sviluppo della Cooperazione di Credito (d'ora in poi Bsc) – dopo la sottoscrizione di intese sindacali aziendali e di accordi individuali di cessione del contratto firmati da alcuni dipendenti di Banca Romagna – hanno firmato un contratto di cessione attività/passività.

Il peculiare e articolato sviluppo di questa vicenda rende necessario riproporre sinteticamente la ricostruzione operata dalla Corte d'Appello di Bologna in relazione ai fatti che hanno portato la Corte stessa (1) e il Tribunale di Forlì (2) a rilevare nella fattispecie la lesione dei diritti dei lavoratori coinvolti e dell'interesse del sindacato. Analizzate le soluzioni adottate nelle predette sentenze e le questioni giuridiche connesse a questa vicenda, sarà opportuno effettuare una riflessione più generale sul rapporto fra cessione di attività e passività bancaria e trasferimento d'azienda.

2. — *Il caso* — In data 16 novembre 2013, Banca Romagna viene posta in amministrazione straordinaria con decreto del ministero dell'Economia e delle Finanze.

La stessa, circa un anno dopo, procede con una missiva all'informativa delle Oo.Ss., prevista all'art. 22, parte terza, del Ccnl Banca del credito cooperativo 21 dicembre 2012 (di seguito, Ccnl credito cooperativo) nei casi di «ristrutturazione, innovazioni tecnologiche ecc.», comunicando

(*) Dottore di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università di Bari «Aldo Moro».

(1) Sent. n. 112 del 12.9.2018.

(2) Sentt. n. 217 del 17.7.2018 e n. 235 del 3.8.2018.

l'esistenza di un esubero strutturale e avanzando l'ipotesi di fronteggiarla ricorrendo a un esodo incentivato oppure a una riduzione del salario.

Nell'autunno del 2014, Banca Romagna chiede a diverse banche, tra cui anche Bsc, la disponibilità all'acquisto della banca stessa o di un ramo di essa.

Il 16 dicembre dello stesso anno, all'esito di una trattativa sindacale durata due mesi, Banca Romagna e tutte le Oo.Ss. siglano un verbale di intesa preliminare in cui si concordano significative riduzioni del costo del lavoro, da attuarsi, tra l'altro, attraverso la riduzione dell'orario di lavoro, un piano di incentivazione all'esodo, la riduzione dei livelli di inquadramento e il taglio della Retribuzione annua lorda (di seguito, Ral), con l'impegno ad avviare un negoziato per stipulare un accordo di dettaglio che attui definitivamente quanto convenuto.

Qualche mese dopo, nel febbraio del 2015, Bsc conduce una *due diligence* sui bilanci di Banca Romagna e manifesta poi l'intento di acquisirla a condizione che venga operata un' incisiva riduzione del costo del lavoro e che i lavoratori siano disponibili a trasferirsi presso le sue sedi.

Successivamente, il 24 aprile 2015, nell'approssimarsi della fine dell'amministrazione straordinaria, le Oo.Ss. inviano una lettera per richiedere alla Banca Romagna quale sia la situazione e quali prospettive vi siano soprattutto sul piano occupazionale; inoltre, le Oo.Ss. richiedono in questa occasione di ridiscutere i punti del verbale di intesa del 16 dicembre 2014.

Nel medesimo periodo, si registra un'intensificazione dei rapporti tra Banca Romagna e Bsc. Il direttore generale di Bsc effettua una visita presso la prima per acquisire informazioni sul livello di inquadramento dei dipendenti e sulla loro eventuale disponibilità a trasferirsi a Roma, presso la sede di Bsc; successivamente avviene la trasmissione a funzionari di Bsc di dati tecnici; inoltre, tra le due banche vi sono frequenti contatti riguardanti per lo più aspetti operativi in relazione ai quali predisporre misure tecniche di armonizzazione in vista dell'acquisizione.

Il 6 giugno del 2015 viene sottoposta alle Oo.Ss. un'ipotesi di accordo sindacale attuativo del verbale di intesa preliminare del 16 dicembre 2014, che però alcune sigle sindacali (Uilca, Fabi e Singra Ugl) decidono di non firmare. In quest'ultimo accordo, pur non menzionandosi esplicitamente l'ipotesi dell'acquisto di Banca Romagna da parte di Bsc, si concorda che la prima cederà i rapporti di lavoro esclusivamente a un'azienda che si impegni ad applicare agli stessi le condizioni (derogatorie) di cui all'accordo stesso, da specificarsi in successivi accordi individuali di cessione del contratto di lavoro all'azienda cessionaria, i cui *fac-simile* sono allegati all'accordo sindacale stesso.

Conseguentemente, tra il 23 e il 30 maggio 2015, vengono sottoscritti i contratti individuali appena menzionati, ai sensi dell'art. 1406 c.c., che comportano l'accettazione di un trattamento peggiore per quanto attiene all'inquadramento e alla Ral, e in cui si specifica che la cessione dei rapporti di lavoro è subordinata all'acquisizione delle attività e passività di Banca Romagna da parte di Bsc.

Il 15 giugno 2015, Banca Romagna, in amministrazione straordinaria, viene posta in liquidazione coatta amministrativa.

Il 17 luglio 2015, la Bce revoca l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria nei confronti di Banca Romagna; lo stesso giorno avviene la cessione delle attività e passività di quest'ultima in favore di Bsc, con effetto dal giorno successivo, il 18 luglio 2015.

Il 27 luglio 2015, Banca Romagna invia alle Oo.Ss. l'informativa prevista dalla dichiarazione a verbale posta in calce all'art. 22, parte seconda, del Ccnl credito cooperativo, secondo la quale, nel caso di cessione di attività e passività riferita a Banca di credito cooperativo/Cassa rurale e artigiana in liquidazione coatta amministrativa, l'informazione di cui al medesimo art. 22, parte seconda, primo comma (dedicato al trasferimento di azienda, ai processi di fusione, concentrazione e scorporo), va resa entro quindici giorni dall'avvenuta cessione.

3. — *La tutela del posto di lavoro e delle condizioni di lavoro (il profilo individuale)* — La sentenza del Tribunale di Forlì n. 217 del 17.7.2018 si iscrive nel procedimento originato dal ricorso proposto da diversi dipendenti di Banca Romagna contro la stessa e contro Bsc finalizzato ad accertare l'irrelevanza degli accordi individuali di cessione del contratto di lavoro sottoscritti ai sensi dell'art. 1406 c.c. (attuativi dell'Accordo sindacale del 6 giugno 2015, non firmato dall'organizzazione sindacale di appartenenza), in quanto da tali accordi individuali scaturisce l'applicazione un trattamento economico peggiore rispetto a quello applicato in precedenza, nonché ad accertare e dichiarare l'applicazione delle garanzie previste dall'art. 2112 c.c. (3).

Il Tribunale, constatato che si è perfezionato un trasferimento d'azienda

(3) Sull'art. 2112 c.c. si rinvia a La Terza (2009, 1011 ss.) e ad Alvino (2018, 47 ss.), anche per riferimenti alla vastissima elaborazione dottrinale a riguardo. In relazione al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda, vd., tra gli altri, Ales 2015, 467 ss.; per una panoramica critica sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia sul punto, vd., oltre al contributo appena citato, Braico 2017, 712 ss.

e che non sono stati stipulati accordi collettivi né individuali che possano validamente derogare la disciplina dell'art. 2112 c.c., dichiara che i ricorrenti sono transitati alle dipendenze di Bsc alle condizioni caratterizzanti il rapporto con la cedente, senza tener conto dell'Accordo del 6 giugno 2015 né dei predetti accordi individuali di cessione del contratto di lavoro. Inoltre, in via di condanna generica, ordina a Bsc il pagamento dell'eventuale differenziale economico maturato dai lavoratori dal 6 giugno 2015 in poi.

La sentenza del Tribunale di Forlì n. 235 del 3.8.2018, resa ai sensi dell'art. 1, comma 57, della l. 28 giugno 2012, n. 92 (cosiddetta legge Fornero), si iscrive nel procedimento originato dal ricorso di un dipendente di Banca Romagna che aveva scelto di non sottoscrivere l'accordo individuale di cessione del contratto di lavoro attuativo dell'Accordo sindacale del 6 giugno del 2015 e che veniva licenziato in data 7 settembre 2015 (quando la predetta banca si trovava in liquidazione coatta amministrativa) per giustificato motivo oggettivo, consistente nel venir meno dell'autorizzazione allo svolgimento dell'attività bancaria e alla cessione delle attività e passività di Banca Romagna a un altro soggetto.

Il Tribunale constata che l'atto di licenziamento è pervenuto al lavoratore dopo il perfezionamento del trasferimento d'azienda. Conseguentemente, accertato l'avvenuto passaggio del ricorrente alle dipendenze del cessionario *ex art. 2112 c.c.*, dichiara l'atto di licenziamento non idoneo a incidere sul rapporto di lavoro in quanto proveniente da un soggetto diverso dal datore di lavoro e condanna la banca cessionaria alla riammissione in servizio del ricorrente.

Le condizioni che devono applicarsi a tale rapporto di lavoro sono, secondo il Tribunale, quelle che caratterizzano il rapporto di lavoro fra il ricorrente e Banca Romagna (cedente), senza tener conto delle deroghe previste dall'Accordo sindacale del 6 giugno 2015. Inoltre, il Tribunale condanna la banca cessionaria a corrispondere al lavoratore a titolo risarcitorio un importo commisurato alla retribuzione persa dal momento della proposizione del ricorso sino alla riammissione in servizio.

Esaminando queste due pronunce, ci si imbatte ben presto nel profilo nodale dell'intera vicenda: stabilire se si sia verificato o meno un trasferimento d'azienda; e a tal proposito viene in rilievo il rapporto tra la cessione delle attività/passività di una banca e il trasferimento d'azienda; fattispecie che sembrano «guardare l'azienda» da angoli visuali diversi.

Difatti, sebbene il contratto fra Banca Romagna e Bsc sia stato qualificato come contratto di cessione di attività e passività, risulta evidente che gli elementi trasferiti rappresentano presso la cedente un'«azienda bancaria»; che entrambe le banche non hanno sostanzialmente escluso che si

tratti di un trasferimento d'azienda, né hanno sostenuto che l'attività bancaria sia venuta meno o sia stata interrotta; che Bsc ha invece riferito che la cessazione dell'attività di impresa, conseguente alla revoca dell'autorizzazione intervenuta in sede europea, ha avuto luogo il 17 luglio 2015 e il contratto di cessione (*rectius*, di trasferimento d'azienda) è divenuto efficace il 18 luglio 2015 (4).

Da questo insieme di elementi risulta insomma evidente al Tribunale di Forlì che nel caso di specie si è verificato un trasferimento d'azienda, essendo stato acquistato da Bsc un insieme funzionalmente collegato di elementi in grado di svolgere un'attività economica (5).

Con riferimento alla seconda sentenza del Tribunale di Forlì sopra menzionata, l'accertamento della sussistenza del trasferimento d'azienda fra Banca Romagna e Bsc è di per sé sufficiente, nei termini sopra descritti, a dichiarare irrilevante il licenziamento per giustificato motivo oggettivo del ricorrente effettuato dal cedente, poiché per l'appunto ai sensi dell'art. 2112 c.c. il ricorrente era già «transitato» alle dipendenze del cessionario insieme a tutti gli altri lavoratori.

Invero, l'unico caso in cui si sarebbe potuto giustificare un licenziamento di questo tipo sarebbe stata la sottoscrizione di accordo derogatorio dell'art. 2112 c.c. nei termini previsti dall'art. 47, comma 5, l. n. 428/1990, per le imprese in liquidazione coatta amministrativa, che avrebbe potuto comportare il mantenimento solo parziale dell'occupazione (6). Tuttavia, rispetto a questa argomentazione, peraltro avanzata dalla resistente, il Tribunale ha agevolmente constatato che nel caso di specie non è stata mai avviata la procedura di consultazione sindacale prevista dal citato art. 47, che sarebbe potuta sfociare nel predetto accordo derogatorio, e che, conseguentemente, un accordo di questo tipo non è mai stato stipulato.

Passando al profilo della garanzia delle condizioni contrattuali applicate ai lavoratori coinvolti nel trasferimento d'azienda, dalla ricostruzione operata nelle sentenze esaminate e sintetizzata nel secondo paragrafo risulta che gli accordi collettivi e individuali sottoscritti nel caso di specie erano finalizzati all'introduzione di un trattamento economico peggiore per i di-

(4) Sebbene, come sarà precisato nell'ultimo paragrafo, la cessazione dell'attività dell'impresa in l.c.a. non escluda automaticamente la possibilità che si configuri un trasferimento d'azienda, nella fattispecie in esame la sostanziale continuità dell'attività bancaria contribuisce a rafforzare la convinzione che si sia perfezionato un trasferimento d'azienda.

(5) Sulla nozione di azienda si rimanda, anche per riferimenti ai numerosissimi contributi in materia, a La Terza 2009, 1104 ss.

(6) Vd. Allamprese, in *RGL*, 2014, I, 837 ss.

pendenti di Banca Romagna, utile con ogni evidenza ad agevolare il successivo trasferimento dei lavoratori a Bsc, da effettuarsi dunque a un «prezzo» più conveniente (sebbene quest'ultima sia solo una supposizione, diversi elementi «di contesto» che la supportano saranno evidenziati nell'ultimo paragrafo).

A tal proposito, con l'Accordo aziendale del 6 giugno 2015, che ha «diviso» le sigle sindacali, Banca Romagna si obbliga «a cedere i rapporti di lavoro [...] soltanto ad azienda che si impegni ad applicare agli stessi le condizioni di cui al presente accordo».

Inoltre, in questo accordo si menziona esplicitamente l'art. 8, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. con modificazioni dalla l. 14 settembre 2011, n. 148, relativo alla contrattazione di prossimità, e, come sopra rilevato, si rimanda la definizione delle condizioni specifiche di deroga altresì a successivi contratti individuali di cessione dei contratti di lavoro.

Ebbene, in relazione alla prima sentenza, resa dal Tribunale di Forlì in data 17.7.2018, va evidenziato che i ricorrenti, sebbene iscritti a un'organizzazione sindacale che aveva rifiutato di sottoscrivere il predetto Accordo aziendale del 2015, avevano poi sottoscritto il contratto individuale di cessione del rapporto di lavoro, con contestuale deroga peggiorativa delle condizioni di lavoro.

In considerazione di questo, il giudicante ha dovuto accertare se gli accordi collettivi e individuali fossero idonei a incidere sulle condizioni di lavoro dei dipendenti di Banca Romagna.

Ebbene, il Tribunale ha ritenuto che l'accertato perfezionamento di un trasferimento d'azienda abbia comportato l'inapplicabilità dell'Accordo sindacale del 6 giugno 2015 e dei successivi accordi individuali di cessione del rapporto di lavoro.

In primis, il Tribunale ha escluso che in tale accordo possa ravvisarsi un'intesa di prossimità derogatoria della regola dell'invarianza del trattamento dei lavoratori di cui all'art. 2112 c.c. Il Tribunale di Forlì non ha ritenuto possibile che l'accordo sindacale in questione possa operare una deroga alla disciplina legislativa di cui all'art. 2112 c.c., in ragione del fatto che queste intese possono intervenire solo sulle materie espressamente individuate dall'art. 8, primo comma, d.l. n. 138/2011, fra le quali non è compreso il trasferimento d'azienda (7).

(7) Sulle materie su cui può intervenire la contrattazione di prossimità, vd. C. cost. 4.10.2012, n. 221, in *ADL*, 2012, n. 6, II, 1219 ss., con nota di A. Bollani, e, in dottrina, Tagliente 2015, 344 ss. Sul tema generale, oggetto di molteplici studi, vd., anche per riferimenti, le riflessioni ospitate sul numero monografico di *RGL*, 2012, n. 3.

In secundis, il Tribunale ha preso in esame l'ipotesi che le deroghe peggiorative previste dall'Accordo sindacale del 6 giugno possano ritenersi efficaci prima del trasferimento e poi, per effetto dell'art. 2112 c.c. stesso, essere «trasportate» nella prosecuzione dei rapporti di lavoro alle dipendenze del cessionario.

Ma anche questa ipotesi viene esclusa perché le intese individuali – che per espressa previsione pattizia sono parte integrante dell'Accordo sindacale del 6 giugno 2015 – prevedono che la cessione del contratto di lavoro abbia effetto subordinatamente all'avvenuta acquisizione da parte di Bsc delle attività e passività di Banca Romagna. Conseguentemente, il perfezionamento di un trasferimento d'azienda in luogo della mera cessione di attività e passività comporta il mancato avveramento della condizione sospensiva di efficacia delle intese individuali (oltre che dell'intesa sindacale di cui esse costituiscono parte integrante).

Per altro verso, il Tribunale ha escluso che la cessione individuale del contratto possa avere efficacia congiuntamente all'art. 2112 c.c. È evidente, infatti, che questa norma configura proprio una deroga specifica – per il contratto di lavoro – rispetto alla disciplina civilistica generale della cessione del contratto prevista dall'art. 1406 c.c., il che ha fatto concludere all'organo giudicante che l'intesa sindacale (e del resto anche quella individuale) si fondava – e non poteva che fondarsi – sul caso della mancata applicazione dell'art. 2112 c.c., ossia sull'ipotesi in cui non si configurasse un trasferimento d'azienda.

4. — *La condotta antisindacale (il profilo collettivo)* — La sentenza della Corte d'Appello di Bologna n. 112 del 12.9.2018 scaturisce dall'appello proposto da Bsc contro l'organizzazione sindacale Uilca - Segreteria provinciale di Cesena avverso la sentenza del Tribunale di Forlì n. 21 del 18.1.2018, inedita a quanto consta, avente a oggetto la repressione della condotta antisindacale di Bsc relativa al trasferimento d'azienda intervenuto tra Banca Romagna e Bsc medesima.

Nell'originario ricorso proposto da Uilca, si lamentava il mancato rispetto della procedura prevista dall'art. 47, commi 1 e 2, l. n. 428/1990, per l'ipotesi del trasferimento d'azienda. In particolare, il sindacato ha evidenziato che, dal momento della comunicazione del collocamento in amministrazione straordinaria di Banca Romagna (prevista dall'art. 22, parte terza, Ccnl credito cooperativo 21.12.2012) e fino alla sottoscrizione del contratto di cessione dell'attività e passività nei confronti di Bsc, il confronto sindacale è stato condotto sulla base della parte terza della predetta clausola contrattuale, che riguarda l'ipotesi di «processi di ristrutturazione,

innovazioni tecnologiche ecc.», sebbene fosse in atto una trattativa con Bsc, poi concretizzatasi il 17 luglio 2015 in una cessione dell'azienda, formalmente denominata cessione di attività/passività.

Il sindacato ricorrente ha inoltre rappresentato che l'informativa effettuata da Banca Romagna il 27 luglio 2015, relativa alla predetta cessione, è stata inutile, in quanto la deroga peggiorativa delle condizioni dei lavoratori, contestuale alla cessione di attività e passività, era stata previamente formalizzata negli accordi individuali stipulati dai lavoratori ai sensi dell'art. 1406 c.c.

Uilca ha quindi chiesto la cessazione della condotta antisindacale e la rimozione delle relative conseguenze, il risarcimento del danno di attività e di immagine subito dal sindacato e la rimozione delle conseguenze degli accordi individuali sottoscritti dai lavoratori.

Con decreto emesso ai sensi dell'art. 28 St. lav. (8), il Tribunale di Forlì ha rilevato che, pur essendosi in effetti verificato un trasferimento d'azienda, Banca Romagna ha seguito la procedura contenuta nella dichiarazione posta in calce all'art. 22, parte seconda, Ccnl credito cooperativo, concernente la cessione di attività e passività di Banca Romagna in liquidazione coatta amministrativa, che, come già sottolineato, prevede un'informativa successiva, da effettuarsi entro 15 giorni dall'avvenuta cessione.

Ebbene, pur riconoscendo che la predetta dichiarazione delle parti stipulanti il Ccnl sia distonica rispetto alle restanti parti dell'art. 22 del citato contratto collettivo, in cui si prevedono invece informazione e partecipazione sindacali *anticipate* rispetto alla cessione ed estese al cessionario, il Tribunale ha ritenuto decisiva la circostanza che il predetto Ccnl fosse firmato anche da Uilca, osservando come non potesse configurarsi una condotta antisindacale nei confronti di un sindacato firmatario del contratto collettivo in cui è prevista una procedura seguita dall'azienda.

Successivamente, pronunciandosi sull'opposizione proposta da Uilca, il Tribunale stesso ha invece accolto la relativa domanda. I giudici, accertata con sentenza l'antisindacalità della condotta di Bsc, hanno disposto la rimozione degli effetti della condotta stessa (ordinando a Bsc la pubblicazione della sentenza per un mese nelle bacheche aziendali), la rimozione degli effetti della cessione intervenuta in data 17 luglio 2015 e l'avvio della procedura di informativa di cui all'art. 47, commi 1 e 2, l. n. 428/1990. Nella sentenza è stata inoltre dichiarata la nullità dell'art. 22, parte seconda, del

(8) Su questa disposizione vd. Garofalo 1979a e *Id.* 1979b, 445 ss., e, anche per ampi riferimenti in materia, Di Cerbo 2009, 1067 ss., e De Santis 2017, 517 ss.

Ccnl credito cooperativo, nella parte in cui i soggetti firmatari si danno atto che «la procedura prevista nella parte seconda del presente articolo, anche perché più favorevole, esaurisce gli obblighi previsti dall'art. 47, legge 29.12.1990, n. 428». Non ha invece trovato accoglimento la domanda relativa alla declaratoria di nullità dell'Accordo collettivo stipulato il 6 giugno 2015 e dei verbali di conciliazione individuale sottoscritti successivamente (9).

Bsc ha quindi proposto appello chiedendo la riforma di questa sentenza di primo grado, mentre Uilca ha proposto appello incidentale, reiterando la domanda di rimozione delle conseguenze degli accordi individuali sottoscritti dai dipendenti di Banca Romagna e di accertamento del danno di attività e di immagine subito dal sindacato.

La Corte d'Appello ha condivisibilmente individuato il punto focale della vicenda nel fatto che sia stato effettuato un trasferimento d'azienda senza che il sindacato ne sia stato informato né dall'impresa cedente né dalla cessionaria.

Ha ritenuto la Corte che, in conseguenza di ciò, le Oo.Ss., o meglio alcune Oo.Ss., siano state indotte a firmare un accordo che comporta pesanti deroghe peggiorative per i dipendenti di Banca Romagna per evitare la cessazione dell'attività aziendale e la conseguente perdita del posto di lavoro. In realtà, tale presupposto non si è rivelato veritiero, in quanto erano in corso trattative, poi rivelatesi fruttuose, per addivenire a una cessione dell'azienda nei confronti di Bsc (10).

Questo veniva confermato dall'analitica ricostruzione dei rapporti formali e informali intercorsi tra Banca Romagna/sindacati e Bsc/sindacati effettuata dalla Corte stessa. Come riportato nel secondo paragrafo, infatti, diversi elementi portano a non credere che la cessione di attività/passività – in realtà rivelatasi un trasferimento d'azienda – sia stata concordata in una sola sera. Si è trattato, invece, della formalizzazione finale di precedenti

(9) Conformemente, vd., tra le altre, Cass. 9.2.1991, n. 1364, e Cass. 9.10.2000, n. 13456, che precisano che il sindacato, nell'ipotesi di condotta antisindacale plurioffensiva, può far valere la lesione dei diritti individuali per il limitato scopo della tutela dei diritti sindacali. Ove non diversamente indicato, le sentenze di Cassazione qui citate sono reperibili su www.iusexplorer.it/.

(10) Sebbene quest'ultima, fornendo una prospettazione ritenuta infondata dalla Corte d'Appello, abbia sostenuto di non aver raggiunto accordi con Banca Romagna sul «presunto» trasferimento d'azienda né durante lo svolgimento della procedura sindacale esperita né prima dell'Accordo sindacale aziendale del 6 giugno 2015 e di essersi accordata per la cessione delle attività e passività di Banca Romagna posta in liquidazione coatta amministrativa la sera del 17 luglio 2015.

rapporti e atti prodromici e, per così dire, di una fase esplorativa avviata tempo prima.

Per altro verso, quanto all'oggetto di questo fantomatica cessione lampo, la Corte nota come in realtà si sia trattato di un trasferimento dell'intero complesso aziendale, e non solamente delle partite attive e passive del bilancio, come prospettato dall'appellante principale, comportando la cessione di filiali, attrezzature, personale e portafoglio attivo, con l'esclusione di alcuni crediti «in sofferenza», previamente spostati in un fondo di garanzia.

Quanto all'art. 22 del Ccnl credito cooperativo, la Corte, rispetto alla più radicale pronuncia del giudice di primo grado, ha confermato l'invalidità e la disapplicazione della norma, ma l'ha riferita alla sola dichiarazione a verbale, in cui si precisa che nel caso di cessione di attività e passività della banca posta in liquidazione coatta amministrativa l'informazione alle Oo.Ss. – che nel caso di trasferimento è imposta in via preventiva – va resa entro quindici giorni dall'avvenuta cessione.

La Corte ha rilevato che la disposizione contrattuale in questione si fonda su un presupposto *indeterminato e illogico*. L'indeterminatezza viene riscontrata in relazione alla scelta di far riferimento a una fattispecie, la cessione di attività e passività, «non ulteriormente connotata e demarcata rispetto al trasferimento d'azienda»; l'illogicità viene invece rilevata sulla base del fatto che la predetta disposizione contrattuale prevede un obbligo di informazione solo *successivo*, pur inserendosi nell'ambito di una clausola contrattuale denominata «Prevenzione dei conflitti collettivi». Tale scelta non pare idonea a tutelare l'occupazione dei lavoratori coinvolti in una crisi aziendale, in quanto evidentemente non garantisce il coinvolgimento sindacale preventivo, che può essere utile a prevenire ricadute sulle condizioni di lavoro e sull'occupazione stessa del personale coinvolto. Ciò considerato, la Corte ha rilevato il radicale contrasto di tale clausola contrattuale con l'art. 47 della l. n. 428/1990.

Sulla base di queste motivazioni, la Corte ha ordinato a Bsc la rimozione degli effetti con l'avvio della procedura informativa di cui all'art. 47, commi 1 e 2, l. n. 428/1990, nonché la pubblicazione della sentenza stessa nelle bacheche aziendali, riformando la sentenza di primo grado nel punto in cui ordinava la rimozione degli effetti della cessione intervenuta in data 17.7.2015 (11).

(11) In tal modo, la Corte si è conformata al prevalente indirizzo giurisprudenziale secondo cui la mancata adozione delle procedure sindacali previste per legge, pur costituendo condotta antisindacale, non incide sulla validità del negozio traslativo, ove ciò

5. — *La presunta strategia aziendale dei «saldi di fine gestione» e il rapporto fra cessione attività/passività e trasferimento d'azienda* — Il caso analizzato costituisce un esempio emblematico dell'incontro/scontro tra i vari interessi che può verificarsi, anche attraverso la mediazione sindacale, nel trasferimento di aziende bancarie.

In particolare, nella fattispecie si riscontra un tentativo, da parte di Banca Romagna, di operare delle deroghe peggiorative al trattamento dei lavoratori in una fase di crisi – avallato peraltro da alcune Oo.Ss. e verosimilmente finalizzato a rendere più appetibile la cessione dell'azienda – che si infrange però contro il muro dell'inderogabilità delle norme poste a tutela dei lavoratori.

La strategia aziendale e l'intervento dell'autonomia collettiva (intenzionata a sfruttare gli spazi aperti dal 2011 in poi dalla «famigerata» contrattazione di prossimità) e di quella individuale avrebbero portato a una «svendita» dei lavoratori, ossia a un passaggio a un nuovo acquirente con una contestuale riduzione del costo del lavoro.

L'operazione, sotto vari profili, per come è stata configurata, non ha però passato il vaglio di legittimità, secondo quanto deciso dagli organi giudicanti.

Nei termini sopra illustrati, il licenziamento del lavoratore che non aveva sottoscritto la cessione del contratto di lavoro con deroga peggiorativa dei suoi diritti è risultato illegittimo in ragione del divieto di licenziamento a causa del trasferimento d'azienda (12). Per altro verso, la «svendita» dei dipendenti che hanno accettato di cedere il loro contratto Bsc, acquirente di Banca Romagna, specificando e confermando attraverso un contratto di cessione l'Accordo sindacale del 6 giugno 2015, non è risultata compatibile con il principio della conservazione del trattamento dei lavoratori nel trasferimento d'azienda di cui all'art. 2112 c.c., primo comma. Del resto, i giudici hanno dovuto escludere la sussistenza di una deroga preesistente alla cessione d'azienda, che per effetto dell'art. 2112 c.c. i lavoratori avrebbero «portato» alle dipendenze del cessionario, in quanto le parti hanno scelto di collegare la deroga logicamente e temporalmente proprio alla ces-

non sia espressamente previsto dalla legge (tra le altre, vd.: Cass. 4.1.2000, n. 23, in *MGL*, 2000, n. 6, 605 ss., con nota di Maresca; Cass. 22.8.2005, n. 17072, in *RIDL*, 2006, II, 592 ss., con nota di M.T. Salimbeni; Cass. 6.6.2003, n. 9130, in *NGL*, 2003, 787 ss.; Cass. 18.8.2000, n. 10963, in *FI*, 2001, I, 1259 ss., con nota di R. Cosio; in dottrina vd., ad es., Lambertucci 1992, 174, e cfr. Di Cerbo 2009, 1125 ss.).

(12) Per la precisazione che né il fallimento né la collocazione in l.c.a. costituiscono giusta causa di risoluzione del rapporto, dovendo il recesso essere intimato per g.m.o. dal curatore o dal commissario liquidatore, vd., ad es., Cass. 1998 n. 4010.

sione. Inoltre, sul versante collettivo la cessionaria è stata condannata per condotta antisindacale, non avendo rispettato (intenzionalmente o meno) (13) la procedura prevista dall'art. 47, l. n. 428/90.

Ebbene, in una prospettiva che nei termini di seguito illustrati va oltre quanto deciso nelle sentenze in stretta relazione al caso in esame, è opportuno segnalare la questione del rapporto tra la disciplina «bancaria» della cessione di attività/passività e quella giuslavoristica del trasferimento d'azienda e fornire alcune prime ipotesi interpretative e applicative.

Le fattispecie appena richiamate potrebbero essere del tutto distinte, parzialmente o totalmente coincidenti.

Nelle ultime due ipotesi, si porrà il distinto problema del rapporto tra le diverse discipline previste per queste due fattispecie in merito alla responsabilità del cessionario per debiti del cedente (tema, quest'ultimo, non esplicitamente affrontato nelle predette sentenze, in quanto nella specie non rilevante).

Le due fattispecie sembrano distinte nella legislazione bancaria, poiché l'art. 90 del Testo Unico bancario (d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385: di seguito, Tub), «legificando» un istituto nato da tempo nella prassi bancaria per fornire ai depositanti della banca in crisi un nuovo soggetto solvibile e per contrastare i rischi sistemici connessi alla crisi stessa (14), ha attribuito ai commissari liquidatori il potere di disporre – oltre alla cessione dell'azienda, dei rami d'azienda, dei beni e dei rapporti giuridici individuabili in blocco – la cessione delle attività e passività, specificando che in tutti questi casi il cessionario risponde delle sole passività risultanti dallo stato passivo.

(13) Cass. 12.6.1997, n. 5295, S.U., in *RGL*, 1998, II, 353 ss. (seguita da Cass. 5.2.2003, n. 1684, in *RGL*, 2004, II, 141 ss.; Cass. 26.2.2004, n. 3917, in *D&L-RCDL*, 2004, 557 ss.; Cass. 22.4.2004, n. 7706, in *RIDL*, II, 65 ss., e Cass. 18.4.2007, n. 9250, in *LG*, 2007, n. 12, 1240 ss.), ha affermato l'esclusione in ogni caso della necessità dell'intenzionalità della condotta antisindacale ai fini dell'applicazione dell'art. 28 St. lav.; l'opposta tesi sostiene la necessità di verificare in ogni caso l'intenzionalità della condotta antisindacale; la tesi «mediana» esclude la necessità dell'intenzionalità del comportamento quando la condotta del datore si ponga in contrasto con norme imperative (per una ricostruzione del dibattito e per ampi riferimenti giurisprudenziali e dottrinali anche di segno opposto vd., ad es., Di Cerbo 2009, 1081 ss., Laforgia 2008, 238 ss., e Recchia 2018, 35; sul comportamento datoriale contrastante con norme destinate a tutelare in via immediata e diretta lo svolgimento dell'attività sindacale, vd. Cass. 22.6.1998, n. 6193, in *RGL*, 1999, II, 326 ss., con nota di T. Santulli, e Cass. 8.10.1998, n. 9991). Ebbene, in quest'ultima ipotesi rientra il caso di specie, in relazione al quale, tra l'altro, l'antisindacalità del mancato rispetto dei primi due commi dell'art. 47, l. n. 428/90, è esplicitamente prevista dal successivo comma 3 (cfr. Di Cerbo 2009, 1158 ss., e Passalacqua 2000, 544 ss.).

(14) Calderazzi 2013, 884-885.

Negli studi specifici del settore, invero, non si rinviene una posizione univoca sulla fattispecie della cessione di attività e passività (15). Si ritiene per lo più che la stessa vada ricavata in via residuale rispetto alle altre elencate nella disposizione appena richiamata o, addirittura, si ipotizza che il legislatore sia stato ridondante nel prevedere la fattispecie medesima (16).

Il Ccnl credito cooperativo, come già evidenziato, inserisce nell'art. 22, parte seconda, dedicato al trasferimento d'azienda, una dichiarazione a verbale specifica che riguarda la cessione di attività.

Nelle prime due sentenze del Tribunale di Forlì vi è altresì una chiara affermazione dell'alternatività tra le due fattispecie (17).

La sentenza della Corte d'Appello di Bologna, più volte sopra citata, condivisibile quanto agli esiti per i motivi sopra indicati, ad avviso di chi scrive non risulta del tutto chiara in relazione alla fattispecie della cessione di attività/passività. Osserva la Corte, criticamente, che le parti contrattuali hanno denominato il contratto quale cessione di attività/passività, «come se [questo] fosse un istituto diverso [dalla cessione dell'azienda]» (18); successivamente, nel censurare la dichiarazione a verbale posta in calce all'art. 22 del Ccnl credito cooperativo, rileva che questa (oltre a essere illogica) si fonderebbe su «un presupposto indeterminato, la “cessione di attività e passività”, non ulteriormente connotata e demarcata rispetto al trasferimento d'azienda» (19). Nel primo passaggio, la Corte pare ritenere che la cessione di attività/passività non sia un istituto diverso dal trasferimento d'azienda; nel secondo potrebbe lasciar intendere che il Ccnl avrebbe potuto (o dovuto) operare una precisa «demarcazione» della cessione di attività/passività rispetto al trasferimento d'azienda.

Il quadro sin qui ricostruito, abbastanza incerto, va integrato con elementi derivanti dalla precedente giurisprudenza di legittimità intervenuta in materia.

Nella sentenza del 15.9.1997, n. 9174 (20), la Cassazione precisa che la cessione di attività/passività non sia necessariamente indice di un trasferimento d'azienda, potendo gli elementi patrimoniali attivi e passivi, anche se ceduti in blocco a un soggetto, essere considerati in senso atomistico, in quanto riferibili a un organismo non più funzionante; si afferma, pertanto, che il perfezionamento di un trasferimento d'azienda va valutato dal giu-

(15) Per una panoramica critica vd. Calderazzi 2013, 886 ss.

(16) Fortunato, 2001, 704, e *Id.*, 2012, 1090.

(17) Vd. T. Forlì n. 217/2018, punto 2.2, e T. Forlì n. 235/2018, punto 3.1.

(18) Corte d'Appello Bologna 12.9.2018, n. 745, punto I, n. 112.

(19) Punto X.

(20) Ripresa da Cass. 3.1.2005, n. 36 (cfr. anche Cass. 2.3.2005, n. 4372).

dice caso per caso (il che presuppone che il giudice debba verificare la sussistenza di *elementi specifici* che connotano il trasferimento d'azienda rispetto alla cessione di attività/passività).

Questo ultimo concetto viene ribadito in Cass. 20.4.1998, n. 4010, che esplicitamente afferma l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. nel caso in cui la predetta verifica del giudice abbia esito positivo.

Cass. 23.6.2001, n. 8617 (21), non attribuisce tuttavia un rilievo determinante alla cessazione dell'attività a seguito della liquidazione coatta amministrativa (o più in generale a seguito dell'apertura di una procedura concorsuale), ritenendo che questa opzione non implichi di per sé il venir meno dell'organizzazione aziendale e non escluda quindi che, ricorrendone i requisiti, si configuri un trasferimento d'azienda e non una mera cessione di attività/passività, e dichiarando espressamente che in tal caso vi sarà applicazione dell'art. 2112 c.c. (22).

Passando al coordinamento tra i due nuclei normativi – la legislazione lavoristica e quella bancaria – accertato che la cessione di attività/passività configuri un trasferimento d'azienda [in quanto sussistano i requisiti di quest'ultimo, secondo la lettura della Cassazione (23), o qualora si ritenga che le due fattispecie coincidano], si applicherà l'art. 2112 c.c. e, nel caso di azienda bancaria in liquidazione coatta amministrativa, anche l'art. 90 Tub.

Tale ultima disposizione però può apparire distonica rispetto alla prima nella parte in cui prevede che il cessionario risponda delle sole passività risultanti dallo stato passivo. A fronte di questo, l'art. 2112 c.c., per tutelare i lavoratori coinvolti nel trasferimento, dispone invece al secondo comma che il cedente e il cessionario sono obbligati in solido per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento.

Conformemente a quanto affermato dalla Cassazione (24), la distonia può tuttavia considerarsi solo apparente, ove si ritenga che l'art. 90, comma 2, Tub, nel limitare nei termini appena descritti la responsabilità patrimoniale al cessionario, si riferisca solo a situazioni debitorie contratte dal cedente verso terzi, e non anche nei confronti dei dipendenti ceduti. Questa conclusione, cui la Corte perviene sulla base della specialità dell'art. 2112 c.c. in quanto norma «posta a tutela dell'uomo lavoratore» (25), di-

(21) Ripresa da Cass. 23.4.2004, n. 7731, e da Cass. 2.3.2005, n. 4732.

(22) Cass. 23.4.2004, n. 7731, Cass. 23.6.2001, n. 8617, e Cass. 2.3.2005, n. 4372.

(23) Come del resto è accaduto nel caso in specie.

(24) Cass. 3.1.2005, n. 36.

(25) *Ivi*.

scende anche dalla considerazione che diversamente l'art. 90 Tub comporterebbe un'inammissibile disparità di trattamento dei lavoratori bancari coinvolti in un trasferimento d'azienda in l.c.a. rispetto ai lavoratori degli altri settori, per cui si applica «solo» l'art. 2112 c.c. (26).

Tuttavia, non può ignorarsi che, circa due mesi dopo la propria pronuncia appena menzionata, la Suprema Corte (27) è pervenuta a conclusioni difformi (invero sulla base di motivazioni non del tutto convincenti).

La Cassazione ha ritenuto infatti che l'art. 47, comma 5, l. n. 428 del 1990, per le imprese in crisi, abbia realizzato un sistema normativo con «finalità diverse rispetto a quelle originarie dell'art. 2112 c.c., rispondente a una logica di “flessibilizzazione” del rapporto di lavoro, “derogatoria” rispetto alla disciplina generale contenuta nella norma codicistica», che si salderebbe con la previsione di altre deroghe previste all'applicazione dell'art. 2112 c.c. per settori specifici (28) e con la giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla possibilità di disapplicare la disciplina protettiva dei lavoratori per tutelare gli interessi pubblici connessi alle procedure di «liquidazione dei beni del debitore e alla soddisfazione collettiva dei creditori».

Tracciato questo quadro, nel nome della «commerciabilità dell'azienda [in crisi]» e della «garanzia del risparmio» la Corte, con un salto logico che pare però troppo brusco, ha concluso per la specialità dell'art. 90, comma 2, Tub, rispetto all'art. 2112 c.c., escludendo che il lavoratore ceduto possa giovare della responsabilità solidale tra cedente e cessionario per soddisfare i suoi debiti.

Ciò chiarito, va ribadito che, non rilevando il problema della responsabilità solidale nel caso in esame (29), l'applicazione della tutela del posto di lavoro e delle condizioni di lavoro prevista dall'art. 2112 c.c. e dalla l. n. 428/1990 – conseguente alla riconduzione della fattispecie al trasferimento

(26) Considerazioni analoghe vanno effettuate con riferimento all'art. 58, comma 5, Tub, che esclude la responsabilità del cedente per l'adempimento delle obbligazioni oggetto di cessione decorsi tre mesi dalla stessa (sugli obiettivi e sui principali problemi applicativi legati a queste disposizioni, vd., anche per ulteriori riferimenti, Masi 2012, 721 ss., e Perrino 2013, 659 ss.). Diversamente, anche questa disposizione configurerebbe nel caso di cessione bancaria – in maniera difficilmente giustificabile – una tutela dei crediti meno penetrante di quella ordinaria (vd. Pinto 1998, 470).

(27) Cass. 2.3.2005, n. 4372, cit.

(28) La Corte cita al riguardo l'art. 10, d.lgs. 23.12.1976, n. 857, e l'art. 5, d.l. 26.9.1978, n. 76, relativi alla liquidazione coatta amministrativa delle imprese di assicurazione, e la l. 29.1.1992, n. 52, di riforma del settore delle telecomunicazioni.

(29) Le richieste risarcitorie avanzate dai lavoratori trasferiti da Banca Romagna a Bsc innanzi al Tribunale di Forlì si riferiscono infatti al trattamento applicato dopo il passaggio al cessionario.

d'azienda – ha pienamente e vigorosamente «reagito» rispetto alla paventata cessione di attività/passività, facendo crollare l'impalcatura costruita dai soggetti collettivi e individuali in virtù.

L'applicazione delle disposizioni da ultimo citate ha comportato l'invalidità dell'accordo sindacale al ribasso, privo anche del «sostegno legale» della deroga di prossimità (in quanto la materia del trasferimento non è tra quelle derogabili con le intese di prossimità); ha reso inefficaci gli accordi individuali, in quanto subordinati alla cessione di attività e passività che appunto non si è mai perfezionata (in quanto si è concretizzata in un trasferimento d'azienda); ha fatto altresì emergere l'antisindacalità del comportamento datoriale, poiché il sindacato è stato informato del trasferimento solo quando la salvaguardia dei diritti dei lavoratori era compromessa [che è proprio ciò che il legislatore italiano ma anche europeo (30) vuole evitare].

Le tutele disattese hanno insomma preso una rivincita su «quello che si voleva far credere che fosse» e su «quello che si voleva far credere che fosse inevitabile».

Le pronunce del Tribunale di Forlì e della Corte d'Appello di Bologna hanno dimostrato che la svendita dei lavoratori di Banca Romagna non risulta un'operazione praticabile e che l'alternativa della perdita del posto non è l'unica strada percorribile.

Ai «saldi di fine gestione», almeno in questo caso, si contrappone evidentemente e vigorosamente la tutela del lavoro.

I

CORTE D'APPELLO BOLOGNA, 12.9.2018 – Pres. Bisi, Est. Coco – Banca per lo Sviluppo della Cooperazione di Credito Spa (avv.ti Testa F., Spirito, Testa B., Flamini) c. Organizzazione sindacale Uilca (avv.ti Alleva, Raffi).

Trasferimento di azienda – Cessione di attività/passività fra banche – Mancata attivazione della procedura ex art. 47, l. n. 428/1990 – Condotta antisindacale – Contrasto del Ccnl con norme di legge.

(30) Cfr., sin dagli anni ottanta, Corte di Giustizia 7.2.1985, C-179/83, *Industriebond Fnv*, e Corte di Giustizia 11.7.1985, C-105/84, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark*, in <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=it>.

Nel caso di cessione di attività/passività fra banche che si concretizzi in un trasferimento d'azienda, è antisindacale la condotta del cessionario che non ha attivato la procedura prevista dall'art. 47 della l. n. 428/1990, sebbene sia stata seguita la procedura prevista dalla disciplina del Ccnl applicato con riferimento alla cessione di attività/passività. Tale disciplina contrattuale è invalida e va disapplicata in quanto in contrasto con l'art. 47, l. n. 428/1990. (3)

II

[TRIBUNALE FORLÌ, 3.8.2018](#) – Est. Mascini – B.D. (avv.ti Alleva, Raffi, Assogna) c. Banca per lo Sviluppo della Cooperazione di Credito Spa (avv.ti Testa F., Spirito, Testa B., Flamini).

Licenziamento individuale – Comunicazione successiva al trasferimento d'azienda – Irrilevanza del licenziamento – Prosecuzione del rapporto.

Nel caso di cessione di attività/passività fra banche che si concretizzi in un trasferimento d'azienda, non essendo stato stipulato un accordo per il mantenimento anche parziale dell'occupazione ai sensi dell'art. 47, c. 5, l. n. 428/1990, il licenziamento comunicato al lavoratore dopo il trasferimento stesso è inidoneo a incidere sul rapporto di lavoro, non provenendo dal datore di lavoro ma da un terzo. (2)

III

[TRIBUNALE FORLÌ, 17.7.2018](#) – Est. Mascini – P.G. e altri (avv.ti Alleva, Raffi, Assogna) c. Banca per lo Sviluppo della Cooperazione di Credito Spa (avv.ti Testa F., Spirito, Testa B., Flamini) nonché Banca Romagna Cooperativa - Credito Cooperativo Romagna Centro e Macerone Soc. Coop. in l.c.a. (avv.ti Testa F., Spirito, Testa B., Flamini).

Trasferimento di azienda – Cessione di attività/passività fra banche – Invarianza delle condizioni di lavoro dei dipendenti ceduti – Irrilevanza degli accordi individuali di cessione del contratto – Intesa di prossimità – Esclusione per materia.

Nel caso di cessione di attività/passività fra banche che si concretizzi in un trasferimento d'azienda sono irrilevanti gli accordi individuali di cessione del contratto di lavoro con deroghe sul trattamento stipulati dai dipendenti del ce-

dente e subordinati al perfezionamento della cessione di attività/passività, essendo maturato il passaggio alle dipendenze del cessionario ai sensi dell'art. 2112 c.c. I rapporti proseguono alle condizioni applicate dal cedente, senza tener conto dell'accordo aziendale derogatorio, non essendo possibile stipulare un'intesa di prossimità in materia di trasferimento d'azienda per derogare l'art. 2112 c.c. (1)

Riferimenti bibliografici

- Ales E. (2015), *Le condizioni di lavoro nel trasferimento d'azienda: mantenimento o mutamento?*, in DLM, 467 ss.
- Allamprese A. (2014), *Contratto collettivo ex art. 47, legge n. 428/1990, nel trasferimento di azienda in crisi*, in RGL, I, 837 ss.
- Alvino I. (2018), *Il trasferimento d'azienda*, in Curzio P. et al. (diretto da), *Vicende ed estinzione del rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 47 ss.
- Ballestrero M.V. (2003), *Il trattamento economico e normativo dei lavoratori nella nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, in LD, 201 ss.
- Braico G. (2017), *I diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di impresa nelle sentenze della Corte di Giustizia*, in LG, n. 7, 712 ss.
- Calderazzi R. (2013), *Sub. art. 90*, in Costa C. (a cura di), *Commento al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Giappichelli, Torino, II, 883 ss.
- De Santis A.D. (2017), *Il procedimento per la repressione della condotta antisindacale*, in Curzio P. et al. (diretto da), *Processo del lavoro*, Giuffrè, Milano, 517 ss.
- Di Cerbo V. (2009), *Sub art. 28*, in Amoroso G. et al. (a cura di), *Diritto del lavoro. La Costituzione, il codice civile e le leggi speciali*, vol. I, III ed., Giuffrè, Milano, 1067 ss.
- Fortunato S. (2001), *Sub art. 90*, in Capriglione F. (diretto da), *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Cedam, Padova, II, 704 ss.
- Fortunato S. (2012), *Sub art. 90*, in Capriglione F. (diretto da), *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Cedam, Padova, II, 1085 ss.
- Garofalo M.G. (1979a), *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Jovene, Napoli.
- Garofalo M.G. (1979b), *Sub art. 28*, in G. Giugni (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori. Commento*, Giuffrè, Milano, 445 ss.
- La Terza M. (2009), *Sub art. 2112 c.c.*, in Amoroso G. et al. (a cura di), *Diritto del lavoro. La Costituzione, il codice civile e le leggi speciali*, vol. I, III ed., Giuffrè, Milano, 1101 ss.
- Laforgia S. (2008), *Intenzionalità, responsabilità e ponderazione degli interessi contrapposti nella condotta antisindacale*, in RGL, II, 223 ss.
- Lambertucci P. (1992), *Profili ricostruttivi della nuova disciplina in materia di trasferimento d'azienda*, in RIDL, I, 152 ss.
- Maresca A. (2000), *Fruibilità della tutela sindacale nel trasferimento d'azienda*, in MGL, 610 ss.

- Masi P. (2012), *Sub art. 58*, in Capriglione F. (diretto da), *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Cedam, Padova, II, 721 ss.
- Passalacqua P. (2000), *Trasferimento d'azienda e ruolo del sindacato*, in *DL*, 531 ss.
- Perrino M. (2013), *Sub art. 58*, in C. Costa (a cura di), *Commento al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Giappichelli, Torino, I, 659 ss.
- Pinto V. (1998), *Rapporto di lavoro. Cessione a banche di beni o rapporti giuridici e disciplina del rapporto di lavoro*, in V. Pinto, A. Allamprese, *Casi e questioni in materia di lavoro*, in *LG*, n. 6, 469 ss.
- Recchia G.A. (2018), *Studio sulla giustiziabilità degli interessi collettivi dei lavoratori*, Cacucci, Bari.
- Tagliente A. (2015), *Contrattazione di prossimità: clausole derogatorie, limiti ed opponibilità. Problematiche contributive*, in *DRI*, 342 ss.
- Treu T. (2016), *Cessione di ramo d'azienda: note orientative e di metodo*, in *RIDL*, I, 43 ss.

RAPPORTO DI LAVORO

I

[CASSAZIONE, 12.9.2018, n. 22173](#) – Pres. Bronzini, Est. De Gregorio, P.M. Celeste (conf.) – V.S. (avv. Di Celmo) c. Poste italiane Spa (avv. Fiorillo).
Conf. Corte d'Appello di Roma, 10.1.2013.

Assunzione – Richiesta di certificato dei carichi pendenti – Sottoscrizione di *format* di dichiarazione individuale – Irrilevanza della lamentata violazione dell'art. 8 St. lav. e dell'art. 27 Cost. – Legittimità del rifiuto di procedere all'assunzione.

Se l'aspirante lavoratore si è impegnato a produrre il certificato dei carichi pendenti mediante la sottoscrizione di un format di dichiarazione individuale, risultano irrilevanti le lamentate violazioni di legge in ordine all'art. 8 St. lav. e all'art. 27 Cost., ed è legittimo il rifiuto del datore di procedere all'assunzione per carenza dei requisiti previsti. (1)

II

[CASSAZIONE, 17.7.2018, n. 19012](#) – Pres. Nobile, Est. Marotta, P.M. Mastroberardino (diff.) – Poste italiane Spa (avv. Pandolfo) c. B.S. (avv. Mosca).
Conf. Corte d'Appello di Roma, 23.3.2015.

Assunzione – Richiesta di certificato dei carichi pendenti – Diritto alla riservatezza – Assenza di espressa previsione nel contratto collettivo – Illegittimità del rifiuto di procedere all'assunzione.

In assenza di un'espressa previsione del contratto collettivo non è possibile condizionare l'assunzione di un lavoratore alle informazioni relative a procedimenti penali in corso, in considerazione del principio costituzionale della presunzione d'innocenza e del limite posto dall'art. 8 St. lav. (2)

(1-2) BILANCIAMENTO TRA DIRITTO ALLA RISERVATEZZA ED ESIGENZA
DI AFFIDABILITÀ NELLA FASE DI INSTAURAZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO

SOMMARIO: 1. Premesse sul diritto alla riservatezza nel rapporto di lavoro. — 2. Fatti storici e vicende processuali a confronto. — 3. Qualche riflessione sul certificato penale e sul certificato di carichi pendenti. — 4. I «limiti» all'art. 8 St. lav. — 5. Considerazioni conclusive.

1. — *Premesse sul diritto alla riservatezza nel rapporto di lavoro* — La definizione di *privacy* — ormai ampiamente usata e abusata in tutto il mondo — ha fatto il suo ingresso negli Stati Uniti, nel 1890, con il saggio nel quale i giuristi Samuel Warren e Louis Brandeis hanno descritto il diritto alla riservatezza come un efficace «esempio di applicazione del più generale diritto dell'individuo a essere lasciato solo» (1).

In Italia, però, la tutela della *privacy* — prima ancora di essere considerata una *irradiazione* «della dignità, dei diritti e delle libertà fondamentali della persona» (2) — è stata introdotta, con la «norma principio» (3) di cui all'art. 8 St. lav., come argine al dilagante e invasivo potere datoriale «su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore» (4) sia nella fase di instaurazione del rapporto di lavoro sia nel suo svolgimento (5).

Si tratta di un vero e proprio primato (6), di una conquista del diritto del lavoro italiano (7), di un *rovesciamento* delle finalità per le quali la tutela della *privacy* è sorta: da «diritto tipico dell'età dell'oro della borghesia» (8) a «strumento per opporsi alle discriminazioni» (9). Una vera e propria realizzazione della tutela del lavoratore come «persona» (10).

Nella pratica, però, garantire il rispetto del cd. divieto di indagini sulle opinioni dei lavoratori non risulta così agevole: con la proliferazione di tecnologie sempre più sofis-

(1) Warren, Brandeis 1890, 4: «*it is merely an instance of the enforcement of the more general right of the individual to be let alone*».

(2) Vd. art. 1, d.lgs. 30.6.2003, n. 196, e, precedentemente, art. 1, l. 31.12.1996, n. 675.

(3) Vd. Chicco 1998, 22.

(4) Art. 8, l. 20.5.1970, n. 300, cd. St. lav.

(5) Per un'ampia e accurata disamina sul diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali, vd. Trojsi 2013.

(6) Alpa 1988, 204.

(7) Negli altri paesi dell'Unione europea è accaduto l'inverso: le legislazioni nazionali hanno introdotto la generale disciplina della tutela della *privacy* in riferimento ai processi automatizzati di archiviazione dei dati personali dei cittadini effettuati da soggetti pubblici o privati, diversi dal datore di lavoro. Cfr., ad esempio, l. 7.10.1970 sulla protezione dei dati personali (*Datenschutzgesetz*) emanata dal Land di Hesse nella Repubblica Federale Tedesca; l. 11.5.1973, n. 279, sulla protezione delle informazioni in Svezia. Copiosa è la normativa comunitaria in materia, a partire dalla prima Direttiva Ce n. 1995/46 del 24 ottobre 1995, passando per la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in particolare, vd. art. 8), fino ad arrivare al recente Regolamento Ue n. 2016/679 del 27.4.2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

(8) Rodotà 1995, 11.

(9) Rodotà 1997. Sul punto, vd. anche Parpaglionì 2015, 77.

(10) Zoli 1997, 241; Grandi 1999, 309; Aimo 2003, 27.

sticate (11) e l'invasione dei *social network* (12), sono sempre più frequenti e subdole le irruzioni della sfera «privata» nella dimensione professionale (13). Basti pensare che la cd. profilazione di un soggetto, anche con riferimento agli aspetti più *personali*, è diventata estremamente accessibile e può essere realizzata in tempi rapidi e con un minimo investimento di risorse strumentali ed economiche.

Se poi analizziamo le modalità di applicazione dell'art. 8 St. lav. nella fase preassuntiva, la questione diventa ancora più spinosa.

A quasi cinquant'anni dall'emanazione dello Statuto dei lavoratori, le sentenze in commento offrono proprio l'occasione per aprire uno squarcio di riflessione sul momento che immediatamente precede l'instaurazione del rapporto di lavoro, al fine di verificare quanto e come possa essere efficacemente realizzata la tutela del diritto alla riservatezza dell'aspirante lavoratore. *Mutatis mutandis*, appare ancora valido e attuale l'interrogativo dei *padri* del diritto alla *privacy*: «il nostro scopo è valutare se la legge esistente offre un principio che può essere correttamente invocato per proteggere la riservatezza dell'individuo; e, se lo fa, qual è la natura e l'estensione di tale protezione» (14). Innanzitutto, è necessario interrogarsi su quale sia effettivamente l'oggetto della tutela per poter individuare con precisione il perimetro dei «fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore».

È su questo snodo fondamentale, infatti, che si gioca la *partita* dell'art. 8 St. lav., perché le facce della medaglia sono due e, pertanto, la tutela della *privacy* del potenziale lavoratore va bilanciata con il legittimo interesse del datore – avallato dall'art. 41 Cost. – ad acquisire le informazioni utili per valutare non solo le competenze professionali, ma anche l'affidabilità del personale da assumere (15).

Si tratta di un bilanciamento non facile, dell'individuazione di un confine sottile e spesso insidioso, come dimostrano le pronunce in epigrafe, che, pur partendo da vicende simili, giungono a conclusioni diametralmente opposte.

2. — *Fatti storici e vicende processuali a confronto* — «*Da mihi factum, dabo tibi ius*» recita il noto brocardo latino e, perciò, nell'analisi delle pronunce in commento è indispensabile iniziare dalla narrazione dei fatti storici, peraltro pressoché identici.

Le vicende oggetto di causa concernono le trattative finalizzate all'assunzione a tempo indeterminato alle dipendenze di Poste italiane Spa di due lavoratrici con mansioni di addetta al recapito postale.

Entrambe le candidate hanno già prestato attività lavorativa in favore della società con contratti a tempo determinato, hanno sottoscritto un verbale di conciliazione rela-

(11) Cfr. Weiss 2018, 715; Weiss 2016, 651; Russo 2016, 3; Imperiali, Imperiali 2012, 218; Tullini 2009, 335; Liso 1986, 372.

(12) Vd. Iaquina, Ingrao 2014, 1027.

(13) Vd. Alvino 2016, 9; Chieco 2000, 333; Bellavista 1995, 21; Gaeta 1990, 207; Ichino 1979, 57; Smuraglia 1960, 312.

(14) Warren, Brandeis, 1890, 4: «*It is our purpose to consider whether the existing law affords a principle which can properly be invoked to protect the privacy of the individual; and, if it does, what the nature and extent of such protection is*».

(15) Sempre nel rispetto della «libertà» e «dignità umana», come previsto dall'art. 41 Cost., cfr.: Mengoni 1975, 25; Del Punta 2006, 243; Casillo 2008, 598; Barraco, Sitzia 2012, 117.

tivo a «ogni diritto, credito e pretesa derivante dai pregressi rapporti di lavoro» e risultano inserite nella graduatoria utile all'assunzione.

Entrambe hanno ricevuto una lettera di convocazione per la scelta della sede, ma, una volta presentatesi, si sono viste negare l'assunzione per carenza di un requisito considerato essenziale, in quanto dalla certificazione della competente Procura è emerso un carico pendente.

La prima adisce il Tribunale di Roma, che rigetta la domanda volta ad accertare il vantato diritto all'assunzione alle dipendenze di Poste italiane Spa mediante costituzione, ex art. 2932 c.c., di un rapporto a tempo indeterminato. Anche la Corte d'Appello respinge il proposto gravame, non ravvisando alcun diritto soggettivo dell'interessata all'assunzione, in quanto la presenza di un carico pendente «era ostativa all'assunzione, secondo il modello sottoscritto dall'interessata, laddove si richiedeva espressamente la totale incensuratezza coerentemente con le previsioni di cui all'art. 19 Ccnl».

Anche la seconda ricorre al giudice del lavoro di Roma, che, però, accoglie il suo ricorso, considerando illegittimo il rifiuto di procedere all'assunzione. La decisione viene confermata dalla Corte d'Appello di Roma, perché il diniego all'assunzione – determinato da un'interpretazione estensiva della clausola del contratto collettivo applicato, che prevede tra i documenti da presentare ai fini dell'assunzione solo «il certificato penale di data non anteriore a tre mesi», e non anche quello relativo ai carichi pendenti – non può essere giustificato «da alcun interesse dell'azienda a conoscere la storia personale della persona che si accingeva ad assumere, stante, peraltro, la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 Cost.».

Entrambe le vicende processuali vengono sottoposte al vaglio della magistratura di legittimità: nel primo caso con la dichiarazione di inammissibilità del ricorso; nel secondo caso con esito positivo per la lavoratrice.

3. — *Qualche riflessione sul certificato penale e sul certificato di carichi pendenti* — L'art. 19 del Ccnl per il personale non dirigente di Poste italiane 2003-2006 annovera, tra i documenti da produrre ai fini dell'assunzione, il certificato penale di data non anteriore a tre mesi, ma non fa alcun riferimento espresso al certificato di carichi pendenti. Per tale ragione, la seconda pronuncia commentata afferma che la «disposizione predetta è assolutamente chiara nella sua formulazione e già solo questa circostanza esclude la necessità del ricorso al meccanismo dell'interpretazione integrativa», e, pertanto, non è possibile «attribuire all'espressione “certificato penale” un significato semantico suscettibile di plurime interpretazioni».

Al contrario, nella sentenza n. 22173/2018, la Cassazione ritiene che, «per la genericità del termine adoperato» – cioè, certificato penale –, l'espressione sia riferibile «anche a quello di carichi pendenti».

La questione non è di poco conto e, quindi, richiede un approfondimento.

Il Testo Unico in materia (16) distingue, fin dal primo articolo, il casellario giudiziale (17) dal casellario dei carichi pendenti (18): nell'art. 2, dedicato alle definizioni,

(16) D.P.R. 14.11.2002, n. 313.

(17) Vd. art. 3 del citato d.P.R., che elenca i provvedimenti iscrivibili.

(18) Vd. art. 6 del citato d.P.R., che contiene l'indicazione dei provvedimenti iscrivibili.

individua il primo come «il registro nazionale che contiene l'insieme dei dati relativi a provvedimenti giudiziari e amministrativi riferiti a soggetti determinati» e il secondo come «l'insieme dei dati relativi a provvedimenti giudiziari riferiti a soggetti determinati che hanno la qualità di imputato». Di conseguenza, disciplina separatamente i relativi certificati (19) e la procedura di richiesta.

Come risulta evidente, si tratta di dati di carattere personale e, come tali, devono essere trattati «in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge» (20). Il recente Regolamento Ue n. 2016/679 sulla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali dedica l'art. 10 ai cd. dati giudiziari, concernenti condanne penali e reati, e stabilisce che il trattamento avvenga soltanto sotto il controllo dell'autorità pubblica e secondo garanzie appropriate per i diritti e le libertà degli interessati. Si tratta, infatti, di dati particolarmente delicati, la cui diffusione potrebbe non solo vulnerare la riservatezza dell'interessato, ma addirittura «costituire un mezzo legale attraverso il quale si origina e prende corpo la stigmatizzazione sociale» (21). La conoscenza da parte del potenziale datore di lavoro dell'esistenza di dati giudiziari rende sicuramente meno *allettante* il candidato all'assunzione e, al tempo stesso, rischia di ostacolare il concreto processo di reinserimento nella società, di cui il lavoro costituisce, senz'altro, un essenziale tassello.

E se ciò è vero per il certificato penale, che riguarda condanne definitive, quindi reati comunque commessi e accertati, quanto più insidioso e suscettibile di sospetti e di ripercussioni negative sulla carriera professionale del lavoratore è la richiesta del certificato dei carichi pendenti, le cui iscrizioni riguardano eventi che solo probabilmente si sono verificati! O, meglio, dovremmo precisare che si tratta di eventi che presumibilmente non si sono verificati, in base alla presunzione di innocenza di cui all'art. 27, comma 2, della Costituzione.

Questa riflessione spinge a interrogarsi sulla compatibilità tra la richiesta del certificato penale – e, ancor più, del certificato di carichi pendenti – da parte del datore di lavoro ai fini dell'assunzione e la vigente normativa – nazionale, comunitaria e internazionale – in materia di *privacy*. Su tale punto specifico si è espressa la Raccomandazione CM/Rec(2015)5 agli Stati membri sul trattamento di dati personali nel contesto occupazionale, disponendo che «i datori di lavoro dovrebbero raccogliere dati personali direttamente presso l'interessato» (22). Analogamente, il *Code of Practice on the protection of workers' personal data*, adottato dal *meeting* di esperti dell'Oil nel 1997, al

(19) Il certificato penale del casellario giudiziale è disciplinato dall'art. 25 del d.P.R. n. 313/2002, mentre il certificato del casellario dei carichi pendenti è disciplinato dall'art. 27 del citato d.P.R.

(20) Art. 8, comma 2, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

(21) Larizza 1994, 237. Per un approfondimento sul cd. diritto all'oblio, inteso come manifestazione del diritto alla riservatezza e giusto interesse di ogni persona a essere dimenticata per non restare indeterminatamente esposta ai danni che arreca alla propria reputazione la divulgazione di una notizia relativa a eventi passati, cfr., *ex multis*: Cass. 9.4.1998, n. 3679; Cass. 25.6.2004, n. 11864; Cass. 5.4.2012, n. 5525; Cass. 26.6.2013, n. 16111; Cass. 24.6.2016, n. 13161, tutte in *DeJure*. Più di recente, vd. Cass. 20.3.2018, n. 6919, in *DeG*, 21 marzo 2018, n. 50, 2 ss., con nota di Bianchi.

(22) Vd. art. 5, comma 1, della citata Raccomandazione, adottata in data 1.4.2015.

paragrafo 6, prevede che: «*all personal data should, in principle, be obtained from the individual worker*».

In realtà, in Italia, salvo il caso previsto dall'art. 25-*bis*, d.P.R. n. 313/2002, «per lo svolgimento di attività professionali o attività volontarie organizzate che comportino contatti diretti e regolari con minori» (23), il datore di lavoro non può fare direttamente richiesta al casellario giudiziario del certificato penale del lavoratore (24). È sempre l'interessato a ottenere il certificato per consegnarlo al datore di lavoro che ne faccia richiesta, per cui non sarebbe ravvisabile alcuna violazione della normativa in materia di *privacy*.

A questo punto, però, emerge un interrogativo cruciale, che riguarda direttamente il diritto del lavoro: il datore di lavoro (potenziale o attuale) è legittimato a chiedere tale certificato al candidato all'assunzione?

4. — *I «limiti» all'art. 8 St. lav.* — Le due pronunce in commento forniscono al riguardo risposte molto diverse.

Nella sentenza n. 19012/2018, la Cassazione afferma che «la richiesta del certificato penale integra un limite rispetto alla previsione di cui all'art. 8 dello Statuto dei lavoratori». Tale «limite», però, deve trovare una giustificazione sia in riferimento alla *finalità* – cioè al bene giuridico da tutelare anche a discapito del valore *riservatezza* – sia in riferimento alla modalità di introduzione del limite stesso. Secondo tale pronuncia, la richiesta del certificato penale, nel caso di specie, «si giustifica con la rilevanza ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore della conoscenza di date informazioni relative all'esistenza di condanne penali passate in giudicato». Inoltre, tale richiesta datoriale è legittima laddove sia espressamente prevista da una clausola del contratto collettivo applicato (25). Proprio in base a tale ragionamento, la Suprema Corte esclude che, «in assenza di espressa previsione contrattuale», il limite all'art. 8 St. lav. possa «essere dilatato per via interpretativa fino a ricomprendere informazioni relative a procedimenti penali in corso» (26). In sintesi, ragionando *a contrario*, potremmo concludere che, secondo la Corte, se la citata clausola del contratto collettivo avesse previsto anche la produzione del certificato di carichi pendenti la richiesta datoriale sarebbe stata considerata legittima.

La sentenza n. 22173/2018, invece, fa discendere la legittimità della richiesta datoriale non dalla clausola del Ccnl (27), ma da un *format* in cui «era espressamente indicato tale certificato e l'aspirante si era impegnato, senza alcuna riserva, a produrlo». La Cassazione, nella citata pronuncia, insiste nel ribadire che «il dato letterale del testo era

(23) Quindi pienamente giustificato dall'esigenza di verificare l'esistenza, in capo al potenziale lavoratore, di condanne per la commissione di reati contro i minori.

(24) In precedenza, l'art. 607, comma 2, c.p.p., abrogato, abilitava il datore di lavoro a richiedere il certificato penale per ragioni di assunzione, subordinando, però, la richiesta all'indicazione di un legittimo interesse.

(25) Vd. art. 19 del Ccnl personale non dirigente Poste italiane.

(26) Sull'interpretazione estensiva di una clausola del contratto collettivo vd., di recente, Cass. 19.12.2017, n. 30420, in *DeJure*.

(27) Anche in questo caso è applicabile l'art. 19 del Ccnl personale non dirigente Poste italiane.

chiaro e, in tema di interpretazione dei contratti, il senso letterale rappresenta lo strumento di interpretazione prioritario e fondamentale per la corretta ricostruzione della comune intenzione delle parti» (28). E – cosa curiosa! – anche la sentenza n. 19012/2018 dedica un rapido passaggio al fatto che «di un *format* [di dichiarazione individuale sottoscritto dal lavoratore con il quale quest'ultimo si era impegnato a produrre anche tale certificazione] non vi è traccia nel presente giudizio nel quale si discute solo della legittimità della richiesta aziendale di estendere i documenti previsti dall'art. 19 del Ccnl fino a ricomprendere tra questi anche il certificato dei carichi pendenti».

In entrambi i casi, fermo restando l'interesse datoriale ad acquisire le informazioni che consentano di valutare la capacità, l'attitudine professionale e l'affidabilità del soggetto prima di procedere all'assunzione, l'attenzione della Corte sembra soffermarsi più sul mezzo di introduzione del «limite» (clausola del Ccnl o *format* sottoscritto dal lavoratore per accettazione) che sul rispetto del divieto di cui all'art. 8 St. lav.

Per andare al *cuore* della questione è indispensabile un approfondimento al riguardo.

La caratteristica della prestazione lavorativa è, com'è noto, il pieno coinvolgimento della persona stessa del lavoratore durante l'adempimento (29), e ciò comporta, inevitabilmente, la rilevanza nel rapporto anche di alcuni aspetti della vita personale del lavoratore. Proprio per questo motivo, è necessaria una maggiore attenzione nella determinazione dei confini tra ciò che è dedotto nell'obbligazione e ciò che assolutamente esula dalla stessa – perché attinente esclusivamente alla sfera privata del lavoratore – e, perciò, è estraneo alle vicende del rapporto di lavoro e non rilevante ai fini dell'adempimento (30).

Dando per assodato che «è fatto divieto al datore di lavoro, ai fini dell'assunzione, come nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini, anche a mezzo di terzi, sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore» (31) – in cui, ovviamente, non possiamo far rientrare la richiesta di un certificato penale –, il punto più delicato concerne l'individuazione dei «fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore».

Fin dai primi anni di vita dello Statuto dei lavoratori, dottrina (32) e giurisprudenza (33) hanno interpretato questo inciso dell'art. 8 come una tendenza alla «personalizzazione» del rapporto di lavoro e come una delimitazione del potere di controllo datoriale ai soli fatti e comportamenti personali del dipendente (o futuro tale) che abbiano una concreta connessione con le specifiche mansioni dedotte in contratto. In tal

(28) In tal senso, vd. anche Cass. 18.5.2018, n. 12336, in *DeJure*.

(29) Santoro Passarelli 1948, 3: «se tutti gli altri contratti riguardano l'avere delle parti, il contratto di lavoro riguarda ancora l'avere per l'imprenditore, ma per il lavoratore riguarda e garantisce l'essere, il bene che è condizione dell'avere e di ogni altro bene».

(30) Vd. Trojsi 2013, 78.

(31) La dizione dell'art. 8 St. lav. è stata interpretata come una presunzione *iuris et de iure*, che non ammette alcun dubbio al riguardo, in quanto il lavoratore ha il diritto di mantenere riservate le proprie opinioni perché non possono influire sul suo comportamento in qualità di debitore di lavoro: cfr. Romagnoli 1972, 140.

(32) D'Harmant Francois 1978, 389; Sciarra 1979, 92.

(33) Pret. Milano 25.1.1971, in *FI*, 1971, n. 1, I, 2072 ss.; Cass. 3.4.1988, n. 2683, in *MGL*, 1990, 446 ss.

modo si assiste alla separazione tra attività lavorativa e vita privata, superando la concezione fiduciaria e onnicomprensiva del rapporto e ristabilendo la condizione più rispettosa possibile della personalità del lavoratore, allo scopo di salvaguardare il suo diritto alla riservatezza (34).

Talvolta è stato ritenuto ammissibile «indagare» su *fatti* – come il titolo di studio o la sussistenza di precedenti penali – o addirittura su *opinioni* – sindacali, politiche, religiose – nel caso di lavoratori assunti in un'organizzazione di tendenza (35), ma il *discrimen* per stabilirne la legittimità non era la modalità operata per la richiesta (clausola Ccnl, *format* individuale ecc.), bensì la *rilevanza* della stessa al fine di valutare l'attitudine professionale del lavoratore. E per «capacità professionale del lavoratore» può ancora valere l'efficace definizione fornita nell'immediatezza dell'emanazione dello Statuto: «quel complesso di attitudini che sostanzialmente qualificano la prontezza o idoneità all'adempimento» (36). In questa prospettiva, è innegabile che, talvolta, «la prontezza all'adempimento» possa essere posta in pericolo «anche da fatti attinenti alla vita privata» (37), ma la loro incidenza varia a seconda dell'intensità della fiducia richiesta e, quindi, della natura e della qualità del singolo rapporto, della posizione delle parti, dell'oggetto delle mansioni e del grado di affidamento che queste richiedono. In sostanza, tutto ruota attorno alle mansioni che dovranno concretamente essere affidate al lavoratore (38).

In particolare, la richiesta datoriale del certificato relativo ai precedenti penali del dipendente è considerata legittima nella misura in cui sia ragionevolmente necessario subordinare l'assegnazione di determinate mansioni allo stato di incensuratezza del lavoratore (39). Deve, dunque, trattarsi di attività peculiari che richiedano speciali garanzie (40).

Sulla scorta di tali argomentazioni, la giurisprudenza ha negato la sussistenza di un aprioristico obbligo del prestatore di lavoro di informare il datore della propria situazione penale (41), salvo il caso di un'espressa previsione del contratto colletti-

(34) Cfr. Assanti, Pera 1972, 110; De Felice 1990, 111. Più di recente, vd.: Trojsi 2000, 207; Avondola 2010, 1041.

(35) Al fine di valutare la compatibilità delle opinioni del dipendente all'ideologia o tendenza espressa nell'organizzazione.

(36) Freni, Giugni 1971, 39.

(37) *Ibidem*.

(38) Nel caso delle organizzazioni di tendenza, sono escluse le indagini sulle opinioni in caso di mansioni cd. «neutre»: vd. Sciarra 1979, 92.

(39) Sul punto, vd. T. Milano 8.5.1982, in *OGI*, 1982, 741 ss., il quale si è pronunciato sull'illegittimità di una clausola regolamentare che preveda, ai fini dell'assunzione, la mancanza di carichi pendenti sia perché posta in violazione dell'art. 27 Cost., sia perché in contrasto con l'art. 8 St. lav., trattandosi di operai generici addetti alla manutenzione.

(40) Pret. Milano 17.6.1980, in *RGL*, 1982, n. 2, IV, 148 ss.; Cass. 30.3.1998, n. 3343, in *NGL*, 1998, 316 ss. Per le peculiarità del settore creditizio, vd. Cass. 29.11.1999, n. 13354, in *NGL*, 2000, 210 ss.; T. Roma 28.1.1999, in *NGL*, 1999, 296 ss. In dottrina, vd. Freni, Giugni, 1971, 41; Ichino 1979, 41. Più di recente, vd. Barraco, Sitzia 2016, 102.

(41) T. Milano 9.4.2008, in *RCDL*, 2009, 1265 ss.. In dottrina, cfr. Tatarelli 2015, 168. Diversamente, però, è stato considerato l'occultamento dell'esistenza di carichi pendenti da parte di una dipendente mediante la falsificazione della documentazione presentata: la Suprema Corte ha ritenuto che si trattasse di una grave violazione dei principi di correttezza

vo (42), in virtù del particolare vincolo fiduciario richiesto dalle mansioni assegnate (43).

Anche se, sul punto in esame, gli interventi della giurisprudenza e della dottrina si presentano piuttosto sporadici e risalenti, la questione è stata recentemente affrontata nell'ottica della fase estintiva del rapporto di lavoro, riconoscendo che «neppure una condanna in sede penale che non si riverberi sulla prestazione sia in grado di fondare automaticamente la giusta causa di recesso» (44). Il giudizio, infatti, resta «pur sempre incentrato sull'incidenza di tali condotte sull'aspettativa del datore di lavoro circa il futuro adempimento della prestazione lavorativa (45) e non, di regola, sulla [fiducia nella] persona del prestatore in quanto tale» (46).

E tale considerazione rispecchia l'essenza dell'art. 8 St. lav.: se, infatti, le indagini venissero svolte su fatti o comportamenti che nel rapporto di lavoro non dovrebbero avere alcuna rilevanza, concreto diventerebbe il rischio non solo di un *vulnus* della riservatezza del lavoratore in quanto «persona» (47), ma anche di eventuali discriminazioni, palesi oppure occulte (48).

e buona fede, che, in considerazione della rilevanza dei fatti occultati, può ledere irreparabilmente il vincolo fiduciario (Cass. 25.7.2016, n. 15322, in *DeJure*).

(42) Vd., ad esempio, art. 33 del Ccnl per il personale dipendente delle aziende di credito, sottoscritto in data 11.7.1999.

(43) Sull'obbligo di immediata comunicazione al datore di lavoro da parte del lavoratore che abbia notizia dello svolgimento nei suoi confronti di indagini penali preliminari ovvero dell'esercizio dell'azione penale per reato che comporti l'applicazione di pena detentiva, vd. Cass. 23.6.2016, n. 13049, in *DeJure*; Cass. 10.8.2006, n. 18150, in *www.ipsoa.it*.

(44) Vd. Biasi 2017, 509. In dottrina, vd. anche: Vallebona 2017, 471; Frigo 2016, 800. In giurisprudenza, vd.: Cass. 9.3.2016, n. 4633, in *RIDL*, 2016, n. 4, II, 800 ss.; Cass. 29.11.2016, n. 24259, in *DeJure*.

(45) Qualora si tratti di condotte che, per la loro «gravità e natura», siano tali da far ritenere il lavoratore professionalmente inidoneo alla prosecuzione – o anche all'instaurazione – del rapporto lavorativo, vd. Cass. 10.7.1996, n. 6293, in *NGL*, 1996, 906 ss.

(46) Vd.: Biasi 2017, 509; Murena 2016, 59; Chiantera 2006, 190; Pisani 2004, 67. In giurisprudenza, vd. Cass. 1.12.1997, n. 12163, in *DeJure*, secondo cui «l'obiettivo idoneità dal fatto (commesso dal dipendente) a ledere in qualche misura il rapporto di fiducia e a configurare, quindi, una giusta causa di licenziamento non va accertata alla stregua di una valutazione in astratto del fatto medesimo bensì in concreto, in relazione alla natura e alla qualità del singolo vincolo contrattuale, alla posizione delle parti del rapporto di lavoro e al grado di affidamento richiesto dalla specifica mansione del dipendente, nonché alla portata soggettiva del fatto stesso». Cfr. anche Cass. 24.11.2016, n. 24023, in *DeJure*. Qualora, invece, i fatti commessi (reati potenzialmente incidenti sul rapporto fiduciario, ancorché non commessi nello svolgimento del rapporto) fossero di tale gravità da determinare una situazione di improseguibilità, anche provvisoria, del rapporto, il datore di lavoro non sarebbe tenuto ad attendere la sentenza definitiva di condanna per procedere all'intimazione del licenziamento per giusta causa: cfr. Cass. 19.12.2008, n. 29825; Cass. 10.9.2003, n. 13294, entrambe in *DeJure*.

(47) Nel senso, invece, che il comportamento extralavorativo che ha determinato una condanna penale esuli dalla previsione di cui all'art. 8 St. lav., essendo tale comportamento talmente «pubblico» da aver formato oggetto del processo penale, vd. C. App. Napoli 17.8.2004, in *NGL*, 2005, 226 ss.

(48) Ichino 1978, 847; Gaeta 1990, 211; Bellavista 1995, 206.

Anche il Garante per la protezione dei dati personali, nel provvedimento 22 maggio 2018, n. 314, sulla scorta della disciplina europea in materia, ha evidenziato che «il rinvio al contratto collettivo nazionale di lavoro indicato dalla società non sia idoneo [...] laddove si limita a prevedere la possibilità di acquisire dati giudiziari indipendentemente dal tipo di mansioni svolte dal dipendente» (49). Al riguardo, è opportuno ricordare che il citato Regolamento europeo n. 2016/679 prevede espressamente che i dati personali siano «raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime» (50) e, inoltre, siano «adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati» (51).

Alla luce di tutto ciò risultano evidenti le interazioni e convergenze tra la tutela della riservatezza del lavoratore di cui allo Statuto e la generale disciplina della *privacy* (52), come emerge anche dal gioco di rimandi tra le due normative (53).

5. — *Considerazioni conclusive* — Tornando agli interrogativi di partenza, alla luce dell'ampia disamina delle sentenze proposte, è opportuno almeno un tentativo di risposta su come operare il bilanciamento tra diritto alla riservatezza del lavoratore ed esigenza di raccolta di informazioni da parte del datore per saggiare la professionalità e affidabilità del personale da assumere.

In realtà, nei casi di specie, la richiesta datoriale appare – se non invasiva – a dir poco superflua: come si evince dai fatti storici riportati in entrambe le pronunce, le lavoratrici erano già state sperimentate e avevano dimostrato la propria competenza e affidabilità in occasione dei pregressi rapporti lavorativi intercorsi con la società datrice di lavoro, sempre nella posizione di addetta al recapito postale. Inoltre, la tipologia di mansioni concretamente assegnate non risulta tale da richiedere un *surplus* di garanzie.

Un segnale in tal senso è offerto anche dalla modifica intervenuta nel codice di procedura penale, che, nell'ormai abrogato art. 607, comma 2, abilitava il datore di lavoro a richiedere il certificato penale per ragioni di assunzione, pur subordinando tale domanda all'indicazione dello scopo e alla dimostrazione di un legittimo interesse, cioè alla particolare intensità del vincolo fiduciario dovuta alla peculiarità delle mansioni affidate. Ora, come visto (54), tale richiesta è ammessa solo nell'ipotesi di cui all'art. 25-*bis*, d.P.R. n. 313/2002, e, *ictu oculi*, appare pienamente giustificata dalla delicatezza del-

(49) Sul trattamento dei dati giudiziari, «qualora sia indispensabile per adempiere o esigere l'adempimento di specifici obblighi o eseguire specifici compiti previsti da leggi, dalla normativa dell'Unione europea, da regolamenti o da contratti collettivi, anche aziendali, e ai soli fini della gestione del rapporto di lavoro», vd. autorizzazione del Garante per la protezione dei dati personali 15 dicembre 2016, n. 7; provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali 15 giugno 2017, n. 267.

(50) Art. 5, comma 1, lett. *b*, Regolamento Ue n. 2016/679.

(51) Art. 5, comma 1, lett. *c*, Regolamento Ue n. 2016/679.

(52) Sul carattere composito della disciplina a tutela della riservatezza dei lavoratori *ex* art. 8 St. lav. e sulle interazioni con la disciplina generale in materia di *privacy*, vd. Bellavista 2007, 468. Cfr. Perina (2010, 306), secondo il quale «per tutto quanto non vietato, lo Statuto nulla dice, non occupandosi di altre questioni, come, per l'appunto, quella della *privacy*».

(53) Vd. art. 179, d.lgs. n. 196/2003, che abroga l'art. 38 St. lav. nella parte riferita all'art. 8, mentre il combinato disposto degli artt. 113 e 171, d.lgs. n. 196/2003, richiama la stessa disciplina e sanzione.

(54) Vd. par. 3.

le attività professionali svolte, che comportano «contatti diretti e regolari con minori». Quindi, la mera richiesta datoriale di acquisizione del certificato penale – e, *a fortiori*, del certificato di carichi pendenti, con tutte le implicazioni relative alla presunzione di innocenza di cui all'art. 27, comma 2, Cost. – non supererebbe il crivello della rilevanza richiesta dall'art. 8 St. lav.

E se tale richiesta non fosse un'iniziativa personale del datore, ma fosse supportata da un'apposita clausola del contratto collettivo che prevedesse l'acquisizione di entrambi i certificati? Potrebbe l'autonomia collettiva (55) superare – o, meglio, *bypassare* – l'espressa previsione dell'art. 8 St. lav.?

Non dovrebbe, piuttosto, individuare le ipotesi *rilevanti*, cioè le mansioni che rispecchiano i canoni di particolare esigenza non solo di incensuratezza (certificato penale), ma anche di assenza di qualunque ombra di sospetto (certificato di carichi pendenti)? In fondo, anche il citato Provvedimento n. 314/2018 del Garante per la protezione dei dati personali ha sottolineato l'inidoneità di un generico rinvio al contratto collettivo, senza la specifica indicazione delle mansioni svolte dal dipendente.

Affrontando la questione da un'altra angolazione, la mancata assunzione del lavoratore per la presenza di carichi pendenti «risulterebbe incongrua sul piano sistematico», come rileva la Cassazione nella sentenza n. 19012/2018, «atteso che il medesimo Ccnl non contempla lo “status” di imputato quale giusta causa di licenziamento».

Infine, quale valore attribuire al famoso *format*, considerato decisivo dalla Suprema Corte nella sentenza n. 22173/2018?

In realtà, crea non poche perplessità il fatto che la volontà delle parti – con l'auspicio che sia genuina e consapevole, trattandosi di un modulo precompilato dalla società datrice di lavoro e sottoposto al candidato all'assunzione per la compilazione e sottoscrizione – possa violare il dettato dell'art. 8 St. lav.

Addirittura prima della l. n. 300 del 1970, la Suprema Corte ha affermato che non esiste «un dovere del lavoratore di far conoscere spontaneamente al datore di lavoro più di quanto questi voglia e chieda di sapere» ai fini dell'assunzione (56), proprio per limitare i poteri di indagine del datore di lavoro a ciò che rileva esclusivamente ai fini della prestazione di lavoro. E ora vogliamo tornare indietro di cinquant'anni?

Accogliendo un'interpretazione così estensiva ed elastica rischieremmo di ridurre il divieto statutario a un mero *flatus vocis*. E non si tratterebbe più di un bilanciamento tra due beni giuridici da tutelare, ma della discutibile adozione di «due pesi e due misure», non solo erodendo il perimetro del diritto alla riservatezza del lavoratore, ma minando la stessa certezza del diritto.

Riferimenti bibliografici

- Aimo M. (2003), *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli.
Alpa G. (1988), *Privacy e statuto dell'informazione*, in Alpa G. et al. (a cura di), *Il diritto alla riservatezza*, Cedam, Padova, 204 ss.

(55) Nella modalità tradizionalmente intesa, senza addentrarci sul possibile ricorso alla contrattazione collettiva di prossimità di cui all'art. 8, d.l. 13.8.2011, n. 138, convertito con modificazioni dalla l. 14.9.2011, n. 148.

(56) Vd. Cass. 19.12.1969, n. 4059, in *GI*, I, c. 1072.

- Alvino I. (2016), *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in *LLI*, n. 2, I, 9 ss.
- Assanti C., Pera G. (1972), *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova.
- Avondola A. (2010), *Sulla rilevanza della «inidoneità morale» del lavoratore*, in *DRI*, n. 4, I, 1041 ss.
- Barraco E., Sitzia A. (2012), *La tutela della privacy nei rapporti di lavoro*, in Miscione M. (a cura di), *Monografie di diritto del lavoro*, Ipsoa, Roma.
- Barraco E., Sitzia A. (2016), *Potere di controllo e privacy. Lavoro, riservatezza e nuove tecnologie*, Wolters Kluwer, Milano.
- Bellavista A. (1995), *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, Torino.
- Bellavista A. (2007), *La disciplina della protezione dei dati personali e i rapporti di lavoro*, in Cester C. (a cura di), *Diritto del lavoro, Commentario* diretto da Carinci F., t. II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Utet, Torino, 468 ss.
- Bianchi D. (2018), *Oblio batte satira quando il personaggio noto non è figura pubblica*, in *D&G*, 21 marzo, n. 50, 2 ss.
- Biasi M. (2017), *La (ir)rilevanza disciplinare del silenzio serbato dal lavoratore circa il proprio passato professionale*, in *DRI*, n. 2, I, 509 ss.
- Casillo R. (2008), *La dignità nel rapporto di lavoro*, in *RDC*, n. 5, 598 ss.
- Chiantera F. (2006), *La rilevanza dei comportamenti extralavorativi ai fini della giusta causa di licenziamento*, in De Luca Tamajo R. et al. (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Giuffrè, Milano, 190 ss.
- Chieco P. (1998), *Il diritto alla riservatezza del lavoratore*, in *DLRI*, n. 1, I, 22 ss.
- Chieco P. (2000), *Privacy e lavoro: la disciplina del trattamento dei dati personali del lavoratore*, Cacucci, Bari.
- D'Harmant Francois A. (1978), *I diritti individuali fondamentali nello Statuto dei lavoratori*, in *DL*, n. 1, I, 389 ss.
- De Felice L. (1990), *La tutela della persona del lavoratore*, in Aa.Vv., *Lo Statuto dei lavoratori: 20 anni dopo*, Giappichelli, Torino, 111 ss.
- Del Punta R. (2006), *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *GDLRI*, 243 ss.
- Freni A., Giugni G. (1971), *Lo Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano.
- Frigo P. (2016), *Sulla rilevanza disciplinare di condotte extralavorative illecite e... reticenti*, in *RIDL*, n. 4, II, 800 ss.
- Gaeta L. (1990), *La dignità del lavoratore e i «turbamenti» dell'innovazione*, in *LD*, 207 ss.
- Grandi M. (1999), *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *ADL*, n. 2, I, 309 ss.
- Iaquinta F., Ingrao A. (2014), *La privacy e i dati sensibili del lavoratore legati all'utilizzo di social networks. Quando prevenire è meglio che curare*, in *DRI*, n. 4, 1027 ss.
- Ichino P. (1978), *La tutela della riservatezza del prestatore di lavoro nello Statuto dei lavoratori*, in *RGL*, I, 819 ss.
- Ichino P. (1979), *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Imperiali R., Imperiali R. (2012), *Controlli sul lavoratore e tecnologie*, Giuffrè, Milano.
- Larizza S. (1994), *Non menzione della condanna nel certificato penale*, in *DDPen.*, VIII, Torino, 237 ss.

- Liso F. (1986), *Computer e controllo dei lavoratori*, in *DLRI*, 372 ss.
- Mengoni L. (1975), *Introduzione al Titolo I*, in Prosperetti U. (diretto da), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, I, Giuffrè, Milano, 25 ss.
- Murena C. (2016), *Fiducia e subordinazione. Il lavoro bancario*, Giappichelli, Torino.
- Parpaglion M. (2015), *La tutela dei dati personali come presupposto logico-giuridico del divieto di discriminazione*, in *RGL*, n. 1, I, 77 ss.
- Perina L. (2010), *L'evoluzione della giurisprudenza e dei provvedimenti del Garante in materia di protezione dei dati personali dei lavoratori subordinati*, in *RIDL*, n. 2, I, 306 ss.
- Pisani C. (2004), *Licenziamento e fiducia*, Giuffrè, Milano.
- Rodotà S. (1995), *Tecnologie e diritti*, il Mulino, Bologna.
- Rodotà S. (1997), *Nessuna censura sulla privacy*, in *la Repubblica*, 13 maggio.
- Romagnoli U. (1972), in Ghezzi G., Romagnoli U., *Statuto dei diritti dei lavoratori*, il Mulino, Bologna, 140 ss.
- Russo M. (2016), *Quis custodiet ipsos custodes? I «nuovi» limiti all'esercizio del potere di controllo a distanza*, in *LLI*, vol. 2, n. 2, 3 ss.
- Santoro Passarelli F. (1948), *Spirito del diritto del lavoro*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, 1947-48, 3 ss.
- Sciarra S. (1979), *Commento all'art. 8 dello Statuto dei lavoratori*, in Giugni G., *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Giuffrè, Milano, 92 ss.
- Smuraglia C. (1960), *Progresso tecnico e tutela della personalità del lavoratore*, in *RGL*, n. 1, I, 312 ss.
- Tatarelli M. (2015), *Il licenziamento individuale e collettivo. Lavoro privato e pubblico*, Cedam, Padova.
- Trojsi A. (2000), *Sfera privata del lavoratore e contratto di lavoro (artt. 5, 8 e 26 St. lav.)*, in Aa.Vv., *La tutela della privacy del lavoratore*, Utet, Torino, 207 ss.
- Trojsi A. (2013), *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, Torino.
- Tullini P. (2009), *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, in *RIDL*, n. 1, I, 335 ss.
- Vallebona A. (2017), *Istituzioni di diritto del lavoro*, vol. II, *Il rapporto di lavoro*, Cedam, Padova.
- Warren S.D., Brandeis L.D. (1890), *Right to privacy*, in *Harvard Law Review*, n. 5, 4 ss.
- Weiss M. (2016), *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, in *DRI*, n. 3, I, 651 ss.
- Weiss M. (2018), *La platform economy e le principali sfide per il diritto del lavoro*, in *DRI*, n. 3, I, 715 ss.
- Zoli C. (1997), *Subordinazione e poteri dell'imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere*, in *LD*, n. 2, I, 241 ss.

Marianna Russo
Ricercatrice di Diritto del lavoro
presso l'Università telematica «Leonardo da Vinci»

CASSAZIONE, 3.9.2018, n. 21569 – Pres. Di Cerbo, Est. Marotta, P.M. Fresa (diff.) – S.B. (avv. Scarpantoni) c. R.R. Spa (avv.ti Venturella, Di Russo).

Diff. Corte d'Appello di L'Aquila, 14.7.2016.

Licenziamento individuale – Licenziamento intimato tardivamente – Procedimento disciplinare – Ccnl acqua e gas – Mancato rispetto del termine per comminare la sanzione – Sanzione – Insussistenza del fatto contestato – Tutela reale od obbligatoria.

Nell'ambito della procedura di licenziamento disciplinare, l'inosservanza del termine previsto dalla contrattazione collettiva entro cui il datore di lavoro è tenuto a erogare la sanzione determina l'illegittimità del provvedimento e la conseguente applicazione della tutela reale per insussistenza del fatto contestato. (1)

(1) LICENZIAMENTI DISCIPLINARI TARDIVI

1. — Con la decisione in commento, la Cassazione si occupa delle conseguenze che discendono dal mancato rispetto del termine di irrogazione del licenziamento disciplinare previsto in un contratto collettivo. Nel caso delle sanzioni disciplinari, è infatti lo stesso art. 7, c. 1, della l. n. 300/1970 a rinviare alla contrattazione collettiva per quanto non previsto dalla disposizione, limitandosi quest'ultima a enunciare i principi che debbono essere osservati nella procedura che conduce all'applicazione delle misure di condotta, ovvero il rispetto del contraddittorio, nonché della contestualità e immediatezza dei motivi di addebito (c. 2).

Il caso, di cui oltre si fornirà una disamina più specifica, inerisce solo in apparenza al piano procedurale, assumendo la natura del termine nell'*iter* del licenziamento disciplinare valore dirimente ai fini del modello di tutela sostanziale debole o forte concretamente applicabile. Al riguardo, l'esistenza di due orientamenti ermeneutici all'interno della stessa vicenda processuale qui in commento dimostra che il dibattito sulla rilevanza giuridica del termine di intimazione del licenziamento dopo la cd. legge Fornero sia lontano da trovare una soluzione univoca, e che molto sia affidato, invece, all'interpretazione dell'organo giudicante.

Prima di addentrarsi, però, nel cuore della questione, preme fare almeno un cenno ai fatti di causa, che risultano incentrati su un duplice elemento: la tardività nell'irrogazione della sanzione, lamentata dal ricorrente, e l'esistenza di una giusta causa a fondamento della risoluzione del rapporto, che secondo il datore di lavoro sarebbe stata motivata dalla mancata esibizione di una prova documentale a giustificazione delle assenze effettuate dal lavoratore. In via del tutto preliminare, preme anticipare come il primo profilo si rivela prevalente per la risoluzione della controversia in favore del lavoratore.

Nel primo grado, il lavoratore lamenta l'insussistenza di una giusta causa a fondamento del licenziamento. Secondo il ricorrente, il mancato rispetto del termine previsto dal Ccnl gas e acqua del 2011 per l'applicazione della sanzione disciplinare più

grave, quale il licenziamento, eliderebbe la giusta causa addotta dal datore di lavoro. Nello specifico, l'invocato art. 21, n. 2, c. 3, del Ccnl in discorso dispone che, decorsi dieci giorni lavorativi dal quinto giorno successivo a quello in cui sono pervenute le giustificazioni scritte da parte del lavoratore – o, in alternativa, da quello successivo all'avvenuta discussione della contestazione con l'azienda da parte del lavoratore –, la mancata adozione del provvedimento di licenziamento può considerarsi un accoglimento implicito delle giustificazioni presentate dal prestatore.

In un primo momento, il Tribunale di Teramo, con ordinanza *ex art.* 1, c. 49, l. n. 92/2012, accoglie integralmente le doglianze presentate dal ricorrente, accordando a quest'ultimo una tutela reintegratoria (art. 18, c. 4, St. lav.). Tuttavia, a seguito dell'opposizione presentata da parte resistente (c. 51), l'organo giudicante riforma la decisione, dichiarando l'inefficacia del licenziamento, in quanto applicato oltre i termini prescritti, e ravvedendo la giusta causa di risoluzione del rapporto nella mancanza di un documento da cui poter evincere le ragioni dell'assenza del lavoratore dal posto di lavoro. In modo coerente con tale ultima e diversa interpretazione, il ricorrente si vede riconosciuta la tutela obbligatoria, che viene liquidata in un'indennità risarcitoria pari a sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto (art. 18, c. 6, l. n. 300).

Con l'impugnazione parziale della decisione, il lavoratore chiede un riesame limitato al profilo della giusta causa di cessazione del rapporto, che il giudice di prime cure ha ritenuto sussistente. Ma la doglianza resta insoddisfatta anche in appello, giacché l'adita Corte di L'Aquila (Sent. n. 743 del 14.7.2016, in *Redazione Giuffrè*) conferma il percorso seguito dal Tribunale, rinvenendo nelle assenze ingiustificate del lavoratore un motivo sufficiente per la interruzione del vincolo fiduciario che deve necessariamente intercorrere tra datore e lavoratore. Per questa via, la Corte d'Appello giunge a confermare anche la tutela indennitaria connessa alla tardività del licenziamento disciplinare già accertata in primo grado. Nello specifico, la Corte basa la liquidazione dell'indennità risarcitoria su una decisione della Cassazione (Sent. 9.7.2015, n. 14324, in *Redazione Giuffrè*) che, in caso di avvenuto licenziamento oltre il termine, statuisce la non applicabilità della reintegra, in quanto la tardività del relativo provvedimento esulerebbe dalle ipotesi previste nell'art. 18 St. lav. (Punto 6, *In diritto*).

A questo punto, la questione arriva ai giudici di legittimità, ai quali il ricorrente sottopone tre doglianze: l'omesso esame da parte della Corte territoriale della violazione dell'art. 21, n. 2, c. 3, del Ccnl, nella parte in cui detta disposizione consente di interpretare l'inerzia datoriale alle giustificazioni fornite dal lavoratore alla stregua di un'implicita accettazione delle stesse, tale da rendere di fatto insussistente la giusta causa di licenziamento disciplinare; quindi, ancora il contrasto tra l'art. 21, n. 2, c. 3, cit., e la pronunzia di secondo grado, la quale non ha riconosciuto l'illegittimità del licenziamento per carenza di giusta causa, dopo che il giudicato della sentenza di primo grado aveva accertato l'inefficacia dello stesso per tardività; infine, la violazione dell'art. 21, n. 6, del Ccnl, che annovera tra le cause che legittimano il licenziamento con preavviso l'ingiustificata assenza dal posto di lavoro per n. 3 giorni consecutivi.

A tale ultimo riguardo, il lavoratore insiste nel ritenere che il giudice del reclamo abbia trascurato di considerare che talune spiegazioni sarebbero state da lui rese in forma orale al responsabile del settore, proprio a giustificazione delle protratte assenze dal posto di lavoro. Per la difesa, in altri termini, la Corte d'Appello avrebbe erroneamente equiparato l'oralità della giustificazione a una situazione di carenza assoluta di mo-

tivazione, in contrasto con il principio di libertà delle forme di giustificazione che può invece trarsi dall'art. 21, n. 6, del Ccnl, in difetto di diverse ed espresse prescrizioni formali a carico del lavoratore.

L'esposizione dei motivi di ricorso addotti dal ricorrente contiene in sé una graduazione logica che la Cassazione implicitamente sembra confermare, dal momento che essa concentra il sindacato sulle prime due doglianze, accomunate dalla medesima disposizione contrattuale, ritenendo invece assorbita la terza questione.

Dal punto di vista ricostruttivo, più che l'esito del giudizio – che accoglie le ragioni addotte dal ricorrente e rinvia la decisione alla Corte d'Appello di Roma –, appare interessante l'interpretazione *sostanziale* del termine di irrogazione del provvedimento disciplinare cui i giudici della Cassazione aderiscono, non foss'altro perché da essa dipendono la qualificazione del licenziamento disciplinare tardivo come *illegittimo* e il conseguente spostamento del baricentro delle tutele del lavoratore: dalla protezione obbligatoria (art. 18, c. 6, St. lav.) a quella reale attenuata (c. 4).

2. — Come più volte rilevato, lo snodo centrale dell'intera controversia passa attraverso la definizione della natura del termine di irrogazione del licenziamento previsto dalla contrattazione collettiva. Da codesta puntuazione dipendono le tutele esperibili in caso di tardività del provvedimento, sulle quali la dottrina aveva avanzato perplessità già all'indomani della modulazione dell'art. 18 St. lav. voluta dalla l. n. 92/2012 (Maresca 2012). Al riguardo, dottrina e giurisprudenza si sono divise tra chi considera il termine *ex art. 7 St. lav.* come avente carattere procedimentale, e chi invece ne evidenzia la natura sostanziale.

La prima tesi, che nel caso in commento è sposata dal giudice di primo grado, muove dal presupposto che la norma recante il termine del recesso, siccome specificata dalla contrattazione collettiva, presenti un contenuto descrittivo, funzionale a razionalizzare nei modi e nei tempi l'applicazione del licenziamento disciplinare. In adesione a questa visione procedimentale, il mancato rispetto del termine da parte del datore inficerebbe il provvedimento di licenziamento di una patologia *minore*, di mera irregolarità, idonea a determinare l'inefficacia dell'atto. Questa tesi è stata sostenuta, nel corso del tempo, anche dalla Cassazione in diverse pronunce (Cass. 6.11.2014, n. 23669, S. I, in *Redazione Giuffrè*; Cass. 16.8.2016, n. 17113, in *Redazione Giuffrè*; Di Paola 2016).

Detta posizione è stata tuttavia smentita dalle Sezioni Unite della Cassazione nel 2017 (Sent. 27.12.2017, n. 30985, con nota di Raimondi, Speciale 2018), che hanno risolto in senso sostanziale il contrasto sul valore del (diverso) termine di contestazione dell'addebito insorto dopo la l. n. 92 del 2012 (Tosi, Puccetti 2017), muovendo dal principio di tempestività della contestazione *ex art. 7 St. lav.*, per poi arrivare a ritenere illegittimo il provvedimento di licenziamento tardivo e applicare al lavoratore la tutela indennitaria *ex art. 18, c. 5* (in quanto il fatto alla base del licenziamento era stato già accertato prima della contestazione tardiva da parte del datore).

Sulla scorta anche di altri precedenti (Cass. 31.1.2017, n. 2513, su cui vd. Galardi 2017; Cass. 18.5.2018, n. 12231, S. VI, in *MGC*, 2018), la decisione in commento (De Luca, Portaro 2018) sviluppa l'orientamento sulla natura sostanziale del termine *ex art. 7 St. lav.*, nello specifico, di quello riguardante l'irrogazione del licenziamento.

Le ragioni spese dai giudici della Cassazione sono plurime, ma tutte in qualche

modo riconducibili all'idea che solo un'intimazione tempestiva del provvedimento di licenziamento garantisce il lavoratore nel suo diritto di difesa e nel suo legittimo affidamento. L'art. 21, n. 2, c. 3, del Ccnl, cuore dell'intera controversia, rinforza infatti – già a partire dalla struttura della norma – le protezioni della parte debole del rapporto, prevedendo uno stretto contingentamento dell'esercizio del potere di recesso. Più in particolare, la disposizione presume dal silenzio maturato dal datore di lavoro nel tempo rituale l'accettazione delle giustificazioni fornite dalla controparte e fa da questo discendere per mera *fictio iuris* una conseguenza a effetti sostanziali, quale la prosecuzione del rapporto di lavoro.

Come avviene nel diritto civile per i negozi apparenti, il principio di apparenza prevale su quello di realtà. Nel costruire detta interpretazione, la Corte fa inoltre leva sulla connessione rinvenibile tra il termine di intimazione del licenziamento e i canoni di buona fede e correttezza (artt. 1175 e 1375 c.c.), che i paciscenti sono tenuti a osservare nell'interpretazione e nell'esecuzione delle disposizioni contrattuali anche quando queste prevedono comportamenti giuridicamente significativi, come appunto l'acquiescenza del datore di lavoro alle motivazioni addotte dal lavoratore nell'ambito della procedura disciplinare.

Sono intuibili gli effetti che da tale diverso inquadramento del termine derivano in punto di categoria d'invalidità del provvedimento di licenziamento tardivamente adottato e sistema di tutele attivabili. Sul primo versante, trattandosi – come detto – non di una violazione normativa meramente procedurale ma sostanziale, l'atto di recesso non può che considerarsi illegittimo, in quanto lesivo delle richiamate garanzie del lavoratore e idoneo non solo a scriminare l'antigiuridicità della causa di licenziamento inizialmente contestata, ma a elidere la sua stessa sussistenza.

Quanto al profilo delle tutele, una volta che la tardività del recesso è inquadrata tra le cause di illegittimità – e non di inefficacia – del licenziamento disciplinare, e che la presunzione di accettazione delle giustificazioni del lavoratore travolge l'addebito nella sua stessa materialità, la tutela rimediabile applicabile non può che essere di tipo forte e consistere nella reintegrazione attenuata *ex art. 18, c. 4, St. lav.*

3. — Se questo è lo stato dell'arte, ancora in via di consolidamento, della giurisprudenza in punto di licenziamento disciplinare tardivo, un accenno conclusivo merita il rapporto tra le fonti coinvolte.

Nella vicenda non sorprende, evidentemente, che il contratto collettivo stabilisca su accordo delle parti standard di tutela più elevati rispetto a quelli previsti dal legislatore. Depongono in tal senso non solo il principio migliorativo tradizionalmente sotteso al rapporto tra legge e contrattazione collettiva, ma anche l'espresso rinvio fatto dall'art. 7 St. lav. alla contrattazione con funzione normativo-integrativa.

Il punto appare, semmai, un altro: l'effettiva incidenza della contrattazione collettiva sulla specifica disciplina del licenziamento disciplinare, alla luce degli effetti sostanziali che essa determina in ottica rimediabile. Nello specifico, la presenza di automatismi contrattuali nella relativa procedura, come quello legato alla tardività dell'intimazione, apre a una funzione paranormativa della contrattazione, nella misura in cui detti meccanismi incidono sulle tutele attivabili dal lavoratore.

A questo si aggiungono, tuttavia, due rilievi ulteriori. Il primo attiene al piano processuale e involge la compressione che proprio gli automatismi contrattuali determi-

nano sui poteri del giudice, nella fase di accertamento sulla sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo alla base del provvedimento. Come già nelle S.U. del 2017 a proposito della violazione del termine di contestazione (Sent. n. 30985, cit.), anche la pronunzia qui commentata evidenzia, infatti, un disinteresse giudiziale verso il fondamento causale del licenziamento, una volta che sia stata accertata la tardività del recesso datoriale. In altri termini, la presunzione che il licenziamento irrogato oltre termine contenga un'implicita accettazione della giustificazione fornita dal lavoratore sembra dispensare l'organo giudicante da qualsivoglia sindacato sulla materialità dell'addebito rivolto al lavoratore (In senso critico, vd., sul punto, Raimondi, Speciale 2018, 355).

Il secondo profilo che desta preoccupazione riguarda, invece, il versante applicativo, poiché le pattuizioni che attribuiscono in modo automatico ai comportamenti delle parti significati giuridicamente rilevanti non risultano previste in modo omogeneo in tutti i contratti collettivi. Tutto questo può determinare, come è evidente, una disomogeneità delle tutele, con una iperprotezione di alcuni lavoratori e una minore tutela per coloro che invece non sono assistiti dai medesimi meccanismi contrattuali, con una conseguente e manifesta violazione del principio costituzionale di eguaglianza formale ex art. 3, c. 1, Cost.

In attesa di futuri pronunciamenti chiarificatori della giurisprudenza, ci si limita nella presente sede a segnalare come una maggiore omogeneità andrebbe salvaguardata, al fine di evitare che dalla convergenza di volontà delle parti in sede di contrattazione collettiva su dati automatismi venga a dipendere l'azionabilità di tutele profondamente differenziate, che spetterebbe, invece, al legislatore definire nei relativi presupposti e nelle condizioni di operatività e al giudice verificare nei rispettivi fondamenti causali.

Riferimenti bibliografici

- De Luca A., Portaro L. (2018), *Il recesso oltre il termine previsto dal Ccnl comporta la reintegra*, in *Quotidiano del lavoro*, 17 settembre.
- Di Paola L. (2016), *Licenziamento intimato oltre il termine stabilito dalla contrattazione collettiva: quale sanzione?*, in *Ilgiuslavorista.it*, fasc. 17, 17 ottobre.
- Galardi R. (2017), *Il fatto contestato tardivamente è un fatto «insussistente» e dà diritto alla tutela reintegratoria*, in *Il lavoro nel diritto*, 2 febbraio.
- Maresca A. (2012), *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, n. 2, II, 415 ss.
- Raimondi E., Speciale V. (2018), *Licenziamento disciplinare e tardività della contestazione: la «terza via» della Corte di Cassazione*, in *RGL*, n. 3, II, 346 ss.
- Tosi P., Puccetti E. (2017), *La dissoluzione di una riforma nella tardività della contestazione*, in *GI*, agosto-settembre, 1910 ss.

Oscar Genovesi
Assegnista di ricerca
presso l'Università di Chieti-Pescara «G. d'Annunzio»

CASSAZIONE, 3.8.2018, n. 20497 – Pres. Di Cerbo, Est. Pagetta, P.M. Sanlorenzo (diff.) – Giomi Gestione Istituti Ortopedici del Mezzogiorno d'Italia Spa (avv.ti Pulsoni, Rapone) c. D.L.G. (avv. Rizzo). Cassa Corte d'Appello di Messina, 23.12.2015.

Licenziamento individuale – Diritto alla conservazione del posto – Infortuni e malattie – Infermità permanente – Conseguente impossibilità sopravvenuta della prestazione – Giustificato motivo di recesso – *Repêchage* – Valutazione al momento del licenziamento.

La verifica dell'esistenza nell'organico aziendale di posizioni adeguate allo stato di salute del dipendente, al fine della corretta applicazione dell'obbligo di repêchage, non può che essere contestuale all'intimazione del licenziamento, con ciò escludendosi – salvo il rispetto del limite della correttezza e buona fede ex art. 1375 c.c. – l'obbligo per il datore di lavoro di prefigurarsi, in un momento antecedente al suo realizzarsi, la possibile e futura eventuale situazione di incompatibilità. (1)

(1) NON VIOLA L'OBLIGO DI *REPÊCHAGE* L'ASSUNZIONE
DI UN DIPENDENTE IN EPOCA PRECEDENTE AL LICENZIAMENTO

1. — La decisione in commento affronta il caso di un licenziamento per sopravvenuta incompatibilità dello stato di salute di una dipendente, riconosciuta invalida al 100% e portatrice di handicap in situazione di gravità, con le mansioni originariamente assegnateli, in merito al quale la lavoratrice assumeva la violazione dell'obbligo di *repêchage*.

Il tema di per sé non è certamente innovativo, ma la pronuncia in oggetto, pur non distaccandosi dagli orientamenti ormai dominanti, si caratterizza e merita un'attenzione particolare per aver aggiunto un tassello in più al delicato bilanciamento tra: la pretesa alla ricollocazione in luogo di un licenziamento del lavoratore divenuto inidoneo allo svolgimento delle mansioni di adibizione e l'insindacabilità, oggetto di tutela costituzionale a norma dell'art. 41, delle scelte organizzative compiute dall'imprenditore.

Nel caso in oggetto, infatti, la lavoratrice divenuta invalida sosteneva la violazione dell'obbligo di reimpiego da parte del datore di lavoro, confermato sia in primo che in secondo grado di giudizio, per aver quest'ultimo assunto, in un momento antecedente al suo licenziamento, una dipendente per mansioni compatibili con il suo stato di salute e la sua professionalità.

Contro la sentenza di secondo grado, la società datrice di lavoro ricorreva quindi in Cassazione sostenendo, tra gli altri motivi, che la Corte territoriale erroneamente avesse effettuato «una verifica della esistenza di posizioni di lavoro utili alla ricollocazione lavorativa [...] anche con riferimento a posizioni di lavoro già occupate al momento del licenziamento».

2. — Con la sentenza in oggetto, la Suprema Corte coglie l'occasione per confermare un orientamento oramai consolidato, a partire dalla Cassazione a Sezioni Unite n. 7755 del 7.8.1998 (Con nota di: Giacalone 1998; Mannaccio 1999; Tricoli 1999; Papaleoni 1999 e Pera 1999), ma in passato oggetto di contrasti.

La Cassazione ha infatti ribadito che, nel caso di sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore, il giustificato motivo oggettivo di licenziamento deve consistere non soltanto nella suddetta inidoneità alle mansioni assegnate, ma anche nell'inesistenza in azienda di altre posizioni (anche diverse, ed eventualmente inferiori) compatibili con lo stato di salute del lavoratore e attribuibili a quest'ultimo senza alterare l'organizzazione produttiva. Inesistenza, pertanto, che dovrà essere provata dal datore di lavoro.

Il principio espresso dalle Sezioni Unite, oramai consolidato (Cass. 29.10.2018, n. 27380, in *DeG online*, 2018, 30 ottobre; Cass. 27.9.2018, n. 23340, in *GC*, 2018; Cass. 6.9.2018, n. 21715, in *GC*, 2018), può ritenersi peraltro recepito dai successivi interventi legislativi: art. 4, comma 4, l. n. 68 del 1999; art. 42, d.lgs. n. 81 del 2008, e d.lgs. n. 216 del 2003, di attuazione della Direttiva europea n. 2000/78/Ce (Vd. Giubboni 2012).

Lo stesso orientamento era invece minoritario negli anni settanta e ottanta, quando si riteneva che il diritto di recesso del datore di lavoro fosse legato alla sola valutazione dell'interesse a ricevere la diversa, parziale prestazione lavorativa, mentre non si riteneva configurabile, dal punto di vista della tutela dei contrapposti interessi, un diritto del prestatore al mutamento delle mansioni pattuite, anche in relazione alle sue condizioni di salute, a meno che l'obbligo di reimpiego fosse espressamente previsto per legge o in sede di contrattazione collettiva (Cass. 9.6.1989, n. 2803, in *GC*, 1989, fasc. 6; Cass. 9.9.1988, n. 5117, in *NGL*, 1988, 719 ss.; Cass. 9.1.1983, n. 140, con nota di Meucci 1983).

Pronunce in tal senso, tuttavia, furono emanate anche nei successivi anni novanta dai giudici di legittimità (Cass. 6.11.1996, n. 9684, in *NGL*, 1996, 918 ss.; Cass. 13.3.1996, n. 2067, *GI*, 1996, I, n. 1, 1038 ss.; Cass. 18.3.1995, n. 3174, con nota di Barbanti 1995), mentre negli stessi anni si iniziavano ad affermare indirizzi giurisprudenziali successivamente fatti propri dalle citate Sezioni Unite (Cass. 19.8.1996, n. 7638, in *GC*, 1996, 1189 ss.; Cass. 10.9.1993, n. 9453, con nota di Caro 1994; Cass. 28.2.1992, n. 2461, con nota di Poso 1993, e Cass. 23.8.1997 n. 7908, con nota di Riccardi 1997).

Del resto, anche la dottrina in merito è stata divisa per molto tempo, almeno fino alla citata sentenza a Sezioni Unite del 1998.

L'esclusione di un onere alla ricollocazione da parte del datore di lavoro in caso di sopravvenuta inidoneità fisica è stata infatti sostenuta da più parti.

Alcuni circoscrivevano l'applicazione di un obbligo di *repêchage*, in base all'art. 3, legge n. 604 del 1966, esclusivamente in riferimento al giustificato motivo oggettivo di licenziamento per ragioni inerenti all'impresa, come nel caso di ristrutturazione aziendale (Barbanti 1995; Meucci 1983).

Altri, invece, sostenevano l'insussistenza nel nostro ordinamento di un diritto del prestatore al mutamento di mansioni, riconoscendo lo *ius variandi*, in assenza di contrarie ed esplicite previsioni di legge o di contrattazione collettiva, una prerogativa del solo datore di lavoro secondo le regole di cui all'art. 2103 c.c. (Saffirio 1974).

Un secondo orientamento (Moretti 1992), tuttavia, ben prima della citata senten-

za a Sezioni Unite, affermava la necessità imprescindibile di un adattamento della prestazione lavorativa allo stato di salute del dipendente in osservazione dei principi che sanciscono il diritto-dovere di svolgere un lavoro secondo le proprie possibilità (art. 4 Cost.), limitando il diritto di libera iniziativa economica in funzione della sicurezza, dignità e libertà della persona (art. 41 Cost. e art. 2087 c.c.).

3. — La Suprema Corte, tuttavia, nell'ottica del contemperamento di opposti interessi costituzionalmente protetti (artt. 4, 32, 36, 41 Cost.), in particolare connessi alla conservazione del posto di lavoro e alla libertà di iniziativa economica, ha sottolineato come non si possa imporre al datore di lavoro di modificare l'organizzazione produttiva al fine di ricollocare un dipendente non più fisicamente idoneo (Cass. 6.9.2018, n. 21715, cit.; Cass. 6.12.2017, n. 29250, con nota di Dulio 2017; Cass. 2.7.2009, n. 15500, in *GC*, 2009, n. 7-8, 1019 ss.; Cass. 22.8.2003, n. 12362, cit.; Cass. 15.11.2002, n. 16141, cit.; Cass. 5.8.2000, n. 10339, cit.; Cass. 13.10.2009, n. 21710, in *GC*, 2009, n. 10, 1435 ss.).

Il diritto alla conservazione del posto di lavoro del dipendente divenuto inidoneo alle mansioni originarie deve intendersi quindi come un modello di tutela «relativo», in quanto soggetto all'invitabile bilanciamento con l'interesse organizzativo del datore di lavoro (Giubboni 2012).

Parte della dottrina, tuttavia, non ha esitato a rilevare che il dogma dell'intangibilità dell'organizzazione aziendale in realtà sia stato già messo in discussione dalle previsioni che tanto nella l. n. 68 del 1999, quanto nel d.lgs. n. 81 del 2008, richiedono al datore di lavoro di attuare possibili adattamenti dell'organizzazione aziendale, ovvero, dimostrare che tali adattamenti eccedano per la sproporzione dei costi (finanziari od organizzativi) quelle misure di ragionevolezza prefigurate dalla legge (Giubboni 2012).

4. — Assodato l'onere datoriale, in caso di licenziamento del lavoratore divenuto inidoneo, di provare l'inesistenza nell'organico aziendale di posizioni adeguate al suo stato di salute, il punto cruciale e caratterizzante della sentenza in commento consiste nell'individuazione del momento in cui il datore di lavoro sia tenuto a porre in essere tale verifica al fine della corretta applicazione del principio del *repêchage*.

La Suprema Corte ha più volte ribadito che l'onere probatorio, vertendo su di una circostanza negativa, può essere assolto mediante la dimostrazione di correlativi fatti positivi, configurabili quali presunzioni semplici (Per tutte, Cass. 9.8.2003, n. 12037, in *MGC*, 2003, n. 7-8, 1891 ss.), come, ad esempio, la circostanza che i residui posti di lavoro relativi a mansioni equivalenti fossero, al tempo del recesso, stabilmente occupati o, ancora, che dopo il licenziamento e per un congruo periodo di tempo non sia stata effettuata alcuna nuova assunzione (Cass. 13.10.2008, n. 25043, in *GDir.*, 2008, n. 49, 64 ss.; Cass. 20.5.2009, n. 11720, in *GDir.*, 2009, n. 5, 798 ss.; in questi termini Brun 2013).

Per la Cassazione, quindi, l'obbligo di *repêchage* può ritenersi violato non solo nel caso in cui il datore di lavoro non dimostri di aver verificato l'inesistenza, al momento del recesso, di posizioni lavorative in linea con le esigenze del lavoratore invalido, ma anche nel caso in cui in giudizio il lavoratore dimostri la copertura, successivamente al licenziamento, di un posto vacante con un nuovo assunto, spostando l'oggetto della prova del rispetto dell'obbligo di reimpiego su fatti successivi rispetto al

licenziamento stesso. Ciò, peraltro, diversamente da quanto accade in altri ordinamenti, come quello francese, dove la prova in questione verte sulla situazione cristallizzata al momento in cui si manifesta la necessità di procedere all'estinzione del rapporto di lavoro (Brun 2013).

A oggi, tuttavia, la Cassazione non si era mai espressa, almeno non in questi termini, in merito alla possibile violazione dell'obbligo di reimpiego in considerazione di assunzioni effettuate in un momento antecedente al licenziamento.

Al riguardo, viene quindi affermato per la prima volta che, nel rispetto delle esigenze di tutela della libertà di impresa *ex art. 41 Cost.*, la verifica delle posizioni aperte non può che essere contestuale all'intimazione del licenziamento, e quindi al momento nel quale il datore di lavoro decide di recedere dal rapporto, con l'esclusione, salvo il limite del rispetto della correttezza e buona fede *ex art. 1375 c.c.*, di un obbligo per la parte datoriale di prefigurarsi, in un momento antecedente al licenziamento, la possibile, futura, eventuale situazione di incompatibilità e di modulare le proprie scelte tecnico-organizzative in funzione di tale ipotesi.

Per la Cassazione, in pratica, non può essere chiesto al datore di lavoro, ai fini della prova della corretta applicazione del principio del *repêchage*, di anticipare la suddetta verifica a un periodo anteriore a quello della intimazione del licenziamento.

La ricerca di una posizione alternativa deve quindi essere effettuata non nel momento in cui il datore di lavoro viene a conoscenza della sopravvenuta inabilità del dipendente (quindi anche qualora ritualmente accertata), ma in quello in cui il lavoratore stesso diventa, per così dire, «licenziando».

Vien da sé che tale principio, per quanto condivisibile, in quanto non si potrebbe certamente obiettare al datore di lavoro di non aver cercato un'alternativa a una situazione non ancora prospettatasi, potrebbe di per sé dare il fianco a comportamenti elusivi dell'imprenditore, che, potendo scegliere autonomamente il momento in cui intimare il licenziamento, potrebbe facilmente aggirare il diritto alla ricollocazione semplicemente rinviando, una volta appurata la mancanza di interessi a prestazioni future, l'intimazione del recesso a un momento successivo alla copertura del posto vacante e compatibile con le esigenze del dipendente divenuto invalido.

Tale rischio, tuttavia, sembra essere risolto dalla stessa Corte, che correttamente non ha ommesso di limitare la discrezionalità del datore al rispetto dei principi di correttezza e buona fede *ex art. 1375 c.c.*

Per completezza espositiva, vale la pena segnalare che già nel 2013 i giudici di legittimità (Cass. 2.1.2013, n. 6, con nota di Brun 2013) si trovarono a valutare l'incidenza che la verifica di posizioni aziendali compatibili con lo stato di salute del lavoratore divenuto inidoneo, effettuate in un momento antecedente l'intimazione del licenziamento, avesse sulla dimostrazione del rispetto dell'obbligo di *repêchage*, anche se in termini del tutto diversi se non diametralmente opposti.

Nel caso suddetto, infatti, fu l'azienda a provare di aver offerto al lavoratore divenuto inabile un'alternativa di ricollocazione in un periodo antecedente l'intimazione di licenziamento. Offerta rifiutata dal dipendente successivamente licenziato.

Anche in tale occasione, la Suprema Corte precisò che l'offerta di reimpiego debba essere contestuale al licenziamento, ma questa volta non a tutela del diritto costituzionale di libertà di impresa *ex art. 41*, bensì in ragione del fatto che la ricollocazione doveva essere presentata al lavoratore come una valida alternativa al recesso.

Per la Corte, infatti, «dal punto di vista delle motivazioni di scelta», cambia totalmente la circostanza che al proposto mutamento di ruolo si accompagni o meno il rischio, per il lavoratore cui la proposta viene rivolta, di rimanere o meno disoccupato (T. Varese 8.9.2011, in *Defure banca dati Giuffrè*).

Riferimenti bibliografici

- Barbanti V. (1995), *Note in tema di sopravvenuta inidoneità del lavoratore allo svolgimento delle mansioni*, in *RGL*, II, 447 ss.
- Brun S. (2013), *L'obbligo di repêchage tra elaborazione giurisprudenziale e recenti riforme*, in *RIDL*, n. 4, II, 781 ss.
- Caro M. (1994), *Ritiro del tesserino d'accesso all'area doganale dell'aeroporto e licenziamento per impossibilità sopravvenuta: rilievi critici*, in *GC*, I, 95 ss.
- Dulio R. (2017), *Grava sul datore di lavoro l'obbligo di cercare possibili collocazioni alternative del lavoratore per evitare il licenziamento*, in *D&G*, fasc. 199, 14 ss.
- Giacalone G. (1998), *Sopravvenuta inidoneità del lavoratore e onere datoriale di repêchage*, in *GC*, fasc. 10, 2451 ss.
- Giubboni S. (2012), *Sopravvenuta inidoneità alla mansione e licenziamento. note per una interpretazione «adeguatrice»*, in *RIDL*, n. 2, II, 289 ss.
- Ludovico G. (2001), *L'evoluzione della giurisprudenza in materia di sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa*, in *DRI*, n. 1, 117 ss.
- Mannaccio G. (1999), *Impossibilità della prestazione: inquadramento teorico e conseguenze pratiche*, in *LG*, n. 5, 429 ss.
- Meucci M. (1983), *Una opinabile inversione di valori: il diritto dell'impresa di adibire il lavoratore a mansioni diverse per esigenze produttive, non corrisposto per il lavoratore nel caso di sopravvenuta menomazione dello stato di salute*, in *GC*, I, 3041 ss.
- Moretti M. (1992), *Licenziamento del lavoratore per sopravvenuta inidoneità psicofisica allo svolgimento delle mansioni assegnate*, in *GC*, I, 2494 ss.
- Papaleoni M. (1998), *Inidoneità sopravvenuta e repêchage*, in *MGL*, 876 ss.
- Pera G. (1999), *Della licenziabilità o no del lavoratore divenuto totalmente inabile*, in *RIDL*, II, 170 ss.
- Poso V.A. (1993), *Sull'impossibilità temporanea della prestazione per factum principis come giustificato motivo di licenziamento*, in *RIDL*, II, 351 ss.
- Riccardi A. (1997), *Impossibilità della prestazione lavorativa per inidoneità fisica; licenziamento; onere del repêchage*, in *MGL*, 871 ss.
- Saffirio F. (1974), *Stillicidio di assenze per malattia: ripercussioni sul regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro e conseguenze relative*, in *MGL*, 351 ss.
- Tricoli E. (1999), *Inidoneità psico-fisica del lavoratore alla mansione e licenziamento*, in *DL*, II, 258 ss.

Diego Del Biondo

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

I

CASSAZIONE, 18.7.2018, n. 19096 – Pres. Napoletano, Est. Arienzo, P.M. Sanlorenzo (conf.) – P.C.S.C. (avv.ti Valenza, Bosco) c. G.G., C.T. (avv. X., Y.).
Conf. Corte d'Appello di Torino, 16.11.2012.

Cooperative di lavoro – Rapporto del socio lavoratore – Artt. 3 e 6, l. n. 142/2001 – Deliberazione di riduzione temporanea dei trattamenti economici integrativi e di forme di apporto anche economico del socio lavoratore – Condizioni – Temporaneità dello stato di crisi – Necessità – Nesso di causalità.

In tema di disciplina del socio lavoratore di cooperativa, la delibera assembleare nell'ambito di un piano di crisi aziendale, di una riduzione temporanea, dei trattamenti economici integrativi del socio lavoratore e di forme di apporto anche economico da parte di questi, ex art. art. 6, c. 1, lett. d ed e, della l. n. 142/2001, in deroga al principio generale del divieto di incidenza in peius del trattamento economico minimo previsto dalla contrattazione collettiva, di cui all'art. 3 della predetta legge, è condizionata alla necessaria temporaneità dello stato di crisi e, quindi, all'essenziale apposizione di un termine finale a esso. (1)

II

CORTE D'APPELLO TORINO, 4.5.2016 – Pres. Mariani, Est. Visaggi – A.N. (avv.ti Campisi, Cammilleri) c. Inps (avv. Bognasco).

Cooperative di lavoro – Rapporto del socio lavoratore – Art. 4, l. n. 142/2001 – Deliberazione di riduzione temporanea dei trattamenti economici integrativi e di forme di apporto anche economico del socio lavoratore – D.l. n. 338/1989 – Minimale contributivo.

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 4 e 6 della l. n. 142/2001, la società cooperativa di cui sia stato deliberato lo stato di crisi può legittimamente versare contributi previdenziali ridotti. (2)

(1-2) DEROGA *IN PEIUS* ALLA RETRIBUZIONE
E ALLA CONTRIBUZIONE MINIMA
NELLE COOPERATIVE PER CRISI AZIENDALE

1. — Le pronunce in commento offrono – o tentano di offrire – la soluzione a controverse questioni giuridiche sorte in riferimento alla ritenuta possibilità di poter ridurre i trattamenti economici dei soci lavoratori di cooperativa (Biagi 1983, 1), anche al di sotto dei trattamenti minimi previsti dalla contrattazione del settore o della categoria affine, in coerenza con alcune previsioni normative facenti capo alla l. n. 142/2001.

Il giudice della Suprema Corte interviene, infatti, all'esito di una vicenda nata a seguito di una crisi aziendale, che aveva condotto all'adozione di una delibera assembleare la quale pattuiva una riduzione del trattamento retributivo, per i soci lavoratori, al di sotto di quanto previsto dal Ccnl di riferimento.

Le due lavoratrici che hanno subito la riduzione del trattamento retributivo hanno proposto nei confronti del giudice di prime cure ricorso, che è stato accolto ed è stato confermato in sede di gravame dalla Corte d'Appello di Torino.

Giova considerare le questioni poste al vaglio della Suprema Corte, le quali si intrecciano profondamente con la risoluzione delle questioni giuridiche sottese. La prima sostiene che l'interpretazione fornita dalla Corte di secondo grado non sia corretta e coordinata con il dettato letterale dell'art. 6, c. 1, lett. *e*, poiché quest'ultimo è espressamente predisposto a consentire una deroga *in peius* al generale principio del «trattamento economico del socio lavoratore» enunciato dall'art. 3, c. 1, della stessa legge (Tullini 2005, 711). Infatti, in base a questa ricostruzione, il socio lavoratore, al momento della sottoscrizione del contratto associativo, implicitamente aderisce anche a quanto previsto dal regolamento interno (De Angelis 2005, 235). Per l'appunto l'art. 6, rubricato «Regolamento interno» (Ferluga 2004, 201), prevede al c. 1, lett. *d*, la facoltà in capo all'assemblea di deliberare, ove occorra, «un piano di crisi aziendale, nel quale siano salvaguardati, per quanto possibile, i livelli occupazionali e siano altresì previsti: la possibilità di riduzione temporanea dei trattamenti economici integrativi di cui al comma 2, lettera *b*, dell'articolo 3; il divieto, per l'intera durata del piano, di distribuzione di eventuali utili».

A mio sommo avviso per essere in grado di dare un'interpretazione chiara della norma, onde stabilire per quale delle versioni si voglia propendere, è importante leggere il combinato disposto alla lett. *d* e alla lett. *e* del suddetto articolo.

Altresì, all'assemblea è concessa la facoltà di deliberare «forme di apporto anche economico, da parte dei soci lavoratori, alla soluzione della crisi, in proporzione alle disponibilità e capacità finanziarie», nell'ambito del piano di crisi aziendale di cui alla lettera *d*.

Il ricorrente, di conseguenza, ha ritenuto che in presenza di uno stato di crisi genuino, oltre alla riduzione dei trattamenti economici integrativi, prevista dalla lett. *d*, fosse consentita anche la riduzione del trattamento retributivo, per i soci lavoratori, al di sotto di quanto previsto dal Ccnl di riferimento, operando in deroga all'art. 3, c. 1, l. n. 142/2001 (Bruzzone 2002, 46).

In base alla ricostruzione del ricorrente, tale possibilità è consentita a patto che siano rispettati i limiti della proporzionalità in base alla disponibilità e alla capacità

finanziaria del socio lavoratore e al rispetto del principio della parità di trattamento in ambito mutualistico, ex art. 2516 c.c. (Capobianco 2004, 633), previa informazione degli stessi soci.

La portata della norma non può, altresì, essere esclusa sul semplicistico presupposto dell'*incipit* dell'art. 6, c. 2; tesi, questa, corroborata dall'interpretazione degli interpelli n. 7/2009, del 6 febbraio 2009, e n. 48/2009, del 5 giugno 2009, in materia di regolamentazione contributiva. Questi ultimi hanno avallato la possibilità di poter ridurre i trattamenti economici dei soci lavoratori di cooperativa, anche al di sotto dei trattamenti minimi previsti dalla contrattazione del settore o della categoria affine, purché «la cooperativa proceda con trasparenza nel rispetto delle regole democratiche della deliberazione assembleare».

La seconda questione, altrettanto sensibile, riguarda la lesione dei diritti fondamentali posti a tutela dei lavoratori a causa della mancata apposizione di un termine finale allo stato di crisi. Il ricorrente sostiene che, non essendo presente alcun riferimento normativo in merito ai limiti temporali e non essendo previsto il carattere di essenzialità rispetto alla legittimità della delibera, per rendere effettivo lo stato di crisi è necessario esclusivamente che esso sia recepito e ratificato tramite la delibera dell'assemblea dei soci.

A questo punto, analizzate le questioni prospettate, appare opportuno esaminare l'*iter* logico-argomentativo che ha portato alla soluzione della Suprema Corte.

Gli Ermellini ripercorrono il dettato legislativo, partendo dall'interpretazione dell'art. 3, legge n. 142/2001, e ribadiscono che il suddetto articolo pattuisce una misura minima per il trattamento economico del socio lavoratore, che non può essere inferiore ai minimi previsti per le prestazioni analoghe dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria affine. Inoltre, anche per i rapporti di lavoro diversi da quello subordinato, in assenza di contratti o accordi collettivi specifici, la suddetta legge non consente di prevedere un trattamento inferiore ai compensi medi in uso per prestazioni analoghe rese in forma di lavoro autonomo.

Passando in rassegna successivamente l'art. 6 della suddetta legge, in particolare i commi 1 e 2, gli stessi Ermellini si soffermano su quest'ultimo, sottolineando come il carattere derogatorio rispetto al principio generale di divieto di incidenza *in peius* sul trattamento economico minimo previsto dall'art. 3, c. 1, si desume dall'art. 6, c. 2. In quanto la norma debutta facendo salve le previsioni di cui alle lett. *d*, *e* e *f* del comma 1. Inoltre, ancor più rilevante è il passaggio della Suprema Corte in cui prevede che lo stato di crisi, per potersi considerare totalmente effettivo e valido, rispettando i canoni di ermeneutica legale, deve presentare il requisito della temporaneità per poter legittimare gli interventi derogatori dell'art. 6, c. 2. La Corte si sofferma su questo punto, precisando che, benché il dettato legislativo non preveda espressamente il requisito della temporaneità, la giurisprudenza (Cass. 28.8.2013, n. 19832, in *GC*, 2013, III) lo ritiene rilevante ai fini della possibilità di deliberare, nei confronti dei soci lavoratori, riduzioni retributive nell'ambito di una crisi aziendale. Naturalmente, oltre all'effettiva sussistenza e alla temporaneità, la giurisprudenza ritiene vincolante la presenza del nesso di causalità tra lo stato di crisi e l'applicabilità ai soci lavoratori degli eventi scaturenti dalla crisi aziendale. Qualora mancasse uno dei suddetti requisiti, sarebbe impossibile determinare con certezza l'effettiva presenza e la validità del suddetto stato. Ad esempio, nel caso di

specie, la mancata apposizione di un termine finale allo stato di crisi, facendo venire così meno la temporaneità, ha comportato una riduzione retributiva ininterrotta per i due soci lavoratori.

Nel momento in cui il socio lavoratore sottoscrive il contratto associativo (Ricolfi 1997, 10), aderisce alle disposizioni del regolamento interno della cooperativa, tra cui la possibilità di riduzione della retribuzione, anche al di sotto dei minimi se deliberata all'interno di un piano di crisi aziendale purché temporaneo. Per questo motivo, la Suprema Corte ritiene illegittima la riduzione del trattamento retributivo, per i soci lavoratori, a un livello inferiore a quello previsto dal Ccnl di riferimento.

La giurisprudenza ha affrontato anche un ulteriore aspetto, relativo all'individuazione del Ccnl di riferimento, il quale, una volta individuato, potrebbe portare alla riduzione del trattamento retributivo.

Infatti, il Tribunale di Asti, con pronuncia del 12.1.2016, ha stabilito che il socio lavoratore, il quale richiama l'applicazione al suo rapporto di lavoro di un Ccnl diverso da quello scelto dalla cooperativa, deve allegare gli elementi a sostegno della selezione operata, oltre che per quanto concerne l'attività del datore di lavoro, anche per quanto riguarda la rappresentatività delle organizzazioni sindacali firmatarie del diverso Ccnl di cui chiede l'applicazione. In assenza di tali deduzioni, risulta impossibile verificare la correttezza dell'operazione di individuazione dei minimi retributivi *ex artt.* 3, l. n. 142/01, e 7, d.l. n. 248/07, compiuta dalla ricorrente e il Tribunale non può essere chiamato a utilizzare i propri poteri istruttori per colmare le carenze di allegazione delle parti.

Per completezza, anche se non strettamente collegata al caso in esame, appare opportuno prendere in considerazione la pronuncia della Corte costituzionale n. 51 del 26.3.2015 (Schiuma 2015, 823), la quale pattuisce che il combinato disposto degli articoli 7, comma 4, d.l. n. 248/2007, e 3, l. n. 142/2001, non attribuisce efficacia *erga omnes* – avviso già espresso in *obiter dictum* dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 59 del 29.3.2013 – ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative. Mediante un recepimento normativo degli stessi, richiama, invece, i predetti contratti, e nello specifico i trattamenti economici complessivi minimi ivi previsti, quale parametro esterno di commisurazione, da parte del giudice, nel definire la proporzionalità e la sufficienza del trattamento economico da corrispondere al socio lavoratore, ai sensi dell'art. 36 Cost. Tale parametro è richiamato – e dunque deve essere osservato – indipendentemente dal carattere provvisorio del medesimo art. 7, che fa riferimento alla completa attuazione della normativa in materia di socio lavoratore di società cooperative.

Per quanto attiene alla seconda pronuncia della Corte d'Appello di Torino, anche quest'ultima affronta il tema relativo alla ritenuta possibilità di effettuare una deroga nello specifico rivolta, questa volta, all'obbligazione contributiva. Partendo dal concetto di «minimale contributivo» (Capurso 2014, 46), *ex art.* 1, d.l. n. 338/1989, ritenuto derogabile dall'appellante, nei confronti dei soci lavoratori di una cooperativa, tramite una delibera assembleare, in base al dettato dell'art. 6, l. n. 142/2001. Il giudice di prime cure, analizzando nel dettaglio la normativa vigente, ha confermato l'assenza di una deroga esplicita al principio del minimale contributivo (Ci-

nelli *et al.* 2001, 245), poiché l'eventuale fattispecie derogatoria è consentita alla cooperativa datrice di lavoro, che versa in stato di crisi aziendale, nei confronti dei minimi retributivi previsti dall'art. 3, c. 1, della suddetta legge, alle condizioni e nei limiti detti, mantenendo l'obbligazione contributiva nella sua interezza (Costantini 2010, 301).

Conviene qui menzionare anche un orientamento giurisprudenziale, contrastante e minoritario, della Corte d'Appello di Genova, che, con le sentenze n. 818 del 6.8.2012 e del 1.8.2013, prevede la possibilità, in temporanee situazioni di crisi aziendale e nel rispetto delle condizioni pattuite dalla norma, di poter prevedere come base imponibile un importo retributivo inferiore a quello stabilito dai contratti collettivi grazie al combinato disposto del comma 1, lett. *e*, e del comma 2 dell'art. 6. La Corte di secondo grado ha aderito a questa seconda interpretazione, in base alla quale, la lett. *e* prevede forme di apporto economico del socio alla soluzione della crisi, in proporzione alle disponibilità e capacità finanziarie. Secondo tale interpretazione, quindi, il contributo economico, prevalentemente nelle piccole realtà aziendali, può essere conseguito tramite un sacrificio economico retributivo. In quest'ottica l'espressione «nei limiti di quanto previsto all'art. 6», contenuta nell'art. 4, non deve essere intesa come vincolo per il regime previdenziale di seguire la tipologia del rapporto di lavoro sottostante. Infatti, sarebbe un rinvio ripetitivo di quanto previsto ampiamente nella prima parte dell'art. 4.

Le due pronunce giungono a due conclusioni difformi, ma fondandosi condivisibilmente sullo stesso principio di diritto, poiché stabiliscono che, di norma, la deroga *in peius* non è consentita nei confronti dei soci lavoratori di una cooperativa, salvo che si verifichi una particolare situazione di crisi aziendale, la quale, per essere il fulcro della deroga, deve rispettare una serie di elementi, tra i quali, forse il più importante, è quello della temporaneità.

Riferimenti bibliografici

- Biagi M. (1983), *Cooperative e rapporti di lavoro*, FrancoAngeli, Milano, 1 ss.
- Bruzzone S. (2002), *Privato sociale, cooperazione e articolazione dei bisogni*, in *DRI*, n. 1, 46 ss.
- Capobianco E. (2004), *La nuova mutualità nelle società cooperative*, in *Rivista del notariato*, III, 633 ss.
- Capurso P. (2014), *Sul minimale contributivo per le società cooperative*, in *LG*, 1, 46 ss.
- Cinelli M. *et al.* (2001), *L'avvio della XIV legislatura e le eredità della precedente; trasferimento d'azienda e obbligazione contributiva; fondi integrativi e antitrust davanti alla Corte di Giustizia*, in *RIDL*, n. 4, III, 245 ss.
- Costantini S. (2010), *Crisi della cooperativa e modificazione in peius del trattamento economico dei soci-lavoratori*, in *RIDL*, n. 2, I, 301 ss.
- De Angelis L. (2005), *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *RIDL*, II, 235 ss.
- Ferluga L. (2004), *La certificazione nel rapporto di lavoro dei soci di cooperativa tra regolamento ed effettività*, in *GC*, n. 4, 201 ss.
- Ricolfi M. (1997), *Contratto associativo, contratto plurilaterale, atipicità: il caso dei coassicuratori: 1911 c.c.*, Cedam, Padova.

- Schiuma D. (2015), *Il trattamento economico del socio subordinato di cooperativa: la Corte costituzionale e il bilanciamento fra libertà sindacale e principio di giusta ed equa retribuzione*, in *DRI*, n. 3, 823 ss.
- Tullini P. (2005), *Mutualità e lavoro nelle recenti riforme della società cooperativa*, in *DRI*, n. 3, 711 ss.

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

CASSAZIONE, 30.5.2018, n. 13678, ord. – Pres. Bronzini, Est. Leone, P.M. Visonà – C.G. (avv.ti Assennato, Sacconi) c. Cai Spa (avv. Guanciosi).

Corte d'Appello di Roma, 19.2.2016.

Lavoro aeronautico – Codice della navigazione – Pilota di aeromobili di Stato – Cessazione automatica a 60 anni – Discriminazione per ragioni di età – Questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia Ue.

Deve sollevarsi innanzi alla Corte di Giustizia dell'Ue questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TfUe, chiedendo se il d.P.c.m. del 9.9.2008 in attuazione dell'art. 748, c. 3, cod. nav., che prevede l'automatica cessazione del rapporto di lavoro del personale navigante al compimento del 60° anno di età, sia in contrasto con il Regolamento Ue n. 1178/2011, e se, in ogni caso, tale previsione debba considerarsi contraria al principio di non discriminazione in base all'età, di cui all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, cui la Direttiva n. 2000/78 dà espressione concreta. (1)

(1) IL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE IN BASE ALL'ETÀ
NEI CASI DI SICUREZZA NAZIONALE

1. — Il caso in commento si caratterizza per un aspetto peculiare, che renderà particolarmente interessante la decisione che la Corte di Giustizia dell'Ue sarà presto chiamata a prendere, pur in un campo, quello della discriminazione per ragioni di età, in cui negli ultimi anni si è sviluppato un ampio filone interpretativo da parte del giudice comunitario. È infatti la prima volta che, nell'ambito del diritto antidiscriminatorio (Su cui vd., per tutti, Bonardi 2017; Barbera 2007), si vengono a confrontare i principi relativi alla parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro propri del diritto dell'Unione e uno degli aspetti in cui più si caratterizza il potere statale di uno Stato membro: quello correlato alla sicurezza nazionale.

La questione, in particolare, emerge in relazione al caso di un pilota di una società di aeromobili che svolgeva attività «classificata», ovvero un'attività di copertura dei servizi segreti. In relazione all'adeguato livello di sicurezza richiesto, il rapporto di lavoro del pilota è stato negli ultimi anni regolamentato da uno specifico decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, definito «riservato», relativo ai limiti di impiego del personale navigante emanato, in accordo con Enac, in data 9 settembre 2008, le cui disposizioni, secondo l'interpretazione della giurisprudenza di legittimità, «sostituiscono la disciplina del codice della navigazione e sono altresì prevalenti rispetto alla disciplina comune del rapporto di lavoro: trattasi di fonte di rango primario, giacché integrativa del precetto dell'articolo 748, comma 3, cod. nav. (che contiene un rinvio recettizio), nonché di natura inderogabile, poiché diretta a garantire un adeguato livello di sicurezza dei voli nell'interesse della sicurezza nazionale» (Cass. 31.7.2017 n. 19024, inedita a quanto consta).

Tra le peculiari previsioni regolative contenute nel decreto, tra cui una maggiore flessibilità oraria e qualche più ampia eccezione in relazione ai periodi di riposo dei piloti, è espressamente prevista una norma correlata all'età massima di svolgimento della professione secondo cui: «tenuto conto delle finalità di cui ai precedenti articoli si stabilisce che i piloti della compagnia possono svolgere attività professionale fino e non oltre il compimento del sessantesimo anno di età». Proprio tale ultima previsione è stata alla base delle decisioni dei giudici di merito, sia di primo che di secondo grado, che hanno rigettato l'impugnazione del licenziamento da parte del ricorrente ritenendo corretto il comportamento aziendale che ha receduto unilateralmente dal rapporto di lavoro al raggiungimento del sessantesimo anno di età del pilota, senza dare troppo valore alle posizioni del ricorrente tese a sostenere che, oltre all'attività effettivamente «classificata», tra le proprie mansioni rientravano anche compiti correlati a normali voli di carattere commerciale.

Nell'ordinanza in commento la Suprema Corte di Cassazione ha invece, più correttamente, ritenuto di dover preliminarmente richiedere l'intervento della Corte di Giustizia dell'Unione europea, visto che il Regolamento Ue n. 1178/2011, in sintonia con quanto previsto da convenzioni internazionali sul punto, prevede un limite a 65 anni come età massima per i piloti nel settore commerciale, con una più contenuta limitazione correlata alla necessità che gli equipaggi non siano interamente composti da personale di età compresa tra 60 e 65 anni.

Se la Corte di Giustizia aveva già ritenuto discriminatoria, in base al divieto di discriminazione basato sull'età, una disposizione «che fissa a 60 anni l'età limite a partire dalla quale i piloti non possono più esercitare la loro attività lavorativa» (C. Giust. 13.9.2011, C-447/09, *Reinhard Prigge e altri c. Deutsche Lufthansa Ag*, punto 76, in *Racc.*, 2011, I-08003), nel caso in commento si pone, in realtà, l'ulteriore problema se una disciplina applicabile nei casi di sicurezza nazionale secondo le indicazioni di uno Stato membro possa essere derogatoria rispetto agli stessi principi del diritto antidiscriminatorio europeo. Da qui la necessità di sollevare questione pregiudiziale innanzi al giudice europeo da parte della Suprema Corte, anche e soprattutto nella sua qualità di organo giurisdizionale di ultima istanza, ai sensi del comma 3 dell'art. 267 TfUE.

2. — Come è noto, la discriminazione per ragioni di età, entrata in punta di piedi tra i fattori discriminanti diversi dal genere contemplati nella Direttiva n. 2000/78/Ce, emanata in base all'art. 13 TCe, ha assunto una posizione di primo piano nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che, fin dalla sentenza *Mangold* (C. Giust. 25.11.2005, C-144/04, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, in *Racc.*, 2005, I-09981), «ha inaspettatamente trasformato questa timida e ben contenuta appendice normativa nel fronte più movimentato dell'attuale diritto antidiscriminatorio» (Izzi 2012, 126).

Secondo l'ormai consolidato orientamento interpretativo del giudice comunitario, tale fattore discriminante trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, e in quanto rappresenta un'applicazione specifica del principio generale della parità di trattamento, ora sancito all'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere considerato un principio generale del diritto dell'Unione (C. Giust. 16.4.2016, C-441/14, *Dansk Industri (DI) c. Successione Karsten Eigil Rasmussen*, punto 22, in *Racc. dig.*, 2018), con

la conseguente irrilevanza della scadenza del termine di recepimento della Direttiva n. 2000/78 (*Mangold*, cit.) e il riconoscimento di un sostanziale effetto diretto orizzontale nei confronti degli ordinamenti interni degli Stati membri (C. Giust. 19.1.2010, C-555/07, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. Kg.*, punto 56, in *Racc.*, 2010, I-00365).

La giurisprudenza della Corte in relazione al fattore età è piuttosto variegata e spesso strettamente correlata allo specifico contesto in cui la norma nazionale è stata emanata. Si pensi al caso dei limiti all'età massima di assunzione. La Corte ha ritenuto lecita una norma che fissa a 30 anni l'età massima di assunzione dei Vigili del Fuoco (C. Giust. 12.1.2010, C-229/08, *Colin Wolf c. Stadt Frankfurt am Main*, in *Racc.*, 2010, I-00001), contraria alla direttiva una norma che fissa a 30 anni l'età massima di assunzione di agenti di polizia locale (C. Giust. 13.11.2014, C-416/13, *Mario Vital Pérez c. Ayuntamiento de Oviedo*, in *Racc. dig.*, 2014) e ancora lecita una norma che prevede 35 anni come età massima per la polizia basca (C. Giust. 15.11.2016, C-258/15, *Gorka Salaberria Sorondo c. Academia Vasca de Policía y Emergencias*, in *Racc. dig.*, 2016).

Una delle questioni più dibattute davanti al giudice europeo concerne la liceità di disposizioni nazionali che prevedono una specifica età anagrafica per accedere alla pensione. Se in linea di principio la Direttiva n. 2000/78 lascia impregiudicate le disposizioni nazionali che stabiliscono l'età pensionabile (Considerando 14 della Direttiva n. 2000/78), sono numerose le pronunce della Corte che sono intervenute su questa delicata questione di diritto previdenziale.

Il peculiare caso dell'età di accesso alla pensione per i piloti nel settore del trasporto aereo commerciale, che soggiace a una specifica e dettagliata regolamentazione da parte dell'Unione europea, è stato già oggetto di due pronunce della Corte di Giustizia, l'ultima delle quali (C. Giust. 5.7.2017, C-190/16, *Werner Fries c. Lufthansa CityLine GmbH*, inedita a quanto consta) ha statuito la ragionevolezza del limite dei 65 anni stabilito dal Regolamento Ue n. 1178/2011, ribadendo al contempo quanto già aveva avuto modo di affermare in precedenza (C. Giust. nel caso *Prigge*, cit.) circa la discriminatorietà di un limite che preveda l'automatica cessazione del rapporto di lavoro a 60 anni.

Il caso in commento, che in teoria potrebbe trovare facile soluzione con l'applicazione dei principi di cui alla sentenza *Prigge*, si presenta, però, strettamente correlato alle deroghe che la normativa Ue ha da sempre previsto per la tutela degli interessi essenziali della sicurezza degli Stati membri, secondo le diverse previsioni contenute nei Trattati o nel diritto derivato.

Tale problematica si pone in relazione a entrambe le questioni pregiudiziali sollevate dal giudice remittente. Tanto in relazione all'applicabilità del Regolamento Ue n. 1178/2011, emanato in attuazione del Regolamento Ue n. 216/2008 (oggi sostituito dal Regolamento Ue n. 1139/2018), che non è applicabile al personale impegnato in operazioni militari, doganali, di polizia o servizi analoghi. Quanto all'eventuale applicabilità della Direttiva n. 2000/78 e ai limiti correlati alla sicurezza pubblica e alle Forze Armate ivi previsti.

3. — Sono innanzitutto le libertà fondamentali a prevedere come deroga specifiche ipotesi di «pubblica sicurezza» (artt. 36, 45, 52, 65 del TFUE). Nell'ambito del

Trattato vi sono poi altre disposizioni nella parte III, Titolo V, che fa salva la «sicurezza interna» (art. 72 TfUE), e nella parte finale, con una specifica norma che prevede una generale eccezione correlata a motivi di sicurezza nazionale (art. 346 TfUE). Nel diritto derivato, i riferimenti sono molteplici. Anche la Direttiva n. 2000/78/Ce lascia impregiudicate le misure «necessarie alla sicurezza pubblica» (art. 2, c. 5) e consente agli Stati membri di escludere le proprie Forze Armate dall'applicazione delle disposizioni in materia di handicap e di età (Considerando 19).

Per quanto concerne le libertà fondamentali, la giurisprudenza costante della Corte ha sempre ritenuto che la possibilità per gli Stati membri di invocare l'eccezione di ordine pubblico e di pubblica sicurezza costituisca una deroga al principio fondamentale della libera circolazione, da intendersi in modo restrittivo e la cui portata non può essere determinata unilateralmente dagli Stati membri senza un controllo da parte delle istituzioni dell'Ue (C. Giust. 26.9.2018, C-137/17, *Procedimento penale a carico di Van Gennip Bvba e a.*, punto 57, in *Racc. dig.*, 2018).

L'eccezione di sicurezza nazionale è stata sollevata in diverse occasioni dagli Stati membri, con particolare riferimento alla possibilità di derogare alle procedure di aggiudicazione previste dalle direttive europee in materia di appalti.

Anche se è indubbio che spetti ai singoli Stati membri definire gli interessi essenziali della propria sicurezza, i provvedimenti che questi adottano nel contesto delle legittime esigenze di interesse nazionale non sono sottratti, nel loro insieme, all'applicazione del diritto comunitario per il solo fatto che essi intervengano nell'interesse della sicurezza pubblica o della difesa nazionale (C. Giust. 8.4.2008, C-337/05, *Commissione c. Repubblica italiana*, punto 42, in *Racc.*, 2008, I-02173), con la conseguenza che qualora si tratti di elicotteri a doppio uso, civile e militare, deve applicarsi la normale procedura di appalto, salvo specifiche progettuali che dovranno essere verificate dal giudice del rinvio (C. Giust. 7.6.2012, C-615/10, *Insinöörtoimisto InsTiimi Oy*, in *Racc. dig.*, 2012). La Corte ha altresì precisato che le deroghe previste per la tutela degli interessi essenziali ai fini della sicurezza di uno Stato devono essere interpretate restrittivamente e non comportano «il potere di derogare alle disposizioni del TfUE mediante la semplice invocazione di detti interessi» (C. Giust. 20.3.2018, C-187/16, *Commissione c. Repubblica d'Austria*, punto 78, in *Racc. dig.*, 2018).

Dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea in ambiti differenti, ma tutti comunque attinenti a casi in cui ragioni di sicurezza interna prospettate da uno Stato membro si pongono in attuale o potenziale contrasto con norme preceptive dell'Unione, sembra, quindi, possibile affermare che la possibilità per gli Stati membri di sottrarsi all'applicabilità del diritto dell'Unione per ragioni di sicurezza interna sia ammessa quale eccezione da applicarsi restrittivamente, laddove sia precisata la ragione che impone di sottrarsi alle regole comuni.

4. — È in un tale contesto che è forse possibile provare a ragionare brevemente sulle domande pregiudiziali poste dal giudice di rinvio.

Appare innanzitutto ragionevole ritenere che non basti configurare come riservato uno specifico decreto applicabile soltanto a una determinata compagnia per sottrarre coloro che ci lavorano all'applicazione del diritto dell'Unione o definire quali aeromobili di Stato i suoi aerei. È invece necessario verificare con attenzione quali siano le esigenze di riservatezza e di sicurezza nazionale che la normativa intende perseguire. Se

eventuali deroghe ai limiti orari possono essere potenzialmente idonei a fornire un margine di flessibilità più elevato in operazioni riservate, nel concreto un limite di età al pensionamento dei piloti non appare immediatamente correlato a una tale finalità.

Per quanto concerne l'applicabilità del Regolamento Ue n. 1178/2011, dovrà farsi probabilmente riferimento alle eccezioni contemplate dal Regolamento Ue n. 216/2008, che non si applica al personale impegnato in «operazioni militari, doganali, di polizia o servizi analoghi», e al Regolamento Ue n. 1139/2018, che ha abrogato e sostituito il Regolamento Ue n. 216/2008, con qualche ulteriore ipotesi di non applicabilità. Ora, nel caso di specie sembrerebbe, e sarà semmai il giudice del rinvio a dover approfondire la questione, che la società di trasporto sia una società privata, non costantemente impegnata in «servizi analoghi» a operazioni militari o di polizia, ma con voli finalizzati anche al normale trasporto passeggeri e trasporto merci. Sembrerebbe, quindi, più ragionevole ritenere che il caso di specie non rientri tra le ipotesi di esclusione di applicabilità del Regolamento Ue n. 1178/2011.

Ma anche se si ritenesse che il caso in questione esuli dall'applicabilità della clausola FCL.065, allegato I, Regolamento n. 1178/2011, appare più convincente a chi scrive che anche nel caso di specie possano ritenersi applicabili la Direttiva n. 2000/78 e il principio già enunciato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, secondo cui una misura «che fissa a 60 anni l'età limite a partire dalla quale i piloti non possono più esercitare la loro attività lavorativa, mentre la normativa nazionale e quella internazionale fissano tale età a 65 anni, non è una misura necessaria alla sicurezza pubblica e alla tutela della salute, ai sensi del medesimo art. 2, n. 5» (C. Giust., *Prigge*, cit., punto 64).

Riferimenti bibliografici

- Barbera M. (a cura di) (2007), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè.
- Bonardi O. (a cura di) (2017), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse.
- Izzi D. (2012), *La Corte di Giustizia e le discriminazioni per età: scelte di metodo e di merito*, in *RGL*, n. 1, I, 125 ss.

Lorenzo Giasanti
*Professore associato di Diritto del lavoro
presso l'Università di Milano «Bicocca»*

TRIBUNALE MILANO, 10.9.2018 – Est. Dossi – M.E. (avv.ti Dilonardo, Mantarro) c. Foodinho Srl (avv.ti Tanca, Pagani).

Lavoro subordinato – Lavoro su piattaforma digitale – Fattorini addetti alle consegne a domicilio – Qualificazione del rapporto di lavoro – Subordinazione – Insussistenza.

Lavoro subordinato – Lavoro su piattaforma digitale – Fattorini addetti alle consegne a domicilio – Qualificazione del rapporto di lavoro – Etero-organizzazione – Insussistenza.

L'assoggettamento al potere direttivo, organizzativo e di controllo del datore di lavoro deve escludersi, e con esso il vincolo di subordinazione, quando il lavoratore può discrezionalmente decidere se e quando lavorare. (1)

Difettano i caratteri propri della collaborazione etero-organizzata, ai sensi dell'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 81/2015, quando la scelta in ordine ai tempi di lavoro e riposo è rimessa all'autonomia del lavoratore, non potendo configurarsi come organizzazione dei tempi di lavoro neppure la richiesta da parte del committente di svolgere il lavoro entro un dato termine. (2)

(1-2) *RIDERS*: ANCHE IL TRIBUNALE DI MILANO ESCLUDE
IL VINCOLO DI SUBORDINAZIONE NEL RAPPORTO LAVORATIVO

SOMMARIO: 1. Il caso. — 2. La qualificazione giuridica della fattispecie: insussistenza della subordinazione. — 3. La qualificazione giuridica della fattispecie: insussistenza della etero-organizzazione. — 4. Considerazioni critiche e opzioni ermeneutiche alternative. — 5. Il dilemma qualificatorio del lavoro su piattaforma nella giurisprudenza: uno sguardo oltre confine.

1. — *Il caso* — Con la sentenza in epigrafe, che segue a breve distanza la nota pronuncia del Tribunale di Torino sul caso *Foodora* (1), la giurisprudenza di merito è tornata ad affrontare il problema della qualificazione giuridica del rapporto di lavoro, tramite piattaforma digitale, dei *riders*.

Il Tribunale di Milano, con dispositivo del 4 luglio 2018 e motivazioni del 10 settembre 2018, ha deciso, infatti, un'analogia fattispecie, che ha visto coinvolta, attraverso la società Foodinho Srl con cui opera in Italia, la multinazionale spagnola Glovo, uno dei più importanti *player* nel settore della consegna immediata via *app* di beni, non solo alimentari (2).

(1) Si tratta della prima sentenza in materia, che si è già avuto occasione di commentare in *RGL*, 2018, II, 371 ss., e a cui si rinvia per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

(2) Per un'analisi economica e occupazionale delle piattaforme digitali in Italia, vd. Guarascio, Sacchi 2018; con specifico riferimento al *food delivery*, vd. Giorgiantonio, Rizzica 2018.

Il caso sottoposto alla cognizione del giudice milanese riguardava un lavoratore che, diversamente dai ciclofattorini di Foodora, effettuava le consegne utilizzando un'autovettura, di sua proprietà. In particolare, il prestatore, deducendo di aver svolto la propria attività lavorativa a favore della società, con mansioni di fattorino addetto alla consegna a domicilio di pasti e altri beni di consumo, in forza di un contratto di collaborazione coordinata e continuativa, aveva presentato ricorso in giudizio al fine di chiedere l'accertamento della costituzione tra le parti di un ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, con condanna della società al versamento delle relative differenze retributive e contributive (3).

2. — *La qualificazione giuridica della fattispecie: insussistenza della subordinazione* — In merito alla qualificazione giuridica della fattispecie sottoposta alla sua cognizione, il giudicante perviene alle medesime conclusioni del collega torinese. Nega, infatti, la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato nel caso in esame, una volta ricostruiti in dettaglio, attraverso le risultanze dell'istruttoria testimoniale, il modello organizzativo adottato dalla piattaforma per le consegne a domicilio e le concrete modalità di esecuzione della prestazione lavorativa.

In ossequio alle clausole del contratto di collaborazione sottoscritto dal prestatore, quest'ultimo avrebbe dovuto prestare la propria attività «senza alcun obbligo di reperibilità e senza alcun obbligo di prestazione minima giornaliera, settimanale o annuale [...] nella più ampia autonomia e ogniqualvolta lo vorrà», collegandosi di volta in volta all'applicazione «per segnalare la sua disponibilità a effettuare un servizio». Di fatto, attraverso l'applicativo da installare nello *smartphone* fornito dalla società, il fattorino poteva indicare, in un calendario predisposto dall'azienda, i giorni e le ore in cui si rendeva disponibile a prestare l'attività lavorativa. Pertanto, osserva il giudice, la decisione se lavorare, in quali giorni, per quante ore e in quali fasce orarie era rimessa in via esclusiva al *riders*, che poteva anche non prenotare alcuno *slot*, né doveva garantire un numero minimo di ore di lavoro giornaliero o settimanale. Neppure la società, del resto, era tenuta ad assicurare al fattorino un numero minimo di ore di lavoro.

L'argomento al quale risulta attribuito valore dirimente per escludere la subordinazione viene, dunque, a coincidere, ancora una volta, come nella sentenza del Tribunale di Torino, con l'asserita insussistenza dell'eterodirezione. Quest'ultima non si ravvisa né nella fase della candidatura allo svolgimento della prestazione di lavoro, né in quella della relativa esecuzione, dal momento che il vincolo di soggezione al potere direttivo del datore di lavoro si considera incompatibile con la libertà del prestatore di determinare in piena autonomia tempi e quantità della propria attività lavorativa, attraverso un applicativo da installare nello *smartphone*.

Ad avviso del Tribunale, invero, «difetta l'assoggettamento del ricorrente al potere direttivo, organizzativo e disciplinare della convenuta: il fatto che [il prestatore] potesse discrezionalmente decidere, di settimana in settimana, in quali giorni e in quali orari lavorare – e anche di non lavorare affatto – esclude in radice la configurabilità di simili vincoli».

Il giudice milanese ha, inoltre, accertato che la sussistenza di un rapporto di lavoro

(3) Tra i primi commenti, vd. Cavallini 2018; Turrin 2018.

subordinato non poteva essere desunta nemmeno per mezzo dei cosiddetti indici subsidiari della subordinazione, poiché questi non risultavano presenti in misura significativa e in forma univoca. In particolare, si legge nella sentenza, «gli indici riscontrabili sono essenzialmente il carattere ricorrente – e in tal senso continuativo – della prestazione e l'utilizzo di alcuni strumenti di lavoro forniti dalla società, quali applicativo informatico, contenitore termico per i cibi e caricabatteria portatile [...]». Per converso, tuttavia, il ricorrente non era tenuto a osservare un orario di lavoro fisso imposto dalla società, né doveva tenersi a disposizione di quest'ultima, sicché non può ritenersi che egli fosse stabilmente inserito nell'organizzazione aziendale. Inoltre, il ricorrente utilizzava per le consegne un mezzo proprio e non percepiva un corrispettivo mensile fisso e predeterminato, ma variabile, in funzione del numero e della tipologia di consegne effettuate mese per mese e dunque correlato non al tempo di messa a disposizione delle energie lavorative, bensì ai risultati conseguiti...». Neppure nell'orientamento giurisprudenziale sulla «subordinazione attenuata» (4), dunque, il ragionamento del Tribunale di Milano ha ritenuto di poter trovare una sponda per accogliere le istanze dei ricorrenti.

3. — *La qualificazione giuridica della fattispecie: insussistenza della etero-organizzazione* — D'altro canto, benché non fosse stata investita della domanda, l'autorità giudiziaria meneghina ha ritenuto comunque necessario verificare d'ufficio l'applicabilità al caso di specie della disposizione in materia di collaborazioni organizzate dal committente «anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro» (art. 2, c. 1, d.lgs. n. 81/2015), che era stata, invece, invocata in via subordinata dai lavoratori ricorrenti contro Foodora, a sostegno delle rivendicazioni a propria tutela, in ragione del fatto che la norma estende alle suddette collaborazioni la disciplina del rapporto di lavoro subordinato.

Al riguardo, vale la pena ricordare che il Tribunale di Torino, facendo propria la posizione assunta dalla difesa della società convenuta, aveva affermato che la norma in questione doveva ritenersi improduttiva di nuovi effetti giuridici in ordine alla disciplina applicabile alle diverse tipologie di rapporti di lavoro. Secondo tale ricostruzione, infatti, nonostante l'intendimento del legislatore, l'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 81/2015, configurerebbe una nozione di subordinazione addirittura più ristretta di quella di cui all'art. 2094 c.c., in quanto il lavoratore dovrebbe pur sempre essere sottoposto al potere direttivo del datore di lavoro, che dovrebbe estrinsecarsi *anche* con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro. Pertanto, a fronte dell'asserita libertà di decisione spettante ai *riders* ricorrenti sul se e quando rendersi disponibili a effettuare la prestazione di lavoro, il giudice concludeva che doveva escludersi nel caso dei ciclofattorini di Foodora la sussistenza del requisito indicato dalla norma – così come dallo stesso interpretato – quale presupposto per l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato.

Con riferimento al caso *Foodinho*, il Tribunale di Milano, pur pervenendo allo stesso approdo ermeneutico, ha seguito un diverso *iter* argomentativo, che non sem-

(4) Cass. 10.5.2016, n. 9463, S. I, in *MGC*, 2016; Cass. 1.8.2013, n. 18414, in *MGC*, 2013; Cass. 13.4.2012, n. 5886, in *MGC*, 2012, n. 4, 497 ss.

bra presupporre l'adesione alla tesi secondo la quale l'art. 2, c. 1, sarebbe una norma «apparente» (5), bensì considerarla come una norma di disciplina. Nello specifico, il giudice, tenuto conto delle modalità di esecuzione della prestazione di lavoro, ha valutato che queste non potessero considerarsi organizzate dal committente con riferimento ai tempi di lavoro, come prevede la disposizione normativa al vaglio, considerato che la scelta di tali tempi spettava al lavoratore, il quale la esercitava dichiarando la propria disponibilità a lavorare in determinati giorni e non in altri. Il Tribunale ha, inoltre, negato che si potesse configurare come organizzazione dei tempi di lavoro la richiesta, da parte del committente, di svolgere il lavoro entro uno specifico termine, una volta che fosse stata data la disponibilità a effettuare la consegna. Pertanto, il giudice ha concluso nel senso di escludere che, nel caso di specie, potessero ravvisarsi i caratteri propri della collaborazione etero-organizzata e, di conseguenza, che si potesse procedere all'applicazione della disciplina del lavoro subordinato, ai sensi dell'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 81/2015.

4. — *Considerazioni critiche e opzioni ermeneutiche alternative* — L'argomentazione del Tribunale di Milano, già avanzata dal Tribunale di Torino, secondo cui nel caso di specie non può rinvenirsi la subordinazione, in ragione sia dell'assenza di un obbligo del lavoratore a effettuare la prestazione ove richiesto dalla piattaforma, sia della mancanza di altri indici della subordinazione, inerenti la sottoposizione del medesimo a un potere direttivo datoriale ex artt. 2094 e 2104 c.c. nella fase attuativa del rapporto, appare non del tutto condivisibile. Ciò in particolare, con riferimento alla sua prima parte, nella misura in cui vi non mancano, notoriamente, pronunce giurisprudenziali che ritengono sufficiente, ai fini della subordinazione, la sussistenza dell'eterodirezione nella fase dell'esecuzione della prestazione lavorativa. D'altro canto, potrebbe altresì ragionarsi in parte criticamente su alcuni profili della «autonomia esecutiva» del lavoratore come ricostruita dal Collegio giudicante, rispetto alle ingerenze di fatto esercitate dalla impresa/piattaforma, per il tramite di direttive tecniche dettagliate e incisive forme di controllo rispetto all'intero iter relativo alla consegna, a partire dal momento in cui il *rider* accetta di effettuare la prestazione.

Al riguardo, può forse comprendersi la difficoltà dei giudici nel maneggiare situazioni nelle quali i nuovi modelli di organizzazione del lavoro, che si fondano su un'utilizzazione dei lavoratori distaccata e anonima operata per il tramite dell'algoritmo sotteso al processo digitalizzato, rendono particolarmente difficile la riconduzione delle concrete fattispecie a quella astratta della subordinazione, come definita nei suoi contorni più marcati da una giurisprudenza tradizionalmente avvezza a fare i conti con modelli di organizzazione del lavoro e della produzione di tipo industriale (6).

(5) Cfr. Tosi 2015.

(6) Da più parti si osserva che, nella *gig economy*, la tenuta delle tradizionali categorie della subordinazione e dell'autonomia risulta messa in discussione (v. ad es., Romagnoli 2018, 196-197) e si mostra bisognosa, quanto meno, di un'interpretazione evolutiva dei requisiti essenziali delle fattispecie, che si fondi su valutazioni non formalistiche. Sia pure con accenti diversi, vd., tra gli altri: Del Conte, Razzolini, 2018; Donini 2018, 836 ss.; Papa 2018, 742 ss.

Ciò che invece non può comprendersi e induce a critiche più circostanziate è il ragionamento seguito dal Tribunale al fine di escludere la riconducibilità del caso sottoposto al suo giudizio alla disciplina delle collaborazioni cd. etero-organizzate, di cui all'articolo 2, c. 1, d.lgs. n. 81/2015.

Nel quadro ordinamentale vigente, in realtà, proprio la citata norma, anche in ragione della finalità antifraudolenta che ne ha ispirato l'adozione, può costituire una valida ed efficace soluzione regolativa disponibile, quanto meno nel caso del lavoro *on-demand* tramite *app*, ovvero quando l'attività lavorativa organizzata dalla piattaforma viene svolta nel mondo materiale (7).

In sede di commento alla sentenza del Tribunale di Torino si è già avuto modo di esporre l'opzione ermeneutica che si è ritenuto di preferire con riferimento alla previsione dell'art. 2, c. 1, rispetto all'ampio ventaglio delle soluzioni prospettate in dottrina (8). Si tratta della lettura che suggerisce di interpretare l'art. 2, c. 1, in combinato disposto con la novella dell'art. 409, n. 3, c.p.c., introdotta dall'art. 15 della legge n. 81 del 2017. A seguito di tali modifiche, infatti, deve ritenersi che l'art. 409, n. 3, c.p.c. costituisca, ormai, la norma definitoria generale in materia di collaborazioni, i cui elementi qualificanti consistono nella definizione consensuale del coordinamento e nell'organizzazione autonoma della prestazione. Valorizzando, allora, gli aspetti comuni alle due fattispecie – prestazione personale, a carattere continuativo, eseguita a beneficio di un committente –, diviene possibile superare il mero dato letterale dell'art. 2, c. 1, per giungere ad affermare la «sostanziale (benché solo parziale) identità» tra il concetto di organizzazione ivi richiamato e quello di coordinamento, di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c. (9). Le due nozioni, quindi, si pongono in un rapporto di continenza, per cui le collaborazioni organizzate dal committente possono ricondursi nell'alveo della più ampia nozione di collaborazioni coordinate e continuative, in quanto semplicemente caratterizzate dall'attribuzione (ormai consensuale, in quanto derivante dall'accordo delle parti) del potere di coordinamento (anche spazio-temporale) in capo al committente (10).

Il coordinamento spazio-temporale, che sia stato rimesso dall'accordo in capo al committente, come nell'ipotesi contemplata dall'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 81/2015, si sostanzia, in concreto, nel potere (di natura organizzativa) di raccordare l'attività del collaboratore con il proprio assetto organizzativo, fermo restando che il collaboratore, per sua parte, continuerà a essere unico responsabile dell'organizzazione autonoma della propria attività.

Nel caso oggetto della controversia, criticabile appare invero la ricostruzione prospettata dal giudice di Milano, che, nel rilevare l'assenza di vincoli di orario in capo al ricorrente in ragione della libertà di scelta a questi riconosciuta sull'*an*, il *quantum* e il *quando* della prestazione, ha ommesso di considerare che la scelta dei tempi di lavoro doveva compiersi, in realtà, nell'ambito degli *slot* definiti da Foodinho, che provvedeva alla determinazione di tali fasce orarie in coerenza con le proprie esigenze organizzative, funzionali al soddisfacimento delle richieste dei clienti. Analogo rilievo può for-

(7) Vd. anche: Tullini 2018, 8; Faioli (a cura di) 2018, 35-36.

(8) Su cui si veda la puntuale ricostruzione di Biasi (2018a, 78 ss.).

(9) Carabelli 2016, 6 ss.; vd. anche Ichino 2018, 298.

(10) Nello stesso senso, Pallini 2016, 67.

mularsi con riferimento alla fissazione dei tempi delle consegne. La definizione di periodi di tempo entro cui svolgere la prestazione, raccordati con l'assetto organizzativo del committente, è, infatti, compatibile con l'autonomia del lavoratore (11), diversamente dalla previsione di specifici vincoli di orario. Inoltre, va pure evidenziato che, secondo alcune testimonianze rese in corso di causa – tenute in conto dal giudice al fine di escludere la subordinazione, ma trascurate nel ragionamento sull'art. 2, c. 1 –, sebbene fosse possibile revocare la disponibilità alle consegne preventivamente comunicata, come pure non accettare l'ordine di consegna e persino non collegarsi durante le fasce orarie prescelte, la conseguenza di tali condotte sarebbe stata «un abbassamento della fedeltà», per effetto del quale il fattorino avrebbe subito in seguito restrizioni e, quindi, ulteriori condizionamenti, sia in termini di numero di ore in cui poter lavorare, sia rispetto alla possibilità di prenotare in futuro i turni secondo le proprie preferenze.

5. — *Il dilemma qualificatorio del lavoro su piattaforma nella giurisprudenza: uno sguardo oltre confine* — Le due pronunce italiane di primo grado considerate risultano, dunque, sintoniche nell'escludere la riconducibilità nell'ambito della subordinazione dei rapporti di lavoro dei fattorini che eseguono consegne organizzate attraverso piattaforme digitali. Spostandosi, invece, oltre confine, adottando, quindi, una prospettiva comparata, che risulta coerente con la dimensione multinazionale delle imprese coinvolte, è dato constatare come gli esiti processuali dei ricorsi relativi alla qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro dei *riders* sono tutt'altro che omogenei.

Basti considerare, restando solo in ambito europeo, che, in Francia, la giurisprudenza di merito ha respinto ripetutamente i ricorsi per la qualificazione dei *riders* come lavoratori subordinati, fondamentalmente, come i giudici italiani, sulla base della libertà a questi riconosciuta di scegliere sia i giorni che le fasce orarie di disponibilità, nonché per l'assenza di sanzioni nel caso di mancato rispetto della disponibilità comunicata (12). Al contrario, da ultimo, la Corte di Cassazione, con decisione del 28.11.2018, n. 1737 (13), ha censurato il ragionamento dei giudici di merito nella controversia avverso Take Eat Easy, osservando, da un lato, che l'applicazione era dotata di un sistema di geolocalizzazione che consentiva alla società il monitoraggio in tempo reale della posizione del corriere e la contabilizzazione del numero totale di chilometri percorsi, di modo che il ruolo della piattaforma non si poteva considerare limitato semplicemente a mettere in contatto tra loro il ristorante, il cliente e il fattorino, e, dall'altro, che l'azienda aveva un potere punitivo nei confronti del corriere. Sulla scorta di tali risultanze, la Suprema Corte ha concluso che, nel caso di specie, doveva ritenersi sussistente in capo alla società quel potere di direzione e di controllo sull'esecuzione delle prestazioni del *rider* che caratterizza il vincolo di subordinazione, per cui i giudici di merito non avrebbero dovuto negare la qualificazione di contratto di lavoro subordinato.

(11) C. cost. 7.5.2015, n. 76, in *GCost.*, 2015, n. 3, 680 ss., con note di Ghera (690) e Fabozzi (697).

(12) Si vd., ad es., nei confronti di Deliveroo, Corte d'Appello di Parigi 9.11.2017, in *RIDL*, II, 63 ss., con nota di Donini.

(13) La sentenza è reperibile all'indirizzo: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/1737_28_40778.html.

In Spagna, il Tribunale di Valencia, decidendo un ricorso contro Deliveroo, ha argomentato in modo analogo la qualificazione dei ciclofattorini come falsi autonomi, valorizzando ulteriormente l'alienità del risultato, che è un elemento qualificante della subordinazione per l'ordinamento spagnolo, ai sensi dell'art. 1.1., *Estatuto de los Trabajadores* (14). Al contrario, il Tribunale di Madrid, nel caso *Glovo*, ha escluso la sussistenza dei requisiti di dipendenza e alienità necessari per riconoscere la subordinazione, sottolineando, tra l'altro, che il *riders* non era tenuto a osservare un orario di lavoro fisso imposto dalla società; utilizzava per le consegne un mezzo proprio; non percepiva un corrispettivo mensile fisso e predeterminato, ma variabile, in funzione del numero e della tipologia di consegne effettuate e, dunque, correlato ai risultati conseguiti; non era soggetto al potere disciplinare né al potere di controllo, in quanto il geolocalizzatore non risultava utilizzato per tracciare il percorso, ma per determinare il chilometraggio percorso a fini della successiva fattura (15).

Il dilemma qualificatorio del lavoro su piattaforma anima, dunque, il dibattito internazionale ed è ben lungi dall'essere risolto, non solo nel nostro ordinamento. L'approccio regolativo del fenomeno che si affida alla giurisprudenza attraverso la risoluzione di casi concreti, invero, se, per un verso, consente di tener conto delle peculiari modalità con cui, di volta in volta, si svolge la prestazione lavorativa (16), nell'ambito della relazione contrattuale che intercorre tra le parti, per altro verso, come dimostra la pur breve disamina svolta, risulta foriero di incertezze interpretative (17).

Riferimenti bibliografici

- Biasi M. (2018a), *Dai pony express ai riders di Foodora. L'attualità del binomio subordinazione-autonomia (e del relativo metodo di indagine) quale alternativa all'affannosa ricerca di inedite categorie*, in Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, Padova, 67 ss.
- Biasi M. (2018b), *Il Tribunale di Torino e la qualificazione dei riders di Foodora*, in *ADL*, n. 4-5, 1227 ss.
- Carabelli U. (2016), *Introduzione*, al tema «Subordinazione e autonomia dopo il d.lgs. n. 81/2015», in *RGL*, I, 5 ss.
- Carabelli U. (2018), *Collaborazioni e lavoro occasionale tra autonomia e subordinazione*, in Carabelli U., Fassina L. (a cura di), *Il lavoro autonomo e il lavoro agile alla luce della legge n. 81/2017*, Ediesse, Roma, 41 ss.
- Cavallini G. (2018), *Riders: sulla qualificazione Milano segue Torino, ma qualcosa si muove fuori dalle aule di giustizia*, in *Sintesi*, settembre, 4 ss.

(14) Per approfondimenti, si rinvia ai commenti di Todolì 2018 e Pacella 2018.

(15) *Juzgado de lo Social*, 3.7.2018, n. 284, Madrid, reperibile in <http://www.bollettinoadapt.it/procedimiento-sobre-despido-tacito-1353-2017-y-acumulados-sobre-resolucion-del-contrato-de-trabajo-a-instancia-del-trabajador-y-despido-expresol>.

(16) Biasi 2018b, 1240.

(17) In effetti, in una prospettiva *de iure condendo*, le soluzioni che si propongono implicano, alternativamente, il protagonismo del legislatore, affinché intervenga a modificare l'art. 2094 c.c., ovvero un rinvio all'intervento regolativo autonomo delle parti sociali.

- Del Conte M., Razzolini O. (2018), *La gig economy alla prova del giudice: la difficile reinterpretazione della fattispecie e degli indici denotativi*, in *DLRI*, n. 3, 673 ss.
- Donini A. (2018), *Lavoro agile e su piattaforma digitale tra autonomia e subordinazione*, in *VTDL*, n. 3, 823 ss.
- Faioli M. (a cura di) (2018), *Il lavoro nella Gig economy*, in *I quaderni del Cnel*, n. 3.
- Giorghiantonio C., Rizzica L. (2018), *Il lavoro nella Gig economy. Evidenze dal mercato del food-delivery in Italia*, in *Questioni di Economia e Finanza – Banca d'Italia, Occasional Papers*, n. 472.
- Guarascio D., Sacchi S. (2018), *Le piattaforme digitali in Italia. Un'analisi della dinamica economia e occupazionale*, in *Inapp Policy Brief*, n. 8.
- Ichino P. (2018), *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig economy*, in *RIDL*, II, 294 ss.
- Pacella G. (2018), *Alterità del risultato, alienità dell'organizzazione: ancora una sentenza spagnola qualifica come subordinati i fattorini di Deliveroo*, in *LLI*, n. 4, 61 ss.
- Pallini M. (2016), *Dalla eterodirezione alla etero-organizzazione: una nuova nozione di subordinazione?*, in *RGL*, I, 65 ss.
- Papa V. (2018), *Post-industriale o pre-moderno? Economia digitale e lavoratori on-demand: nuovi paradigmi organizzativi e vecchie esigenze di tutela*, in *DRI*, n. 3, 729 ss.
- Romagnoli U. (2018), *Se l'amore per la specie fa perdere di vista il genere (a proposito del caso Foodora)*, in *DLM*, n. 2, 193 ss.
- Tosi P. (2015), *L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *ADL*, 1130 ss.
- Tullini P. (2018), *Prime riflessioni dopo la sentenza di Torino sul caso Foodora*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, n. 1.
- Turrin M. (2018), *Dopo il Tribunale di Torino, anche il Tribunale di Milano esclude la subordinazione per i riders*, in *Labor*, 20 ottobre.

Carla Spinelli

Professoressa associata di Diritto del lavoro
presso l'Università di Bari «Aldo Moro»

[CORTE D'APPELLO TORINO, 4.2.2019](#) – Pres. Fierro, Est. Rocchetti – (*Omissis*) (avv.ti Bonetto, Druetta) c. D.S. XXXVI Italy Srl (avv.ti Tosi, Lunardon, Realmonte).

Lavoro subordinato – Lavoro su piattaforma digitale – Fattorini addetti alle consegne a domicilio – Qualificazione del rapporto di lavoro – Subordinazione – Insussistenza.

Lavoro subordinato – Lavoro su piattaforma digitale – Fattorini addetti alle consegne a domicilio – Qualificazione del rapporto di lavoro – Etero-organizzazione – Sussistenza.

Lavoro subordinato – Lavoro su piattaforma digitale – Fattorini addetti alle consegne a domicilio – Qualificazione del rapporto di lavoro – Etero-organizzazione – Disciplina applicabile.

Deve escludersi la sussistenza della subordinazione quando manchi il requisito della obbligatorietà della prestazione, in quanto non solo la modalità di svolgimento della prestazione, ma anche l'obbligo di lavorare, sono requisiti di fattispecie nell'art. 2094 c.c. (1)

Nei confronti dei lavoratori su piattaforma addetti alle consegne a domicilio trova applicazione l'art. 2, c. 1, del d.lgs. n. 81/2015. Essi, pur «tecnicamente» autonomi, sono etero-organizzati, in quanto il committente ha il potere di determinare le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa e, cioè, la possibilità di stabilire i tempi e i luoghi di lavoro. Sussiste, inoltre, l'ulteriore requisito della continuità della prestazione, da intendersi, in senso ampio, come non occasionalità e reiterazione nel tempo. (2)

In applicazione dell'art. 2, c. 1, del d.lgs. n. 81/2015, ai lavoratori su piattaforma addetti alle consegne a domicilio deve essere corrisposto quanto maturato in relazione all'attività lavorativa prestata, sulla base della retribuzione diretta, indiretta e differita stabilita per i dipendenti del V livello Ccnl logistica, trasporto merci. Per i medesimi lavoratori non trova applicazione la disciplina dei licenziamenti, non essendovi riconoscimento della subordinazione né un'interruzione dei rapporti di lavoro in essere prima della loro scadenza naturale. (3)

(1-3) LA CORTE D'APPELLO DI TORINO RIBALTA IL VERDETTO DI PRIMO GRADO:
I RIDERS SONO COLLABORATORI ETERO-ORGANIZZATI

1. — Nelle more della pubblicazione della nota alla decisione del Tribunale di Milano, sopra riportata, è intervenuta una pronuncia che ha riformato la sentenza del Tribunale di Torino di maggio 2018, più volte richiamata in testo, di cui era già stato pubblicato in questa rivista un commento critico (Vd., *supra*, nota 1).

Con sentenza del 4.2.2019 (il dispositivo era stato emanato l'11.1.2019), la Corte d'Appello di Torino, infatti, in accoglimento parziale del ricorso, ha statuito che agli appellanti, 5 ex *riders* di Foodora, debba essere corrisposto quanto maturato in relazione all'attività lavorativa prestata, «sulla base della retribuzione diretta, indiretta e differita stabilita per i dipendenti del V livello Ccnl logistica trasporto, merci». A tale decisione la Corte d'Appello è addivenuta ai sensi dell'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 81/2015. La pronuncia, quindi, ha condiviso la soluzione ermeneutica che si è privilegiata nelle note alle due sentenze di merito finora intervenute in materia.

Si deve subito dare atto della significativa e positiva rilevanza di questa decisione, la quale perviene a garantire un'estensione di tutele economico-normative a lavoratori notoriamente afflitti da una situazione di grave precarietà e di sottoprotezione socio-economica. Per contro, va notato come essa si collochi in parte – finendone per condividere alcune contraddizioni interne – nell'ambito dell'acceso dibattito dottrinale seguito all'emanazione della disposizione, il quale, per il vero, è stato in larga misura indotto dalla non brillante chiarezza del testo legislativo. Ci si riferisce, in particolare, alle tesi che hanno letto nell'art. 2, c. 1, la costruzione normativa di un potere di etero-organizzazione del committente di collaborazione autonoma *diverso nei contenuti* non soltanto dal potere di eterodirezione spettante al datore di lavoro subordinato *ex* artt. 2094 e 2104 c.c., ma anche dal coordinamento consensuale previsto ormai esplicitamente dal nuovo art. 409, n. 3, c.p.c. come elemento costitutivo della stessa collaborazione autonoma. Una costruzione in forza della quale si è giunti perfino a sostenere la nascita di una nuova fattispecie normativa, ulteriore e intermedia tra lavoro subordinato e collaborazione autonoma.

Orbene, vale la pena di evidenziare immediatamente, in quanto funzionale al discorso che si svilupperà tra breve, che per tale via:

a) o si giunge a ridurre di fatto l'ambito di applicazione della nuova disciplina, erodendo la possibilità di estendere a una più ampia platea di collaboratori autonomi le tutele del lavoro subordinato (delineare a fatica una etero-organizzazione che sia qualcosa di diverso nei contenuti rispetto al coordinamento significa sostenere che potrebbero esistere dei collaboratori coordinati, e finanche etero-coordinati, che restano esclusi dalle tutele previste dall'art. 2, c. 1, in quanto soggetti a un potere «qualitativamente diverso»); oppure

b) si perviene, in modo contraddittorio, a fondare la differenza tra etero-organizzazione e coordinamento solo sulla natura contrattuale di quest'ultimo, così, peraltro, negandosi in pratica ogni differenza di contenuto, ma soprattutto trascurando che il principio di contrattualizzazione del coordinamento a opera del nuovo art. 409, n. 3, c.p.c. non esclude certo la possibilità del riconoscimento (consensuale) al committente del relativo potere.

Su entrambi questi aspetti si tornerà più avanti. Qui si può subito considerare che,

in realtà, come si è avuto modo di argomentare altrove (Carabelli 2018; Spinelli 2018), queste letture non sembrano aver sviluppato in pieno le potenzialità interpretative dell'art. 2, c. 1, rese ormai possibili dalla sopravvenuta modifica dell'art. 409, n. 3, c.p.c. a opera dell'art. 15, c. 1, lett. *a*, l. n. 81/2017. Di qui la ricerca di un'interpretazione sistematica del quadro regolativo esistente che sia in grado di fornire, sul piano teorico-ricostruttivo, una sua lettura più lineare e protettiva e, forse, più coerente col dato normativo.

Pur condividendo, dunque, in larga misura le conclusioni cui è pervenuta la Corte d'Appello di Torino, vale la pena soffermarsi a criticare alcuni passaggi argomentativi da essa seguiti, ispirati dalle tesi dottrinarie sopra delineate, proprio al fine di offrire un ulteriore possibile percorso interpretativo utile per i prossimi giudizi in materia, specificamente rendendo, ancor di più, l'applicazione dell'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 81/2015, un nuovo, importante strumento di tutela (di ampia portata) rispetto alle nuove forme di sfruttamento del lavoro, fondate sull'utilizzo di contratti di collaborazione coordinata e continuativa, in cui sia presente quello che, secondo questa lettura, potrebbe definirsi come potere unilaterale (non di etero-organizzazione bensì, più precisamente) di *etero-coordinamento* dei lavoratori.

D'altronde è indubbio che la conflittualità giudiziaria, nonché, conseguentemente, il dibattito dottrinale sulla questione non siano destinati a perdere vivacità; e ciò non certo soltanto per il suo fascino teorico, ma per i concreti interessi economici sottesi all'astratta questione giuridica della qualificazione di queste nuove tipologie di rapporti di lavoro.

2.1. — Il primo passaggio della sentenza da evidenziare (anche ai fini di una sua successiva disamina critica) riguarda la negazione della sussistenza del vincolo di subordinazione (un aspetto che, come si dirà tra breve, risulta in realtà, in un certo senso, sdoppiato nella sentenza della Corte d'Appello, seppure in modo criptico) nel rapporto di lavoro dei *riders* ricorrenti.

La Corte d'Appello ha fatto propria la tesi, già adottata in primo grado, che esclude la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato ogni qual volta il lavoratore sia libero di scegliere se e quando lavorare, in quanto mancherebbe, in tal caso, l'elemento della *obbligatorietà* della prestazione (richiesta dal datore), considerato quale requisito essenziale della fattispecie nell'art. 2094 c.c.

A questo riguardo, la Corte non ha ritenuto condivisibile, e quindi applicabile al caso in esame, l'affermazione della Cassazione – contenuta nella sentenza n. 3457/2018, richiamata dalla difesa degli appellanti – secondo la quale la libertà del lavoratore di accettare o meno l'offerta di presentarsi al lavoro deve considerarsi elemento esterno al contenuto del rapporto, idoneo a incidere, quindi, sulla sua costituzione e sulla sua durata, ma non anche sulla forma e sul contenuto della prestazione: secondo questa sentenza, in altre parole, anche in assenza di un vincolo di effettuare la prestazione quando richiesta dal datore di lavoro, il rapporto dovrebbe essere considerato come subordinato, ove subordinato al potere direttivo datoriale sia l'esecuzione della prestazione lavorativa. Il giudice di secondo grado ha seguito, invece, l'argomentazione adottata dalla Suprema Corte in un'altra sentenza, la n. 2842/2002, per cui, al fine di riconoscere la sussistenza della subordinazione, valore determinante è attribuito proprio all'accertamento dell'obbligo del lavoratore di porsi a disposizione del datore

di lavoro al fine di lavorare sotto le sue direttive, senza possibilità di negare la disponibilità data; elemento che la Corte d'Appello non ha ritenuto si potesse ravvisare nel caso di specie.

2.2. — Contrariamente a quanto aveva sostenuto il Tribunale di Torino, la Corte d'Appello ha invece ritenuto applicabile alla fattispecie oggetto di causa la previsione contenuta nell'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 81/2015, considerando quest'ultimo come una norma precettiva, della quale spetta al giudice fornire l'interpretazione, per quanto possa apparire non agevole «stante il sottile confine tra il dettato della stessa e il disposto dell'art. 2094 c.c.».

Al riguardo, la Corte ha affermato che la richiamata disposizione individua un *tertium genus*, tra il rapporto di lavoro subordinato e le collaborazioni di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c. In particolare, secondo il Collegio giudicante, l'art. 2, c. 1, postulerebbe «un concetto di etero-organizzazione in capo al committente, che viene così ad avere il potere di determinare le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa del collaboratore e cioè la possibilità di stabilire i tempi e i luoghi di lavoro. Pur senza “sconfinare” nell'esercizio del potere gerarchico, disciplinare (che è alla base della eterodirezione), la collaborazione è qualificabile come etero-organizzata quando è ravvisabile un'effettiva integrazione funzionale del lavoratore nell'organizzazione produttiva del committente, in modo tale che la prestazione lavorativa finisce con l'essere strutturalmente legata a questa (l'organizzazione) e si pone come un *qualcosa che va oltre alla semplice coordinazione di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c.*, poiché qui è il committente che determina le modalità della attività lavorativa svolta dal collaboratore». L'etero-organizzazione, in sostanza, andrebbe distinta, da un lato, dal potere direttivo – col quale non condividerebbe la «tipica» natura gerarchico-disciplinare – ma, dall'altro, anche dal coordinamento di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c., nella misura in cui – a differenza di quest'ultimo – essa presuppone che le modalità di esecuzione della prestazione del lavoratore non siano definite consensualmente, bensì dettate unilateralmente dal committente.

2.3. — Ciò premesso, la Corte ha concluso precisando che il lavoratore etero-organizzato resta un prestatore d'opera al quale si applica, ai sensi dell'art. 2, c. 1, la disciplina del lavoro subordinato, in particolare per quel che riguarda «sicurezza e igiene, retribuzione diretta e differita (quindi inquadramento professionale), limiti di orario, ferie e previdenza». Di conseguenza, il giudice d'appello ha accolto la domanda dei ricorrenti volta a ottenere il trattamento retributivo per le prestazioni rese, che ha determinato con riferimento al Ccnl logistica, trasporto merci. A tale conclusione la Corte è pervenuta ai sensi dell'art. 36 Cost., in quanto la società appellata in giudizio non risultava iscritta ad alcuna associazione imprenditoriale, né firmataria di un contratto collettivo.

La Corte ha, invece, respinto la domanda relativa all'accertamento dell'illegittimità del licenziamento, in ragione del fatto «che non vi è [stato] riconoscimento della subordinazione», tenuto anche conto che «non vi è stata [...] una interruzione, da parte della società, dei rapporti di lavoro in essere prima della loro scadenza naturale».

3.1. — La prima osservazione critica che suscita la lettura della sentenza si appunta sulla rilevanza formale attribuita, ai fini della insussistenza della subordinazione – nel

caso di specie, in cui si era di fronte a prestazioni di lavoro discontinue – all'assenza di un obbligo del lavoratore a effettuare la prestazione una volta che ciò gli sia richiesto dall'altro contraente. In realtà, la Corte d'Appello si appoggia, per questa lettura, a una sentenza della Corte di Cassazione più remota, rigettando, invece, esplicitamente la lettura alternativa effettuata dalla stessa Suprema Corte in una sentenza del 2018, la quale appare, al contrario, coerente con gli assunti di risalente autorevole dottrina, oltre che con il mutare degli assetti organizzativi dell'impresa moderna e dei modelli di organizzazione del lavoro, grazie, soprattutto, all'innovazione tecnologica digitale.

Ciò che appare rilevare, infatti, ai fini della subordinazione è certamente la disponibilità del lavoratore, ma da intendersi non nel senso di obbligatorietà del vincolo di effettuare la prestazione a richiesta, bensì nel senso di disponibilità funzionale all'inserimento della propria prestazione lavorativa nell'organizzazione tramite la sottoposizione al potere direttivo datoriale; insomma, nel senso di disponibilità funzionale a far fronte alle esigenze organizzative dell'impresa aderendo alle «disposizioni per l'esecuzione e la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore» (art. 2104, c. 2, c.c.). Come giustamente rilevato dalla Cassazione nella pronuncia n. 3457 del 2018, che la Corte d'Appello ha ritenuto invece di disattendere, non conta «il fatto che il lavoratore sia libero o meno di accettare l'offerta e di presentarsi o non presentarsi al lavoro e senza necessità di giustificazione», quanto le modalità con cui concretamente si svolge la prestazione di lavoro *dopo* che l'accettazione sia intervenuta. È in questa fase, quindi, quando cioè la prestazione richiesta viene resa, che va valutato l'effettivo assoggettamento al potere direttivo del datore di lavoro (e dunque la sussistenza della subordinazione).

Se ciò è vero, la qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato, *e di conseguenza la sua differenziazione*, in quanto tale, *rispetto ad altri rapporti di lavoro*, dovrebbe avvenire, per l'appunto, sulla base della esistenza degli indici che denotano la sottoposizione del lavoratore alle direttive datoriali per l'esecuzione/disciplina della prestazione di lavoro. E in effetti, a ben vedere, nella situazione sottoposta al giudizio della Corte, appaiono talvolta evidenti i «sintomi» di una subordinazione che, per dirla come fa la Corte nell'altro passaggio sopra riportato, parrebbe far «sconfinare» il potere esercitato dal committente/piattaforma nei territori della subordinazione, come sopra intesa. Ma tant'è, già da molte parti sono state sollevate (anche prendendo spunto da altre sentenze su casi omologhi) svariate argomentazioni a sostegno di questo tipo di considerazioni, e non è nostra intenzione riprenderle in questa sede. Anche perché, a ben vedere, non ci si deve nascondere che la soluzione protettiva che si prospetta attraverso l'applicazione dell'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 81/2015, appare, grazie anche alla sentenza della Corte d'Appello di Torino, assai più «comoda» e lineare. Essa consente, infatti, di sottoporre i rapporti di collaborazione per i quali sia accertata la cd. etero-organizzazione alle tutele del lavoro subordinato senza dover procedere a una loro ri-qualificazione come rapporti di lavoro subordinato (processo che, di fatto, potrebbe risultare sempre più complicato dall'adozione da parte delle imprese/piattaforme di modalità organizzative che rendano meno evidente la sussistenza dell'eterodirezione).

3.2. — La principale obiezione al ragionamento del giudice di secondo grado riguarda, tuttavia, la qualificazione della fattispecie delle collaborazioni etero-organizzate come un terzo genere, rispetto al lavoro subordinato e alle collaborazioni coor-

dinate e continuative. Per quanto non priva di supporto in dottrina, si tratta di un'opzione interpretativa che non si ritiene di poter condividere, quand'anche le si intenda attribuire una valenza puramente descrittiva. Ciò nella misura in cui a essa è sotteso l'intento – cui si è accennato *supra*, *sub* 1, lett. *a* – di disegnare, nello spazio ricompreso tra potere di eterodirezione e potere di coordinamento, un potere del committente che si specifichi in un qualcosa di qualitativamente diverso dall'uno e dall'altra.

Chi scrive ha già avuto modo di ragionare in altre occasioni su questo tema, giungendo ad argomentare nel senso della integrale riconducibilità delle collaborazioni *ex* art. 2, c. 1, nell'ambito del *genus* delle co.co.co., così come qualificate dalla novella dell'art. 409, n. 3, c.p.c. La particolarità delle collaborazioni etero-organizzate, rispetto alle altre, sta nel fatto che in esse l'accordo delle parti, al quale spetta di determinare le «modalità di coordinamento», ha in realtà rimesso al committente il compito di fissare (quel)le modalità *non solo contenutistiche, ma anche spazio-temporali* della prestazione. In tal senso la fattispecie prevista dall'art. 2, c. 1, è quella in cui, per effetto dell'accordo tra le parti, è lo stesso committente che deve provvedere a stabilire le coordinate del proprio assetto organizzativo in cui deve inserirsi l'attività del collaboratore; e ciò ferma restando (come precisa l'art. 409, n. 3, c.p.c.), per altro verso, l'autonoma organizzazione dell'esecuzione della prestazione stessa da parte del prestatore d'opera, secondo i canoni generali dedotti dall'art. 2222 c.c. D'altro canto, va al riguardo ricordato quanto altrove già sottolineato, e cioè che se è vero che l'art. 2, c. 1, parla di «modalità organizzate», non è difficile scorgere in questo una improprietà linguistica che va oggi riletta alla luce del nuovo art. 409, n. 3, c.p.c., dove si parla, appunto, di modalità di coordinamento, trovandoci in ogni caso di fronte a delle collaborazioni coordinate e continuative (Carabelli 2018, 49 ss.).

Si tratta di un'interpretazione che risponde anzitutto a un'istanza semplificatrice, evitando la necessità di individuare elementi qualificatori differenziali dell'etero-organizzazione rispetto (non solo al potere direttivo, ma anche) al coordinamento, come invece è costretta a fare la Corte d'Appello, la quale, con una certa difficoltà, dichiara di volerli individuare nella «effettiva integrazione funzionale del lavoratore nell'organizzazione», che però, a ben vedere, altro non è se non proprio l'obiettivo del coordinamento! D'altronde, la debolezza di questa costruzione può essere agevolmente individuata nella necessità, evidentemente percepita dalla stessa Corte, di appoggiare, poi, il ragionamento a fini qualificatori del preteso *tertium genus* su un diverso e decisivo aspetto: la differenza tra etero-organizzazione e coordinamento starebbe, in realtà, nella unilateralità della prima e nella contrattualità del secondo. Si è già accennato – *supra*, *sub* 1, lett. *b* – a come questa differenziazione risulti, a sua volta, in sostanziale contraddizione con l'affermazione di una differenziazione contenutistica tra etero-organizzazione e coordinamento. Qui si deve ancora sottolineare come essa sembri trascurare che un potere unilaterale di coordinamento, o *etero-coordinamento tout court* (come riteniamo debba essere qualificato, alla luce di quanto sopra precisato, quello che viene altrimenti chiamato potere di etero-organizzazione), possa derivare, appunto, dalla consensuale attribuzione del medesimo al committente, in fase di conclusione del contratto di collaborazione *ex* art. 409, n. 3, c.p.c. (ovvero, si deve per completezza aggiungere, dall'esercizio di fatto del potere di coordinamento da parte del committente stesso in contrasto con l'accordo, oppure nel silenzio dello stesso).

Vale la pena sottolineare come la costruzione appena proposta abbia ulteriori vantaggi dalla sua parte. Essa spiega meglio, da un lato, la conservazione della natura autonoma del rapporto (l'art. 2, c. 1, parla di committente), nonostante l'estensione a esso delle tutele previste per il lavoro subordinato, e, dall'altro lato, la presenza nella norma dell'espressione «*anche* con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro» (altrimenti difficilmente spiegabile, come appare evidente pure nella sentenza qui annotata). Infine, ma questo è evidentemente un aspetto non solo di tecnica, ma anche di politica del diritto, la predetta costruzione fonda una sostanziale *alternatività* tra eterodirezione del datore di lavoro subordinato e coordinamento (contenutistico e spazio/temporale) del committente; in tal modo essa garantisce un'applicazione più estesa dell'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 81/2015, facendo derivare quest'ultima dalla semplice verifica dell'esercizio effettivo da parte del committente di un potere che, senza essere di eterodirezione, risulti di etero-coordinamento. Per tale via, d'altro canto, viene resa altresì giustizia effettiva alle finalità antifraudolente sottese alla disposizione, la cui funzione precipua parrebbe essere di evitare che le collaborazioni coordinate e continuative, grazie all'etero-coordinamento imposto al collaboratore dal committente e alla sua ombrosa familiarità con l'eterodirezione, assicurino all'impresa vantaggi organizzativi comparabili a quelli del lavoro subordinato, fungendo nel contempo da strumento di fuga dal sistema delle tutele (quantunque sempre più ridotte) previste per esso. Ma su questo aspetto si tornerà tra breve.

3.3. — Un'ultima considerazione, ancora su questa parte della sentenza relativa alla qualificazione del rapporto di lavoro dei ricorrenti originari. Sempre in tema di collaborazioni etero-organizzate, la Corte d'Appello, sul presupposto che le medesime debbano essere caratterizzate dal requisito della «continuatività» (proprio in quanto collaborazioni continuative...), afferma che tale carattere «deve essere valutato in senso ampio, tenuto conto della funzione di tutela della norma e della peculiarità (e continua evoluzione) dei rapporti di lavoro che è chiamata a disciplinare. Va quindi intesa, da un lato, come non occasionalità e, dall'altro, riguardo alla esecuzione della prestazione, come svolgimento di attività che vengono (anche se intervallate) reiterate nel tempo al fine di soddisfare i bisogni delle parti». Alla luce di quanto sopra, la Corte ha ritenuto che, date le modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, il requisito della continuatività fosse da considerarsi sussistente nel caso deciso.

Si ritiene di dover condividere questa impostazione della Corte, la quale merita di essere segnalata, tra l'altro, per alcune importanti implicazioni da essa derivanti in merito a una nuova tendenza che sembra diffondersi in relazione alle modalità di impiego dei *riders* da parte delle piattaforme: il sempre più frequente ricorso alla formula del lavoro autonomo occasionale.

In verità, la sentenza della Corte d'Appello di Torino potrebbe aprire scenari – in un certo senso – inusitati che paiono andare oltre il caso deciso. Nella misura in cui le collaborazioni etero-coordinate, come sopra individuate, sono ormai in grado di garantire ai lavoratori la possibilità di accedere alle tutele del lavoro subordinato, balza all'evidenza che, così come la storia degli anni più recenti ha visto una progressiva «fuga» dal lavoro subordinato verso le collaborazioni coordinate e continuative, in ragione del minor costo del lavoro da esse assicurato alle imprese, un fenomeno analogo potrebbe riguardare nel prossimo futuro le collaborazioni etero-coor-

dinate, sia attraverso il mascheramento dell'etero-coordinamento con forme di coordinamento negoziato, sia, più probabilmente, con la «fuga» verso il lavoro autonomo occasionale.

Ebbene, mentre per il primo profilo sarà necessario un perfezionamento dei mezzi (criteri) di accertamento per la verifica della sussistenza o meno dell'etero-coordinamento (ovvero reciprocamente di un coordinamento effettivamente, specificamente e interamente concordato), sotto il secondo dovrebbe venire in risalto la questione del contrasto tra la pretesa occasionalità del rapporto e l'effettiva continuità del medesimo; contrasto che potrà essere risolto proprio sulla base delle precise indicazioni della stessa Corte. Insomma, una puntuale verifica affinché non vi siano comportamenti in frode alla legge diviene non solo opportuna, ma indispensabile, al fine di assicurare l'applicazione ai collaboratori etero-coordinati, *ex art. 2, c. 1*, delle tutele del lavoro subordinato (la cui deroga, lo si segnala, è consentita dal *c. 2* della medesima disposizione tramite intervento della contrattazione collettiva e non, invece, all'accordo individuale).

D'altro canto, non è forse inutile ricordare come un problema analogo sia affiorato anche in relazione alle prestazioni di lavoro che è consentito procacciarsi con i nuovi *vouchers* introdotti dall'*art. 54-bis* della legge n. 96/2017 (di conversione del d.l. n. 50/2017); prestazioni sulla cui natura assolutamente occasionale (pena, in caso di frode, la conversione in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato) ha avuto modo di soffermarsi la Corte di Cassazione (Ufficio centrale per il referendum) nella nota ordinanza del 29 novembre 2017, con la quale, esattamente in ragione di questo specifico e tipico carattere della nuova fattispecie, ha ritenuto inammissibile il referendum richiesto dalla Cgil rispetto alla nuova disciplina.

3.4. — Infine, un'ultima considerazione va fatta rispetto a un passaggio della sentenza riguardante le conseguenze dirette della condanna del committente in forza dell'*art. 2, c. 1, d.lgs. n. 81/2015*. A questo riguardo si è accennato più sopra che la Corte d'Appello, pur avendo riconosciuto che deve applicarsi agli appellanti la disciplina del lavoro subordinato, ha poi respinto la domanda relativa all'estensione della tutela in materia di licenziamento con un passaggio assai rapido, nel quale sono sostanzialmente raccolte due motivazioni. La prima è che non v'è il riconoscimento della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato; la seconda è che si trattava di rapporti di lavoro a termine, che non hanno subito un'interruzione *ante tempus*, ma semplicemente non sono stati rinnovati alla loro scadenza naturale.

Orbene, mentre la seconda motivazione appare dirimente e totalmente condivisibile, rispetto alla prima si dovrebbe forse effettuare qualche precisazione. Al riguardo, è da ritenere che la Corte abbia inteso accogliere la tesi che ipotizza un'applicazione selettiva delle tutele del lavoro subordinato ai collaboratori etero-coordinati, escludendo cioè quelle direttamente correlate all'essenza della subordinazione, visto che le collaborazioni etero-coordinate restano comunque di natura autonoma. Ne conseguirebbe che, poiché alla mancanza di eterodirezione corrisponde l'assenza di un potere gerarchico-disciplinare, risulta conseguentemente inapplicabile ai collaboratori etero-coordinati la disciplina in tema di licenziamento disciplinare. Se ciò è vero, peraltro, non si comprenderebbe perché dovrebbero essere escluse discipline

di tutela che non presuppongono il potere di eterodirezione, e tra queste, per quanto qui più interessa, quelle in tema di licenziamento economico, che sembrano attenere piuttosto al generale potere di organizzazione dei mezzi di produzione; ciò tenuto conto, tra l'altro, del fatto che anche le collaborazioni etero-coordinate – come d'altronde tutte le collaborazioni coordinate e continuative – possono essere *a tempo indeterminato*.

Su questo aspetto, peraltro, sarà necessario sviluppare ulteriori riflessioni, non essendo possibile soffermarsi ancora in questa prima analisi a caldo dell'importante pronuncia della Corte d'Appello di Torino, la quale rimarrà comunque, assai probabilmente, nella memoria del diritto del lavoro per «aver avuto il coraggio» di applicare per la prima volta l'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 81/2015, ai rapporti di collaborazione dei *riders*.

Riferimenti bibliografici

- Carabelli U. (2018), *Collaborazioni e lavoro occasionale tra autonomia e subordinazione*, in Carabelli U., Fassina L. (a cura di), *Il lavoro autonomo e il lavoro agile alla luce della legge n. 81/2017*, Ediesse, Roma, 41 ss.
- Spinelli C. (2018), *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, Bari, 105 ss.

Umberto Carabelli
Direttore di RGL

Carla Spinelli
*Professoressa associata di Diritto del lavoro
presso l'Università di Bari «Aldo Moro»*

CORTE D'APPELLO ROMA, 24.5.2018 – Pres. Pascarella, Est. Pirone – L.T.A. (avv. Salvagni) c. E.W. (avv.ti Fortunat, Motroni, Musti).

Licenziamento individuale – Licenziamento per g.m.o. – Lavoratore somministrato – Obbligo di *repêchage* – Onere della prova – Manifesta insussistenza del fatto – Reintegrazione – Ultima retribuzione globale di fatto.

Il licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo al lavoratore somministrato è illegittimo in presenza di occasioni di lavoro che si sarebbero potute utilmente proporre al prestatore di lavoro: la violazione dell'obbligo di repêchage integra la manifesta insussistenza del fatto e può dunque essere disposta la reintegrazione nel posto di lavoro. L'indennità di disponibilità è solo una componente dell'ultima retribuzione globale di fatto per il calcolo dell'indennità risarcitoria. (1)

(1) REINTEGRAZIONE DEL LAVORATORE SOMMINISTRATO
E OBBLIGO DI *REPÊCHAGE*

1. — Fin dal 2012, all'indomani della riforma della disciplina di tutela contro i licenziamenti illegittimi, l'interpretazione delle novità in materia di giustificato motivo oggettivo ha impegnato le riflessioni della dottrina e le decisioni della giurisprudenza. Il caso in esame si inserisce nel dibattito, con la specificità di riguardare la somministrazione di lavoro, affrontando il tema della possibilità di reintegrazione del lavoratore ingiustamente licenziato in caso di manifesta insussistenza delle ragioni economiche addotte. La decisione della Corte d'Appello di Roma statuisce infatti sul reclamo proposto dal lavoratore nel corso del cosiddetto rito Fornero, in seguito alla sentenza di accoglimento parziale dell'opposizione proposta dall'agenzia di somministrazione; pronuncia che, pur riconoscendo l'illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo per insussistenza del fatto, aveva tuttavia escluso la reintegrazione del lavoratore, cui nella fase sommaria l'agenzia era stata condannata.

La vicenda alla base della decisione in commento riguarda un lavoratore dipendente di un'agenzia di somministrazione di manodopera, con contratto a tempo indeterminato. Dopo essere stato impiegato presso una impresa utilizzatrice, terminata la missione, il lavoratore viene posto in disponibilità, ricevendo la relativa indennità fino alla cessazione del rapporto di lavoro, avvenuta con licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo. All'esito del giudizio di primo grado, il Tribunale giudica insufficienti i tentativi di ricerca di un ricollocamento del lavoratore da parte dell'agenzia, verificando anche come vi sarebbero state concrete possibilità di occupare il lavoratore presso almeno un'altra impresa utilizzatrice. Per queste ragioni, in base all'art. 18, c. 7, St. lav., il licenziamento viene ritenuto illegittimo, e, sussistendo la manifesta insussistenza del fatto, la Corte d'Appello ordina la reintegrazione del lavoratore.

2. — L'applicabilità della misura della reintegrazione a fronte del riconoscimento dell'illegittimità del licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo è la questione problematica del giudizio in commento, che ha infatti visto oscillare la decisione tra la reintegrazione e la tutela indennitaria forte, a seconda che si riconoscesse o meno la manifesta insussistenza del fatto. Da una parte, il giudice che ha deciso sull'opposizione dell'agenzia ha negato che essa ricorresse, aderendo alla posizione dottrinale che assegna alla tutela reintegratoria uno spazio residuale, riservandola ai soli casi di pretestuosità del licenziamento e di «torto marcio» del datore di lavoro (Vallebona 2012). Dall'altra, nella prima fase sommaria del giudizio, così come presso la Corte d'Appello di Roma nella decisione in commento, si ordina la reintegrazione, rilevando come il fatto posto alla base del licenziamento sia manifestamente insussistente. In tal senso, deve segnalarsi come sia ormai ampiamente maggioritaria in dottrina l'interpretazione secondo cui, valutando estensivamente il concetto di fatto, debba comprendersi in esso non solo il fatto materiale, ma anche il più ampio fatto giuridico: il recesso dal contratto da parte del datore di lavoro non può quindi che basarsi su elementi pertinenti a fondare un licenziamento. La riforma della legge n. 92/2012 non ha peraltro modificato le nozioni di giusta causa e di giustificato motivo, che devono dunque essere considerate secondo le definizioni contenute nella l. n. 604/1966. In tal caso, quindi, il licenziamento dovrebbe essere determinato da «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa», secondo una nozione assai ampia che ricomprende sostanzialmente qualunque riorganizzazione che porti all'eliminazione di posti di lavoro.

Ad arginare il ricorso indiscriminato al giustificato motivo oggettivo sta allora l'elaborazione, in capo al datore di lavoro, dell'obbligo di ricercare possibilità alternative di reimpiego del lavoratore in esubero rispetto alle nuove esigenze aziendali. L'obbligo di *repêchage*, di elaborazione giurisprudenziale, sembra allora poter rappresentare il bilanciamento tra la libertà di iniziativa economica privata e il diritto al lavoro: la ricerca di possibilità di conservazione dell'occupazione del dipendente, infatti, nel caso anche impiegando il lavoratore in mansioni inferiori, si accosta e completa la riorganizzazione aziendale non sindacabile dal giudice, in quanto espressione discrezionale della libertà d'impresa costituzionalmente garantita. L'obbligo di *repêchage*, tuttavia, oltre a non essere previsto dal diritto positivo, risulta talvolta difficilmente azionabile, in quanto si configura come obbligo di *facere*, con tutte le difficoltà di tutela che emergono in caso di inadempimento.

Pur apparendo ormai ampiamente confermata dalla giurisprudenza l'esistenza di questo obbligo, peraltro, restano oggetto di dibattito sia l'onere probatorio rispetto all'impossibilità di reimpiego del lavoratore, sia la natura dell'obbligo rispetto al giustificato motivo di licenziamento e se l'inadempimento datoriale nella ricerca integri la manifesta insussistenza del fatto posto alla base del recesso.

3. — Ferma restando l'insindacabilità dei profili di opportunità delle scelte datoriali, continua a potersi valutare in sede giudiziaria l'effettività e non pretestuosità della ragione concretamente addotta a giustificazione del recesso e, con essa, l'esistenza di un nesso causale tra tale ragione e il licenziamento intimato. È dunque protetta dal principio di libertà economica qualunque scelta di riorganizzazione, anche se non dettata da crisi aziendali o da più generali situazioni economiche sfavorevoli: la modifica del-

l'assetto organizzativo è infatti sufficiente a integrare un giustificato motivo oggettivo di licenziamento quando vi sia una causalità tra la nuova struttura e l'esubero del lavoratore, quindi anche nei casi in cui la scelta imprenditoriale dipenda dall'esternalizzazione dell'attività lavorativa, dalla ripartizione della mansione tra altri lavoratori o dalla soppressione del posto di lavoro in seguito a innovazioni tecnologiche dei processi. Alla luce dell'ampia libertà nelle scelte organizzative di impresa in capo al datore di lavoro, sembra potersi affermare che l'obbligo di *repêchage* sul piano processuale debba tradursi in un «obbligo del datore di lavoro di provare l'impossibilità di adibire il lavoratore da licenziare ad altre mansioni nell'ambito dell'organizzazione aziendale» (Cass. 29.11.2016, n. 24265, inedita a quanto consta). L'onere della prova, come brevemente confermato anche nella pronuncia della Corte d'Appello di Roma in commento, ricade quindi sul datore di lavoro, anche in virtù del principio civilistico di prossimità della prova. Il rischio che sia richiesta al datore di lavoro una *probatio diabólica* è comunque escluso dalla giurisprudenza in materia di onere della prova di fatti negativi, la cui dimostrazione può ben essere fondata sull'allegazione di fatti e circostanze di tipo indiziario o facendo uso di presunzioni. In precedenza, tuttavia, in virtù del principio di cooperazione processuale nell'accertamento di un possibile *repêchage*, gravava sul datore di lavoro l'onere di provare l'impossibilità di ricollocare il lavoratore solo in conseguenza dell'indicazione, da parte di quest'ultimo, dei posti vacanti che egli avrebbe potuto utilmente ricoprire, così divaricando l'onere della prova, in capo al datore di lavoro, e quello di allegazione, in capo al lavoratore (Si vedano, tra le altre, Cass. 6.10.2015, n. 19923, in *De Jure*; Cass. 3.3.2014, n. 4920, in *DeG online*; Cass. 8.11.2013 n. 25197, inedita a quanto consta). Due recenti sentenze – Cass. 22.3.2016, n. 5592, e Cass. 13.6.2016, n. 12101 (Entrambe in *RGL*, 2016, II, 302 ss.) – precisano il tema, riconducendo l'onere della prova totalmente in capo al datore di lavoro.

4. — A tale considerazione processuale corrisponde peraltro anche la questione interpretativa in merito alla natura dell'obbligo di *repêchage*. Oltre che al principio di prossimità della prova, infatti, la Suprema Corte riconduce l'onere della prova dell'impossibilità di ricollocazione in capo al datore di lavoro considerando l'adempimento dell'obbligo di *repêchage* come parte integrante del giustificato motivo, la cui sussistenza deve essere provata dal datore di lavoro, come previsto dall'art. 5, l. n. 604/1966. In tal senso conclude anche il giudice della pronuncia in commento: l'agenzia di somministrazione omette infatti di fornire la prova dell'impossibilità di ricollocamento del lavoratore, rispondendo alle allegazioni del lavoratore circa l'esistenza di un posto in un'azienda utilizzatrice nel medesimo settore e con mansioni equivalenti alla sua professionalità con l'argomento, invero nemmeno dimostrato, di una chiamata nominativa per un altro lavoratore da parte dell'utilizzatore; possibilità peraltro non prevista dalla normativa sulla somministrazione di manodopera. Il riconoscimento dell'obbligo di *repêchage* come elemento interno alla fattispecie del giustificato motivo oggettivo non è comunque pacifico. Al contrario, parte della dottrina (Persiani 2016; Santoro Passarelli 2015) sostiene che tale obbligo non rientri tra gli elementi costitutivi della fattispecie del giustificato motivo oggettivo, e in tal senso si pone anche la giurisprudenza fin qui maggioritaria, che, nelle decisioni di merito, considera frequentemente l'obbligo di *repêchage* come esterno al fatto posto alla base del licenziamento in quanto mera conseguenza del licenziamento stesso (Tra le deci-

sioni edite: T. Milano 20.11.2012, in *MGL*, 2013, n. 1, 39 ss.; T. Roma 13.9.2017, in *G.Lav.*, 2018, n. 13, 5 ss.). Di segno opposto sono invece i contributi di autorevole dottrina, che riconoscono l'obbligo in questione come elemento costitutivo del giustificato motivo, la cui violazione deve essere considerata anche rispetto alla sussistenza del fatto posto alla base del licenziamento (In tal senso: Speciale 2012; Scarpelli 2013; Perulli 2012; Carinci 2013); orientamento cui sembra aderire la più recente giurisprudenza di legittimità (Cass. 2.5.2018, n. 10435, in *DeG*, 2018, fasc. 78, 8).

5. — In tal senso, torna ad applicarsi, come tutela avverso il licenziamento illegittimo, la reintegrazione, il cui spazio pure era stato progressivamente ridotto da scelte di politica legislativa. A questa volontà del legislatore si appellano peraltro quei commentatori che interpretano la lettera dell'art. 18, c. 7, St. lav., come novellato dalla legge n. 92/2012, nel senso di una generale limitazione della tutela reintegratoria, con il ricorso alla stessa nei soli casi di pretestuosità del licenziamento. Nel caso in commento, sul punto, deve segnalarsi la riflessione in merito all'insussistenza del fatto operata dal giudice dell'opposizione, oggetto del reclamo, che pur verificando l'illegittimità del licenziamento per violazione dell'obbligo di *repêchage* ritiene che la reintegrazione debba essere esclusa perché l'insussistenza non sarebbe manifesta, dovendosi intendere per manifesta insussistenza la totale infondatezza del licenziamento. La questione logico-sintattica sottesa nel concetto di «manifesta insussistenza» era già stata affrontata eloquentemente in dottrina, sottolineando come non si possano distinguere i fatti insussistenti da quelli manifestamente insussistenti, giacché i fatti o esistono o non esistono (Maresca 2012). Nel caso in commento, la conclusione sulla non manifesta insussistenza del fatto, comunque, viene ribaltata dal giudice del reclamo, con il riferimento a una recente pronuncia della Suprema Corte: Cass. 2.5.2018, n. 10435, cit. Secondo questo orientamento, l'impossibilità di ricollocazione del lavoratore integrerebbe infatti un elemento costitutivo della fattispecie del giustificato motivo: la violazione dell'obbligo correlato può quindi rilevare, anche di fronte a un'effettiva modifica dell'assetto organizzativo dell'azienda, nel giudizio di insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento, di fronte al quale si applica la tutela reintegratoria. Giova ricordare, peraltro, che la tutela reintegratoria rappresenta un risarcimento in forma specifica, cui in ambito civilistico viene assegnata preferenza salvo tale forma di riparazione non sia eccessivamente onerosa per il debitore. In tal senso si pone anche la citata sentenza della Cassazione, che sembra finalmente chiarire il portato della possibilità, prevista dal comma 7 del nuovo art. 18, di ricorrere alla tutela reintegratoria: il dato letterale della norma elimina infatti l'automatismo del rimedio reale, che non viene però escluso, né tanto meno viene sacrificato *a priori* di fronte alla tutela indennitaria cui, in caso di insussistenza del giustificato motivo oggettivo, si dovrebbe ricorrere solo in caso di eccessiva onerosità della reintegrazione per l'impresa, con riferimento quindi alla situazione dimensionale ed economica di quest'ultima. Nel caso di specie, il giudice del reclamo, riconosciuta l'insussistenza del fatto, condanna l'agenzia di somministrazione alla reintegrazione del lavoratore ingiustamente licenziato, avuto riguardo del rilevante numero di impiegati e del sostanzioso ammontare del fatturato.

6. — Nella vicenda alla base della pronuncia in commento, l'insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo sembra rinveni-

bile anche nella specificità della somministrazione di manodopera: se, infatti, rispetto alla generalità del mercato del lavoro, il dibattito sulla natura dell'obbligo di *repêchage* può comprensibilmente restare aperto alla luce dei dubbi interpretativi generati dall'assenza dell'istituto nel diritto positivo, lo stesso non può dirsi quando la medesima violazione nella ricerca di opportunità di ricollocamento venga posta in essere da un'agenzia di somministrazione, in cui il *repêchage* è quasi definibile come parte del fine societario. Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento nell'ambito della somministrazione di manodopera rappresenta quindi un caso peculiare, dal momento che il rischio d'impresa risiede proprio nel collocamento dei lavoratori: il termine dei contratti di somministrazione con le imprese utilizzatrici, e con esso la fine della missione per i lavoratori, rappresenta una fase fisiologica e prevedibile nelle dinamiche aziendali dell'agenzia di somministrazione, che non dovrebbe quindi dover fondare un giustificato motivo oggettivo di licenziamento, così facendo gravare il rischio d'impresa sul lavoratore. Allo stesso modo, nel caso in commento, si chiarisce che l'ultima retribuzione globale di fatto, che rappresenta il riferimento per la quantificazione dell'indennità risarcitoria in caso di illegittimità del licenziamento, non può essere la sola indennità di disponibilità, dal momento che essa rappresenta soltanto una componente della retribuzione.

Riferimenti bibliografici

- Carinci M.T. (2013), *Fatto «materiale» e fatto «giuridico» nella nuova articolazione delle tutele ex art. 18 Statuto dei lavoratori*, in RDP, 1326 ss.
- Maresca A. (2012), *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto lavoratori*, in RIDL, n. 2, I, 443 ss.
- Persiani M. (2016), *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repêchage*, in GI, n. 5, 1164 ss.
- Perulli A. (2012), *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in ADL, n. 4-5, I, 800-801.
- Santoro Passarelli G. (2015), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in DRI, n. 1, 8 ss.
- Scarpelli F. (2013), *Giustificato motivo di recesso e divieto di licenziamento per rifiuto della trasformazione del rapporto a tempo pieno*, in RIDL, n. 1, II, 284 ss.
- Speziale V. (2012), *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in RIDL, n. 3, I, 563-564.
- Vallebona A. (2012), *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in DRI, 3 ss.

Roberta Covelli
*Dottoranda in Diritto del lavoro
presso l'Università di Milano «Bicocca»*

CORTE D'APPELLO NAPOLI, 3.5.2018 – Pres. Robustella, Est. de Marinis Gomez – D.A. (avv. Limatola) c. S. Srl (avv. ti Lombardi, Scotti Galletta).

Somministrazione di lavoro – Sicurezza sul lavoro – Nullità – Conversione – Risarcimento del danno – D.lgs. n. 81/2008 – D.lgs. n. 626/1994 – Art. 32, c. 5, l. n. 183/2010.

In caso di mancata predisposizione del documento di valutazione dei rischi, avente data certa e anteriore all'utilizzo del lavoratore somministrato, il contratto di somministrazione si converte in contratto a tempo indeterminato alle dipendenze dell'utilizzatore, con l'ulteriore diritto del prestatore al risarcimento del danno in misura forfettizzata. (1)

(1) SOMMINISTRAZIONE E MANCATA VALUTAZIONE DEI RISCHI

1. — Con la sentenza in commento, la Corte d'Appello di Napoli si pronuncia sulle conseguenze sanzionatorie derivanti dalla mancata predisposizione del documento di valutazione dei rischi da parte dell'imprenditore che ricorre alla somministrazione: più in particolare, in riforma della sentenza di primo grado, viene disposta la conversione del contratto di somministrazione in contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato alle dipendenze dell'utilizzatore, poiché quest'ultimo non aveva approntato il documento di valutazione dei rischi anteriormente all'utilizzo del lavoratore.

Nella vicenda in esame, la tematica generale della tutela della salute e sicurezza nell'ambiente di lavoro si intreccia con la protezione dei lavoratori precari: non va dimenticato come l'ordinamento vieti tassativamente la stipula di rapporti di lavoro a tempo determinato, di somministrazione e di lavoro intermittente da parte di quelle imprese che non abbiano stilato il documento di valutazione dei rischi (Gallo 2012; Voza 2009). Tale adempimento, oggi disciplinato dagli artt. 28 ss. del d.lgs. 81/2008 (cd. Testo Unico in materia di tutela di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro), è lo strumento principale che consente al datore di lavoro di approntare le misure di prevenzione antinfortunistica e di pianificarne l'attuazione, il miglioramento e il controllo per appurarne efficacia ed efficienza (Lai 2017); custodito presso l'unità produttiva cui si riferisce, costituisce la specificazione puntuale dell'obbligo generale di cui all'art. 2087 c.c. (Albi 2008; Lassandari 2009), in ragione del quale il datore di lavoro è contrattualmente obbligato ad adottare tutte le misure volte a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori.

Sulla base del tenore letterale della norma, che definisce la valutazione dei rischi come misura volta a «individuare le adeguate misure di prevenzione e di protezione» (art. 2, lett. g, del Testo Unico), ne consegue che il processo di valutazione – con relativa formalizzazione in atto scritto avente data certa – non debba realizzarsi a organizzazione data, ma si configuri come lo strumento per analizzare in prospettiva i rischi potenziali cui è esposto il lavoratore nell'esecuzione del contratto (Pascucci 2017).

La natura preventiva del documento di valutazione è ulteriormente suffragata dall'ordinamento eurounitario, posto che la Direttiva n. 89/391/Cee, normativa quadro in materia di salute e sicurezza durante il lavoro (Roccella, Treu 2016), all'art. 6, par. 2, lett. *a* e *b*, annovera tra gli obblighi generali di prevenzione gravanti sul datore di lavoro sia «evitare i rischi» sia «valutare i rischi che non possono essere evitati».

Tanto premesso, il legislatore è consapevole del fatto che la sicurezza dei lavoratori precari in azienda sia maggiormente esposta a pericoli in ragione della minore familiarità ed esperienza di questi ultimi con l'ambiente di lavoro (De Angelis 2013): in tal senso depone lo stesso art. 28, c. 1, del Testo Unico, che tra i rischi oggetto di valutazione annovera anche «quelli connessi alla specifica tipologia contrattuale attraverso cui viene resa la prestazione di lavoro».

Da ultimo, la protezione rafforzata della sicurezza del lavoratore precario è testimoniata dall'apparato sanzionatorio in materia di lavoro flessibile: ai sensi del d.lgs. n. 81/2015, se il datore di lavoro e l'utilizzatore non predispongono il documento di valutazione dei rischi, il lavoratore a termine e quello in somministrazione possono chiedere la trasformazione del rapporto in contratto a tempo indeterminato (artt. 20 e 38, c. 2); la sanzione della conversione, nonostante il silenzio della legge, dovrebbe operare anche per il lavoro intermittente all'insegna del principio di ragionevolezza, come del resto affermato dalla poca giurisprudenza pronunciata sulla questione (T. Milano 19.6.2017, n. 1806, in *DeJure*).

2. — La vicenda in esame è anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2015, applicandosi il d.lgs. n. 276/2003, che, nonostante varie modifiche, sin dall'entrata in vigore all'art. 27 aveva provveduto a tipizzare esplicitamente la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore quale sanzione in caso di inosservanza dei divieti di ricorso alla somministrazione. Per di più, il primo contratto veniva stipulato nel 2007, quando era vigente il d.lgs. n. 626/1994 come norma di riferimento in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Dagli atti di causa risulta come il ricorrente abbia prestato attività lavorativa in regime di somministrazione a tempo determinato presso una società utilizzatrice dal 2007 al 2011, e che il documento di valutazione dei rischi sia stato predisposto soltanto nel 2010, quindi molto dopo l'inizio delle varie missioni.

La conversione viene desunta dall'interpretazione sistematica della normativa applicabile *ratione temporis* letta attraverso la tecnica della norma inderogabile: tanto il d.lgs. n. 626/1994 quanto l'art. 20, c. 5, del d.lgs. n. 276/2003, nel prevedere rispettivamente l'obbligo di predisposizione del documento di valutazione dei rischi e il divieto di ricorso alla somministrazione per le imprese che non abbiano effettuato la predetta valutazione, sono norme imperative non suscettibili di alcuna deroga.

La Corte d'Appello di Napoli si muove nel solco del consolidato indirizzo di legittimità inaugurato nel 2012 con riferimento al contratto a termine (Cass. 2.4.2012, n. 5241, in *MGC*, 2012; in senso conforme C. App. L'Aquila 12.3.2015; C. App. Roma 11.10.2018; C. App. Bari 18.9.2018, tutte in *DeJure*; Cass. 24.10.2016, n. 21418, S. VI, in *MGC*, 2016; in dottrina Ciucciovino 2003; Dentici 2003; Menghini 2009), e dichiara la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato con l'utilizzatore alla luce della tecnica della norma inderogabile (Per tutti, cfr. De Luca Tamajo 1976): nella sentenza di Cassazione richiamata a fondamento della

decisione, l'obbligo di valutazione dei rischi viene considerato quale elemento costitutivo del contratto espressione di interessi generali; ove il documento difetti, troverà applicazione l'art. 1419, c. 2, c.c. quale tecnica di tutela effettiva del contraente debole: in presenza della violazione di una norma inderogabile, sarebbe irragionevole comminare la nullità totale *ex art.* 1419, c. 1, c.c., che in alcun modo gioverebbe al lavoratore (Cfr. C. cost. 11.5.1992, n. 210, in *GI*, 1993, 277 ss., con nota di Brollo), il quale potrebbe rivendicare soltanto le retribuzioni e il trattamento previdenziale per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione ai sensi dell'art. 2126 c.c.

Per di più, le considerazioni di carattere assiologico-sistematico vanno di pari passo con quelle strettamente tecnico-giuridiche: è lo stesso art. 1419 a prevedere al comma 2 che «la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative». In tal caso, la norma imperativa è costituita dall'indeterminatezza della durata del contratto, difettando *ab origine* il documento di valutazione dei rischi quale elemento legittimante la deroga alla durata *sine die* del sinallagma.

Se la somministrazione è nulla per violazione di norme imperative, ne consegue l'improduttività di effetti di un documento di valutazione tardivo per la presenza di un vizio strutturale, non suscettibile di essere sanato in progresso di tempo (Sul punto, vedi diffusamente Gazzoni 2013): come affermato dal giudicante, sulla base del dato letterale della normativa di riferimento (art. 20, c. 5, d.lgs. n. 276/2003, oggi sostituito dall'art. 20 del d.lgs. n. 81/2015), il lavoro somministrato è proibito *tout court* in assenza del documento di valutazione, senza che rilevi una eventuale verifica dell'assenza di rischi alla luce di un criterio di prognosi postuma; una predisposizione tardiva del documento, come nel caso di specie, rappresenterebbe soltanto una misura fraudolenta volta ad aggirare la norma imperativa a tutela della salute e sicurezza dei lavoratori.

3. — La Corte partenopea non si limita a dichiarare la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze dell'utilizzatore: quest'ultimo è altresì condannato a corrispondere al lavoratore un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto, applicandosi in via analogica la tecnica di tutela di cui all'art. 32, c. 5, l. n. 183/2010, prevista *ratione temporis* per il lavoro a termine.

Della correttezza della scelta della Corte napoletana non è dato dubitare: quest'ultima fa proprio un consolidato indirizzo di legittimità (Cass. 17.1.2013, n. 1148; Cass. 20.8.2014, n. 18046; Cass. 3.4.2018, n. 8148, tutte in *DeJure*; Cass. 6.10.2016, n. 20060, in *Ilgiuslavorista.it*, 3 febbraio 2017; Cass. 1.8.2014, n. 17540, in *DRI*, 2014, n. 4, 1126 ss., con nota di Panizza), che accomuna l'illegittima apposizione del termine alla somministrazione irregolare alla luce dell'identità di *ratio* tra le due fattispecie, imperniate sulla sostanziale trasformazione di un rapporto a termine in uno a tempo indeterminato (nel primo caso col medesimo datore, nel secondo con l'utilizzatore della prestazione); sino alla sentenza che disponga la conversione, il rapporto viziato da nullità è intercorrente tra utilizzatore e lavoratore ha caratteristiche analoghe a quelle del lavoro a termine, venendo quindi in rilievo l'art. 32, c. 5, l. n. 183/2010, che in termini generali si applica a tutti i «casi di conversione del contratto a tempo determinato».

Per di più, se non si seguisse tale opzione interpretativa, si arriverebbe alla soluzio-

ne manifestamente irragionevole per cui in caso di apposizione illegittima del termine il lavoratore avrebbe diritto a un'indennità forfettaria oscillante tra le 2,5 e le 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto; mentre, in caso di somministrazione irregolare, avrebbe diritto a un'indennità corrispondente alle retribuzioni non percepite *medio tempore* al netto dell'eventuale *aliunde perceptum* in conformità alle ordinarie regole civilistiche. In altri termini, a fronte del medesimo orizzonte temporalmente limitato delle prestazioni e al di là del *nomen iuris*, vi sarebbe una diversificazione delle tutele non sorretta da alcuna ragionevole giustificazione.

Il predetto indirizzo interpretativo è stato di recente positivizzato dal legislatore con l'entrata in vigore del *Jobs Act* (Aimo 2017), che tende a predeterminare le indennità risarcitorie nell'ottica del contenimento dei costi a carico del datore di lavoro (Speziale 2016): gli artt. 28, c. 2, e 39, c. 2, del d.lgs. n. 81/2015 prevedono infatti che, nei casi di trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato e di costituzione di un rapporto di lavoro subordinato con l'utilizzatore, il giudice condannerà il datore di lavoro al risarcimento del danno in favore del lavoratore, stabilendo un'indennità onnicomprensiva oscillante tra le 2,5 e le 12 mensilità di riferimento per il calcolo del Tfr, avuto riguardo ai criteri di cui all'art. 8, l. n. 604/1966.

Rispetto all'abrogato art. 32, c. 5, l. n. 183/2010, ciò che cambia è la base di calcolo dell'indennità risarcitoria, non più funzione della retribuzione globale di fatto, ma dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto: in tal modo si apre la strada a risarcimenti potenzialmente esigui in ragione del meccanismo di calcolo del Tfr di cui all'art. 2120 c.c., che consente all'autonomia collettiva di derogare al criterio di onnicomprensività della retribuzione.

Riferimenti bibliografici

- Aimo M. (2017), *Il lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, Giappichelli, Torino, 1 ss.
- Albi P. (2008), *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087*, in Busnelli F.D. (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1 ss.
- Ciucciiovino S. (2013), *I requisiti sostanziali (soggettivi ed oggettivi) dei contratti a termine*, in Del Punta R., Romei R. (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 99 ss.
- De Angelis N. (2013), *Omessa valutazione dei rischi e conseguente nullità della clausola di apposizione del termine al contratto di lavoro*, in *RIDL*, n. 1, II, 11 ss.
- De Luca Tamajo R. (1976), *La norma inderogabile nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli.
- Dentici L.M. (2003), *L'articolazione dei divieti nella nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in Garilli A., Napoli M. (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 101 ss.
- Gallo M. (2012), *La nozione di valutazione dei rischi nel divieto di lavoro a termine*, in *MGL*, 862 ss.
- Gazzoni F. (2013), *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli.
- Lai M. (2017), *Il diritto della sicurezza sul lavoro tra conferme e sviluppi*, Giappichelli, Torino, 1 ss.

- Lassandari A. (2009), *La sicurezza sul lavoro*, in Vallebona A. (a cura di), *I contratti di lavoro*, Utet, Torino, 641 ss.
- Menghini L. (2009), *Il lavoro a termine*, in Vallebona A. (a cura di), *I contratti di lavoro*, Utet, Torino, 957 ss.
- Pascucci P. (2017), *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro: il Titolo I del d.lgs. n. 81/2008 dopo il Jobs Act*, Aras, Fano, 1 ss.
- Roccella M., Treu T. (2016), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Cedam, Padova.
- Speziale V. (2016), *La mora del creditore nel rapporto di lavoro di Giorgio Ghezzi*, in *LD*, XXX, n. 3, 501 ss.
- Voza R. (2009), *Il contratto di lavoro intermittente*, in Vallebona A. (a cura di), *I contratti di lavoro*, Utet, Torino, 1255 ss.

Silvio Bologna
*Ricercatore di Diritto del lavoro
presso l'Università di Palermo*

I

TRIBUNALE MILANO, 24.9.2018, [ord.](#) – Est. Colosimo – P.I. (avv. Balestro) c. C.F. Cooperativa italiana ristorazione s.c., (avv.ti Guida, Ghezzi).

Licenziamento individuale – Disabilità – Malattia – Periodo di comportamento – Discriminazione – Sussiste.

Disabilità – Ragionevole accomodamento – Art. 3, c. 3-bis, d.lgs. n. 216/2003 – Necessità.

Costituisce discriminazione indiretta la previsione del medesimo periodo di comportamento per lavoratori disabili e non disabili, considerato che i portatori di disabilità sono soggetti, a causa della loro condizione, al rischio di maggiori assenze rispetto a lavoratori affetti da patologie contingenti di breve durata o comunque con una durata limitata nel tempo, con conseguente esclusione dal computo del termine di comportamento dei periodi di assenza che trovino origine nella patologia causa stessa della disabilità. (1)

Nel caso di persone portatrici di una particolare disabilità, il datore di lavoro è tenuto ad adottare, ai sensi dell'art. 3, c. 3-bis, d.lgs. n. 216/2003, ogni ragionevole accomodamento necessario per garantire a tali persone la piena eguaglianza con gli altri lavoratori. (2)

II

TRIBUNALE MANTOVA, 16.6.2018, [ord.](#) – Est. Fraccalvieri – G.V. (avv.ti Ghitti, Neri) c. S.A. Cooperativa sociale onlus (avv. Cannella).

Licenziamento individuale – Disabilità – Malattia – Periodo di comportamento – Discriminazione – Sussiste.

Costituisce discriminazione indiretta la previsione del medesimo periodo di comportamento per lavoratori disabili e non disabili, considerato che i portatori di disabilità sono costretti, a causa della loro condizione, a un numero di assenze di gran lunga superiore rispetto ai lavoratori che limitano le proprie assenze a casi di patologie contingenti di breve durata o comunque con una durata limitata nel tempo, con conseguente esclusione dal computo del termine di comportamento dei periodi di assenza che trovino origine nella patologia causa stessa dell'invalidità. (3)

(1-3) LICENZIAMENTO DEL DISABILE PER SUPERAMENTO DEL COMPORTO
E DISCRIMINAZIONE INDIRETTA

1. — Le ordinanze oggetto di commento affrontano la questione inerente la legittimità del licenziamento intimato per superamento del periodo di comportamento a causa di assenze derivanti dallo stato di disabilità del lavoratore.

Scendendo nel dettaglio dei casi in esame, il Tribunale di Mantova ha accolto il ricorso di un lavoratore avverso il licenziamento intimato per superamento del periodo di comportamento, al quale era stato diagnosticato un craniofaringioma, che lo costringeva a sottoporsi a intervento chirurgico e ad assentarsi dal lavoro per periodi non continuativi. All'esito dell'operazione, veniva dichiarato idoneo alle mansioni, ma successivamente subiva una recidiva che lo vedeva costretto nuovamente ad assentarsi dal lavoro derivandone altresì una invalidità pari al 75%.

Il giudice, investito della questione, ha dichiarato nullo il licenziamento ai sensi dell'art. 18, commi 1 e 2, St. lav., in quanto discriminatorio in ragione della disabilità, per violazione della normativa antidiscriminatoria di derivazione comunitaria, essendo state le assenze dal lavoro – in larghissima parte – determinate dalla patologia oncologica per la quale era stato dichiarato invalido civile.

Anche il Tribunale di Milano, in un diverso caso, dopo aver ricostruito la nozione di disabilità, giunge alle medesime conclusioni, dichiarando illegittimo il licenziamento intimato a una lavoratrice avviata al lavoro nelle quote di riserva di cui alla l. n. 68/1999, nonché l'esclusione dalla compagine sociale della cooperativa nella quale prestava la sua attività come addetta alla mensa.

Anche in tal caso, una parte significativa delle assenze erano riferibili a patologie correlate allo stato di disabilità. Il giudice, sebbene abbia accolto totalmente il ricorso, si sofferma anche sulla doglianza sollevata dalla ricorrente in via subordinata, riconoscendo comunque violato l'obbligo imposto in capo al datore di lavoro di effettuare gli accomodamenti ragionevoli per lo svolgimento di mansioni che siano compatibili con le sue condizioni fisiche.

2. — Le due ordinanze oggetto della presente nota consentono di svolgere alcune riflessioni in ordine al licenziamento discriminatorio, alla luce della normativa nazionale e sovranazionale in tema di disabilità.

In primo luogo, è bene circoscrivere il campo soggettivo di applicazione nel quale le due ordinanze si inseriscono, atteso che in entrambi i casi viene in rilievo la nozione di disabilità (La Macchia 2016).

Nel nostro ordinamento, la nozione di disabilità viene meglio specificata, seppur in modo diverso, dall'art. 3 della l. n. 104/1992, in tema di assistenza e integrazione sociale – che pone l'accento sulla persona con disabilità in quanto soggetto minorato –, e dall'art. 1, comma 1, lettere dalla *a* alla *d*, della l. 12.3.1999, n. 68, che, in tema di lavoro dei disabili, fornisce una nozione «quantitativa» in base al grado di invalidità e limitatamente all'inserimento lavorativo e alla protezione sul lavoro.

Tali nozioni, tuttavia, non coincidono con quanto elaborato a partire dalla nota decisione della Corte di Giustizia 11.7.2006, C-13/05, *Chacón Navas*, ove, al contrario, non vi è alcun riferimento normativo che ne dia una definizione.

Per questo, la Corte di Giustizia – investita di un rinvio pregiudiziale sull'interpretazione della Direttiva n. 2000/78, e in particolare sull'ambito di estensione della discriminazione fondata sulla disabilità – ha individuato quale punto focale di tale condizione la limitazione idonea a ostacolare la partecipazione della persona alla vita professionale derivante da una lesione psicofisica. Precisa poi che la direttiva citata non consente di ritenere che l'insorgere di qualsiasi malattia possa rientrare nel campo di applicazione della Direttiva n. 2000/78. In altre parole, le disposizioni a tutela dei soggetti con disabilità non possono estendersi alla malattia in sé considerata.

Il quadro così delineato è stato meglio precisato da successive pronunce che hanno preso a riferimento la nozione contenuta nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti della persona con disabilità del 13.12.2006, ratificata in Italia con l. 3.3.2009, n. 18, ove, ai sensi dell'art. 1, comma 2, «Le persone con disabilità includono quanti hanno minorazioni fisiche, mentali intellettuali o sensoriali a lungo termine che in interazione con varie barriere possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri» (In giurisprudenza, si veda: C. Giust. 11.4.2013, C-335/11 e C-337/11, *Hk Danmark*; C. Giust. 18.3.2014, Z., C-363/12; C. Giust. 18.12.2014, C-354/13, *Foa*; C. Giust. 1.12.2016, C-395/15, *Daouidi*; C. Giust. 9.3.2017, C-406/15, *Milkova*).

Sulla questione è intervenuta anche la recente sentenza 18.1.2018, C-270/16, *Ca. En. Ru. Co.*, richiamata in entrambe le pronunce oggetto di commento, ove la Corte di Giustizia ha precisato che la Direttiva n. 2000/78 può trovare applicazione soltanto nel caso in cui ricorra la nozione di disabilità così come elaborata a livello europeo, e a prescindere se questa coincida o meno con quella elaborata nei singoli Stati membri. Ne deriva che un soggetto può ben essere ritenuto disabile in base alla normativa interna, ma non necessariamente sarà considerato tale in base all'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia.

Applicando tali coordinate al caso di specie, non vi è dubbio che entrambi i lavoratori licenziati rientrassero nella definizione fornita dal giudice europeo, in quanto affetti da menomazioni di lunga durata idonee a incidere negativamente sulla vita professionale degli stessi (Cfr. T. Milano 11.2.2013, in *RCDL*, 2013, n. 1-2, 210 ss.).

Tale precisazione risulta di particolare rilevanza per una duplice ragione.

Da un lato, la direttiva comunitaria troverà applicazione soltanto quando si verterà in tema di disabilità e non si rientri nell'ambito della «mera» malattia (Per un approfondimento, si veda Topo 2014, 436 ss.). Dall'altro lato, la questione è dirimente, come nei casi oggetto delle ordinanze, attese le conseguenze che ne derivano in ordine alla computabilità delle assenze ai fini del superamento del periodo di comporta.

3. — I giudici di merito investiti delle questioni hanno fatto proprio l'orientamento della Corte di Giustizia nella sopra citata sentenza 18.1.2018, *Ca. En. Ru. Co.*, C-270/16, in riferimento alla computabilità nel periodo di comporta delle assenze legate alla patologia cui è affetto il lavoratore disabile (Sperna 2018, 35 ss.; Peruzzi 2017, 133 ss.).

Il principio affermato in quella sede, ma destinato a diventare un criterio interpretativo fondante, considera che applicare il medesimo periodo di comporta ai soggetti portatori di disabilità per le assenze legate a tale condizione e ai soggetti affetti da malattia costituisce una discriminazione indiretta.

Invero, l'art. 2, par. 2, lett. *b*, della Direttiva precisa che «sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, [...] rispetto ad altre persone...».

Tale principio, sostanzialmente riprodotto all'art. 2 del d.lgs. n. 216/2003, consente di affermare che l'applicazione del medesimo periodo di conservazione del posto di lavoro ai soggetti portatori di disabilità e a chi non è affetto da disabilità, ma che sia soltanto malato, violerebbe il principio di uguaglianza sostanziale *ex* art. 3, comma 2, Cost., in quanto significherebbe considerare in modo analogo situazioni del tutto diverse tra di loro.

Pertanto, dare applicazione a una disposizione che apparentemente risulta neutra – quale è la normativa in tema di comparto – comporterebbe una irragionevole disparità di trattamento, mettendo il lavoratore disabile in una indubbia posizione di svantaggio.

Chiarito tale aspetto, i giudici si interrogano altresì sul riparto dell'onere probatorio del licenziamento discriminatorio (Peruzzi 2017, 133 ss.).

Come noto, la soluzione dipende dalla tesi a cui si intende aderire in ordine alla nozione di licenziamento discriminatorio: se fattispecie autonoma, con la conseguenza che la prova incombe in capo al lavoratore (Ferraresi 2016, 148 ss.), o quale ipotesi di motivo illecito *ex* art. 1345 c.c., ove invece l'onere per il lavoratore sarebbe attenuato, potendo ricorrere anche a meri indizi (Marinelli 2017, 71 ss.; Biasi 2017, 162 ss.; Barbera 2013, 151 ss.; Carinci 2012, 641 ss.).

In questa ultima ipotesi va sicuramente ricondotto l'art. 28, d.lgs. n. 150/2011, richiamato nel caso di specie, il quale a ogni modo non prevede una totale inversione dell'onere della prova; il lavoratore deve allegare e provare la sussistenza di fatti idonei a fondare quantomeno la presunzione dell'esistenza di una condotta discriminatoria, con la conseguenza che sarà il datore di lavoro a dover fornire la prova liberatoria.

Sul punto, invero, preme ricordare come la Cassazione, sebbene nel caso di un licenziamento discriminatorio per ragioni di sesso, abbia accolto una nozione oggettiva di discriminazione che discende direttamente dalla violazione di specifiche norme di diritto interno (vd. artt. 4, l. n. 604/1966, e 15 St. lav.), nonché di diritto europeo (quale la Direttiva n. 2000/78).

Infine, quanto alla tutela applicabile, attesa la natura discriminatoria dei licenziamenti in esame, non vi è dubbio che la violazione ricada nell'alveo dell'art. 18, commi 1 e 2, St. lav.: normativa *ratione temporis* applicabile ai due casi in oggetto, prevedendo una tutela reintegratoria ed economica.

4. — Le due ordinanze accolgono totalmente la domanda dei ricorrenti per le argomentazioni sopra esposte, ma le stesse consentono di svolgere qualche breve considerazione su un tema che è oggetto di una recente evoluzione interpretativa.

All'uopo, preme ricordare che la direttiva più volte citata ha come finalità quella di garantire la parità di trattamento del soggetto affetto da disabilità, e che tale fine può essere realizzato non soltanto mediante una interpretazione comunitariamente orientata, ma, come rilevato nella sentenza del Tribunale di Mantova, mediante l'adozione di misure volte a prevenire e compensare gli svantaggi del lavoratore disabile.

Invero, l'art. 5 della Direttiva prevede l'obbligo del datore di lavoro di adottare «*i provvedimenti appropriati*, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere a un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro *un onere finanziario sproporzionato*» (Sul tema: Sperna 2018, 35 ss.; Zani 2018; Voza 2015, 771 ss.).

Su tale aspetto, i due ricorrenti avevano in via subordinata prospettato anche tale violazione in capo ai datori di lavoro, sebbene tali censure siano state poi assorbite dalla domanda principale.

La questione, tuttavia, merita un breve approfondimento, dacché il Considerando n. 21 della Direttiva n. 2000/78 precisa che per determinare se le misure in questione diano luogo a oneri finanziari sproporzionati è necessario tener conto dei costi, finanziari e di altro tipo, delle dimensioni e delle risorse finanziarie della organizzazione o della impresa, della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni.

Inoltre, l'art. 3, comma 3-*bis* del d.lgs. n. 216/2003, introdotto dall'art. 4-*ter* della l. n. 99/2013, a seguito della procedura di infrazione per mancata attuazione della direttiva (C. Giust. 4.7.2013, C-312/11, *Commissione c. Italia*), impone a tutti i datori di lavoro, pubblici o privati, di adottare gli «accomodamenti ragionevoli» nei luoghi di lavoro.

Tale previsione, volta a garantire il rispetto del principio di parità di trattamento delle persone disabili, non definisce però quali siano gli accomodamenti ragionevoli.

Soccorre in tal senso la Convenzione delle Nazioni Unite, ratificata dall'Italia con la l. n. 18/2009, ove, all'art. 2, al fine di garantire a tutti i soggetti in tal modo protetti la piena eguaglianza con gli altri lavoratori, prevede che per accomodamento ragionevole deve intendersi ogni modifica o adattamento che non impone «un carico sproporzionato ed eccessivo».

Pertanto, dalla lettura combinata della direttiva comunitaria e della Convenzione delle Nazioni Unite, si deduce che il datore è tenuto a effettuare ogni ragionevole adattamento, financo di natura organizzativa, con il limite della misura concretamente sproporzionata dei costi finanziari all'uopo necessari.

La stessa giurisprudenza europea ha fornito elementi utili al fine di dare concretezza a tali affermazioni.

Le pronunce della Corte di Giustizia dell'11.4.2013, C-335/11 e C-337/116, *Hk Danmark*, e del 4.7.2013, C-312/11, *Commissione europea c. Repubblica italiana*, in attuazione dei Considerando 20 e 21 della Direttiva citata, prevedono, invero, che integrino ragionevoli adattamenti la sistemazione dei locali, l'adattamento delle attrezzature, i ritmi di lavoro, la ripartizione dei compiti, nonché la riduzione dell'orario di lavoro.

La recente giurisprudenza della Cassazione ha valorizzato la normativa comunitaria, circoscrivendo la portata dei limiti sussistenti in capo al datore di lavoro, adottando una interpretazione conforme al diritto comunitario. Con la sentenza 19.3.2018, n. 6798, per un caso in cui *ratione temporis* si applicava la normativa antecedente all'entrata in vigore dell'attuazione della direttiva, la Corte ha preso in considerazione quale parametro di riferimento non soltanto gli «oneri a carico del datore di lavoro ma anche le implicazioni sulle altre posizioni di lavoro».

Successivamente, con la sentenza 26.10.2018, n. 27243 (Zani 2018), ha, da un lato, ridefinito la nozione di «aggravi organizzativi» che non devono essere «eccessivi»

e, dall'altro, precisato che l'obbligo di ricollocamento deve essere valutato alla stregua del principio di ragionevolezza, trovando quali limiti l'organizzazione interna dell'impresa e, in particolare, nel mantenimento degli equilibri finanziari, il diritto degli altri lavoratori alla conservazione delle mansioni assegnate e, in ogni caso, di mansioni che ne valorizzino l'esperienza e la professionalità acquisita.

Tale pronuncia ha avuto il pregio di porre alla base della decisione il principio di ragionevolezza, che si pone quale parametro al contempo limite per il datore di lavoro, imponendo allo stesso di operare un bilanciamento di contrapposti interessi: da un lato, quello del disabile al mantenimento dell'occupazione; dall'altro, quello del datore a che la collocazione del disabile avvenga nel rispetto dell'organizzazione aziendale da lui stessa delineata.

Tale giudizio – demandato al giudice di merito – impone pertanto una valutazione complessiva dell'organizzazione imprenditoriale, che si scontra con interessi contrapposti, ma che – ad avviso della Cassazione – incontrerebbe il limite dell'intangibilità della conservazione delle mansioni assegnate agli altri lavoratori o comunque della professionalità acquisita, e ciò anche nel caso in cui ciò potesse astrattamente agevolare il dipendente divenuto inabile.

Riferimenti bibliografici

- Amoroso G. (2018), *Le discriminazioni nel mondo del lavoro e la Costituzione*, in Ciriello A. (a cura di), *Giudici e cambiamenti del diritto del lavoro*, Editoriale scientifica, Napoli, 35 ss.
- Barbera M. (2013), *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in RGL, n. 1, 139 ss.
- Biasi M. (2017), *Saggio sul licenziamento per motivo illecito*, Wolters Kluwer-Cedam, 162 ss.
- Ferraresi M. (2016), *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 148 ss.
- La Macchia C. (2016), voce *Disabili*, Treccani Diritto online.
- Marinelli F. (2017), *Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito. Contributo allo studio delle fattispecie*, Giuffrè, Milano, 71 ss.
- Spena F. (2018), *Implicazioni nel licenziamento per inidoneità sopravvenuta alle mansioni*, in Ciriello A. (a cura di), *Giudici e cambiamenti del diritto del lavoro*, Editoriale scientifica, Napoli, 35 ss.
- Voza R. (2015), *Sopravvenuta inidoneità psicofisica e licenziamento del lavoratore nel puzzle normativo delle ultime riforme*, in ADL, n. 4-5, 771 ss.
- Zani A. (2018), *La Corte di Cassazione ritorna sulla definizione dei limiti delle tutele riconosciute al lavoratore disabile*, in *IlGiuslavorista.it*, 26 novembre.

Luisa Rocchi
Dottoranda di ricerca
presso la «Sapienza» Università di Roma

TRIBUNALE ROMA, 6.8.2018 – Est. Rossi – F. (avv. Basile) c. ER Spa (avv. Hernandez).

Contratto a termine – Art. 1, c. 2, d.lgs. n. 23/2015 – Conversione in data successiva all'entrata in vigore del d.lgs. n. 23 – Interpretazione coerente con la legge delega n. 183/2014 – Interpretazione restrittiva del termine «conversione».

Il termine «conversione» utilizzato dall'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 23/2015 non si riferisce a tutte le ipotesi in cui un contratto a tempo determinato venga «trasformato» in contratto a tempo indeterminato, ma solo alle ipotesi che possano considerarsi realmente nuove assunzioni o alle ipotesi di contratti a tempo determinato stipulati prima del 7.3.2015, ma che subiscano una «conversione» in senso tecnico – mediante la rimozione di un termine nullo – in data successiva al 7.3.2015, per via giudiziale o stragiudiziale. (1)

(1) RIFLESSIONI SULLA «CONVERSIONE» DEL CONTRATTO A TERMINE NELL'AVVICENDAMENTO DELLE DISCIPLINE IN TEMA DI LICENZIAMENTO

1. — Il caso in epigrafe riguarda un lavoratore che con ricorso *ex art. 1, cc. 47 ss., l. n. 92/2012*, impugnava il licenziamento intimatogli per giusta causa dal datore di lavoro, chiedendo l'applicazione dell'art. 18 St. lav., essendo stato assunto con contratto a termine prima del 7.3.2015, trasformato volontariamente a tempo indeterminato successivamente a tale data. Il datore di lavoro eccepiva in via preliminare l'applicabilità del d.lgs. n. 23/2015, essendo stato il contratto del dipendente «trasformato» in contratto a tempo indeterminato sotto la vigenza della nuova disciplina.

Con l'ordinanza del 6.8.2018, il Tribunale di Roma ha ritenuto applicabile la tutela reale di cui all'art. 18 St. lav., fornendo un'importante precisazione in ordine alla corretta interpretazione dell'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 23/2015, secondo cui «le disposizioni di cui al presente decreto si applicano anche nei casi di conversione, successiva all'entrata in vigore del presente decreto, di contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato». Afferma il giudice che non si può interpretare il termine «conversione» in senso lato, ovvero ricomprendente tutte le ipotesi in cui un contratto a termine venga trasformato in contratto a tempo indeterminato. Il Tribunale richiama la previsione della legge delega, ovvero, l'art. 1, c. 7, lett. c, l. n. 183/2014, che fa espresso riferimento alle sole «nuove assunzioni», con ciò escludendo ipotesi che andrebbero riportate, come *genesis*, a epoca precedente al 7.3.2015. Inoltre, il giudice rileva come il termine «conversione» richiami la particolare figura giuridica, riferita alla rimozione di un termine viziato da nullità, che si rinviene nell'art. 1424 c.c. e nell'art. 32, c. 5, l. n. 183/2010. Pertanto, deve dedursene che solo le ipotesi di contratti a tempo determinato stipulati prima del 7.3.2015, ma che subiscano una effettiva «conversione», in senso strettamente tecnico, in data successiva al suddetto spartiacque temporale, per via giudiziale o stragiudiziale, possono ritenersi ricomprese nel campo di applicazione delle tutele crescenti. Devono, invece, escludersi tutte le ipotesi di sem-

plice trasformazione, di fatto o con manifestazione esplicita di volontà, come nel caso di specie, del rapporto stipulato in data antecedente il 7.3.2015 intervenuta in modo che questo semplicemente prosegue senza interruzione oltre tale data.

2. — A quanto consta, la pronuncia in commento è una delle prime sulla problematica interpretativa sorta con riferimento all'art. 1, d.lgs. n. 23/2015, che, dopo aver stabilito (al c. 1) che la disciplina delle «tutele crescenti» si applica ai lavoratori operai, impiegati e quadri assunti a tempo indeterminato a far data dal 7 marzo 2015, aggiunge (al c. 2) che essa riguarda anche i «casi di *conversione*, successiva all'entrata in vigore del presente decreto, di contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato». Introdotta in sede di seconda lettura nella seduta del Consiglio dei ministri del 20.2.2015 (Tiraboschi 2015, 518), quest'ultima previsione ha suscitato sin dalla sua entrata in vigore incertezze interpretative di non poco conto in ordine all'individuazione dell'effettivo ambito di applicazione delle cd. tutele crescenti, non comprendendosi se tutti i rapporti a termine già in essere alla data dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015 e successivamente tramutati (convertiti o trasformati) a tempo indeterminato vi ricadano o meno. In sostanza, si è posta la questione di individuare «l'ambito di applicazione del decreto per così dire "inespresso" nel medesimo» (Tremolada 2015, 5). Il più rilevante problema interpretativo attiene all'individuazione dell'esatto significato da attribuire al termine «conversione» del contratto. Secondo parte della dottrina, per conversione dovrebbe intendersi «trasformazione del rapporto», sia volontaria che sanzionatoria (Marazza 2015, 321-322); secondo altri, invece, occorrerebbe operare un distinguo nel senso che la nozione di conversione dovrebbe essere riferita esclusivamente alla trasformazione sanzionatoria. Tale tesi si fonda su una lettura agganciata al relativo istituto privatistico della conversione del contratto ai sensi dell'art. 1424 c.c., nonché alla circostanza che in talune norme lavoristiche il legislatore ha utilizzato il termine «conversione» a proposito di quella sanzionatoria, mentre ha impiegato il termine «trasformazione» del rapporto quando ha inteso riferirsi a quella di natura volontaria (Tiraboschi 2015, 520).

D'altro canto, invece, chi sostiene che il termine «conversione» sia stato adoperato in modo a-tecnico, ricomprendendovi anche l'ipotesi di «trasformazione», giustifica tale interpretazione enfatizzando la *ratio* dell'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 23/2015, e volgendo lo sguardo alla finalità della norma, ossia di favorire la stabilizzazione di rapporti di lavoro precari. Tale ricostruzione eviterebbe anche un'interruzione della collaborazione in atto tra le parti che sia meramente strumentale a consentire al datore di lavoro di riassumere il lavoratore con un contratto a tutele crescenti (Miscione 2015, 748; Tremolada 2015, 6; Preteroti 2016, 831). Infine, vi è chi mette l'accento sulla volontà delle parti, che al momento della stipula di un contratto a termine escludevano le tutele correlate al licenziamento, con la conseguenza che la successiva trasformazione ricadrebbe naturalmente nell'ambito delle tutele crescenti (Maresca 2015, 13), considerando tali lavoratori come «nuovi assunti», conformemente alla volontà della legge delega.

Altra dottrina, nell'interrogarsi sul significato da attribuire al termine «conversione», specifica che soltanto nel caso di «conversione giudiziale del contratto» si realizzerebbe la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato *ex tunc*, in quanto il giudice emetterebbe una pronuncia di «dichiarazione di nullità della clausola appositiva del termine» (Magnani 2015, 7-8), dovendosi applicare,

quindi, in questo caso, la tutela dell'art. 18 St. lav. Ulteriormente distinguendo, vi è chi individua il regime sanzionatorio applicabile in relazione al momento in cui viene commessa l'irregolarità da cui deriva la nullità del termine, con la conseguenza che le tutele crescenti si applicherebbero solo nelle ipotesi in cui l'irregolarità si sia verificata nella vigenza del d.lgs. n. 23/2015, «escludendosi quindi i casi in cui l'eventuale pronuncia del giudice in ordine alla conversione sia intervenuta in vigenza del decreto ma a causa di irregolarità compiute prima della riforma» (Tremolada 2015, 8).

3. — L'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 23/2015, deve essere valutato anche sotto il profilo della conformità all'art. 76 Cost., considerato che l'art. 1, c. 7, lett. c, l. n. 183/2014, prevede che il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti debba essere introdotto per le «nuove assunzioni», con l'obiettivo di «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro».

Alcuni Autori segnalano, a tal proposito, un problema di eventuale eccesso di delega nell'ipotesi di conversione del contratto a termine concluso *prima* della data di entrata in vigore del decreto, in quanto i suddetti lavoratori a termine, essendo già in forza, non sarebbero *nuovi assunti*, e pertanto verrebbe loro sottratta la disciplina preesistente più favorevole (Speziale 2015, 18; Preteroti 2016, 832; C. cost. 13.3.2014, n. 47, in *DeJure*).

L'eccesso di delega deriverebbe dal fatto che «la *conversione* – come la chiama impropriamente il decreto, pur in continuità terminologica con l'art. 32 della l. n. 183/2010 – è cosa evidentemente diversa, *per definitionem*, dalla nuova assunzione». Ciò che accomuna tale figura – distinguendola dalla *nuova assunzione* – è che essa implica sempre l'accertamento della nullità parziale della clausola appositiva del termine a un contratto già instaurato tra le parti come condizione della trasformazione del medesimo (Giubboni 2015, 14).

Infine, più in generale, è stato prospettato anche un eventuale vizio di costituzionalità con riferimento alla violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e di ragionevolezza, considerata la previsione di regimi differenziati in ordine alle conseguenze dei licenziamenti illegittimi, a seconda che i lavoratori siano stati assunti prima della data di entrata in vigore delle nuove norme o successivamente (Scarpelli 2015, 3; Ballestrero 2015, 47; Magnani 2015, 8). Tale differenziazione è giustificata da altri, da un lato, con riguardo alla finalità della riforma, che è quella di favorire l'accesso a un'occupazione stabile, e dall'altro, in virtù del fatto che il fluire del tempo può costituire un valido elemento di differenziazione della tutela (Marazza 2015, 316-317, che richiama C. cost. 13.11.2014, n. 254, nonché le ordinanze C. cost. n. 25/2012, n. 224/2011, n. 61/2010, n. 77/2008; Santoni 2015, 369), mentre per altri non vi sarebbe alcuna incostituzionalità perché la ragionevolezza della diversità di trattamento sarebbe giustificata dalla necessità di incrementare le assunzioni (Proia, 2015, 63).

4. — Se questo è lo stato dell'arte, si può affermare che il giudice nell'ordinanza in commento si allinea con l'orientamento che interpreta il termine «conversione» in modo rigoroso, distinguendolo dalla diversa ipotesi della «trasformazione», verificatasi nel caso che ci occupa, escludendo pertanto che il lavoratore ricorrente fosse

qualificabile come «nuovo assunto» e applicandogli quindi la tutela dell'art. 18 St. lav. In sostanza, «solo le ipotesi che possano considerarsi realmente nuove assunzioni o le ipotesi di contratti a tempo determinato stipulati prima del 7.3.2015, ma che subiscano una «conversione» in senso tecnico in data successiva al 7.3.2015, per via giudiziale o stragiudiziale, possono ritenersi ricomprese nel campo di applicazione della nuova normativa. Devono, invece, escludersi tutte le ipotesi di semplice trasformazione, di fatto o con manifestazione esplicita di volontà, del rapporto stipulato in data antecedente il 7.3.2015, intervenuta in modo che questo semplicemente prosegua, senza interruzione, oltre tale data».

A fondamento di tale tesi, il giudice, adottando una interpretazione costituzionalmente orientata, respinge l'eccezione datoriale del termine «conversione» in senso lato, ricomprendente tutte le ipotesi in cui un contratto a tempo determinato viene trasformato in contratto a tempo indeterminato, che finirebbe per riguardare anche ipotesi che indubitabilmente andrebbero riportate, come genesi, a epoca precedente al 7.3.2015 e che comunque la legge delega n. 183/2014 non aveva previsto (vd. art. 1, c. 7, lett. c).

Inoltre, operando in tal senso, da un lato si è correttamente valorizzata una lettura tecnico-giuridica del termine «conversione», legata all'istituto giuridico di cui all'art. 1424 c.c., secondo cui il contratto nullo produce effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, se si accerta che le parti lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità; dall'altro, sotto un profilo sistematico, si è tenuto conto della previsione dell'art. 32, c. 5, l. n. 183/2010, che già parlava di «conversione» del contratto a termine nullo perché stipulato in violazione dei requisiti formali e sostanziali per l'apposizione del termine al contratto di lavoro.

Le argomentazioni a fondamento dell'ordinanza sono certamente condivisibili, ma il problema di fondo che ha diviso la dottrina rimane e, a ben vedere, al di là della questione specifica affrontata, origina dalla differenziazione di disciplina tra vecchi e nuovi assunti introdotta nel 2015, che ha generato un sistema binario dove i lavoratori già in servizio alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015 sono soggetti all'art. 18 St. lav. riformato nel 2012, mentre i nuovi contratti di lavoro ricadono nelle cd. tutele crescenti. Tale scelta, che è stata vista come «frutto di un compromesso in cui è mancato il coraggio politico di modificare per tutti (vecchi e nuovi assunti) il regime dei licenziamenti» (Magnani 2015, 8), indubbiamente ha dato vita a problemi tecnico-giuridici rilevanti su cui la dottrina continua a dibattere. Le pecche di un legislatore poco accorto si riverberano sulla certezza del diritto e sulla funzionalità ed efficienza del sistema giuridico, in quanto la duplicità di regime e la a-tecnicità del linguaggio investono le procedure interpretative e applicative, scoraggiando la mobilità degli attuali occupati, per il timore di perdere le tutele di cui beneficiano, e di conseguenza paralizzando la riorganizzazione aziendale, dando vita in tal modo a una eterogenesi dei fini rispetto alla volontà della riforma.

Riferimenti bibliografici

- Ballestrero M.V. (2015), *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *LD*, 47, ss.
- Giubboni S. (2015), *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 246.
- Magnani M. (2015), *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. Contratto a tutele crescenti*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 256.
- Marazza M. (2015), *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *ADL*, n. 2, I, 310 ss.
- Maresca A. (2015), *Assunzione e conversione in regime di tutele crescenti*, in *Glav.*, n. 12, 12 ss.
- Miscione M. (2015), *Tutele crescenti: un'ipotesi di rinnovamento del diritto del lavoro*, in *DPL*, n. 12, 741 ss.
- Preteroti A. (2016), *Questioni in tema di decadenza dall'impugnazione del contratto a termine e regimi sanzionatori, tra vecchi e nuovi problemi*, in *RGL*, I, 819 ss.
- Proia G. (2015), *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in Pessi R. et al., *Jobs Act e licenziamento*, Torino, Giappichelli, 55 ss.
- Santoni F. (2015), *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in *MGL*, 369 ss.
- Scarpelli F. (2015), *Un primo commento alla nuova disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato: cambia profondamente il quadro delle tutele*, in *Newsletter di Wikilabour*, 20 febbraio, 3 ss.
- Speziale V. (2015), *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, tra Ok e vincoli costituzionali*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 259.
- Tiraboschi M. (2015), *Conversione o semplice trasformazione dei contratti per l'applicazione del cosiddette tutele crescenti?*, in *DRI*, n. 2, 518 ss.
- Tremolada M. (2015), *Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in Carinci F., Cester C. (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, in *www.adapt.it*.

Laura Torsello
Ricercatrice di Diritto del lavoro
presso l'Università Politecnica delle Marche

TRIBUNALE MILANO, 1.6.2018 – Est. Martello – L.V. (avv.ti Raffa, Lembo) c. Stroili Oro Spa (avv.ti Menichino F., Menichino L.).

Lavoro a tempo parziale – Rapporto di lavoro a tempo indeterminato – Collocazione dell'orario di lavoro – Nullità parziale del contratto.

Lavoro a tempo parziale – Rapporto di lavoro a tempo indeterminato – Collocazione dell'orario di lavoro – Nullità parziale del contratto – Risarcimento del danno.

Lavoro a tempo parziale – Rapporto di lavoro a tempo indeterminato – Collocazione dell'orario di lavoro – Nullità parziale del contratto – Determinazione giudiziale dell'orario.

L'omissione della collocazione temporale dell'orario a tempo parziale determina un effetto che va qualificato giuridicamente come di nullità, in tal senso ritenendosi opportuno sul piano dell'interpretazione sistematica il riferimento all'art. 8 del d.lgs. n. 61/2000, laddove questo, al c. 2, fa riferimento alla categoria della nullità, sia pure per escluderla rispetto all'intero contratto; pare, quindi, conforme all'interpretazione sistematica ritenere che il predetto effetto di nullità riguardi soltanto la clausola viziata che, in quanto tale, vitatur sed non vitat. (1)

La rilevata illegittimità della condotta aziendale comporta il sorgere a carico della convenuta della obbligazione di risarcimento del danno come previsto dall'art. 8 del d.lgs. n. 61/2000. Ricorrono gli elementi per una valutazione equitativa di tale danno, secondo quanto richiesto dalla parte ricorrente e secondo la previsione dell'art. 8, cit. (2)

L'omissione della collocazione temporale dell'orario a tempo parziale comporta l'intervento sostitutivo del giudice, che, rimossa la clausola viziata, la sostituisce con la propria determinazione. (3)

(1-3) SULLA NON PUNTUALE INDICAZIONE DELLA COLLOCAZIONE TEMPORALE DELLA PRESTAZIONE LAVORATIVA NEL CONTRATTO *PART-TIME*

1. — Con la sentenza in commento, il Tribunale di Milano si è pronunciato in ordine ai requisiti di legittimità della clausola di collocazione temporale della prestazione lavorativa, nonché con riguardo alle conseguenze, sia sanzionatorie sia di efficacia del contratto, derivanti dalla riconosciuta illegittimità della predetta clausola.

La decisione è stata originata dal ricorso presentato da una lavoratrice con il quale è stata impugnata la clausola di determinazione dell'orario di lavoro, in base alla quale era stabilito un orario *part-time* al 50 per cento, per 20 ore settimanali, distribuito su cinque giorni, con orario pattuito di quattro ore giornalieri collocate nelle ultime quattro ore di apertura del punto di vendita.

Nel definire la causa, il giudice ha ritenuto che «l'indicazione dell'orario di lavoro contenuta nel contratto individuale di lavoro della ricorrente potrebbe essere considerata sufficientemente precisa in relazione alle giornate lavorative [...] tuttavia risulta affetta da genericità poiché non viene preventivamente indicato quali sarebbero le settimane comprendenti o escludenti la domenica lavorativa, né viene indicata nemmeno l'eventuale alternanza di tali settimane «con o senza» la domenica lavorativa» nonché per via del «generico riferimento alle ultime quattro ore di apertura del punto vendita».

Inoltre, nella sentenza si evidenzia che la genericità della determinazione dell'orario era accentuata dalla previsione di una clausola elastica per cui «l'orario avrebbe potuto variare (per lo stesso punto vendita e per gli altri punti vendita della convenuta ai quali la ricorrente avrebbe potuto essere adibita) a discrezione del datore di lavoro». Peraltro, il datore di lavoro ha, in assenza di ragioni contingenti ed eccezionali, adottato una «sistematica violazione dell'obbligo generale di osservare le fasce orarie stabilite nel contratto individuale».

In conseguenza di tali rilievi, il Tribunale ha dichiarato la nullità e l'inefficacia della clausola inerente la collocazione temporale della prestazione e ha determinato le modalità temporali di svolgimento di questa, condannando la società al risarcimento del danno.

Sebbene dalla normativa relativa al regime sanzionatorio (e al corrispondente onere probatorio) sembrerebbe che il legislatore abbia voluto conferire centralità ed essenzialità al solo aspetto della durata dell'orario di lavoro, «ridimensionando» l'elemento della collocazione, non manca chi ha evidenziato come la disposizione normativa che delinea il contenuto del contratto a tempo parziale preveda ambedue gli elementi e come anche la giurisprudenza abbia sistematicamente fatto riferimento a entrambi i requisiti per la valutazione della genuinità del tipo contrattuale in parola (Santucci 2018).

Se effettivamente la scelta del legislatore fosse quella di riconoscere come essenziale solo il requisito dell'individuazione della durata, come sembrerebbe suggerire la circostanza per la quale unicamente in caso di omessa indicazione della misura della prestazione è prevista la conversione *ab origine* del contratto, tale scelta non potrebbe che risultare opinabile in relazione alla funzione del contratto di lavoro parziale. L'orario *part-time*, infatti, ha come scopo quello di permettere al lavoratore di coniugare il rapporto di lavoro in questione con gli altri suoi impegni di vita personale o familiare ovvero con il diritto di poter svolgere altre attività lavorative, così da garantirgli il diritto a una retribuzione sufficiente a una esistenza dignitosa *ex art. 36 Cost.*

Sul punto si è pronunciata anche la Corte costituzionale, la quale ha stabilito che la riduzione quantitativa della prestazione lavorativa «lascia al prestatore d'opera un largo spazio per altre eventuali attività, la cui programmabilità, da parte dello stesso prestatore d'opera, deve essere salvaguardata, anche all'ovvio fine di consentirgli di percepire, con più rapporti a tempo parziale, una retribuzione complessiva che sia sufficiente (art. 36, c. 1, della Costituzione) a realizzare un'esistenza libera e dignitosa»

(C. cost. 11.5.1992, n. 210, in *FI*, 1992, I, 3232 ss.); la Corte ha altresì stabilito che la puntuale e specifica indicazione della durata della prestazione lavorativa ha lo scopo di consentire al lavoratore a tempo parziale di «pienamente utilizzare il tempo estraneo al lavoro al fine di soddisfare le sue esigenze di vita, di reddito da altro lavoro, di cura familiare e ovviamente anche di svago e di recupero delle energie psico-fisiche».

A ben vedere, se la disciplina del contratto a tempo parziale è stata introdotta per perseguire molteplici finalità, con la limitazione dell'ipotesi di conversione al solo caso dell'omessa indicazione della durata della prestazione nel contratto individuale, il concreto conseguimento delle predette finalità sembra essere fortemente compromesso.

In altri termini, la predeterminazione dell'orario di lavoro deve essere effettiva onde evitare che le finalità sopra elencate possano risultare frustrate, finendo per richiedere al lavoratore un impegno di portata superiore alla previsione contrattuale, e pregiudicando, così, la sua possibilità di gestione del tempo di non lavoro.

Tuttavia, ai sensi dell'art. 10 del d.lgs. n. 81/2015 e da quanto affermato dal giudice con la sentenza in commento, la nullità del contratto con conseguente trasformazione del rapporto da *part-time* a *full-time* si determina solo nel caso in cui non si dia prova del contratto e della durata della prestazione.

Infatti, con il d.lgs. n. 81/2015, che poco innova rispetto alla normativa previgente, si stabilisce che «nel contratto di lavoro a tempo parziale è contenuta puntuale indicazione della durata della prestazione lavorativa e della collocazione temporale dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno», e che «quando l'organizzazione del lavoro è articolata in turni, l'indicazione di cui al c. 2 può avvenire anche mediante rinvio a turni programmati di lavoro articolati su fasce orarie prestabilite», specificando: «Qualora l'omissione riguardi la sola collocazione temporale dell'orario, il giudice determina le modalità temporali di svolgimento della prestazione lavorativa a tempo parziale, tenendo conto delle responsabilità familiari del lavoratore interessato e della sua necessità di integrazione del reddito mediante lo svolgimento di altra attività lavorativa, nonché delle esigenze del datore di lavoro».

Seppure tutelato più debolmente rispetto all'inesatta od omessa indicazione della durata della prestazione, l'obbligo di indicare la puntuale collocazione dell'orario di lavoro continua a rappresentare una previsione di fondamentale importanza per la generalità dei prestatori di lavoro a tempo parziale, perché permette al lavoratore di conoscere con precisione quando dover svolgere la propria prestazione al fine di poter attendere, nel tempo restante, alle proprie occupazioni di carattere personale ovvero reperire una diversa attività lavorativa.

Tale *ratio* è stata evidentemente adottata anche dal giudice estensore della sentenza in commento, che, nell'accogliere la domanda della ricorrente, ha dichiarato l'illegittimità della clausola impugnata perché non sufficientemente precisa nell'individuare le fasce orarie in cui la prestazione doveva essere espletata, provvedendo a stabilire con maggiore precisione la fascia oraria in cui devono «preventivamente e rigorosamente con orario continuato [...] individuarsi» i turni da assegnarle.

Si noti, al riguardo, come l'utilizzo della formula imperonale, al pari della norma, sembrerebbe lasciare intendere che il giudice abbia voluto escludere qualsiasi ingerenza con gli assetti organizzativi di competenza strettamente datoriali, e dunque non abbia voluto interferire con aspetti gestionali dell'azienda che, altrimenti, avrebbe potuto, in astratto, rendere illegittima la decisione assunta.

D'altra parte, lo stesso art. 10, c. 2, d.lgs. n. 81/2015, prevede che il giudice, nel delineare «le modalità temporali di svolgimento della prestazione tenga conto» anche «delle esigenze del datore di lavoro»; ne consegue che il potere del giudice di determinare esattamente il tempo della prestazione trova un preciso limite nel testo della norma.

Peraltro, si osservi come il Tribunale riconduca chiaramente l'illegittimità della clausola contestata alla categoria della nullità, sebbene la legge non la qualifichi espressamente come tale, al contrario di quanto invece accade con riferimento alla mancata indicazione della durata della prestazione.

Siffatta qualificazione, non nuova per il Tribunale meneghino (T. Milano 14.8.2008, in *LG*, 2009, 93 ss., in cui si affermava la nullità parziale del contratto di lavoro *part-time* a causa dell'illegittimità della clausola relativa alla distribuzione dell'orario di lavoro), viene ricondotta dal giudice, per ragioni di «opportunità sul piano dell'interpretazione sistematica», all'art. 8 del d.lgs. n. 61/2000, che escludeva la nullità del contratto di lavoro in caso di mancanza o indeterminazione nel contratto scritto delle indicazioni di cui all'art. 2, c. 2, dello stesso decreto.

Eppure, una simile spiegazione non appare del tutto convincente per i seguenti motivi. In primo luogo, perché la disposizione richiamata è stata abrogata dal d.lgs. n. 81/2015, che sul punto non ripropone la medesima formulazione testuale, al contrario di quanto il Tribunale vorrebbe lasciare intendere. Inoltre, in ragione del fatto che, nei casi in cui il legislatore ha inteso sanzionare la violazione della normativa con la nullità del contratto, facendo derivare da essa l'effetto tipico della conversione del contratto, tale previsione è stata sistematicamente esplicitata.

Tuttavia, ferme le osservazioni che precedono, la sanzione della nullità parziale per la fattispecie in oggetto potrebbe comunque trovare giustificazione ai sensi dell'art. 1419 c.c.; d'altra parte, in questo senso si è costantemente espressa la Cassazione (Vd. sent. 13.3.2009, n. 6226, in *GD*, 2009, n. 18, 68 ss.; sent. 7.2.1997, n. 1151, in *DL*, 1998, II, 21 ss.).

Da ultimo, rilevata la nullità parziale del contratto, in ragione della clausola viziosa, il Tribunale di Milano ha conseguentemente riconosciuto il diritto della lavoratrice a ottenere il risarcimento dei danni derivanti dalla riduzione del suo tempo libero (Cass. 30.12.2016, n. 27553; Cass. 3.3.2016, n. 4229, in *MGC*, 2016).

Resta fumoso, tuttavia, il processo logico giuridico adottato per la quantificazione del risarcimento stesso.

Invero, il giudice provvede a quantificare «in via equitativa» la condanna economica inflitta all'azienda applicando, apoditticamente, un criterio non più previsto dalla normativa di riferimento.

Al riguardo, infatti, si noti che mentre l'art. 8, c. 2, del d.lgs. n. 61/2000 prevedeva che, «per il periodo antecedente la data della pronuncia della sentenza, il lavoratore ha in entrambi i casi diritto, in aggiunta alla retribuzione dovuta, alla corresponsione di un ulteriore emolumento a titolo di risarcimento del danno, da liquidarsi con valutazione equitativa», la formulazione dell'art. 10 del d.lgs. n. 81/2015 – applicabile *ratione temporis* al caso di specie – non ripropone espressamente il criterio equitativo per la quantificazione del risarcimento spettante al lavoratore in caso di illegittimità delle clausole elastiche o della clausola di collocazione della prestazione.

Si ritiene al riguardo che, sebbene il Tribunale non abbia esplicitato in motivazio-

ne le ragioni del ricorso al predetto criterio impendendo, dunque, di consentire una valutazione circa la correttezza del proprio operato, la scelta della valutazione equitativa può ritenersi condivisibile alla luce del principio di diritto espresso dalla Cassazione (Ord. 22.2.2017, n. 4534, in *D&G*, 2017), per cui, in ordine all'applicazione dell'art. 1226 c.c., «la facoltà per il giudice di liquidare in via equitativa il danno esige due presupposti: in primo luogo, che sia concretamente accertata l'ontologica esistenza d'un danno risarcibile [...]; in secondo luogo, il ricorso alla liquidazione equitativa esige che il giudice di merito abbia previamente accertato che l'impossibilità (o l'estrema difficoltà) d'una stima esatta del danno dipenda da fattori oggettivi, e non già dalla negligenza della parte danneggiata nell'allegare e dimostrare gli elementi dai quali desumere l'entità del danno».

In particolare, per quanto attiene al primo presupposto, giova ricordare che per la fattispecie in esame esso deve considerarsi *in re ipsa* e pertanto non richiederebbe alcuna dimostrazione da parte del danneggiato, né del danno né tantomeno del nesso eziologico tra questo e la violazione della normativa, come insegna la stessa giurisprudenza di legittimità (Cass. 30.12.2016, n. 27553, cit., secondo cui trattasi «di sanzione sganciata dalla prova del danno e la cui logica era quella di coprire disagi provocati dal mutamento della collocazione temporale che l'omissione di quest'ultima comportava»).

Riferimenti bibliografici

- Alessi C. (2018), *Lavoro e conciliazione nella legislazione recente*, in *DRI*, n. 3, 804 ss.
- Bellomo S. (2016), *La riscrittura della disciplina in materia di contratto di lavoro a tempo parziale: semplificazione, unificazione e ricalibratura dell'equilibrio tra autonomia collettiva ed individuale*, in Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Commentario breve alla riforma «Jobs Act»*, Cedam, Milano, 503 ss.
- Bortone R. (2012), *Il tempo come fattore di conciliazione*, in Quesada R. et al. (a cura di), *Gender Equality in the European Union. Comparative Study of Spain and Italy*, Aranzadi, Madrid, 189 ss.
- Fenoglio A. (2015), *Il filo rosa intessuto nel diritto del lavoro: un'analisi gender sensitive degli interventi legislativi dell'ultimo triennio*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 239.
- Leccese V. (2015), *Il lavoro a tempo parziale*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni. Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81*, Giappichelli, Torino, 41 ss.
- Magnani M. (2012), *La famiglia nel diritto del lavoro*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 146.
- Santucci R. (2018), *Le tipologie contrattuali dopo il Jobs Act Il contratto di lavoro part-time tra Jobs Act (decreto legislativo n. 81/2015) e diritto giurisprudenziale*, in *DRI*, I, 1 ss.

Giovanni Guglielmo Crudeli
Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Chieti-Pescara «G. d'Annunzio»

CASSAZIONE, 10.10.2018, n. 25103, ord. – Pres. Balestrieri, Est. Cinque – Parmovo Srl (avv.ti Amitrano, Bianchi, De Grazia) c. Flai-Cgil Parma (avv.ti Vacirca, Petronio).
Conf. Corte d'Appello di Bologna, 11.3.2013.

Condotta antisindacale – Assemblea – Art. 20, Statuto dei lavoratori – Diritto di convocazione – Disposizioni contrattuali collettive di maggior favore – Legittimità.

Integra una condotta antisindacale il rifiuto della società datrice di lavoro allo svolgimento di assemblee sindacali indette da Oo.Ss. che, ancorché non costituite in Rsa, siano firmatarie del Ccnl applicato nell'unità produttiva, qualora tale prerogativa sia a esse attribuita da espressa previsione contrattuale. Il diritto di convocazione delle assemblee sindacali è riconosciuto alle Rsa ex art. 20 St. lav. e analoga prerogativa – in forza della clausola di riserva di cui all'ultimo c. dell'art. cit., che legittima una più favorevole disciplina delle modalità di esercizio di tale diritto da parte dei contratti collettivi, anche aziendali – può essere attribuita dall'autonomia collettiva alle Rsu nonché ad altre Oo.Ss., purché esse siano dotate di effettiva rappresentatività dei dipendenti dell'azienda e non violino il divieto di interlocuzione privilegiata con il datore di lavoro, evincibile dall'art. 17 St. lav. (1)

(1) SUL DIRITTO «CONTRATTUALE» DI CONVOCAZIONE DELLE ASSEMBLEE DEI LAVORATORI DA PARTE DELLE ASSOCIAZIONI SINDACALI ESTERNE

1. — La vicenda sottoposta al vaglio della Corte di Cassazione ha avuto a oggetto l'interpretazione di una clausola di un contratto collettivo nazionale che attribuisce il diritto di indire le assemblee dei lavoratori, disciplinato dall'art. 20 St. lav., anche alle associazioni sindacali «esterne» che, ancorché non costituite in rappresentanze sindacali all'interno dell'unità produttiva, siano firmatarie del contratto collettivo ivi applicato.

Per un corretto inquadramento della questione, tuttavia, giova ripercorrere, seppur nei suoi tratti salienti, la vicenda sottoposta all'attenzione della Suprema Corte.

La controversia ha avuto origine nel rifiuto, opposto dalla società datrice, allo svolgimento all'interno dei locali aziendali delle assemblee indette da Flai-Cgil. Tale sigla sindacale, pur non avendo costituito una rappresentanza all'interno dell'unità produttiva, indicava due assemblee sindacali *ex art. 8 del Ccnl* ivi applicato e da essa sottoscritto, ai sensi del quale il diritto di assemblea può essere esercitato – oltre che dalle rappresentanze sindacali aziendali, *ex art. 19 St. lav.* – anche «a istanza di Fail-Cisl, Flai-Cgil e Uila-Uil, congiuntamente stipulanti, o della Rsu o del Comitato esecutivo della stessa».

La società datrice, tuttavia, negando lo svolgimento di tali assemblee, costringeva la Flai-Cgil a ricorrere *ex art. 28 St. lav.* per vedersi accertata la natura antisindacale del comportamento datoriale, poiché in aperta violazione del predetto art. 8 del Ccnl.

Sia il Tribunale di Parma nel 2008 che la Corte d'Appello di Bologna nel 2013 rigettavano le opposizioni, proposte dalla società datrice nei confronti della Flai-Cgil, avverso i decreti emessi *ex art. 28 St. lav.* con i quali era stato ordinato alla società «di non ripetere il comportamento di rifiuto allo svolgimento, all'interno del luogo di lavoro, delle assemblee indette da Flai-Cgil, nonché di consentire lo svolgimento nei locali aziendali delle assemblee regolarmente indette *ex art. 20, l. n. 300/1970*».

La Corte di Cassazione, con l'ordinanza in commento, ha confermato il *decisum* del giudice di *prime cure* e ha sancito la legittimità della previsione di cui all'art. 8 del Ccnl, quale «ulteriore modalità per l'esercizio del diritto di assemblea», che, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 20 dello Statuto dei lavoratori, può per l'appunto «essere stabilita dai contratti collettivi».

In definitiva, il rifiuto opposto dalla società datrice allo svolgimento delle assemblee dei lavoratori, indette dal sindacato esterno in forza di espressa previsione contrattuale, integra un comportamento antisindacale.

2. — La questione della titolarità dei diritti sindacali, di cui al Titolo III dello Statuto dei lavoratori, è attraversata da alcuni tra i più spinosi problemi del diritto sindacale, tra i quali: l'interpretazione delle clausole dei contratti collettivi, i rapporti tra legge e autonomia collettiva, l'interferenza delle questioni della rappresentatività sindacale, della natura delle strutture di rappresentanza dei lavoratori in azienda e dei rapporti con le organizzazioni esterne di riferimento (Cosi' Centamore 2017, 385).

La titolarità dei diritti sindacali, infatti, è stata discrezionalmente limitata dal legislatore ai soli soggetti dotati di effettiva rappresentatività dei lavoratori, in possesso, cioè, dei requisiti enucleati dall'art. 19 St. lav. Una limitazione, questa, ritenuta da sempre compatibile con il principio di libertà sindacale sancito dall'art. 39, c. 1, Cost., poiché preordinata ad attribuire diritti che costituiscono un *quid pluris* rispetto alla mera libertà sindacale, la quale invece è garantita a tutti i soggetti, sia dalla predetta norma costituzionale sia dall'art. 14 dello stesso Statuto dei lavoratori (Non potendo ricostruire in questa sede l'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale intervenuta sull'art. 19 St. lav., si rinvia, tra i tanti, a Carinci 2013, 899 ss.).

Nel corso degli anni, la giurisprudenza, in particolare della Corte costituzionale, ha avvalorato la necessità di ancorare l'esercizio di tali diritti alla effettiva rappresentatività del sindacato. Difatti, alla luce del mutato contesto di relazioni sindacali italiane,

secondo l'attuale formulazione dell'art. 19, così come interpretato dal giudice delle leggi con la sentenza n. 231/2013, un sindacato è rappresentativo – e perciò meritevole del sostegno e della promozione forniti dalla legge, fra cui la costituzione di Rsa e il godimento dei diritti sindacali – non solo quando sia firmatario del contratto collettivo applicato nell'unità produttiva, ma anche nei casi in cui, pur non avendo sottoscritto il contratto collettivo, abbia partecipato alle trattative: sia stato cioè attore del processo negoziale (Sul punto, tra i tanti, si veda Bavaro 2013, 1 ss., Leccese 2013, 539 ss., e Zoppoli 2014, 333 ss.).

Il carattere selettivo dell'art. 19 St. lav. è stato ritenuto legittimo anche con specifico riferimento al potere di indizione delle assemblee dei lavoratori, attribuito, ai sensi del secondo comma dell'art. 20 del medesimo testo normativo, alle Rsa costituite nell'unità produttiva. Con l'ordinanza n. 170 del 1995, espressamente richiamata nella pronuncia in commento, infatti, la Corte costituzionale ha rimarcato la legittimità della scelta del legislatore di subordinare l'esercizio del diritto di assemblea a determinate condizioni, «in guisa da assicurare che esso operi a sostegno dell'azione di organismi sindacali dotati di effettiva rappresentatività dei dipendenti dell'azienda» (C. cost. 15.5.1995, n. 170, in *GI*, 1995, I, 553 ss., con nota di Pizzi).

Proprio il diritto di assemblea, infatti, costituisce uno degli strumenti più incisivi attraverso il quale il legislatore ha voluto garantire il sostegno all'attività sindacale, quale «strumento capace di contribuire a modificare, nella sostanza, lo stesso metodo tradizionale di impostare i rapporti tra i lavoratori e la direzione aziendale» (Ghezzi 1971, 13-14. Sul diritto di assemblea in generale si veda, tra i tanti: Assanti 1972, 257 ss.; Freni, Giugni 1971, 89 ss.; Perone 1975, 656 ss.; Bolego 2007, 183 ss.).

3. — Profili di criticità, con riferimento alla titolarità del diritto di assemblea e, in particolar modo, con riguardo al potere di indizione delle relative riunioni, sono emersi all'indomani dell'Accordo interconfederale del 1993, istitutivo di una nuova forma di rappresentanza dei lavoratori nei luoghi di lavoro: le Rsu. Ai sensi degli artt. 4 e 5 dell'Accordo interconfederale – ora artt. 4 e 5, parte II, T.U. rappresentanza del 10 gennaio 2014 –, «i componenti delle Rsu subentrano ai dirigenti delle Rsa nella titolarità dei diritti, permessi e libertà sindacali e tutele già loro spettanti per effetto delle disposizioni di cui al Titolo III della legge n. 300/1970», e «le Rsu subentrano alle Rsa e ai loro dirigenti nella titolarità dei poteri e nell'esercizio delle funzioni a essi spettanti per effetto di disposizioni di legge».

La maggior parte del contenzioso sul diritto di assemblea *ex art. 20 St. lav.*, nell'ultimo ventennio, ha avuto a oggetto proprio l'interpretazione delle predette norme contrattuali. I dubbi interpretativi hanno riguardato la titolarità del diritto di convocare l'assemblea dei lavoratori: se cioè questa fosse ascrivibile alla Rsu collegialmente intesa o se tale diritto fosse azionabile anche dal singolo componente della Rsu.

La questione ha dato vita a rilevanti contrasti nella giurisprudenza di merito e anche in seno alla stessa Corte di Cassazione, la quale solo nel 2017, con una pronuncia a Sezioni Unite, ha risolto l'annoso contrasto giurisprudenziale (Per una ricostruzione dettagliata dei principali orientamenti giurisprudenziali si rinvia a: Centamore 2017, 383 ss.; Giordano 2018, 41 ss.; Ponte 2017, 3066 ss.; Tosi, Puccetti, 2017, 2435 ss.).

Un primo orientamento ha riconosciuto la titolarità di indire assemblea solo alla Rsu quale organismo collegiale, imponendo un meccanismo decisionale a maggioran-

za e negando, dunque, autonomia ai singoli componenti la medesima (Cfr.: Cass. 26.2.2002, n. 2855, in *RIDL*, 2002, II, 504 ss., con nota di Ferrante; Cass. 20.4.2002, n. 5765, in *RIDL*, 2003, II, 426 ss., con nota di Boni). Un secondo orientamento, invece, nel fornire una diversa interpretazione all'art. 5 dell'Accordo interconfederale, ha esteso al singolo componente della Rsu i diritti già previsti dallo Statuto a favore delle Rsa, tra i quali quello di indire assemblea (Cfr.: Cass. 1.2.2005, n. 1892, in *RGL*, 2005, II, 521 ss., con nota di Fortini; Cass. 16.10.2014, n. 21931, reperibile nella banca dati *DeJure*, Giuffrè, in www.iusexplorer.it). Quest'ultimo orientamento, infine, è stato successivamente affinato dalla Suprema Corte, la quale, nell'attribuire la titolarità al singolo componente della Rsu, ha affermato che tale prerogativa dovesse essere riconosciuta solo alla componente eletta nelle liste di un sindacato, purché, però, al contempo in possesso dei requisiti di cui all'art. 19 St. lav., così come interpretato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 231/2013 (Cfr.: Cass. 7.7.2014, n. 15437, in *GI*, 2014, n. 10, 2229 ss., con nota di Puccetti, Cass. 31.7.2014, n. 17458, reperibile nella banca dati *DeJure*, Giuffrè, in www.iusexplorer.it).

Si è ritenuto opportuno ricostruire, seppur a grandi linee, tale contrasto giurisprudenziale, con particolare attenzione al *decisum* della Suprema Corte a S.U., poiché in grado di offrire importanti spunti ermeneutici utili a comprendere la portata dell'ordinanza in commento, nonostante quest'ultima abbia a oggetto una fattispecie diversa rispetto a quella di cui si discute.

La Cassazione a S.U., infatti, nell'aderire al secondo orientamento, ha tenuto a evidenziare come «l'autonomia collettiva ex art. 39 Cost. può prevedere prerogative diverse o ulteriori rispetto a quelle riconosciute a livello legislativo, ben potendo anche trascinare dalla relativa cornice di riferimento, con gli unici limiti dell'art. 17, legge n. 300 del 1970, e dell'esistenza d'una effettiva rappresentatività» (Cfr. Cass. 6.6.2017, n. 13978, in *GI*, 2018, n. 1, 145 ss., con nota di Ferrari; in senso conforme, più di recente, Cass. 17.10.2018, n. 26011, reperibile nella banca dati *DeJure*, Giuffrè, in www.iusexplorer.it).

Tale importante passaggio argomentativo è stato espressamente richiamato dalla Suprema Corte nell'ordinanza in commento al fine di sostenere la legittimità della previsione contrattuale di cui all'art. 8 del Ccnl applicato nell'unità produttiva, che, come anticipato in premessa, attribuisce il potere di indizione dell'assemblea dei lavoratori anche al sindacato «esterno» che, pur non avendo una rappresentanza sindacale in azienda, risulta essere firmatario del predetto Ccnl.

4. — L'analisi della Suprema Corte nell'ordinanza in commento, infatti, si è incentrata sulla validità e sull'interpretazione di tale clausola contrattuale.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla società datrice, l'eccezione di nullità della disposizione, per contrasto con norme imperative (art. 20 St. lav.), è stata disattesa ove si consideri che è lo stesso art. 20, c. 4, dello Statuto che, «in una logica di sostegno dell'attività di un sindacato rappresentativo» – si legge nell'ordinanza in commento –, attribuisce alla contrattazione collettiva la possibilità di prevedere «ulteriori modalità per l'esercizio del diritto di assemblea».

Alla luce degli orientamenti giurisprudenziali poc'anzi richiamati, inoltre, non è stato neanche possibile sostenere che l'attribuzione del potere di convocazione dell'assemblea alla Flai-Cgil violasse i limiti dell'art. 17 St. lav. e dell'esistenza di una effettiva

rappresentatività, atteso che tale sigla sindacale era firmataria del contratto collettivo applicato nell'unità produttiva.

La Cassazione, infatti, con una lettura condivisibile della clausola contrattuale, ha ritenuto che «non vi fosse spazio per una interpretazione diversa da quella che offre e avalla il dato letterale e, cioè, che oltre alla Rsa e al Comitato esecutivo della stessa, il diritto di convocare l'assemblea spetti anche alla Flai-Cgil».

Non potendo che sostenere la legittimità dell'art. 8 Ccnl, la Suprema Corte, nel rigettare il ricorso della società datrice, ha confermato la natura antisindacale del comportamento datoriale manifestatosi nel rifiuto allo svolgimento, all'interno del luogo di lavoro, delle assemblee indette dal sindacato «esterno» in forza di esplicita previsione contrattuale.

Riferimenti bibliografici

- Assanti C. (1972), *Sub art. 20*, in Assanti C., Pera G. (a cura di), *Commento allo Statuto dei lavoratori*, Cedam, Padova, 257 ss.
- Bavaro V. (2013), *La razionalità pratica dell'art. 19 Stat. lav. e la democrazia industriale*, in W.P. Csdle Massimo D'Antona.IT, n. 184, 1 ss.
- Bolego G. (2007), *Il diritto di assemblea*, in Zoli C. (a cura di), *Le fonti. Il diritto sindacale*, in Carinci F. (diretto da), *Diritto del lavoro*, vol. 1, Utet, 183 ss.
- Carinci F. (2013), *Il buio oltre la siepe: Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231*, in *DRI*, 899 ss.
- Centamore G. (2017), *In tema di convocazione individuale o collegiale per la Rsu di un'assemblea retribuita: verso una pronuncia a Sezioni Unite*, in *RIDL*, II, 383 ss.
- Freni A., Giugni G. (1971), *Sub art. 20*, in Freni A., Giugni G., *Lo Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 89 ss.
- Ghezzi G. (1971), *Diritto di assemblea e Statuto dei diritti dei lavoratori*, in *RGL*, I, 11 ss.
- Giordano F.S. (2018), *Rappresentanze sindacali unitarie e diritti sindacali: una difficile convivenza*, in *LPO*, n. 1-2, 38 ss.
- Leccese V. (2013), *Partecipazione alle trattative, tutela del dissenso e art. 19 dello Statuto dei lavoratori*, in *LD*, 539 ss.
- Perone G.C. (1975), *Sub art. 20*, in Prosperetti U. (diretto da), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, vol. II, 656 ss.
- Ponte F.V. (2017), *Il diritto di indire assemblee sindacali, fra interpretazione aggiornata dell'art. 4, 5° comma, dell'Accordo interconfederale del 20 dicembre 1993 e questioni irrisolte per il futuro*, in *FI*, I, 3066 ss.
- Tosi P., Puccetti E. (2017), *La titolarità del diritto di indire assemblee spetta infine alle sole Rsu*, in *GI*, n. 11, 2435 ss.
- Zoppoli A. (2014), *Art. 19 dello Statuto dei lavoratori, democrazia sindacale e realismo della Consulta nella sentenza n. 231/2013*, in *ADL*, I, 333 ss.

Donato Marino

*Dottore di ricerca in Principi giuridici e istituzioni
fra mercati globali e diritti fondamentali
presso l'Università di Bari «Aldo Moro»*

[CORTE COSTITUZIONALE, 23.2.2018, n. 58](#) – Pres. Lattanzi, Est. Cartabia – Tribunale di Taranto c. R.S. e altri.

Sicurezza sul lavoro – Ilva Spa – Sequestro preventivo dello stabilimento – Legge provvedimento – Prosecuzione dell'attività produttiva – Mancato bilanciamento tra diritti contrapposti – Illegittimità costituzionale della norma censurata.

Sono costituzionalmente illegittimi l'art. 3 del decreto legge 4.7.2015, n. 92 (Misure urgenti in materia di rifiuti e di autorizzazione integrata ambientale, nonché per l'esercizio dell'attività d'impresa di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale), e gli artt. 1, c. 2, e 21-octies della l. 6.8.2015, n. 132 (conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 27.6.2015, n. 83, recante misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria), che autorizzano la prosecuzione dell'attività d'impresa di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale anche nel caso di sequestro giudiziario subordinatamente all'adozione di un piano di sicurezza predisposto dall'azienda medesima. (1)

(1) DIRITTO AL LAVORO VERSUS DIRITTO ALLA SALUTE?
IL LAVORO È SICURO O NON È

SOMMARIO: 1. I fatti dai quali prende avvio la controversia e il precedente della Corte costituzionale. — 2. Le questioni. Il corto circuito istituzionale: il conflitto tra poteri. — 2.1. La condizione prevista dal legislatore per la prosecuzione dell'attività. — 3. Il cortocircuito assiologico: il conflitto tra l'interesse alla prosecuzione dell'attività e il diritto alla salute (e al lavoro sicuro). — 3.1. Il paesaggio valoriale nelle sentenze *Ilva*. — 4. Osservazioni conclusive. Sull'argomento della tirannia dei valori e sulla condanna al bilanciamento imperfetto.

1. — *I fatti dai quali prende avvio la controversia e il precedente della Corte costituzionale* — Le intricate vicende riguardanti il più grosso stabilimento siderurgico d'Europa, l'Ilva Spa (1), sono al centro dell'interesse della Corte costituzionale, che, con la sentenza n. 58 del 2018 (2), si occupa di vagliare la legittimità costituzionale dell'art. 3 del d.l. n. 92/2015 («Misure urgenti in materia di rifiuti e di autorizzazione integrata ambientale, nonché per l'esercizio dell'attività d'impresa di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale») e degli artt. 1, c. 2, e 21-*octies* della l. n. 132/2015 (conversione in legge, con modificazioni, del d.l. n. 83/2015, recante «Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria»).

Non è la prima volta, invero, che i giudici costituzionali si occupano dell'*affaire* Ilva, che evidentemente involge questioni socio-politiche e giuridiche assai complesse con inevitabili approdi giudiziari; vi era già stata, infatti, la pronuncia n. 85 del 2013 (3).

Entrambe le sentenze della Corte costituzionale – quella del 2013 e l'altra del 2018 – sembrano sospinte dalla cronaca e dall'urgenza e necessità che questa porta con sé; in realtà, gli eventi «scatenanti», lungi dall'essere imprevisi o imprevedibili, sono

(1) Il colosso siderurgico tarantino, insediato nel 1961 come Italsider, di gestione pubblica, e acquisito nel 1995 dal Gruppo Riva, trova già dalla metà degli anni ottanta la dichiarazione di «area a rischio ambientale»; la l. n. 349 del 1986 ne prevede un primo piano di disinquinamento, ma l'esatta individuazione degli interventi di risanamento e la loro copertura finanziaria ne ritardano l'avvio. Dai primi anni duemila, con l'attribuzione di speciali e particolari competenze in materia ambientale alla Regione Puglia, la situazione diventa un'emergenza istituzionalizzata anche a livello locale. A partire dal 2010, stante la crisi finanziaria del gruppo, che porterà con il d.m. 21 gennaio 2015 all'apertura della procedura di amministrazione straordinaria di Ilva Spa, l'esecutivo nazionale si è prodotto in una serie di decreti (cd. Salva Ilva) – se ne contano dieci nel periodo tra il 2010 e il 2016, e senza distinzione alcuna di colore politico – le cui finalità sono quelle di garantire comunque la produzione del sito e insieme di allungare i tempi per il risanamento degli impianti. Con d.m. 5 giugno 2017, ne è stata finalmente autorizzata la cessione alla A.M. Investco Italy, cordata di cui fanno parte Arcelor Mittal e il Gruppo Marcegaglia; ma il passaggio di proprietà non rappresenta la fine né delle problematiche occupazionali, né delle problematiche ambientali.

(2) La si legga in: Affannato 2018; De Vivo 2018; Amendola 2018; Aprile 2018, 1961; Catalisano 2018; Frega 2018; Pulitanò 2018, 604; Romboli 2018, 1078 ss.; Zirulia 2018, 947. Sia consentito il riferimento a Laforgia (2018, 107 ss.), che affronta il caso Ilva anche in una prospettiva assiologica.

(3) Si tratta più precisamente di C. cost. 9.5.2013, n. 85. I commenti alla sentenza provengono soprattutto dalla dottrina giuspubblicistica; e infatti, vd.: Bin 2013, 1505; Geninatti Satè 2013; Cavanna 2013, 631 ss.; cfr. il numero monografico di QG, 2014, n. 2, e in particolare i contributi di: Deidda, Natale, 67 ss.; Palmisano, 89 ss.; Bricco, 117 ss.; Ciervo, 125 ss.; Masera, 139 ss.; Vivaldi, 15. La sentenza è apparsa meno considerata invece dalla dottrina giuslavoristica, con l'eccezione di Pascucci 2013, e, in maniera più generale, Rivero 2014, 157 ss. Successivamente, la Corte costituzionale emette un'altra pronuncia sulla questione. Ci si riferisce a C. cost. 17.7.2017, n. 182; la si legga con nota di Verdolini 2018. In questo caso, la Regione Puglia aveva impugnato, senza successo, innanzi alla Corte costituzionale il d.l. 9 giugno 2016, n. 98, che, nel dettare le modalità di modifica o di integrazione del «Piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria», ne aveva escluso ogni diretto coinvolgimento.

l'effetto di grumi irrisolti che caratterizzano queste vicende – problematica commistione pubblico/privato; «disinvoltura» e una certa spregiudicatezza imprenditoriale; inerzia pubblica – che nel tempo si sono stratificati e amplificati.

Le due sentenze affrontano questioni simili e, soprattutto, problemi giuridici del tutto analoghi; si ritiene, perciò, opportuno analizzare la sentenza in commento in parallelo a quella precedente.

Nel caso della sentenza del 2013, tutto ha inizio dalle impietose risultanze di ben due perizie (una epidemiologica e l'altra chimica) che hanno univocamente constatato che gli impianti dell'Ilva producevano emissioni nocive, oltre i limiti consentiti, e avevano impatti devastanti sull'ambiente e sulla popolazione. Sulla base di ciò, i Pubblici Ministeri (di seguito, P.M.) tarantini hanno chiesto e ottenuto dal giudice per le indagini preliminari (di seguito, Gip) una serie di provvedimenti cautelari, di natura personale e reale, per ipotesi di reato gravissime quali, tra le altre, associazione a delinquere, avvelenamento di acque o di sostanze alimentari, disastro ambientale doloso, omissione di cautele, omicidio colposo plurimo e lesioni colpose.

Si legge, infatti, nel provvedimento del Gip: «... l'imponente dispersione di sostanze nocive, nell'ambiente urbanizzato e non, ha cagionato e continua a cagionare non solo un grave pericolo per la salute (pubblica) [...] ma addirittura un gravissimo danno per le stesse [persone, *n.d.r.*], danno che si è concretizzato in eventi di malattia e morte [...]. Chi gestiva e gestisce l'Ilva ha continuato in tale attività inquinante con coscienza e volontà per la logica del profitto, calpestando le più elementari regole di sicurezza». Viene perciò disposto anche il sequestro degli impianti (4).

Nel caso della sentenza del 2018, l'avvio è dato dalla morte – l'ennesima – di un operaio investito da materiale incandescente proveniente dall'altoforno «Afo2».

(4) Il provvedimento è del 25 luglio 2012 e, come si evince dalla sentenza della Corte costituzionale, aveva riguardato ampie porzioni dello stabilimento siderurgico di Taranto, senza facoltà d'uso per il gestore, con la nomina concomitante di un collegio di custodi, il cui mandato non comprendeva la continuazione dell'attività produttiva, ma piuttosto l'avvio delle operazioni necessarie alla chiusura dell'impianto in condizioni di sicurezza. Il rimettente segnala come il Tribunale del riesame, pur avendo parzialmente modificato il provvedimento, avesse confermato la necessità di una immediata interruzione dell'attività nelle cosiddette «aree a caldo», subordinando l'ipotetica loro ripresa a una futura autorizzazione, condizionata dalla puntuale esecuzione degli interventi prospettati dai periti nell'ambito dell'incidente probatorio assunto nel giudizio principale, e dall'instaurazione di un sistema di monitoraggio delle emissioni. Il Tribunale, dunque, sempre secondo il rimettente, aveva chiaramente disposto la «sottrazione» al gestore della disponibilità degli impianti, consentendo l'attuazione di interventi «all'esclusivo fine della eliminazione della situazione di pericolo». Riguardo al sequestro degli impianti, erano poi intervenute alcune ordinanze di rigetto delle richieste di revoca o, in subordine, di autorizzazione a proseguire le attività produttive. Lo stesso giudice *a quo*, con decreto del 22 novembre 2012, aveva disposto anche il sequestro «del prodotto finito e/o semilavorato» giacente nelle aree di stoccaggio dello stabilimento Ilva e realizzato in epoca successiva al sequestro degli impianti di produzione. La misura era stata applicata anzitutto nella prospettiva della confisca, a norma dell'art. 240, comma 1, c.p. e dell'art. 321, comma 1, c.p.p., trattandosi del prodotto della condotta illecita consistita nella «imperterrita» prosecuzione dell'attività industriale inquinante nonostante l'esplicito divieto posto dai provvedimenti giudiziari. In secondo luogo, la cautela era stata adottata, in applicazione del comma 1 dell'art. 321 c.p.p., per il perseguimento delle finalità di prevenzione tipiche della fattispecie cautelare.

In seguito al tragico evento, il P.M. del Tribunale di Taranto avvia un procedimento a carico di alcuni dirigenti e tecnici dell'azienda per avere, in concorso, omesso di predisporre cautele volte a prevenire la concatenazione materiale degli eventi che ha portato all'incidente mortale e di aver mancato altresì di adottare strumentazioni idonee a garantire l'incolumità dei lavoratori.

Il P.M. nella fase delle indagini preliminari dispone anche il sequestro preventivo d'urgenza, senza facoltà d'uso, dell'altoforno medesimo sussistendo le ragioni cautelari ex art. 321, cc. 1 e 2, c.p.p.; il provvedimento viene convalidato dal giudice delle indagini preliminari.

Dunque, in entrambi i casi sottoposti alla Corte costituzionale la magistratura penale blocca l'attività produttiva dello stabilimento poiché considerato insicuro per la salute e sicurezza dei lavoratori, e più in generale della comunità cittadina.

Ebbene, all'inattività coattiva disposta dai giudici reagisce il legislatore o, più propriamente, il decisore politico.

Infatti, i provvedimenti dei giudici – che hanno sostanzialmente bloccato, seppur parzialmente, gli impianti, rischiando di fermare definitivamente la produzione – hanno brutalmente richiamato l'attenzione del Governo, che ha, di fatto, «congelato» l'operato della magistratura.

2. — *Le questioni. Il corto circuito istituzionale: il conflitto tra poteri* — Nel primo caso, il Governo è intervenuto con il d.l. n. 207/2012, il cui art. 1 prevedeva che presso gli stabilimenti dei quali fosse riconosciuto l'interesse strategico nazionale e che occupassero almeno duecento persone (come l'Ilva appunto), l'esercizio dell'attività di impresa, quando sia indispensabile per la salvaguardia dell'occupazione e della produzione, potesse continuare per un tempo non superiore a trentasei mesi; in ogni caso, tale prosecuzione era consentita purché si fossero rispettate le prescrizioni impartite con l'Autorizzazione integrata ambientale (di seguito, Aia), rilasciata in sede di riesame (5).

Ma è nel comma 4 dell'art. 1 che si inverava la *ratio legis* effettiva, ivi prevedendosi che «Le disposizioni di cui al c. 1 trovano applicazione anche quando l'autorità giudiziaria abbia adottato provvedimenti di sequestro sui beni dell'impresa titolare dello stabilimento. In tale caso, i provvedimenti di sequestro non impediscono, nel corso del periodo di tempo indicato nell'autorizzazione, l'esercizio dell'attività di impresa a norma del comma 1».

Nel caso più recente al centro della sentenza in commento, invece, l'opposizione all'*impasse* dell'attività produttiva viene dall'Ilva medesima, che chiede il dissequestro dell'altoforno ai sensi dell'art. 3 del d.l. 4 luglio 2015, n. 92, secondo il quale «[a]l fine di garantire il necessario bilanciamento tra le esigenze di continuità dell'attività produttiva, di salvaguardia dell'occupazione, della sicurezza sul luogo di lavoro, della salute e dell'ambiente salubre, nonché delle finalità di giustizia, l'esercizio dell'attività di impresa degli stabilimenti di interesse strategico nazionale non è impedito dal provvedimento di sequestro [...] quando lo stesso si riferisca a ipotesi di reato inerenti alla

(5) Trattasi appunto del d.l. 3 dicembre 2012, n. 207 («Disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale»), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della l. n. 231 del 2012.

sicurezza dei lavoratori» (c. 1) (6). Sempre secondo la norma, infatti, nonostante il sequestro giudiziario, la prosecuzione dell'attività è possibile «... per un periodo di tempo superiore a 12 mesi dall'adozione del provvedimento di sequestro» (c. 2) e purché «... l'impresa [...] *predisponga*, nel termine perentorio di 30 giorni dall'adozione del provvedimento di sequestro, un piano recante misure e attività aggiuntive, anche di tipo provvisorio, per la tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro, riferite all'impianto oggetto del provvedimento di sequestro» (c. 3).

La citata disposizione, perciò, viene invocata dalla difesa dell'Ilva poiché provocherebbe *ex lege* la sospensione dell'esecuzione del vincolo reale.

In entrambi i casi, a questo punto, di fronte a disposizioni normative volte, di fatto, a neutralizzare gli effetti dei provvedimenti giudiziari, i Gip tarantini, hanno ritenuto di rimettere al vaglio di legittimità della Corte costituzionale le norme che dispongono il dissequestro (7).

In particolare, nella vicenda più recente, il Gip solleva la questione di legittimità con riferimento agli artt. 2, 3, 4 e 35, 32, 41, 112 e 77 Cost.

La rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità di queste norme è l'effetto di un cortocircuito.

Infatti, la mancata considerazione per lungo tempo delle questioni inerenti il polo siderurgico ha comportato l'esplosione drammatica delle stesse *sub specie* di emergenza ambientale e occupazionale.

In particolare, la violazione del diritto alla salute sia per la comunità interna, *id est* quella dei lavoratori, sia per quella più ampia dei cittadini di quel territorio, perpetrata negli anni dall'azienda nel silenzio quasi totale dell'autorità pubblica, ha assunto rilevanza giudiziaria. Infatti, l'una e l'altra comunità, colpite nel loro diritto alla salute, sfornite di tutela, sono state costrette a rivolgersi alla magistratura, chiamata, perciò, a farsi carico di un problema di tale portata non in chiave rimediale-riparativa, ma precauzionale: volta, cioè, alla neutralizzazione o al controllo di situazioni di pericolo evidenziate o causate da un reato commesso.

A questo punto si innesca il conflitto istituzionale: il Governo, considerando ultroneo l'effetto dell'intervento giudiziario e soprattutto indebito lo sconfinamento della magistratura nella gestione degli interessi in gioco, ritenuta appannaggio esclusivo della pubblica amministrazione, ha «reagito» al blocco dell'attività che sarebbe derivata dai provvedimenti giudiziari e ha emesso leggi provvedimento con le quali, in entrambi i casi sottoposti all'attenzione della Corte costituzionale, sostanzialmente si dissequestra lo stabilimento e si autorizza la continuazione dell'attività produttiva.

I presupposti di questa continuazione, però, effettivamente differiscono e sono alla base della diversa soluzione adottata nelle sentenze.

(6) A dire della profonda assonanza alla prima vicenda e all'inevitabile «rimando» interno, si osserva che la norma, invero, specifica ciò che era già previsto dall'articolo 1, comma 4, del decreto legge 3 dicembre 2012, n. 207 («Disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale»), convertito, con modificazioni, dalla legge 24 dicembre 2012, n. 231.

(7) Rispetto alla prima sentenza, il Gip di Taranto in data 21.1.2013 solleva la questione di legittimità costituzionale con riferimento agli artt. 1 e 3, d.l. n. 207 del 2012, in relazione agli artt. 1, 32, 41, comma 2, 101, 102, 104, 107, 113 e 117 della Costituzione.

È opportuno, perciò, esaminare i punti di scostamento sui quali si sofferma molto la sentenza in commento a partire dal dispositivo normativo utilizzato nei due casi.

2.1. — *La condizione prevista dal legislatore per la prosecuzione dell'attività* — Come si è già fatto cenno, nel primo caso esaminato nella sentenza del 2013 la prosecuzione dell'attività era condizionata all'osservanza di specifici limiti, disposti in provvedimenti amministrativi relativi all'autorizzazione integrata ambientale (Aia) e assistita dalla garanzia di una specifica disciplina di controllo e sanzionatoria.

Nel caso della sentenza in commento, invece, il quadro regolativo è diverso, così come differente è stato il *modus operandi* del legislatore.

Infatti, prima della scadenza del termine per la conversione del decreto legge n. 92 del 2015, contenente la disposizione in esame, è sopraggiunta la legge 6 agosto 2015, n. 132 («Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 27.6.2015, n. 83, recante misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria»), che è legge di conversione di altro d.l.: con una prima disposizione (art. 1, c. 2), essa ha abrogato il censurato art. 3 del d.l. n. 92/2015 e contestualmente previsto una clausola di salvezza per gli effetti giuridici nel frattempo prodottisi; nello stesso tempo, con l'art. 21-*octies*, ha reintrodotto la previsione abrogata, nella sua letterale identità.

Dunque, la legge n. 132 del 2015 ha formalmente abrogato e simultaneamente salvaguardato e riprodotto il precetto normativo contenuto nell'impugnato art. 3 del decreto legge n. 92 del 2015. La norma introdotta dalla disposizione impugnata ha, dunque, continuato a esplicare effetti nell'ordinamento senza soluzione di continuità dalla entrata in vigore del d.l. fino all'impugnazione dello stesso, assicurando una copertura legislativa al protrarsi dell'attività d'impresa nello stabilimento Ilva di Taranto, compresa quella dell'altoforno, nonostante l'intervenuto sequestro.

Ne è conseguito insomma un anomalo intreccio normativo che ha solo apparentemente abrogato la prescrizione normativa, il cui contenuto, invece, essendo stato trasfuso in altra norma, ha mantenuto senza soluzione di continuità di fatto la sua vigenza (8).

Pertanto, lo scrutinio della Corte costituzionale riguarda tutte le disposizioni considerate in combinazione tra loro: vale a dire l'art. 3 del d.l. n. 92/2015 e gli artt. 1, c. 2, e 21-*octies* della l. n. 132/2015.

L'anomalia dell'intreccio normativo, probabilmente, è stato il malcelato tentativo di mistificare l'altra anomalia, questa volta nel merito della questione, riguardante proprio il presupposto della continuazione dell'attività produttiva, nonostante l'inibizione giudiziaria.

Infatti, in questo caso, le norme, discostandosi dal dispositivo normativo già utilizzato dal legislatore, non condizionano la prosecuzione dell'attività al rispetto delle prescrizioni dell'Aia, ma addirittura richiedono esclusivamente la predisposizione, en-

(8) Infatti, la Corte costituzionale rigetta la questione di inammissibilità proposta dall'Avvocatura di Stato: «Non è, quindi, fondata l'eccezione di inammissibilità prospettata dall'Avvocatura Generale dello Stato per sopravvenuta carenza di interesse, dato che la norma oggetto del presente giudizio è rimasta nell'ordinamento senza variazioni di contenuto e senza soluzione di continuità, pur sotto la specie di diversi precetti legislativi concatenati fra loro».

tro trenta giorni, di un piano che può essere addirittura provvisorio e che viene redatto unilateralmente, e cioè a opera della stessa parte privata colpita dal sequestro dell'autorità giudiziaria, senza alcuna forma di partecipazione di altri soggetti pubblici o privati. Tantomeno si richiede all'azienda l'adozione di misure tempestive volte a rimuovere la situazione di pericolo per l'incolumità dei lavoratori esposti dalla perdurante prosecuzione dell'attività d'impresa.

Quanto al contenuto, il piano deve recare «misure e attività aggiuntive, anche di tipo provvisorio», non meglio identificate; manca del tutto qualsiasi rinvio alla legislazione in materia di sicurezza sul lavoro, e questo, come si legge nella sentenza: «... lascia sfornito l'ordinamento di qualsiasi concreta ed effettiva possibilità di reazione per le violazioni che si dovessero perpetrare durante la prosecuzione dell'attività».

L'unico limite è quello temporale, dal momento che si prevede che l'attività di impresa non può protrarsi per un periodo di tempo superiore a dodici mesi dall'adozione del provvedimento di sequestro (c. 2).

3. — *Il cortocircuito assiologico: il conflitto tra l'interesse alla prosecuzione dell'attività e il diritto alla salute (e al lavoro sicuro)* — È evidente da quanto detto l'oggettiva differenza nella previsione dei presupposti che la legge prevede nei due casi che si stanno esaminando per la continuazione dell'attività produttiva.

Tuttavia, le questioni riportate nel loro svolgimento fattuale e soprattutto nel loro inquadramento normativo rappresentano lo sfondo sul quale si staglia una contrapposizione tra valori e principi che, in primo luogo, prende le sembianze, come abbiamo visto, di un conflitto istituzionale, o meglio di un vero e proprio cortocircuito tra politica e magistratura e, in secondo luogo, di un cortocircuito assiologico tra interesse alla produzione/occupazione e diritto alla salute/diritto al lavoro (sicuro).

A questo proposito, nella sentenza del 2018 si sottolinea con fermezza che «... a differenza di quanto avvenuto nel 2012, il legislatore ha finito col privilegiare in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (artt. 4 e 35 Cost.). Il sacrificio di tali fondamentali valori tutelati dalla Costituzione porta a ritenere che la normativa impugnata non rispetti i limiti che la Costituzione impone all'attività d'impresa, la quale, ai sensi dell'art. 41 Cost., si deve esplicare sempre in modo da non recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana [...] In proposito, questa Corte ha del resto già avuto occasione di affermare che l'art. 41 Cost. deve essere interpretato nel senso che esso “limita espressamente la tutela dell'iniziativa economica privata quando questa ponga in pericolo la ‘sicurezza’ del lavoratore” (sentenza n. 405 del 1999). Così come è costante la giurisprudenza costituzionale nel ribadire che anche le norme costituzionali di cui agli artt. 32 e 41 Cost. impongono ai datori di lavoro la massima attenzione per la protezione della salute e dell'integrità fisica dei lavoratori (sentenza n. 399 del 1996)».

E però, salvo il giusto risalto al differente presupposto per la prosecuzione dell'attività produttiva, la sentenza del 2018 sembra porsi in linea di continuità con il precedente della Corte costituzionale secondo il quale non si può tacciare la legge di piegarci in modo intenzionale a una funzione di sostanziale revoca dei provvedimenti

cautelari giudiziari, né si può accusare il legislatore di atteggiarsi, di fatto, a giudice di grado superiore (agendo, dunque, sul caso concreto, lasciando inalterata la base normativa sulla quale si fondavano i provvedimenti «revocati»), se viene richiesta al destinatario del sequestro un'attività collegata a criteri legalmente definiti e sottoposta a controlli pubblici.

Prevedendo questi requisiti, la disposizione oggetto della sentenza del 2013 non è stata considerata lesiva delle attribuzioni giudiziarie; e pertanto non è stata riconosciuta a questa la capacità di determinare un conflitto tra poteri: non vi sarebbe stata alcuna inibizione dei poteri di indagine e di azione facenti capo al P.M., né tantomeno alcuna predeterminazione della decisione giudiziale in merito a una singola controversia, né infine alcuna preclusione di accesso alla tutela giurisdizionale dei diritti (9).

Si era, dunque, ritenuto che gli interventi normativi, benché successivi a quelli giudiziali, non sanassero né rendessero lecito *a posteriori* ciò che prima era illecito, tantomeno «sterilizzassero», sia pure temporaneamente, il comportamento futuro dell'azienda. Alle norme scrutinate, piuttosto, si era riconosciuto il potere di tracciare un percorso di risanamento ambientale ispirato al *bilanciamento* tra la tutela dei beni indicati (salubrità dell'ambiente e delle persone) e quella dell'occupazione, cioè tra beni (tutti) corrispondenti a diritti costituzionalmente protetti. In altre parole, l'«equilibrio» tra gli stessi si reputava fosse oggetto di una valutazione spettante al legislatore, che, infatti, non si sarebbe sottratto a ciò.

Ne è derivata che la reimmissione della società nel possesso degli impianti sia stata ritenuta conseguenza obbligata di tale nuovo quadro normativo, necessaria a consentire la prosecuzione della produzione alle nuove condizioni, salvaguardando così i livelli occupazionali.

Dunque, l'«ingerenza» del legislatore nelle vicende giudiziarie è stata considerata un naturale «sconfinamento», questo sì, della portata delle norme volte soltanto a salvaguardare i livelli occupazionali.

A questo punto, tuttavia, è doveroso chiedersi se l'effettiva e indubbia differenza nella costruzione dei presupposti per la «liberatoria» alla continuazione dell'attività scelta dai due provvedimenti normativi sia davvero in grado di giustificare la diversa pronuncia della Corte costituzionale, o se essa non sia stata enfatizzata proprio per evitare di entrare nella delicata questione del bilanciamento tra interessi e diritti contrapposti.

Ebbene, la sentenza n. 85 del 2018 ha seguito a questo proposito il medesimo crinale, salvo concludere che, nel caso di specie, il percorso di risanamento ambientale non sarebbe stato improntato al bilanciamento dei beni in discussione e questo avrebbe determinato il corto circuito assiologico, e cioè un conflitto a quel punto insanabile (dal legislatore) tra il diritto alla salute dei lavoratori e quello alla produzione/occupazione.

(9) Secondo i giudici costituzionali, insomma, la disciplina censurata, oltre a introdurre una nuova sanzione per le violazioni dell'Aia, ha specificamente conservato le sanzioni preesistenti, anche penali. D'altra parte, la doglianza relativa all'inibizione di nuovi ed efficaci provvedimenti cautelari di natura reale sarebbe illogica, ben potendo il legislatore legittimare determinate condotte per il futuro, e apparendo congrua, di conseguenza, la disattivazione dei poteri pertinenti alla giurisdizione penale.

Allora, la domanda che l'interprete non può eludere nell'annotare questa sentenza è se i giudici costituzionali in questo caso siano davvero animati da una «sensibilità» diversa rispetto alla pronuncia precedente oppure si muovano nel medesimo solco valoriale.

È perciò opportuno sviluppare qualche riflessione sull'orizzonte di senso nel quale si è mossa la Corte costituzionale.

3.1. — *Il paesaggio valoriale nelle sentenze Ilva* — La pronuncia del 2018, benché richiami espressamente quella del 2013 e ne riporti ampi brani, tuttavia inquadra in modo diverso e più nitido i termini del conflitto assiologico, correttamente circoscrivendoli all'art. 41 Cost. (la libertà di iniziativa economica come fondamento costituzionale al diritto di prosecuzione dell'attività produttiva) e al combinato disposto degli artt. 2 e 32 Cost. (tutela della salute e della vita stessa) con gli artt. 4 e 35 Cost. (diritto al lavoro e tutela di tutte le forme dello stesso), considerato quest'ultimo come un tutt'uno inscindibile.

Questo è un passaggio di grande interesse e novità che porta a non polarizzare il conflitto tra lavoro/occupazione e salute come poi è passato nella vulgata corrente.

Proprio per questo, sarebbe stato auspicabile che la Corte costituzionale avesse sviluppato maggiormente il profilo assiologico emerso per rimarcare eventualmente le distanze dal «paesaggio» assiologico tracciato in precedenza.

In realtà, nella pronuncia del 2013, si assisteva a uno spostamento continuo dei termini della polarizzazione assiologica; la Corte costituzionale individuava soltanto sommariamente i beni oggetto del suo scrutinio, che risultava così superficiale e sommario. Infatti, nel dichiarare la legittimità delle norme contenute nella cd. decreto Salva Ilva, i giudici costituzionali ne individuavano la *ratio* nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, e in particolare tra quello alla salute (art. 32 Cost.), da cui derivava il diritto all'ambiente salubre, e il diritto al lavoro (art. 4 Cost.). Rispetto a questo, si può innanzitutto osservare che veniva fornita una nozione di «diritto al lavoro» *limitata* ai livelli occupazionali, accedendo a un'idea meramente quantitativa del lavoro. Che fosse così è confermato da diversi stralci della pronuncia, il cui argomento principale era quello emergenziale: si parlava tanto di emergenza ambientale – dato il pregiudizio arrecato all'ambiente e alla salute degli abitanti del territorio circostante – quanto di quella occupazionale, considerato che l'eventuale chiusura dell'Ilva avrebbe determinato la perdita del posto di lavoro per migliaia di persone, direttamente dipendenti dello stabilimento o interessate dall'indotto.

Certo, in quella sentenza si considerava la grave compromissione della salubrità dell'ambiente e della salute della popolazione, ma si riteneva che le prescrizioni dell'Aia potessero essere sufficienti quantomeno a ridurne gli effetti. Al centro del ragionamento, dunque, veniva posto il problema occupazionale e, tuttavia, il lavoro in quest'accezione non era considerato *ex se*, ma diveniva un precipitato logico dell'iniziativa economica, le cui ragioni, queste sì, diventavano assorbenti. Il lavoro diveniva così *soltanto* uno dei tanti fattori della produzione, «degradato» a mera occupazione, ed è in questo senso che era contrapposto al diritto alla salute. Lo sbandierato dissidio tra salute e lavoro altro non celava che il vero conflitto tra *salute* e *impresa*.

Se così non fosse stato e il bilanciamento avesse effettivamente riguardato il diritto

al lavoro e quello alla salute, quest'ultimo avrebbe un epilogo, in ogni caso, tragico: morire di lavoro o morire senza lavoro (10).

Di questa tragicità sembrano molto più consapevoli i giudici della sentenza in commento.

Dunque, i termini assiologici delle due sentenze sono profondamente diversi.

Cionondimeno, la sentenza del 2018, nel mettere molto più condivisibilmente a fuoco la questione, si ferma, purtroppo, a questo, senza cioè mettere in discussione l'ordine assiologico equiordinato come riconosciuto nel 2013, laddove si affermava che tutti i principi/diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non sarebbe possibile pertanto individuare uno di essi che prevalga in maniera assoluta sugli altri; tantomeno si riteneva che la definizione dell'ambiente e della salute come «valori primari», data dalla medesima Corte, implicasse una «rigida» gerarchia tra diritti fondamentali (11). Così si attribuiva alla Costituzione la previsione di un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi.

Ebbene, si deve ammettere che si fa una certa fatica a ritenere che la sentenza in commento, benché molto diversa nell'esito dall'altra, sia portatrice di un ordine tassonomico differente, e cioè in grado di condurre il bilanciamento a un altro esito; basti considerare che, se il decisore politico avesse previsto un presupposto diverso, la seconda pronuncia della Corte costituzionale sarebbe stata molto probabilmente del tutto allineata alla prima.

Certo, in quest'ultima la Corte non si inerpica sul percorso valoriale e non tange neppure l'argomento della tirannia dei valori che è il nucleo centrale della sentenza del 2013; tuttavia, non ha messo in discussione, almeno non esplicitamente, l'assunto secondo il quale la qualificazione come «primari» dei valori dell'ambiente e della salute significa che non potrebbero essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto.

Seguendo questo percorso, ne consegue che il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuzione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza.

La concatenazione logica degli argomenti conduce alla conclusione enfatica sancita nella sentenza del 2013, e sulla quale non prende posizione la sentenza del 2018, che se si privilegiasse nel bilanciamento un diritto rispetto agli altri, quest'ultimo diventerebbe «tiranno».

Infatti, se il bilanciamento fosse a un certo punto inibito, e dunque i valori non fossero in un ordine mobile e dinamico, «... si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme [che sembra contestuale e indistinto, *n.d.r.*], espressione della dignità della persona».

(10) Nelle aule di tribunale, si inscena un terribile dilemma: lavorare o morire (quando non si muore prima di lavoro). Si veda, in questa chiave, il bel *reportage* di Leogrande 2013.

(11) Vd. C. cost. 30.7.1993, n. 365, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, citata dal giudice rimettente.

4. — *Osservazioni conclusive. Sull'argomento della tirannia dei valori e sulla condanna al bilanciamento imperfetto* — Vale la pena soffermarsi sul riferimento «a effetto» alla «tirannia dei valori», che è apparso subito abbastanza improprio: incongruo si potrebbe dire (12).

Infatti, per legittimare la presa di posizione dei giudici contro la prospettazione delle ordinanze di remissione (in particolare, quella del Gip, che assumeva come punto di partenza indiscutibile che il diritto alla salute *ex art.* 32 Cost. fosse da considerare preminente rispetto agli altri diritti coinvolti), si è preso a prestito il titolo di un discorso di Carl Schmitt, diventato molto più celebre di quanto lo stesso Autore pare non avesse voluto: la «Tirannia dei valori», appunto (13).

La lezione di Schmitt ammonisce, in generale, dall'adottare la prospettiva valoriale, poiché a ogni valore corrisponde un «non valore»; di qui gli insaziabili conflitti che hanno portato alle estreme conseguenze, sfociando nella guerra mondiale.

Ogni filosofia dei valori – che si muove necessariamente in un orizzonte di «punti di vista» – rivela a Schmitt, al di là di una pluralità di prospettive, l'aggressività propria di ogni posizione: ogni «punto di osservazione» non è che «un punto d'attacco» (14).

Ebbene, l'espressione «la tirannia dei valori» – che invero Schmitt stesso trae da Hartmann (15) – ha un significato specifico. Egli era fortemente condizionato dalla temperie politica che aveva vissuto e dall'ansia di ammonire i suoi contemporanei, e in particolare la Corte costituzionale tedesca, dal riferirsi disinvoltamente a un ordine ideale di valori, nell'aspirazione alla difesa di norme e diritti fondamentali («davanti al tabernacolo dei valori non si scherza e non si sbadiglia») (16). Dunque, il ragionamento schmittiano, condivisibile o meno, è molto più complesso della *vulgata* che ne dà la Corte costituzionale nella sentenza esaminata e poi ripetuta, come un vuoto *slogan*, anche in altre pronunce o differenti contesti.

Ora, prendendo le distanze dall'assunto di fondo della Corte costituzionale (più

(12) Si è già avuto modo di sviluppare ampie considerazioni, per lo più critiche, sul ragionamento svolto dalla Corte costituzionale sul tema in Laforgia (2018, 107 ss.), alla quale sia ancora una volta consentito il rinvio.

(13) Schmitt 1967, con un saggio di Volpi 2008. Il discorso schmittiano – consegnato dal giurista stesso alle stampe in un'edizione fuori commercio per allievi e conoscenti – venne poi pubblicato in Germania nel 1964 dalla *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, che, all'insaputa di Schmitt, lo offrì a una vasta platea di lettori, dopo averlo sottoposto a parecchi tagli. Soltanto nel 1967 è stato finalmente offerto il testo originale del seminario, preceduto da un'approfondita introduzione nella quale si delineano il «senso» e le circostanze del discorso.

(14) Schmitt preferisce la prospettiva di Weber (2008). Il weberiano «politeismo dei valori», lungi dal generare un relativismo nel quale regni una sconfinata tolleranza delle varie concezioni del mondo, diviene, piuttosto, agli occhi di Schmitt, il terreno di uno scontro inevitabile: la cifra della logica del valore che – proprio perché deve «valere» – non può che affermarsi svalutando gli altri valori.

(15) Hartmann 1949, trad. it., in Thaulero 1972.

(16) Così si legge nel saggio di Volpi (2008), secondo il quale «la domanda che alimentava il suo [di Schmitt, *n.d.r.*] scetticismo è presto formulata: i valori sono davvero ciò che unisce, come vorrebbe la retorica politica? Il collante di una società, capace di tenerne insieme l'identità? Schmitt è convinto di no, per diverse ragioni. Anzitutto, i valori non garantiscono nulla: specie se scendono in terra a mani nude [...]. Né rendono immuni da regressioni nella barbarie, come la storia ha abbondantemente dimostrato».

che da quello di Schmitt), si può osservare che, se è vero che il diritto alla salute e alla vita sono inviolabili – come la Costituzione italiana prevede e come la stessa sentenza del 2018 esplicitamente ribadisce – e questi sono connessi in modo inscindibile al diritto al lavoro (in ambiente sicuro e non pericoloso), tale inviolabilità deve essere *semplicemente* preservata da un bilanciamento infinitamente mobile.

Una volta eletto proprio il diritto al lavoro sicuro a termine di contrapposizione rispetto all'iniziativa economica, ne discende necessariamente, come si legge nella pronuncia, che «... Rimuovere prontamente i fattori di pericolo per la salute, l'incolumità della vita dei lavoratori costituisce condizione minima e indispensabile perché l'attività produttiva si svolga in armonia con i principi costituzionali, sempre attenti anzitutto alle esigenze basilari della persona».

Proprio in coerenza con quanto espresso, sarebbe stato lecito attendersi che la Corte costituzionale attribuisse altrettanto esplicitamente un peso specifico diverso al diritto «al lavoro sicuro» rispetto agli altri diritti o addirittura interessi; si tratterebbe, peraltro, dello stesso peso, in definitiva, che la Costituzione assegna a quest'ultimo. Ne sarebbe ulteriormente disceso uno s-bilanciamento, piuttosto che il solito, imperfetto bilanciamento.

Sarebbe stato auspicabile che i giudici, perciò, con un atto di coraggio ulteriore, avessero affermato che vi sono diritti meno bilanciabili di altri e che il bilanciamento è proprio tecnica imperfetta *ex se* quando si discute del diritto alla salute, che quindi è preminente (e non per questo tiranno) e, peraltro, non può essere separato «a freddo» dal lavoro.

Il lavoro, pertanto, non può essere oggetto di mero bilanciamento, e quindi impone all'interprete di sottrarlo, con rigore, dal dissidio permanente e incombibile con gli altri diritti, o almeno di preservarne i caratteri di salubrità e sicurezza entrati anch'essi, evidentemente *indebitamente*, nel mercimonio delle parti.

Il lavoro, dunque, è sicuro o non è.

Riferimenti bibliografici

- Affannato E. (2018), *L'Ilva di Taranto dinanzi a un nuovo bilanciamento tra diritti*, in www.issirfa.cnr.it.
- Amendola G. (2018), *Ilva e il diritto alla salute. La Corte costituzionale, ci ripensa?*, in www.questionegiustizia.it.
- Aprile E. (2018), *Sulla ragionevolezza del bilanciamento tra interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva e tutela della salute: una nuova pronuncia della Consulta sulla «vicenda Ilva»*, in *Cass. Pen.*, n. 6, 1961 ss.
- Bin R. (2013), *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Note alla sentenza Ilva*, in *GCos.*, 1505 ss.
- Bricco P. (2014), *Le logiche della magistratura e del diritto, le ragioni dell'impresa e del lavoro*, in *QG*, n. 2, 117 ss.
- Catalisano G. (2018), *Il caso Ilva: commento alla sentenza n. 58/2018 della Corte costituzionale*, in www.ambientediritto.it.
- Cavanna V. (2013), *Ilva: criterio di ragionevolezza e bilanciamento dei diritti*, in *Ambiente & sviluppo*, n. 7, 631 ss.

- Ciervo A. (2014), *Esercizi di neo-liberismo: in margine alla sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva*, in *QG*, n. 2, 125 ss.
- De Vivo R. (2018), *La salute, il lavoro, i giudici*, in www.questionegiustizia.it.
- Deidda B., Natale A. (2014), *Introduzione: il diritto alla salute alla prova del caso Ilva. Uno sguardo d'insieme*, in *QG*, n. 2, 67 ss.
- Frega S. (2018), *L'Ilva di Taranto di nuovo di fronte alla Corte costituzionale (osservazioni alla sentenza n. 58 del 2018)*, in www.giurcost.org, n. 2.
- Geninatti Satè L. (2013), «Caso Ilva»: *la tutela dell'ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto (una prima lettura di Corte cost., sent. n. 85/2013)*, in www.forumcostituzionale.it.
- Hartmann N. (1949), *Ethik*, De Gruyter, Berlin, trad. it., in Thaulero V.F. (a cura di) (1972), *Etica. Metafisica dei costumi*, Guida, Napoli.
- Laforgia S. (2018), *Diritti fondamentali dei lavoratori e tecniche di tutela. Discorso sulla dignità sociale*, Esi, Napoli.
- Leogrande A. (2013), *Fumo sulla città*, Fandango, Roma.
- Masera L. (2014), *Dal caso Eternit al caso Ilva: nuovi scenari in ordine al ruolo dell'evidenza epidemiologica nel diritto penale*, in *QG*, n. 2, 139 ss.
- Palmisano S. (2014), *Del «diritto tiranno». Epitome parziale di un'indagine su cittadini già al di sopra di ogni sospetto*, in *QG*, n. 2, 89 ss.
- Pascucci P. (2013), *La salvaguardia dell'occupazione nel decreto «Salva Ilva». Diritto alla salute vs diritto al lavoro?*, in *Working Papers Olympus*, n. 27.
- Pulitanò D. (2018), *Una nuova «sentenza Ilva». Continuità o svolta?*, in *GCost.*, n. 2, 604 ss.
- Riverso R. (2014), *Il volto del giudice del lavoro e la Costituzione*, in *RIDL*, I, 157 ss.
- Romboli R. (2018), *Nota a Corte cost., sent. n. 58/2018*, in *FI*, n. 4, I, 1078 ss.
- Schmitt C. (1967), *Die Tyrannei der Werte*, Kohlhammer, Stuttgart, trad. it., *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori* (2008), *Anatomia dei valori*, Adelphi, Milano.
- Verdolini E. (2018), *Il caso Ilva Taranto e il fil rouge degli interessi costituzionali: commento alla sentenza 182 del 2017 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it.
- Vivaldi E. (2013), *Il caso Ilva: la «tensione» tra i poteri dello Stato ed il bilanciamento tra i poteri istituzionali*, in www.federalismi.it, 15.
- Volpi F. (2008), *Anatomia dei valori*, in Schmitt C., *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, Adelphi, Milano, 69 ss.
- Weber M. (2008), *La scienza come professione*, trad. it., di Volontè P., Bompiani, Milano.
- Zirulia S. (2018), *Sequestro preventivo e sicurezza sul lavoro: illegittimo il decreto «Salva Ilva»*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, 947 ss.

Stella Laforgia
Ricercatrice di Diritto del lavoro
presso l'Università di Bari «Aldo Moro»

CASSAZIONE, 24.9.2018, n. 22434, S.U. – Primo Pres. Canzio, Est. Bisogni, P.M. Capasso (conf.) – C.A. (avv.ti Emiliani, Giubboni) c. P.M.S. (avv. Ciccieri), Inps (avv. Mangiapane), C.P.A. (intimata). Conf. Corte d'Appello di Messina, 11.3.2014.

Pensione – Divorzio – Pensione di reversibilità e altri assegni – Per la morte dell'ex coniuge – Trattamento economico del coniuge divorziato – Attribuzione di una quota del trattamento di reversibilità – Presupposti – Corresponsione dell'assegno divorzile in unica soluzione – Esclusione – Fondamento.

Ai fini del riconoscimento della pensione di reversibilità in favore del coniuge nei cui confronti siano stati dichiarati lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, la titolarità dell'assegno di cui all'art. 5 della l. n. 898/1970, deve intendersi come titolarità attuale e concretamente fruibile dell'assegno periodico divorzile al momento della morte dell'ex coniuge, e non già come titolarità astratta del diritto all'assegno divorzile già definitivamente soddisfatto con la corresponsione in unica soluzione. In quest'ultimo caso, infatti, difetta il requisito funzionale del trattamento di reversibilità, che è dato dal medesimo presupposto solidaristico dell'assegno periodico di divorzio, finalizzato alla continuazione del sostegno economico in favore dell'ex coniuge, mentre nel caso in cui sia stato corrisposto l'assegno «una tantum» non esiste una situazione di contribuzione economica che viene a mancare. (1)

(1) TITOLARITÀ DELL'ASSEGNO DIVORZILE E PENSIONE DI REVERSIBILITÀ

1. — L'ex coniuge si vede rigettare, sia in primo che in secondo grado, la domanda di pensione di reversibilità del coniuge deceduto, avendo percepito in un'unica soluzione l'assegno divorzile. Ricorre allora in Cassazione, sostenendo che i giudici di merito erroneamente avevano ritenuto che la corresponsione in un'unica soluzione dell'assegno divorzile costituisse circostanza ostativa alla pensione di reversibilità.

2. — La Sezione I, con ordinanza interlocutoria (Cass. 10.5.2017, n. 11453, in *DG*, fasc. 82, 2017, 11 ss., con nota di Paleari), ha rilevato sul punto una diversità di decisioni nella giurisprudenza di legittimità relativamente alla interpretazione dell'art. 9, c. 3, l. n. 898/1970, nella parte in cui subordina l'operatività del concorso sulla pensione di reversibilità tra coniuge superstite ed ex coniuge alla titolarità dell'assegno; precisamente, rimettendo il caso alle Sezioni Unite, è stato chiesto di chiarire se sussiste il diritto dell'ex coniuge a vedersi attribuita una quota della pensione di reversibilità anche se ha percepito in un'unica soluzione l'assegno divorzile e comunque in tutti i casi in cui non gli venga, in concreto, erogato il medesimo assegno, sebbene ne abbia diritto.

L'art. 9 indicato disciplina l'ipotesi del concorso sulla pensione di reversibilità del coniuge superstite con il coniuge divorziato, stabilendo che, «Qualora esista un coniuge superstite avente i requisiti per la pensione di reversibilità, una quota della pensione e degli altri assegni a questi spettanti è attribuita dal tribunale, tenendo conto della durata del rapporto, al coniuge rispetto al quale è stata pronunciata la sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e che sia titolare dell'assegno di cui all'art. 5»; l'art. 5 richiamato ha a oggetto l'obbligo del pagamento dell'assegno divorzile, che può avvenire periodicamente (c. 6) oppure in un'unica soluzione (c. 8).

Secondo l'orientamento più diffuso, pur riconoscendosi la natura previdenziale dell'assegno, il diritto alla pensione di reversibilità sussiste solo se è in atto la corresponsione periodica dell'assegno di divorzio all'ex coniuge divorziato; inoltre, il requisito indicato nella legge sul divorzio consistente nella «titolarità dell'assegno» deve essere interpretato nel senso che vi deve essere stato un accertamento giudiziale relativo all'esistenza delle condizioni solidaristico-assistenziali che sottendono all'assegno (Cass. 18.7.2002, n. 10458, in *FI*, 2003, I, 3278 ss.; Cass. 8.3.2012, n. 3635, in *MGC*, 2012, n. 3, 290 ss.; Cass. 5.5.2016, n. 9054, in *FI*, 2016, n. 7-8, I, 2425 ss.).

Per altro orientamento, invece, il diritto del coniuge divorziato a una quota del trattamento di reversibilità costituisce un autonomo diritto al trattamento di reversibilità e, proprio perché autonomo e distinto rispetto al diritto all'assegno da far valere nei confronti dell'ex coniuge e/o del coniuge superstite, non è influenzato dalla concreta erogazione del medesimo assegno, né subordinato alla verifica di una condizione di bisogno (Cass. 28.5.2010, n. 13108, in *GC*, 2011, 11, 01, 2664 ss.; Cass. 29.7.2011, n. 16744, in *GC*, 2012, 02, 00, 0391 ss.).

Secondo le Sezioni Unite la titolarità dell'assegno deve essere attuale e concreta.

I giudici giungono a detta conclusione sulla scorta, innanzi tutto, della revisione del fondamento della pensione di reversibilità, non più rinvenibile nell'apporto alla formazione del patrimonio comune e a quello proprio dell'altro coniuge (Come ritenuto da Cass. 12.1.1998, n. 159, S.U., in *FI*, 1998, I, 392 ss.), bensì nella necessità di garantire un sostegno economico in favore di chi, dopo la morte del coniuge (o dell'ex coniuge), viene a trovarsi in concreto in una situazione patrimoniale deteriore, tale da rendere invocabile la necessità attuale di una tutela solidaristica.

La individuata funzionalizzazione dell'istituto in parola costituisce – secondo la sentenza in commento – la inevitabile applicazione dell'insegnamento della Corte costituzionale; il giudice delle leggi, infatti, aveva chiarito (C. cost. n. 419/1999, in *FI*, 2000, I) che la pensione di reversibilità costituisce un diritto «che non è inerente alla semplice qualità di ex coniuge, ma che ha uno dei suoi necessari elementi genetici nella titolarità attuale dell'assegno, la cui attribuzione ha trovato fondamento nell'esigenza di assicurare allo stesso ex coniuge mezzi adeguati...».

In altre parole, la titolarità dell'assegno di divorzio deve essere attuale perché solo l'attualità si concilia con la necessità di garantire tutela a colui il quale, proprio perché percepisce in concreto l'assegno, versa in quella condizione di bisogno che la pensione di reversibilità (o una quota di essa) è finalizzata a lenire.

L'elemento funzionale su cui si basa l'opzione ermeneutica fornita trova conferma, nell'argomentare delle Sezioni Unite, nella interpretazione sistematica e letterale delle norme.

Rileva, *in primis*, la previsione di cui all'art. 9, l. n. 898/1970, nella parte in cui subordina il diritto alla reversibilità (o a una quota di essa) al fatto che il coniuge non sia passato a nuove nozze; invero, in caso di nuove nozze, viene meno il diritto all'assegno divorzile, e a questa sopravvenienza il legislatore ricollega l'assenza del diritto alla reversibilità, così ponendosi in sintonia con la logica della necessità dell'attualità della corresponsione dello stesso assegno divorzile per avere diritto alla reversibilità.

Ancora, assume importanza l'art. 5, c. 8, l. n. 898/1970, secondo cui, se le parti si accordano – con soluzione che è stata ritenuta equa dal Tribunale – per il pagamento in una unica soluzione dell'assegno divorzile, viene a tacitarsi ogni successiva pretesa economica; in tale caso, infatti, mancando una corresponsione periodica dell'assegno, non sussiste nemmeno una situazione (incolpevole) di disagio giuridicamente rilevante alla cui tutela sarebbe stato dedicato proprio l'assegno divorzile.

Un altro dato funzionale-letterale, poi, viene anche richiamato dalle Sezioni Unite a sostegno della propria decisione: l'espressione «titolare dell'assegno» di divorzio di cui al c. 3 dell'art. 9 della l. n. 898/1970. Secondo i giudici sussiste una ontologica e ineliminabile simmetria tra titolarità di un diritto ed esercitabilità del medesimo diritto, nel senso che è possibile esercitare solo un diritto di cui si è titolare; al contrario, non è esercitabile un diritto di cui non si è titolare e, allo stesso modo, un diritto già soddisfatto non è esercitabile, in quanto con il pieno esercizio (e connesso soddisfacimento) di detto diritto ne è venuta meno anche la relativa titolarità.

3. — La parte della norma in esame, su cui si sono pronunciate le Sezioni Unite con la sentenza in esame, non è nuova a dubbi interpretativi.

In passato si è discusso se l'espressione «sempre che sia titolare di assegno ai sensi dell'art. 5» fosse da interpretarsi come riferita alla titolarità «in astratto», con la conseguenza che, quand'anche l'assegno divorzile non fosse stato riconosciuto prima della morte del coniuge divorziato, era sempre possibile attraverso un giudizio *ex post* valutare la sussistenza dei presupposti per il suo riconoscimento (Cass. 17.1.2000, n. 457, in *D&G*, 2000, n. 3, 51 ss.; Cass. 25.3.2005, n. 6429, in *GC*, 2006, n. 11, I, 2512 ss.), oppure fosse necessario un provvedimento formale di riconoscimento dell'assegno di divorzio (Cass. 25.5.1991, n. 5939, S.U., in *GI*, 1992, n. 1, I, 256 ss.; Cass. 5.8.2005, n. 16560, in *GI*, 2006, n. 7, 1369 ss., su cui vedi Sgroi 2006).

Il contrasto è stato risolto dal legislatore con la l. 28 dicembre 2005, n. 263, art. 5, che così prevede: «Le disposizioni di cui al presente comma (l. n. 898 del 1970, art. 9, comma 2) si interpretano nel senso che per la titolarità dell'assegno ai sensi dell'art. 5, deve intendersi l'avvenuto riconoscimento dell'assegno medesimo da parte del tribunale ai sensi del predetto art. 5».

Pertanto, il diritto del coniuge divorziato alla pensione di reversibilità, o a una quota di essa in caso di concorso con altro coniuge superstite, presuppone che il richiedente al momento della morte dell'ex coniuge sia titolare di assegno di divorzio giudizialmente riconosciuto ai sensi dell'art. 5 della legge predetta, non essendo sufficiente che egli versi nelle condizioni per ottenerlo e neppure che in via di fatto o anche per effetto di private convenzioni intercorse tra le parti abbia ricevuto regolari erogazioni economiche dal «*de cuius*» (Cass. 5.5.2016, n. 9054, in *FI*, 2016, I, 2425 ss.).

Residuavano, però, evidentemente, problemi interpretativi, visto che si è resa necessaria la sentenza delle Sezioni Unite in commento.

4. — La complessità delle questioni che si pongono in tema di pensione di reversibilità pare derivare dal carattere poliedrico e problematico della stessa natura giuridica del diritto dell'ex coniuge al concorso sulla pensione di reversibilità; natura giuridica dalla quale, dunque, appare utile prendere le mosse, alla stessa stregua di quanto (in parte) fatto dalle Sezioni Unite in commento.

Secondo un primo orientamento, nel caso di concorso con il coniuge superstite, il coniuge divorziato non vanta un diritto autonomo a una quota della pensione di reversibilità, ma può essergli riconosciuta, ove così disponga il tribunale ai sensi dell'art. 9, c. 3, l. n. 898/1970, la partecipazione (una quota, appunto) al diritto di cui è titolare il coniuge superstite.

L'opinione che è prevalsa, invece, sostiene la natura previdenziale autonoma del diritto dell'ex coniuge a una quota della pensione di reversibilità, coerentemente con il carattere originario dell'acquisto del medesimo diritto; la pensione di reversibilità, infatti, si acquista *iure proprio*, e non *iure successionis*, rimanendo perciò insensibile anche a una eventuale rinuncia alla eredità.

Accertata la natura autonoma del diritto in questione e, dunque, inquadrato il diritto come strutturalmente indipendente dal diritto altrui, l'aspetto maggiormente problematico ai fini che ci occupano coinvolge i profili funzionali.

Correttamente è stata evidenziata la natura giuridica mista della pensione di reversibilità, in parte previdenziale e in parte assistenziale, considerato che la prestazione in questione presenta elementi propri sia delle prestazioni previdenziali sia delle prestazioni assistenziali. Tipico carattere previdenziale deve rinvenirsi nella richiesta della sussistenza di determinati requisiti assicurativi e contributivi, non essendo sufficiente per il sorgere del diritto alla reversibilità il solo verificarsi dell'evento protetto (*id est*: la morte del lavoratore — per la cd. pensione indiretta — o del pensionato). Costituisce, d'altro canto, elemento proprio delle prestazioni assistenziali la rilevanza dello stato di bisogno in concreto del titolare del diritto alla reversibilità; e detta rilevanza si manifesta per la pensione di reversibilità attraverso la previsione normativa (art. 1, c. 41, l. n. 335/1995) secondo cui l'importo della reversibilità si riduce in base ai redditi propri del beneficiario (più è alto il reddito del beneficiario, minore è lo stato di bisogno, minore è l'importo della prestazione).

Nella sentenza in commento, la palesata ambiguità funzionale pare assumere rilievo ancor più significativo per la quota di pensione di reversibilità spettante al coniuge divorziato.

Invero, sebbene le Sezioni Unite ribadiscano seccamente la natura previdenziale della pensione di reversibilità, pongono a sostegno della propria decisione proprio lo stato di bisogno in cui occorre verificare che si trovi in concreto l'ex coniuge; la pensione di reversibilità, ricordano i giudici, presuppone «il venir meno di un sostegno economico che veniva apportato in vita dal coniuge o ex coniuge scomparso e la sua finalità è quella di sovvenire a tale perdita economica all'esito di una valutazione effettuata dal giudice in concreto...».

5. — La ricostruzione effettuata dalle Sezioni Unite, dunque, passa attraverso la rivisitazione dell'autonomia che connota la pensione di reversibilità dell'ex coniuge: il diritto è sì autonomo, ma sussiste solo se idoneo a svolgere una funzione di tutela; funzione da escludersi se non è previsto che l'assegno divorzile venga corrisposto periodi-

camente. Gli Ermellini, infatti, chiariscono che autonomia del diritto previdenziale alla reversibilità non significa totale astrazione dalla fattispecie concreta a cui si ricollega il medesimo diritto; il diritto alla reversibilità (o a una quota della pensione di reversibilità) è autonomo in quanto sorge automaticamente al verificarsi dell'evento protetto, sussistendo i prescritti requisiti assicurativi e contributivi e perché si acquista *iure proprio* e non *iure successionis*. Detta autonomia non è intaccata dalla necessità di verificare la sussistenza di condizioni, che, sebbene esterne al diritto alla pensione, sono comunque rilevanti ai fini del riconoscimento del medesimo diritto.

Proprio il legame con la situazione concreta di bisogno – coincidente con l'obbligo di erogazione periodica dell'assegno di divorzio – comporta la necessità di distinguere, ai fini della verifica dei relativi presupposti costitutivi del diritto alla reversibilità, la posizione del coniuge divorziato da quella del coniuge superstite, da una parte, e dei figli maggiorenni del defunto, dei genitori superstiti del defunto, dei fratelli celibi e delle sorelle nubili del defunto, dall'altra.

Invero, l'art. 13 del r.d.l. n. 636/1939 riconosce al coniuge superstite il diritto alla reversibilità, senza necessità di ulteriori accertamenti; per le altre tre categorie di soggetti sopra ricordate, invece, la stessa fonte normativa richiede che i potenziali beneficiari siano a carico del defunto al momento della sua morte, realizzandosi solo in questo caso (vivenza a carico del defunto al momento del decesso) quella situazione dettata ritenuta meritevole di tutela solidaristica.

La giurisprudenza in esame impone la identificazione di un *tertium genus* di potenziali beneficiari della reversibilità: l'ex coniuge, per il quale occorre verificare se sussiste la titolarità in concreto dell'assegno divorzile periodico.

Mentre per il coniuge superstite la funzione solidaristica propria della pensione di reversibilità si atteggia alla stregua di una propagazione della solidarietà coniugale e si sostanzia nella prosecuzione del sostegno economico prima fornito dal coniuge deceduto, per il coniuge divorziato del defunto, invece, non è sufficiente la semplice qualità di ex coniuge, essendo necessaria la titolarità attuale dell'assegno per il tramite della quale (titolarità attuale) trova attuazione lo scopo solidaristico proprio dell'istituto in parola.

Sostenere che la scelta di ricevere l'assegno divorzile in un'unica soluzione implica l'impossibilità di ottenere, in un futuro, la pensione di reversibilità equivale a ritenere che l'opzione effettuata in sede divorzile incide sul diritto alla reversibilità (o a una quota di reversibilità), impendendone lo stesso sorgere. La sentenza in commento, infatti, fa conseguire alla scelta di ricevere l'assegno in un'unica soluzione la impossibilità di ricevere poi la pensione di reversibilità: rinunciare all'assegno periodico, dunque, significa, implicitamente ma inevitabilmente, rinunciare alla futura pensione di reversibilità.

Pertanto, ed è in ciò la rilevante portata innovativa della pronuncia in commento, all'ex coniuge che opta per l'assegno *una tantum*, sussistendo una presunzione *iuris et de iure* tra la titolarità in concreto dell'assegno divorzile periodico e uno dei presupposti per la costituzione del diritto alla reversibilità, è preclusa in radice la possibilità stessa di chiedere poi la pensione di reversibilità.

Riferimenti bibliografici

- Capurso P. (2016), *La pensione ai superstiti. Alla ricerca di un fondamento*, in *RDSS*, fasc. 4, dicembre, 609 ss.
- Cester C. (1980), *Pensione di reversibilità e parità fra coniugi*, in *NLC*, 606 ss.
- Greco M.G. (2014), *Ancora sui criteri di riparto della pensione di reversibilità tra coniuge superstite e coniuge divorziato*, in *Famiglia e diritto*, n. 12, 1107 ss.
- Persiani M., D'Onghia M. (2018), *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino.
- Sgroi A. (2006), *Riconoscimento della pensione di reversibilità e crisi coniugale: profili di diritto sostanziale e processuale*, in *GI*, fasc. n. 7, 1373 ss.

Erminio Capasso
Avvocato

CASSAZIONE, 17.8.2018, n. 20774 – Pres. Manna, Est. Rivero, P.M. Visonà (conf.) – L.A., C.F. (avv. Trivellini) c. Università degli Studi di Perugia (Avvocatura Generale dello Stato) e Inail (avv.ti Ottolini, Romeo). Cass. Corte d'Appello di Perugia, 14.12.2013.

Mobbing – Danno psichico nel rapporto di lavoro – Artt. 1 e 3, T.U. n. 1124/1965 – Patologie non correlate a rischi espressamente considerati nelle apposite tabelle – Indennizzabilità – Art. 10, c. 4, d.lgs. n. 38/2000 – Rischio specifico improprio – Sussiste.

Alla luce di quanto previsto dall'art. 10, c. 4, del d.lgs. n. 38/2000, sono indennizzabili dall'Inail ex art. 1 del T.U. n. 1124/1965 tutte le malattie, di natura fisica o psichica, la cui origine sia riconducibile al rischio del lavoro, riguardante sia la lavorazione specifica, sia l'organizzazione del lavoro e le modalità del suo svolgimento. Ciò, alla luce dell'evoluzione interpretativa del concetto di rischio cd. ambientale e di quella normativa in ordine al concetto di infortunio in itinere, dovendosi ritenere incongrua una qualsiasi distinzione in tal senso, posto che il lavoro coinvolge la persona in tutte le sue dimensioni, riguardanti, al contempo, la sfera fisica e quella psichica. (1)

(1) IL DANNO DA CD. *MOBBING* SUBITO DAL LAVORATORE
È INDENNIZZABILE DALL'INAIL

1. — Con la decisione in commento, la Corte di Cassazione fissa importanti principi in tema di indennizzabilità, ai fini assicurativi, del danno da cd. *mobbing* subito dal dipendente nell'ambito del rapporto di lavoro.

La sentenza imprime un'importante svolta in termini di accrescimento del livello di protezione sociale in presenza di situazioni di pregiudizio personale derivanti da frustrazioni frutto di condotte persecutorie, ancorché le conseguenze sul piano sostanziale siano meno dirompenti del principio di diritto affermato, imponendo comunque, al lavoratore, in assenza di una previsione normativa che identifichi una rigorosa identificazione del cd. *mobbing* dal punto di vista giuridico, di fornire la prova delle condotte datoriali tali da configurare la sua responsabilità sul piano risarcitorio.

2. — I principali profili della decisione sono essenzialmente due: in primo luogo, l'affermazione secondo cui la nozione di danno alla salute e le conseguenze sul piano risarcitorio non possano essere limitate a quello di natura fisica ma debbano estendersi anche a quello cd. «psichico».

Quest'ultimo, in particolare, è quello che incide su beni e valori più estesi rispetto alle lesioni che possano derivare dall'utilizzo di una specifica strumentazione, attenendo a tutte le conseguenze di comportamenti consistenti in vessazioni, angherie, soprusi e abusi sulla persona del lavoratore, originati o da comportamenti abnormi del datore di lavoro ovvero di altri dipendenti e tollerati dall'imprenditore che ne sia al corrente, senza ricorrere ad alcuna misura di carattere protettivo della vittima.

D'altra parte, è noto che il dovere di provvedere a tutelare adeguatamente la personalità morale del lavoratore costituisce un parametro essenziale nell'ambito della cd. valutazione dei rischi presenti nell'ambiente di lavoro fissata dal d.lgs. n. 81/2008, anche in relazione all'ampiezza dell'organizzazione aziendale (Cfr. Cass. 10.1.2012, n. 87, in *FI*, 2012, I, 1502 ss.; T. Brescia 28.3.2013, n. 311, in *GL*, 2013, n. 18, 17 ss.).

Va poi sottolineato il richiamo formulato al costante orientamento interpretativo giurisprudenziale della Corte di legittimità, relativamente a quanto previsto dall'art. 1 del d.P.R. n. 1124/1965, in ordine all'opportunità di attribuire il giusto rilievo non soltanto al rischio specifico proprio della lavorazione, bensì anche al cd. «rischio specifico improprio», intendendosi per tale quello non strettamente insito nella prestazione oggetto di valutazione e tuttavia collegato a essa.

A tal proposito, infatti, la Corte ha richiamato, da una parte, il rilievo delle attività prodromiche allo svolgimento della prestazione e, dall'altra, una serie di attività esterne, tra cui le attività di promozione, le pause fisiologiche, le attività sindacali e, nell'ambito di tale evoluzione, la nuova disciplina dell'infortunio *in itinere* dettata dall'art. 12 del d.lgs. n. 38/2000.

Seguendo tale percorso, secondo il condivisibile intervento della Corte, si devono quindi ricomprendere nell'ambito della tutela indennizzabile ai fini assicurativi tutte quelle attività esercitate nell'ambito di un determinato ambiente di lavoro, a prescindere dalla «manualità» della mansione e dall'utilizzo di uno specifico macchinario.

3. — Nel caso in esame, il lavoratore, in seguito deceduto nel corso del giudizio di primo grado, addetto a mansioni di bibliotecario in una struttura universitaria, lamentava di subire continui atti vessatori della datrice di lavoro, con conseguente richiesta di riconoscimento della natura professionale della malattia insorta a causa di tali comportamenti.

Nel rigettare la richiesta del lavoratore, in particolare, la Corte d'Appello, fornendo un'interpretazione oltremodo formalistica e letterale del testo normativo, affermava la non tutelabilità, nell'ambito dell'assicurazione obbligatoria gestita dall'Inail, della malattia derivante non direttamente dalle lavorazioni elencate nell'art. 1 del d.P.R. n. 1124/1965, tra cui le situazioni di costrittività organizzativa, come il cd. *mobbing*.

Il giudice di merito aveva infatti osservato come la malattia professionale, per essere indennizzabile, dovesse rientrare nell'ambito del rischio assicurato ex artt. 1, c. 3, e 3 del d.P.R. n. 1124, che stabilisce l'obbligatorietà dell'assicurazione contro gli infortuni di coloro che siano addetti a macchine o apparecchi e impianti elettrici o termici.

Senonché, secondo la Corte di legittimità, in tema di assicurazione sociale non rileva solamente il rischio specifico proprio della lavorazione, quanto anche il cd. «rischio specifico improprio», ovvero quel rischio che non è strettamente insito nell'atto materiale della prestazione, ma che è, tuttavia, seppur in misura diversa, anche solo collegato con la prestazione.

La conseguenza di tale ragionamento è, quindi, la piena indennizzabilità di tutte le malattie, di natura fisica o psichica, la cui origine sia riconducibile al rischio del lavoro, sia che riguardino la lavorazione, sia che riguardino l'organizzazione del lavoro e le modalità della sua esplicazione, dovendosi ritenere incongrua una qualsiasi distinzione in tal senso.

4. — La questione non è nuova, e tuttavia l'approdo cui è giunta la Corte di Cassazione rappresenta un punto di partenza, e non di arrivo, di estrema rilevanza nell'ambito della disciplina del risarcimento del danno da cd. *mobbing*.

È infatti noto, sebbene, diversamente da quanto avviene invece in altri paesi europei, il legislatore nazionale ancora non si sia dotato di una regolamentazione legislativa autonoma, che il *mobbing*, in quanto riconducibile a quel comportamento reiterato nel tempo da parte di colleghi o superiori della vittima, teso a sospingerla al di fuori del contesto lavorativo, ovvero a isolarla, e che a causa di tale comportamento protratto nel corso del tempo subisce conseguenze negative di ordine fisio-psichico, sia ritenuto danno risarcibile in applicazione dell'art. 2087 c.c.

Il suo riconoscimento è avvenuto dapprima a opera della psicologia del lavoro internazionale e nazionale, quindi della giurisprudenza (*Ex multis*: T. Como 22.5.2001, in *LG*, 2002, n. 1, 73 ss., con nota di Hege, e in *OGL*, 2001, n. 2, 277 ss.; T. Pinerolo 6.2.2003, in *LPO*, 2003, n. 7, 1267 ss.), che ha descritto il fenomeno del *mobbing* come consistente in una condotta vessatoria, reiterata e duratura, individuale o collettiva, rivolta nei confronti di un lavoratore a opera di superiori e/o colleghi (Pedrazzoli 2007, 2) e l'ha ritenuto riconducibile al danno esistenziale, con entità risarcitoria da determinarsi in via equitativa (T. Como 22.2.2003, in *MGL*, 2003, 328 ss. Più di recente, Cass. 8.1.2016, n. 158, in *GL*, 2017, n. 7, 27 ss.; Cass. 8.1.2016, n. 158, in *GL*, 2017, n. 7, 27 ss.; Cass. 31.5.2011, n. 12048, in *GL*, 2011, n. 30, 30 ss. In dottrina, Monateri 1999, 6; Ziviz 1998, 380; Cass. 15.1.2016, n. 583, in *GL*, 2016, n. 7, 26 ss.).

Senonché, la maggiore difficoltà che si registra dal punto di vista risarcitorio consiste nel fatto che la condotta cd. *mobbizzante* debba necessariamente essere oggetto di rigorosa prova, dimodoché spetti al lavoratore l'onere di allegare e provare l'esistenza del danno, come pure la nocività dell'ambiente di lavoro e il nesso tra l'uno e l'altro (Si vd. Cass. 15.1.2016, n. 583, in *GL*, 2016, n. 7, 26 ss.).

Difatti, secondo la giurisprudenza, solo se il lavoratore abbia fornito la prova di tali circostanze sussiste per il datore l'onere di dimostrare di avere adottato tutte le cautele necessarie a impedire il verificarsi del danno e che l'eventuale situazione psicologica del dipendente non è connessa all'inosservanza di tali obblighi (Cfr., Cass. 3.7.2015, n. 13693, in *GL*, 2015, n. 34, 43 ss.; in senso diverso, Vallebbona 2006, 8 ss.), con la conseguenza che in mancanza della dimostrazione del datore di lavoro della legittimità del comportamento tenuto, egli potrà essere considerato responsabile in sede civile e, nei casi più gravi, anche penale; ma senza la dimostrazione da parte del lavoratore delle lesioni subite, l'indennizzabilità della malattia sofferta in ragione dell'evento lesivo verrà meno (Cfr. T. Forlì 15.3.2001, in *GC*, 2002, n. 1, I, 208 ss.; in *RGL*, 2002, n. 1, II, con nota di Fodale; in *RIDL*, 2001, n. 4, II, 728 ss., con nota di Vincieri).

La giurisprudenza di legittimità ha, poi, esteso l'ambito di applicazione dell'art. 2087 anche a fattispecie più ampie, ancorché non riconducibili agli obblighi direttamente discendenti dall'obbligazione di lavoro, ma comunque in grado di incidere sull'integrità psico-fisica del dipendente, come nel caso di condotte di dileggio: ciò in quanto il datore di lavoro, in tali casi, risponde per la mancata adozione di misure di prevenzione e controllo, non tutelando adeguatamente l'integrità psico-fisica del proprio dipendente (Cass. 22.1.2013, n. 1471, in *FI*, 2013, I, 1163 ss.).

In senso più restrittivo, si è invece sostenuto che la sofferenza morale causata dal comportamento persecutorio del datore di lavoro costituisce un danno risarcibile solo

se il comportamento del datore di lavoro integri gli estremi di un reato – ad esempio: minaccia, ingiuria, diffamazione ecc. (Cfr. Cass. 13.1.2011, n. 685, in *GL*, 2011, n. 5, 23 ss., con nota di Greco) –, o se la sofferenza morale si sia tradotta in un danno alla salute psichica del lavoratore, tale da comportare l'insorgenza di un cd. danno biologico (Cfr. Cass. 29.5.1996, n. 4991, in *FI*, 1997, n. 10, I, 3107 ss., con nota di Caso), non potendosi diversamente configurare il danno da cd. *mobbing*.

La giurisprudenza ha peraltro chiarito che, nelle ipotesi in cui il lavoratore chieda il risarcimento del danno patito alla propria integrità psicofisica, il giudice del merito, pur nell'accertata insussistenza di un intento persecutorio idoneo a ravvisare un'unicità di tutti gli episodi, debba comunque valutare se alcuni dei singoli comportamenti denunciati, pur non essendo caratterizzati da un comune e univoco intento persecutorio, possano essere considerati vessatori e, come tali, idonei a configurare la sussistenza di una responsabilità datoriale (Cfr. Cass. 5.11.2012, n. 18927, in *GD*, 2012, n. 348, 36 ss., con nota di Tatarelli).

5. — La questione è stata oggetto di nuove valutazioni a seguito dell'emanazione dell'art. 10, c. 4, del d.lgs. n. 38/2000, con cui il legislatore ha stabilito che «sono considerate malattie professionali anche quelle non comprese nelle tabelle di cui al comma 3 delle quali il lavoratore dimostri l'origine professionale».

In esito a ciò, l'Inail aveva emanato una circolare, la n. 71 del 17.12.2003, avente a oggetto: «Disturbi psichici da costrittività organizzativa sul lavoro. Rischio tutelato e diagnosi di malattia professionale. Modalità di trattazione delle pratiche». Con tale provvedimento, successivamente rafforzato dal d.m. 27 aprile 2004 e dal d.m. 14 gennaio 2008, si è così provveduto, dunque, a riconoscere il cd. *mobbing* tra le malattie ricomprese nell'elenco delle malattie professionali risarcibili ex artt. 1 e 3 del T.U. n. 1124/1965.

L'innovazione normativa ha tuttavia generato un vivace dibattito in ordine all'ammissibilità di una scelta che, da un lato, si sottraeva al novero degli infortuni ascrivibili a circostanze originate da «causa violenta» e verificatesi «nell'esercizio e a causa delle lavorazioni», come richiesto, rispettivamente, dall'art. 2 e dall'art. 3 del T.U. e, dall'altro, prescindeva da un'espressa previsione legale, pur collocandosi nel solco della pronuncia con cui la Corte costituzionale aveva disposto il superamento del sistema tabellare di tipo «chiuso» (Cfr. C. cost. 18.1.1988, n. 179, in *MGL*, 1988, 16; Cass. 27.3.2002, n. 2942, in *RIDL*, 2002, n. 4, II, 916 ss.).

Senonché, dopo una prima pronuncia da parte del Tar Lazio che, con sentenza 4.7.2005, n. 5454, aveva annullato la circolare, il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'Istituto assicurativo aveva illegittimamente esteso la tutela nei confronti di patologie incompatibili con i principi dell'art. 3 del T.U. n. 1124/1965, escludendo che per le malattie non tabellate il nesso di causalità con le fonti di rischio dell'art. 1 del T.U. potesse essere oggetto di presunzione legale. A giudizio del Consiglio di Stato, invero, l'interpretazione fornita dalla circolare Inail avrebbe introdotto inammissibili modifiche nella nozione di malattia professionale accolta dal legislatore, in contrasto con la giurisprudenza costituzionale e ordinaria.

Nel merito, il Consiglio di Stato ha altresì escluso che le patologie richiamate nella circolare Inail potessero enuclearsi attraverso una lettura evolutiva dell'art. 139 T.U., anche a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 10, comma 4, del d.lgs. n. 38/2000 e successive modificazioni, in ordine all'aggiornamento delle tabelle delle malattie in-

dennizzabili (Cfr. Cons. Stato 17.3.2009, n. 1576, in *RIDL*, 2009, II, 1032 ss., con nota di Ludovico).

6. — Va poi per altro verso osservato che le ricorrenti misure di flessibilizzazione del rapporto di lavoro ovvero di innalzamento dell'età lavorativa, che comportano inesorabilmente un'incidenza sul bene della salute del lavoratore, avrebbero reso necessaria una preventiva verifica in ordine alla compatibilità delle disposizioni del d.lgs. n. 81/2008 con il nuovo quadro normativo.

A ciò non ha però posto rimedio la diversa regolamentazione delle tipologie contrattuali realizzata dal cd. *Jobs Act*, né la più recente l. n. 96/2018 (cd. decreto Dignità), non avendo tali provvedimenti in alcun modo introdotto misure di carattere «compensativo», come, ad esempio, una più stringente regolamentazione del fenomeno del cd. *mobbing* nel rapporto di lavoro, che sarebbero a loro volta potute intervenire allo scopo di valorizzare il profilo della dignità del lavoro in misura ben più incisiva del mero richiamo a essa, privo di contenuti.

7. — La pronuncia in esame, quindi, riveste particolare importanza in quanto non segue la tesi dell'esclusione della copertura da parte dell'assicurazione obbligatoria delle patologie non correlate ai rischi richiamati nelle tabelle, sul presupposto che, nel momento in cui il lavoratore è stato ammesso a provare l'origine professionale di qualsiasi malattia, sono venuti meno anche i criteri selettivi del rischio professionale.

In questa prospettiva, vanno peraltro segnalati ulteriori interventi della giurisprudenza, ad esempio, nella direzione della risarcibilità non soltanto del fenomeno del *mobbing*, ma anche di ulteriori situazioni tali da comportare la necessità dell'accertamento della natura vessatoria di singoli comportamenti, ovvero in mancanza di quell'intento persecutorio di non sempre agevole dimostrabilità, tali da costituire l'emersione della fattispecie del cd. *straining*, inteso come la singola azione ostile o discriminatoria compiuta da un superiore nei confronti di un subalterno, ad esempio, il demansionamento, l'isolamento o la mancata assegnazione di compiti lavorativi, i cui effetti si prolungano nel tempo producendo stress e sofferenza psichica e che comportano l'ulteriore esigenza di un tempestivo intervento chiarificatore da parte del legislatore (Cfr. Cass. 20.6.2018, n. 16256, in *FI*, 2018, I, 2711 ss.).

Riferimenti bibliografici

- Giubboni S. (2005), *L'Inail e il mobbing*, in *RDSS*, 561 ss.
Monateri P.G. (1999), *Alle soglie di una nuova categoria risarcitoria: il danno esistenziale*, in *Danno e responsabilità*, n. 1, 6 ss.
Pedrazzoli M. (2007) (diretto da), *Vessazioni e angherie sul lavoro*, Zanichelli, Bologna.
Vallebona A. (2006), *Mobbing, qualificazione, oneri probatori e rimedi*, in *MGL*, n. 1-2, 8 ss.
Ziviz P. (1998), *Il danno non patrimoniale*, in Cendon P., *La responsabilità civile*, vol. VII, Utet, Torino, 380 ss.

Marcello D'Aponte
*Professore associato di Diritto del lavoro
presso l'Università di Napoli «Federico II»*

CORTE D'APPELLO MILANO, 26.7.2018 – Pres. ed Est. Bianchini – E.Z.
(avv.ti Ganzarolli, Sangalli, Caput) c. Inarcassa (avv. Pandolfo).

Pensione – Pensione superstiti – Previdenza per gli ingegneri e architetti – Coppia omosessuale stabilmente convivente – Diritto alla pensione di reversibilità prima della l. n. 76/2016 – Sussiste – Applicazione dell'art. 2 Cost. da parte del giudice comune – Ammessa.

Il diritto al trattamento pensionistico di reversibilità, costituzionalmente garantito e rientrante fra i diritti/doveri di assistenza e solidarietà propri delle relazioni affettive di coppia in cui rientra anche quella omosessuale stabile, va riconosciuto al partner superstite di una coppia omosessuale, cui non sia stato consentito di istituzionalizzare la propria relazione, attraverso l'applicazione diretta dell'art. 2 Cost. anche da parte del giudice comune e senza la necessità di porre la questione al vaglio della Corte costituzionale. (1)

(1) QUALI DIRITTI PER LE COPPIE OMOSESSUALI PRIMA
DELLA LEGGE SULLE UNIONI CIVILI?
IL CASO DELLA PENSIONE DI REVERSIBILITÀ

SOMMARIO: 1. Quando l'ordinamento va avanti senza guardare indietro: quali diritti per chi non ha avuto il tempo di beneficiare della nuova legge sulle unioni civili? — 2. La normativa subcostituzionale applicabile. — 3. L'individuazione del fondamento costituzionale della pensione di reversibilità. — 4. L'individuazione del referente costituzionale della coppia omosessuale stabile. — 5. Dai principi alla regola: al confine fra interpretazione adeguatrice e sindacato diffuso di costituzionalità.

1. — *Quando l'ordinamento va avanti senza guardare indietro: quali diritti per chi non ha avuto il tempo di beneficiare della nuova legge sulle unioni civili?* — Il caso scaturisce dalla morte, nel 2015, di un architetto in pensione di vecchiaia, già stabilmente convivente con un *partner* dello stesso sesso. Quest'ultimo, a seguito di tale evento, domandava a Inarcassa di beneficiare della pensione di reversibilità, ma l'ente gli negava il trattamento perché l'istante non era coniugato con l'iscritto scomparso.

In primo grado, il giudice adito dal convivente superstite rigettava la domanda ritenendo, secondo la sintesi dei fatti di causa riportata nella decisione in commento, di non poter interpretare la disciplina previdenziale applicabile – che riconosce il beneficio ai *coniugi* superstiti – in senso conforme alla Costituzione, né di poter sollevare incidente di costituzionalità, considerata la natura regolamentare delle disposizioni alla luce delle quali la Cassa previdenziale aveva respinto la domanda. Infine, si escludeva la discriminatorietà del diniego, poiché le situazioni messe a confronto (una coppia di fatto omosessuale e una coppia coniugata) non sarebbero paragonabili, nemmeno

alla luce del diritto Ue. La Corte d'Appello ribalta la decisione del Tribunale e accoglie la domanda del ricorrente senza sottoporre la questione alla Corte costituzionale e facendo applicazione diretta dell'art. 2 Cost., nel cui alveo vengono collocati sia il fenomeno della famiglia di fatto omosessuale, sia l'istituto giuridico della pensione di reversibilità.

La particolarità del caso è data dal fatto che la norma attualmente vigente nel nostro ordinamento secondo cui «le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole “coniuge”, “coniugi” o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche a ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso» (art. 1, comma 20, l. 20 maggio 2016, n. 76) (1) non veniva in aiuto ai giudici. E ciò non perché la coppia coinvolta avesse scelto liberamente di non accedere al neoistituto dell'unione civile, ma perché l'evento della morte, che – quantomeno in riferimento alle famiglie «istituzionalizzate» – fa maturare il diritto alla reversibilità della pensione, si era verificato prima dell'entrata in vigore della legge cd. Cirinnà, i cui effetti vengono fatti decorrere a partire dal 5 giugno 2016 (art. 1, c. 35, l. n. 76/2016, e art. 11 preleggi). In definitiva, quindi, l'istante non aveva mai potuto unirsi in matrimonio a causa del suo orientamento sessuale (2), né aveva fatto in tempo ad accedere all'istituto apprestato dall'ordinamento per rimediare al vuoto di tutela (3), dunque non poteva formalizzare la propria relazione affettiva sotto il profilo giuridico.

I giudici si sono pertanto trovati di fronte a una fattispecie in via di esaurimento, ma ciò non ha indotto la Corte a sottovalutare la rilevanza costituzionale della vicenda. Anzi, l'attenzione prestata al caso ha condotto a una sentenza d'appello che offre proposte ricostruttive degne di essere chiarite e approfondite ben oltre i ristretti limiti della motivazione di un provvedimento giurisdizionale, perché possono rappresentare

(1) Sulle unioni civili, si rinvia, per tutti i riferimenti, a Belletti 2017 per i profili pubblici-stici, Azzarri 2017 per i profili privatistici e Passalacqua 2017 e Biasi 2017 per quelli lavoristici.

(2) C. Giust. 12.12.2013, C-267/12, *Hay c. Crédit agricole*, in *RIDL*, 2014, n. 3, II, 672 ss., a prescindere dalla legittimità del trattamento nel caso di specie, conferma che «una disparità di trattamento fondata sullo status matrimoniale dei lavoratori, e non esplicitamente sul loro orientamento sessuale, è pur sempre una discriminazione diretta in quanto, essendo il matrimonio riservato alle persone di sesso diverso, i lavoratori omosessuali sono impossibilitati a soddisfare la condizione necessaria per ottenere i benefici rivendicati». Sul tema, da ultimo, Recchia, D'Onghia 2018.

(3) Una situazione analoga si verifica di solito anche in altri casi in cui l'ordinamento segna un progresso nella tutela dei diritti di rilevanza costituzionale. Ad esempio, l'art. 70, d.lgs. n. 151/2001, per rimanere nell'ambito della libera professione, stabiliva che «alle libere professioniste, iscritte a un ente che gestisce forme obbligatorie di previdenza [...] è corrisposta un'indennità di maternità per i due mesi antecedenti la data del parto e i tre mesi successivi alla stessa», escludendo in ogni caso che la medesima indennità potesse spettare al padre professionista. Ebbene, solo in attuazione del *Jobs Act* il d.lgs. n. 80/2015 ha aggiunto all'art. 70 un ulteriore comma secondo cui «l'indennità [...] spetta al padre libero professionista per il periodo in cui sarebbe spettata alla madre libera professionista o per la parte residua, in caso di morte o di grave infermità della madre ovvero di abbandono, nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre», «coprendo» così, ma per l'appunto solo *pro futuro*, anche il caso della filiazione che si sviluppa nel contesto di rapporti di coppia omosessuali maschili.

un serbatoio utile nei casi futuri in cui vengano in rilievo nuove esigenze di tutela di rilievo costituzionale non ancora disciplinate dal legislatore ordinario.

La decisione della Corte d'Appello di Milano si sviluppa attraverso i seguenti passaggi principali: l'interpretazione della normativa ordinaria applicabile, l'individuazione del fondamento costituzionale della pensione di reversibilità, l'individuazione del referente costituzionale della coppia omosessuale stabile, la valutazione circa la possibilità di accogliere direttamente o meno la domanda dell'istante.

2. — *La normativa subcostituzionale applicabile* — In primo luogo, la Corte considera la normativa ordinaria applicabile al caso concreto. Pacifica, come si è detto, l'inapplicabilità della legge sulle cd. unioni civili, viene presa in considerazione la disposizione applicata da Inarcassa, ovvero l'art. 24 del Regolamento generale Previdenza «2012», secondo cui «le pensioni di vecchiaia [...] sono reversibili: a) al coniuge, finché mantiene lo stato vedovile». La Corte d'Appello, a questo riguardo, in sintonia con la tesi del ricorrente appellante, afferma che la disciplina regolamentare è un atto meramente esecutivo di una disposizione legislativa. E in effetti l'art. 7 della l. 3 gennaio 1981, n. 6, dedicata alla previdenza degli ingegneri e degli architetti e richiamata in più punti del regolamento, stabilisce che «le pensioni [...] sono reversibili ai superstiti [...] secondo le disposizioni seguenti: a) al coniuge, nella misura e con l'aggiunta [...] previste dal comma 2...». In tal modo, il Collegio giudicante sconfessa l'argomento del giudice di primo grado, secondo cui la questione non poteva essere sottoposta al vaglio della Consulta, stante la natura regolamentare della norma applicata da Inarcassa.

L'argomento del Collegio è ampiamente condivisibile, considerato che ciò che rileva ai fini dell'eventuale incidente di costituzionalità non è la norma applicata (correttamente o meno) dalle parti, quanto quella individuata dal giudice secondo il ben noto brocardo *iura novit curia*. La questione di giustizia costituzionale, peraltro, è stata più volte affrontata dalla Consulta e dalla dottrina costituzionalistica (4). In sintesi, non vi sono dubbi sul fatto che i regolamenti *contra legem* non possano essere oggetto di giudizio di legittimità costituzionale perché il giudice del caso concreto è fornito del potere di annullamento (se è un giudice amministrativo) o di disapplicazione (se è un giudice ordinario). Vi è, inoltre, uniformità di vedute anche quando la disposizione di fonte secondaria sia *secundum* o *praeter legem* (5). In tali casi, infatti, la Consulta distingue l'ipotesi in cui gli atti regolamentari costituiscano o meno specificazione delle disposizioni di legge, ritenendo ammissibile il vaglio di costituzionalità nel primo caso (6) e non nel secondo (7). Le posizioni si differenziano, invece, quando la norma da ap-

(4) Cfr., per i riferimenti completi, Malfatti *et al.* 2016, 102, e Cartabia *et al.* 2011.

(5) Cfr. Melani 2011.

(6) C. cost. 30.12.1994, n. 456, in *FI*, 1995, I, 1, C. cost. 12.1.2011, n. 10, in *GC*, 2011, n. 1, 95 ss., e C. cost. 7.11.2013, n. 261, in *GC*, 2013, n. 6, 4284 ss., che ha ammesso la rimessione della questione costituzionale in riferimento alla norma intertemporale del d.m. di determinazione dei parametri per la liquidazione delle spese di giudizio, in quanto attuativa e specifica di una disposizione di legge.

(7) C. cost. 31.1.2008, n. 358, in *GC*, 2008, n. 5, 3953 ss., C. cost. 21.6.2013, n. 156, in *GC*, 2013, n. 3, 2306 ss., e, da ultimo, C. cost. 25.11.2016, n. 256, in *FA*, 2017, n. 2, 267 ss.,

plicare al caso concreto risulti dal combinato disposto della legge e del regolamento, senza che si possa esattamente stabilire quali effetti siano riconducibili alla prima e quali al secondo (8). Nel caso di specie, il Regolamento di Inarcassa è stato elaborato in attuazione di quanto previsto dallo statuto del medesimo ente e, nel punto che ci interessa, ribadisce quanto stabilito dalle norme di legge. Infatti, in riferimento alla pensione di reversibilità, il regolamento non risponde nemmeno a un rinvio del legislatore funzionale, come sempre più spesso accade, a integrare (o derogare al) le disposizioni di rango primario, ma si limita a incorporare, tramite una rielaborazione di natura solo formale, la disciplina legislativa. La norma ricavata dai giudici del caso concreto rappresenta dunque, senza dubbio, l'esito dell'interpretazione della legge applicata nel regolamento.

Alla luce di questa conclusione, volendo adottare l'approccio del giudice di primo grado fondato sulla nota C. cost. 15.4.2010, n. 138 (9), sarebbe (stato) doveroso rimettere la questione alla Corte costituzionale, senza trincerarsi dietro la supposta natura regolamentare della norma.

La Corte d'Appello intraprende un altro percorso. Rilevato, evidentemente, un possibile profilo di illegittimità costituzionale della norma fin lì ricavata, amplia il proprio raggio di cognizione della disciplina rilevante, per ricercare soluzioni interpretative coerenti con la Costituzione. Di per sé, il tentativo della cd. interpretazione conforme o adeguatrice è ritenuto unanimemente obbligatorio, tanto da assurgere a requisito di ammissibilità dell'ordinanza di rimessione (10). Il modo in cui (e l'estensione entro cui) tale tentativo debba essere adempiuto, invece, è discutibile e discusso (11). Nel caso che ci interessa, la Corte ha ricercato tali ulteriori riferimenti normativi guardando direttamente alle disposizioni della Costituzione; come anticipato, non solo per individuare i «referenti» costituzionali della fattispecie e degli istituti coinvolti, ma anche per risolvere direttamente la controversia.

3. — *L'individuazione del fondamento costituzionale della pensione di reversibilità*

— La Corte, in primo luogo, ritiene che la pensione di reversibilità sia un istituto di rilevanza costituzionale e, in particolare, che essa rientri fra i diritti/doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. La posizione viene argomentata alla luce delle più recenti

che ha dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità relativa ai contributi di solidarietà previsti dai Regolamenti della Cassa forense perché la norma regolamentare impugnata differenziava l'entità del contributo distinguendo fra avvocati in pensione o meno, in assenza di qualunque vincolo, in tal senso, da parte del legislatore.

(8) Malfatti *et al.* 2016, 103.

(9) In *GC*, 2010, n. 2, 1604 ss., su cui vd. *infra*, par. 4.

(10) Da ultimo, C. cost. 14.2.2013, n. 21, in *GC*, 2013, n. 1, 348 ss., secondo cui, riprendendo una massima tralatizia, «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali».

(11) Cfr. Luciani (2016, spec. 426, sui confini dell'interpretazione in generale, e 466-469, sui confini e i problemi dell'interpretazione conforme a Costituzione in particolare), ove si dimostra che l'interpretazione conforme a Costituzione svolge la funzione di far penetrare la Costituzione a tutti i livelli dell'ordinamento, ma può diventare un elemento di turbamento degli equilibri istituzionali.

prese di posizione della giurisprudenza costituzionale ampiamente richiamate in motivazione. C. cost. 14.7.2016, n. 174 (12), infatti, pur senza mai richiamare l'art. 2 Cost., afferma che, «nella pensione di reversibilità erogata al coniuge superstite, la finalità previdenziale si raccorda a un peculiare fondamento solidaristico» e che, non a caso, nell'ambito della discrezionalità del legislatore, l'estensione dell'istituto ai componenti delle unioni civili *ex* l. n. 76/2016 trova fondamento proprio nel principio solidaristico.

Sui referenti costituzionali dei diritti previdenziali/assistenziali in genere e sulla pensione di reversibilità in particolare, gli orientamenti non sono stati univoci in passato, ma è evidente, oggi, la tendenza a ricomprenderli nell'ambito di disposizioni costituzionali apicali.

Scontato, naturalmente, che il diritto previdenziale e della sicurezza sociale si radichi nell'art. 38 Cost., si è, fino a ieri, dubitato che esso avesse a oggetto diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. o che, in altre parole, l'art. 38 Cost. rappresentasse anche una specificazione di quanto previsto all'art. 2 Cost. In passato, la Corte costituzionale ha espresso perplessità circa la classificazione fra i diritti inviolabili del diritto *ex* art. 38 Cost. a conseguire mezzi adeguati alle esigenze di vita in caso di invalidità e vecchiaia (13); successivamente, invece, la Consulta ha costantemente affermato il principio opposto (14). Anche in dottrina la tesi sembra ora accolta unanimemente. Non nel senso che l'inalienabilità dei diritti coinvolti escluda qualunque discrezionalità del legislatore in materia, ma solo nel senso che gli artt. 2 e 3, comma 2, Cost. fungono da «sbarramento allo svuotamento sostanziale della garanzia della inviolabilità dei diritti previdenziali» (15), cioè da «garanzia d'istituto» tale che il legislatore ordinario non «può sopprimere la tutela del diritto, ma può solo limitarla» (16). D'altronde, guardando al dibattito che ha impegnato i costituzionalisti, emerge senza dubbi che i diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost. non sono solo quelli espressamente qualificati come tali dal Costituente (17), ma anche quelli il cui riconoscimento «è intrinseco nell'adozione della forma di Stato democratico, sociale e di diritto» (18). Dunque anche i cd. diritti sociali, e in particolare quelli previdenziali/assistenziali proclamati nella Costituzione, possono rientrare nell'ambito dei diritti inviolabili (19).

Venendo ora, nello specifico, al diritto alla pensione di reversibilità, la riconduzione di questo beneficio all'art. 38, comma 2, Cost. è stata di per sé oggetto di discussione, poiché fra gli eventi che danno diritto alla garanzia dei «mezzi adeguati alle esi-

(12) In *RDSS*, 2016, n. 4, con nota di Fabozzi, e in *RDSS*, 2017, n. 1, con nota di Garofalo.

(13) C. cost. 26.5.1971, n. 109, in *DeJure*.

(14) Da ultimo C. cost. 20.6.2002, n. 259, *FI*, 2004, I, 386 ss., e, per ulteriori riferimenti, Rossi 2006, e, meno recentemente, C. cost. 13.2.1974, n. 33, in *DeJure*, secondo cui l'art. 38 Cost. è specificazione dell'art. 2 Cost.

(15) D'Onghia 2013, 27.

(16) Amoroso 2017, 9.

(17) Ovvero, la libertà personale (art. 13), di domicilio (art. 14), la libertà e segretezza della corrispondenza (art. 15) e il diritto di difesa (art. 24, comma 2).

(18) Rossi 2006, 46.

(19) Amoroso 2017, 8.

genze di vita» non v'è la morte, ma solo «l'infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria» (20).

Questo elemento di incertezza ha reso difficoltosa la riconduzione dell'istituto all'art. 2 Cost., come testimonia anche un precedente della Consulta dai toni *tranchant*, di cui non c'è più traccia nella più recente C. cost. n. 174/2016, cit., ripresa in sentenza (21). La dottrina ha discusso animatamente a proposito della possibilità di comprendere, fra i diritti inalienabili o fra i doveri inderogabili, situazioni giuridiche non espressamente garantire da altre disposizioni costituzionali più specifiche. Il dibattito a proposito dell'art. 2 Cost. si è, infatti, polarizzato fra chi ritiene che l'art. 2 Cost. costituisca una norma a fattispecie aperta e coloro che ritengono il contrario. Questi ultimi sostengono che l'art. 2 Cost. non può essere fonte di diritti non espressamente previsti dalla Costituzione (22); i primi invece sostengono che l'art. 2 Cost. non possa presentare un mero valore riassuntivo e che, piuttosto, tramite esso, la Costituzione si apra ai contenuti propri del diritto naturale e/o ai nuovi valori e interessi emergenti nella società ed elaborati dalle forze politiche e culturali del paese (23). La giurisprudenza, non solo costituzionale, ha optato per questa seconda impostazione. Lo ha fatto quando ha scelto di riconoscere il diritto di disporre liberamente della propria sessualità, il diritto all'ambiente, il diritto sociale all'abitazione, il diritto di abbandonare il proprio paese ecc. (24). La polarizzazione delle posizioni è apparsa, più recentemente, artificiale: si è osservato, infatti, che anche i «nuovi» diritti trovano riferimenti normativi nelle trame dell'intera Costituzione e non solo nell'art. 2 Cost., purché si ammetta una interpretazione delle sue disposizioni sistematica, aggiornata e, ove necessario, proiettata al futuro (25).

Quest'ultima considerazione si confà al nostro caso. In riferimento a esso, infatti, l'assunto, comunque discutibile, per cui la pensione di reversibilità non troverebbe spazio nell'art. 38, comma 2, Cost. non è in grado di «smontare» il ragionamento svolto su questo aspetto dal Collegio: si tratta solo di sciogliere l'intreccio dei riferimenti costituzionali coinvolti. È la pensione di vecchiaia (di cui è stata chiesta la reversibilità)

(20) Considerano aperto l'elenco degli eventi tutelati dall'art. 38 Cost., ricomprendendovi anche quello da cui scaturisce la pensione di reversibilità, D'Onghia 2013, 32, 17, Bozzao 2001, 62, e Cinelli 1991, 26. Cinelli (2018, 596), a questo riguardo, afferma che «sebbene la famiglia non sia espressamente nominata nell'art. 38 Cost., pure deve intendersi che nei "mezzi adeguati alle [...] esigenze di vita" che il secondo comma di quella norma garantisce al lavoratore che venga a trovarsi in condizioni di bisogno, siano compresi anche quelli necessari al soddisfacimento delle esigenze dei familiari, con i quali il lavoratore condivide la propria vita affettiva e materiale» (conf. anche Persiani 1980). Di diverso avviso Capurso (2016, 610), Sgroi (2014, 227) e Andreoni (2006, 215).

(21) Secondo C. cost. 3.11.2000, n. 461, in *GC*, 2000, 6: «il trattamento pensionistico di reversibilità [...] non appartiene certo ai diritti inviolabili dell'uomo presidiati dall'art. 2 della Costituzione» (nonostante la «riferibilità dell'art. 2 Cost. anche alle convivenze di fatto, purché caratterizzate da un grado accertato di stabilità»). Cfr. Cass. 3.11.2016, n. 22318, in *ADL*, 2017, n. 1, II, 173 ss., con nota di Malzani, e in *Famiglia e Diritto*, 2017, n. 4, 313 ss., con nota di Nunin.

(22) Da ultimo, anche per i riferimenti completi, Caretti, Tarli Barbieri 2017, 181.

(23) Fra i primi, Barbera 1975, spec. 66 e 80 ss.

(24) Cfr. per ampi riferimenti Rossi 2006, 47, e Caretti, Tarli Barbieri 2017, 181 ss.

(25) Sempre a proposito dell'art. 2 Cost., Onida (1994) parla di clausola «semi-aperta».

a rientrare nell'ambito delle tutele previdenziali che l'art. 38, comma 2, Cost. riconosce a tutti i lavoratori, compresi i lavoratori autonomi e i professionisti (26); invece l'istituto della reversibilità del beneficio previdenziale assume rilievo costituzionale – anche o, secondo l'altra discutibile prospettiva, solo (27) – in combinato disposto con altre norme costituzionali. Fra queste si possono richiamare l'art. 29 Cost., per quanto riguarda la famiglia fondata sul matrimonio (28), e la *seconda parte* dell'art. 2 Cost. – quella che richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà –, per quanto riguarda le altre formazioni sociali fondate sulla relazione affettiva e sulla stabile convivenza (della cui rilevanza costituzionale diremo al par. 4). Tali disposizioni, infatti, fondano o, per lo meno, impongono al legislatore di regolare rapporti giuridici di diritto e di dovere, dunque di solidarietà, per così dire, orizzontale.

Ma v'è di più: la reversibilità del trattamento pensionistico non assume solo un rilievo previdenziale che si proietta oltre il dissolvimento della medesima formazione sociale (29); essa ha infatti una natura anche assistenziale: finalizzata, cioè, a tutelare la dignità umana della persona, a prescindere dalla formazione sociale cui partecipa o che, per l'appunto, si è dissolta con l'avvento della morte di un componente essenziale (30). Sotto questo profilo, la pensione di reversibilità guarda anche all'art. 38, comma 1, Cost. – dedicato ai cittadini e non solo ai lavoratori (31) – e, ora, alla *prima parte* dell'art. 2 Cost.: quella che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali certamente rientra anche la dignità umana (32).

In sostanza, il collegamento dell'istituto della pensione di reversibilità con l'art. 2 Cost. individuato dalla Corte sembra essere a doppio filo o, se si vuole, orizzontale e verticale: in esso, infatti, si sostanziano sia i doveri di solidarietà economica e sociale richiamati dalla seconda parte dell'art. 2 Cost., sia i diritti inviolabili dell'uomo, che devono essere rispettati e protetti anche dallo Stato, e non solo dai consociati.

4. — *L'individuazione del referente costituzionale della coppia omosessuale stabile* —
L'assunto per cui le coppie omosessuali stabilmente conviventi rappresentano formazioni sociali entro cui si svolge la personalità dell'individuo è oramai accolto nel nostro

(26) D'Onghia (2013, 33), secondo cui il termine «lavoratori» di cui all'art. 38, c. 2, Cost. «supera l'ambito del lavoro subordinato per estendersi a tutte le categorie, posto che deve essere interpretato in relazione al primo comma dell'art. 35 Cost.».

(27) Cfr. Capurso 2016, 611.

(28) Cfr. Ferrante 2016.

(29) Aimo *et al.* 2018, 718.

(30) Capurso (2016, 612) elenca le caratteristiche normative della pensione di reversibilità che rinviano alla sua natura previdenziale (ad esempio, la necessaria maturazione dei requisiti assicurativi e contributivi del deceduto) e quelle che rinviano alla sua natura assistenziale (ad esempio, la previsione della riduzione dell'importo alla luce dei redditi goduti dal beneficiario superstiti, ovvero in considerazione del suo reale stato di bisogno).

(31) Sulle altre differenze che comporta il riferimento alla previdenza o all'assistenza, cfr. Pistore 2017.

(32) Caretti, Tarli Barbieri (2017, 527) non mettono in dubbio che almeno l'art. 38, comma 1, Cost. rappresenti una specificazione dell'art. 2 Cost. Affermano, però, che l'art. 38, comma 2, Cost. costituirebbe un asse parallelo rispetto a quanto garantito dall'art. 36 Cost.; la tesi non è condivisibile perché l'ambito soggettivo di applicazione delle due disposizioni è diverso: la prima si riferisce ai lavoratori *tout court*; la seconda al lavoratore subordinato.

ordinamento. Ciò, per lo meno da quando C. cost. n. 138/2010, cit., ha precisato che nella nozione di formazione sociale va annoverata «anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri» (33).

A questo riguardo si può aggiungere che la nozione di famiglia va definita in riferimento al particolare diritto preteso e conteso. Ebbene, la famiglia, dal punto di vista del diritto previdenziale e della sicurezza sociale, è un concetto più elastico di quanto non sia, ad esempio, in materia di stato civile. Le leggi ordinarie, infatti, disegnano un confine sempre diverso in base alle caratteristiche dell'istituto normato, prescindendo in molti casi dal mero rapporto di coniugio (34). La stessa Corte costituzionale ha affermato che la nozione di famiglia diffusa nel sistema previdenziale «non è quella ristretta alla famiglia che si costituisce con il matrimonio, con i vincoli di consanguineità e di affinità. Ma la tutela previdenziale riguarda anche quei rapporti assistenziali che si atteggiavano in modo simile a quelli familiari a condizione che il lavoratore defunto provvedesse in vita, in via non occasionale, al sostentamento di soggetti classificabili come familiari» (35). A maggior ragione, dunque, la coppia stabile omosessuale, il cui membro domandi di esercitare un diritto di rilevanza previdenziale, rientra nell'ambito delle formazioni sociali entro cui si esercitano e sorgono diritti inalienabili e doveri inderogabili di solidarietà (36).

5. — *Dai principi alla regola: al confine fra interpretazione adeguatrice e sindacato diffuso di costituzionalità* — Il passaggio certamente più audace della decisione è quello finale in cui, adoperando le parole della stessa Corte, si fa diretta applicazione dell'art. 2 Cost.

Il Collegio, in primo luogo, concorda con il giudice di primo grado sul fatto che la già richiamata C. cost. n. 138/2010, cit., dopo aver riconosciuto la rilevanza costituzionale dell'unione stabile omosessuale, aveva riservato a se stessa la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni che meritassero un trattamento omogeneo a quello garantito alla coppia coniugata (37). Per superare il supposto ostacolo, tuttavia,

(33) Il dibattito, soprattutto fra i costituzionalisti, a proposito di tale sentenza è molto ampio. Per completi riferimenti si rinvia a Romboli 2017, e, per un diverso approccio, a Tondi della Mura 2011. Cfr. anche C. App. Milano 31.8.2012, n. 407, in *RCDL*, 2012, n. 4, 1044 ss.

(34) Cfr., da ultimo, Aimo *et al.* 2018, 698.

(35) C. cost. 28.7.1987, n. 286, in *FI*, 1998, I, 3516 ss. Sul tema anche Sigillò Massara 1989, Ales 1996 e Aimo *et al.* 2018.

(36) Sul carattere necessariamente stabile della convivenza, anche in relazione al caso concreto, cfr. Cordiano, Peruzzi 2018.

(37) Da ultimo, C. cost. 23.9.2016, n. 216, in *FI*, 2016, n. 11, I, 3381 ss., ha esteso al convivente il permesso mensile retribuito per la cura del familiare disabile previsto dal legislatore solo per coniuge e genitori. La Corte ha fondato la decisione non sull'art. 3 Cost. (probabilmente per evitare di dover equiparare rapporti coniugali e non), ma sull'art. 2 Cost. Si legge, infatti, che «il diritto alla salute psico-fisica, ricomprensivo della assistenza e della socializzazione, va dunque garantito e tutelato, al soggetto con handicap in situazione di gravità, sia come singolo che in quanto facente parte di una formazione sociale per la quale, ai sensi dell'art. 2

i giudici richiamano dei provvedimenti giurisdizionali successivi che, a loro dire, autorizzano un intervento diretto del giudice comune.

In particolare, si rinvia a Cass. 15.3.2012, n. 4184 (38), citando un passaggio che, in verità, conferma la posizione della Consulta del 2010. Vi si legge, infatti, che i componenti di una coppia omosessuale, «a prescindere dall'intervento del legislatore in materia [...] possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza di specifiche situazioni, il diritto a un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e in tale sede eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni vigenti». Anche la Cassazione, dunque, conferma, in quel caso particolare, l'imprescindibilità di un intervento del giudice delle leggi per far valere un diritto fondato sull'art. 2 Cost., ma non rintracciabile nella legislazione ordinaria (39).

In secondo luogo, la Corte rinvia a due decisioni (C. cost. 7.6.2012, n. 150, ord., e Cass. 9.2.2015, n. 2400) (40) che affermano il principio secondo cui il giudice comune è tenuto «a una interpretazione delle norme non solo costituzionalmente orientata ma anche convenzionalmente orientata». Esse, dunque, precisano il punto di confine fra i poteri di interpretazione assegnati ai giudici comuni – che devono estendersi al massimo possibile – e quelli assegnati alla Consulta – che cominciano laddove il giudice comune non sia in condizioni di estrapolare una norma costituzionalmente legittima attraverso gli strumenti esegetici a sua disposizione –, ma non risultano innovative rispetto a quanto affermato da C. cost. n. 138/2010, cit.

Quali argomenti, allora, possono fondare l'ultimo passaggio logico-giuridico della Corte?

Quanto al presunto ostacolo rappresentato da C. cost. n. 138/2010, cit., si ritiene che, in verità, la Corte non riservi in assoluto a se stessa il compito di garantire l'applicazione dell'art. 2 Cost. in caso di latitanza del legislatore ordinario. Essa, infatti, non esclude che la disposizione possa assumere un valore normativo «diretto» in certi casi, ma, più in particolare, afferma di detenere il potere di sindacato sulla ragionevolezza delle differenze di trattamento riservate alle coppie di fatto rispetto a quelle coniugate, emergenti in situazioni specifiche. Ciò, evidentemente, in applicazione dell'art. 3 Cost., e non della disposizione costituzionale precedente, attorno a cui ruota la decisione in commento. Non a caso, già a ridosso della pubblicazione di C. cost. n. 138/2010, cit., era stata prevista la «possibilità che gli operatori giuridici, e in special modo i giudici, possano a vario titolo ed effetti richiamarsi a quelle affermazioni [relative all'art. 2 Cost.] e farne diretta applicazione» (41).

Cost., deve intendersi “ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico”».

(38) In *GC*, 2012, n. 2, 1498 ss.

(39) Non a caso è stato evidenziato che tale sentenza della Cassazione non appare essere «di quelle a carattere innovativo, bensì attuativo o esplicativo di quanto già chiaramente contenuto nella decisione del giudice costituzionale» (Romboli 2012).

(40) La prima in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2012, n. 4, 1400 ss.; la seconda in *RDI*, 2015, n. 2, 660 ss.

(41) Romboli 2010, 1630.

Ciò precisato, i giudici, attraverso l'indagine sui *principi* costituzionali coinvolti, giungono a individuare una *regola* e ad applicarla al caso concreto al posto di quella, di dubbia legittimità costituzionale, desumibile dalla lettera della legge ordinaria applicabile. In astratto, le strade per giungere a questa conclusione sembrano essere due: 1) leggere «(stabilmente) convivente» laddove il legislatore ordinario del 1981, ignaro di cosa avrebbe riservato il futuro, ha scritto «coniuge», al fine di garantire la tenuta costituzionale della legge ordinaria, oppure 2) individuare una lacuna nel sistema e, alla luce di essa, fare applicazione dell'art. 12, comma 2, delle preleggi, secondo cui, «se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione», si va alla ricerca di altre «disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe» o, infine, «si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato» (42).

La prima strada sembra impraticabile sia perché rappresenterebbe una interpretazione più creativa che adeguatrice, sia perché sarebbe adoperabile, ancora oggi, a favore di tutte le coppie stabilmente conviventi (eterosessuali e omosessuali), comprese quelle che scelgono liberamente di non istituzionalizzare la propria unione familiare; a detrimento, per ciò, della discrezionalità del legislatore ordinario, cui solo spetta il compito di calibrare le tutele da riconoscere a formazioni sociali che liberamente accedono a *status* giuridici diversi (43). La giurisprudenza, non a caso, è solita tenere distinti i casi delle formazioni sociali che possono accedere a uno statuto giuridico familiare cui l'ordinamento connette diritti e obblighi ma che, esercitando la propria insopprimibile libertà «negativa», scelgono di non farlo, e il caso di chi non è stato messo nelle condizioni di esercitare la stessa libertà fondamentale nel suo verso positivo (44). In ogni caso, non è questa la strada percorsa dai giudici: essi, infatti, si premurano di precisare che il diritto riconosciuto facendo diretta applicazione dell'art. 2 Cost. non spetta alla coppia stabile omosessuale *tout court*, ma a quella cui «non è stato consentito unirsi in matrimonio», e che, probabilmente, andava più esattamente definita come quella cui «non è stato consentito istituzionalizzare in alcun modo l'unione familiare».

Quest'ultima precisazione dei giudici sembra dare adito alla seconda ipotesi ricostruttiva, fondata sul presupposto dell'esistenza di una lacuna nell'ordinamento o, più precisamente, dell'impossibilità di decidere con una precisa disposizione. Si tratta di una ipotesi esegetica complessa e da approfondire. In effetti le coppie omosessuali che hanno stabilmente convissuto prima del (e fino al) giugno 2016 non hanno avuto modo di istituzionalizzare in alcun modo la loro unione non solo, o non tanto, a causa di una scelta discriminatoria (quanto meno in senso neutro) del legislatore ordinario, ma anche per quella che può essere considerata una (colpevole?) omissione oggetto,

(42) Sul procedimento di interpretazione e sugli effetti su di esso provocati dall'entrata in vigore della Costituzione, cfr. Sacco 2012.

(43) Si segnala, a questo riguardo, il problema relativo alla dubbia ragionevolezza (*ex art. 3 Cost.*) della differenza di trattamento riservata alle unioni civili (commi da 1 a 35, l. n. 76/2016) e alle convivenze di fatto (commi 36 ss., l. n. 76/2016) proprio in ambito previdenziale, su cui Pistore 2017 e Cordiano 2017.

(44) Cfr. T. Roma 22.12.2015, in *giustiziacivile.com*, 2016, 29 aprile. La dottrina e la giurisprudenza, comunque, riconoscono, come è noto, che alcuni diritti inalienabili *ex art. 2 Cost.* non possono non essere assicurati per il solo fatto che la coppia scelga o non scelga uno specifico regime giuridico (Bin 2001, 18).

non a caso, di una condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo (45). Da ciò la possibilità (ma, se ciò è vero, dovremmo dire la necessità) di interpretare la legge ordinaria applicata al caso di specie come una legge dedicata al rapporto di coniugio che ignora, sì, ma che non esclude/discrimina esplicitamente i rapporti di analoga natura non fondati sul matrimonio, come dimostra la formulazione della legge Cirinnà successivamente entrata in vigore, e che, per ciò, non impedisce di andare alla ricerca della regola del caso concreto anche guardando ad altre disposizioni: in primo luogo, alla stessa l. n. 76/2016, che regola «casi simili e materie analoghe»; in secondo luogo, come ha fatto la Corte d'Appello, ai principi generali desunti, in questo caso, dall'art. 2 Cost. È uno sforzo esegetico non da poco che vale la pena di approfondire, soprattutto perché il legislatore ha ora adempiuto alle proprie funzioni regolando, in modo diverso, i casi futuri; dunque al convivente superstite del caso di specie, che di sua sponte e in anticipo sui tempi del Parlamento ha dato piena attuazione all'art. 2 Cost. costruendo una formazione sociale garantita dalla Costituzione, non rimane che la tutela offertagli dall'intervento giurisdizionale.

Riferimenti bibliografici

- Aimo M. *et al.* (2018), *Essere famiglia per il diritto: riflessioni interdisciplinari*, in *LD*, n. 4, 697 ss.
- Ales E. (1996), *Famiglia e sicurezza sociale nei principi costituzionali*, in *DL*, I, 405 ss.
- Amoroso G. (2017), *Sub art. 2 Cost.*, in Amoroso G. *et al.*, *La Costituzione, il Codice civile e le leggi speciali*, Giuffrè, Milano, 5 ss.
- Andreoni A. (2006), *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, Torino.
- Azzarri F. (2017), *Unioni civili e convivenze (diritto civile)*, in *ED, Annali*, X, 997 ss.
- Belletti M. (2017), *Unioni civili (diritto costituzionale)*, in *DDPubbl.*, VII agg., 689 ss.
- Biasi M. (2017), *Unione civile e diritto del lavoro*, in Sesta M., *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Giuffrè, Milano, 841 ss.
- Bin R. (2001), *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *LD*, n. 1, 9 ss.
- Bozzao P. (2001), *La protezione sociale della famiglia*, in *LD*, n. 1, 55 ss.
- Capurso P. (2016), *La pensione ai superstiti. Alla ricerca di un fondamento*, in *RDSS*, n. 4, 609 ss.
- Caretti P., Tarli Barbieri G. (2017), *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino.
- Cartabia M. *et al.* (2011), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Giappichelli, Torino.

(45) L'inerzia del legislatore, proseguita anche dopo l'importante decisione della Consulta del 2010 (fino al 2016), ha indotto la Corte europea dei diritti dell'uomo ad accertare nel 2015 la violazione dell'art. 8 Cedu, sotto il profilo del diritto al rispetto della vita privata e familiare, da parte dello Stato italiano, per non aver provveduto a emanare una normativa diretta ad attribuire un riconoscimento giuridico a coppie omosessuali tramite la previsione di forme di unioni civili, da disciplinare discrezionalmente nel rispetto del libero margine di apprezzamento statale riconosciuto a ciascuno Stato contraente nel sistema della Convenzione (C. Edu 21.7.2015, n. 36030, in *RCP*, 2015, n. 6, 1978 ss., oltre a C. Edu 24.6.2010, n. 30141, citata in sentenza).

- Cinelli M. (1991), voce *Previdenza sociale*, in *EGT*, vol. XXIV, Roma.
- Cordiano A. (2017), *Convivenza di fatto e pensione di reversibilità: riflessioni a seguito della legge n. 76/2016*, in *VTDL*, n. 4, 1034 ss.
- Cordiano A., Peruzzi M. (2018), *Unioni omoaffettive e riconoscimento della pensione di reversibilità prima della riforma Cirinnà*, in *RIDL*, II, 852 ss.
- D'Onghia M. (2013), *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Cacucci, Bari.
- Ferrante V. (2016), *A proposito del disegno di legge governativo sul contrasto alla povertà*, in *RDSS*, n. 2, 463 ss.
- Luciani M. (2016), voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *ED, Annali*, Giuffrè, Milano, vol. IX, 391 ss.
- Malfatti E. et al. (2016), *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino.
- Melani A. (2011), *Riflessioni sul controllo «indiretto» di costituzionalità dei regolamenti*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 24 ottobre.
- Onida V. (1994), *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in Amato G., Barbera A., *Manuale di diritto pubblico*, il Mulino, Bologna, 83 ss.
- Passalacqua P. (2017), *Profili lavoristici della l. n. 76 del 2016 su unioni civili e convivenze di fatto*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 320, e in *LPO*, n. 3-4, 111 ss.
- Persiani M. (1980), *La funzione della pensione di reversibilità nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *GC*, I, 494 ss.
- Pistore G. (2017), *Convivenze di fatto e tutela dei superstiti tra problemi vecchi e nuovi*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 345, e in *VTDL*, n. 4, 1057 ss.
- Recchia G.A., D'Onghia M. (2018), *Pregiudizi discriminazioni diritti: orientamento sessuale e identità di genere nei luoghi di lavoro*, Cacucci, Bari.
- Romboli R. (2010), *Il diritto «consentito» al matrimonio ed il diritto «garantito» alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice «troppo» e «troppo poco»*, in *GC*, n. 2, 1629 ss.
- Romboli R. (2012), *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso: gli effetti nel nostro ordinamento dei «dicta» della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione della Corte di Cassazione*, in *FI*, I, 2756 ss.
- Sacco R. (2012), *Interpretazione del diritto*, in *DDPCiv.*, I agg., 612 ss.
- Sgroi A. (2014), *La pensione di reversibilità*, in Oberto G. (a cura di), *Famiglia e patrimonio. Rapporti patrimoniali fra coniugi e conviventi dalla conoscenza, al matrimonio, alla separazione e divorzio, alla morte*, Cedam, Padova, 225 ss.
- Sigillò Massara G. (1989), *La nozione di famiglia nel sistema della previdenza sociale: evoluzioni e più recenti orientamenti*, in Pessi R. (a cura di), *Solidarietà e mutualità nel diritto della previdenza sociale*, Esi, Napoli, 105 ss.
- Tondi della Mura V. (2011), *Le coppie omosessuali fra il (vincolo (elastico?) delle parole e l'artificio della «libertà»*, in *il Diritto di Famiglia e delle Persone*, n. 1, 4 ss.

Maurizio Falsone

Ricercatore in Diritto del lavoro
presso l'Università di Venezia «Ca' Foscari»

INDICE

ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

ASSUNZIONE

Richiesta di certificato dei carichi pendenti – Diritto alla riservatezza – Assenza di espressa previsione nel contratto collettivo – Illegittimità del rifiuto di procedere all'assunzione. 49

Richiesta di certificato dei carichi pendenti – Sottoscrizione di *format* di dichiarazione individuale – Irrilevanza della lamentata violazione dell'art. 8 St. lav. e dell'art. 27 Cost. – Legittimità del rifiuto di procedere all'assunzione. 49

CONDOTTA ANTISINDACALE

Assemblea – Art. 20, Statuto dei lavoratori – Diritto di convocazione – Disposizioni contrattuali collettive di maggior favore – Legittimità. 127

CONTRATTO A TERMINE

Art. 1, c. 2, d.lgs. n. 23/2015 – Conversione in data successiva all'entrata in vigore del d.lgs. n. 23 – Interpretazione coerente con la legge delega n. 183/2014 – Interpretazione restrittiva del termine «conversione». 116

COOPERATIVE DI LAVORO

Rapporto del socio lavoratore – Art. 4, l. n. 142/2001 – Deliberazione di riduzione temporanea dei trattamenti economici integrativi e di forme di apporto anche economico del socio lavoratore – D.l. n. 338/1989 – Minimale contributivo. 72

Rapporto del socio lavoratore – Artt. 3 e 6, l. n. 142/2001 – Deliberazione di riduzione temporanea dei trattamenti economici integrativi e di forme di apporto anche economico del socio lavoratore – Condizioni – Temporaneità dello stato di crisi – Necessità – Nesso di causalità. 72

DISABILITÀ

Ragionevole accomodamento – Art. 3, c. 3-*bis*, d.lgs. n. 216/2003 – Necessità. 110

LAVORO A TEMPO PARZIALE

Rapporto di lavoro a tempo indeterminato – Collocazione dell'orario di lavoro – Nullità parziale del contratto. 121

Rapporto di lavoro a tempo indeterminato – Collocazione dell'orario di lavoro – Nullità parziale del contratto – Determinazione giudiziale dell'orario. 121

Rapporto di lavoro a tempo indeterminato – Collocazione dell'orario di lavoro – Nullità parziale del contratto – Risarcimento del danno. 121

LAVORO AERONAUTICO

Codice della navigazione – Pilota di aeromobili di Stato – Cessazione automatica a 60 anni – Discriminazione per ragioni di età – Questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia Ue. 78

LAVORO SUBORDINATO

Lavoro su piattaforma digitale – Fattorini addetti alle consegne a domicilio – Qualificazione del rapporto di lavoro – Etero-organizzazione – Disciplina applicabile. 91

Lavoro su piattaforma digitale – Fattorini addetti alle consegne a domicilio – Qualificazione del rapporto di lavoro – Etero-organizzazione – Insussistenza. 83

Lavoro su piattaforma digitale – Fattorini addetti alle consegne a domicilio – Qualificazione del rapporto di lavoro – Etero-organizzazione – Sussistenza. 91

Lavoro su piattaforma digitale – Fattorini addetti alle consegne a domicilio – Qualificazione del rapporto di lavoro – Subordinazione – Insussistenza. 83

Lavoro su piattaforma digitale – Fattorini addetti alle consegne a domicilio – Qualificazione del rapporto di lavoro – Subordinazione – Insussistenza. 91

LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

Comunicazione successiva al trasferimento d'azienda – Irrilevanza del licenziamento – Prosecuzione del rapporto. 45

Diritto alla conservazione del posto – Infortuni e malattie – Infermità permanente – Conseguente impossibilità sopravvenuta della prestazione – Giustificato motivo di recesso – *Repêchage* – Valutazione al momento del licenziamento. 67

Disabilità – Malattia – Periodo di comportamento – Discriminazione – Sussiste.	110
Disabilità – Malattia – Periodo di comportamento – Discriminazione – Sussiste.	110
Licenziamento ingiustificato e risarcimento del danno – Art. 3, c. 1, d.lgs. n. 23/2015 – Indicazioni operative – Rispetto dei limiti minimo e massimo dell'indennizzo – Criteri per definirne l'ammontare.	23
Licenziamento ingiustificato e risarcimento del danno – Art. 3, c. 1, d.lgs. n. 23/2015 – Illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 76 e 117, c. 1, Cost.	23
Licenziamento ingiustificato e risarcimento del danno – Art. 3, c. 1, d.lgs. n. 23/2015 – Illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost.	23
Licenziamento intimato tardivamente – Procedimento disciplinare – Ccnl acqua e gas – Mancato rispetto del termine per comminare la sanzione – Sanzione – Insussistenza del fatto contestato – Tutela reale od obbligatoria.	62
Licenziamento per g.m.o. – Lavoratore somministrato – Obbligo di <i>repêchage</i> – Onere della prova – Manifesta insussistenza del fatto – Reintegrazione – Ultima retribuzione globale di fatto.	100
MOBBING	
Danno psichico nel rapporto di lavoro – Artt. 1. e 3, T.U. n. 1124/1965 – Patologie non correlate a rischi espressamente considerati nelle apposite tabelle – Indennizzabilità – Art. 10, c. 4, d.lgs. n. 38/2000 – Rischio specifico improprio – Sussiste.	152
PENSIONE	
Divorzio – Pensione di reversibilità e altri assegni – Per la morte dell'ex coniuge – Trattamento economico del coniuge divorziato – Attribuzione di una quota del trattamento di reversibilità – Presupposti – Corresponsione dell'assegno divorzile in unica soluzione – Esclusione – Fondamento.	146
Pensione superstiti – Previdenza per gli ingegneri e architetti – Coppia omosessuale stabilmente convivente – Diritto alla pensione di reversibilità prima della l. n. 76/2016 – Sussiste – Applicazione dell'art. 2 Cost. da parte del giudice comune – Ammessa.	157
SICUREZZA SUL LAVORO	
Ilva Spa – Sequestro preventivo dello stabilimento – Legge provvedimento – Prosecuzione dell'attività produttiva – Mancato bilanciamento tra diritti contrapposti – Illegittimità costituzionale della norma censurata.	133

SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO

Sicurezza sul lavoro – Nullità – Conversione – Risarcimento del danno –
D.lgs. n. 81/2008 – D.lgs. n. 626/1994 – Art. 32, c. 5, l. n. 183/2010. 105

TRASFERIMENTO DI AZIENDA

Cessione di attività/passività fra banche – Invarianza delle condizioni di
lavoro dei dipendenti ceduti – Irrilevanza degli accordi individuali di ces-
sione del contratto – Intesa di prossimità – Esclusione per materia. 45

Cessione di attività/passività fra banche – Mancata attivazione della pro-
cedura *ex* art. 47, l. n. 428/1990 – Condotta antisindacale – Contrasto
del Ccnl con norme di legge. 44

