

PARTE II
GIURISPRUDENZA

IL CASO

Amos Andreoni (*)

DIRITTI SOCIALI FONDAMENTALI ED EQUILIBRIO DI BILANCIO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La questione controversa. — 3. La decisione della Corte. — 4. L'ordito logico della sentenza. — 5. Considerazioni conclusive.

1. — *Premessa* — La sentenza in commento conferma un *revirement*, avviatosi da più di un lustro, in ordine ai canoni del giudizio di costituzionalità riguardante la collisione di diritti sociali con l'equilibrio di bilancio; quest'ultimo era ritenuto dalla metà degli anni novanta, per il tramite dell'art. 81 Cost., come supernorma, con conseguente scadimento di rango dei diritti di prestazione, pure previsti da altre disposizioni costituzionali, al ruolo di interessi legittimi (1); scadimento ora denegato dalla Corte.

La sentenza è altresì interessante per la scansione logica sottostante, esemplificativa delle fasi in cui si articola il giudizio costituzionale di bilanciamento.

Ragioni pratiche e dottrinali inducono dunque a un'attenta rivisitazione.

2. — *La questione controversa* — Il caso oggetto del sindacato della Corte può essere così riassunto: la Provincia di Pescara aveva chiesto il pagamento del contributo, pari al 50%, delle spese necessarie e documentate per lo svolgimento dei servizi di cui all'art. 5-*bis* della legge della Regione Abruzzo n. 78 del 1978, per il trasporto degli studenti disabili. Sulla base della citata norma, la Provincia aveva approvato e trasmesso annualmente alla Regione i piani degli interventi, relazionando per ciascun anno sulle spese sostenute e sulle attività svolte. A fronte di ciò, la Regione aveva erogato, per le varie annualità, finanziamenti per somme inferiori a quelle do-

(*) Avvocato in Roma, già docente di Diritto del lavoro presso la «Sapienza» Università di Roma.

(1) Sul nesso tra diritti sociali ed equilibrio di bilancio sia consentito il rinvio ad Andreoni 2006. Successivamente, vd.: D'Onghia 2013; Tega 2014; Losurdo 2016.

cumentate. Il mancato finanziamento del 50% delle spese effettuate avrebbe determinato nel tempo un indebitamento tale da comportare una drastica riduzione dei servizi per gli studenti disabili, compromettendo l'erogazione dell'assistenza specialistica e dei servizi di trasporto.

Il Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo ha rimesso alla Corte la questione dubitando della legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2-*bis*, della legge n. 78, nella parte in cui prevede, per lo svolgimento del servizio di trasporto degli studenti portatori di handicap o di situazioni di svantaggio, che la Giunta regionale garantisca un contributo del 50% della spesa necessaria e documentata dalle Province solo «nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa».

Il giudice *a quo* ritiene che il condizionamento dell'erogazione del contributo alle disponibilità finanziarie, di volta in volta determinate dalla legge di bilancio, trasformi l'onere della Regione in una posta aleatoria e incerta, totalmente rimessa alle scelte finanziarie dell'ente, con il rischio che esse divengano arbitrarie.

3. — *La decisione della Corte* — La Corte ha concluso per la fondatezza della questione posto che il diritto all'istruzione del disabile è consacrato nell'art. 38 Cost. e spetta al legislatore predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione e attuazione di esso.

D'altra parte, la natura fondamentale del diritto – tutelato anche a livello internazionale dall'art. 24 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata dall'assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006, ratificata e resa esecutiva con legge 3 marzo 2009, n. 18 – impone alla discrezionalità del legislatore un limite invalicabile nel «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» (2), tra le quali rientra il servizio di trasporto scolastico e di assistenza «poiché, per lo studente disabile, esso costituisce una componente essenziale ad assicurare l'effettività del medesimo diritto».

Di poi, la Corte non ha condiviso l'assunto formulato dalla Regione secondo cui ogni diritto debba essere sempre e comunque assoggettato a un vaglio di sostenibilità nel quadro complessivo delle risorse disponibili.

Di seguito si riporta la motivazione: «7. (*Omissis*) Questa Corte ha già avuto modo di affermare che “in attuazione dell'art. 38, comma 3, Cost., il diritto all'istruzione dei disabili e l'integrazione scolastica degli stessi sono previsti, in particolare, dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104 (legge quadro

(2) La citazione è tratta da C. cost. 26.2.2010, n. 80.

per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate)", la quale "attribuisce al disabile il diritto soggettivo all'educazione e all'istruzione a partire dalla scuola materna fino all'università"; e che "la partecipazione del disabile 'al processo educativo con insegnanti e compagni normodotati costituisce [...] un rilevante fattore di socializzazione e può contribuire in modo decisivo a stimolare le potenzialità dello svantaggiato (sentenza n. 215 del 1987)" (sentenza n. 80 del 2010) (*Omissis*). 11. Non può nemmeno essere condiviso l'argomento secondo cui, ove la disposizione impugnata non contenesse il limite delle somme iscritte in bilancio, la norma violerebbe l'art. 81 Cost. per carenza di copertura finanziaria. A parte il fatto che, una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali, è di tutta evidenza che la pretesa violazione dell'art. 81 Cost. è frutto di una visione non corretta del concetto di equilibrio del bilancio, sia con riguardo alla Regione che alla Provincia cofinanziatrice. *È la garanzia dei diritti incompressibili a incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione* [corsivo ns.]. 12. Con riguardo alla Regione, è da sottolineare come l'impianto della legge della Regione Abruzzo n. 78 del 1978 sia improntato al metodo della programmazione, secondo cui gli interventi e i pertinenti oneri finanziari sono istruiti nell'anno precedente così da consentire la loro corretta iscrizione nel bilancio, soprattutto quando riguardano il nucleo incompressibile del diritto a prestazioni riconducibili a diritti fondamentali. In tal modo non è configurabile il rischio per l'equilibrio del bilancio della Regione da essa paventato in correlazione allo stanziamento della percentuale di finanziamento prevista per legge. Proprio la previa redazione del piano di assistenza testimonia l'inverosimiglianza dell'ipotesi di squilibrio di bilancio che è viceversa eziologicamente collegabile all'uso promiscuo delle risorse, che il giudice rimettente individua come autentica causa vanificatrice della copertura finanziaria del servizio. 13. Nel caso in esame, il rapporto di causalità tra allocazione di bilancio e pregiudizio per la fruizione di diritti incompressibili avviene attraverso la combinazione tra la norma impugnata e la genericità della posta finanziaria del bilancio di previsione, nella quale convivono in modo indifferenziato diverse tipologie di oneri, la cui copertura è rimessa al mero arbitrio del compilatore del bilancio e delle autorizzazioni in corso d'anno. 14. In definitiva, nella materia finanziaria non esiste "un limite assoluto alla cognizione del giudice di costituzionalità delle leggi". Al contrario, ritenere che il sindacato sulla materia sia riconosciuto in Costituzione "non può avere altro significato che af-

fermare che esso rientra nella tavola complessiva dei valori costituzionali”, cosicché “non si può ipotizzare che la legge di approvazione del bilancio o qualsiasi altra legge incidente sulla stessa costituiscano una zona franca sfuggente a qualsiasi sindacato del giudice di costituzionalità, dal momento che non vi può essere alcun valore costituzionale la cui attuazione possa essere ritenuta esente dalla inviolabile garanzia rappresentata dal giudizio di legittimità costituzionale” (sentenza n. 260 del 1990).

4. — *L’ordito logico della sentenza* — La citazione dei passaggi cruciali della motivazione consente di evidenziare il tracciato logico della sentenza; tracciato riassumibile nelle seguenti quattro proposizioni.

4.1. — Secondo la prima, la legge di bilancio non costituisce appannaggio esclusivo del legislatore essendo comunque soggetta al sindacato di costituzionalità (3).

Va in proposito richiamata quella autorevole dottrina (4) secondo cui, «definito un valore di equilibrio verso cui deve tendere il bilancio pubblico (e dello Stato, in particolare), la composizione interna di questo equilibrio e la distribuzione delle risorse utilizzabili per sostenere l’evoluzione dinamica dei diritti a prestazioni sociali (pensionistiche nel nostro caso) costituisce una specifica scelta legislativa che può, anzi deve, essere oggetto di uno scrutinio di conformità a Costituzione, ove la gerarchia dei valori direttamente tutelati dalla Carta appaia violata. E questo scrutinio non può spettare che alla Corte. Dunque: il punto in discussione non è l’esistenza di risorse che in atto non ci sono, che non spetta alla Corte valutare, ma la distribuzione ragionevole e motivata di quelle che ci sono. E in questa distribuzione, la cognizione della Corte è piena».

4.2. — La seconda proposizione può essere così riassunta: il servizio di trasporto scolastico del portatore di handicap, lungi dall’essere una posizione giuridica affievolita e perciò oggetto di copertura facoltativa, rientra indiscindibilmente nel diritto all’istruzione del disabile; diritto fondamentale perché previsto dall’art. 38 Cost. (e dall’art. 24 della Convenzione Onu del 13.12.2006) (5).

(3) Oltre alla sent. n. 260/1990, citata dalla Corte, vd., più di recente: C. cost. 28.3.2012, n. 70, sent.; C. cost. 9.5.2013, n. 85; C. cost. 24.7.2015, n. 188; C. cost. 29.1.2016, n. 10.

(4) De Ioanna 2015.

(5) Sul carattere fondamentale dei diritti discendenti dalla convenzione Onu vd.: C. Giust. 18.12.2014, C-354-13; C. cost. 24.4.2002, n. 135, sent., e n. 80/2010,

Sia la prima che la seconda proposizione appartengono alle prime due fasi del giudizio di costituzionalità: «la topografia del conflitto» e la «selezione degli interessi» (6).

Alla prima fase appartiene l'operazione logica preliminare di identificazione dei valori e degli interessi che si fronteggiano, così come emergono dalla disposizione legislativa soggetta al vaglio della Corte e dall'oggetto del diritto costituzionale che si ipotizza leso.

Una operazione che ha la funzione di individuare le aree di sovrapposizione degli interessi in contrasto e le porzioni residue che restano libere, al fine di identificare in concreto l'entità del sacrificio derivante dalla collisione dei due interessi.

A questa operazione se ne riconnette un'altra, che si enuclea nella *selezione degli interessi* ammessi al bilanciamento, posto che occorre escludere dal legittimo confronto gli interessi privi di copertura costituzionale.

Molte questioni di costituzionalità si decantano già nella prima e nella seconda fase: «una definizione restrittiva (o addirittura il mancato riconoscimento) della “sfera” tutelata dalla disposizione costituzionale può condurre a negare in radice qualsiasi sovrapposizione “topografica” tra gli interessi concorrenti» (7).

4.3. — La terza proposizione posta dalla Corte consiste, per un verso, nel «metodo di programmazione [...] in tal modo non è configurabile il rischio per l'equilibrio di bilancio»; per altro verso, si incentra nella «genericità della posta finanziaria [...] nella quale convivono diverse tipologie di oneri, la cui copertura è rimessa al mero arbitrio...».

In tal modo, successivamente alla selezione degli interessi costituzionali concorrenti, si compie la *valutazione della idoneità* della norma impugnata. Il test tende a verificare innanzitutto se la norma limitativa di un diritto costituzionale costituisca un mezzo *pertinente* rispetto al fine della legge che la contiene, «in ragione dell'inderogabile soddisfacimento» dell'interesse sotteso. Il giudizio di pertinenza, a sua volta, può essere distinto in un *giudizio di razionalità* e in un *giudizio di adeguatezza*.

Tralasciando il secondo canone, estraneo al caso, va precisato che il giudizio di razionalità è rivolto ad accertare l'insussistenza di contraddizioni interne – tra norme di una stessa legge, ovvero tra norme e *ratio legis* – e la

sent., cit.; Cass. 20.1.2016, n. 2210, e Cass. 6.11.2015, n. 22421, queste ultime in *RGL*, 2016, II, 366, con nota di Cimaglia.

(6) Su queste nozioni, si veda Bin 1992.

(7) La citazione è tratta sempre da Bin 1992, 64.

coerenza della norma denunciata con il sistema nel quale essa si colloca. Il primo controllo è sorretto dal canone della razionalità *intra legem*; il secondo controllo è assistito dal canone della razionalità *intra ius* (8). Di più, il canone di razionalità si dispiega nei termini di un controllo diretto a verificare l'assenza di iniquità nelle conseguenze prodotte dalla norma denunciata, secondo un criterio di giustizia-equità che è proprio della ragion pratica. Questo giudizio, se con esito positivo, porta già a concludere in termini di illegittimità, senza necessità di addivenire al successivo giudizio di bilanciamento.

E così è nel nostro caso, poiché la legge regionale è stata ritenuta irrazionale sia per la contraddizione tra il metodo della programmazione e la discrezionalità negli storni di bilancio sia per la mancanza di giustizia-equità, data l'ampia latitudine dello storno di bilancio.

4.4. — In ogni caso, la Corte ha voluto effettuare anche il (successivo) giudizio di *bilanciamento* ponendo a raffronto gli interessi costituzionali protetti dalla legge con gli interessi costituzionali di cui si lamenta l'ingiustificato sacrificio per misurare il grado di prevalenza relativa degli uni sugli altri, «sempreché l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario» (9).

Il giudizio di stretta necessità, proprio dei diritti fondamentali *sub iudice*, deve dunque censurare le limitazioni eccessive o indeterminate (10) utilizzando i canoni del «contemperamento» e del «minimo mezzo» (11).

Secondo il primo criterio del «contemperamento», occorre evitare l'integrale sacrificio di uno dei due termini della ponderazione o la lesione del suo nucleo essenziale.

D'altra parte, il criterio del «minimo mezzo» implica che il diritto fondamentale sia ristretto solo nella misura strettamente necessaria alla realizzazione del controinteresse, pure costituzionalmente rilevante, con un nesso strumentale forte tra mezzi compressivi e fine da realizzare (12).

La necessità impone innanzitutto di verificare se tra tutti i mezzi utili al raggiungimento del fine quello adottato dal legislatore sia il più lieve, in base a una selezione del mezzo non tanto ipotetica, ma comunque ricavabile dal complesso delle disposizioni vigenti.

(8) In tal senso, vd. Perulli 2005, 7.

(9) La precisazione è posta da C. cost. 23.7.1991, n. 366.

(10) Su questi aspetti, vd. Chessa 1998.

(11) Per una disamina esauriente dei due canoni, vd. Scaccia 2000, 349.

(12) Sul test di proporzionalità, vd.: C. cost. 13.1.2014, n. 1, sent.; C. cost. 22.12.2015, n. 272, sent.

Di poi, occorre risalire al valore politico e sociale sotteso alla legge sottoposta al vaglio giudiziale e operare un'analisi costi-benefici, soppesando i sacrifici imposti rispetto ai vantaggi realizzati, limitando la lesione del diritto fondamentale a quanto sia indispensabile per la realizzazione del controinteresse.

La conclusione della Corte nel caso di specie è netta: il trasporto scolastico del portatore di handicap prevale sulla copertura finanziaria perché «diritto fondamentale e incompressibile», sicché «è la garanzia dei diritti incompressibili a incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione». Viene così smentita quella dottrina secondo cui «la possibilità di comporre conflitti tra principi aventi pari dignità normativa e analogo spessore assiologico [...] è necessariamente legata alle circostanze del caso, e la gerarchia che ne scaturisce è sempre concreta e non astratta, mobile e non fissa» (13).

Viene infatti ribadito il migliore insegnamento della Corte costituzionale che, in virtù della graduazione tra diritti «finali» (attinenti al nucleo della persona) e diritti «strumentali» disposta in Costituzione, in più di una occasione ha affermato l'esistenza «di principi che [...] appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana» (14) talché «esiste una gerarchia tra i valori costituzionalmente garantiti» (15). E tuttavia, per evitare una tirannia dei valori e non restare imprigionati in una gerarchia rigida, tenendo conto sia della struttura graduata dei diritti, per un verso, e, per altro verso, del carattere pluralistico della Carta, è possibile adottare un metodo di «bilanciamento ben temperato», scandito in due operazioni successive: la definizione prioritaria della fattispecie astratta, mediante l'identificazione, per via deduttiva, degli interessi concorrenti, diversamente graduati in base alla mappa della Costituzione; di poi, l'identificazione della fattispecie concreta che per la particolarità del caso giustifica ragionevolmente (e motivatamente) uno scostamento rispetto alla fattispecie astratta, vincendo la «presunzione favorevole» che assiste ogni interesse costituzionale sovraordinato (16).

In tal modo, il metodo induttivo – per lo più strutturato secondo il paradigma del giudizio di ragionevolezza *ex* art. 3, comma 1, Cost. – non sarebbe più alternativo bensì correttivo del metodo deduttivo, scaturente da una lettura sistematica delle disposizioni costituzionali sostanziali.

(13) La citazione è tratta da Scaccia 2000, 337.

(14) L'inciso proviene da C. cost. 29.12.1988, n. 1146, sent.

(15) Citazione da C. cost. 10.3.1988, n. 278, sent.; vd. anche C. cost. 23.7.1991, n. 366, sent.

(16) In tal senso, si rinvia a Chessa 1998.

Il combinato disposto di norme di principio e di norme sostanziali e il mix dei metodi compositivi, organizzati in due successive fasi logiche, non porterebbe ad alcuna «tirannia dei valori» ma si limiterebbe a distribuire gli oneri argomentativi ponendo una regola di preferenza per gli interessi in conflitto, suscettibile di prova contraria (17).

Nella specie, sia il metodo induttivo che quello deduttivo (e ancor prima la valutazione di irrazionalità della legge della Regione Abruzzo) portano la Corte ad affermare il primato del diritto al trasporto scolastico dello studente disabile. Quest'ultimo, infatti, attiene al nucleo essenziale del diritto all'istruzione del medesimo soggetto, rientrando nella tutela prevista dall'art. 38, comma 3, Cost.; nucleo essenziale, dunque, e incompressibile. D'altra parte, la programmazione delle risorse e gli scostamenti arbitrari delle «poste» di bilancio escludono ogni possibile pregio a soluzioni contrarie. Di qui la decisione.

5. — *Considerazioni conclusive* — Si può affermare, in sintesi, che la sentenza, così come la precedente n. 70 del 2015 (18), è indicativa di un *repechage* dell'antico insegnamento della Corte in ordine all'effettività di diritti previdenziali e assistenziali in ragione del fatto che, «nell'esaminare le numerose questioni prospettate [...], la Corte, pur riconoscendo l'indubbia gravità della crisi finanziaria, ha negato che questa possa integrare una sorta di «stato di eccezione», tale da giustificare la sospensione e, tanto meno, la deroga delle regole costituzionali» (19).

Chi scrive auspica che tale indirizzo possa resistere alle intemperie dei tempi moderni, in vista della difficile disamina futura delle numerose normative che, ben oltre il caso qui esaminato, hanno ristretto considerevolmente l'ambito di copertura e la densità di protezione dei diritti sociali.

Anche i diritti sociali, infatti, come la *wage whip*, la frusta salariale, spingono Stato e imprese alla migliore organizzazione, moltiplicando la crescita dei consumi e contribuendo non poco alla permanenza della nostra democrazia (20).

(17) Sui rischi della tirannia dei valori, vd. Zagrebelsky 1992.

(18) Su cui D'Onghia 2015.

(19) Si tratta della relazione svolta nella riunione straordinaria, tenutasi nel Palazzo della Consulta il 12 aprile 2013, dal presidente Gallo, citata da D'Onghia 2013, 255.

(20) Su questi temi, vd., da ultimo, Varoufakis 2017 e Tronti 2017.

CORTE COSTITUZIONALE, 16.12.2016, n. 275 – Pres. Grossi, Est. Prosperetti – Provincia di Pescara (n.c.) c. Regione Abruzzo (avv. Franco).

Assistenza – Studenti disabili – Servizio di trasporto – Onere provinciale – Contributo Regione Abruzzo – L. reg. n. 78/1978 – Riduzione oneri con legge di bilancio – Art. 88, comma 4, l. reg. n. 15/2004 – Illegittimità costituzionale.

L'art. 6, c. 2-bis, della legge della Regione Abruzzo 15.12.1978, n. 78 (Interventi per l'attuazione del diritto allo studio), aggiunto dall'art. 88, comma 4, della legge della Regione Abruzzo 26.4.2004, n. 15, recante «Disposizioni finanziarie per la redazione del bilancio annuale 2004 e pluriennale 2004-2006 della Regione Abruzzo (legge finanziaria regionale 2004)» limitatamente all'inciso «nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa», è costituzionalmente illegittimo per violazione dell'art. 38, cc. 3 e 4, Cost. in ragione del carattere fondamentale del diritto all'istruzione del disabile, di cui il trasporto scolastico è parte essenziale, incomprimibile malgrado sopravvenute esigenze di diversa composizione dell'equilibrio di bilancio». (1)

Riferimenti bibliografici

- Andreoni A. (2006), *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico*, Giappichelli, Torino.
- Bin R. (1992), *Diritti e argomenti*, Giuffrè, Milano.
- Chessa O. (1998), *Bilanciamento ben temperato o sindacato esterno di ragionevolezza? Note sui diritti inviolabili come parametro del giudizio di costituzionalità*, in *GCost.*, 3925 ss.
- D'Onghia M. (2013), *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino.
- D'Onghia M. (2015), *La Consulta ridà linfa all'effettività dei diritti previdenziali*, in *RGL*, II, 371 ss.
- De Ioanna P. (2015), *Tra diritto ed economia: la Corte costituzionale fissa alcuni punti fermi, ma riapre un nesso cruciale*, in *RGL*, n. 3, II, 353 ss.
- Losurdo F. (2016), *Lo Stato sociale condizionato*, Giappichelli, Torino.
- Perulli A. (2005), *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, *DLRI*, n. 3.
- Scaccia G. (2000), *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- Tega D. (2014), *Welfare e crisi davanti alla Corte costituzionale*, in *DLRI*, 303 ss.
- Tronti, L. (2017), *Stipendi bloccati e crescita ferma; il cerchio da spezzare*, in *la Repubblica*, Inserto *Affari e Finanza* del 20.2.2017.
- Varoufakis Y. (2017), *Il Minotauro globale*, Spider & Fish, Milano.
- Zagrebelsky G. (1992), *Il diritto mite*, Einaudi, Torino.

RAPPORTO DI LAVORO

[CORTE DI GIUSTIZIA, 21.12.2016, C-201/15, Grande Sezione](#) – Avv. Gen. Wahl – Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (Aget Iraklis) c. Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisiss kai Koinonikis Allilengyis (ministero del Lavoro).

Licenziamento collettivo – Direttiva n. 98/59/Ce – Normativa nazionale che conferisce a un'autorità amministrativa il potere di opporsi a licenziamenti collettivi – Non osta in linea di principio.

Licenziamento collettivo – Direttiva n. 98/59/Ce – Articolo 49 TfUe – Articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue – Normativa nazionale che conferisce a un'autorità amministrativa il potere di opporsi a licenziamenti collettivi – Restrizione ingiustificata alla libertà di stabilimento e alla libertà di impresa – Sussiste.

La Direttiva n. 98/59/Ce deve essere interpretata nel senso che essa non osta, in linea di principio, a una normativa nazionale in forza della quale un datore di lavoro, in mancanza di accordo con i rappresentanti dei lavoratori, può procedere a riduzioni di personale solo ove, in esito a una valutazione delle condizioni del mercato del lavoro, della situazione dell'impresa nonché dell'interesse dell'economia nazionale, l'autorità pubblica competente autorizzi i licenziamenti prospettati. Diverso è tuttavia il caso qualora risulti – circostanza che spetta, eventualmente, al giudice del rinvio verificare – che, alla luce dei tre menzionati criteri e dell'applicazione concreta che ne dà l'autorità pubblica, la suddetta normativa ha la conseguenza di privare le disposizioni della Direttiva n. 98/59 del loro effetto utile. (1)

Una normativa nazionale come quella oggetto del procedimento principale costituisce una restrizione ingiustificata al diritto di stabilimento sancito dall'articolo 49 TfUe e alla libertà di impresa riconosciuta dall'art. 16 della Carta dei

diritti fondamentali dell'Ue. L'eventuale esistenza di un contesto nazionale caratterizzato da una crisi economica acuta e da un tasso di disoccupazione particolarmente elevato non incide sulle suddette conclusioni. (2)

(1-2) CORTE DI GIUSTIZIA, LIBERTÀ DI IMPRESA
E DISCIPLINE NAZIONALI DEI LICENZIAMENTI:
UN ALTRO PASSO VERSO LA LIMITAZIONE DELLE TUTELE DEL LAVORO

SOMMARIO: 1. Non esattamente un altro caso *Laval*. — 2. Disciplina nazionale dei licenziamenti collettivi e diritto europeo: la doppia ragione della incompatibilità secondo la Corte di Giustizia. — 2.1. La «restrizione» non giustificata al diritto di stabilimento. — 2.1.1. La controversia rientra nel campo di applicazione dell'art. 49 TfUE. — 2.1.2. La disciplina giuslavoristica nazionale è una restrizione. — 2.1.3. La restrizione non è giustificata. — 2.2. La Direttiva sui licenziamenti collettivi come limite. — 3. Considerazioni conclusive: *Quod non fecit Troika, iudex europaeus fecit?*

1. — *Non esattamente un altro caso Laval* — Il nutrito dibattito dottrinario che, a distanza di pochi mesi dalla sua adozione, ha accolto la sentenza dettata dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia nel caso *Aget Iraklis* (1) non esime l'osservatore da una previa ricostruzione delle vicende che ne sono state oggetto. La pressoché unanime qualificazione della sentenza in commento in termini di naturale proseguimento della giurisprudenza *Laval & Co.* rischia infatti di offuscare il fatto che oggetto della sentenza *Iraklis* è stata in realtà una vicenda attinente all'esercizio, libertà economiche fondamentali nel mercato interno, che però è soltanto parzialmente sovrapponibile a quelle oggetto del ben noto «quartetto».

Tale differenza riposa non solo e non tanto sulle fattispecie utilizzate dalla Corte per qualificare gli eventi sottoposti al suo giudizio: art. 56 TfUE – Libera prestazione di servizi nel caso del «quartetto» (2); art. 49 TfUE – Libertà di stabilimento nel caso in oggetto; quanto e soprattutto sulla sostanziale diversità degli assetti di interessi propri dei soggetti che nei due casi hanno esercitato le libertà economiche fondamentali riconosciute dal Trattato.

Secondo una certa narrativa giustificazionista che ha accompagnato le sentenze *Laval* e *Ruffert* e, prima, la cd. proposta di direttiva Bolkestein, l'evidente *social dumping* insito nella possibilità riconosciuta alle imprese fornitrici di servizi di applicare il diritto del paese di provenienza costituisce una conclusione politicamente accettabile alla luce del complessivo disegno di allargamento dei confini dell'Unione. Consentire alle imprese stabilite nei paesi *newcomers* con basso costo del lavoro di fornire servizi

(1) Orlandini 2017; Giubboni 2016; Countouris, Koukiadaki 2017; Markakis 2017.

(2) La sentenza *Viking* riguardava invero la libertà di stabilimento e non la libera prestazione di servizi, ma solo per una questione attinente ai tempi di instaurazione della causa innanzi alla Corte (vd. punto 30 della sentenza). Il cambiamento della «bandiera» dell'ormai celebre traghetto *Rosella* (esercizio del diritto di stabilimento) – unica circostanza sulla quale la Corte era chiamata a valutare – era, infatti, ovviamente funzionale alla successiva prestazione del servizio di trasporto da e verso la Finlandia (esercizio della libertà di prestare servizi).

in altri paesi caratterizzati da più elevati standard di protezione sociale equivale, secondo tali opinioni, a consentire loro di sfruttare l'unico vantaggio competitivo di cui esse dispongono al fine di perseguire l'obiettivo di un effettivo accesso al mercato europeo dei servizi e, in ultima analisi, di assicurare una loro piena integrazione nel progetto politico di integrazione europea. Al di là della interpretazione dei Trattati, dunque, sarebbe la *realpolitik* dell'allargamento a giustificare l'accantonamento delle discipline nazionali del lavoro dei paesi «ricchi» a favore dell'applicazione della *home country legislation* dei paesi da cui provengono le imprese fornitrici dei servizi *low-cost* nel mercato interno (3). La limitazione delle sovranità sociali nazionali, in questa prospettiva, si giustificerebbe dunque essenzialmente in un'ottica di competizione regolativa tra sistemi nazionali funzionale alla piena realizzazione del mercato interno.

Giusta o sbagliata che fosse, una tale narrativa non può essere applicata ai fatti oggetto della sentenza *Aget Iraklis*.

La Compagnia generale cementi Iraklis è una impresa greca, originariamente in mano pubblica, che a partire dall'inizio degli anni duemila è stata progressivamente privatizzata fino a essere assoggettata nel 2007 al pieno controllo azionario della multinazionale francese Lafarge. Il che, se da una parte è sufficiente a integrare una fattispecie di libertà/diritto di stabilimento rilevante *ex art.* 49 TfUE – assunto che per costante giurisprudenza della Corte a tale disposizione sono riconducibili i casi in cui una società «acquisisce una partecipazione nel capitale di una società stabilita in un altro Stato membro che gli conferisce una sicura influenza e gli consente di indirizzarne le attività» (4) –, dall'altra, tuttavia, esclude che il caso *Iraklis* possa essere letto alla luce dei medesimi canoni interpretativi prima richiamati a proposito della giurisprudenza *Laval*. Nessuna tutela di vantaggi competitivi dei paesi *newcomers* sul mercato interno, nessuna sostituzione della *lex loci laboris* a favore della più favorevole disciplina del paese di provenienza e nessuna istanza di salvaguardia delle *chances* occupazionali dei lavoratori distaccati da imprese stabilite in paesi di nuova accessione che ambiscono ad accedere al mercato europeo dei servizi è infatti visibile nel caso di una multinazionale francese che acquisisce il controllo di una compagine societaria in Grecia.

Allorquando, infatti – dopo anni di intenso conflitto sindacale e giudiziario (5) –, Lafarge ha deciso di chiudere uno dei tre stabilimenti greci di Aget Iraklis avviando la relativa procedura di licenziamento collettivo, non vi era alcun dubbio che la disciplina applicabile fosse quella posta da una legge del 1983 con la quale la Grecia aveva dato attuazione alla Direttiva sui licenziamenti collettivi. Secondo tale normativa, in caso di mancato accordo sindacale la legittimità dei licenziamenti era subordinata a un'autorizzazione amministrativa che il prefetto o il ministro del Lavoro avrebbero dovuto rilasciare tenuto conto di tre criteri che, come si vedrà nel seguito, la Corte ha giudi-

(3) Così, con diverse sfumature, Reich (2008) e Kistoris Padoa Schioppa (2007).

(4) Vd., ad esempio, con riferimento a un caso italiano, C. Giust. 26.3.2009, C-326/07, *Commissione c. Italia*, sulla incompatibilità con il diritto di stabilimento della normativa interna sul mantenimento della cd. *golden share* in occasione delle privatizzazioni di società a controllo pubblico.

(5) Vd. le relative notizie pubblicate dallo *European Observatory of Working Life* della Fondazione di Dublino nel febbraio del 2007 in www.eurofound.europa.eu/observatories/eur-work/articles/dispute-at-cement-plant-over-unfair-treatment-of-staff.

cato incompatibili con il diritto dell'Unione: in particolare, le condizioni del mercato del lavoro, la situazione dell'impresa e l'interesse dell'economia nazionale.

Se, da una parte, non si può disconoscere il carattere piuttosto restrittivo della normativa in questione, non si può, d'altra parte, nemmeno negare che nel caso concreto la sua applicazione non aveva tuttavia nulla a che vedere con i presupposti e i limiti della competizione regolativa tra sistemi nazionali nel mercato interno. Ciò che nel caso in esame si doveva valutare non era infatti la pretesa dell'impresa di applicare, tra due regimi nazionali, quello ritenuto comparativamente più favorevole e dunque funzionale a garantire quel *market access approach* che, nato con riferimento alla libera circolazione delle merci, è ormai dominante nella giurisprudenza relativa a tutte le libertà fondamentali. Si trattava invece di giudicare, in termini assoluti, se una politica nazionale del diritto del lavoro tradotta in disposizioni certamente restrittive in materia di licenziamento collettivo potesse continuare ad avere o meno cittadinanza in un contesto europeo nel quale, come seccamente affermato dall'Avv. Gen. Wahl, «le imprese devono essere libere di gestire la propria attività nel modo che ritengono opportuno».

Da questo punto di vista, pare di poter affermare, l'arena entro la quale sindacare la sostenibilità di una disciplina nazionale ritenuta eccessivamente limitativa delle prerogative imprenditoriali non può che essere quella politica nella quale si discute delle riforme legislative del diritto del lavoro nazionale. Meno agevole invece è cogliere le ragioni di una rimozione di una normativa siffatta «per via giudiziaria», una volta escluso, come si ribadisce, che vi sia un'altra normativa nazionale applicabile alla luce del principio della *home country legislation* utilizzato invece nei casi *Laval* e *Ruffert*. Ciò che la Corte ha dichiarato nel caso *Aget Iraklis*, in definitiva, non è una inapplicabilità «relativa», quanto piuttosto una inidoneità «assoluta» della disciplina greca sui licenziamenti collettivi: il che costituisce, come recita il titolo di questa nota, un altro passo verso il definitivo accantonamento di ogni regola lavoristica nazionale considerata incompatibile, dai giudici di Lussemburgo, con «l'esercizio della attività di impresa».

2. — *Disciplina nazionale dei licenziamenti collettivi e diritto europeo: la doppia ragione della incompatibilità secondo la Corte di Giustizia* — Il momento in cui il diritto nazionale greco ha cominciato a configurarsi per la multinazionale Lafarge come una «restrizione» al suo diritto di stabilimento, e dunque, secondo la dottrina della Corte, come un ostacolo al suo diritto di «accesso al mercato», ha coinciso in realtà con il momento in cui Lafarge tentava di «lasciare» il mercato greco chiudendo uno dei tre stabilimenti. Ciò che, per quanto a prima vista paradossale, è stato considerato perfettamente in linea con la giurisprudenza pregressa della Corte in materia di libertà di circolazione, le quali risultano violate non solo quando si frappongano ostacoli «in entrata» in un diverso ordinamento nazionale, ma anche allorquando tali ostacoli ne rendano difficile l'«uscita» (6).

Orbene, nella prospettiva di Lafarge è proprio una compressione della libertà di rinunciare al proprio diritto di stabilimento a essersi concretizzata nel momento in cui il ministero del Lavoro greco, ritenendo che i richiamati criteri non lo consentissero, non ha concesso l'autorizzazione al licenziamento collettivo.

Sul piano del merito, non si può negare che la previsione di un regime di autoriz-

(6) Sul punto, vd. *infra*, sub par. 2.1.1.1.

zazione amministrativa come condizione di legittimità dei licenziamenti collettivi dia luogo a una disciplina piuttosto vincolante nei confronti delle imprese che intendono procedere a riduzioni di personale. E tuttavia – ricordato che non si tratta certo di un *unicum* nel panorama comparato (7), e che l'ordinamento in questione è relativo a un paese ove le conseguenze sociali della crisi hanno assunto le drammatiche proporzioni a tutti note – non è questo il punto sul quale si intende formulare alcune valutazioni nelle pagine che seguono.

Il punto è, invece, valutare se, *sul piano del diritto eurounitario*, sussistessero le condizioni per giustificare le discutibili conclusioni cui la Corte ha ritenuto di poter pervenire dichiarando che sia il diritto primario sia il diritto secondario dell'Unione ostano al mantenimento della disciplina greca sui licenziamenti collettivi.

Secondo la tesi di Lafarge, che in questa sede si utilizzerà come canovaccio, le disposizioni europee che impediscono il mantenimento della disciplina greca erano individuabili nel già ricordato art. 49 TfUe sul diritto di stabilimento (par. 2.1), nonché nella Direttiva n. 98/59/Ce relativa ai licenziamenti collettivi (par. 2.2).

2.1. — *La «restrizione» non giustificata al diritto di stabilimento* — Un possibile modo di illustrare il percorso argomentativo utilizzato dalla Corte può consistere nel chiarire preliminarmente che, ove a procedere al licenziamento collettivo fosse stata una impresa greca non controllata da una multinazionale francese, nessun dubbio sarebbe sussistito circa la piena legittimità della disciplina limitativa in oggetto. Ciò che ha garantito alla impresa francese margini di gestione del personale che sarebbero stati preclusi a una ipotetica concorrente greca operante nel medesimo territorio è dunque solo la «natura transfrontaliera» della vicenda. In particolare, e volendo schematizzare l'*iter* logico seguito dalla Corte: 2.1.1.) la procedura di riduzione di personale è stata considerata rientrante nell'ambito di applicazione delle norme sul diritto di stabilimento; 2.1.2.) la disciplina di legge nazionale ne è stata considerata una «restrizione»; 2.1.3.) una tale restrizione è stata considerata non giustificata.

2.1.1. — *La controversia rientra nel campo di applicazione dell'art. 49 TfUe* — Sia la Corte che l'Avv. Gen. Wahl hanno ritenuto che la libertà di stabilimento non si limita allo «stabilimento», nel senso che essa debba essere logicamente estesa anche al momento in cui una impresa decida di «*lasciare* uno Stato membro, anche se al solo fine di svolgere un'attività economica in uno Stato membro in cui essa è più redditizia» (8). «L'esercizio effettivo della libertà di stabilimento comporta quindi [...] la libertà di ridurre, successivamente [all'accesso nel mercato di un altro Stato membro: *n.d.a.*], il volume di tale attività o persino la libertà di rinunciare, eventualmente, a quest'ultima e al suddetto stabilimento» (9).

A sostegno di tale configurazione l'Avv. Gen. ha citato la sentenza *Cartesio* (10),

(7) Regimi autorizzativi come condizione di legittimità dei licenziamenti collettivi sono o sono stati vigenti in diversi paesi europei: è il caso della Spagna fino alle più recenti riforme e, con riferimento ai licenziamenti individuali, dell'Olanda, e, fino agli anni novanta, della Francia. Per un quadro comparato, cfr. Pedrazzoli (2014).

(8) Punto 65 delle Conclusioni dell'Avv. Gen. Corsivo originale.

(9) Punto 53 della sentenza.

(10) C. Giust. 16.12.2008, C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*

con la quale la Corte aveva affermato, sebbene solo *obiter*, che violerebbe il diritto di stabilimento una legge nazionale che consentisse a una società costituita in uno Stato membro di trasferire la propria sede in altro Stato membro solo previo scioglimento. Seppur non espressamente citata, si tratta peraltro di principi già affermati dalla nota sentenza *Bosman*, nella quale gli ostacoli alla libera circolazione dei lavoratori erano precisamente quelli posti dal paese di provenienza che il calciatore voleva abbandonare, e non (solo) quelli posti dal paese di destinazione ove egli aveva intenzione di svolgere la propria prestazione.

Per quanto apparentemente simili, le situazioni oggetto delle sentenze ora evocate non sono tuttavia interamente sovrapponibili a quella oggetto della causa *Iraklis*. Laddove infatti nelle prime si trattava di tutelare il diritto dell'impresa (o del lavoratore) di lasciare un paese per stabilirsi in un altro, nel caso della Lafarge la scelta di chiudere il cementificio in Grecia non era in alcun modo funzionalmente connessa all'obiettivo di intraprendere un'attività in altro Stato membro, essendo piuttosto dettato da una ordinaria strategia aziendale di contenimento dei costi dell'impresa, la quale ha infatti continuato a svolgere l'attività negli altri stabilimenti collocati in altre città greche. Detto in altri termini, in *Cartesio* e *Bosman* la libertà di circolazione era stata considerata violata in quanto in entrambi i casi una scelta di stabilirsi o lavorare in un altro Stato membro era ostacolata dalle difficoltà poste dal paese di provenienza. Nel caso *Iraklis*, per contro, mancava proprio il presupposto, ovvero la scelta di stabilirsi in un altro Stato membro. Da questo punto di vista, quindi, la pretesa del Governo greco e dell'interveniente sindacato degli edili di considerare la controversia come situazione puramente interna sottratta all'ambito di applicazione delle norme sulla libera circolazione – rapidamente scartata dall'Avv. Gen. e nemmeno affrontata dalla Corte – avrebbe meritato un'attenzione quantomeno maggiore.

2.1.2. — *La disciplina giuslavoristica nazionale è una restrizione* — Logicamente successiva alla riconduzione della controversia entro l'ambito di rilevanza dell'art. 49 TfUE è la qualificazione della normativa nazionale alla stregua di una restrizione vietata.

È appena il caso di ricordare che, nel considerare in termini di indebita restrizione del diritto di stabilimento l'applicazione di una norma nazionale destinata a essere indistintamente applicata a qualsiasi operatore economico – nazionale o straniero – si trovi a operare all'interno di un dato ordinamento, la Corte altro non ha fatto che applicare alla vicenda in oggetto la dottrina del *market access* elaborata nel corso di una ormai consolidata giurisprudenza avviata nel 1991 con la sentenza *Säger* (11). Secondo quella che è passata alla storia con il nome di «Formula *Säger*» (12), se per non ostacolare la libera circolazione nel mercato interno è ovviamente necessario che alle imprese straniere non siano riservate condizioni di svantaggio, non è d'altra parte sufficiente che a

(11) C. Giust. 25.7.1991, C-76/90, *Säger c. Denmeyer*.

(12) Le norme del Trattato prescrivono «non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi a causa della sua nazionalità, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, allorché sia tale da vietare o da ostacolare in altro modo le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro». Sul punto, vd., se vuoi, Lo Faro (2010).

esse sia applicato il medesimo trattamento riservato alle imprese nazionali. Occorre invece che qualsiasi normativa nazionale suscettibile – per utilizzare le parole ricorrentemente adoperate dalla Corte – di «rendere meno attraente» l'accesso dell'impresa straniera al mercato nazionale debba essere accantonata, vuoi che quella impresa intenda offrire servizi *ex art.* 56, vuoi che essa intenda stabilirsi *ex art.* 49.

Da *Säger* – è stato scritto con riferimento alla libertà di servizi (13), ma l'affermazione è pienamente riferibile al diritto di stabilimento – ogni frammento di normativa giuslavoristica nazionale diventa un potenziale ostacolo alle libertà economiche riconosciute dal Trattato, essendosi in pratica introdotta una sorta di «presunzione relativa» (14) di contrarietà al diritto Ue di qualsiasi norma nazionale che possa rendere più oneroso l'esercizio delle suddette libertà. E ciò anche ove la normativa nazionale rientri in una materia interamente riservata alla competenza degli Stati membri; ovvero persino ove, come nel caso in oggetto, si tratti di norme nazionali che lo stesso diritto dell'Unione considera testualmente ammissibili sulla base delle clausole di miglior favore inserite nelle direttive (15).

Premesso che la riconduzione di tutto ciò che rende un'attività «meno attraente» alla nozione di «ostacolo» pare – persino su un piano terminologico – alquanto arbitraria, sembrerebbe per il resto da quanto sin qui esposto che la sentenza *Aget Iraklis* non costituisca tutto sommato che un ulteriore episodio di una saga giurisprudenziale già da tempo consolidata, non giustificando, dunque, l'ampia eco che l'ha immediatamente circondata. Una simile lettura continuista sarebbe tuttavia errata, e pienamente giustificato appare invero il giudizio di chi ha affermato che con questa sentenza si completa «il *restyling* in chiave schiettamente neoliberale delle dottrine del mercato interno avviato dal più celebre quartetto» (16).

Tale inusitato «salto di qualità» è dovuto al ruolo attribuito dalla Corte all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e al relativo riconoscimento della libertà di impresa (della quale la Corte omette peraltro di ricordare che essa viene riconosciuta «conformemente al diritto dell'Unione e alle *legislazioni* e prassi *nazionali*») come diritto fondamentale. Nella ricostruzione offerta dalla Corte, il rilievo del diritto fondamentale alla libertà di impresa viene peraltro incardinato non nella fase del proprio *iter* argomentativo relativa alla configurazione della legislazione nazionale come ostacolo alla libertà di impresa, quanto piuttosto nella fase logicamente successiva relativa alla (im)possibilità per gli Stati membri di dimostrare che si tratta di un ostacolo giustificato da «ragioni imperative di interesse nazionale». Per questa ragione, se ne tratterà nel successivo par. 2.1.3.

Quello che invece per il momento importa sottolineare è che la lettura totalizzante della libertà economica offerta dalla Corte in questa occasione – proprio perché fondata sull'art. 16 della Carta e non solo sull'art. 49 del Trattato – si candida in futuro a essere riferita non (più) solo all'impresa che muovendosi nel mercato interno non

(13) Orlandini 2013.

(14) Superabile, cioè, da elementi in grado di smentirla, ma – come si dirà appresso (par. 2.1.3) – di fatto quasi mai superata a partire dalla svolta giurisprudenziale compiutasi sul finire del decennio passato.

(15) Sul punto, vd. *infra*, par. 2.2.

(16) Giubboni 2016, 109.

deve incontrare alcun ostacolo, quanto piuttosto all'impresa *tout court*, alla quale la Corte ha riconosciuto in questa occasione un «diritto fondamentale» a non subire alcuna «ingerenza nell'esercizio della libertà d'impresa e, in particolare, della libertà contrattuale di cui dispongono, in linea di principio, le imprese, segnatamente nei confronti dei lavoratori da esse impiegati» (17).

È evidente che il passaggio ora paventato è per il momento solo potenziale, visto che nell'occasione si trattava di un caso *ex* articolo 49 TfUE e che dunque ciò che la Corte ha offerto è una lettura dell'art. 49 «alla luce» dell'art. 16 della Carta. Il passo successivo – tutto sommato prevedibile – è l'applicazione della lettura della libertà di impresa come diritto fondamentale che non tollera «ingerenze» anche a controversie meramente interne, nelle quali non sia cioè in oggetto una situazione transnazionale e una connessa considerazione della libertà di impresa *sub specie* di libertà di movimento. In un ipotetico caso del genere, nel quale la Corte si trovasse a dover giudicare della pretesa di una impresa nazionale di non vedersi applicato un diritto del lavoro nazionale qualificato come «ingerenza» incompatibile con l'art. 16, il precedente costituito dalla sentenza *Iraklis* potrebbe assumere un ruolo non secondario. Rispetto a tale eventualità – già prefigurata in passato da parte della dottrina che intravedeva nella giurisprudenza *Laval* i prodromi di un definitivo superamento delle sovranità sociali nazionali – non varrebbe obiettare che in una controversia meramente interna l'art. 16 della Carta non potrebbe aver alcun ruolo dal momento che, come noto, la Carta trova applicazione «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione» (art. 51). Recenti precedenti hanno infatti dimostrato che anche situazioni meramente interne possono essere giudicate alla luce della Carta ove esse riguardino materie sulle quali si è esercitata la competenza regolativa dell'Unione (18). L'ipotetico caso prospettato in precedenza potrebbe dunque presentarsi con riferimento a una qualsiasi normativa «comunitarizzata» (orario, sicurezza, maternità, congedi) che un operatore economico nazionale dovesse trovare eccessivamente restrittiva della propria libertà di impresa. Se in quella occasione la Corte dovesse confermare la discutibile lettura dell'art. 16 come norma che esclude «ingerenze ingiustificate», l'epilogo cui allude il titolo di questa nota sarebbe arrivato.

2.1.3. — *La restrizione non è giustificata* — L'ultima tappa del percorso logico argomentativo seguito dalla Corte si sofferma infine sulla affermata insussistenza di quelle «ragioni imperative di interesse nazionale» che, sole, potrebbero rendere la restrizione giustificata. Tale negazione – come spesso, e negli ultimi anni sempre, avviene nella giurisprudenza della Corte – prende corpo non nel corso della prima fase del test di giustificazione, nella quale si valuta la meritevolezza *in sé* dell'obiettivo perseguito dalla norma nazionale «restrittiva» (19), quanto piuttosto nella seconda fase, nella

(17) Punto 69 della sentenza *Iraklis*.

(18) C. Giust. 18.7.2013, C-426/11, *Mark Alemo-Herron c. Parkwood Leisure Ltd.*

(19) Afferma infatti la sentenza *Iraklis* che: «la tutela dei lavoratori rientra tra le ragioni imperative di interesse generale [e che] in particolare, la Corte ha già ammesso che le considerazioni attinenti al mantenimento dell'occupazione possono costituire, in determinate circostanze e a certe condizioni, giustificazioni accettabili per una normativa nazionale avente l'effetto di ostacolare la libertà di stabilimento» (punti 73-75 della sentenza).

quale si verifica se tale misura sia adeguata ai fini dell'obiettivo perseguito (*adeguatezza*) e se non vada al di là di quanto necessario per conseguirlo (*proporzionalità*).

Nelle Conclusioni presentate dall'Avv. Gen. – icasticamente definite un «esercizio di analisi economica del diritto greco sui licenziamenti collettivi» (20) –, l'Avvocato Generale Wahl aveva addirittura escluso il requisito dell'adeguatezza, aderendo *apertis verbis* a quelle ben note prospettazioni presenti nel dibattito economico e giuridico secondo le quali le tutele giuslavoristiche non servono alla, e anzi deprimono la, occupazione: «i lavoratori – aveva sostenuto l'Avv. Gen. – sono protetti al meglio da un contesto economico che stimola l'occupazione stabile. Storicamente, l'idea di mantenere in modo artificiale i rapporti di lavoro, malgrado basi economiche insufficienti, è stata testata ed è totalmente fallita» (21). Può anche darsi che l'Avv. Gen. avesse qualche margine di ragione, ma non è questo il punto: che l'affermazione sia condivisibile o meno, ciò che è certo è che è alquanto sorprendente che valutazioni simili, più proprie di un saggio scientifico o di un rapporto Ocse, siano addirittura finite in un atto giudiziario.

Non stupisce dunque più di tanto che la Corte non abbia dato seguito al suggerimento dell'Avv. Gen., affermando invece l'astratta adeguatezza di una disciplina limitativa dei licenziamenti come strumento per perseguire il legittimo obiettivo di tutela del lavoro (22) e preferendo piuttosto spostare l'oggetto delle proprie valutazioni sull'ultima e decisiva fase del test, ovvero sulla verifica della fatidica proporzionalità della misura.

È proprio in questa sede che, come già anticipato, la Corte ha finito per escludere che la normativa nazionale greca sui licenziamenti collettivi possa superare il test di compatibilità con l'esercizio delle libertà economiche fondamentali riconosciute dal Trattato; *rectius*, con l'esercizio della libertà di impresa riconosciuta dall'art. 16 della Carta. A ciò ostanto, a giudizio della Corte, i criteri individuati dal legislatore greco come presupposti dell'autorizzazione ministeriale al licenziamento collettivo; criteri giudicati eccessivamente «generici e imprecisi» fino al punto da determinare «un grave pregiudizio» se non addirittura una «esclusione» (23) della libertà di stabilimento così come ermeneuticamente «estesa» dalla Corte attraverso il riferimento alla libertà di impresa sancita dalla Carta.

Per la verità, la valutazione di genericità e imprecisione è riferita dalla Corte solo a due dei tre criteri indicati dal legislatore greco (la situazione dell'impresa e le condizioni del mercato del lavoro), laddove il terzo (l'interesse dell'economia nazionale) viene drasticamente scartato in quanto palesemente contrario a un granitico orientamento giurisprudenziale il quale nega recisamente che motivi di natura puramente economica possano mai essere opposti quali giustificazione di restrizioni vietate dai Trattati. Il che è senz'altro vero; ma forse l'evidente condizione di crisi economica attraversata

(20) In questi termini, Giubboni 2016, 127.

(21) Punto 73 della Conclusioni dell'Avv. Gen.

(22) Il quadro regolativo dei licenziamenti collettivi in Grecia «può rivelarsi idoneo a contribuire al rafforzamento del livello di protezione effettiva dei lavoratori e della loro occupazione, regolando, quanto al merito, l'adozione di siffatte decisioni economiche e commerciali da parte delle imprese» (punto 92 della sentenza).

(23) Punto 99 della sentenza.

dalla Grecia avrebbe potuto indurre la Corte, se non a mutare la propria giurisprudenza, quanto meno a manifestare qualche tratto di umana simpateticità verso il drammatico quadro sociale determinatosi in Grecia; quanto meno per bilanciare quell'autentica «*summa ideologica*» (24) che l'Avv. Gen. ha ritenuto opportuno prospettare in coda alle proprie Conclusioni (25) a sostegno della propria visione secondo la quale proprio in Grecia più che in ogni altro paese sarebbe necessario superare le discipline nazionali limitative dei licenziamenti.

Quanto dunque ai criteri relativi alla situazione dell'impresa e alle condizioni del mercato del lavoro, i giudici di Lussemburgo hanno fondamentalmente ritenuto che essi non sono ammissibili nella misura in cui in buona sostanza escludono ciò che da più parti viene indicato come un valore supremo dell'agire economico: ovvero la certezza delle conseguenze derivanti dalle scelte gestionali e organizzative dell'impresa. Secondo la Corte, una regolazione che, con un certo margine di approssimazione, si potrebbe definire «per clausole generali» lascia troppo spazio alla discrezionalità dell'organo chiamato a sindacarne la legittimità, nella misura in cui i surriferiti criteri «non riposano su condizioni oggettive e controllabili» e non individuano le «circostanze specifiche e obiettive» che potrebbero, o meglio dovrebbero, attribuire alle imprese i necessari margini di prevedibilità.

Al di là della loro plausibilità, argomentazioni siffatte non possono non ricordare all'osservatore italiano un certo grado di similitudine con quanto caratterizza l'ordinamento interno: da un lato, perché l'esigenza di certezza e prevedibilità è stata esplicitamente posta alla base delle recenti riforme introdotte in tema di rimedi sanzionatori per il recesso oggettivamente ingiustificato; dall'altro, perché, come è stato già notato, non è poi così scontato che il criterio delle «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa» di cui alla l. n. 604/1966 possa superare il «test di certezza/prevedibilità» che con la sentenza *Iraklis* la Corte ha indicato come condizione indispensabile per evitare un'accusa di indebita ingerenza nell'esercizio della libertà di impresa.

2.2. — *La Direttiva sui licenziamenti collettivi come limite* — Dalle osservazioni sin qui esposte, tutte pressoché esclusivamente incentrate su un'analisi del diritto primario dell'Unione, è rimasto del tutto assente il profilo attinente al diritto secondario, e in particolare alla Direttiva n. 98/59/Ce sui licenziamenti collettivi, la cui natura di disciplina solo procedurale di carattere «minimo» non è mai stata messa in discussione, almeno fino a tempi assai recenti.

Già con la cosiddetta sentenza *Woolworths* (26), invero, la Corte aveva dimostrato

(24) Così, del tutto condivisibilmente, Orlandini 2017, 76.

(25) «In periodi di crisi – non ha potuto fare a meno di ricordare l'Avv. Gen. Wahl – è altrettanto importante ridurre i fattori che possono dissuadere le imprese dall'investire, posto che l'efficienza economica può aiutare a stimolare la creazione di posti di lavoro e la crescita economica. Questa è, presumo, la ragione per cui la Grecia ha accettato, quale condizione dell'assistenza finanziaria accordata dal meccanismo europeo di stabilità, di intraprendere riesami rigorosi e la modernizzazione della contrattazione collettiva, dell'azione industriale e, in linea con la direttiva e le migliori prassi pertinenti dell'Ue, dei licenziamenti».

(26) C. Giust. 30.4.2015, C-80/14, *Usdaw c. Ww Realisation 1 Ltd.*, in liquidazione et al., con la quale la Corte ha escluso che la nozione di «stabilimento», non definita dalla direttiva,

di voler dar seguito a quella impostazione, già prospettata nella sentenza *Laval*, che individua nelle normative giuslavoristiche adottate dall'Unione un livello di tutela *massimo* non modificabile *in melius* dagli Stati, pena una violazione degli scopi essenziali delle Direttive sociali, la cui funzione prioritaria viene identificata nel «ravvicinare gli oneri che dette norme di tutela comportano per le imprese dell'Unione»: una funzione di standardizzazione, più che tutela minima, dunque, che smentisce la retorica del diritto sociale europeo come *floor of rights*, deprivando al contempo gli Stati membri dei margini di intervento che pure la competenza «concorrente» in tema di politica sociale (art. 4 TfUE) imporrebbe di riconoscere loro (27).

Anche nel caso oggetto della sentenza *Iraklis* si discuteva della possibilità di qualificare la disciplina greca come una di quelle «disposizioni legislative più favorevoli ai lavoratori» che l'art. 5 della Direttiva espressamente ammette. E anche nel caso *Iraklis* la Corte non ha ritenuto di mutare la propria, recente, giurisprudenza, contribuendo così a sancire un superamento di fatto delle clausole di miglior favore che tuttora compaiono in tutte le Direttive sociali adottate dall'Unione.

Più in particolare, lo Stato greco avrebbe superato i limiti posti dalla direttiva, nella misura in cui le misure nazionali di miglior favore da questo introdotte, pur astrattamente ammissibili, si erano rivelate in concreto inaccettabili in quanto capaci di privare la direttiva di ogni «effetto utile»; laddove la «utilità» della direttiva è evidentemente quella di consentire che, esaurita la fase consultiva e negoziale, l'impresa possa comunque procedere alla riduzione di personale. Beninteso, proprio questo era lo scopo della direttiva, ma, appunto, *della direttiva*, la quale però lascia gli Stati membri liberi di andare oltre gli obblighi di informazione e consultazione. Escludere una tale eventualità invocando l'effetto utile della direttiva conferma dunque quanto già anticipato in premessa: ovvero che scopo (o effetto utile) della normativa sociale sovranazionale è quello di porre un «tetto» agli interventi sociali degli Stati membri, imponendo loro uno livello di tutela che è insieme minimo e massimo: uno standard, insomma, che per il suo stesso significato di strumento di uniformazione delle differenze costituisce la negazione di quella *unitas in diversitate* che per una certa fase ha costituito il motto dell'Ue.

3. — *Considerazioni conclusive*: Quod non fecit Troika, iudex europaeus fecit? — È doveroso evidenziare, giunti a conclusione di un'esposizione non priva di accenti apertamente critici verso l'operato dei giudici di Lussemburgo, che non sono per converso mancati commenti più indulgenti nei confronti dell'operato della Corte (28), riflessi peraltro sulla posizione dello stesso Governo greco, dichiaratosi «timidamente soddisfatto» degli esiti della causa *Iraklis* (29).

possa essere interpretata dagli Stati membri in modo da estendere la tutela in caso di licenziamento collettivo, nella misura in cui ciò «comporterebbe oneri assai diversi per le imprese che devono soddisfare gli obblighi di informazione e di consultazione in forza degli articoli da 2 a 4 di detta Direttiva a seconda della scelta dello Stato membro interessato».

(27) Cfr. Countouris, Koukiadaki 2017, secondo i quali tale impostazione «*confuses the idea of "floor of rights" as an "anti-social dumping" device with the idea of "ceiling of rights" as a "business cost unification" device*».

(28) Markakis 2017, che parla di «giudizio molto misurato».

(29) Come riporta Orlandini 2017, 75.

Non v'è dubbio, in effetti, che – discostandosi dai suggerimenti provenienti dall'Avv. Gen., secondo il quale qualsiasi autorità «terza» non può avere titolo a «sostituirsi alle decisioni commerciali adottate, in ultima analisi, dall'impresa datrice di lavoro» (30) – la Corte abbia assunto un atteggiamento meno perentorio e in qualche modo interlocutorio: il controllo «terzo» sui licenziamenti viene infatti in linea di principio ammesso (31), anche se, come detto, sulla base di criteri diversi da quelli stabiliti dalla legge del 1983. Pur se nascosta dietro la formula consueta dello «spetta al giudice del rinvio verificare», si tratta in buona sostanza di una sorta di «sentenza-monito» il cui destinatario, invero, più che il giudice nazionale, è il legislatore greco.

Orbene, secondo la prospettiva «indulgente» verso gli esiti della sentenza *Iraklis*, un tale invito al legislatore nazionale ad attivarsi per rimuovere l'accertata incompatibilità della normativa del 1983 con i principi del mercato interno potrebbe essere considerata politicamente apprezzabile, vista l'apparente deferenza mostrata dalla Corte nei confronti delle autonome scelte del legislatore nazionale. Tuttavia, sarebbe davvero ipocrita far finta di non sapere che il legislatore greco – destinatario dell'apparentemente cortese invito della Corte a individuare i criteri «oggettivi» che più gli aggradano – è in realtà notoriamente soggetto alle fortissime pressioni provenienti dalla ex Troika, la quale nel 2015 è stata esplicita nel ricomprendere la riforma dei licenziamenti collettivi tra le condizioni da rispettare per l'ottenimento degli aiuti finanziari. Proprio la «saldatura» tra il monito della Corte e il diktat della Troika (32) rischia dunque di sottrarre al legislatore greco ogni realistico margine di manovra nella formulazione della nuova disciplina sui licenziamenti collettivi. L'apparente deferenza e la supposta prudenza politica della Corte si traducono quindi in un sostanziale disinteresse verso la condizione degli Stati membri destinatari di aiuti «condizionati», non dissimile, *mutatis mutandis*, dalla dichiarazione di «manifesta incompetenza» con la quale la Corte ha declinato la propria giurisdizione sulle questioni poste dal giudice portoghese, che lamentava la contrarietà ai diritti fondamentali della legislazione interna adottata dal Portogallo come condizione per l'ottenimento degli aiuti finanziari (33): in entrambi i casi, dietro la deferenza (caso *Iraklis*) e la mancanza di competenza (casi portoghesi), la Corte ha sostanzialmente affidato la sorte della legislazione sociale dei paesi più deboli nelle mani della Troika. Il che, se proprio si deve valutare l'operato della Corte con i canoni della prudenza politica, non costituisce per la verità un operato così apprezzabile.

(30) Punto 70 delle Conclusioni.

(31) Punto 83 della sentenza.

(32) Disconosciuto dalla Corte ma ben presente nelle Conclusioni dell'Avv. Gen. (vd. punto 80 delle Conclusioni, nelle quali vengono testualmente richiamate le condizioni imposte alla Grecia per l'accesso al piano di aiuti).

(33) C. Giust. 7.3.2013, C-128/12, *Sindicatos dos Bancários do Norte e altri c. Bpm*; e C. Giust. 26.6.2014, C-264/12, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins c. Fidelidade Mundial Companhia de Seguros*. In quelle occasioni, la Corte ha rifiutato di pronunciarsi, sostenendo che le draconiane leggi di riforma adottate dal Portogallo sulla scorta delle «condizionalità» poste dalla Troika non avessero nulla a che vedere con il diritto comunitario. Sulla incerta qualificazione degli atti adottati dalle istituzioni deputate a gestire gli aiuti finanziari, vd. Kilpatrick (2014).

In ogni caso, tali considerazioni non devono distogliere l'attenzione dal vero punto nodale della sentenza in commento. Al di là del piano della prudenza istituzionale e delle stesse questioni attinenti al merito (è ragionevole in un contesto come quello greco mantenere una legge certamente restrittiva risalente al 1983? «Conviene» scoraggiare investimenti esteri che potrebbero rianimare il tessuto economico-produttivo greco?), è sul piano giuridico-istituzionale della configurazione dei rapporti tra diritto dell'Unione e Stati membri che la sentenza *Iraklis* si presta alle critiche maggiori, soprattutto con riferimento al ruolo assunto dalla Corte nella progressiva ridefinizione dei principi che sovrintendono al progetto di integrazione europea così come essi risultano tuttora scolpiti nei vigenti Trattati.

Non si può fare a meno di notare, peraltro, come l'integralismo dei valori della libertà di impresa quale limite delle sovranità nazionali risulti singolarmente praticato dalla Corte proprio allorquando si tratti di valutare le «ingerenze» connesse alla tutela del lavoro, mentre altre ingerenze sono in genere ammesse. In uno dei pochi altri casi in cui la Corte ha applicato l'art. 16 sulla libertà di impresa, essa – chiamata a valutare se gli obblighi di etichettatura dei prodotti dovessero considerarsi indebite violazioni della suddetta libertà – ha dichiarato infatti che la restrizione è pienamente giustificata (34). Si ripete insomma con l'art. 16 della Carta quanto già verificatosi con le libertà economiche riconosciute dai Trattati: qualche anno fa, la Corte ha chiarito che la libertà di espressione (*Schmidberger*), la dignità umana (*Omega*) e la tutela dei minori (*Dynamic Medien*) possono legittimamente ostacolare le libertà fondamentali (35); il diritto di sciopero (*Viking*), la tutela dei lavoratori distaccati (*Laval*) e la promozione della contrattazione collettiva (*Rüffert*) invece no. Oggi, la Corte sembra più o meno consapevolmente ripercorrere il medesimo schema: gli obblighi di etichettatura possono ostacolare la libertà di impresa (*Lidl*); la disciplina dei licenziamenti (*Aget Iraklis*) invece no. Ce n'è abbastanza per decretare una sorta di «minorità» dei diritti sociali nei confronti di altre limitazioni delle libertà economiche: il che rischia di assomigliare molto da vicino a una preclusione che non si saprebbe come definire se non ideologica.

Attraverso l'espansione della nozione di ostacolo a qualsiasi disciplina nazionale di tutela sociale, l'assolutizzazione della libertà di impresa come diritto fondamentale che non tollera «ingerenze» connesse alla tutela del lavoro, e la riduzione del diritto secondario dell'Unione al ruolo di standard non modificabile, la Corte di Giustizia ha dunque sostanzialmente compiuto un altro passo, *il penultimo*, verso la definitiva sottrazione agli Stati membri di ogni margine di intervento in materia giuslavoristica. L'*ultimo* passo non potrà che essere costituito dall'estendere la configurazione del diritto del lavoro come ostacolo oltre il piano delle controversie caratterizzate da elementi di sovranazionalità per investire anche l'ambito delle situazioni meramente interne. Da questo punto di vista, la scelta di «supportare» la lettura dell'art. 49 TfUE con l'art. 16 della Carta rischia di andare ben al di là di una mera evocazione «di stile» per decretare invece la quasi compiuta realizzazione di un progetto di integrazione ormai avviato a esiti affatto diversi da quelli prefigurati dai padri fondatori.

(34) C. Giust. 30.6.2016, C-134/15, *Lidl GmbH & Co. KG c. Freistaat Sachsen*.

(35) Rispettivamente: C. Giust. 12.6.2003, C-112/00; 14.10.2004, C-36/02, e 14.2.2008, C-244/06.

Riferimenti bibliografici

- Countouris N., Koukiadaki A. (2017), *Greek Glass Half-Full: The CJEU And Europe's «Highly Competitive Social Market» Economy*, in *Social Europe*, in www.socialeurope.eu.
- Giubboni S. (2016), *Libertà d'impresa e diritto del lavoro nell'Unione europea*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 88 ss.
- Kilpatrick C. (2014), *Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge Because They Are Not EU Law?*, in *European Constitutional Law Review*, n. 3, 393 ss.
- Kostoris Padoa Schioppa F. (2007), *Dominant losers: a comment on the services directive from an economic perspective*, in *Journal of European Public Policy*, n. 5, 735 ss.
- Lo Faro A. (2010), *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1, 46 ss.
- Markakis N. (2017), *Case C-201/15 Aget Iraklis: Can governments control mass layoffs by employers? Economic freedoms vs labour rights*, in *EU Law Analysis*, in www.eu-lawanalysis.blogspot.it.
- Orlandini G. (2013), *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Franco Angeli, Milano.
- Orlandini G. (2017), *Libertà di stabilimento versus diritto al lavoro: ancora un bilanciamento «sbilanciato» tra libertà economiche e diritti dei lavoratori*, di prossima pubblicazione in *DLRI*.
- Pedrazzoli M. (2014), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizione e confronti*, Franco Angeli, Milano.
- Reich N. (2008), *Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union. The Laval and Viking Cases before the European Court of Justice*, in *German Law Journal*, n. 9, 125 ss.

Antonio Lo Faro
Professore ordinario di Diritto del lavoro
presso l'Università di Catania

[CORTE DI GIUSTIZIA, 14.9.2016, C-184/15 e C-197/15, Decima Sezione](#)

– Avv. Gen. Sharpston – Martínez Andrés c. Servicio Vasco de Salud (C-184/15) e Castrejana López c. Ayuntamiento de Vitoria (C-197/15).

Contratto a termine – Clausola 5 dell’Accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato – Utilizzo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato nel pubblico impiego – Mancanza di misure antiabusive e sanzionatorie – Equivalenza con contratti a tempo determinato alle dipendenze di privati – Riqualificazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Contratto a termine – Clausola 8 dell’Accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato – Abuso nella successione dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego – Tutela giurisdizionale – Principio di effettività.

La clausola 5, paragrafo 1, dell’Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, siglato il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce, deve essere interpretata nel senso che osta a che una normativa nazionale, quale quella di cui ai procedimenti principali, sia applicata dai giudici nazionali dello Stato membro interessato in modo che, in caso di utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, il diritto alla conservazione del rapporto di lavoro è accordato alle persone assunte dall’amministrazione mediante un contratto di lavoro soggetto a normativa del lavoro di natura privatistica, ma non è riconosciuto, in generale, al personale assunto da tale amministrazione in regime di diritto pubblico, a meno che non esista un’altra misura efficace nell’ordinamento giuridico nazionale per sanzionare tali abusi nei confronti dei lavoratori: circostanza che spetta al giudice nazionale verificare. (1)

Le disposizioni dell’Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato che figura in allegato alla Direttiva n. 1999/70, lette in combinato disposto con il principio di effettività, devono essere interpretate nel senso che esse ostano a norme processuali nazionali che obbligano il lavoratore a tempo determinato a intentare una nuova azione per la determinazione della sanzione adeguata, quando un’autorità giudiziaria abbia accertato un ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato, in quanto ciò comporterebbe per tale lavoratore inconvenienti processuali, in termini, segnatamente, di costo, durata e regole di rappresentanza, tali da rendere eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti che gli sono conferiti dall’ordinamento giuridico dell’Unione. (2)

(1-2) LA CORTE DI GIUSTIZIA SULLA RIQUALIFICAZIONE
DEL PRECARIATO PUBBLICO SPAGNOLO

SOMMARIO: 1. Le tre «contestuali» sentenze della Corte di Giustizia sul precariato pubblico spagnolo. — 2. La disciplina spagnola dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego. — 3. La sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López* della Corte di Giustizia: i fatti processuali. — 4. La sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López* della Corte di Giustizia e l'equiparazione sanzionatoria tra lavoro pubblico e impiego privato. — 5. La sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López* e il principio di effettività della tutela a garanzia del giusto processo.

1. — *Le tre «contestuali» sentenze della Corte di Giustizia sul precariato pubblico spagnolo* — Dopo la sentenza n. 260/2015 (1) sui precari pubblici delle Fondazioni lirico-musicali e dopo la sentenza n. 187/2016 (2) (e le contestuali ordinanze n. 194 e n. 195 del 2016) sul reclutamento scolastico e sui docenti precari dei Conservatori di musica della Corte costituzionale, con cui il giudice delle leggi aveva recepito come *ius superveniens* nell'ordinamento italiano la sentenza *Mascolo* (3) del Collegio di Lussemburgo, tre sentenze della Corte di Giustizia del 14 settembre 2016 sul precariato pubblico spagnolo nelle cause *de Diego Porras* (4), *Martínez Andrés e Castrejana López* (5), *Pérez López* (6) hanno arricchito il già vastissimo panorama giurisprudenziale dell'interpretazione della Direttiva n. 1999/70/Ce da parte della Corte europea.

La Corte di Giustizia aveva già risposto ai giudici spagnoli con l'ordinanza *León Medialdea* (7) (vd. *infra*) sulla natura del «contratto a tempo indeterminato non permanente», in cui aveva espresso – sulla incompatibilità comunitaria nei confronti dello Stato iberico dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego «simulati» da rapporti a tempo indeterminato «temporanei» – la stessa censura espressa nei

(1) C. cost. 11.12.2015, n. 260, su cui cfr.: de Martino 2016, 599 ss.; De Michele 2016, 151 ss.; Menghini 2016, 164 ss.; Perrino 2016, 1.

(2) C. cost. 20.7.2016, n. 187/2016, nn. 194/2016 e 195/2016, ord. Sulla sentenza n. 187/2016 vd.: De Michele, Galleano 2016; Franza 2016, 615 ss.; Miscione 2016b, 745 ss.; Nunin 2016, 886 ss.; Paolitto 2016, 4 ss.; Putaturo Donati 2016, 603 ss.

(3) C. Giust. 26.11.2014, C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-418/13 *Mascolo, Forni, Racca, Napolitano e altri c. Miur*, nonché C-63/13 *Russo c. Comune di Napoli*, ECLI:EU:C:2014:2401; su cui cfr.: Aimo 2015; Calafà 2015, 336 ss.; Coppola 2015; De Luca 2014, 499 ss.; De Michele 2015, 13 ss.; Ghera 2015, 158 ss.; Galleano 2015; Irmici 2015, 177 ss.; Menghini 2015, 343 ss.; Miscione 2015; Nunin 2015, 146 ss.; Perrino 2014, 93 ss.; Pinto 2015, 915 ss.; Santoro Passarelli 2015, 189 ss.; Zampieri 2015, 213 ss.

(4) C. Giust. 14.9.2016, C-596/14 *de Diego Porras c. Ministerio de Defensa*, ECLI:EU:C:2016:683.

(5) C. Giust. 14.9.2016, C-184/15 e C-197/15 *Martínez Andrés c. Servicio Vasco de Salud e Juan Carlos Castrejana López contro Ayuntamiento de Vitoria*, ECLI:EU:C:2016:680. Le questioni pregiudiziali sono state sollevate dal Tribunale superiore di giustizia dei Paesi Baschi. La causa pregiudiziale è durata 15 mesi, nonostante non vi sia stata trattazione orale e nonostante l'Avvocato Generale Sharpston non abbia depositato conclusioni scritte.

(6) C. Giust. 14.9.2016, C-16/15 *Maria Elena Pérez López c. Servicio Madrileño de Salud (Comunidad de Madrid)*, ECLI:EU:C:2016:679.

(7) C. Giust. 11.12.2014, ord., C-86/14 *Marta León Medialdea c. Ayuntamiento de Huétor Vega*, ECLI:EU:C:2014:2447.

confronti dello Stato italiano nella sentenza *Mascolo* di inadempimento alla Direttiva n. 1999/70/Ce per i supplenti della scuola pubblica. Poteva, dunque, decidere con ordinanza e non con sentenza, ai sensi dell'art. 99 del Regolamento di procedura della Corte.

Tuttavia, la sentenza n. 187/2016 della Corte costituzionale italiana, che ha superato, con il riconoscimento del diritto alla stabilità lavorativa in caso di abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato nel pubblico impiego, le criticità interpretative causate dalla precedente decisione *Marrosu e Sardino* (8) della Corte di Giustizia sul risarcimento del danno «per equivalente», rappresentava un'occasione straordinaria per tentare di bloccare la continua produzione di istanze pregiudiziali Ue sulla Direttiva n. 1999/70/Ce, attraverso l'equiparazione sanzionatoria tra lavoro pubblico e privato nel caso di abusivo ricorso alla successione di contratti a termine.

La Corte Ue non si è lasciata sfuggire quest'occasione.

2. — *La disciplina spagnola dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego* — Prima del recepimento della Direttiva n. 1999/70/Ce, il legislatore spagnolo non prevedeva la successione di contratti a termine quale potenziale strumento in frode alla legge, essendo lecito qualsiasi contratto a termine con una giustificazione causale, legittimando anche la giurisprudenza la cd. «catena contrattuale» infinita (9). È la stessa situazione di possibile «frode oggettiva» che è stata esaminata dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Kücük* (10).

Il legislatore spagnolo ha recepito tempestivamente la Direttiva n. 1999/70/Ce con la *Ley* del 9 luglio 2001, n. 12, modificando l'art. 15 della *Ley del Estatuto de los Trabajadores* (di seguito, ET) approvato dal regio decreto legislativo n. 1/1995) senza stravolgerne l'assetto originario, fondato sul principio di causalità temporanea e tipizzata (con ipotesi non integrabili neanche dalla contrattazione collettiva) sin dal primo contratto a tempo determinato, senza però nessuna specifica previsione di sanzioni in caso di pluralità di «contratti successivi», anche senza soluzione di continuità (11).

Conformemente all'art. 15, par. 1, ET, il contratto di lavoro può essere a tempo indeterminato o a tempo determinato.

Ai sensi dell'art. 15, par. 3, dello Statuto dei lavoratori, «i contratti a tempo determinato conclusi in violazione della legge sono da ritenersi stipulati a tempo indeterminato».

Questa disciplina, però, si applica soltanto ai contratti di lavoro subordinato stipulati dalle pubbliche amministrazioni in regime di diritto privato, di competenza del giudice specializzato del lavoro, mentre per quelli in regime di diritto pubblico, di competenza della Sezione specializzata in diritto amministrativo, manca nella legisla-

(8) C. Giust. 7.9.2006, C-54/04 *Marrosu-Sardino* e C-180/04 *Sardino c. Azienda Ospedaliera S. Martino di Genova*, ECLI:EU:C:2006:517 ed ECLI:EU:C:2006:518.

(9) Cfr. (in www.westlaw.com) Ssts 10 novembre 1994 (RJ 1994/8604), 4 luglio 1994 (RJ 1994/6332); Ssts 29 dicembre 1995 (RJ 9847/1995). In dottrina, vd.: Ojeda Aviles 2010, 55 ss.; Valdés Dal-Ré 2010, 273 ss.

(10) C. Giust. 26.1.2012, C-586/10 *Bianca Küçük c. Land Nordrhein-Westfalen*, ECLI:EU:C:2012:39.

(11) Per un'esauritiva ricostruzione della normativa spagnola in materia di contratto a tempo determinato nella comparazione con l'ordinamento italiano si rimanda a Olivieri 2013, 285 ss.

zione spagnola un'espressa previsione che vieti, in caso di violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le pubbliche amministrazioni, così come l'ordinamento spagnolo non prevede alcun risarcimento danni in caso di illegittimo ricorso ai contratti strutturali da parte dei datori di lavoro pubblici (12).

Tale vuoto legislativo in merito ai riflessi sanzionatori in caso di abuso dei contratti a termine successivi in regime di diritto pubblico è stato colmato, molto parzialmente, dalla giurisprudenza della Cassazione spagnola.

Il *Tribunal Supremo* – Sezione lavoro (13) – ha distinto, infatti, due categorie di lavoratori pubblici «stabili»: quelli con posto fisso (*indefinido fijo de plantilla* o di «ruolo a tempo indeterminato») assunti a seguito di un concorso pubblico e quelli a «tempo indefinito» (*indefinido no fijo de plantilla* o di «ruolo a tempo determinato») il cui posto di lavoro «stabilmente precario» deriva non dal superamento di una selezione pubblica, ma da una sanzione nei confronti della pubblica amministrazione quale conseguenza dell'illegittimità del vincolo contrattuale (14). In questo caso, il lavoratore continuerà a svolgere l'attività lavorativa originaria finché non sarà terminato il procedimento per la copertura di quel posto in organico che, in sede concorsuale, nella prevalenza dei casi gli verrà assegnato.

Con la 15^a disposizione aggiuntiva allo Statuto dei lavoratori (15), che si applica nei confronti delle pubbliche amministrazioni e degli organismi pubblici a esse collegati o dalle stesse dipendenti, nel 2010 il legislatore spagnolo ha riprodotto sul piano normativo la regolamentazione «privatistica» di origine giurisprudenziale del contratto a tempo indeterminato non permanente inventato dal Tribunale Supremo, assoggettato, come si è visto, a un regime di sostanziale libera recedibilità, con automatica estinzione definitiva del rapporto di lavoro in caso di procedura concorsuale.

Con la *reforma laboral* del 2010 (d.l. n. 10/2010), in tema di successione di contratti a termine l'art. 15, comma 5, ET, che si applicava originariamente soltanto al lavoro privato prima dell'estensione al lavoro pubblico con la 15^a disposizione aggiuntiva allo Statuto dei lavoratori, è stato modificato, prevedendo che in caso di svolgimento di qualsiasi mansione il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato se ha superato ventiquattro mesi in un periodo di riferimento pari a trenta mesi (dalla stipulazione del primo contratto). Inoltre, in riferimento al contratto di «opera o servizio», il legislatore ha previsto una durata massima di tre anni, prorogabile per dodici mesi dalla contrattazione collettiva, trascorsi i quali il lavoratore ottiene il diritto alla riqualificazione del rapporto a tempo indeterminato.

In conclusione, in Spagna, dunque, continua a non esserci una norma che vieti espressamente, in caso di violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato.

(12) Per un'esauritiva ricostruzione della giurisprudenza nell'ordinamento spagnolo in materia di contratto a tempo determinato alle dipendenze di pubbliche amministrazioni si rimanda a Olivieri 2012, 769 ss.

(13) La prima sentenza sul punto è del 7 ottobre 1996 (AR 7492).

(14) Sempre Sts 7 ottobre 1996, cit.

(15) La 15^a disposizione aggiuntiva allo Statuto dei lavoratori è stata introdotta dall'art. 1, comma 6, *Ley* 17 settembre 2010, n. 35, contenente misure urgenti per la riforma del mercato del lavoro, ed è riprodotta al punto 13 della sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López*.

nato con le pubbliche amministrazioni per i contratti a tempo determinato in regime di diritto pubblico (cioè «temporanei non di ruolo» e «occasional»), né è previsto alcun risarcimento danni in caso di illegittimo ricorso ai contratti strutturali nella pubblica amministrazione.

L'unica possibilità di tutela effettiva al precario pubblico spagnolo in regime «di diritto pubblico», ai fini dell'equiparazione delle condizioni di lavoro con il lavoratore a tempo determinato in regime di diritto privato, sembrerebbe garantita dal sistema di giustizia costituzionale nazionale, che si caratterizza per la presenza del ricorso di *amparo* costituzionale: si tratta di un ricorso individuale diretto, che permette al cittadino – in determinate circostanze e situazioni, ai sensi dell'art. 96 Cost. – di adire direttamente il giudice costituzionale (16).

3. — *La sentenza Martínez Andrés e Castrejana López della Corte di Giustizia: i fatti processuali* — La più importante decisione del trittico del 14 settembre 2016 della Corte di Giustizia è sicuramente la sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López*.

È necessario partire dai «fatti processuali» esaminati dalla Corte di Giustizia relativamente alle due fattispecie di lavoro precario pubblico deliberate nei due giudizi principali riuniti dalla Corte in sede pregiudiziale: la prima concernente contratti successivi a tempo determinato nella sanità pubblica; la seconda l'abusivo ricorso a contratti a tempo determinato nelle amministrazioni locali.

Nella causa C-184/15, la sig.ra Martínez Andrés, assunta a decorrere dal 1° febbraio 2010 dal *Servicio Vasco de Salud* (organismo incaricato della gestione del servizio sanitario pubblico nei Paesi Baschi, Spagna) come «assistente amministrativa» tra il personale reclutato occasionalmente in regime di diritto pubblico a tempo determinato, ha impugnato la cessazione definitiva del contratto a tempo determinato di tipo «occasionale» durato 32 mesi e ha chiesto alla giustizia amministrativa l'applicazione della sanzione prevista per i lavoratori in regime di diritto privato dall'art. 15, par. 5, ET (Statuto dei lavoratori spagnolo), cioè la trasformazione in contratto a tempo indeterminato «permanente» («lavoratori permanenti») al superamento dei 24 mesi di servizio anche non continuativo nell'arco di trenta mesi; oppure, in subordine, di riconoscere lo status di lavoratore a tempo determinato «*ad interim*» (che equivale al «contratto a tempo indeterminato non permanente» inventato dal Tribunale Supremo), previsto dall'art. 9, par. 3, dello Statuto quadro del personale di ruolo dei servizi sanitari.

Nella causa C-197/15, il sig. Castrejana López ha impugnato davanti alla giustizia amministrativa la risoluzione definitiva del rapporto di lavoro a tempo determinato con il Comune di Vittoria, durato ininterrottamente dal 1° dicembre 1995 al 31 dicembre 2012 per prestare servizi in qualità di architetto prima con rapporto di natura privatistica, poi con contratto di «diritto pubblico» per esigenze «occasional».

Il Tribunale superiore di giustizia dei Paesi Baschi, giudice del rinvio, ha sottolineato in tutte e due le cause pregiudiziali l'esistenza di un utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato, ma anche l'incertezza delle conseguenze sanzionatorie previste dalla normativa interna e dalla giurisprudenza del Tribunale Supremo, soprattutto nell'elaborazione da parte della Sezione lavoro del Tribunale Supremo della nozione

(16) Sul ricorso *amparo* alla Corte costituzionale spagnola vd. Nasi 2013.

di «lavoratori a tempo indeterminato non permanenti» per i casi di contratti a tempo determinato conclusi in violazione della legge da parte delle pubbliche amministrazioni. Secondo il giudice spagnolo la durata indeterminata del contratto comporterebbe che quest'ultimo non sia soggetto a un termine, anche se, sottolinea il giudice del rinvio, un tale lavoratore potrebbe acquisire un posto permanente solo dopo aver superato il procedimento di selezione conformemente alle normative per la selezione del personale permanente presso le pubbliche amministrazioni, e quindi esisterebbe un motivo lecito di estinzione del contratto di lavoro non permanente quando la procedura di selezione o di soppressione del suddetto posto termina regolarmente.

Pertanto, il giudice del rinvio ha sollevato la questione della compatibilità con la Direttiva n. 1999/70/Ce di una normativa nazionale, o, meglio, di una prassi dei giudici nazionali, che non riconosce né al personale reclutato occasionalmente in regime di diritto pubblico a tempo determinato né ai dipendenti pubblici non di ruolo il diritto alla conservazione del rapporto di lavoro, quando tale diritto è invece riconosciuto ai lavoratori a tempo indeterminato non permanenti (punto 28).

In particolare, il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di Giustizia se, rispetto al principio di equivalenza, le prestazioni di servizio rese da diverse categorie di personale (a tempo indeterminato non permanente «*ad interim*», occasionale o temporaneo per ragioni sostitutive) siano equiparabili ai fini dell'applicazione della clausola 5, paragrafo 1, dell'Accordo quadro, o se esistano delle differenze tra queste, quali la natura privatistica del rapporto in un caso e la natura pubblicistica nell'altro, o principi, quali il potere dell'amministrazione di autoorganizzarsi, che permettano di ritenere che non si tratti di situazioni analoghe e tali da giustificare quindi una differenza degli effetti derivanti dall'accertamento di un utilizzo irregolare dei contratti a tempo determinato da parte dell'amministrazione (punto 30).

Inoltre, il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte europea se, in virtù del principio di effettività, la sanzione adeguata debba essere determinata nell'ambito del procedimento principale o se tale principio non osti al rinvio delle parti a un nuovo procedimento amministrativo (punto 31).

4. — *La sentenza Martínez Andrés e Castrejana López della Corte di Giustizia e l'equiparazione sanzionatoria tra lavoro pubblico e impiego privato* — La Corte di Giustizia ha risposto ai quesiti del giudice del rinvio con conclusioni che non danno adito a dubbi interpretativi, citando tutte le pertinenti sentenze nei casi «italiani», *Marrosu-Sardino* (5 volte), *Vassallo* (7 volte), *Fiamingo* (17) (8 volte) e *Mascolo* (2 volte), ma anche le più importanti decisioni della Corte di Giustizia nei casi greci con le sentenze *Adeneler* (18) (5 volte) e *Angelidaki* (19) (10 volte), oltre all'ordinanza *León Medialdea* sul contratto a tempo indeterminato non permanente spagnolo (5 volte), di cui il giudice del rinvio aveva ignorato l'esistenza.

(17) C. Giust. 3.7.2014, C-362/13, C-363/13 e C-407/13, *Fiamingo e altri c. Rete ferroviaria italiana*, ECLI:EU:C:2014:2044.

(18) C. Giust. 4.7.2006, C-212/04, *Konstantinos Adeneler e al. c. Ellinikos Organismos Galaktos (Elog)*, ECLI:EU:C:2006:443.

(19) C. Giust. 23.4.2009, da C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki e al. c. Organismos Nomarchiakís Autodioikís Rethymnis*.

Nella sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López* la Corte di Giustizia utilizza come *tertium comparationis* per l'equiparazione sanzionatoria (che comporta la reintegrazione nel posto di lavoro), al fine di individuare una misura equivalente ed energica per punire l'abusivo ricorso a contratti a tempo determinato «occasional» di «diritto pubblico», la categoria di lavoratori a tempo indeterminato non permanente di «diritto privato», che nell'ordinanza *León Medialdea* aveva riqualificato in contratti a tempo determinato di «diritto privato/pubblico» da equiparare, ai fini delle condizioni di impiego, o ai contratti a tempo indeterminato permanente di diritto privato o ai contratti di ruolo di diritto pubblico.

Infatti, per la Corte europea il giudice del rinvio ha chiesto, con la prima e la seconda questione esaminate congiuntamente, in sostanza, se la clausola 5, paragrafo 1, dell'Accordo quadro debba essere interpretata nel senso che osta a che una normativa nazionale, quale quella di cui ai procedimenti principali, sia applicata dai giudici nazionali dello Stato membro interessato in modo che, in caso di utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, un diritto alla conservazione del rapporto di lavoro sia accordato alle persone assunte dall'amministrazione mediante un contratto di lavoro soggetto alle norme di diritto del lavoro, ma non sia riconosciuto, in generale, al personale assunto da tale amministrazione con contratto di diritto pubblico (punto 34).

Sotto il profilo sanzionatorio, la Corte ha ribadito il costante orientamento sull'autonomia procedurale degli Stati membri in merito all'individuazione della misura adeguata a rimuovere le conseguenze dell'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato, e, citando le sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo* (le uniche che si sono pronunciate sulla questione), ha riaffermato che la clausola 5 dell'Accordo quadro non osta, in quanto tale, a che uno Stato membro riservi un destino differente al ricorso abusivo a contratti o a rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione a seconda che tali contratti siano stati conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato o con un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico (punto 40).

Tuttavia, come già ampiamente precisato sia nei casi «italiani» *Marrosu-Sardino* e *Vassallo* sia nelle (più importanti e sistematiche) sentenze «greche» *Adeneler* e *Angelidaki*, nella decisione *Martínez Andrés e Castrejana López* la Corte di Giustizia è costretta a puntualizzare che, affinché una normativa che vieta in modo assoluto, nel settore pubblico, la conversione in un contratto di lavoro a tempo indeterminato di contratti di lavoro a tempo determinato successivi possa essere considerata conforme all'accordo quadro, l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato deve prevedere, in tale settore, un'altra misura effettiva per evitare e, eventualmente, sanzionare, l'utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi (punto 41).

In conseguenza, se spetta al giudice del rinvio valutare in quale misura le condizioni di applicazione nonché l'attuazione effettiva delle disposizioni pertinenti del diritto interno ne fanno una misura adeguata per prevenire e, eventualmente, sanzionare l'utilizzo abusivo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato (punto 43), la Corte di Lussemburgo, ancora una volta, si riserva la facoltà, che esercita nella fattispecie di fronte alla confusione dei giudici spagnoli (e italiani), di fornire in sede di rinvio pregiudiziale precisazioni dirette a guidare il giudice del rinvio nella sua valutazione (punto 44) sul carattere adeguato e sufficientemente effettivo delle misure previste dal diritto nazionale per sanzionare gli abusi accertati (punto 45).

Le stesse indicazioni erano state già fornite ai giudici italiani, invano, con l'ordinanza *Affatato* (20) (ivi al punto 48) e con la sentenza *Mascolo* (ivi al punto 55) per l'idoneità sanzionatoria della trasformazione a tempo indeterminato dei rapporti successivi che hanno superato i 36 mesi di servizio anche non continuativi alle dipendenze dello stesso datore di lavoro (anche) pubblico, ai sensi dell'art. 5, comma 4-bis, d.lgs. n. 368/2001.

La Corte di Giustizia ha evidenziato che il giudice del rinvio ritiene che esista una misura efficace contro l'abuso derivante dall'utilizzo di una successione di contratti a tempo determinato per quanto riguarda i lavoratori soggetti alle norme di diritto comune del lavoro, in quanto la giurisprudenza del *Tribunal Supremo* (Corte Suprema) ha enunciato la nozione di «lavoratore a tempo indeterminato non permanente», con tutte le conseguenze che ne derivano nel diritto nazionale e, segnatamente, il diritto del lavoratore alla conservazione del suo posto di lavoro (punto 46).

Tuttavia, tale nozione di lavoratore a tempo indeterminato non permanente non è applicabile al personale assunto dalle pubbliche amministrazioni in base a disposizioni di diritto pubblico, con la conseguenza che non esisterebbe alcuna misura effettiva per evitare e, eventualmente, sanzionare l'utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato nei confronti di tale personale (punto 47).

Quindi, per l'ordinamento spagnolo siamo in presenza della stessa situazione di inadempimento alla Direttiva n. 1999/70/Ce accertata nei confronti dello Stato italiano dalla sentenza *Mascolo* per quanto riguarda il precariato scolastico.

La Corte di Giustizia, infatti, conclude che, se il giudice del rinvio dovesse constatare l'inesistenza, nel diritto spagnolo, di una qualsiasi altra misura effettiva per evitare e sanzionare gli abusi nei confronti del personale assunto nelle amministrazioni in regime di diritto pubblico, una tale situazione sarebbe idonea a pregiudicare l'obiettivo e l'effetto utile dell'accordo quadro (punto 49): cioè saremmo in presenza di un inadempimento alla Direttiva n. 1999/70/Ce.

Ovviamente, la Corte di Giustizia non lascia il giudice nazionale spagnolo privo di strumenti e di poteri per rimuovere l'illecito comunitario, alla luce del principio di leale cooperazione tra istituzioni europee e Stati membri enunciato dall'art. 4 del Trattato dell'Unione europea, richiamato due volte nella sentenza in commento, e già applicato ai punti 59-61 della sentenza *Mascolo*.

Infatti, il dovere di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento dell'obbligo di leale cooperazione vale per tutti gli organi degli Stati membri Ue, ivi compresi, nell'ambito della loro competenza, quelli giurisdizionali (punto 50), e dunque spetta alle autorità giurisdizionali dello Stato membro interessato garantire il rispetto della clausola 5, n. 1, dell'Accordo quadro, vegliando che i lavoratori i quali abbiano subito un abuso in conseguenza dell'utilizzo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi non siano dissuasi dal far valere dinanzi alle autorità nazionali, ivi incluse quelle giurisdizionali, i diritti loro conferiti dalla normativa nazionale nell'ambito dell'attuazione di tutte le misure preventive di cui alla clausola 5, n. 1, dell'Accordo quadro, nella speranza di continuare a lavorare nel settore pubblico (punto 51).

In particolare, secondo la Corte europea, il giudice nazionale adito deve accertarsi

(20) C. Giust. 1.10.2010, ord., C-3/10, *Affatato c. Asl Cosenza*.

che tutti i lavoratori assunti «a tempo determinato» ai sensi della clausola 3, n. 1, dell'Accordo quadro possano vedere applicate, nei confronti dei rispettivi datori di lavoro, le sanzioni previste dalla normativa nazionale qualora abbiano subito un abuso in conseguenza dell'utilizzo di contratti successivi, e ciò indipendentemente dalla qualificazione del loro contratto secondo il diritto interno (punto 52).

Pertanto, secondo la Corte di Giustizia, poiché nei procedimenti principali non esiste nei confronti del personale assunto nelle amministrazioni in regime di diritto pubblico nessun'altra misura equivalente ed efficace di tutela, l'equiparazione di tale personale a tempo determinato a «lavoratori a tempo indeterminato non permanenti», conformemente alla giurisprudenza nazionale esistente, potrebbe costituire una misura idonea a sanzionare l'utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato e a eliminare le conseguenze della violazione delle disposizioni dell'accordo quadro, come già precisato al punto 170 della sentenza *Angelidaki* per la sanzione della conversione dei contratti di lavoro a tempo determinato in contratti di lavoro a tempo indeterminato, ai sensi dell'art. 8, n. 3, della l. n. 2112/1920 sul lavoro privato in Grecia.

La Corte di Giustizia, prima nell'ordinanza *Papalia* (21) e poi nella sentenza *Mascolo* per i casi «italiani», e ora nella sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López* per il precariato pubblico spagnolo, ha superato la distinzione della sanzione tra il «settore pubblico» e il «settore privato», sfumando le differenze tra settori e, come aggiunge nella sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López*, tra categorie (di contratti a tempo determinato), nell'evidenza che la differenza di regolazione dei contratti a termine non può essere giustificata quando nel settore o nella categoria diversamente disciplinati manchi addirittura l'apparato sanzionatorio antiabusivo equivalente, cioè si sia in presenza di un inadempimento alla Direttiva n. 1999/70/Ce.

Quali riflessi può avere la sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López* sull'ordinamento giuridico italiano?

L'orientamento della Cassazione appare, allo stato, graniticamente orientato a negare ogni tutela effettiva della stabilizzazione dei rapporti di lavoro, perché la Suprema Corte, con la sentenza n. 5072/2016 (22) delle Sezioni Unite, si è ostinata a non dare «priorità» applicativa alla normativa di recepimento della Direttiva n. 1999/70/Ce – disciplina a copertura costituzionale «rafforzata» dall'art. 117, comma 1, Cost. – inventando il cd. «danno comunitario» in caso di abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato nel pubblico impiego sia per la mancanza di ragioni oggettive in violazione dell'art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001, sia per la violazione della normativa sulla successione dei contratti nelle diverse ipotesi dell'art. 5, commi 2, 3, 4 e 4-bis, d.lgs. n. 368/2001, senza diritto alla conversione a tempo indeterminato (a differenza del lavoro privato), ma applicando soltanto l'indennizzo previsto dall'abrogato art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010.

(21) C. Giust. 12.12.2013, ord., C-50/13, *Papalia c. Comune di Aosta*, in *FI*, 2014, IV, 91, con nota di Perrino. Sull'ordinanza *Papalia* vd.: Ales 2014, 86 ss.; Cimino 2014, 1033 ss.; De Michele 2014, 241 ss.; Nunin 2014, 124 ss.

(22) Cass. 15.3.2016, n. 5072, S.U., in *MGL*, 2016, n. 8-9, 590-607, con nota adesiva di Vallebona e con condivisibile nota critica di Putaturo Donati; sulla sentenza n. 5072/2016 delle Sezioni Unite vd., in dottrina: Bolego 2017, 21 ss.; Chietera 2017, 5 ss.; Cordella 2016, 667 ss.; Coppola 2016; De Luca 2016; Fedele 2017, 31 ss.; Miscione 2016a, 329 ss.; Paolitto 2016; Siotto 2016, 258 ss.

La decisione delle Sezioni Unite, già consolidata da altre quattro sentenze contestuali (23) prive di motivazione con la tecnica del rimando «*per relationem*» a quella della «successiva» sentenza n. 5072/2016 (pubblicata il giorno dopo), ha assunto le forme dello *stare decisis* con decine di altre sentenze conformi della Sezione semplice della Suprema Corte (24) e centinaia di decisioni conformi dei giudici di merito.

Tuttavia, una parte della giurisprudenza di merito ha contestato l'orientamento nomofilattico della giurisprudenza di legittimità, proponendo due nuove questioni pregiudiziali Ue (25) e una «nuova» questione di legittimità costituzionale (26) dell'art. 36, commi 5, 5-ter e 5-quater, d.lgs. n. 165/2001, sul precariato pubblico sanitario che ha superato i 36 mesi. In particolare, il Tribunale di Foggia, nell'ordinanza di rinvio costituzionale, cita espressamente la sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López* della Corte di Giustizia e l'equiparazione sanzionatoria tra lavoro pubblico e privato per sostenere i dubbi di legittimità della normativa interna ostativa a ogni tutela effettiva contro l'abusivo ricorso ai contratti a termine nel settore sanitario.

La pendenza della doppia pregiudiziale comunitaria e costituzionale sul precariato pubblico mette, evidentemente, in discussione l'intero impianto interpretativo della sentenza n. 5072/2016 delle Sezioni Unite come soluzione «di sistema» dell'effettività della sanzione nei confronti di tutti i precari pubblici, come viene evidenziato dalla Commissione Ue nelle osservazioni scritte depositate il 3 gennaio 2017 nel giudizio incidentale proposto dal Tribunale di Trapani con l'ordinanza del 5 settembre 2016: l'istituzione europea, con argomentazioni puntuali e inconsuete rispetto alle posizioni, più morbide nei confronti dello Stato italiano, assunte in precedenti cause pregiudiziali sul precariato pubblico italiano, ha censurato la soluzione della Cassazione, ritenendola in contrasto con i principi di equivalenza e di adeguatezza della sanzione antiabusiva individuati nell'ordinanza *Papalia* e ribaditi nella sentenza *Mascolo*.

5. — *La sentenza Martínez Andrés e Castrejana López e il principio di effettività della tutela a garanzia del giusto processo* — La sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López*, infine, si caratterizza per la dura censura nei confronti della Spagna rispetto alle gravi difficoltà di trovare tutela effettiva nell'ordinamento interno per i lavoratori pubblici che hanno subito l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato.

In questo caso, condividendo le censure del Tribunale superiore amministrativo, la Corte di Giustizia ha affermato che le disposizioni dell'accordo quadro, lette in combinato disposto con il principio di effettività, devono essere interpretate nel senso che esse ostano a regole processuali nazionali che obbligano il lavoratore a tempo determinato a intentare una nuova azione ai fini della determinazione della sanzione adeguata quando sia stato accertato un ricorso abusivo a contratti di lavoro a tempo

(23) Cass. 14.3.2016, n. 4911, n. 4912, n. 4913 e n. 4914, S.U.

(24) Cass. sent. n. 14633/2016; ord. n. 6632/2017, n. 6631/2017, n. 2593/2017, n. 1872/2017, n. 1683/2017, n. 1681/2017, n. 25276/2016, n. 24169/2016, n. 24168/2016, n. 23944/2016, n. 23943/2016, n. 23942/2016, n. 22088/2016, n. 21943/2016, n. 21937/2016, n. 16360/2016, n. 16359/2016, n. 16358/2016, n. 16230/2016, n. 16229/2016, n. 16228/2016, n. 16227/2016, n. 16262/2016, n. 16100/2016, n. 16099/2016, n. 16098/2016, n. 16097/2016, n. 16096/2016, n. 16095/2016.

(25) T. Trapani 5.9.2016, C-494/16, *Santoro c. Comune di Monselice*, ord.

(26) T. Foggia 26.9.2016, n. 32/2017 reg. ord., ord.; su cui vd. Putaturo Donati 2017, 65 ss.

determinato successivi, invece di potere chiedere un risarcimento del danno subito mediante procedimento incidentale nel corso del procedimento per l'accertamento di detto abuso.

La Corte di Giustizia ribadisce i principi già enunciati nella sentenza *Impact* (27) e nella sentenza *Angelidaki* e ripresi dalla successiva giurisprudenza comunitaria, per cui, in virtù della clausola 8, n. 5, dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, la prevenzione nonché la soluzione delle controversie e delle vertenze scaturite dall'applicazione del suddetto accordo dovranno procedere in conformità con le leggi, i contratti collettivi e le prassi nazionali (punto 56), in quanto, in mancanza di una disciplina dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ogni Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione (punto 57) e, dunque, spetta alle autorità nazionali adottare misure adeguate al fine di garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'Accordo quadro, secondo modalità di applicazione conformi ai principi di equivalenza e di effettività (punto 58).

In particolare, le esigenze di equivalenza e di effettività, espresse attraverso l'obbligo generale per gli Stati membri di garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza del diritto dell'Unione, valgono anche quanto alla designazione dei giudici competenti a conoscere delle azioni fondate su tale diritto. Il mancato rispetto delle suddette esigenze sotto tale profilo è, infatti, al pari di un inadempimento delle medesime sotto il profilo della definizione delle modalità procedurali, tale da ledere il principio di tutela giurisdizionale effettiva (punto 59), anche se spetta al giudice del rinvio, e non alla Corte di Giustizia, verificare se lo Stato membro abbia adottato tutte le misure necessarie che gli consentano di assicurare il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, nel rispetto dei principi di effettività e di equivalenza (punto 60).

Per quanto riguarda, in particolare, il principio di effettività, secondo la Corte di Giustizia si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento (punto 61).

Nel caso spagnolo esaminato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López*, il Tribunale superiore di giustizia dei Paesi Baschi – Sezione amministrativa – ha affermato di non essere in grado, in base alle norme processuali nazionali applicabili, di statuire su un'eventuale domanda di risarcimento danni dei lavoratori pubblici «occasional» per il ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato, di competenza del giudice del lavoro nel caso in cui si dovesse constatare l'applicabilità della sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro riconosciuta in caso di recesso immotivato dal contratto a tempo indeterminato non permanente di diritto privato (punto 62).

La Corte di Giustizia ha risposto al giudice del rinvio, stigmatizzando che, in contrasto con le disposizioni «complessive» dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato nonché con il principio di effettività, al lavoratore a tempo determinato incomberebbe l'obbligo di intentare una nuova azione, eventualmente dinanzi a un'au-

(27) C Giust. 15.4.2008, C-268/06, *Impact contro Minister for Agriculture and Food e altri*, ECLI:EU:C:2008:223.

torità differente, ai fini della determinazione della sanzione adeguata quando il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato successivi è stato accertato da un'autorità giudiziaria, poiché esso necessariamente comporta per tale lavoratore inconvenienti processuali in termini, segnatamente, di costo, durata e regole di rappresentanza, tali da rendere eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti che gli sono conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (punto 63).

Quindi, la Corte di Giustizia ha invitato il giudice amministrativo del rinvio spagnolo a dare effettività e unicità di tutela ai lavoratori pubblici precari «occasional», applicando la sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro che avrebbe dovuto essere affidata ad altro giudice specializzato (giudice del lavoro), piuttosto recalcitrante nel suo Tribunale Supremo, e ad applicare pienamente i diritti derivanti dalla Direttiva n. 1999/70/Ce, nell'interpretazione autentica della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

È un invito, ovviamente, che vale per tutti i giudici nazionali anche degli altri Stati membri, in particolare per i giudici italiani e per la Cassazione, soprattutto dopo che la Commissione Ue, richiamando anche la sentenza *Martínez Andrés e Castrejano López*, ha affermato nelle osservazioni scritte della causa C-494/16, aderendo alle critiche del Tribunale di Trapani alla sentenza n. 5072/2016 delle Sezioni Unite, che la scelta della Corte di legittimità di limitare alla sola indennità prevista dall'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010 il risarcimento del danno subito dal lavoratore pubblico per l'abusivo ricorso al contratto a tempo determinato costituisce una violazione dei principi enunciati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia *in subiecta materia*.

Riferimenti bibliografici

- Aimo M. (2015), *I precari della scuola tra vincoli europei e mancanze del legislatore domestico*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 240.
- Ales E. (2014), *Contratti a termine e pubbliche amministrazioni: quousque tandem*, in RIDL, II, 86 ss.
- Bolego G. (2017), *Tecniche di prevenzione e rimedi contro l'abuso dei contratti a termine nel settore pubblico*, in Labor, n. 1, 21 ss.
- Calafà L. (2015), *Il dialogo multilevel tra le Corti e la «dialettica prevalente»: le supplenze scolastiche al vaglio della Corte di giustizia*, in RIDL, II, 336 ss.
- Chietera F. (2017), *L'incerto cammino del precariato non scolastico verso la stabilizzazione*, in LG, n. 1, 5 ss.
- Cimino B. (2014), *Restano incerte le prospettive del precariato pubblico dopo l'ordinanza Papalia della Corte di giustizia*, in LPA, II, 1033 ss.
- Coppola P. (2015), *Breve commento alla sentenza Mascolo della Corte di giustizia*, 2015, in europeanrights.eu.
- Coppola P. (2016), *Corte di Cassazione, Ss.Uu., sentenza n. 5072/2016. Incertezze, dubbi, perplessità*, in www.europeanrights.eu, 1° maggio 2016.
- Cordella C. (2016), *L'abusiva reiterazione di contratti temporanei: la non conversione nel regime «generale» del pubblico impiego privatizzato*, in LPA, I, 667 ss.
- De Luca M. (2014), *Un gran arrê della Corte di Giustizia dell'Unione europea sul nostro precariato scolastico statale: il contrasto con il diritto dell'Unione, che ne risulta,*

- non comporta l'espunzione dal nostro ordinamento, né la non applicazione della normativa interna confliggente (prime note in attesa dei seguiti)*, in *LPA*, I, 499 ss.
- De Luca M. (2016), *Alla ricerca del giusto risarcimento per illegittima apposizione del termine ai contratti di lavoro privatizzati alle dipendenze di amministrazioni pubbliche (non solo) della scuola*, in *cassazione.net*, novembre 2016.
- de Martino C. (2016), *La Corte costituzionale sull'acausalità del contratto a termine: lo strano caso delle fondazioni lirico-sinfoniche*, in *VTDL*, n. 3, 599 ss.
- De Michele V. (2014), *La sentenza «integrata» Carratù-Papalia della Corte di giustizia sulla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari*, in *LG*, 241 ss.
- De Michele V. (2015), *La sentenza Mascolo della Corte di Giustizia sul precariato pubblico e i controversi effetti sull'ordinamento interno*, in *Il contratto a termine nel pubblico impiego dopo la sentenza «Mascolo»: il difficile raccordo tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, in *Quaderni del Dipartimento Jonico*, n. 3, Università di Bari «Aldo Moro», 13 ss.
- De Michele V. (2016), *Le ragioni oggettive «retroattive» del contratto a termine nella sentenza n. 260/2015 della Corte costituzionale*, in *LG*, 151 ss.
- De Michele V., Galleano S. (2016), *La sentenza «Mascolo» della Corte costituzionale sui precari della scuola*, in *www.europeanrights.eu*, 1° settembre 2016.
- Fedele I. (2017), *Le Sezioni Unite e il danno da «precarizzazione» ex art. 36, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, fra ordinamento interno ed interpretazione conforme ai parametri europei*, in *Rassegna della giurisprudenza di legittimità, gli orientamenti delle Sezioni civili nel 2016*, cap. III, 31 ss.
- Franza G. (2016), *Giochi di prestigio per i precari della scuola: la Consulta «cancella» l'illecito comunitario*, in *MGL*, n. 8-9, 615 ss.
- Galleano S. (2015), *La sentenza Mascolo sulla scuola rischia di avere effetti clamorosi per il precariato degli altri enti pubblici*, in *europeanrights.eu*, 8 gennaio 2015.
- Galleano S. (2016), *La sentenza n. 5072/2016 sul risarcimento del danno per abuso del precariato nel settore pubblico – Le Sezioni Unite della Cassazione nel paese delle meraviglie*, 2 maggio 2016, in *www.studiogalleano.it*.
- Ghera F. (2015), *I precari della scuola tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale e giudici comuni*, in *GC*, 158 ss.
- Irmici R. (2015), *La sentenza Mascolo della Corte di Giustizia dell'Unione europea e lo strano caso del giudice del rinvio pregiudiziale che immette ma non converte*, in *NDA*, n. 2, 177 ss.
- Menghini L. (2015), *Sistema delle supplenze e parziale contrasto con l'accordo europeo: ora cosa succederà?*, in *RIDL*, II, 343 ss.
- Menghini L. (2016), *Fondazioni lirico sinfoniche e contratti di lavoro a termine*, in *RGL*, II, 164 ss.
- Miscione M. (2015), *Il Tribunale di Napoli immette in ruolo i precari della pubblica amministrazione*, in *Quotidiano giuridico*, n. 5, 1 ss.
- Miscione M. (2016a), *Nomofilachia, Sezioni Unite, «diritto vivente» (leggendo la relazione 2016 del Primo Presidente della Cassazione)*, in *LG*, n. 4, 329 ss.
- Miscione M. (2016b), *La fine del precariato pubblico ma non solo per la scuola pubblica*, in *LG*, n. 8-9, 745 ss.
- Nasi C. (2013), *Il ricorso di amparo elettorale in Spagna: il Tribunale costituzionale fra garanzia dei diritti e garanzia dell'esercizio non arbitrario della funzione giurisdizionale*, 20 febbraio 2013, in *www.federalismi.it*.

- Nunin R. (2014), *Impiego pubblico, violazione delle regole sul contratto a termine e adeguatezza delle sanzioni: spunti recenti dalla Corte di Giustizia*, in RGL, II, 124 ss.
- Nunin R. (2015), «*Tanto tuonò che piovve*»: la sentenza «Mascolo» sull'abuso del lavoro a termine nel pubblico impiego, in LG, 146 ss.
- Nunin R. (2016), *Precariato scolastico: la Consulta dice basta agli abusi (ma non scioglie tutti i nodi)*, in LG, 886 ss.
- Ojeda Aviles A. (2010), *La deconstrucción del derecho del trabajo*, Madrid, 55 ss.
- Olivieri A. (2012), *La successione di contratti a tempo determinato nella p.a.: la via spagnola e quella italiana*, in LPA, n. 5, I, 769 ss.
- Olivieri A. (2013), *Il contratto a tempo determinato in Italia e Spagna: razionalità e irrazionalità del sistema*, in ADL, n. 2, I, 285 ss.
- Paolitto A. (2016), *Il precariato scolastico tra «la buona scuola» e il dialogo «multilevel» delle Corti: l'occasione per un bilancio*, in *giustiziacivile.com*, n. 9, 4 ss.
- Perrino A.M. (2014), *La Corte di Giustizia come panacea dei precari?*, in FI, II, 93 ss.
- Perrino A.M. (2016), *Nota a Corte cost., sent. n. 260/2015*, in FI, n. 1, I, 1.
- Pinto V. (2015), *Il reclutamento scolastico tra abuso dei rapporti a termine e riforme organizzative*, in LPA, I, 915 ss.
- Putaturo Donati F. (2016), *P.a. e contratti illegittimi: note critiche sul riconoscimento del danno (extra)comunitario*, in MGL, 603 ss.
- Putaturo Donati F. (2017), *Precariato pubblico, effettività della tutela antiabusiva e nuova questione di legittimità costituzionale*, in ADL, I, 65 ss.
- Santoro Passarelli G. (2015), *Contratto a termine e temporaneità delle esigenze sottostanti*, in ADL, II, 189 ss.
- Siotto F. (2016), *Abuso di contratti a tempo determinato nel lavoro pubblico: «il danno è altro» dal licenziamento illegittimo ovvero «un altro danno» per la precarizzazione illegittima*, in Labor, n. 3-4, 258 ss.
- Valdés Dal-Ré F. (2010), *25 años de precariedad en la contratación laboral*, in *Relaciones laborales*, 273 ss.
- Vallebona A. (2016), *Contratti a termine illegittimi nella p.a.: divieto di conversione e misura del danno*, in MGL, 589 ss.
- Zampieri N. (2015), *Sulle conseguenze nel lavoro pubblico della violazione delle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 368/2001, in materia di assunzioni a tempo determinato, dopo le pronunce Affatato, Carratù, Papalia e Mascolo della Cgue*, in *Risorse umane nella pubblica amministrazione*, n. 2, 213 ss.

Vincenzo De Michele
Avvocato del Foro di Foggia

I

CASSAZIONE, 5.1.2017, n. 160 – Pres. Venuti, Est. Lorito, P.M. Sanlorenzo (diff.) – G.A.A., G.A., M.A., R.S. (avv.ti Ceccarelli, Magni) c. Salini Impregilo Spa e Consorzio Caserma Donati in liquidazione (avv.ti Cozzolino, Salonia).
Cassa Tribunale di Firenze, 11.12.2012.

Licenziamento individuale – Giustificato motivo oggettivo – Art. 5, l. n. 604/1966 – Obbligo di *repêchage* – Oneri di allegazione e prova del datore di lavoro – Sussistenza – Onere di allegazione del lavoratore – Esclusione.

In caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, non sussiste alcun onere per il lavoratore-ricorrente di allegare eventuali altre posizioni lavorative, compatibili con il suo bagaglio professionale, nelle quali egli avrebbe potuto essere utilmente ricollocato. Spetta interamente al datore-convenuto allegare e provare l'impossibilità del cd. repêchage. (1)

II

CASSAZIONE, 21.12.2016, n. 26467 – Pres. Napoletano, Est. Spena, P.M. Ceroni (conf.) – R.C. (avv. Margiotta) c. Iper Montebello Spa (avv.ti Santoro, Sportelli).
Cassa Corte d'Appello di Milano, 2.8.2013.

Licenziamento individuale – Giustificato motivo oggettivo – Art. 2103 c.c. nella versione antecedente al d.lgs. n. 81/2015 – Obbligo di *repêchage* – Mansioni inferiori – Onere di prospettazione del datore di lavoro – Sussistenza.

In caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, l'onere del datore di lavoro di provare l'adempimento dell'obbligo di repêchage va assolto anche con riferimento alle mansioni inferiori, ove rientranti nel bagaglio professionale del lavoratore. Infatti, il datore di lavoro, in conformità al principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, è tenuto a prospettare al lavoratore la possibilità di assegnazione a mansioni inferiori disponibili quale unica alternativa al licenziamento e a fornire la relativa prova in giudizio. (2)

III

CASSAZIONE, 9.11.2016, n. 22798 – Pres. Nobile, Est. Amendola, P.M. Matera (conf.) – Varvarito Lavori Srl (avv.ti Paloscia, Rolfo) c. S.M. (avv. Stramaccia).
Conf. Corte d'Appello di Firenze, 1.10.2013.

Licenziamento individuale – Giustificato motivo oggettivo – Art. 2103 c.c. nella versione antecedente al d.lgs. n. 81/2015 – Obbligo di *repêchage* – Mansioni inferiori – Onere di prospettazione del datore di lavoro – Sussistenza.

In caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, l'onere del datore di lavoro di provare l'adempimento dell'obbligo di repêchage si estende anche alle mansioni inferiori compatibili con il bagaglio professionale del lavoratore. Ne consegue che, anche in mancanza di posizioni equivalenti, il recesso è da ritenersi illegittimo quando il datore di lavoro abbia omissso di prospettare al proprio dipendente la possibilità di assegnazione a mansioni inferiori disponibili come unica alternativa alla cessazione del rapporto. (3)

(1-3) OBBLIGO DI REPÊCHAGE: VECCHI E NUOVI PROBLEMI
ALL'ESAME DELLA CASSAZIONE

1. — Grandi cambiamenti stanno investendo il licenziamento per giustificato motivo oggettivo (di seguito, g.m.o.), e questo nonostante la riforma inaugurata dalla l. n. 183/2014 non abbia direttamente interessato questo istituto, quantomeno a livello di fattispecie. A riportarlo al centro del dibattito sono soprattutto la profonda modifica dell'art. 2103 c.c., dalla quale – come meglio si dirà – discendono conseguenze sistematiche, e i *revirements* giurisprudenziali su due tematiche: quella dell'andamento economico negativo dell'azienda come presupposto del g.m.o. (Cass. 7.12.2016, n. 25201, in *Wikilabour newsletter*, 2016, n. 22) e quella degli oneri probatori in punto di adempimento dell'obbligo di *repêchage* (Cass. 22.3.2016, n. 5592, in *RGL*, 2016, n. 3, II, 302 ss., con nota di Monterossi).

Oggetto di ripensamento nel primo di tali due nuovi orientamenti della Cassazione è la tesi del licenziamento economico come *extrema ratio*. Dal suo superamento si fa conseguire la legittimità del recesso datoriale finalizzato esclusivamente a una migliore efficienza gestionale o a un incremento della redditività dell'impresa, escludendosi che costituisca presupposto necessario del g.m.o. l'esistenza di una situazione economica sfavorevole per l'azienda.

Occorre rilevare, però, come questa presa di posizione si ponga in evidente contraddizione rispetto alla ragione sottostante all'individuazione a opera del diritto vivente dell'obbligo di *repêchage*, ovverosia rispetto all'idea che può darsi luogo a licenziamento economico solo come soluzione estrema (Da ultimo, Cass. 13.6.2016, n. 12101, in *RGL*, 2016, n. 3, II, 302 ss., con nota di Monterossi), e cioè quando non

è praticabile un utilizzo della professionalità del lavoratore in mansioni diverse da quelle proprie della posizione precedentemente ricoperta. Peraltro, può dirsi consolidato anche l'indirizzo che estende l'obbligo pure alle mansioni inferiori, in deroga – quando applicabile *ratione temporis* – all'espresso divieto contenuto nel c. 2 dell'art. 2103 c.c. nella versione vigente prima del d.lgs. n. 81/2015 (Cass. 8.3.2016, n. 4509, in *De Jure*; Cass. 16.11.2015, n. 23698, in *RGL*, 2016, n. 2, II, 182 ss., con nota di Giordano; Cass. 23.10.2013, n. 24037, in *RIDL*, 2014, n. 2, II, 296 ss., con nota di Zanetto).

2. — Proprio di quest'ultimo orientamento sono espressione due delle sentenze in epigrafe (Cass. 9.11.2016, n. 22798, e Cass. 21.12.2016, n. 26467). Con esse, la Cassazione ribadisce il principio secondo cui, in caso di soppressione del posto di lavoro conseguente a riorganizzazione aziendale, il datore, prima di procedere a licenziamento per g.m.o., deve verificare se vi sia disponibilità all'interno della propria organizzazione di posti con mansioni equivalenti a quelle sino ad allora svolte dal lavoratore e, nel caso, adibirvi lo stesso. In subordine, qualora non vi siano mansioni equivalenti libere, il datore è tenuto a prospettare al lavoratore l'assegnazione a mansioni inferiori compatibili con la sua professionalità eventualmente disponibili (in questa seconda ipotesi, il consenso del prestatore è necessario e, quindi, in caso di rifiuto, il recesso potrà legittimamente aver luogo). Si tratta di attività obbligatorie per il datore, nel senso che, qualora ometta di porle in essere, il licenziamento intimato è da ritenersi illegittimo. Obbligo che, tuttavia, non può arrivare al punto di imporre all'imprenditore una modifica del proprio assetto organizzativo, da lui insindacabilmente stabilito ex art. 41 Cost.

Per giustificare detta estensione dell'obbligo di *repêchage* alle mansioni inferiori, la giurisprudenza ricorre soprattutto al principio di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto (Cass. 21.12.2016, n. 26467) e all'asserita prevalenza dell'esigenza di tutela del posto di lavoro rispetto a quella di salvaguardia della professionalità del lavoratore, la quale «sarebbe comunque compromessa dall'estinzione del rapporto» (Cass. 9.11.2016, n. 22798).

3. — La recente riforma dell'art. 2103 c.c. pone però il problema di coordinare questo indirizzo giurisprudenziale – maturato in relazione alla disciplina vigente fino al d.lgs. n. 81/2015 – con il mutato contenuto dello *ius variandi* datoriale. È noto, infatti, che la novellata disposizione codicistica non fa più riferimento al criterio dell'equivalenza ed espressamente consente – diversamente dal passato – l'adibizione del lavoratore a mansioni inferiori.

Per una maggiore chiarezza merita suddividere il prosieguo del discorso in due parti: nella prima si cercherà di tratteggiare l'area delle mansioni nelle quali il datore di lavoro ha l'obbligo di reimpiegare *motu proprio* (cioè senza necessità di consenso della controparte) quel lavoratore il cui posto di lavoro è stato soppresso; nella seconda, invece, si indicheranno le mansioni per le quali il datore, in difetto di posizioni del primo tipo, ha il solo obbligo di prospettare la possibilità di un reimpiego. È evidente, infatti, che, visto il tenore del nuovo art. 2103 c.c., la distinzione tra ipotesi di riassegnazione unilaterale e prospettazione di ricollocamento non può più risiedere – come prima – nella bipartizione tra mansioni equivalenti e inferiori.

3.1. — In base alla nuova versione della disposizione codicistica, il datore di lavoro può decidere di modificare unilateralmente le mansioni del proprio dipendente assegnandolo a quelle «riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte» (art. 2103, c. 1, c.c.). Questo potere, in precedenza circoscritto alle mansioni equivalenti, è liberamente esercitabile dal datore, non necessitando di alcun tipo di giustificazione.

Sempre unilateralmente, però, il datore può assegnare il prestatore a mansioni proprie del livello d'inquadramento inferiore (ma rientranti nella medesima categoria legale). Questa modifica deve essere comunicata per iscritto, e il lavoratore ha diritto alla conservazione dei medesimi livello d'inquadramento e trattamento retributivo. Inoltre, l'esercizio di questo *ius variandi* può avvenire solo a fronte di una «modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore» o al verificarsi delle altre causali giustificative eventualmente individuate dalla contrattazione collettiva (art. 2103, cc. 2-5, c.c.).

Nel corso dell'ordinario svolgimento dell'attività d'impresa, la variazione delle mansioni del lavoratore sulla base delle summenzionate previsioni rappresenta ovviamente una facoltà. Le cose cambiano al verificarsi di una soppressione del posto di lavoro. In tale caso, infatti, sulla base del diritto vivente, sorge l'obbligo di *repêchage*, che impone al datore di ricercare posizioni alternative compatibili con il bagaglio professionale del lavoratore.

Nessun dubbio che detto obbligo riguardi tutte le mansioni (non più equivalenti, ma) proprie dello stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime svolte (In questo senso anche T. Milano 16.12.2016, in *Wikilabour newsletter*, 2017, n. 3). Più controverso, invece, è se lo stesso si estenda anche alle mansioni riconducibili al livello d'inquadramento immediatamente inferiore. Secondo chi scrive, non è possibile escludere un siffatto ampliamento, dal momento che non pare revocabile in dubbio che la soppressione del posto di lavoro sia qualificabile come una «modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore» (*contra*, Pisani 2016, 546 ss.). Chiaramente, la riassegnazione *ex art.* 2103, cc. 2-5, c.c. in adempimento dell'obbligo di *repêchage* deve avvenire con tutte le garanzie ivi previste (per iscritto e con mantenimento di retribuzione e livello d'inquadramento), il che, peraltro, rappresenta un incentivo per il datore di lavoro a preferire – ove possibile – uno *ius variandi* orizzontale rispetto all'adibizione a mansioni proprie del livello d'inquadramento inferiore, dovendo egli, in questa seconda ipotesi, corrispondere al lavoratore una retribuzione non proporzionata al valore professionale della prestazione.

3.2. — Passando ora ai casi in cui il datore, a fronte di un evento idoneo a integrare un g.m.o. di licenziamento, ha solo l'obbligo di prospettare al prestatore l'assegnazione a mansioni differenti, rileva il disposto del nuovo c. 6 dell'art. 2103 c.c.: in una sede «protetta», datore e prestatore possono stipulare un accordo di modifica *in petus* di mansioni, categoria legale, livello d'inquadramento e retribuzione «nell'interesse del lavoratore – tra l'altro – alla conservazione dell'occupazione».

Ebbene, con riferimento all'obbligo di *repêchage*, si pone un problema di coordinamento tra la norma da ultimo citata e la previsione dei cc. 2-5 dello stesso art. 2103 c.c., giacché la scelta tra reimpiego unilaterale con conservazione della retribuzione, da

una parte, e proposta di riassegnazione con conseguente riduzione del trattamento economico, dall'altra, non può essere rimessa al datore.

A chi scrive sembra che la linea di discriminare tra le due fattispecie non possa che risiedere nel livello di inquadramento a cui appartengono le mansioni di destinazione. Se, a seguito di verifica, il datore di lavoro rinviene nella propria organizzazione delle mansioni disponibili proprie dello stesso livello d'inquadramento delle precedenti o di quello immediatamente inferiore, egli sarà tenuto a un ricollocamento unilaterale ai sensi – rispettivamente – dei cc. 1 o 2-5; non potrà eccepire un rifiuto del lavoratore perché la riforma ha reso legittima, ancorché con dei limiti, pure l'assegnazione *motu proprio* alle mansioni proprie del livello immediatamente sottostante.

Esclusivamente in subordine – e quindi qualora le uniche mansioni libere siano riconducibili ad almeno due livelli di inquadramento inferiore (o ad altra categoria legale) – permarrà in capo al datore il solo obbligo di prospettare una riassegnazione in dette nuove posizioni (Pare ventilare una siffatta ricostruzione anche Liso 2015, 11 s.).

4. — I descritti esiti della riforma dell'art. 2103 c.c. si palesano come un chiaro caso di eterogenesi dei fini: se l'intenzione del legislatore era quella di svincolare il potere organizzativo dell'imprenditore ampliando il novero delle mansioni esigibili, non sono stati presi in considerazione i riflessi di questa apertura sull'obbligo di *repêchage*. Difatti, la riforma – che si condivida o no la lettura qui proposta – ha senz'altro generato un appesantimento di questo obbligo, il quale, come minimo, non è più riferito alle sole mansioni equivalenti, ma a tutte quelle del medesimo livello d'inquadramento (che – come noto – è contenitore più ampio di quello dell'equivalenza professionale). Inevitabilmente se ne ricava «un restringimento – non si sa quanto voluto – del potere datoriale di licenziare» per g.m.o. (Amendola 2016, 23).

5. — Infine, sul versante processuale, occorre segnalare che è in via di consolidamento quell'orientamento recentemente rispolverato dalla Cassazione (Cass. 22.3.2016, n. 5592, cit.) secondo il quale la prova dell'adempimento dell'obbligo di *repêchage* spetta esclusivamente al datore di lavoro, senza che sia possibile configurare un onere del lavoratore di allegare eventuali posizioni nelle quali sarebbe potuto essere reimpiegato. Il datore, quindi, per dimostrare l'effettiva sussistenza di un g.m.o. di licenziamento, dovrà – tra l'altro – indicare le posizioni all'interno della propria organizzazione aziendale che sarebbero state compatibili con il profilo professionale del lavoratore e provare perché il reimpiego di quest'ultimo in quelle stesse non è stato possibile.

A sostegno di questo principio, Cass. 5.1.2017, n. 160, qui in commento (In senso conforme Cass. 22.3.2016, n. 5592, cit.; Cass. 13.6.2016, n. 12101, cit.; Cass. 12.1.2017, n. 618, in *De Jure*), ricorre a tre argomenti: impossibilità di divaricare l'onere di allegazione e l'onere probatorio, i quali, secondo le norme processuali, «non possono che incombere sulla medesima parte»; coerenza con la lettera e la *ratio* dell'art. 5, legge n. 604/1966, che esclude ogni incombenza a carico del lavoratore; osservanza del principio della vicinanza della prova (Per un approfondimento si rinvia a Monterossi 2016, 303 ss.).

Si tratta, a dire il vero, di motivazioni convincenti, che rendono faticoso trovare una giustificazione al contrario orientamento assolutamente maggioritario sino a non molto tempo fa (Da ultimo, Cass. n. 9467, in *De Jure*).

Riferimenti bibliografici

- Amendola F. (2016), *La disciplina delle mansioni nel d.lgs. n. 81 del 2015*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 291.
- Liso F. (2015), *Brevi osservazioni sulla riforma della disciplina delle mansioni contenuta nel d.lgs. n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 257.
- Monterossi L. (2016), *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e repêchage: nessun onere di allegazione*, in RGL, n. 3, II, 303 ss.
- Pisani C. (2016), *L'ambito del repêchage alla luce del nuovo art. 2103 c.c.*, in ADL, n. 3, I, 537 ss.

Giovanni Calvellini

*Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche
presso l'Università di Siena*

CASSAZIONE, 12.12.2016, n. 25379 – Pres. Nobile, Est. Bronzini, P.M. Sanlorenzo (rigetto) – L.S. (avv.ti Arrotta, Colucci) c. Capgemini Italia Spa (avv.ti Zucchinali, Favalli).
Diff. Corte d'Appello di Roma, 19.2.2014.

Disabilità – Richiesta di benefici ex art. 33, c. 5, l. n. 104 del 1992, per assistenza a disabile – Non gravità dell'handicap – Trasferimento nelle more dell'accertamento della situazione di handicap grave per il disabile – Rifiuto al trasferimento – Licenziamento disciplinare – Diritto a non essere trasferiti anche quando non vi sia disabilità grave – Illegittimità del trasferimento.

La disposizione di cui all' art. 33, c. 5, della l. n. 104/1992, laddove vieta di trasferire, senza consenso, il lavoratore che assiste con continuità un familiare disabile convivente, deve essere interpretata in termini costituzionalmente orientati. Ne consegue che il trasferimento del lavoratore è vietato anche quando la disabilità del familiare, che egli assiste, non si configuri come grave, a meno che il datore di lavoro, a fronte della natura e del grado di infermità psicofisica del familiare, provi la sussistenza di esigenze aziendali effettive e urgenti, insuscettibili di essere altrimenti soddisfatte. (1)

(1) L'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA
IN MATERIA DI TRASFERIMENTO DEL LAVORATORE
CHE ASSISTE IL SOGGETTO AFFETTO DA DISABILITÀ NON GRAVE

1. — L'argomento oggetto della presente annotazione riguarda la tematica del trasferimento del lavoratore che presta assistenza al disabile. In particolare, viene posta all'attenzione della Cassazione la tutela prevista dall'art. 33, comma 5, della l. n. 104/1992, che stabilisce appunto, per il prestatore che assiste il familiare affetto da handicap grave, il diritto a non essere trasferito ad altra sede se non presta il consenso. La finalità della l. n. 104/1992, come è stato chiarito anche dalla Corte costituzionale del 16.6.2005, n. 233, è quella di predisporre tutte le azioni necessarie al fine di garantire il «pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e autonomia della persona handicappata»; tale obiettivo deve essere necessariamente perseguito anche mediante il riconoscimento di appositi diritti ai lavoratori che assistono parenti affetti da disabilità, e ciò «all'evidente fine di assicurare continuità nelle cure e nell'assistenza ed evitare vuoti pregiudizievoli alla salute psicofisica del soggetto diversamente abile» [In tal senso, si veda Corte cost. 16.6.2005, n. 233, in *RGL*, 2005, n. 4, II, 787 ss., con nota di Borla (Borla 2015), il quale richiama la precedente giurisprudenza costituzionale incentrata sul principio di tutela del portatore di handicap anche attraverso il ruolo insostituibile della famiglia. Sul punto, si segnala anche Corte cost. 18.7.2013, n. 2013]. In dottrina è stato sostenuto che la giurisprudenza costituzionale chiarisce

come l'obiettivo della legge consista non solo nella tutela della salute delle persone portatrici di handicap, ma anche delle loro condizioni di vita affinché possano condurre un'esistenza normale (Bonardi 2011, 785). Altro Autore ha affermato che lo scopo perseguito dalla normativa speciale sia proprio quello di agevolare lo sviluppo della condizione umana dei soggetti che si trovano in situazione di difficoltà a causa di disabilità (Mesiti 2013a, 5). In giurisprudenza, si segnala sul punto una recente decisione della Cassazione: la n. 22421 del 3 novembre 2015 [In *RGL*, 2016, n. 3, II, con nota di Cimaglia (Cimaglia 2016, 366)], che ha rafforzato le disposizioni in materia di protezione del soggetto disabile ancorandole a principi costituzionali e a norme sovranazionali al fine di individuare, secondo la definizione fornita dalla Suprema Corte, «un sistema unitario di protezione» (Cimaglia 2016, 366).

2. — Fatta tale premessa di ordine sistematico e normativo, si può esaminare il caso di specie. La sentenza in commento affronta la fattispecie di una lavoratrice che, nelle more della richiesta del riconoscimento dei benefici della l. n. 104/1992, articolo 33, comma 5, per assistere la madre affetta da handicap grave, veniva dapprima trasferita e poi licenziata per non aver ottemperato a tale provvedimento. I giudici di merito, sia il Tribunale che la Corte d'Appello, ritenevano che il trasferimento e il successivo licenziamento fossero legittimi in quanto non potevano ritenersi applicabili per la prestatrice le garanzie previste dalla suddetta legge. E infatti, al momento del provvedimento di trasferimento, a parere dei giudici di merito, non esisteva una valida documentazione che attestasse la situazione di handicap grave. Tale disabilità, infatti, non era stata ancora accertata dalle Usl attraverso le commissioni mediche previste dalla l. n. 104 del 1992, articolo 4, o da un medico specialista in servizio presso l'Usl. Conseguentemente, il trasferimento a monte appariva legittimo, e unilateralmente la lavoratrice non vi aveva ottemperato decidendo, senza consenso della parte datoriale, di usufruire di permessi *ex l.* n. 104 del 1992, in realtà non dovuti.

La dipendente, quindi, ricorreva in Cassazione deducendo che la Corte territoriale aveva errato nel non avere considerato illegittimo il trasferimento in pendenza di provvedimento amministrativo di riconoscimento dei benefici della l. n. 104/1992, seppur temporaneo, in quanto risultava documentalmente dimostrato che la madre della dipendente sin dal 2008 godeva dei permessi rilasciati dall'Inps in pendenza del procedimento di accertamento definitivo del diritto.

In punto di diritto, la ricorrente basava le proprie doglianze sul fatto che il trasferimento doveva considerarsi illegittimo in quanto il datore di lavoro conosceva tale situazione di disabilità della madre e, pertanto, doveva astenersi dal provvedimento di trasferimento.

3. — La decisione in esame afferma che la tematica sottoposta al proprio vaglio pone la seguente questione di diritto: se il diritto a non essere trasferiti sussista, ai sensi della l. n. 104 del 1992, solo in presenza di una necessità di assistenza a soggetti portatori di handicap grave, così come accertato nella sede di merito, o se, invece, esista anche quando la disabilità del familiare non sia così grave a meno che non vi siano ragioni aziendali effettive tanto urgenti da imporsi sulle contrapposte esigenze assistenziali. La Cassazione, rispetto alla corretta interpretazione della l. n. 104 del 1992, articolo 33, comma 5, aderisce a un precedente indirizzo di legittimità, ossia la sentenza

n. 9201 del 2012, richiamando le statuizioni ivi contenute ai fini della risoluzione della vicenda *de qua*. In particolare, i giudici di legittimità dichiarano di aderire ai principi espressi dalla Suprema Corte del 2012 per cui «la disposizione della l. n. 104 del 1992, articolo 33, comma 5, laddove vieta di trasferire, senza consenso, il lavoratore che assiste con continuità un familiare disabile convivente, deve essere interpretata in termini costituzionalmente orientati – alla luce dell’articolo 3 Cost., comma 2, dell’articolo 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili, ratificata con l. n. 18 del 2009 – in funzione della tutela della persona disabile. Ne consegue che il trasferimento del lavoratore è vietato anche quando la disabilità del familiare, che egli assiste, non si configuri come grave, a meno che il datore di lavoro, a fronte della natura e del grado di infermità psicofisica del familiare, provi la sussistenza di esigenze aziendali effettive e urgenti, insuscettibili di essere altrimenti soddisfatte» [In *LG*, n. 5, 2013, 503 ss., con nota critica di Mesiti (Mesiti 2013b, 506)].

Conseguentemente, secondo i giudici di Cassazione, in virtù di tali fonti legislative nazionali e internazionali (queste ultime ratificate dal nostro legislatore), la decisione della Corte d’Appello non appare corretta, poiché ha posto alla base del ragionamento decisorio esclusivamente la mancanza di documentazione proveniente dalle Usl sull’invalidità grave della madre della ricorrente. La Corte territoriale, invece, avrebbe dovuto procedere a una effettiva e concreta valutazione della serietà e rilevanza (sotto lo specifico profilo della necessità di assistenza) dell’handicap da questa sofferta (eventualmente sulla base della documentazione disponibile) a fronte delle esigenze produttive sottese al trasferimento. In sostanza, a parere della Cassazione, la sentenza di merito risulta errata laddove si è limitata a interpretazione letterale della norma che, invece, risulta superata dall’orientamento statuito dalla giurisprudenza di legittimità.

4. — Il principio espresso dalla Suprema Corte che si annota appare di particolare rilevanza in quanto conferma un’interpretazione costituzionalmente orientata con riferimento alla tutela del disabile, e ciò a prescindere dalla «accertata» gravità delle condizioni del soggetto interessato. In base al ragionamento decisorio che qui si esamina, il punto nodale su cui si incentra la soluzione adottata dalla Cassazione riguarda la particolare attenzione e valutazione che il magistrato è chiamato a effettuare affinché si possa realizzare, per il portatore di handicap, quell’effettiva tutela delle prerogative assistenziali riconosciute dall’impianto normativo di riferimento. A tal proposito, si evidenzia che l’assunto stabilito dai giudici di legittimità è l’unico conforme alla *ratio* della norma speciale di cui alla l. n. 104/1992, art. 33, comma 5, la quale è finalizzata a limitare lo spostamento della sede di lavoro del lavoratore che assiste il disabile. Ciò per evitare le ovvie ricadute pregiudizievoli in termini di interruzione dei rapporti di assistenza e cura quotidiana del soggetto bisognoso. Risulta quindi apprezzabile la tesi della Cassazione che, ispirandosi a valori costituzionali e norme sovranazionali (tra cui la Carta di Nizza e la Convenzione delle Nazioni Unite), ricomprende nella tutela «garantista» della summenzionata disposizione *ex art.* 33, comma 5, anche i soggetti portatori di handicap non grave o il cui grado di gravità sia in corso di accertamento.

La sentenza in commento va altresì esaminata anche in termini di rispetto, da parte del datore di lavoro, dei doveri di correttezza e buona fede *ex artt.* 1175 e 1375 c.c. che, proprio in ragione dello stravolgimento personale che comporta lo spostamento

del luogo ove si lavora abitualmente, deve tenere in considerazione la situazione personale del prestatore. Ciò a maggior ragione se il lavoratore assiste un soggetto portatore di handicap. In merito, si è espressa recentemente la Suprema Corte, affermando che, «ferma restando l'insindacabilità dell'opportunità del trasferimento, salvo che risulti diversamente disposto dalla contrattazione collettiva, il datore di lavoro, in applicazione dei principi generali di correttezza e buona fede (art. 1375 c.c.), qualora possa far fronte a dette ragioni avvalendosi di differenti soluzioni organizzative, per lui paritarie, è tenuto a preferire quella meno gravosa per il dipendente, soprattutto nel caso in cui questi deduca e dimostri la sussistenza di serie ragioni familiari ostative al trasferimento» [In tal senso, Cass. 28.1.2016, n. 1608, in *RGL*, 2016, n. 3, II, 371, con nota di Tufo (Tufo 2016)].

Va inoltre considerato che, essendo la norma di cui all'art. 2103 c.c. teleologicamente orientata alla protezione delle relazioni interpersonali che legano il prestatore di lavoro a un determinato complesso produttivo e alla sede di residenza, le garanzie previste per il lavoratore trasferito devono ritenersi ancor più rafforzate nel caso del lavoratore che assiste un parente disabile.

A ulteriore supporto delle considerazioni sin qui svolte, si veda quanto stabilito sul punto dalla Suprema Corte, con la citata sentenza n. 9201 del 2012, ove si afferma che «il diritto del lavoratore a non essere trasferito ad altra sede lavorativa senza il suo consenso non può subire limitazioni anche allorché la disabilità del familiare non si configuri come grave risultando la sua inamovibilità – nei termini in cui si configuri come espressione del diritto all'assistenza del familiare comunque disabile – giustificata dalla cura e dall'assistenza da parte del lavoratore al familiare, sempre che non risultino provate da parte del datore di lavoro – a fronte della natura e del grado di infermità (psicofisica) del familiare – specifiche esigenze datoriali che, in un equilibrato bilanciamento di interessi, risultino effettive, urgenti e comunque insuscettibili di essere diversamente soddisfatte». Al riguardo, si segnala anche la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite del 9 luglio 2009, n. 16102, secondo cui il diritto del lavoratore che assista un familiare portatore di handicap a non essere trasferito senza il suo consenso non può subire limitazioni in caso di mobilità connessa a ordinarie esigenze tecnico-produttive aziendali a meno che sia accertata «in base a una verifica rigorosa anche in sede giurisdizionale, l'incompatibilità della permanenza del lavoratore nella sede di lavoro» [In *LG*, 2009, 1243, con nota di Limena (Limena 2009), nonché in *MGL*, 2009, 918 ss, con nota di D'Andrea (D'Andrea 2009)]. Per completezza, sul trasferimento del disabile per incompatibilità ambientale, si veda anche Cass. 5.11.2013, n. 24775, in *RGL*, 2014, n. 2, II, 278, con nota di Sessa (Sessa 2014)]. Secondo una parte della dottrina, sebbene la legge n. 104 del 1992 rientri in quelle ipotesi speciali in cui la considerazione dei principi costituzionali coinvolti determina un limite al trasferimento, essa però non sancisce un diritto assoluto del disabile o di chi lo assiste a non essere trasferito senza consenso (Sessa 2014, 282). A parere di altro Autore, poi, il grado di handicap necessario al riconoscimento delle tutele riconosciute dalla legge è solo quello del soggetto disabile in situazione di gravità e, pertanto, configurare un divieto di trasferimento anche in ipotesi di handicap non grave «comporterebbe un tale allargamento della platea di beneficiari del diritto che potrebbe mettere in seria discussione l'organizzazione produttiva di molti imprenditori e violerebbe palesemente i principi di libertà della iniziativa economica» (Mesiti 2013b, 514).

Tuttavia, ogni situazione che abbia a oggetto la tutela di un disabile, stante anche la specialità della legge che lo protegge, deve essere valutata con particolare «rigore». Infatti se, da una parte, è vero che la soluzione da applicare al caso concreto deve essere trovata nel rispetto del bilanciamento di interessi costituzionali espressi sia dall'art. 3 sia dall'art. 41 della Costituzione, dall'altra, le esigenze aziendali che determinano il trasferimento del soggetto che assiste il portatore di handicap non potranno essere solo «comprovate», come impone l'art. 2103 c.c., ma dovranno risultare «effettive e urgenti, insuscettibili di essere altrimenti soddisfatte», come condivisibilmente stabiliscono sia la sentenza di Cassazione n. 9201 del 2012 sia quella oggetto di nota.

In altre parole, il lavoratore che assiste il disabile gode di una tutela «rafforzata» che trova le proprie fondamenta sia nella Carta costituzionale sia nella legge speciale n. 104 del 1992, nonché nelle fonti sovranazionali. Il datore di lavoro, quindi, dovrà dimostrare non solo le «comprovate ragioni» di cui all'art. 2103 c.c. poste alla base del trasferimento, ma anche di aver adottato un bilanciamento degli interessi coinvolti nella decisione attuata nei confronti del prestatore trasferito che assiste il disabile. L'azienda dovrà pertanto provare che tale scelta sia l'unica percorribile, dando conto del rispetto dei doveri di correttezza e buona fede *ex* artt. 1175 e 1375 c.c. nella determinazione della stessa, che, necessariamente, deve aver considerato le esigenze soggettive del dipendente, ossia le sue condizioni familiari (Cfr., in tal senso, Cass. 28.1.2016, n. 1608, cit.).

5. — Tornando al caso di specie e facendo corretta applicazione dei principi espressi dalla Suprema Corte nella decisione in commento, la mancata valutazione da parte del datore di lavoro delle condizioni di salute della madre della lavoratrice trasferita comporta quindi l'illegittimità del trasferimento e, a parere di chi scrive, anche per violazione degli obblighi di correttezza e buona fede *ex* artt. 1175 e 1375 c.c., visto che, come giustamente osservato dalla sentenza che si annota, nei precedenti gradi di merito non era stato effettuato un accertamento «rigoroso» della situazione familiare complessiva della dipendente trasferita.

Alla luce dei precedenti giurisprudenziali sopra richiamati, l'inaffidabilità del lavoratore che assiste il disabile appare ispirata a una «complessiva» considerazione di valori e principi costituzionali, comunitari e internazionali che tutelano non tanto il lavoratore trasferito, ma il soggetto debole portatore di handicap. È scontato che lo spostamento del dipendente che assiste il disabile comporta inevitabili conseguenze negative su quest'ultimo. Il pregiudizio che si realizza, che la disabilità sia grave o meno, deriva appunto da una mancata o minore assistenza conseguente a tale cambiamento di sede di lavoro. In tal caso, si configura un'inevitabile compressione del diritto del soggetto debole a poter vivere un'esistenza piena e dignitosa che, invece, come sin qui chiarito (anche alla luce dell'orientamento della giurisprudenza costituzionale, da ultimo del 2013), costituisce la precipua finalità della l. n. 104/1992.

Pertanto, la decisione in commento valorizza, in maniera condivisibile, il prevalente interesse, costituzionalmente garantito, alla tutela piena ed effettiva del soggetto che assiste il portatore di handicap, a prescindere dal grado di gravità della disabilità posseduta. Ciò costituisce un limite al potere, altrimenti discrezionale, del datore di lavoro di trasferire il lavoratore che può essere compresso di fronte a interessi soggettivi di rango costituzionale.

Riferimenti bibliografici

- Bonardi O. (2011), *I diritti dimenticati dei disabili e dei loro familiari in seguito alle recenti riforme*, in RGL, n. 4, II, 785 ss.
- Borla F. (2005), *Estensione della tutela giuridico-economica per i fratelli/sorelle conviventi portatori di handicap*, in RGL, n. 4, II, 792 ss.
- Cimaglia M.C. (2016), *Il sistema di protezione rafforzato delle persone con disabilità*, in RGL, n. 3, II, 366 ss.
- D'Andrea A. (2009), *Trasferimento per incompatibilità ambientale del familiare del disabile: non occorre il consenso in caso di incompatibilità ambientale del disabile o soppressione del posto*, in MGL, 918 ss.
- Mesiti D. (2013a), *Handicap, cecità e sordità*, Milano, Giuffrè, 5 ss.
- Mesiti D. (2013b), *L'handicap e il divieto di trasferimento del lavoratore*, in LG, n. 5, 503 ss.
- Limena F. (2009), *Trasferimento per incompatibilità ambientale del familiare che assiste un disabile*, in LG, n. 12, 1244 ss.
- Sessa E. (2014), *Il trasferimento del disabile per incompatibilità ambientale*, in RGL, n. 2, II, 278 ss.
- Tufo M. (2016), *Trasferimento del lavoratore, correttezza e buona fede*, in RGL, n. 3, II, 371 ss.

Michelangelo Salvagni
Avvocato del Foro di Roma

CASSAZIONE, 7.12.2016, n. 25201 – Pres. Di Cerbo, Est. Amendola – Riva del sole Spa (avv.ti Coen, Ruben) c. T.F.P. (avv.ti Picchi, Nappi). Cassa Corte d'Appello di Firenze, 29.5.2015.

Licenziamento individuale – Art. 3, l. n. 604/66 – Giustificato motivo oggettivo – Soppressione del posto – Perseguimento di una migliore efficienza gestionale o incremento di redditività dell'impresa – Sufficienza.

Ai fini della legittimità del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3, l. n. 604/66, l'andamento economico negativo dell'azienda non costituisce un presupposto fattuale che il datore di lavoro debba necessariamente provare e il giudice accertare, essendo sufficiente che le ragioni inerenti all'attività produttiva e all'organizzazione del lavoro, tra le quali non è possibile escludere quelle dirette a una migliore efficienza gestionale ovvero a un incremento della redditività dell'impresa, determinino un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo attraverso la soppressione di una individuata posizione lavorativa; ove però il licenziamento sia stato motivato richiamando l'esigenza di far fronte a situazione economiche sfavorevoli ovvero a spese notevoli di carattere straordinario e in giudizio si accerti che la ragione indicata non sussiste, il recesso può risultare ingiustificato per una valutazione in concreto sulla mancanza di veridicità e sulla pretestuosità della casuale addotta dall'imprenditore. (1)

(1) LA CASSAZIONE DELIMITA IL CONTROLLO DEL GIUDICE
SUL LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO

SOMMARIO: 1. Premessa. La peculiare rilevanza politica della pronuncia nell'attuale contesto storico-giuridico. — 2. Il percorso argomentativo seguito dalla Corte di Cassazione. — 3. Il licenziamento «economico» (per ragioni «aziendali») tra autonomia organizzativa dell'imprenditore e tutela della «stabilità» del lavoro. — 4. Il giustificato motivo di licenziamento tra norma e diritto vivente. — 5. Ragioni aziendali e tutela del lavoro tra libertà organizzativa dell'imprenditore e prova della «giustificatazza» del recesso. — 6. Alcune riflessioni conclusive.

1. — *Premessa. La peculiare rilevanza politica della pronuncia nell'attuale contesto storico-giuridico* — La prima riflessione che la decisione in commento solleva è certamente la seguente: perché essa ha suscitato tanto clamore se, come nelle motivazioni viene ricordato, l'orientamento proposto non è certo innovativo e/o dirompente rispetto al passato? Gli stessi Ermellini chiariscono che nella decisione accolgono uno dei due orientamenti sviluppatisi sul tema; orientamenti che peraltro sono sinteticamente ma esaustivamente illustrati nella prima parte della motivazione.

A me pare che le risposte debbano essere cercate, sul piano più «tecnico», nella sostanziale assunzione del Collegio giudicante di un ruolo ulteriore rispetto a quello di competenza: in buona sostanza, «come se fossero» le Sezioni Unite, anche esplicitando l'intenzione di *dare continuità, al fine di consolidarlo*, all'orientamento, tra i due sino a ora affermatosi, che per il momento, ai fini di immediata comprensione, possiamo definire più «liberale» (o se si vuole meno vincolistico rispetto alle possibili ragioni aziendali giustificative del licenziamento).

Quanto appena detto, evidentemente, accentua anche l'indubbia rilevanza «politica» della pronuncia, non a caso salutata, adesivamente o criticamente, come la definitiva attestazione che il diritto per le aziende di sopprimere posti di lavoro (ovviamente parliamo di licenziamento individuale) è svincolato dalla necessità di porre rimedio a sfavorevoli situazioni economico-finanziarie e/o di mercato, ma comunque legittimo anche solo al fine di incrementare ulteriormente, nelle scelte imprenditoriali, efficienza ed efficacia organizzativa e produttiva dell'azienda (1).

In buona sostanza, se con le riforme Fornero e Renzi (2) si è dovuta accettare l'idea che, anche nel caso in cui l'impresa si liberi illegittimamente di un lavoratore (e salvo i casi di licenziamenti nulli), comunque le conseguenze saranno limitate al pagamento di un *firing cost* nella maggior parte dei casi molto basso (se non irrisorio), la sentenza in commento sembra prospettare un'ulteriore riduzione di tutele, considerando il potenziale ulteriore allargamento dell'ambito di legittimità del licenziamento (3).

2. — *Il percorso argomentativo seguito dalla Corte di Cassazione* — Passiamo ad affrontare invece gli snodi più tecnici della questione. Rinviano più esaurientemente alla lettura della sentenza, conviene almeno in sintesi ricordare i termini specifici della questione, per poi ricostruire il dibattito più generale sotteso.

In estrema sintesi, il Collegio giudicante ritiene (vd. punto 5 della sentenza) che, contrariamente a quanto appunto sostiene l'orientamento alternativo, «L'interpretazione letterale della norma, da cui occorre necessariamente muovere, esclude che per ritenere giustificato il licenziamento per motivo oggettivo debba ricorrere, ai fini dell'integrazione della fattispecie astratta, un presupposto fattuale – che il datore di lavoro debba indefettibilmente provare e il giudice conseguentemente accertare – identificabile nella sussistenza di “situazioni sfavorevoli” ovvero di “spese notevoli di carattere straordinario”, cui sia necessario far fronte».

Infatti, prosegue la S.C., «dal punto di vista dell'esegesi testuale della disposizione è sufficiente che il licenziamento sia determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, tra le quali non possono essere aprioristicamente o pregiudizialmente escluse quelle che attengo-

(1) Vd., ad es.: Poso 2017; Ponterio 2017. Un'articolata riflessione sulla sentenza in commento, nonché sul peculiare ruolo con essa assunto dalla Sezione lavoro, in Speziale 2017, datiloscritto.

(2) Sulle riforme del 2012 e del 2015, tra i tanti e senza pretesa di esaustività: Magnani, Tiraboschi 2012; Pellacani 2013; Vallebona 2012; Zoppoli 2012; Speziale 2014; Tullini 2013; Gargiulo 2014; Varva 2015, 89 ss.; Ferraresi 2016, 103 ss.

(3) A tacere delle ulteriori implicazioni teoriche che secondo alcuni dovrebbero dedursi dal nuovo quadro normativo e che addirittura indurrebbero «a ritenere estinto l'obbligo di *repêchage* [...] correlato al licenziamento inteso come *extrema ratio*...» (Ferraresi 2016, 205).

no a una migliore efficienza gestionale o produttiva ovvero anche quelle dirette a un aumento della redditività d'impresa».

Inevitabilmente, la questione specifica rimanda al più generale tema, sotteso alla sentenza e ripreso nelle argomentazioni, costituito dall'annoso dilemma del confronto-conflitto tra i due interessi contrapposti e i loro «referenti» costituzionali: quello alla libera esplicazione del potere organizzativo-gestionale dell'imprenditore, da un lato, che fa leva sull'art. 41 Cost.; quello alla conservazione del «posto» di lavoro («stabilità»), dall'altro lato, con il «suo» referente costituzionale principale nell'art. 4 Cost. (in raccordo anche con i «limiti» alla libertà di iniziativa economica privata di cui alla seconda parte dell'art. 41 Cost.).

Il percorso argomentativo dei giudici di legittimità si svolge correttamente sul piano metodologico: anche il versante dei principi generali «costituzionali», nazionali ed europei (art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nonché art. 24 della Carta sociale europea) viene correttamente considerato. E la conclusione cui giunge la Corte è che né dalle citate norme della Costituzione né dalle norme europee pare possibile ricavare argomentazioni tali da dotare in via interpretativa il principio di necessaria giustificazione del licenziamento, come tradotto dall'art. 3, l. n. 604/66, con particolare riferimento al giustificato motivo «oggettivo», di una forza di «resistenza», rispetto al potere imprenditoriale di riorganizzare l'azienda e conseguentemente «amministrare» i rapporti di lavoro, diversa e superiore rispetto a quella che deve desumersi dal disposto normativo.

Tanto più tale «forzatura» risulta impossibile, ci ricorda la Corte, in quanto proprio lo stesso legislatore, in una norma specifica, l'art. 30, c. 1, l. n. 183/2010, ha imposto al giudice di limitare il controllo giudiziale, nel caso di norme contenenti clausole generali (come sarebbe anche l'art. 3, l. n. 604/66), «esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro...».

Infine, quasi a bilanciare la conclusione cui giunge, la Corte si premura di evidenziare comunque che «... La circostanza che tali effetti di ristrutturazione organizzativa possano essere originati dall'obiettivo di una migliore efficienza gestionale o produttiva, ovvero finalizzati a un incremento della redditività d'impresa (e quindi eventualmente del profitto) e non solo determinati dalla necessità di fare fronte a situazioni economiche sfavorevoli non contingenti oppure a spese straordinarie, non significa affatto che la decisione imprenditoriale sia sottratta a ogni controllo e sfugga a ben precisi limiti».

E pertanto, ricordata appunto la possibilità-opportunità del sindacato giudiziario su diversi aspetti, tra cui quello della «... effettività e non pretestuosità della ragione concretamente addotta dall'imprenditore a giustificazione del recesso...», conclude nel senso che «... La combinazione di siffatti controlli e limiti, oltre le comuni tutele del lavoratore dagli atti illeciti o discriminatori del datore, esclude che il potere di questi di risolvere il rapporto per motivazioni economiche possa essere assimilato a un recesso *ad nutum* frutto di scelte autosufficienti e insindacabili dell'imprenditore».

3. — *Il licenziamento «economico» (per ragioni «aziendali») tra autonomia organizzativa dell'imprenditore e tutela della «stabilità» del lavoro* — Ripercorse le motivazioni

della sentenza, proviamo a verificarne la effettiva correttezza e condivisibilità, alla luce del quadro normativo quale risulta nel diritto vivente, sulla scorta di decenni di applicazione e interpretazione della giurisprudenza e della dottrina.

Il punto di partenza è che il recesso del datore di lavoro non può essere «libero», ma deve essere, per l'appunto, «giustificato». Tale principio, imposto dal nostro legislatore nel 1966, come ricordato, è assunto al rango di principio sovranazionale, in virtù della disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 30) nonché della Carta sociale europea (art. 24).

L'importanza delle disposizioni europee è indubbia: è con queste ultime, infatti, che il principio di necessaria giustificazione del licenziamento acquista la forza di un diritto fondamentale del lavoratore (4).

Il che ha certamente agevolato anche la nostra Corte costituzionale, inizialmente restia a rinvenire nella Carta costituzionale il principio di necessaria giustificazione del licenziamento, pur evidenziando, con riguardo in particolare all'art. 4 Cost., la valenza costituzionale della stabilità dell'occupazione, la quale esige che il legislatore «assicuri a tutti la continuità del lavoro, e circondi di doverose garanzie [...] e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti (5). Successivamente, infatti, "... – sempre in aderenza agli orientamenti registrabili presso la giurisprudenza delle Corti degli altri paesi europei – parla ormai *apertis verbis* di «garanzia costituzionale» del diritto di non subire «un licenziamento arbitrario» ovvero di «essere estromesso dal lavoro ingiustamente e irragionevolmente» (6).

L'importanza del principio è ovvia. Ma, come ci ricorda anche la Suprema Corte nella sentenza in commento, non si può ricavare da esso più di quanto contenga, dovendo «bilanciare» quel principio con l'altro, espressamente statuito nella nostra Carta costituzionale e notoriamente di primaria rilevanza a livello europeo, della libertà di organizzazione e gestione dell'impresa (iniziativa economica privata: art. 41 Cost.). E, nonostante qualche tentativo, «proprio alla luce della giurisprudenza costituzionale, l'art. 41 Cost., pur attribuendo al legislatore ordinario un ampio potere di intervento normativo, non prefigura la libertà economica come gerarchicamente inferiore ai principi di tutela del lavoro che non vengono richiamati dal c. 2 del medesimo art. 41» (7).

(4) Vd. Zoppoli 2015, 115-116. Sulle citate norme europee, cfr. anche, tra gli altri: Orlandini 2012, 624, che ne proponeva l'utilizzo già in riferimento alla riforma Fornero; Cester 2015, 8-10; Perulli 2015, 418; Speziale 2015, 41 ss.; Saracini 2016; Delfino 2014, 180 ss.

In tema, sono interessanti due recenti decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali, del 31 gennaio 2017, *complaints* n. 106/2014 e n. 107/2014 (vedile in *Questione giustizia*). In particolare, la prima delle due, pronunciandosi con riferimento alla legislazione finlandese, e con riferimento all'art. 24 della Carta sociale europea e al principio della necessaria giustificazione del licenziamento, esprime valutazioni, circa la «natura» delle ragioni aziendali, che paiono alquanto omogenee a quelle contenute nella sentenza in commento.

(5) Così C. cost. 28.12.1970, n. 194. Sul punto, vd. Nogler 2007, 611 ss.

(6) Nogler 2007, 612, che cita C. cost. 4.12.2000, n. 541; C. cost. 10.2.2006, n. 56, e C. cost. 8.2.1991, n. 60.

(7) Sempre Nogler 2007, 601. Per una recente ricostruzione del dibattito, vd. anche Ferraresi 2016, 12 ss.; per una recentissima ricostruzione, invece, volta a privilegiare, ai fini di una corretta interpretazione delle norme sul «giustificato motivo oggettivo» di licenziamento, il «principio lavoristico» sotteso alla Costituzione, vd. Speziale 2017, dattiloscritto.

Dunque, pare difficile revocare in dubbio le affermazioni della Suprema Corte relativamente alla considerazione che il «bilanciamento» tra i due principi, e interessi, di pari rango costituzionale, è affidato al legislatore ordinario, al quale, in astratto, si presenta l'alternativa «tra il modello in cui a prevalere è la libertà di iniziativa economica privata rispetto all'interesse del lavoratore alla continuità occupazionale e quello che, all'opposto, inverte la gerarchia tra i due valori» (8).

Inevitabilmente, il percorso torna alla legislazione ordinaria, in specie all'art. 3, l. n. 604/66, per quanto concerne gli aspetti «causali» che qui ci occupano. Ciò, avendo ben a portata di mano gli strumenti-parametri derivanti dai principi costituzionali: a) la stabilità del lavoro è un valore di dignità costituzionale; b) il principio di giustificazione del licenziamento è un diritto fondamentale; c) l'imprenditore ha il diritto, anch'esso di rilievo fondamentale, a organizzare e gestire l'impresa come meglio crede, anche con riguardo alla risorsa lavoro, purché nel rispetto dei diritti del lavoratore così come definiti dalle norme costituzionali e, nel nostro caso, dalle leggi ordinarie: certamente la l. n. 604/66, ma con uno sguardo più ampio anche al sistema normativo lavoristico nel suo complesso, nazionale e non solo.

4. — *Il giustificato motivo di licenziamento tra norma e diritto vivente* — Veniamo dunque alla disciplina del 1966 e alla sua applicazione. Con la formulazione dell'art. 3, l. n. 604/66, il legislatore individua nelle «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa» i presupposti fattuali di legittimità dell'atto di recesso datoriale e al contempo gli elementi di bilanciamento con le esigenze di tutela del (rapporto) del prestatore di lavoro.

Condivisibilmente, la prevalente opinione rinviene negli elementi di cui all'art. 3, l. n. 604, presupposti di fatto riconducibili a elementi oggettivi della struttura organizzativa e produttiva dell'azienda (9); non, invece, riconducibili alle ragioni soggettive (motivi) delle scelte organizzative dell'imprenditore (10).

Sul punto, si è correttamente inquadrato tale bilanciamento in termini di un controllo di «ragionevolezza sociale», con il quale «è il legislatore a dettare la misura entro la quale l'esercizio del potere può ritenersi socialmente accettabile (o ragionevole, per l'appunto) attraverso la selezione delle circostanze e/o fini che, per la loro apprezzabilità e rilevanza, egli ritiene idonei a supportare il pregiudizio degli interessi sacrificati con l'adozione della scelta tecnico-organizzativa» (11).

E dunque, «Vincolando il potere di licenziamento alla sussistenza delle ragioni oggettive, si costringe il datore di lavoro a compiere la modifica organizzativa in modo inequivocabile e senza possibilità di dare indirettamente rilevanza alla persona del lavoratore...» (12).

(8) Brun 2012, 90. Nella cospicua bibliografia sul tema, si vedano, tra i tanti: Carinci 2005; D'Antona 1999; Ballestrero 2007; Giubboni 2006; De Angelis 2007; Zoppoli 2000; Gragnoli 2006.

(9) Tra i tanti, cfr.: Napoli 1980, 16 ss.; Zoli 2008; in giurisprudenza, cfr.: Cass. 21.10.2015, n. 23620; Cass. 3.11.2014, n. 23382, in *NGL*, 2015, 185 ss.; Cass. 15.7.2015, n. 14807.

(10) In questo senso, già Prosperetti 1967, 141 ss.; più di recente, Gragnoli 2006.

(11) Brun 2012, 25.

(12) Nogler 2007, 643.

Come noto, ma ai fini del presente lavoro interessa di meno, il bilanciamento dei contrapposti interessi è poi completato, nella prassi giurisprudenziale, dall'elemento ulteriore dell'*extrema ratio*, e dunque, una volta acclarata la sussistenza della ragione aziendale su cui fonda la soppressione del posto, e il relativo nesso causale con lo specifico atto di recesso, richiede anche la necessaria verifica dell'impossibilità del *repêchage* del dipendente il cui posto è soppresso.

Ciò detto, e tornando ai presupposti di legittimità, la formulazione dell'art. 3, per quanto qui ci riguarda con riferimento al motivo cd. «oggettivo», è estremamente generica, lasciando dunque «all'interpretazione delle sue sintetiche previsioni stabilire che cosa significhi la necessaria giustificazione e quale spazio sia attribuito al sindacato giudiziale» (13).

La ricognizione della giurisprudenza sviluppatasi sul tema, anche alla luce delle numerose e approfondite analisi che ne sono state fatte (14), consente di esporre in estrema sintesi alcuni risultati.

La prima conclusione che pare opportuno evidenziare, ai fini di questo commento, è che inevitabilmente separare i principi (massime) elaborati dalla giurisprudenza di legittimità dalle fattispecie concrete sottoposte all'esame dei giudici è quasi impossibile: nel senso che ovviamente «... la giurisprudenza, in virtù della funzione cui deve assolvere, è impegnata in un'attività eminentemente pratica, in quanto giustificata e condizionata da casi concreti, piuttosto che nel giudizio astratto in merito all'assetto di interessi presupposto dalle norme di riferimento [...] Sulla base di questo modo di procedere, eventuali tendenze a leggere le norme attraverso la rilevanza attribuita *a priori* a un interesse, tra quelli implicati nella questione, piuttosto che a un altro, vengono stemperate e "filtrate" dai fatti, perdendo quella monoliticità o assolutezza, tipica delle affermazioni di principio, difficilmente compatibile con le sfumature ravvisabili nella realtà delle cose» (15).

Sulla scorta di tale premessa, va allora considerato che anche le affermazioni di principio rinvenibili nelle decisioni della Cassazione sono inevitabilmente tributarie delle circostanze di fatto su cui si è sviluppato il sindacato dei giudici di merito, cui sono indissolubilmente legate; e dunque, con riferimento, ad esempio, all'orientamento criticato dalla sentenza in commento, «... non è corretto estrarre dalla motivazione della sentenza la massima secondo cui il licenziamento per redistribuzioni delle mansioni è possibile solo se è diretto a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti» (16).

In buona sostanza, estrapolare dei principi universalmente validi dalle pronunce della giurisprudenza, sul tema così delicato come quello qui affrontato, può essere, se non inutile, certamente ingannevole e comunque non esaustivo, nel momento in cui la portata assiologica del principio può sfumare grandemente se la si legge rapportandola al caso concreto.

(13) Gagnoli 2017 (in corso di stampa).

(14) Tra gli altri, e relativamente più recenti: De Luca Tamajo, Bianchi D'Urso 2006; Nogler 2007; Calcaterra 2009; Brun 2012; Nuzzo 2012; Carinci 2005; Speciale 2014; Varva 2015; Ferraresi 2016.

(15) Brun 2012, 34.

(16) Nogler 2007, 642; sul punto, cfr. anche De Angelis 2007.

Con ciò, evidentemente, non si vuol negare qualsiasi rilievo agli orientamenti (soprattutto) della Suprema Corte e ai principi da essi enucleati, bensì sottolineare che, con specifico riguardo ai due orientamenti di cui qui principalmente si discute, ciascuno di essi può risultare veritiero e condivisibile «relativamente» al contesto fattuale dai cui ha tratto specificamente origine. Il che, peraltro, può spiegare anche perché entrambi gli orientamenti si siano parallelamente divisi il campo nel corso del tempo.

Ciò detto, ai fini del presente commento pare superfluo ripercorrere più dettagliatamente l'operato della giurisprudenza, riassumibile nella seguente condivisibile sintesi: «l'orientamento della Sezione lavoro della Cassazione appare molto meno invasivo delle prerogative imprenditoriali di quanto viene spesso adombrato in dottrina e può essere riassunto nelle seguenti tre regole: (a) quando non sono stati provati elementi che mettano in discussione l'effettiva realizzazione della modifica organizzativa, oppure addirittura il suo carattere non fraudolento, la Cassazione si accontenta, di norma, della prova della sussistenza della medesima senza entrare nel merito del motivo imprenditoriale che sta a monte; b) l'intensità del richiamo ai motivi imprenditoriali è direttamente proporzionale alla maggior o minore evidenza del *quid novi* [...] c) quanto più numerosi sono gli indizi concreti sulla non veridicità o sul carattere fraudolento del licenziamento tanto più intensamente il datore di lavoro tenta di far valere i motivi imprenditoriali» (17).

5. — *Ragioni aziendali e tutela del lavoro tra libertà organizzativa dell'imprenditore e prova della «giustificatezza» del recesso* — Possiamo ora cercare di tirare le fila del nostro ragionamento, sulla base delle considerazioni sinora svolte e dei risultati in qualche maniera consolidati.

In primo luogo, conviene ribadire che, per un quadro normativo più completo, oltre i riferimenti dell'art. 3, l. n. 604/66 («ragioni inerenti all'organizzazione...»), ai fini dell'individuazione del presupposto di legittimità del licenziamento individuale conviene aver presente anche la nozione dell'art. 24, l. n. 223/91 («riduzione o trasformazione dell'attività o del lavoro»), nonché, come detto, quella dell'art. 24 della Carta sociale europea («necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio»). Non se ne ricavano certo indizi particolarmente diversi e/o innovativi rispetto alla formulazione della legge del 1966, ma qualche ulteriore elemento di chiarezza, sulle possibili ragioni «organizzative», soprattutto dalla previsione della legge del 1991. In particolare, e con riferimento al caso che qui ci occupa, rientra dunque certamente tra i presupposti di legittimità del licenziamento la modifica organizzativa che, indipendentemente e a prescindere da riduzioni di *attività*, sia sostanzialmente dovuta a una riduzione di *lavoro*. Ciò, per automatizzazione di fasi lavorative e conseguentemente minore esigenza di prestazioni lavorative, o per esternalizzazione di fasi dell'attività, o, ancora, qualora invece il presupposto vada rintracciato in una *trasformazione di attività e/o lavoro*, laddove il presupposto organizzativo risieda nella eliminazione di fasi e/o posizioni del processo produttivo e/o amministrativo, con assegnazione delle attività proprie di quella fase-posizione ad altre ripartizioni-posizioni della struttura organizzativa e gestionale dell'azienda.

(17) Nogler 2007, 641.

Ciò detto, cerchiamo di definire altri punti fermi, a nostro avviso, ai fini della valutazione della legittimità del licenziamento.

a) Il licenziamento deve essere «giustificato» da una ragione organizzativa-produttiva aziendale. Ovvero, l'atto di gestione-amministrazione del rapporto del datore di lavoro (recesso) deve essere preceduto da un atto organizzativo dell'imprenditore, che necessariamente *non può coincidere con il licenziamento*. Per far riferimento al caso della sentenza in commento, occorre *prima* (dimostrare di) porre in essere la modifica organizzativa (e dunque sopprimere una fase-posizione della struttura organizzativa e produttiva aziendale) e non invece sostanzialmente realizzare la modifica (soppressione della fase-posizione) *con* il licenziamento del lavoratore, facendo così coincidere le due fasi. Se ciò accade, il licenziamento è ingiustificato, si può dire, in quanto di fatto si tramuta in un atto autoreferenziale e, dunque, arbitrario, dell'imprenditore-datore di lavoro (18).

b) L'effettiva esigenza («necessità», secondo l'art. 24 della Carta sociale europea) «organizzativa» deve essere provata dal datore di lavoro-imprenditore, ai sensi della normativa di legge (art. 5, l. n. 604/66) (19).

c) Su tale «prova» si può e deve concentrare il sindacato del giudice. La rilevanza del controllo del giudice è di tutta evidenza se si considera che, nel caso del licenziamento individuale, è l'unico reale «filtro» tra l'atto datoriale e i suoi effetti. Nel caso dei licenziamenti per riduzione di personale, come noto, soccorre il controllo sindacale (di fatto sostitutivo di quello giudiziario). Vero è che nel nostro ordinamento si sono, in diversi periodi e modi, introdotte (ed eliminate) procedure conciliative in sede amministrativa (da ultimo, art. 7, l. n. 604/66), ma di fatto si sono tradotte in una anticipata «monetizzazione» del licenziamento se non in una mera condizione di procedibilità per l'accesso al contenzioso giudiziario.

d) Ciò detto, si arriva allo snodo più delicato della questione, che ci conduce poi anche al cuore della massima della sentenza commentata: «cosa» deve provare il datore di lavoro? «Dove» può arrivare il sindacato del giudice? Quale rilevanza assumono, in tale sindacato, elementi esterni dovuti alla esigenza di salvaguardare l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto?

In quest'ottica, non pare ultroneo richiamare anche qualche altro elemento, nel complessivo quadro regolativo ordinamentale. In particolare, a nostro parere va data

(18) In tema, cfr. Cass. 28.9.2016, n. 19185: «Il datore di lavoro può, ai fini di una più efficiente ed economica gestione aziendale, distribuire tra più lavoratori le mansioni della persona licenziata e il risultato finale fa emergere come in esubero la posizione del dipendente che le svolgeva in maniera esclusiva. Ai fini della valutazione della congruità della scelta non basta però che i compiti siano stati suddivisi tra altri lavoratori ma è necessario che tale riassetto sia all'origine del licenziamento anziché costituirne un mero effetto».

(19) Tra le tante, Cass. 3 luglio 2003, n. 10554: «Sul datore di lavoro incombe l'onere di dimostrare la concreta riferibilità del licenziamento individuale a iniziative collegate a effettive ragioni di ordine produttivo e organizzativo (che devono essere tali, nella loro oggettività e non in forza di un atto del datore che presenti margini di arbitrarietà, da determinare, con stretto nesso di consequenzialità, l'inutilizzabilità della prestazione lavorativa: Cass. 9 luglio 2001 n. 9310) e la impossibilità di utilizzare il lavoratore in altre mansioni compatibili con la qualifica rivestita, in relazione al concreto contenuto professionale dell'attività cui il lavoratore era precedentemente adibito».

rilevanza anche alle normative che regolano la tipologia di rapporti di lavoro, che come noto nell'ultimo quindicennio hanno affiancato al classico rapporto di lavoro stabile a tempo indeterminato le diverse tipologie di lavoro cd. flessibile, *in primis* il lavoro a tempo determinato. Ovviamente, non perché esse abbiano una rilevanza «diretta» sul tema in discussione; ma almeno indiretta sì.

Tali elementi andrebbero forse tenuti in conto dalla S.C., nella parte in cui afferma che «non pare dubbio che spetta all'imprenditore stabilire la dimensione occupazionale dell'azienda, evidentemente al fine di perseguire il profitto che è lo scopo lecito per il quale intraprende. Tale scelta è sicuramente libera nel momento genetico in cui nasce l'azienda e si instaurano i rapporti di lavoro in misura ritenuta funzionale allo scopo. Anche durante la vita dell'azienda la selezione del livello occupazionale dell'impresa rimane libera e non può essere pertanto sindacata al di fuori dei confini stabiliti dal legislatore...».

Non può, infatti, non considerarsi che l'attuale quadro normativo consente in tutta tranquillità al datore di lavoro di poter variare le risorse umane necessarie alla sua organizzazione, nel senso di incrementarle, anche ricorrendo a tipologie di lavoro «non stabile», sottratte alla generale disciplina dei licenziamenti; e, dunque, nel momento in cui decide di assumere «stabilmente» un dipendente, a copertura di esigenze organizzative ritenute «stabili», egli in qualche maniera non può non assumersi una diversa responsabilità in ordine alla decisione di cambiare quell'assetto e di conseguenza recedere da quel rapporto.

Ovviamente, la legge gli consente di farlo; ma, forse, chi ha il compito di accertare la sussistenza di quelle ragioni non potrà non tener conto, anche per detti motivi, che le ragioni stesse siano, oltre che effettive, «serie» (e dunque non pretestuose).

Così come non pare opportuno scindere del tutto il discorso sulla disciplina delle ragioni del licenziamento da quello sul regime sanzionatorio. Certamente, tale riforma non ha inciso, se non solo perifericamente, sull'art. 3, l. n. 604/66 (se non per la previsione che obbliga alla comunicazione contestuale dei motivi, comunque significativa anche ai fini di queste riflessioni) (20); ma in una valutazione globale della normativa, deve pur avere un significato la circostanza che dopo la riforma del 2012, e ancor più quella del 2015, nel caso di licenziamento ingiustificato le conseguenze per il datore di lavoro sono solo economiche e spesso anche di ammontare non certo, diciamo così, preoccupante (specialmente nel caso di dipendenti con scarsa anzianità di servizio).

Tornando quindi al ragionamento più squisitamente tecnico-giuridico:

a) Resta fermo che non rientra nel sindacato del giudice, normalmente, considerare motivi «altri» e, come dire, «interni» e anteriori rispetto alle ragioni organizzative e produttive addotte dall'imprenditore (21). Il bilanciamento o controllo di «ragionevolezza sociale» sull'atto di recesso opera attraverso la verifica dell'effettiva sussistenza di tali ragioni (oltre che, come noto, sulla sussistenza del nesso causale tra la modifica organizzativa e la risoluzione di «quel» rapporto di lavoro; elemento di certo non secondario ai fini della valutazione di legittimità del licenziamento) (22). Dunque, in

(20) Ma, per una diversa opinione, vd. *retro*, nota 3.

(21) Cfr.: Cass. 24.5.2011, n. 11356, in *LG*, 2002; Cass. 9.7.2001, n. 9310, in *NGL*, 2001, 787; Cass. 10.5.2007, n. 10672, in *RIDL*, 2007, II, 989.

(22) Tra le tante, vd.: Cass. 22.8.2007, n. 17887, in *LG*, 2008, 19; Cass. 17.5.2003, n. 7750, in *NGL*, 2003, 747; Cass. 20.8.2003, in *MGL*, 2003, 940.

partenza, restano estranee alla valutazione del giudice le motivazioni ulteriori che sono dietro alla ragioni-modifiche organizzative (perdite economiche, aumento produttività e redditività ecc.): l'imprenditore può e deve poter gestire l'azienda senza dover «giustificare» le scelte organizzative che restano espressione del suo potere imprenditoriale (cd. *Management prerogatives*).

b) Le modifiche (ragioni) organizzative, in ragione della esistenza dell'interesse del lavoratore (tutelato dall'ordinamento) alla conservazione del rapporto di lavoro (stabilità), devono però essere «comprovate», con onere della prova a carico del datore di lavoro, giacché è tale prova che garantisce che non si tratti di un licenziamento «pretestuoso» e, in definitiva, «libero», quindi «arbitrario» e dunque illegittimo in quanto ingiustificato.

c) Nella maggioranza dei casi, cioè, tale prova, e il corrispondente sindacato del giudice, sarà più agevole là dove la modifica organizzativa e/o produttiva consiste in (ed è dunque dimostrata da) un atto-fatto di piena oggettiva evidenza probatoria: ad esempio, nel caso di esternalizzazione o acquisto di nuovi e più moderni strumenti di produzione (cd. licenziamenti tecnologici ecc.) rispetto ai quali la «soppressione di posto» è diretta conseguenza.

d) In altri casi, l'effettiva sussistenza della modifica (ragione) organizzativa, e la sua preesistenza all'atto di gestione del rapporto (licenziamento), non è di altrettanto agevole evidenza, nonché dimostrazione, come appunto in possibili ipotesi di «soppressione del posto» simili a quella del caso *de quo*: ossia là dove l'atto di organizzazione aziendale (soppressione di una posizione-funzione nella struttura organizzativa-organigramma aziendale) rischia, più che di precedere, di coincidere con l'atto di amministrazione del rapporto (in buona sostanza, cioè, la soppressione di *quel* posto è il licenziamento di quel dipendente) (23). È evidente, infatti, che, se così fosse, in buona sostanza la «ragione organizzativa» dell'imprenditore coinciderebbe con il motivo-intenzione del datore di lavoro, rendendo inevitabilmente impossibile distinguere quel licenziamento da un licenziamento «arbitrario».

Considerando altresì che, a differenza del settore pubblico – dove la struttura organizzativa degli enti e le relative dotazioni organiche sono la risultanza di procedimenti e atti amministrativi formalmente consacrati e modificabili solo con complesse procedure che coinvolgono gli organi di indirizzo e governo dell'ente –, nelle aziende private, ancor più medio-piccole, l'assetto organizzativo e le correlazioni con le risorse umane sono ben più agevolmente modificabili e, se si vuole, «manipolabili».

In tali casi di soppressione del posto («soppressione di funzione» come definita dalla Suprema Corte nelle motivazioni), dunque, così come nei casi di soppressione di una posizione (e posto) con (per) ripartizione delle mansioni tra altri dipendenti dell'azienda (caso, anche questo, esemplificativamente citato in sentenza), per le ragioni dianzi chiarite, anche con riferimento al complessivo contesto legislativo che oggi regola la disciplina del licenziamento, il controllo del giudice, in assenza di altri «filtri», dovrà necessariamente essere più puntuale e profondo; e non per sindacare «sulle valutazioni tecniche, organizzative, e produttive che competono al datore di lavoro» (art. 30, c. 1,

(23) Come pure nell'ipotesi citata in sentenza (p. 12) della soppressione del posto di lavoro per sostituire quel lavoratore con altro assunto a minor costo (su cui Cass. n. 3353 del 1994, S.U., in *DPL*, 1994, 2188). Sul punto, cfr. anche Santoro Passarelli 2016, 6-7.

l. n. 183/2010); bensì per accertare che tali ragioni vi siano e siano, come dire, non pretestuose, dunque «effettive» («serie»), individuabili sulla scorta di un assetto strutturale e organizzativo oggettivamente ed effettivamente dato (e soprattutto non soggettivamente e all'uopo predisposto) (24). Perché, se ciò non è con certezza ed evidenza dimostrabile, allora deve ritenersi che quella modifica organizzativa coincida con il licenziamento, pertanto da ritenere immotivato e arbitrario. E, ai fini di tale controllo, sarà viepiù essenziale la verifica della effettiva sussistenza del necessario nesso causale tra le ragioni-modifiche organizzative e il licenziamento di *quel* dipendente (25).

E, in tale controllo, il giudice, oggi, a mio parere, non può obliterare che il valore della «stabilità» del posto deve essere rivalutato alla luce del complessivo contesto regolativo, che vede l'imprenditore-datore di lavoro, rispetto a qualche anno fa, ben più tutelato nella possibilità di selezionare il tipo di rapporto di lavoro (o di prestazione lavorativa senza costituzione del rapporto: somministrazione) anche in relazione a esigenze organizzative e produttive più o meno stabili, come pure nella possibilità di recedere dal rapporto di lavoro, senza più il timore di commettere qualche «errore» nella osservanza dei vincoli legislativi e di doversi accollare i possibili eccessivi oneri derivanti da alcune patologie della vecchia normativa; bensì potendo limitarsi a «pagare» solo un ragionevole (ma più per lui che per il lavoratore) *firing cost* per il licenziamento (si badi bene, illegittimo).

Invero, nell'esercizio di tale delicata funzione, oggi, un ausilio importante potrebbe essere fornito dalle risultanze del procedimento conciliativo di cui all'art. 7, l. n. 604/66 (ovviamente a esclusione dei casi di applicazione del nuovo regime «a tutele crescenti»), che il giudice potrebbe, e dovrebbe, valutare con attenzione. Certo, ciò richiederebbe un impegno da parte degli Organi conciliativi pubblici che purtroppo non sovente si riscontra.

Non si condivide, comunque, l'opinione di chi ritiene che il sindacato del giudice, in casi come quello cui si riferisce la sentenza in commento, debba spingersi sino a una verifica della effettiva maggiore efficacia e/o produttività aziendale, anche sulla base di criteri propri delle scienze aziendali (26). Perché ciò certamente significherebbe esercitare quel controllo di merito sui poteri imprenditoriali da sempre negato dalla giurisprudenza (e dal 2010 anche dalla legge: art. 30, l. n. 183).

(24) Cfr. anche Santoro Passarelli 2016, 9.

(25) Significativa, quale concreto esempio applicativo del ragionamento appena svolto, è una recente pronuncia del T. Milano 27.2.2017, ord., anche in ragione della circostanza di essere successiva alla sentenza della Cass. qui commentata, peraltro espressamente menzionata dal giudice. In particolare, vale la pena riportare alcuni passaggi delle argomentazioni che hanno condotto il Tribunale a dichiarare la «manifesta insussistenza del fatto» con reintegrazione del ricorrente: «... La ragione del licenziamento non può essere costituita da un generico ridimensionamento dell'attività imprenditoriale, ma dalla necessità di procedere alla soppressione del posto o del reparto cui è addetto il singolo lavoratore. Specialmente in complessi aziendali di rilevanti dimensioni, la motivazione di un licenziamento per g.m.o. non può essere lasciata a una giustificazione non specifica che non renda cioè in particolare la ragione per la quale la crisi o l'operazione riorganizzativa dovrebbe concernere proprio quel lavoratore [...] L'effettività della ragione addotta è lemma che va inteso in senso etimologico di ciò che è atto a produrre l'effetto di quel licenziamento e non di quello di qualunque altro lavoratore...».

(26) In tal senso parrebbe Santoro Passarelli 2016, 8 ss. Cfr., per tale possibilità, anche Carinci 2011; criticamente, Tullini 1990; Brun 2012, 94 ss.

Se così è, la questione, allora, non è tanto che si può licenziare (sopprimere il posto) solo se sussistono gravi ragioni economico-finanziarie e non mere ragioni di incremento di efficienza aziendale; quanto, invece, che si può licenziare (sopprimere il posto) solo se sussistono ragioni organizzative-produttive effettivamente individuabili (e quindi comprovabili) nell'ambito di un assetto organizzativo aziendale oggettivamente dato.

Ed è ragionevole che, in caso di incertezza, la presenza di comprovate e verificabili esigenze (difficoltà) economico-finanziarie fornisca comprensibilmente una sorta di presunzione (*iuris tantum*) o comunque di *fumus*, di effettiva sussistenza delle ragioni organizzative, la cui assenza, invece, inevitabilmente suggerisce di valutare *funditus* le eventuali «altre» ragioni organizzative-produttive.

6. — *Alcune riflessioni conclusive* — Anche le valutazioni conclusive, come la premessa, non possono non acquistare, in parte, carattere «politico». In primo luogo, e a prescindere da qualsiasi valutazione tecnico-giuridica, e pur avendo ben presente la difficile situazione delle aziende (soprattutto medio-piccole), da diversi anni in lotta per la sopravvivenza nel critico contesto economico-finanziario che ci contraddistingue, francamente non si può non rilevare che non si avvertiva affatto il bisogno di un'ulteriore sferzata sulle già debolissime difese dei lavoratori (almeno nell'impresa privata), a valle dei pesanti interventi legislativi di riforma della disciplina dei licenziamenti, che tra il 2012 e il 2015 hanno violato anche l'«ultimo tabù» (27) nelle tutele normative del lavoro subordinato, sommergendolo sotto un diluvio torrenziale che ha portato via parte importante degli argini consolidati nel ventesimo secolo a difesa del castelletto del lavoro dipendente.

E dunque, avvertenza ai naviganti: il vento continua a soffiare in una precisa direzione!

Quanto poi al «nocciolo» della massima affermata dalla sentenza (o almeno a una sua parte), francamente non può non destare qualche perplessità l'idea che, nell'attuale complessivo contesto normativo, un imprenditore possa licenziare (*rectius*: modificare l'assetto organizzativo e produttivo) *anche solo per trarne maggior profitto*; diverso, seppure possano sembrare mere sottigliezze terminologiche, è sostenere la finalità di perseguire una migliore efficienza organizzativa e produttiva, pur in assenza di negativi risultati economico-finanziari (certo, nella ovvia consapevolezza che a quest'ultima può anche conseguire il primo). Un miglior andamento aziendale può aprire la prospettiva (al di là del mero profitto individuale dell'imprenditore) anche di un miglioramento della condizione professionale ed economica dei dipendenti dell'impresa, nonché comportare potenziali benefici anche sul complessivo contesto economico-produttivo e occupazionale e, quindi, risultare, come dire, più «compatibile» anche con finalità largamente «sociali»; laddove parlare di incremento dei profitti sposta il discorso più direttamente sul mero egoistico interesse dell'imprenditore. Mi rendo conto che si tratta di argomentazioni più politiche che giuridiche, ma è ben noto che, specie nella nostra materia, nel passaggio dalla norma al diritto vivente le implicazioni metagiuridiche (economiche, sociali, politiche ecc.) hanno spesso influenza notevole se non decisiva.

(27) Accornero 1999.

In questo senso, e tutto considerato, nell'attuale sistema normativo – europeo e nazionale –, il bilanciamento tra interessi, e poteri, imprenditoriali-datoriali e interessi, e diritti, dei prestatori di lavoro impone di ritenere che, sul piano tecnico-giuridico come su quello «etico», la «giustificazione» del licenziamento per ragioni aziendali richieda, «oggettivamente», qualcosa «di più» del mero interesse (individuale) al maggior profitto dell'imprenditore.

E dunque, riprendendo le massime enunciate dai due orientamenti in cui si inserisce la sentenza in commento, si dovrebbe concludere che, come sempre, «la verità sta nel mezzo»: in via di principio, cioè, pare corretto sostenere che per la giustificazione del licenziamento per motivo oggettivo non debba necessariamente ricorrere il presupposto fattuale di situazioni economico-finanziarie sfavorevoli o di rilevanti spese di carattere straordinario (che dunque tali ragioni giustificative possano anche risiedere nell'obiettivo di conseguire una migliore efficienza gestionale o produttiva); ma che non sia invece giustificabile la ragione del mero incremento del profitto personale dell'imprenditore.

Più in generale, le pur comprensibili esigenze di contemperamento dell'interesse alla «stabilità» del lavoratore non riescono, a mio parere, ad argomentare solidamente letture più garantiste e «restrittive» (come quella sconfessata dalla sentenza in commento). Il che non deve però condurre a concludere per una definitiva, irrefrenabile e incontestabile affermazione di un indiscriminato dispiegarsi delle prerogative imprenditoriali. A ciò contrastano, per un verso, i permanenti, opportuni e necessari, spazi di sindacato giudiziario, nei termini che si spera aver chiarito; per altro verso, la sopravvivenza dell'altro criterio di bilanciamento, affidato al principio del *repêchage*. Principio che, a mio avviso, e contrariamente ad alcune recenti ricostruzioni teoriche, nonché prassi applicative della giurisprudenza, andrebbe invece, in una prospettiva di equilibrio sistematico, rivalutato e irrobustito, anche in termini di onere probatorio datoriale e poteri istruttori del giudice.

Riferimenti bibliografici

- Accornero A. (1999), *Lavorare con meno vincoli e più responsabilità*, Laterza.
- Ballestrero M.V. (2007), *Il valore e il costo della stabilità*, in LD, 389 ss.
- Brun S. (2012), *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, Padova.
- Calcaterra L. (2009), *La giustificazione oggettiva del licenziamento. Tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, Esi, Napoli.
- Carinci M.T. (2005), *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in (diretto da) Galgano F., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 74 ss.
- Carinci M.T. (2011), *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. n. 183/2010*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 114.
- Cester C. (2015), *I licenziamenti nel Jobs Act*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 273.
- De Angelis L. (2007), *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, in LD, 465 ss.

- De Luca Tamajo R., Bianchi D'Urso F. (2006) (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Giuffrè, Milano.
- Delfino M. (2014), *La Corte e la Carta: un'interpretazione «utile» dei diritti e dei principi fondamentali*, in *DLM*, 180 ss.
- Ferraresi M. (2016), *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dalla legge n. 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, 2016.
- Gargiulo U. (2014), *Il licenziamento economico alla luce del novellato art. 18*, in *DLM*, 87 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.
- Gragnoles E. (2006), *La riduzione del personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, in Galgano F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, vol. 40.
- Gragnoles E. (a cura di) (2017), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. V, Cedam-Wolter Kluwer (in corso di stampa).
- Magnani M., Tiraboschi M. (a cura di) (2012), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè.
- Napoli M. (1980), *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano.
- Nogler L. (2007), *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in *DLRI*, 593 ss.
- Orlandini G. (2012), *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *DLRI*, 624 ss.
- Pellacani G. (2013) (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, 2013.
- Perulli A. (2015), *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti*, in *RGL*, I, 413 ss.
- Ponterio C. (2017), *Il nuovo orientamento della Cassazione sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Questione giustizia*, <http://www.questionegiustizia.it>, 2.
- Poso A. (2017), *La Cassazione supera definitivamente la giurisprudenza sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento ispirata alla funzione sociale dell'impresa?*, in *Labor*, in www.rivistalabor.it/, 12 gennaio.
- Prosperetti U. (1967), *Il recesso dal contratto di lavoro e il principio del giustificato motivo*, in *Aa.Vv., Giusta causa e giustificati motivi nei licenziamenti individuali*, Atti del Convegno di Firenze, Milano, 1967, 141 ss.
- Santoro Passarelli G. (2016), *Il licenziamento per giustificato motivo «organizzativo»: la fattispecie*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 317.
- Saracini P. (2016), *La tutela indennitaria del contratto di lavoro a tutele crescenti al cospetto dell'ordinamento dell'Unione europea*, in *VTDL*, n. 3, 537 ss.
- Speziale V. (2014), *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in *RGL*, I, 245 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. 259/2015.
- Speziale V. (2017), *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o «normale» licenziamento economico?*, dattiloscritto in corso di stampa.

- Tullini P. (1990), *Clausole generale e rapporto di lavoro*, Maggioli, Rimini.
- Tullini P. (2013), *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *DLM*, I, 160 ss.
- Vallebona A. (2012), *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012.
- Varva S. (2015), *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica di giudizio*, Giappichelli, Torino.
- Zoli C. (2008), *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *ADL*, I, 10 ss.
- Zoppoli L. (2000), *Il licenziamento tra costituzionalismo e analisi economica del diritto*, in *DLM*, 415 ss.
- Zoppoli L. (2012), *Flex-insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale scientifica.
- Zoppoli L. (2015), *Il lavoro e i diritti fondamentali*, in Esposito M. et al., *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale*, Giappichelli, Torino, 95 ss.

Gaetano Natullo
*Professore associato di Diritto del lavoro
presso l'Università del Sannio-Benevento*

CASSAZIONE, 22.11.2016, n. 23735 – Pres. Di Cerbo, Est. Amendola, P.M. Sanlorenzo (conf.) – Di Palma (avv.ti Alessandrini, Di Folco) c. Agc Automotive Italia Srl (avv.ti Ciamarra, Ferrari).

Licenziamento individuale – Licenziamento per giustificato motivo oggettivo – Licenziamento per giustificato motivo soggettivo – Art. 18, l. n. 300/1970 – Scarso rendimento – Sopravvenuta impossibilità di adempimento della prestazione lavorativa.

In tema di licenziamento individuale, deve escludersi la sussistenza di un giustificato motivo oggettivo quando, al di là di ogni riferimento a ragioni dell'impresa, il licenziamento si fonda su un comportamento riconducibile alla sfera volitiva del lavoratore e lesivo dei suoi doveri contrattuali integrante un inadempimento, implicante, da parte del datore di lavoro, un giudizio negativo nei suoi confronti. Pertanto, il licenziamento per scarso rendimento costituisce un'ipotesi di recesso per notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore. (1)

(1) L'AUTOQUALIFICAZIONE DEL DATORE DI LAVORO NEL LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO NON HA RILEVANZA

1. — Nella sentenza in commento, delineando nuovamente i confini fra licenziamento ontologicamente disciplinare e quello per giustificato motivo oggettivo, la Corte di Cassazione decide sulla legittimità del recesso del datore di lavoro dovuto a «una pressoché totale assenza di sinallagmaticità» fra le obbligazioni in capo al datore nei confronti del prestatore di lavoro e il contenuto della prestazione di quest'ultimo, connessa a una di lui mancanza di adeguamento alle esigenze richieste dall'evoluzione del mercato.

Nello specifico, senza sollevare alcuna contestazione di natura disciplinare, il datore adduce, a giustificazione del licenziamento, il venir meno del sinallagma funzionale, ovvero il rapporto di interdipendenza fra prestazione e controprestazione, che deve sussistere per tutta la durata del contratto e che si basa anche sull'aggiornamento da parte del lavoratore delle proprie competenze del proprio bagaglio professionale.

Il Tribunale di Cassino adito accoglie parzialmente il ricorso del lavoratore e ne ordina la reintegrazione, disponendo un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del recesso a quello dell'effettiva reintegra.

La società propone appello dinanzi alla Corte territoriale di Roma, che, in parziale riforma della sentenza di primo grado, esclude la reintegrazione del lavoratore in quanto il licenziamento non risultava viziato da nullità. Basandosi, infatti, sull'esame di una e-mail in cui il lavoratore comunica ai superiori la perdita della «commessa Fiat relativa alla Jeep 520», assumendone la piena responsabilità, la Corte riconosce al dipendente il mero risarcimento del danno.

Rilevando la violazione dell'obbligo di *repêchage*, la Corte d'Appello contesta però

all'azienda il fatto che, dinanzi a un soggetto con l'anzianità, l'esperienza e la professionalità del lavoratore in questione, prima di ritenere definitivamente compromesso il sinallagma funzionale, avrebbe dovuto per lo meno concedergli un'altra *chance* per dimostrare la propria competenza e il proprio valore con altri clienti o in altri progetti.

Il lavoratore propone ricorso per cassazione. Si oppone la società con ricorso incidentale.

La Sezione lavoro della Cassazione dichiara inammissibile l'unico motivo del ricorso incidentale, infondati il primo e il secondo motivo del ricorso principale e assorbito il quarto, dall'accoglimento del terzo.

La Cassazione non accoglie la posizione della Corte d'Appello secondo la quale, nel caso di specie, sarebbe configurabile un giustificato motivo oggettivo di licenziamento, seppur illegittimo per violazione dell'obbligo di *repêchage*. E invero, le sentenze di legittimità su cui i giudici di secondo grado basano la loro decisione (Vd. Cass. 5.3.2003, n. 3250, in *GLav.*, 2003, n. 16, 37; Cass. 10.11.2000, n. 14605, in *LG*, 2001, 377) non sono riferibili alla fattispecie in esame, come errata risulta l'inapplicabilità della reintegrazione nel posto di lavoro.

La posizione fatta propria dalla Corte d'Appello, ma non accolta dai giudici di legittimità, è quella per cui un fatto ascrivibile al comportamento del lavoratore nello svolgimento del rapporto contrattuale (ad esempio, un difetto di intensità della prestazione individuabile come scarso rendimento) possa essere qualificato tanto giustificato motivo oggettivo quanto inadempimento (Ichino 2003). Secondo questa opinione, nel giudizio di accertamento della legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, occorre, da un lato, verificare la sussistenza delle esigenze tecnico-produttive dell'impresa e il nesso di causalità tra tali ragioni e il licenziamento, e dall'altro, valutare anche l'interesse datoriale alla prosecuzione di un rapporto non più utile, destinato non solo a svolgersi in perdita, ma anche a provocare ripercussioni negative sull'organizzazione del lavoro e sul suo regolare funzionamento (Cavallaro 2003).

Al contrario, la Cassazione nella specie aderisce all'orientamento per cui non è consentito, «in virtù di un mero atto di autoqualificazione del datore di lavoro, invadere l'area del giustificato motivo oggettivo con casi che, pur appartenendo naturalmente all'area della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo, non abbiano valenza risolutoria sotto questo aspetto».

In tema di scarso rendimento, la Cassazione ha ribadito, da ultimo, con sentenza del 19.9.2016, n. 18317, i criteri di articolazione dell'onere della prova gravante sul datore, segnalando che, per la legittimità del recesso, non è sufficiente il mancato raggiungimento del risultato previsto, ma bisogna dimostrare la negligenza nell'espletamento delle mansioni. Perciò, laddove esiste negligenza e sproporzione tra quanto effettivamente realizzato dal lavoratore e gli obiettivi fissati nonché la produttività degli altri lavoratori dell'azienda adibiti alle stesse mansioni, il caso integra un'ipotesi di giustificato motivo soggettivo di licenziamento, poiché la prestazione diviene inidonea a soddisfare l'interesse dell'impresa. Quello in esame per la Cassazione è un tipico caso di licenziamento per scarso rendimento, intimato per «mancanza di adeguamento alle esigenze che l'evoluzione del mercato comporta» e per «mancanza di adeguamento alle attuali esigenze del [...] settore», adeguamento altresì «sollecitato» dall'azienda, configurandosi così una motivazione del recesso nella disapprovazione per una condotta

che il lavoratore, pur potendo, non ha volontariamente posto in essere, con la logica conseguente che detto recesso appartiene alla sfera del giustificato motivo soggettivo (Viscomi 1992, 186; Ruggiero 2004, 66).

Il datore di lavoro che intenda quindi far valere lo scarso rendimento come giustificato motivo soggettivo di licenziamento, ex art. 3, l. n. 604 del 1966, non può limitarsi a provare il mancato raggiungimento del risultato atteso, avendo invece l'obbligo di dimostrare un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore (Cass. 10.11.2000, n. 14605, in *OGL*, I, 1070; Cass. 19.8.2000, n. 11001, in *OGL*, I, 752).

Nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo, invece, lo scarso rendimento rileva solo quando cagiona la perdita totale di interesse del datore di lavoro alla prestazione, testimoniata all'esito di un'indagine che prende in considerazione tutte le circostanze attinenti alla fattispecie, incluso il comportamento del datore, che deve attivarsi per prevenire o rimuovere situazioni che impediscono lo svolgimento della prestazione stessa.

La Corte, nel caso di specie, fa suo il prevalente orientamento per cui «il licenziamento per cosiddetto “scarso rendimento [...] costituisce un'ipotesi di recesso del datore per notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore, che, a sua volta, si pone come specie della risoluzione per inadempimento, prevista dagli artt. 1453 ss. c.c.”» (Cass. 9.7.2015, n. 14310, in *GLav.*, 2015, n. 34, 46). Lo scarso rendimento – come sostenuto anche da autorevole dottrina (Santoro Passarelli 2016, 1-4) – si colloca potenzialmente nell'area dell'inesatto adempimento e può integrare una ragione giustificatrice del licenziamento per giustificato motivo soggettivo solo se si tratti di notevole inadempimento, poiché non è sufficiente né l'inadempimento né tanto meno l'inadempimento di lieve entità.

Secondo la ricostruzione più condivisibile, lo scarso rendimento integra perciò un'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo. In base a tale prospettiva, occorre provare la negligenza del lavoratore indipendentemente dal mancato raggiungimento di determinati obiettivi minimi, essendo infatti opportuno precisare che il lavoratore non si obbliga ad assicurare un rendimento minimo, ma a collaborare con la diligenza prevista dall'art. 2104 c.c.

Già in precedenza la Corte di Cassazione ha ribadito che, in presenza di un licenziamento individuale, deve escludersi un giustificato motivo oggettivo quando il licenziamento è fondato su un comportamento che può essere ricondotto alla sfera volitiva del lavoratore (Cass. 25.10.2012, n. 18287, in *BollettinoAdapt*, n. 20, 2013, 1; Cass. 10.6.2015, n. 12072, in *GLav.*, 2015, n. 34, 11; Cass. 1.6.2009, n. 12721, in *GLav.*, 2009, n. 30, 52).

Nella sentenza in esame, accogliendo il terzo motivo di impugnazione, quindi, la Cassazione nega che si possa ricondurre il licenziamento di specie, «comunque attinente a un inadempimento riferibile alla sfera volitiva del lavoratore, a una ipotesi di recesso per giustificato motivo oggettivo» in quanto «un licenziamento che attiene alla condotta del lavoratore [...] costituisce ontologicamente un giustificato motivo soggettivo».

La Cassazione pertanto esclude che la determinazione di una o dell'altra fattispecie possa essere lasciata alla libera scelta del datore di lavoro, in quanto il licenziamento individuale, che deriva da un comportamento imputabile al lavoratore a titolo di colpa

o che è connesso alla sua persona, non si può qualificare unilateralmente come giustificato motivo oggettivo. Deve, al contrario, essere considerato come un licenziamento disciplinare rientrante nella «previsione di qualsiasi fatto del lavoratore costituente inadempimento alle obbligazioni nascenti dal contratto o tale, comunque, da alterare l'equilibrio delle prestazioni» (Cass. 14.1.1997, n. 326, in *GLav.*, 2003, n. 45, 26).

Inoltre, secondo la Cassazione, dopo l'entrata in vigore della l. n. 92 del 2012 e del d.lgs. n. 23 del 2015, che permettono al datore di decidere con sufficiente libertà quando effettuare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, riducendo così la tutela reintegratoria, un ragionamento di contraria impostazione rispetto a quello sinora svolto darebbe facoltà al «datore di lavoro con un mero atto di autoqualificazione del recesso, ove il medesimo fosse ritenuto insindacabile [di] selezionare *ad libitum* il rischio di una tutela per lui meno gravosa», con aggiramento dei limiti di cui agli artt. 7 e 18 St. lav.

Riferimenti bibliografici

- Cavallaro L. (2003), *Un caso interessante per la riflessione sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento: due opinioni*, RIDL, n. 3, II, 690 ss.
- Ichino P. (2003), *Sullo scarso rendimento come fattispecie anfibia, suscettibile di costituire al tempo stesso giustificato motivo oggettivo e soggettivo di licenziamento*, in RIDL, n. 3, II, 694 ss.
- Ruggiero L. (2004), *Scarso rendimento ed inidoneità attitudinale sopravvenuta per modernizzazione tecnologica dell'impresa*, in MGL, n. 1-2, 66 ss.
- Santoro Passarelli G. (2016), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo «organizzativo»: la fattispecie*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 317, 1 ss.
- Viscomi A. (1992), *Sul licenziamento per scarso rendimento: una conferma (opinabile) della S.C.*, in RGL, II, 186 ss.

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

I

CASSAZIONE, 8.11.2016, n. 22662 – Pres. Nobile, Est. Esposito, P.M. Sanlorenzo (diff.) – Fisio Spa-Centro medico Lingotto (avv. Molè) c. G.A.M. (avv. Gliozzi).
Cassa con rinvio Corte d'Appello di Torino, 30.1.2014.

Controlli sul lavoratore – Controlli difensivi – Impianti audiovisivi – Tutela del patrimonio aziendale – Art. 4, c. 2, St. lav.

In tema di controllo del lavoratore, se si dimostra che dall'installazione di impianti e apparecchiature di controllo, di per sé consentita, non derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, non si applicano le procedure ex art. 4, c. 2, St. lav. (ante riforma) poiché non c'è modo di compromettere la dignità e la riservatezza dei lavoratori. (1)

II

CASSAZIONE, 19.9.2016, n. 18302, S. I civ., ord. – Pres. Bernabei, Est. Lamorgese, P.M. Capasso (conf.) – Istituto poligrafico e Zecca dello Stato Spa (avv. Ricchiuto, Colavincenzo) c. Garante per la protezione dei dati personali (avv. Ferrante).
Conf. Tribunale di Roma, 4.4.2013.

Controlli sul lavoratore – Controlli difensivi – Tutela del patrimonio aziendale – Internet, posta elettronica, telefonia – Garanzie procedurali – Violazione dell'art. 4 St. lav.

Anche i cd. controlli difensivi devono attenersi alle garanzie di cui all'art. 4, c. 2, St. lav. (in riferimento al testo anteriore alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 151 del 2015), senza mai tradursi in un controllo a distanza dell'attività lavorativa. Infatti, anche l'esigenza di evitare attività illecite, così come le esigenze organizzative, produttive e di sicurezza sul lavoro, va temperata con il diritto alla riservatezza dei lavoratori. (2)

(1-2) I CONTROLLI DIFENSIVI TRA TUTELA DEL PATRIMONIO AZIENDALE
E TUTELA DELLA RISERVATEZZA

1. — Le sentenze in epigrafe afferiscono alla valutazione di legittimità dei controlli difensivi, ossia delle attività di controllo a distanza del datore di lavoro sull'attività dei lavoratori attraverso l'utilizzo di apparecchiature, per accertare le condotte illecite dei lavoratori.

Benché Cass. 19.9.2016, n. 18302, abbia affrontato in via graduata anche altre questioni, la presente disamina mira ad approfondire precipuamente il tema dei controlli difensivi che fa capo al più ampio tema dei controlli a distanza, disciplinato dall'art. 4, legge n. 300 del 1970, oggi novellato dall'art. 23 del decreto legislativo n. 151 del 2015 (Per un commento, vd., fra gli altri, Carinci M.T. 2016, 3 ss.).

In riferimento alla prima pronuncia in commento, il giudice di legittimità ha cassato con rinvio la sentenza della Corte d'Appello di Torino che, in riforma della decisione del giudice di primo grado, ha dichiarato illegittimo il licenziamento per giusta causa intimato a G.A.M., addetta alla segreteria del Centro medico Lingotto. Nella fattispecie, G.A.M. ha sottratto una busta contenente denaro dalla cassaforte aziendale sfilandola dalla fessura con un tagliacarte. La condotta è stata ricavata da un filmato prodotto da una telecamera posta a presidio della predetta cassaforte, per tutelare il patrimonio aziendale.

Con la seconda pronuncia, invece, la Cassazione ha confermato la sentenza di rigetto del giudice di prime cure in merito a un ricorso, promosso dall'Istituto poligrafico e Zecca dello Stato Spa, avente a oggetto l'impugnazione di un provvedimento emesso dal Garante per la protezione dei dati personali, con cui si è ritenuta integrata la violazione dell'art. 4 St. lav., per aver rilevato dati sensibili dei lavoratori senza aver acquisito il previo consenso degli interessati. L'Istituto poligrafico non si è limitato a impedire le condotte dei dipendenti aliene rispetto alla loro attività lavorativa (come, ad esempio, l'accesso a siti *web* non consentiti), ma ha anche conservato e categorizzato tutti i dati personali dei dipendenti a loro insaputa, al fine di tutelare, anche in questo caso, il patrimonio aziendale e con l'intento di difendersi *ex ante* dal compimento di atti illeciti.

Dai casi *de quo* emerge la necessità di fare chiarezza sulla categoria dei controlli difensivi che, per molto tempo, a causa della moderna organizzazione del lavoro, hanno evidenziato le aporie dell'art. 4 St. lav., di cui si è fatta carico la giurisprudenza (Vd., ad es., Cass. 2.3.2002, n. 3039, in *RIDL*, 2002, II, 873, a cui può accostarsi, per analogia di approccio, la risalente sentenza di Cass. 26.2.1994, n. 1974, in *Pluris*).

L'avvento dell'era informatica, infatti, ha fatto sì che nuovi strumenti di lavoro inglobassero crescenti e mai prima d'ora sperimentate potenzialità di controllo, a cui si accompagnava l'incertezza sui comportamenti corretti da tenere (Del Punta 2016, 81).

Per una maggiore comprensione, è necessario analizzare l'art. 4 St. lav. nella sua originaria formulazione (Su cui, *ex multis*, Carinci F. 1985, 203 ss.).

Dopo aver posto al comma 1 un divieto assoluto di installare impianti e apparecchiature per finalità di controllo dell'attività lavorativa, l'art. 4, nel comma 2, lasciava un margine di operatività al datore di lavoro quando l'utilizzo di tali apparecchiature fosse dettato da esigenze organizzative, produttive e di sicurezza sul lavoro, purché si rispettasse la procedura di autorizzazione: in questi casi occorreva, cioè, un accordo con le Rsa o, in mancanza di questo, un'autorizzazione dell'Ispettorato del lavoro.

Il dettato normativo, però, trascurava un aspetto di non poco momento: l'utilizzabilità delle informazioni acquisite tramite i controlli a distanza. A onta di tale lacuna, la giurisprudenza ha iniziato ad ammettere l'utilizzabilità delle prove, allorquando il controllo fosse di tipo «difensivo», cioè giustificato dall'interesse del datore nel difendere il proprio patrimonio aziendale dalla commissione di illeciti, ritenendo «in

ogni caso legittimi i controlli difensivi, a prescindere dal loro grado di invasività» (Cass. 3.4.2002, n. 4746, in *MGL*, 2002, 644 ss., con nota di Bertocchi).

Questa impostazione, per giunta, è stata conservata in talune sentenze penali più recenti – in contrasto con l'orientamento che si stava delineando in sede civile –, dove si è sottolineata una propensione all'utilizzabilità delle prove raccolte dal datore di lavoro, in quanto finalizzate «non al controllo dei lavoratori a distanza, bensì alla difesa del patrimonio aziendale attraverso la documentazione di attività potenzialmente criminose», ribadendo che «sono utilizzabili nel processo penale i risultati di videoriprese con telecamere installate all'interno dei luoghi di lavoro a opera del datore di lavoro per esercitare un controllo a beneficio del patrimonio aziendale messo a rischio da possibili comportamenti infedeli dei lavoratori». (Cass. 22.1.2015 n. 2890; sul punto, vd. anche Cass. 18.3.2011, n. 20722, in *Ced* Cassazione).

Con la creazione, di matrice giurisprudenziale, della categoria dei controlli difensivi, si è tentato, quindi, di allargare le maglie di un art. 4 fermo al contesto tecnologico degli anni settanta e di difficile – se non impossibile – applicazione, concedendo, al tempo stesso, ai datori di lavoro la possibilità di espletare forme di controllo occulto che fossero, *in re ipsa*, invasive e tacitamente consentite, poiché sottratte alle procedure di autorizzazione dell'art. 4.

Questa categoria, tuttavia, ha subito destato molte perplessità, dovute al fatto che, per quanto difensivi potessero essere, i controlli restavano finalizzati a un'offesa, cioè a un'azione di tipo disciplinare. In questo modo, la giurisprudenza si è inoltrata in un labirinto concettuale da cui non è riuscita a uscire, ingenerando incertezza.

Contestualmente al predetto orientamento, difatti, la giurisprudenza di legittimità, nel *mare magnum* delle tipologie di controlli difensivi, ha distinto tra quelli espletati per verificare il corretto svolgimento della prestazione, destinati a rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 4, c. 2, St. lav., e i controlli difensivi sulle attività illecite «esterne» alla prestazione lavorativa, per cui non trovano applicazione le previsioni garantistiche della norma (Vd.: Cass. 17.7.2007, n. 15892, in *RGL*, 2008, II, 358; Cass. 23.2.2010, n. 4375, in *RIDL*, 2010, II, 564; Cass. 23.2.2012, n. 2722, in *Pluris*).

Sebbene innovativa, la distinzione appena tracciata è risultata di una certa complessità applicativa, poiché il controllo posto in essere dal datore di lavoro per accertare condotte illecite appare necessariamente connesso al controllo sulla stessa prestazione lavorativa (Lambertucci 2015, 9).

Nel primo caso in esame, il ricorrente sostiene che l'installazione di un impianto audiovisivo non fosse mirata a controllare l'attività lavorativa, ma necessaria per sorvegliare una cassaforte, al fine di tutelare i beni aziendali.

D'altra parte, nel secondo caso, le doglianze del l'Istituto poligrafico facevano leva proprio sulla esclusione dall'art. 4 St. lav. di tutti quei controlli attinenti non già all'attività lavorativa, ma ad altri comportamenti del lavoratore, segnatamente quelli illeciti, che esponessero a un pericolo i beni dell'azienda e/o concretassero fatti potenzialmente dannosi per terzi.

In entrambi i casi, il nocciolo della questione, per l'interprete, è stato il bilanciamento tra due interessi, entrambi meritevoli di tutela: il diritto alla libera iniziativa economica del datore e il diritto alla riservatezza del lavoratore.

In realtà, il principio alla base delle pronunce della Cassazione, seppur affermato

con riguardo al contenuto della vecchia disciplina, ha rilevanza perché è il frutto di un ragionamento avanguardista della Corte, in virtù del quale, se per l'esigenza di evitare attività illecite o per motivi organizzativi, produttivi e di sicurezza, possono essere installati impianti dai quali possano essere ricavati anche dati relativi all'attività lavorativa dei lavoratori, è tuttavia possibile utilizzare tali dati solo in presenza delle garanzie derivanti dall'accordo sindacale o dalla procedura di autorizzazione amministrativa. La stessa Corte, nel 2016, ha confermato che un'apparecchiatura predisposta dal datore di lavoro (ad esempio, un *badge*), ove sia utilizzabile anche in funzione di controllo a distanza del rispetto dell'orario di lavoro e della correttezza dell'esecuzione della prestazione, è illegittima, se non concordata con le rappresentanze sindacali, ovvero autorizzata dall'Ispektorato, in quanto l'esigenza di evitare condotte illecite non può assumere portata tale da giustificare un annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore (Cass. 13.5.2016, n. 9904, in *RGL*, 2017, II, 28, con nota di Trojsi, Mellace).

Questo nuovo orientamento si appresta a segnare l'inizio di un processo che tiene conto dell'innovazione tecnologica in materia di videosorveglianza e di controlli a distanza, ma, soprattutto, della revisione dell'art. 4 St. lav., quasi a voler sottolineare che la riforma voluta dal legislatore in questa materia non sia altro che la necessaria traduzione in legge di principi che la giurisprudenza sta affermando da anni (Cosattini 2015, 987).

Il nuovo art. 4 St. lav., infatti, non limita più l'ambito delle esigenze legittimanti l'installazione di apparecchiature di videosorveglianza a quelle organizzative o produttive o di sicurezza del lavoro, ma include nel dettato normativo anche l'esigenza di «tutela del patrimonio aziendale», da intendersi comprensivo non solo della componente materiale dell'impresa, ma anche del *know-how* (cioè dei beni immateriali dell'impresa, come il decoro, la dignità, la credibilità); con la conseguenza che, se, da un lato, espunge dal testo il perentorio divieto assoluto del comma 1, dall'altro, legittima i controlli difensivi ma prescrive, anche per questi ultimi, il raggiungimento di un accordo sindacale o, quantomeno, di un'autorizzazione ministeriale (Salazar, Failla 2017, 164).

Seppur antecedenti alla riforma dell'art. 4 St. lav., le pronunce in commento hanno adoperato la stessa logica che avrebbe adottato, poi, il legislatore. Nel secondo caso – cronologicamente precedente al primo –, il provvedimento del Garante ha contestato la violazione dell'art. 4 St. lav., nonché l'illiceità del trattamento effettuato sui dati personali dei dipendenti, giacché gli stessi lavoratori non sono stati resi edotti del tipo di trattamento posto in essere dal Poligrafico, né sono state espletate le dovute procedure. Nella fattispecie, lo strumento di controllo era un software finalizzato a limitare la navigazione in internet ma dal quale potevano essere ricavati anche dati relativi allo svolgimento dell'attività lavorativa. La Corte si è pronunciata rigettando il ricorso e confermando il divieto di utilizzare tali dati, in quanto, sia pure nell'intento di tutelare il patrimonio aziendale, non è consentita alcuna attività di controllo se non a seguito del positivo esperimento delle procedure di garanzia di cui all'art. 4 St. lav.

La prima sentenza in commento, più recente, si è uniformata a essa, statuendo che l'art. 4 è diretto a contenere in vario modo le manifestazioni del potere del datore di lavoro che si ritengono lesive della dignità e della riservatezza del lavoratore, sul presupposto che la vigilanza sul lavoro, ancorché necessaria all'organizzazione produttiva,

vada mantenuta in una dimensione umana, cioè non esasperata dall'uso di tecnologie che eliminino ogni forma di riservatezza e di autonomia nello svolgimento del lavoro.

Tuttavia, in quest'ultimo caso, pur essendosi conformata al predetto orientamento, la Corte non si è pronunciata favorevolmente rispetto alla lavoratrice licenziata. Il datore, reo di aver installato senza alcuna procedura di autorizzazione una videocamera che tenesse sotto controllo la cassaforte, ha proposto ricorso sulla base del fatto che il suo intento non fosse quello di controllare l'attività dei dipendenti ma di scongiurare l'ipotesi di furto di chiunque. La Corte, cassando con rinvio alla Corte territoriale, ha escluso, questa volta, l'applicazione delle garanzie dell'art. 4, c. 2, St. lav., in quanto quel tipo di controllo, sebbene difensivo, era volto a tutelare squisitamente il patrimonio e l'immagine aziendale e non a espletare un controllo sull'attività dei lavoratori. Secondo la Corte, la condotta della lavoratrice ripresa dalla videocamera non solo non atteneva alla prestazione lavorativa, ma non differiva neanche da quella illecita posta in essere da chiunque altro. Inoltre, la Cassazione ha sottolineato che le riprese non avessero in alcun modo leso la dignità e la riservatezza dei lavoratori, poiché l'impianto audiovisivo era in grado, al massimo, di controllare gli spostamenti dei lavoratori.

L'analisi congiunta di queste due pronunce conferma, dunque, una costante evoluzione degli orientamenti della giurisprudenza di legittimità, che, con riguardo all'art. 4 St. lav. e alla categoria dei controlli difensivi, si è sforzata nel tempo, non senza contrasti giurisprudenziali, di fare chiarezza su un tema che ha reso il legislatore interdetto per molti anni e che, oggi, sebbene con qualche riserva, sembra aver trovato definitiva collocazione all'interno del novellato art. 4 St. lav.

Riferimenti bibliografici

- Carinci F. (1985), *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *DLRI*, 203 ss.
- Carinci M.T. (2016), *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori dopo il «Jobs Act» (art. 23, d.lgs. n. 151/2015): spunti per un dibattito*, in *Labour & Law Issue*, n. 1, 3 ss.
- Cosattini L.A. (2015), *Le modifiche all'art. 4 St. lav. sui controlli a distanza, tanto rumore; per nulla?*, in *LG*, n. 11, 985 ss.
- Del Punta R. (2016), *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. n. 151/2015)*, in *RIDL*, I.
- Lambertucci P. (2015), *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli a «distanza» tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014 (cd. Jobs Act)*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 225.
- Salazar P., Failla L. (2017), *Controlli difensivi: quali i limiti nel nuovo contesto dell'art. 4, l. n. 300/1970*, in *LG*, n. 2, 159 ss.

Maria Elena Sauro
Dottore in Giurisprudenza
presso l'Università di Foggia

CORTE D'APPELLO TRENTO, 31.1.2017 – Pres. ed Est. Maione – A.S. Srl (avv.ti Pegoraro, Sitzia, Barraco) c. X.X. (avv. Fior).

Festività infrasettimanali – Clausola contrattuale di impegno generale a lavorare nelle festività infrasettimanali – Interpretazione secondo la comune volontà delle parti – Necessità di un ulteriore accordo per la specifica festività.

La clausola di preventiva disponibilità a effettuare la prestazione di lavoro nelle festività infrasettimanali, inserita in un contratto di lavoro individuale stipulato prima della liberalizzazione delle aperture nel settore terziario, non vincola i lavoratori a prestare il lavoro in quei giorni ma ha solo la funzione di dare evidenza a un'organizzazione aziendale nell'ambito della quale può manifestarsi l'esigenza di lavoro nelle giornate di festività, ferma restando la necessità di un accordo da concludere di volta in volta secondo criteri di correttezza e buona fede, che tenga conto delle esigenze personali e familiari sopravvenute dei lavoratori. (1)

(1) SUL «LAVORO CONCORDATO» NELLE FESTIVITÀ INFRASETTIMANALI

1. — Il riposo dal lavoro nel giorno della domenica e nei giorni in cui cadono le festività infrasettimanali, funzionalmente collegato all'esercizio di diversi diritti della persona garantiti dalla Costituzione (Leccese 2001, 34 ss.; Occhino 2010, 5 ss.; Ricci 2005, 42 ss.; con particolare riferimento alla giurisprudenza costituzionale in materia, vd. Ricci 2010, 22 ss.), sembra sempre più spesso collidere con le odierne logiche del mercato e, con particolare riferimento al settore della grande distribuzione, scontrarsi con la volontà dei datori di lavoro di «restare aperti il più possibile», sfruttando la liberalizzazione delle aperture domenicali e festive (Vd. l'art. 31, c. 1, d.l. 6.12.2011, n. 201, conv. con modif. dalla l. 22.12.2011, n. 214, che ha disposto la modifica dell'art. 3, c. 1, lett. *d-bis*, d.l. 4.7.2006, n. 223, conv. con modif. dalla l. 4.8.2006, n. 248).

Quest'ultima è considerata da alcuni un naturale processo sociale in linea con il gradimento dei consumatori, nonché un fattore che genera l'innalzamento del livello dei salari, dei consumi e dell'occupazione (Aa.Vv. 2015, 3 ss.), che consente alle aziende di adeguare la loro organizzazione all'attuale stile di vita di molte persone e di garantire il servizio sette giorni su sette, fidelizzando maggiormente la clientela rispetto ai *competitors* (Pepe 2016). Di contro, non può ignorarsi il rischio che, nel nome del mercato, venga compressa e sacrificata la sfera familiare, sociale, spirituale e religiosa del lavoratore (Cfr. Napoli 2008, 751 ss.) che ambisce a realizzare la propria personalità anche al di fuori dal lavoro, nei giorni di riposo e in particolar modo nei giorni festivi (Vd. art. 3, c. 2, Cost.).

In questo scenario, tenendo conto del riconoscimento in capo ai lavoratori del diritto ad astenersi dal lavoro in occasione delle festività infrasettimanali, riconducibile, per quanto si dirà nel seguito, alla l. 27.5.1949, n. 260, come modificata dalla l.

31.3.1954, n. 90, vanno verificati il significato e la validità di un impegno preventivo a effettuare lavoro festivo, assunto dai lavoratori medesimi al momento della sottoscrizione del contratto.

2. — Nel caso di specie, alcune lavoratrici (prima della liberalizzazione delle aperture nel settore terziario, a quanto risulta) hanno appunto sottoscritto un contratto di lavoro contenente una clausola così formulata: «Si conviene che, qualora richiesto, lei sarà tenuta a prestare attività lavorativa nei giorni festivi e domenicali, fermo il diritto al riposo previsto dalla legge».

L'azienda datrice di lavoro, in occasione di diverse festività infrasettimanali, dopo aver affisso di giovedì il calendario dei turni di lavoro, ha richiesto a queste dipendenti di effettuare la prestazione lavorativa in festività ricadenti nella settimana successiva. Le lavoratrici, comunicata in anticipo la loro volontà di astenersi dal lavoro festivo, non si sono recate al lavoro in quelle giornate, disattendendo pertanto la richiesta dell'azienda.

Preso atto di tale assenza, quest'ultima ha comminato nei confronti delle lavoratrici alcune sanzioni disciplinari, richiamando il consenso da esse manifestato al momento dell'assunzione a lavorare nelle giornate in cui cadevano le festività infrasettimanali.

Le sanzioni sono state impugnate davanti al Tribunale di Rovereto, che le ha annullate con sentenza dell'8.3.2016 (In *RIDL*, 2016b, II, 845 ss., con nota di Scarano), ritenendo che la datrice di lavoro non poteva «pretendere la prestazione lavorativa in giornate festive (feste nazionali-festività infrasettimanali) sulla base del semplice consenso manifestato dalle lavoratrici in sede di contratto individuale di lavoro» poiché sarebbe stato necessario acquisire un ulteriore consenso specifico «a ridosso» di ogni singola festività.

L'azienda soccombente ha proposto appello chiedendo di qualificare la condotta delle proprie dipendenti come inadempimento contrattuale e di riaffermare dunque la legittimità delle sanzioni disciplinari irrogate.

La Corte, nella pronuncia qui commentata, ha ritenuto che la clausola, inserita nel contratto di lavoro, con cui il lavoratore si impegna preventivamente, ove richiesto, a lavorare nei giorni in cui cadono le festività infrasettimanali, risulta indeterminata, poiché non precisa a quali festività si riferisce né con quali modalità sarà richiesta la prestazione; ha affermato che questa disposizione contrattuale affiderebbe alla piena discrezione del datore la scelta di esigere o meno la prestazione nei giorni festivi, «eludendo completamente la finalità della disciplina voluta dal legislatore».

La Corte d'Appello non è tuttavia pervenuta a dichiarare la nullità delle predette clausole. Anche facendo leva sul diverso contesto socio-normativo esistente al momento della sottoscrizione delle clausole (caratterizzato dall'eccezionalità dell'apertura degli esercizi commerciali durante le giornate festive), i giudici trentini hanno ritenuto che attraverso esse le parti sottoscrittrici del contratto di lavoro volessero solo «dare evidenza a una organizzazione aziendale nell'ambito della quale avrebbe anche ed eventualmente potuto manifestarsi l'esigenza di lavoro nelle giornate di festività [...] ferma restando tuttavia la necessità di un accordo da concludere di volta in volta secondo criteri di correttezza e buona fede», tenendo anche conto delle esigenze personali e familiari sopravvenute dei lavoratori. Non essendo stato sottoscritto questo ul-

teriore accordo, la Corte ha dunque considerato legittimo il rifiuto delle lavoratrici di prestare lavoro in quei giorni festivi e, di converso, illegittime le sanzioni irrogate nei loro confronti.

3. — La sentenza in commento si colloca in un quadro giurisprudenziale che – rispetto a un quadro legale risalente (Le festività infrasettimanali sono regolate dalla già richiamata l. 27.5.1949, n. 260, come modificata dalla l. 31.3.1954, n. 90) – negli ultimi anni si è arricchito di diverse pronunce, forse in ragione del fatto che, come già rilevato, il riposo festivo è divenuto un istituto maggiormente controverso nell'attuale mercato liberalizzato e ipercompetitivo (Sul tema del lavoro nelle festività infrasettimanali, vd., anche per riferimenti: Ichino, Rucci 1991, 79 ss.; Allamprese 2005, 56 ss.; Occhino 2010, 153 ss.; Piccinni 2013, 253 ss.).

Per limitarsi ad alcuni fra gli aspetti principali, la giurisprudenza della Cassazione: ha chiarito che la l. n. 260/1949, come modificata dalla l. 31.3.1954, n. 90, attribuisce al lavoratore il diritto disponibile di astenersi dal lavoro nelle festività infrasettimanali (Cass. 23.9.1986, n. 5712, in *FI*, 1987, I, 855, con nota di Lambertucci, e Cass. 4.11.2016, n. 22481, inedita a quanto consta; in dottrina, vd., ad es., Ichino, Rucci 1991, 80 ss.); ha escluso l'applicabilità per analogia alle festività infrasettimanali delle eccezioni al divieto di lavoro domenicale (Cass. 8.8.2005, n. 16634, in *RGL*, 2005, II, 52 ss., con nota di Allamprese, e Cass. 7.8.2015, n. 16592, in *RIDL*, 2016, II, 138 ss., con nota di Scarano), contrariamente a quanto sostenuto in precedenza in dottrina (Mazzotta 1973, 2818; Ichino 1984, 201; Lambertucci 1987, 857-858; Ichino, Rucci 1991, 80); ha affermato che la deroga al riposo nelle festività si può operare solo attraverso un accordo individuale, non essendo invece possibile che un contratto collettivo attribuisca al datore di lavoro la facoltà di imporre l'effettuazione della prestazione del lavoro in quei giorni (Cass. 7.8.2015, n. 16592, cit., e Cass. 19.10.2016, n. 21209, e 4.11.2016, n. 22481, inedite a quanto consta).

Un ulteriore sviluppo di questa giurisprudenza può rinvenirsi nella già richiamata sentenza di primo grado del Tribunale di Rovereto del 2016, che – pur senza chiarire se la sua conclusione si fondi sull'interpretazione o sull'invalidità della clausola contrattuale di «rinuncia preventiva» al riposo nelle festività infrasettimanali – ha ritenuto che questa «non legittima [...] la datrice di lavoro a pretendere in via generalizzata la loro prestazione lavorativa nelle giornate festive infrasettimanali per tutta la durata del rapporto, con la conseguenza che la prestazione lavorativa in quelle giornate è subordinata a un nuovo accordo tra le parti da manifestarsi volta per volta in via specifica (con la tempistica volta a contemperare al meglio, da un lato, le esigenze organizzative aziendali e, dall'altro, quelle familiari delle lavoratrici)».

4. — La Corte d'Appello di Trento, con la sentenza che si annota, pur confermando l'esito del giudizio di primo grado, si è discostata da quest'ultimo nella misura in cui ha espressamente escluso l'invalidità della clausola contrattuale sul lavoro festivo infrasettimanale, interpretandola, nei termini riportati nel paragrafo 2, come clausola che non vincola i lavoratori a effettuare il lavoro festivo.

Prima di esaminare questo centrale profilo, è opportuno però evidenziare, seppure sinteticamente, alcuni fra i diversi spunti interessanti presenti nell'*iter* argomentativo della sentenza.

Fra questi, vi è la constatazione che l'imposizione da parte dell'azienda – sulla base del consenso preventivo delle lavoratrici – dell'effettuazione del lavoro nei giorni in cui cadono le festività infrasettimanali tramite una comunicazione effettuata volta per volta nella settimana precedente alla festività non consentirebbe la programmabilità del tempo libero del lavoratore (Cfr. C. cost. 11.5.1992, n. 201, in *RIDL*, 1992, II, 731 ss., con nota di Ichino).

La Corte d'Appello mette altresì opportunamente in luce come, nella fattispecie, si tratti in particolare di «tempo libero qualificato», in quanto in quei giorni vi è una generale astensione collettiva dalle attività lavorative e scolastiche per celebrare determinate ricorrenze civili o religiose in forme di socialità condivisa (Coglievina, 2008, 379 ss.; Piccinni, 2013, 254 ss.).

Condivisibile pare anche la scelta di rimarcare – riprendendo peraltro quanto affermato nella sentenza di primo grado del Tribunale di Rovereto – la situazione di particolare debolezza contrattuale del lavoratore, che trova particolare evidenza giuridica nell'art. 2113 c.c. in materia di rinunzie e transazioni e che potrebbe concretizzarsi nell'accettazione di clausole sfavorevoli, soprattutto al momento dell'assunzione.

Tornando alla valutazione della clausola sul lavoro festivo inserita nel contratto individuale di lavoro, la sentenza che si annota la ritiene valida ed efficace alla luce dell'interpretazione sopra richiamata. Ove invece, come chiesto dall'appellante, si attribuisse alla clausola in questione valore vincolante per i lavoratori, questa, secondo la Corte, risulterebbe finalizzata a eludere l'applicazione di una norma imperativa, per cui andrebbe dichiarata nulla ai sensi dell'art. 1344 c.c. («Contratto in frode alla legge»).

Ebbene, questa soluzione ha il pregio di evitare la dichiarazione di invalidità della disposizione contrattuale in questione, valutata criticamente in alcuni commenti riferiti alla sentenza di primo grado del Tribunale di Rovereto, che hanno lamentato il mancato rispetto dell'affidamento del datore di lavoro (Pepe 2016, richiama in tal senso gli artt. 1375 e 1175 c.c.), avendo quest'ultimo «contato» sull'esigibilità delle prestazioni dedotte contrattualmente.

Tuttavia, l'interpretazione fornita della Corte d'Appello non pare condivisibile (tra l'altro, va rilevato che la stessa sostanzialmente priva di effetto la clausola in questione). Si ritiene, infatti, che la clausola abbia un significato chiaro e preciso. Si tratta di una preventiva e incondizionata accettazione generale del lavoro festivo, mirata ad alterare il regolamento negoziale determinato dal legislatore (Sul tema, vd. Voza 2007, 67 ss.) con la l. 27.5.1949, n. 260, come modificata dalla l. 31.3.1954, n. 90 (Cfr. Scarano 2016a, 147, e 2016b, 852).

La clausola negoziale medesima andrebbe qualificata, dunque, come un patto in deroga (Sulla distinzione fra rinunzie e transazioni e patti in deroga, vd. Voza 2007, 36 ss.) che risulterebbe nullo, in applicazione dell'art. 1418 c.c., in quanto contrario a norme imperative (Sull'impossibilità di procedere *ex art.* 1367 c.c. all'interpretazione conservativa di un contratto attraverso un'interpretazione sostitutiva della volontà delle parti, e sul conseguente obbligo del giudice, ove ne ricorrano gli estremi, di dichiarare la nullità del contratto, vd., *ex multis*, Cass. 30.3.2007, n. 7972, in *Rivista dell'arbitrato*, 2009, II, 296 ss., con nota di Soldati, ove si trovano riferimenti a diverse sentenze precedenti in tal senso). In questo caso, del resto, rispetto all'obiezione sopra richiamata del mancato rispetto dell'affidamento del datore di lavoro fondato sul con-

senso preventivo prestato dai suoi dipendenti a effettuare lavoro festivo, si rileva che non può ritenersi meritevole di tutela l'affidamento fondato su un accordo contrario alla legge.

Tale dichiarazione di nullità, fondata sulle ragioni appena illustrate, avrebbe peraltro scongiurato il futuro inserimento nei contratti individuali di lavoro di clausole che, escludendo espressamente la necessità di ulteriori accordi specifici, impegnino i lavoratori a effettuare lavoro festivo.

Riferimenti bibliografici

- Aa.Vv. (2015), *Liberalizzazione degli orari degli esercizi commerciali. Osservazioni di Federdistribuzione al disegno di legge su Orari di apertura degli esercizi commerciali*, in <http://www.federdistribuzione.it>.
- Allamprese A. (2005), *Ancora sul diritto di astensione dal lavoro nei riposi festivi infrasettimanali*, in *RGL*, II, 50 ss.
- Coglievina S. (2008), *Festività religiose e riposi settimanali nelle società multiculturali*, in *RIDL*, I, 379 ss.
- Ichino P. (1984), *Il tempo della prestazione del rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, I.
- Ichino P., Rucci C. (1991), voce *Festività*, in *DDPComm.*, 79 ss.
- Leccese V. (2001), *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari.
- Mazzotta O. (1973), *In tema di festività infrasettimanali*, in *FI*, I, 2816 ss.
- Napoli M. (2008), *Le norme costituzionali sul lavoro alla luce dell'evoluzione del diritto del lavoro*, in *Studi in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, II, 749 ss.
- Occhino A. (2010), *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Pepe V. (2016), *Lavoro festivo: la sentenza del Tribunale di Rovereto che farà discutere*, in <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/dirittoLavoro/2016-04-14/lavoro-festivo-sentenza-tribunale-rovereto-che-fara-discutere—092857.php?preview=true>.
- Piccinni M.R. (2013), *Il tempo della festa tra religione e diritto*, Cacucci, Bari.
- Ricci G. (2005), *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'Ue*, Giuffrè, Milano.
- Ricci G. (2010), *Il diritto alla limitazione dell'orario di lavoro, ai riposi e alle ferie nella dimensione costituzionale integrata (fra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».INT, n. 79.
- Scarano L. (2016a), *Absolutezza e derogabilità del diritto di astenersi dal lavoro festivo*, in *RIDL*, II, 142 ss.
- Scarano L. (2016b), *Addenda sulla derogabilità dell'astensione dal lavoro festivo*, in *RIDL*, II, 848 ss.
- Voza R. (2007), *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.

Marco Lozito
Dottore di ricerca
presso l'Università di Bari «Aldo Moro»

CORTE D'APPELLO TORINO, 18.10.2016 – Pres. Girolami, Est. Milani – Agenzia delle entrate (Avv. distrettuale dello Stato di Torino) c. A.S. (avv. Biscaro).

Discriminazioni – Lavoro a tempo parziale – Parità di trattamento – Discriminazione di genere – Codice delle parità opportunità.

Non costituisce discriminazione indiretta per motivi di genere la situazione in cui le lavoratrici in regime di lavoro a tempo parziale risultino maggiormente pregiudicate rispetto ai lavoratori part-time, all'esito di una procedura selettiva di progressione economica, quando, per effetto dell'applicazione di uno dei criteri stabiliti nel bando, il punteggio è parametrato alle ore di attività lavorativa prestata (1).

(1) DISCRIMINAZIONE INDIRETTA:

QUALE TUTELA PER LA LAVORATRICE *PART-TIME*?

1. — La pronuncia in epigrafe consente di svolgere una riflessione in tema di tutela antidiscriminatoria dei lavoratori *part-time*.

La vicenda trae origine dall'indizione di una procedura selettiva di progressione economica per il passaggio dalla fascia retributiva F1 alla fascia F2 disposta dall'Agenzia delle entrate – Direzione regionale del Piemonte, a cui aveva partecipato una lavoratrice, funzionario di Terza Area F1 della predetta amministrazione. Il bando pubblicato dall'ente prevedeva, tra i criteri, quello relativo all'esperienza di servizio maturata. La lavoratrice, a seguito della nascita di due figli, aveva richiesto e ottenuto la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale. L'amministrazione datrice aveva stabilito che per tutti i lavoratori *part-time* l'esperienza di servizio fosse parametrata all'effettiva attività lavorativa svolta. La lavoratrice, dunque, otteneva un punteggio non idoneo a ottenere la progressione economica, al contrario di quanto sarebbe avvenuto qualora, invece, non vi fosse stato il riproporzionamento per l'effetto del tempo ridotto.

Depositava ricorso *ex art.* 38, d.lgs. n. 198/2006, chiedendo al Tribunale di Torino di accertare la sussistenza di una discriminazione indiretta di genere, ai sensi dell'art. 25, d.lgs. n. 198/2006, integrata per l'effetto dei provvedimenti che avevano stabilito i criteri di selezione, con conseguente cessazione del comportamento discriminatorio e rideterminazione del punteggio. Nella fase cautelare il giudice non riteneva integrata la discriminazione indiretta, quindi la lavoratrice proponeva opposizione, accolta con sentenza dal giudice di primo grado. La decisione si fondava sul fatto che il riproporzionamento avesse impedito alla lavoratrice il collocamento in graduatoria utile a ottenere la progressione economica. Si sosteneva, inoltre, che l'amministrazione datrice non avesse contestato i dati che attestavano l'elevata percentuale di donne *part-timers* dipendenti dell'ente e la percentuale dei lavoratori a tempo parziale inferiore rispetto a quelli a tempo pieno vincitori della selezione. Si rilevava, infine, che la parte datrice non aveva fornito la prova della presenza di cause di giustificazione che, ai sensi dell'art. 25, d.lgs.

n. 198/2006, avrebbero potuto escludere la discriminazione indiretta, così come la prova sull'idoneità di altri criteri di valutazione a controbilanciare il pregiudizio derivante dal calcolo del punteggio parametrato all'orario di lavoro ridotto.

Avverso tale pronuncia veniva proposto appello, ritenuto fondato dalla Corte d'Appello di Torino, che ha escluso la violazione del divieto di discriminazione.

2. — I giudici di secondo grado sono stati chiamati a valutare la sussumibilità del caso in esame nell'alveo della fattispecie di cui all'art. 25 del d.lgs. n. 198/2006, che contiene la nozione di discriminazione indiretta. Va premesso che, mentre l'art. 4 della l. n. 125/1991 (sulle azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro) si riferiva a «trattamenti pregiudizievoli conseguenti all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell'uno o dell'altro sesso», l'art. 25, comma 2, del d.lgs. n. 198/2006 si riferisce a fattori «apparentemente neutri» che «mettono o possono mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto ai lavoratori dell'altro sesso». L'esclusione del divieto può operare, in ottica di salvaguardia delle esigenze datoriali, solo qualora il datore di lavoro dimostri l'essenzialità di quella misura rispetto all'esercizio dell'attività di impresa. Inoltre, per effetto del recepimento dell'art. 2, comma 2, della Direttiva n. 2002/73/Ce (nonché art. 2, lett. b, della Direttiva n. 2006/54/Ce), l'art. 25, comma 2, in esame richiede anche la legittimità dello scopo perseguito dal datore di lavoro e l'adeguatezza dei mezzi impiegati.

Quanto all'onere probatorio, l'art. 40 del d.lgs. n. 198/2006 prevede un alleggerimento dell'*onus probandi* per il ricorrente che fornisca elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di situazioni discriminatorie. In tal caso, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione. A parere della Corte, la ricorrente non avrebbe fornito elementi di fatto in base ai quali presumere effetti discriminatori.

Posto che meno *part-timers* hanno ottenuto la progressione economica rispetto ai lavoratori *full-time* e che, dei dipendenti *part-time* partecipanti alla procedura, le donne rappresentavano l'82%, i giudici di secondo grado escludono la discriminazione indiretta di genere, valorizzando il fatto che il 91% di *part-timers* utilmente collocati in graduatoria fosse costituito da donne. La Corte considera, dunque, che «è pur vero, con riferimento al gruppo dei dipendenti *part-time*, [che] all'esito della procedura sono risultate "danneggiate" le lavoratrici (escluse dalla progressione economica) in numero maggiore dei dipendenti maschi, ma ciò non è l'effetto (diretto o indiretto) del criterio di cui si discute, ma semplicemente della circostanza che, all'interno del gruppo osservato, le dipendenti donne rappresentano la percentuale di gran lunga maggiore (oltre l'80%)».

Ad abundantiam, la Corte d'Appello esclude anche la sussistenza di discriminazione diretta in relazione all'art. 4 del d.lgs. n. 61/2000. La norma prevede il principio di non discriminazione dei *part-timers* rispetto ai lavoratori a tempo pieno e il principio del *pro rata temporis*, consistente nel riproporzionamento del trattamento dei lavoratori *part-time* in virtù della ridotta entità lavorativa. Considera, quindi, irrilevanti i motivi che inducono i lavoratori, o le lavoratrici, a optare per l'orario di lavoro ridotto, e non reputa possibile ricondurre l'istituto del *part-time* alle disposizioni costituzionali che tutelano la famiglia, e sostiene l'estensione del principio del *pro rata tem-*

poris anche a casi ulteriori rispetto all'entità della retribuzione. Per la Corte, inoltre, l'acquisizione di maggiore esperienza è connessa a una maggiore durata della prestazione lavorativa e, quindi, il trattamento differenziato tra lavoratori *part-time* e *full-time* risulta conforme all'esigenza di tutela dei dipendenti che svolgono la propria attività lavorativa a tempo pieno. Tale situazione differirebbe, peraltro, da quella in cui, al contrario, è la legge e/o un accordo sindacale, in casi particolari, a equiparare le due categorie di lavoratori. Conclude, infine, per l'assenza di uno squilibrio a discapito della qualità della prestazione rispetto alla quantità della stessa con riguardo alla determinazione del punteggio, poiché esso è calcolato, in misura equivalente, anche sulla base del parametro relativo ai titoli di studio e abilitazioni conseguiti.

3. — Per avallare le proprie conclusioni, la sentenza in epigrafe richiama quanto statuito dalla stessa Corte d'Appello di Torino nella sentenza n. 459/2016 (inedita a quanto consta).

Invero, già altre pronunce di merito, nell'ambito di controversie nate per le medesime ragioni, avevano escluso la discriminazione indiretta di genere, per l'inidoneità dei dati forniti in giudizio a fondare la presunzione della situazione discriminatoria. Il Tribunale di Milano, con sentenza del 8.9.2014, n. 2546 (In *DeJure*), aveva affermato, ad esempio, che i dati di natura statistica fossero privi dei connotati di certezza, stabilità e univocità utili all'esame sugli effetti discriminatori. Tale conclusione si basava sull'assunto secondo cui non vi sarebbe connessione tra accesso al regime di lavoro a orario ridotto e tutela della madre lavoratrice, in virtù di un principio di «tendenziale pariteticità dei genitori nell'esercizio della genitorialità». Similmente, con pronuncia del 26.11.2015, n. 3229 (In *Lex24*), lo stesso Tribunale lombardo ha considerato insufficiente a integrare gli effetti discriminatori il sol fatto della maggior fruizione del *part-time* da parte delle lavoratrici donne e, allo stesso modo, non idonei i dati statistici allegati dalla parte ricorrente, in quanto «svincolati dalla concreta realtà fattuale della procedura selettiva».

Anche la Corte di Cassazione si è pronunciata su una questione analoga (Cass. 5.6.2013, n. 14206, in *DeJure*; cfr., inoltre, Amoroso 2013, 1363), escludendo la discriminazione indiretta, anche se solo per motivi relativi alla prova. Nel caso sottoposto alla Suprema Corte, la lavoratrice ancorava la propria pretesa a dati contenuti in interpellanze parlamentari. A tal riguardo, i giudici di legittimità hanno affermato che una prova statistica, infatti, «ancorché non caratterizzata da un rigore scientifico *cui resists non potest*, non può che essere caratterizzata, ai fini della controllabilità globale dei risultati, da una chiara esplicazione delle modalità di rilevazione degli stessi, dalla misurazione oggettiva e quantitativa dei fenomeni, da chiare modalità di presentazione delle informazioni».

In difformità rispetto alla pronuncia in epigrafe, altri giudici di merito hanno invece riconosciuto la sussistenza di un comportamento discriminatorio indiretto nei confronti delle lavoratrici *part-time*, nel caso di riproporzionamento del punteggio nell'ambito di procedure selettive. A tale conclusione pervengono le pronunce del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere con sentenza del 2.2.2016, del Tribunale di Torino con sentenza del 11.6.2013 e del Tribunale di Roma ordinanza del 3.10.2011 (Tutte reperibili in www.osservatoriodiscriminazioni.it). In questi casi, risulta peraltro integrata anche la violazione del divieto di discriminazione diretta, ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 61/2000.

4. — Le argomentazioni a fondamento di queste ultime decisioni appaiono maggiormente condivisibili rispetto alla pronuncia in commento.

Per quanto concerne la discriminazione indiretta, infatti, non può ignorarsi il dato notorio per cui la maggioranza dei *part-timers* è di sesso femminile. È utile chiarire che, nell'ambito dello sviluppo della conciliazione vita-lavoro, la disciplina del lavoro a tempo parziale agevola soprattutto i soggetti con compiti di cura, per lo più donne (Cfr. Ferrante 2008, 20). Ne consegue che, in virtù di tale dato di fatto, rimasto pressoché invariato nel tempo in base alle rilevazioni statistiche a livello nazionale e comparato, i lavoratori *part-time* risultano più esposti a forme di discriminazione multipla, connesse sia al lavoro a tempo parziale sia al lavoro femminile (Cfr.: Brollo 2009, 1215; Borelli 2007, 208).

Si aggiunga, poi, che il dato statistico deve rispondere, ai sensi dell'art. 40, d.lgs. n. 198/2006, a caratteristiche di precisione e concordanza e, quindi, in parziale difformità dall'art. 2729 c.c., in tema di presunzioni semplici, non è richiesto il carattere della gravità (Cfr. Lassandari 2010, 334). Secondo quanto affermato dalla Corte di Cassazione (Cass. 5.6.2013, n. 14206, in *DeJure*), il ragionamento probabilistico deve fondarsi sul requisito della serietà e, mentre nel caso al vaglio dei giudici di legittimità questo mancava, così non può dirsi nella vicenda relativa alla pronuncia in esame. I dati forniti non sono astratti e anzi dimostrano che, proprio a causa della netta prevalenza di donne *part-timers* dipendenti dell'amministrazione datrice, sono state pregiudicate maggiormente le lavoratrici a orario ridotto escluse dalla selezione. Dunque erroneamente è stato valutato questo dato dalla Corte d'Appello di Torino, che ha negato la discriminazione indiretta sulla base di una circostanza che invece è la premessa dell'opposta conclusione.

È utile chiarire che, anche nel caso in cui fosse stata accertata la sussistenza del trattamento di sfavore, difficilmente la datrice di lavoro avrebbe potuto dimostrare la sussistenza di una causa di giustificazione. Il criterio utilizzato sembra presupporre, infatti, la diretta connessione tra durata dell'attività lavorativa ed esperienza professionale. Tuttavia, come hanno sostenuto a più riprese i giudici di Lussemburgo, l'obiettività di tale criterio dipende dal caso concreto (C. Giust. 7.2.1991, C-184/89, *Helga Nimz c. Freie und Hansestadt Hamburg*, in *Racc.*, 1991, I-297, e C. Giust. 10.3.2005, *Vasiliki Nikoloudi c. Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*, in *Racc.*, 2005, I, 1789, in *RIDL*, 2006, n. 1, II, con nota di Occhino, 3; cfr. anche Santucci, 493). Dunque, l'utilizzo di questo criterio sarebbe legittimato solo dalla prova della stretta connessione tra professionalità e un determinato numero di ore di lavoro.

Analogamente, non è condivisibile l'approdo della Corte d'Appello circa l'insussistenza della discriminazione diretta. La riduzione del punteggio a causa dell'orario ridotto costituisce, infatti, diretta violazione dell'art. 4 del d.lgs. n. 61/2000, recante tassative ipotesi di legittimo riproporzionamento. Tra queste ultime non compare la professionalità del dipendente *part-time* e non si condivide la possibilità di applicazione estensiva della norma. È da considerare, infine, irrilevante la presenza di un altro criterio di calcolo del punteggio dei partecipanti alla procedura, innanzitutto perché non prevalente rispetto all'altro, ma anche perché non idoneo a eliminare gli effetti pregiudizievoli che il criterio del riproporzionamento esplica.

Le considerazioni precedenti sembrano poter essere confermate, facendo riferimento agli approdi giurisprudenziali in tema di riduzione dell'anzianità contributiva

a causa del regime *part-time*, nell'ambito dell'accesso al *welfare*. In questo caso il giudice sovranazionale ha ritenuto che si integrasse la violazione del divieto di discriminazione diretta e indiretta (C. Giust. 22.11.2012, C-385/11, *Isabel Elbal Moreno c. Instituto nacional de la seguridad social*, in *Racc.*, 2005, I, 1789, in *RGL*, 2013, n. 3, II, con nota di Alessi, 479), e tale conclusione è stata confermata dalla Corte di Cassazione 3.12.2015, n. 24647 (In *FI*, 2016, n. 2, I, 518), che ha recepito quanto affermato dai giudici di Lussemburgo, in tema di contrasto con la Direttiva n. 97/81/Ce del principio di riproporzionamento del trattamento previdenziale alla quantità del lavoro svolto (C. Giust. 10.6.2010, *Bruno e Pettini, Lotti e Matteucci c. Inps*, C-395/08 e C-396/08, in *RCDL*, 2010, n. 4, con nota di Alessi, 974, in *RGL*, 2011, n. 2, II, con nota di Altimari, 263; si veda anche Santucci 2015, 494).

Riferimenti bibliografici

- Alessi C. (2010), *La Corte di Giustizia, il part-time verticale e il trattamento pensionistico*, in *RCDL*, n. 4, 974 ss.
- Alessi C. (2013), *Part-time minimo e accesso alla pensione di vecchiaia*, in *RGL*, n. 3, II, 479 ss.
- Altimari M. (2011), *Part-time verticale e disciplina previdenziale Inps: la Corte di Giustizia Ue amplia la nozione di retribuzione*, in *RGL*, n. 2, II, 263 ss.
- Amoroso G. (2013), *La giurisprudenza di legittimità in tema di discriminazione di genere e pari opportunità*, in *ADL*, n. 6, I, 1360 ss.
- Borelli S. (2007), *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Brollo M. (2009), *Il lavoro a tempo parziale*, in Vallebona A. (a cura di), *Trattato dei contratti*, Utet, Torino, 1215 ss.
- Ferrante V. (2008), *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Giappichelli, Torino.
- Lassandari A. (2010), *Le discriminazioni nel lavoro: nozione, interessi, tutele*, in Galgano F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, vol. 56, 269 ss.
- Occhino A. (2006), *La Corte di giustizia torna sulla parità tra uomini e donne: l'astratta giustificabilità della discriminazione diretta*, in *RIDL*, n. 1, II, 3 ss.
- Santucci R. (2015), *Blow up del divieto di discriminazione nella disciplina del part-time*, in *RDSS*, n. 1, 487 ss.

Simona Sardaro
Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Bari «Aldo Moro»

CORTE D'APPELLO TORINO, 13.10.2016 – Pres. Girolami, Est. Baisi – U.M. (avv. ti Berti, Bagnasco) c. Azienda sanitaria locale CN 1 (avv. ti Reinaudo, Cravero).

Lavoro pubblico – Dirigenti pubblici – Responsabilità dirigenziale per mancato raggiungimento degli obiettivi – Non applicabilità della procedura disciplinare – Legittimità del licenziamento per giusta causa.

La responsabilità dirigenziale di cui all'art. 21, d.lgs. n. 165/2001 – concernente il mancato raggiungimento degli obiettivi –, non coincide con la responsabilità disciplinare, che ricorre nei casi in cui la condotta integri la violazione di singoli doveri. Pertanto, quando la causa del recesso sia rinvenibile nell'esito negativo della valutazione complessiva dell'operato gestionale del dirigente non si applicano le procedure previste dall'art. 55, d.lgs. n. 165/2001. (1)

(1) SULLA DISTINZIONE TRA RESPONSABILITÀ DIRIGENZIALE
E RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE

1. — In attesa della riforma sulla dirigenza pubblica, la pronuncia in commento offre l'occasione per approfondire una questione delicata e controversa: cioè la distinzione tra responsabilità dirigenziale e responsabilità disciplinare.

Nel caso di specie, la Corte d'Appello di Torino è chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del licenziamento intimato nei confronti di un dirigente pubblico per responsabilità dirigenziale «particolarmente grave e reiterata» ai sensi dell'art. 21, d.lgs. n. 165/2001, e dell'art. 36 del Ccnl applicato.

In particolare, l'unico motivo di impugnazione concerne la presunta violazione da parte della p.a. datrice di lavoro dell'obbligo di attivazione della procedura disciplinare prevista dagli artt. 55 ss., d.lgs. n. 165/2001. Secondo il reclamante, tale procedura, volta a garantire l'effettività del diritto di difesa e la trasparenza della decisione amministrativa, deve trovare applicazione ogniqualvolta il recesso sia motivato da ragioni – anche *lato sensu* – disciplinari.

Sulla base di tale carenza procedurale, il dirigente chiede l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento e la reintegrazione nel posto di lavoro.

La Corte d'Appello di Torino respinge il reclamo e con la pronuncia annotata entra nel cuore della peculiarità della dirigenza pubblica (Per un approfondimento, vd. Zoppoli A. 2000; Boscati 2006; Caruso 2010; Mezzacapo 2010; Mezzacapo 2017, 2953) e dell'elaborato meccanismo di controlli e responsabilità (Vd. Carinci 2001, 959; Angiello 2001, 94; D'Alessio 2002, 94).

2. — Dall'art. 21, d.lgs. n. 165/2001, così come modificato dalla l. n. 145/2002 e dal d.lgs. n. 150/2009, emerge una particolare forma di controllo sull'attività dirigenziale, che concentra la propria attenzione sul mancato raggiungimento degli obiettivi e sull'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente.

La stessa espressione «mancato raggiungimento degli obiettivi» induce a ritenere che l'oggetto della valutazione non sia il singolo atto posto in essere dal dirigente, ma

la sua attività in senso ampio, investendo l'andamento generale degli uffici cui è preposto, in base alla corrispondenza tra i risultati complessivi e le ragionevoli attese (Rusciano 1998, 390; Ales 2004, 159). Si supera così la logica individualistica e si focalizza l'attenzione sulle ragioni dell'organizzazione delle risorse umane e strumentali (Giovagnoli 1999, 362; Rusciano 2001, 500).

Come sottolinea la pronuncia in commento, «ai fini della responsabilità dirigenziale ciò che viene in rilievo è l'incapacità gestionale di cui il dirigente ha dato prova, valutata in relazione non alla eventuale violazione di singoli doveri aventi rilievo anche sul piano disciplinare, bensì al complessivo scostamento dagli obiettivi attesi e al mancato adeguamento alle direttive a tal fine ricevute». In tal modo, la Corte d'Appello di Torino si inserisce nel consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui «efficienza, efficacia ed economicità» sono i criteri per valutare la legittimità dell'attività amministrativa e, in particolare, della dirigenza pubblica (Cass. 29.9.2003, n. 14488, S.U., in *FI*, 2004, n. 1, I, 2675; Cass. 23.1.2012, n. 831, S.U., in *MGC*, 2012, n. 1, 55; Cass. 17.5.2013, n. 12102, in *DeJure*).

Nel caso in esame «risultano incontrovertibilmente definite» la fondatezza e la veridicità delle valutazioni sull'attività del dirigente, effettuate secondo le modalità previste dal Titolo II del d.lgs. n. 150/2009 e in base alle disposizioni del Ccnl: sono state svolte ben quattro verifiche periodiche risultanti «costantemente negative», è stato rispettato il principio del contraddittorio ed è stato richiesto il previo parere al Comitato dei garanti di cui all'art. 22, d.lgs. n. 165/2001 (Sul Comitato dei garanti, vd., *amplius*, Mainardi 2002, 1078). Però, non è stato esperito il procedimento disciplinare di cui al comma 4 dell'art. 55-*bis*, in quanto, secondo la p.a. datrice di lavoro, la condotta dirigenziale censurata non rilevarebbe ai fini disciplinari, ma solo gestionali.

Il nodo da sciogliere consiste, dunque, nel chiarire i confini tra le due tipologie di responsabilità: impresa sicuramente ardua, considerata la grande attenzione dedicata alla questione da parte di dottrina e giurisprudenza, che talvolta ritengono la responsabilità dirigenziale una *species* del *genus* responsabilità disciplinare (Cfr. Tullini 2000, 610; Mezzacapo 2010, 224) o, comunque, a essa in parte sovrapponibile (Vd. Cass. 20.2.2007, n. 3929, in *GC*, 2008, n. 7-8, I, 1802).

La difficoltà nell'individuazione delle differenze tra le due forme di responsabilità ha spinto parte della dottrina a sostenere che non ci sia una «separazione concettuale» tra responsabilità dirigenziale e disciplinare (Borgogelli 2010, 656) e che l'unica distinzione possibile sia «riconducibile alla separata tipizzazione delle procedure: la verifica della colpa disciplinare è affidata alle regole del contratto collettivo; l'apprezzamento dell'attività manageriale è presidiata dalla fonte eteronoma e richiede l'attivazione del sistema di valutazione [...] il che rappresenta un esito ridicolmente modesto rispetto all'impegno teorico-ricostruttivo profuso dagli interpreti» (Tullini 2014, 21; in tal senso anche Nicosia 2011, 146). In pratica, si arriverebbe al paradosso: quella che dovrebbe essere la conseguenza – cioè, la procedura da esperire – diventerebbe il presupposto per decidere di quale forma di responsabilità si tratti.

Di tutt'altro avviso è la pronuncia in commento, che riconosce una «intrinseca diversità» alle due forme di responsabilità «inerente alla natura dell'addebito»: si tratta di «responsabilità disciplinare nelle ipotesi in cui la condotta integri una violazione di singoli doveri e dirigenziale nei casi di mancato raggiungimento degli obiettivi e di grave inosservanza delle direttive impartite dall'organo competente a ciò preposto» (In tal senso, vd. anche: Rusciano 1998, 391; Lambertucci 2006, 832).

In effetti, lo stesso tenore letterale dell'art. 21, d.lgs. n. 165/2001 (nell'inciso «ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare»), e dell'art. 55, comma 4, d.lgs. n. 165/2001 («fermo quanto previsto nell'art. 21»), induce a ritenere che si tratti di distinte responsabilità (In tal senso, vd. Cass. 24.1.2017, n. 1753, in *DeJure*; in senso contrario, cfr. Carinci 2009, 13, che rileva l'ambiguità di tali disposizioni) e la stessa legge delega sulla riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche confermerebbe tale ripartizione (vd. art. 11, comma 1, lett. m, l. n. 124/2015).

3. — La Corte d'Appello di Torino, nella pronuncia *de qua*, esprime chiaramente la propria posizione anche sulla *vexata quaestio* della natura oggettiva o soggettiva della responsabilità dirigenziale (Per una ricostruzione, vd. Borgogelli 2014, 695). In dottrina, infatti, l'assenza dell'elemento doloso o colposo è stato frequentemente adottato come spartiacque tra la responsabilità dirigenziale e le altre tipologie di responsabilità del dirigente (non solo disciplinare, ma anche civile, penale, amministrativo-contabile).

«La distinzione tra le due fattispecie di responsabilità, dirigenziale e disciplinare, non si fonda sull'elemento soggettivo, ovvero sull'assenza di dolo o di colpa e sul carattere meramente oggettivo della responsabilità dirigenziale», afferma la Corte d'Appello di Torino, in quanto «la disciplina prevista dall'art. 21, lungi dal regolare solo il caso in cui il mancato raggiungimento degli obiettivi sia dipeso da cause non addebitabili al dirigente, attribuisce invece autonomo rilievo al risultato negativo del suo operato complessivo per fattori comunque dipendenti dalla sua sfera di controllo». Tale convincimento deriva dalla constatazione che «l'art. 21 cit. prevede espressamente che per essere fonte di responsabilità dirigenziale le condotte ivi descritte devono essere "imputabili" al dirigente, ponendosi quale specie del più ampio genere della responsabilità contrattuale ai sensi dell'art. 1218 c.c.».

Occorre precisare che tale orientamento non è unanimemente condiviso in giurisprudenza, considerato che, qualche anno prima, la Corte di Cassazione si è espressa in senso contrario: «la responsabilità dirigenziale può prescindere da ogni rilevanza dell'elemento soggettivo (dolo o negligenza del lavoratore) per quanto riguarda il mancato raggiungimento degli obiettivi (ad esempio, per difficoltà oggettive o economiche, per scarsa collaborazione del personale) talché può configurarsi piuttosto come una sorta di responsabilità oggettiva» (Cass. 20.2.2007, n. 3929, cit.).

Dalle «intrinseche differenze tra le due forme di responsabilità» (violazione di singoli doveri nel caso di responsabilità disciplinare, incapacità gestionale manifestata nel «complessivo scostamento dagli obiettivi attesi e dal mancato adeguamento alle direttive a tal fine ricevute» nel caso di responsabilità dirigenziale) discendono, «in maniera simmetrica», i distinti obblighi procedurali da rispettare. Al riguardo, la Corte d'Appello afferma che l'*iter* previsto per il recesso motivato da grave responsabilità dirigenziale non comporta un «*vulnus* al diritto di difesa e alle garanzie di trasparenza della motivazione, rispetto a quelle previste dall'art. 55-*bis*, d.lgs. n. 165/2001».

Pertanto, nel caso di specie, «la natura gestionale e non disciplinare delle ragioni del recesso [...] comporta [...] l'insussistenza dell'obbligo dell'azienda di applicare le procedure previste dall'art. 55-*bis*, d.lgs. n. 165/2001 e l'infondatezza del reclamo».

Come dimostra la pratica, è, però, innegabile che talvolta possa sussistere un «indissolubile intreccio» tra i due tipi di responsabilità (Vd.: Cass. n. 12108/2016, citata nella pronuncia in esame, ma inedita a quanto consta; Cass. 7.12.2015, n. 24801, in

DeJure; Cass. 8.4.2010, n. 1478, in *MGC*, 2010, n. 4, 513): in tali ipotesi, secondo la Corte d'Appello di Torino, «è necessario che all'espletamento delle procedure previste dall'art. 55-*bis*, d.lgs. n. 165/2001, si affianchi il parere del Comitato dei garanti previsto dall'art. 22 dello stesso decreto; parere dal quale può invece prescindere nelle ipotesi in cui gli addebiti abbiano natura esclusivamente disciplinare».

Alla luce di tali argomentazioni, la sentenza annotata conferma la legittimità del licenziamento intimato.

4. — La segnalata contiguità tra le due forme di responsabilità e la rilevanza dell'adozione dei corretti obblighi procedurali ai fini della legittimità del licenziamento costituiscono senz'altro valide ragioni per dedicare maggiore attenzione e chiarezza a tali aspetti in occasione dell'atteso decreto delegato sulla dirigenza pubblica (da emanarsi in attuazione dell'art. 11, comma 1, lett. *m*, l. n. 124/2015, di cui è stata dichiarata la parziale illegittimità costituzionale con sentenza della Consulta 25 novembre 2016, n. 251).

Anche se le «prospettive riformatrici» si muovono nell'ottica della «semplificazione delle procedure, dei soggetti e delle norme relative» (Viscomi 2015, 213), i risultati, almeno in base alla bozza di decreto, appaiono insoddisfacenti in riferimento alle criticità segnalate (Cfr.: Viscomi 2014, 479; Boscato 2014, 529; D'Alessio 2015, 21).

Innanzitutto, come rilevato anche dal Consiglio di Stato nel parere n. 2213/2016 sullo schema di decreto, sarebbe opportuna una «puntuale declinazione delle fattispecie che integrano gli estremi del “mancato raggiungimento degli obiettivi”» al fine di evitare sovrapposizioni o duplicazioni tra responsabilità dirigenziale e disciplinare. E un mero rinvio all'art. 21, d.lgs. n. 165/2001, non può risolvere adeguatamente il problema dell'individuazione dei connotati identificativi della responsabilità dirigenziale e le linee di distinzione rispetto alla responsabilità disciplinare.

Inoltre, per evitare che il tentativo di riforma resti una delle tante occasioni perdute, è essenziale predisporre un accurato meccanismo di valutazione dei dirigenti pubblici: quanto più il sistema di controllo è ancorato a principi chiari e predeterminati — in base a parametri specifici, misurabili, ragionevoli e collegati a scadenze temporali precise —, tanto più viene garantita l'indipendenza della dirigenza dal potere politico di turno (Cfr.: Menghini 2010, 629; Zoppoli L. 2007, 9) e viene assicurata l'efficienza del servizio pubblico (Cfr.: Zoppoli L. 2003, 523; Borgogelli 2014, 691).

Riferimenti bibliografici

- Ales E. (2004), *Valutazione dei risultati e responsabilità dirigenziale nel settore sanitario*, in Bottari C., Tullini P. (a cura di), *La dirigenza sanitaria*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 153 ss.
- Angiello L. (2001), *La valutazione dei dirigenti pubblici: profili giuridici*, Giuffrè, Milano.
- Borgogelli F. (2010), *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale. Una proposta di ricomposizione*, in *LPA*, n. 4, I, 655 ss.
- Borgogelli F. (2014), *Valutazione e responsabilità della dirigenza pubblica: ancora una riforma*, in *LPA*, n. 5, I, 689 ss.
- Boscato A. (2006), *Il dirigente dello Stato*, Giuffrè, Milano.

- Boscato A. (2014), *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale: alla ricerca della fattispecie*, in *LPA*, n. 3-4, I, 525 ss.
- Carinci F. (2001), *Sisifo riformatore: la dirigenza*, in *LPA*, n. 5, I, 959 ss.
- Carinci F. (2009), *Simbologia e realtà di un gemellaggio: il dirigente privato e il dirigente pubblico privatizzato*, in *QDLRI*, n. 31, 13 ss.
- Caruso B. (2010), *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (il ridisegno della governance nella p.a. italiana)*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 104.
- D'Alessio G. (2002), *La legge di riforma della dirigenza: nostalgie, antilogie ed amnesie*, in *LPA*, n. 1, I, 213 ss.
- D'Alessio G. (2015), *La nuova disciplina della dirigenza nel disegno di legge sulla riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in *LPA*, n. 1, I, 1 ss.
- Giovagnoli R. (1999), *La responsabilità dirigenziale*, in *LG*, 362 ss.
- Lambertucci P. (2006), *Dirigenza sanitaria, responsabilità dirigenziale e gestione delle risorse umane: brevi appunti*, in *LPA*, n. 5, I, 827 ss.
- Mainardi S. (2002), *La responsabilità dirigenziale e il ruolo del Comitato dei garanti*, in *LPA*, n. 5, I, 1078 ss.
- Menghini L. (2010), *Conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali*, in *LPA*, n. 4, I, 629 ss.
- Mezzacapo D. (2010), *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela*, Jovene, Napoli.
- Mezzacapo D. (2017), *La dirigenza pubblica*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale privato e pubblico. Commentario*, Utet, Torino, 2953 ss.
- Nicosia G. (2011), *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali*, Giappichelli, Torino.
- Rusciano M. (1998), *Spunti su rapporto di lavoro e responsabilità di «risultato» del dirigente pubblico*, in *RTDPC*, 390 ss.
- Rusciano M. (2001), *La dirigenza nell'amministrazione centrale dello Stato*, in *LPA*, 2001, n. 4, I, 500 ss.
- Tullini P. (2000), *La responsabilità del dirigente pubblico (una lettura in chiave giuslavoristica)*, in *ADL*, n. 3, I, 591 ss.
- Tullini P. (2014), *L'inadempimento e la responsabilità disciplinare del dipendente pubblico: tra obblighi giuridici e vincoli deontologici*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, n. 229.
- Viscomi A. (2014), *La riforma dell'amministrazione del governo Renzi. Note brevi per una lettura del d.d.l. n. 1577*, in *LPA*, n. 3-4, I, 479 ss.
- Viscomi A. (2015), *Lavoro pubblico: cose fatte, disfatte e da fare*, in *LPA*, n. 2, I, 195 ss.
- Zoppoli A. (2000), *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, Esi, Napoli.
- Zoppoli L. (2003), *La reintegrazione del dirigente pubblico tra «capriccio degli organi politici» e «giurisprudenza creativa»*, in *DLM*, n. 2, I, 523 ss.
- Zoppoli L. (2007), *La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di «apprendimento istituzionale»*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, n. 63.

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

I

TRIBUNALE ROMA, 2.11.2016, ord. — Est. Pagliarini — P.Q. (avv. Salvagni) c. Randstad Italia Spa (avv.ti Rotondi, Quarto e Lipari).

Somministrazione di lavoro – Rapporto di lavoro a tempo indeterminato – Cessazione del contratto di somministrazione – Mancanza di occasioni di lavoro – Licenziamento per g.m.o. – Manifesta insussistenza del fatto – Reintegrazione.

È illegittimo, con conseguente reintegrazione, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo del lavoratore somministrato a tempo indeterminato quando l'impossibilità di ricollocazione del lavoratore per mancanza di occasioni di lavoro sia risultato un fatto evidentemente insussistente, avendo l'agenzia somministratrice assunto un altro lavoratore con profilo professionale fungibile per somministrarlo presso un soggetto utilizzatore operante nel medesimo settore del ricorrente. (1)

II

TRIBUNALE VELLETRI, 29.7.2016, ord. — Est. Falcione — A.L. (avv. Salvagni) c. E-Work Spa (avv.ti Fortunat, Monaco).

Somministrazione di lavoro – Rapporto di lavoro a tempo indeterminato – Cessazione del contratto di somministrazione – Mancanza di occasioni di lavoro – Licenziamento per g.m.o. – Manifesta insussistenza del fatto – Reintegrazione.

È illegittimo, con conseguente reintegrazione, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo del lavoratore somministrato a tempo indeterminato quando l'impossibilità di ricollocazione del lavoratore per mancanza di occasioni di lavoro sia risultato un fatto evidentemente insussistente, non avendo l'agenzia somministratrice tenuto conto di un'opportunità lavorativa adeguata al profilo del ricorrente. (2)

(1-2) LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO
E SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO

1. — Le decisioni in commento affrontano entrambe un tema non particolarmente diffuso in giurisprudenza, ma di sicuro interesse: quello di un lavoratore impiegato a tempo indeterminato presso un'agenzia di somministrazione di lavoro e licenziato

per giustificato motivo oggettivo correlato alla mancanza di lavoro dell'agenzia. In entrambi i casi, in cui la normativa *ratione temporis* applicabile è ancora quella di cui al d.lgs. n. 276/2003, i lavoratori avevano lavorato per lunghi periodi presso un singolo soggetto utilizzatore (del settore dell'editoria e della carta in un caso e del settore *automotive* nell'altro). Alla cessazione del contratto di somministrazione tra agenzia e impresa somministratrice (in entrambi i casi nell'estate del 2014), i lavoratori sono stati posti dapprima in disponibilità e successivamente licenziati per il perdurante stato di inoccupabilità e l'impossibilità di ricollocarli presso altri e diversi soggetti utilizzatori. In entrambi i casi, l'impugnato licenziamento, in relazione al quale si è infruttuosamente svolto il tentativo di conciliazione di cui all'art. 7, cc. 1 e 2, l. n. 604/1966, è stato ritenuto manifestamente insussistente e i lavoratori sono stati reintegrati presso le rispettive agenzie di somministrazione, secondo il combinato disposto dei cc. 4 e 7 del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

Entrambi i giudici di prima istanza, infatti, hanno ritenuto all'esito delle rispettive istruttorie che, contrariamente a quanto affermato nell'atto di licenziamento, le agenzie di somministrazione avevano ricevuto delle offerte lavorative correlate alle concrete capacità dei lavoratori licenziati senza avviarli in missione o proporre almeno un colloquio con l'impresa richiedente. In particolare, nel caso sottoposto all'attenzione del giudice di Velletri l'agenzia avrebbe inviato presso un utilizzatore operante nel medesimo settore del ricorrente un altro lavoratore che è stato necessario assumere *ad hoc*, mentre nel caso del Tribunale di Roma sarebbe emersa un'opportunità lavorativa adeguata al profilo del ricorrente, che non era stato inviato presso il soggetto utilizzatore per lievi differenze di competenze non ritenute rilevanti dal giudice.

In entrambi i casi, si tratta di ordinanze emesse ai sensi dell'art. 1, comma 49, l. n. 92 del 2012. E invero, l'applicabilità del cd. rito Fornero nel caso di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato stipulato tra agenzia di somministrazione e lavoratore somministrato non sembra possa essere messa in discussione, stante la necessaria applicabilità in caso di recesso della l. n. 604/1966, ivi compresa la procedura di cui all'art. 7 in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, e dell'art. 18 dello Statuto per i rapporti, come quelli in oggetto, stipulati anteriormente al marzo 2015. Diverso è invece il caso di rapporti di lavoro somministrato a tempo determinato, su cui rimangono tuttora diverse incertezze interpretative, soprattutto in relazione all'ambigua formulazione normativa di cui all'art. 1, c. 47, l. n. 92/2012, che parla di «questioni relative alla qualificazione del rapporto». Vi è chi ha ritenuto applicabile il rito speciale (C. App. Milano 23.5.2013, in *GLav.*, 2013, n. 30, 27), e chi, al contrario, ne ha escluso l'applicazione, visto che l'imputazione del rapporto a un soggetto terzo non rientrerebbe nei casi di qualificazione del rapporto (T. Milano 25.10.2012, in *FI*, 2013, I, c. 674).

2. — Per quel che riguarda la possibilità di recedere dal rapporto di lavoro somministrato, giova ricordare che il d.lgs. n. 276/2003 conteneva un unico riferimento esplicito alla cessazione del rapporto lavorativo all'art. 20, c. 2, con cui si prevedeva che, in caso di assunzione a tempo indeterminato, il lavoratore dovesse rimanere a disposizione del somministratore per i periodi in cui non è in missione, «salvo che esista una giusta causa o un giustificato motivo di risoluzione del contratto di lavoro». Era poi l'art. 22 che si preoccupava di precisare quali dovessero essere le norme applicabili

al rapporto di lavoro del lavoratore somministrato, richiamando la disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile, in caso di «somministrazione a tempo indeterminato», e il d.lgs. n. 368/2001, fatto salvo l'art. 5 per le successioni tra contratti e una deroga specifica in materia di proroga, in caso di «somministrazione a tempo determinato». Infine, l'art. 22, c. 4, prevedeva specificamente che, in caso di fine lavori connessi alla somministrazione a tempo indeterminato, non dovesse trovare applicazione la disciplina relativa ai licenziamenti collettivi *ex art.* 4, l. n. 223/1991, ma quella correlata ai licenziamenti individuali di cui all'art. 3 della l. n. 604/1966. Si tratta di disposizioni poi riprese, pur con modalità in parte diverse, anche dal d.lgs. n. 81/2015.

Partendo da tali riferimenti normativi, si è quindi ritenuto che in caso di recesso dovessero trovare applicazione le regole già previste dall'ordinamento rispettivamente per i rapporti a termine o a tempo indeterminato. Nel caso di contratto di lavoro somministrato a tempo determinato, è possibile recedere unilateralmente prima della scadenza inserita in contratto, per entrambe le parti del rapporto, soltanto per una giusta causa *ex art.* 2119 c.c., con la esplicita possibilità, secondo quanto genericamente previsto dall'art. 1223 c.c., del risarcimento del danno alla parte non inadempiente. E, nel caso di contratto di lavoro somministrato a tempo indeterminato, la possibilità di licenziare deve essere ovviamente correlata a una giusta causa, o a un giustificato motivo soggettivo od oggettivo.

Ma è proprio in relazione al licenziamento per giustificato motivo oggettivo del lavoratore assunto dal somministratore a tempo indeterminato che sono sorti alcuni dubbi in dottrina. Se il richiamo contenuto inizialmente nell'art. 20, c. 2, e oggi nell'art. 34, c. 1, d.lgs. n. 81/2015, comporta che la cessazione del contratto di somministrazione a termine non può di per sé essere considerato un giustificato motivo oggettivo di licenziamento del lavoratore assunto a tempo indeterminato, «poiché si presume che la conclusione dell'assegnazione presso un utilizzatore rientri nelle vicende fisiologiche del rapporto di lavoro a tempo indeterminato» (Ciucciavino, 2004, 84; Ichino, 2004, 311), gran parte della dottrina ritiene che, nonostante qualche ambiguità contenuta nel testo normativo, neanche l'estinzione del contratto di somministrazione a tempo indeterminato possa di per sé giustificare il recesso dal rapporto di lavoro (Speziale, 2004, 309; Zappalà, 2004, 346; Calcaterra, 2016, 601). Si tratta, d'altra parte, di una posizione condivisa dallo stesso ministero del Lavoro, secondo cui il giustificato motivo oggettivo «non può coincidere con il venir meno del contratto di somministrazione, essendo configurabile solo allorquando risulti l'impossibilità di avviare ad altra missione il lavoratore, tenuto conto anche dell'infruttuoso decorso di un congruo periodo di disponibilità» (Circolare del ministero del Lavoro 22.2.2005, n. 7).

3. — La *ratio* di tale posizione, secondo cui il venir meno del contratto di somministrazione non può mai configurare di per sé una legittima ragione oggettiva, sembra in particolare correlata al rischio economico che si assume l'agenzia di somministrazione che impiega lavoratori a tempo indeterminato, in cui è fisiologica l'esistenza di periodi di disponibilità e la necessità di ricollocare di volta in volta lo stesso lavoratore. Il punto è, semmai, cercare di individuare quel *quid pluris* inerente «all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa» che possa

configurare quella peculiare ragione economica sufficiente a giustificare il recesso nell'ambito di un rapporto di lavoro somministrato.

La questione è stata affrontata con specifico riferimento al caso in cui l'agenzia non avesse più occasioni di lavoro da offrire al lavoratore, che quindi è stato ritenuto un giustificato motivo di recesso, ma soltanto qualora la mancanza di lavoro sussista per un certo periodo di tempo, per il calcolo del quale in dottrina è stato proposto di utilizzare in via analogica le norme correlate al superamento del periodo di comportamento (Ichino 2004, 311). La contrattazione collettiva, a sua volta, ha individuato un più preciso ambito temporale di riferimento per i lavoratori con più di 30 settimane di attività presso uno stesso utilizzatore. Secondo l'art. 25 del Ccnl delle agenzie di somministrazione del 2014, nel caso di «mancanza di occasioni di lavoro» l'agenzia deve avviare, mediante comunicazione a Forma.Temp, un'apposita procedura di messa in disponibilità di durata complessiva di 6 mesi nel corso della quale il lavoratore percepisce un compenso pari a 850 euro mensili, erogato dall'agenzia ma successivamente rimborsato da Forma.Temp: valore più elevato rispetto alla «normale» indennità di disponibilità di 750 euro stanziata direttamente dall'agenzia.

4. — Per quanto concerne la sanzione comminata, entrambe le sentenze in commento hanno ritenuto di poter reintegrare il lavoratore illegittimamente licenziato per manifesta insussistenza del fatto contestato, secondo quanto previsto dal novellato art. 18, c. 4, l. n. 300/70, perché, al contrario di quanto affermato, le agenzie avrebbero in realtà ben potuto ricollocare i lavoratori presso altre imprese utilizzatrici. Sembra innanzitutto da escludersi che tale circostanza sia stata interpretata dai giudicanti quale mancata attuazione dell'obbligo di *repêchage*. E in effetti le più recenti posizioni della giurisprudenza di merito sembrerebbero ritenere che, nel vigore del testo dell'art. 18 dello Statuto successivo al 2012, la violazione dell'obbligo di *repêchage*, il cui onere probatorio grava sul datore di lavoro (Cfr., da ultimo, Cass. 12 gennaio 2017, n. 618), potrebbe configurare soltanto l'indennità risarcitoria di cui al c. 5, e non la reintegrazione prospettata dal c. 4 dell'art. 18 (T. Torino 5.4.2016, in *redazionegiuffrè*, 2016; T. Varese 4.9.2013, in *FI*, 2013, n. 11, I, 3333; T. Roma 8.8.2013, in *RIDL*, 2014, n. 1, II, 167; T. Milano 29.3.2013, richiamato da Bolego, Nogler, 2014, 406; *contra*, in dottrina, cfr., per tutti, Carinci 2012, 527), così come l'eventuale violazione dei criteri di scelta nel caso di personale con mansioni fungibili (Cass. 8 luglio 2016, n. 14021).

Secondo i giudici, «l'impossibilità di ricollocazione del lavoratore per mancanza di occasioni di lavoro è risultato un fatto evidentemente insussistente» (Così T. Velletri 29.7.2016, in commento). Se la nozione della manifesta insussistenza del fatto posto a fondamento del g.m.o. è tuttora al centro di ampio dibattito (Per una recente ricostruzione, cfr. Varva, 2015, 116), il caso della somministrazione di lavoro si pone in maniera particolare.

Al di là della semplice non corrispondenza con quanto addotto dal datore di lavoro — ragione sufficiente nei casi in commento per decretare la reintegrazione del lavoratore illegittimamente estromesso —, bisognerebbe comprendere se le modalità con cui i giudici sono arrivati a tali decisioni non siano in qualche modo correlate al peculiare caso del g.m.o. nell'ambito della somministrazione. Si potrebbe, in effetti, ritenere che, al di là del dibattito sul ruolo esterno o interno del *repêchage* o dei criteri

di scelta nel «normale» g.m.o., proprio nel particolare caso della somministrazione tanto l'impossibilità di ricollocazione di un lavoratore quanto l'eventuale criterio di selezione tra professionalità fungibili rientrano tra gli elementi costitutivi del giustificato motivo. Proprio in quanto elementi ontologicamente necessari per comprendere se la mancanza di lavoro si è effettivamente prolungata per il tempo necessario a scindere quel rischio a carico dell'agenzia insito in tale tipologia di lavoro. Si tratta di un approccio interpretativo foriero di interessanti prospettive nell'ambito della fattispecie trilaterale della somministrazione, ma che necessita forse di un più ponderato approccio ricostruttivo per comprendere appieno quale possa essere il giusto equilibrio tra diritto del lavoratore somministrato e gestione produttiva e organizzativa dell'agenzia di somministrazione.

Le decisioni in commento divergono, poi, sul calcolo del parametro utilizzato a fini risarcitori, in entrambi i casi con riferimento al limite massimo di 12 mensilità, secondo i limiti della cd. reintegrazione debole. In un caso il giudice richiama l'ultima mensilità percepita prima del licenziamento, coincidente con l'indennità di disponibilità erogata nel corso della procedura prevista dal Ccnl in mancanza di occasioni di lavoro. Nel secondo caso, invece, viene presa a parametro l'ultima retribuzione percepita presso il soggetto utilizzatore.

È probabile che alla base di una tale divaricazione interpretativa vi possa essere il diverso approccio emerso in merito alla natura giuridica dell'indennità di disponibilità. In dottrina appare prevalente la tesi che ne riconosce la natura retributiva, soprattutto in virtù dell'assoggettamento alla contribuzione previdenziale (Ciucciiovino 2004, 82), anche se da tutti i commentatori viene sottolineato come l'indennità di disponibilità remunera soltanto la disponibilità del lavoratore a riprendere il lavoro presso un diverso utilizzatore e non la prestazione lavorativa vera e propria. Da qui il diverso approccio dei giudici su quale debba essere «l'ultima retribuzione globale di fatto» percepita dal lavoratore da utilizzare ai fini del calcolo dell'indennità risarcitoria. Tra le decisioni in commento, nel secondo caso sembrerebbe prevalere l'idea del ripristino della situazione di disponibilità precedente all'avvenuta espulsione, anche con la probabile finalità di evitare un risarcimento superiore a quanto il lavoratore avrebbe percepito se non ci fosse stato il licenziamento. Nel primo caso, indubbiamente più favorevole al lavoratore, il giudice, con una interpretazione che parte comunque dalla lettera della legge, appare invece fermo nel ritenere che la «retribuzione» a cui il legislatore fa riferimento quale parametro dell'indennità risarcitoria non possa che essere quella «piena», direttamente correlata all'attività lavorativa, e che quindi sia necessario reperire l'ultima retribuzione percepita presso l'utilizzatore.

Riferimenti bibliografici

- Bolego G., Nogler L. (2014), *Opinioni sul licenziamento per motivi economici*, in *DLRI*, 406 ss.
- Calcaterra L. (2016), *Lo staff leasing dall'ostracismo alla liberalizzazione*, in *RIDL*, n. 4, I, 601 ss.
- Carinci M.T. (2012), *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity all'italiana*, in *DLRI*, 527 ss.

- Ciucciovino S. (2004), *Art. 22*, in Carinci F. (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, vol. II, Carinci M.T., Cester C. (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, Ipsoa, Assago, 63 ss.
- Ichino P. (2004), *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in M. Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro, Commento al d.lgs. 10.9.2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 294 ss.
- Speziale V. (2004), *Art. 20*, in E. Gragnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 327 ss.
- Varva S. (2015), *Il licenziamento economico*, Torino.
- Zappalà L. (2004), *Art. 22. La disciplina del rapporto di lavoro*, in De Luca Tamajo R., Santoro Passarelli G. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 322 ss.

Lorenzo Giasanti

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

TRIBUNALE LATINA, 27.9.2016, [ord.](#) – Giudice Gatani – D.M., A.S., A.M., G.D., F.D.M. (avv.ti Salvagni, Libertini, Bellomo) c. Sapa Profili Srl (avv.ti Prati, Scotti, Melegari).

Licenziamento collettivo – Artt. 4 e 24, legge n. 223/1991 – Criteri di scelta – Ambito di selezione del personale eccedente – Procedura – Violazione – Conseguenze sanzionatorie – Tutela reintegratoria.

È illegittimo il licenziamento collettivo fondato sull'unico criterio di scelta della chiusura dello stabilimento e del licenziamento di tutti i dipendenti, allorché una parte di essi, pur essendo impiegati presso la medesima sede, risultino in realtà ricollocati presso un'altra società del Gruppo, configurandosi in tal modo un criterio non corrispondente a quello dichiarato nella comunicazione ex art. 4, c. 9, legge n. 223/1991. (1)

(1) LICENZIAMENTO COLLETTIVO PER CHIUSURA DI STABILIMENTO
E RICOLLOCAZIONE PRESSO ALTRA SOCIETÀ DEL GRUPPO

1. — Con l'ordinanza in commento, il Tribunale si pronuncia in merito alla legittimità della procedura di mobilità e del conseguente licenziamento collettivo intimato, affrontando il tema della violazione sia dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, sia della procedura ex art. 4, c. 9, l. n. 223/91. Nel caso esaminato, la procedura ex art. 4, l. cit., non si è conclusa con l'accordo sindacale di cui al c. 9. La difesa dei lavoratori ricorrenti deduceva che, a seguito di procedura di mobilità, «risultavano» essere stati licenziati tutti i 136 lavoratori occupati presso uno stabilimento facente capo a un gruppo societario. La società resistente fa parte di un gruppo societario che trae origine da una *join venture* e ha diverse sedi in Italia, in Europa e in altri continenti. Tra le società facenti parte del gruppo societario rientra la società presso la quale sono stati «ricollocati» 6 lavoratori originariamente impiegati presso lo stabilimento chiuso a seguito di procedura di mobilità: gli unici a non essere stati licenziati. Infatti, rispetto ai 136 lavoratori indicati nella comunicazione di avvio della procedura e nella comunicazione ex art. 4, c. 9, la difesa di parte ricorrente deduceva che solo 130 «risultassero» essere stati realmente licenziati. I ricorrenti chiedevano l'inefficacia e/o nullità o illegittimità del licenziamento intimato. Per i ricorrenti che durante la fase istruttoria non erano giunti a una conciliazione il giudice ha accolto il ricorso. L'azienda resistente «formalmente» aveva precisato, ex art. 4, c. 9, il criterio di scelta applicato consistente nel fatto che tutti i lavoratori coinvolti nella procedura di mobilità svolgessero la propria prestazione nello stabilimento che sarebbe stato chiuso. A giudizio del Tribunale, tale precisazione è apparsa inveritiera, in quanto il criterio effettivamente utilizzato per l'individuazione dei licenziandi non corrisponde a quanto formalmente indicato. Infatti, secondo l'ordinanza il criterio indicato avrebbe integrato i requisiti di cui all'art. 4, c. 9, solo qualora la società avesse licenziato «tutti i lavoratori addetti a tale stabilimento»; circostanza che non si è verificata poiché 6 lavoratori sono stati ricollocati presso altro stabilimento. Il prov-

vedimento, sulla base di tali risultanze, stabilisce quindi che la società resistente ha violato l'art. 4, c. 9. L'ordinanza si è uniformata all'orientamento costante della giurisprudenza secondo il quale, *ex art.* 4, c. 9, il datore di lavoro deve indicare le ragioni per cui, applicando i criteri previsti dall'accordo sindacale o, in mancanza, dalla legge, la scelta sia caduta proprio su determinati lavoratori e non su altri, eventualmente fornendo un quadro comparativo di tutte le posizioni lavorative presenti in azienda (T. Monza 23.4.2015, ord., in *ADL*, 2015, n. 4-5, II 1070; Cass. 16.2.2010, n. 3603, in *MGC*, 2010, n. 2, 213; Cass. 10.7.2013, n. 17119, in *GDir.*, 2013, n. 32, 48; Cass. 3.2.2014, n. 2298, in *GI*, 2014, n. 7, 1674).

2. — Riguardo al caso esaminato, appare opportuno evidenziare come l'obbligo a carico del datore di lavoro di adempiere gli obblighi procedurali e, in particolare, quello relativo alla comunicazione delle modalità di applicazione dei criteri di scelta è finalizzato a una tutela dei diritti del singolo lavoratore, esposto alla perdita del posto di lavoro e al quale deve essere consentito di verificare le ragioni che hanno giustificato il suo licenziamento (T. Monza 23.4.2015, ord., cit.). È necessario che dalle comunicazioni finali si possa comprendere in base a quali criteri si è arrivati alla scelta; bisogna fare, quindi, una vera e propria graduatoria di «tutti» i dipendenti, con applicazione dei criteri di scelta (Cass. 8.1.2003, n. 86, in *OGI*, 2003, I, 178). Il datore di lavoro deve specificare nella comunicazione *ex art.* 4, c. 9, le modalità applicative dei criteri di scelta così che essa raggiunga quel livello di adeguatezza sufficiente a porre in grado il lavoratore di percepire, al momento e sulla base della medesima comunicazione e non già alla stregua di accertamenti da compiersi *ex post*, perché lui e non altri dipendenti, sia stato destinatario del collocamento in mobilità e del licenziamento collettivo e, quindi, di poter eventualmente contestare l'illegittimità della misura espulsiva (C. App. Roma 12.3.2013, in *LG*, 2013, 621; C. App. Bologna 15.9.2014, in *LG*, 2015, 280; Cass. 31.7.2013, in *LG*, 2013, 1041; Cass. 6.6.2011, n. 12196, in *RIDL*, 2012, II, 323); richiedere «la pubblicità delle “specifiche modalità di applicazione dei criteri”, val quanto dire la lista dei “non licenziati” e le ragioni della priorità riconosciuta loro» (D'Antona 1993a, 20, 26). L'onere della prova del rispetto della procedura di attuazione spetta al datore di lavoro, che deve allegare le specifiche omissioni o irregolarità, la cui assenza comporta il rigetto della domanda. Tali obblighi specifici di comportamento dettagliatamente individuati *ex art.* 4 vanno eseguiti dalle parti nel rispetto del canone generale e integrativo di correttezza e buona fede, *ex artt.* 1175 e 1375 c.c., che vincola sempre le parti contraenti nelle pattuizioni private (Si vd. Gagnoli 2006, 177 ss.). Il mancato rispetto di tale procedura determina l'applicazione, da parte del giudice, di una serie di sanzioni e, nel caso di comportamento datoriale in mala fede o di informazioni inesatte, incomplete, parziali o di immotivato rifiuto di integrazione dei contenuti della comunicazione che pregiudicano la funzione stessa della procedura, è ammissibile anche l'applicazione dell'art. 28 St. lav. (Cass. 19.2.2000, n. 1923, in *OGI*, 2000, 293).

3. — Tornando al caso di specie, il Tribunale rileva che il criterio di scelta indicato dalla società resistente risulta «invertito e non conforme alla realtà»; infatti, 6 lavoratori dei 136 occupati nell'unità produttiva non vengono licenziati ma risultano essere stati ricollocati presso altro stabilimento facente capo alla stessa società resi-

stente; *ergo*, la società, nel procedere all'individuazione dei lavoratori da estromettere ha applicato un criterio non corrispondente a quello dichiarato nella comunicazione *ex art. 4, c. 9*. In realtà, la resistente né ha puntualmente indicato i criteri di scelta utilizzati per la comparazione tra i 136 lavoratori complessivamente impiegati nell'unità produttiva chiusa, né ha specificato i criteri con i quali ha individuato i 130 licenziati e i 6 non licenziati ma ricollocati presso altra sede. Peraltro, la società non ha effettuato alcuna comparazione né tra i 130 licenziati e tutti i dipendenti della Società impiegati nelle diverse sedi della stessa, né tra tutti i dipendenti impiegati nelle diverse Società appartenenti al gruppo societario, in violazione dell'*art. 5*. Il giudice rileva che la disposizione *ex art. 4, c. 9*, debba rapportarsi a quella dell'*art. 5, c. 1*, in base al quale «l'individuazione dei lavoratori da collocare in mobilità deve avvenire, in relazione alle esigenze tecnico-produttive e organizzative del complesso aziendale, nel rispetto dei criteri previsti dai contratti collettivi stipulati con i sindacati di cui all'*art. 4, c. 2*, ovvero, in mancanza di questi contratti, nel rispetto dei seguenti criteri in concorso tra loro: *carichi di famiglia, anzianità ed esigenze tecnico-produttive e organizzative*». Le esigenze dell'impresa a cui fa riferimento la prima parte dell'*art. 5, c. 1*, «valgono ad accendere un cono di luce sull'area dell'azienda che (per natura o modalità di produzione, per ubicazione e via dicendo) sarà oggetto di ridimensionamento del personale; quelle chiamate a concorrere con l'anzianità e i carichi di famiglia valgono a individuare – entro il perimetro disegnato dalle prime – i lavoratori coinvolti nel procedimento selettivo» (Cfr. Chieco 1998, 16; Casale 2007, 1135). Quindi, il giudice dell'ordinanza puntualizza gli adempimenti a carico dell'imprenditore affermando che, una volta esaurita la procedura *ex art. 4, cc. 5 e 9*, prima di procedere ai licenziamenti l'imprenditore debba elaborare i criteri di scelta da applicare (Sunna 2007, 536) e poi determinare le modalità di applicazione di tali criteri; solo in un momento successivo a tali «necessari» adempimenti è legittimato a intimare il recesso nei confronti dei lavoratori così individuati, comunicando *ex art. 4, c. 9*, l'elenco dei lavoratori licenziati agli organismi amministrativi e alle associazioni sindacali (Cass. 23.9.1998, n. 9541, in *D&L*, 1999, 85). Peraltro, a seguito della modifica apportata dall'*art. 1, c. 44, l. n. 92/2012*, all'*art. 4, c. 9, l. n. 223/91*, la comunicazione finale ai sindacati e alla pubblica amministrazione deve avvenire entro sette giorni dall'intimazione dei licenziamenti e non più contestualmente (Si vd. Vallebona 2012, 161; Cester 2012, 584; Angiello 2012; Tatarelli, 2012, 62). I parametri individuati dall'*art. 5, l. cit.*, devono essere rispettati dall'imprenditore a pena di invalidità dei licenziamenti comminati e con onere della prova a carico del datore di lavoro (Cass. 23.12.2009, n. 27165, in *GL*, 2009, n. 13, 47). *Ergo*, nel caso esaminato, in base alla procedura utilizzata da parte resistente risulta essere stato elaborato un criterio non corrispondente al parametro effettivamente utilizzato nella scelta dei lavoratori da estromettere; quindi il giudice accoglie il ricorso e ritenuta la illegittimità del licenziamento collettivo condanna la società resistente alla immediata reintegrazione dei lavoratori ricorrenti nel posto di lavoro o presso una delle sedi del gruppo societario a cui la resistente appartiene, oltre alla condanna per quest'ultima *ex art. 18, c. 4, l. n. 300/1970*, modificato dall'*art. 1, c. 42, l. n. 92/2012*, al pagamento in favore dei lavoratori ricorrenti di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata in dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto o comunque nella misura massima di legge (Si vd. A. Veltri, 2014, 1455 ss.).

4. — Per concludere, si può affermare che il giudice si allinea così all'orientamento giurisprudenziale secondo il quale «la comparazione dei lavoratori da licenziare va effettuata, in presenza di professionalità fungibili e omogenee nelle diverse unità produttive dell'azienda, tra tutti i lavoratori appartenenti all'intero complesso aziendale e non può essere limitata dal datore di lavoro alla sola unità produttiva soppressa» in quanto «non si può aprioristicamente escludere che il lavoratore, destinatario del provvedimento di trasferimento a seguito del riassetto delle posizioni lavorative in esito alla valutazione comparativa, preferisca una diversa dislocazione alla perdita del posto di lavoro» (Cass. 11.7.2013, n. 17177, in *LG*, 2013, 1013 ss.; Cass. 23.3.2011, n. 6626; Cass. 23.5.2011, n. 9711, in *MGC*, 2011, n. 5, 686). Alla base di tale orientamento c'è la convinzione che, ampliando al massimo l'ambito aziendale all'interno del quale operare la scelta, sia più agevole espellere lavoratori più facilmente ricollocabili o meno deboli per carichi familiari; si stabilisce, in tal modo, un'ulteriore garanzia contro eventuali discriminazioni nei confronti del lavoratore, maggiormente verificabili quanto più si restringe l'area della selezione, in relazione alla quale va verificato il nesso causale tra il programma di ristrutturazione aziendale e il singolo licenziamento (Cfr. Focareta 1992, 341). Secondo diverso orientamento giurisprudenziale, «qualora il progetto di ristrutturazione aziendale si riferisca in modo esclusivo a un'unità produttiva dell'azienda, la platea dei lavoratori interessati può esser limitata agli addetti a tale unità sulla base di oggettive esigenze aziendali e il datore di lavoro deve indicare nella comunicazione, ai sensi della l. n. 223 del 1991, art. 4, c. 3, sia le ragioni alla base della limitazione dei licenziamenti ai dipendenti dell'unità o settore in questione, sia le ragioni per cui non ritenga di ovviare ad alcuni licenziamenti con il trasferimento a unità produttive geograficamente vicine a quella soppressa o ridotta, onde consentire alle organizzazioni sindacali di verificare l'effettiva necessità dei programmati licenziamenti (Cass. 9.3.2015, n. 4678, in *ADL*, 2015, n. 4-5, II, 948). La *ratio* sottesa alla disciplina dei licenziamenti collettivi è il bilanciamento tra contrapposti interessi: da una parte c'è quello dell'imprenditore al corretto dimensionamento della struttura e dell'attività dell'impresa che nei casi di eccedenza di personale deve essere soddisfatto con tagli occupazionali; dall'altra vi è l'interesse individuale alla tutela del posto di lavoro e quello generale alla salvaguardia dell'occupazione. Tale disciplina «si può quindi considerare come attuazione dell'art. 41, cc. 2 e 3, Cost. In forza del generale principio della solidarietà sociale (che incide anche sulla libertà di iniziativa economica privata: artt. 2, 3 e 41, c. 2, Cost.), la decisione dell'imprenditore di ridurre il personale (per trasformare o ridurre o perfino cessare l'attività dell'impresa) resta insindacabile nell'*an*, ma viene limitata nel *quomodo* dall'obbligo procedurale di negoziare il progetto di riduzione del personale, in un quadro di doveri legali di informazione e di comportamento leale, con parti sindacali e, se necessario, anche pubbliche, ferma restando la necessità di "motivare" alla fine l'individuazione dei licenziati rispettando i criteri di scelta» (D'Antona 1993b, 2030 s.).

Riferimenti bibliografici

Angiello L. (2012), *Licenziamenti collettivi*, in Carinci F., Miscione M. (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero (legge n. 92/2012 e legge n. 134/2012) – Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, in *DPL*, n. 33, 2012 ss.

- Casale D. (2007), *I criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, in *ADL*, n. 4-5, II, 1070 ss.
- Cester C. (2012), *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *ADL*, n. 3, I, 584 ss.
- Chieco P. (1998), voce *Licenziamenti: III) Licenziamenti collettivi – Nuova disciplina*, in *EGT*, Roma, vol. XIX, 16 ss.
- D'Antona M. (1993a), Nota a Pret. Venezia, 1.2.1993, in *FI*, I, 2025 ss.
- D'Antona M. (1993b), *Riduzione del personale e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della legge n. 223/91*, in *FI*, I, 2030 s.
- Focareta F. (1992), *I criteri di scelta*, in *DLRI*, n. 1, 341 ss.
- Gragnoletti E. (2006), *La riduzione del personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, in Galgano F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 177 ss.
- Sunna C. (2007), *I criteri di scelta*, in Carinci F. (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, III, *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, Torino, 536 ss.
- Tatarelli M. (2012), *Sette giorni al lavoratore per comunicare i «recessi», La riforma del lavoro. Guida pratica alla legge n. 92/2012*, il Sole 24 ore – Guida normativa, Milano.
- Vallebona A. (2012), *La riforma del lavoro 2012*, Torino.
- Veltri A. (2014), in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale privato e pubblico. Commentario*, Utet, Torino, 1455 ss.

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

TRIBUNALE ROMA, 16.9.2016, ord. – Giudice Garzia – G.S. (avv. Petrilli)
c. Società Laurentina Srl (avv. ti Castelli, Simoncini).

Controlli sul lavoratore – Licenziamento disciplinare – Telecamere a circuito chiuso non autorizzate – Garanzie procedurali e controlli difensivi – Mancata autorizzazione e inutilizzabilità della prova – Assenza di giusta causa.

Il licenziamento disciplinare basato sulle videoriprese delle telecamere a circuito chiuso non previamente autorizzate, come espressamente richiesto dal c. 2 dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori (vecchio testo), è illegittimo per carenza di giusta causa, posto che le garanzie procedurali imposte dalla norma trovano applicazione anche ai cd. controlli difensivi quando l'oggetto di questi ultimi sia l'esatto adempimento della prestazione lavorativa e non la tutela di beni estranei al rapporto di lavoro. (1)

(1) I CONTROLLI DIFENSIVI E LE GARANZIE PROCEDURALI EX ART. 4 ST. LAV.

1. — Con l'ordinanza in commento, il Tribunale di Roma si pronuncia sulla questione dei controlli cd. difensivi, schierandosi dalla parte di quella giurisprudenza che considera applicabili anche a tali controlli le garanzie procedurali dell'art. 4 St. lav.

Alla ricorrente veniva intimato un licenziamento per giusta causa in data 5.11.2015 per aver manomesso, a fini di sabotaggio, i monitor che nello svolgimento della prestazione lavorativa avrebbe dovuto controllare e per lo sbloccaggio dei quali, in caso di problemi, avrebbe dovuto seguire una precisa procedura.

La lavoratrice, pur avendo eseguito rigorosamente l'*iter* indicatogli dalla società in caso di blocco dei monitor, veniva accusata di aver manomesso gli stessi («allentando volontariamente le prese che alimentano gli *embedded*») sulla scorta di filmati delle videocamere – non autorizzate – operanti in sala.

Il licenziamento veniva, pertanto, giustificato solo in virtù di videoriprese prodotte da un sistema di videosorveglianza non autorizzato: tale mancata autorizzazione, giustificata dall'azienda sulla base della qualificazione del controllo come difensivo, non ha persuaso il giudice, il quale ha precisato che le garanzie procedurali imposte dall'art. 4, comma 2, Statuto dei lavoratori (nel testo precedente al d.lgs. n. 151/2015) per l'installazione di impianti e apparecchiature di controllo richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro, ma altresì idonei al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, trovano applicazione anche ai controlli cd. difensivi, ossia a quelli diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori, ove tali comportamenti riguardino l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro.

2. — La pronuncia in esame affronta, dunque, nuovamente il tema dei controlli cd. difensivi: categoria giurisprudenziale mutuata dapprima dall'art. 3 della l. n. 300/1970 e poi utilizzata dalla giurisprudenza per poter in qualche modo «legittima-

re» una particolare categoria di controlli collegati all'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, perché derivanti da strumenti che, seppur non avessero – quale finalità principale – la funzione di controllare a distanza l'attività dei lavoratori, tuttavia risultavano idonei anche a tal fine.

È opportuno ricordare che l'art. 4, nella versione precedente alla riforma operata dal d.lgs. n. 151 del 2015, dopo aver esplicitamente sancito il divieto di utilizzo di impianti e di altre apparecchiature per il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori (comma 1), prevedeva al comma 2 una deroga a tale divieto, laddove gli strumenti idonei «anche» al suddetto controllo fossero richiesti o da particolari esigenze (organizzative e produttive) o dalla sicurezza sul lavoro.

In questi casi, in cui era richiesta l'autorizzazione sindacale (Rsa o commissione interna) o amministrativa (Ispettorato del lavoro), il legislatore permetteva l'utilizzo di tali strumenti, «estranei» alla prestazione lavorativa (Alvino 2016) ma indispensabili per soddisfare precise esigenze, posto che la loro finalità principale ed esclusiva non era il controllo dell'attività ma, ad esempio, l'accertamento del funzionamento di un macchinario o la rilevazione della quantità di energia utilizzata (Assanti, Pera 1972).

In tale contesto, emergevano in ambito giurisprudenziale i controlli difensivi, ossia quelli aventi a oggetto non il corretto adempimento della prestazione lavorativa (Cass. 23.2.2012, n. 2722, in *RIDL*, 2013, n. 1, II, 113, con nota di Spinelli; Cass. 9.6.2011, n. 12568, in *www.dejure.it*; Cass. 9.7.2008, n. 1882, in *www.dejure.it*), ma l'accertamento di condotte illecite del lavoratore, ossia comportamenti integranti illeciti civili o atti penalmente rilevanti.

L'aspetto più problematico dei controlli difensivi è quello relativo al rispetto o meno, ai fini della loro legittimità, delle garanzie procedurali stabilite dall'art. 4 St. lav.; in altre parole, la dottrina si è sempre interrogata sul se i controlli difensivi dovessero essere preceduti dall'autorizzazione prescritta dal c. 2 dell'originaria versione dell'art. 4 oppure se tale categoria, esulando completamente dall'ambito di applicazione dello stesso art. 4, potesse dar luogo a controlli legittimi a prescindere da qualsivoglia processo autorizzativo.

Per poter rispondere a tale domanda è necessario individuare l'oggetto di tali controlli (Lambertucci 2015): si potrebbe sostenere che, laddove il controllo riguardasse il corretto adempimento della prestazione lavorativa, si ricadrebbe nell'art. 4 St. lav. e l'autorizzazione assurgerebbe a condizione di validità del controllo stesso, mentre se quest'ultimo fosse diretto all'accertamento di un comportamento illecito del lavoratore, a tutela di beni estranei al rapporto, si tratterebbe di un controllo difensivo e si esulerebbe dalla norma statutaria (Cass. 3.4.2002, n. 4746, in *NGL*, 2002, 642; Cass. 17.7.2007, n. 15892, in *RIDL*, 2008, n. 3, II, 714, con nota di Vallauri; Cass. 23.2.2012, n. 2722, *ivi*, 2013, n. 1, II, 113, con nota di Spinelli; Cass. 17.2.2015, n. 3122, in *www.dejure.it*; Cass. 19.9.2016, n. 18302, in *Ilgiuslavorista.it* 2016, con nota di De Luca, Cannone).

A ben vedere, seppur in linea di massima si può affermare che le pronunce della Cassazione seguano tale distinzione, tuttavia recenti sentenze hanno considerato legittimi controlli che – pur avendo a oggetto l'esatto adempimento della prestazione lavorativa – sono stati disposti tramite strumenti di controllo a distanza non previamente autorizzati (Cass. 27.5.2015, n. 10955, in *RIDL*, 2016, II, 120, con nota di Puccetti).

Il rischio che si corre, e che – al fine di tutelare la dignità e la riservatezza dei lavoratori – dovrebbe essere evitato, è proprio quello di legittimare tutta una serie di controlli sulla scorta della mera qualificazione formale di controllo «difensivo», tenuto altresì conto che nella maggioranza dei casi tale qualificazione viene riconosciuta *ex post*, ossia a controllo già avvenuto.

Pertanto – com'è stato autorevolmente sostenuto – «la natura difensiva non conferisce automaticamente alcuna patente di legittimità al controllo effettuato» (Zoli 2009).

In altri termini, se si accettasse un tale ampia interpretazione di controlli difensivi, il datore di lavoro potrebbe sempre porre in essere controlli privi di qualsivoglia preventiva autorizzazione e utilizzarli poi contro il lavoratore che, grazie a quei controlli in realtà continui e generalizzati, sia risultato colpevole di un comportamento illegittimo, giustificando la mancata autorizzazione dello strumento tramite il quale è stato esercitato il controllo mediante la qualificazione dello stesso come «difensivo».

Per altro verso, occorre precisare che proprio l'obiettivo di tali controlli, ossia la difesa del datore di lavoro contro condotte del lavoratore lesive di beni estranei alla prestazione lavorativa, potrebbe collidere con una potenziale preventiva autorizzazione: riconoscere l'applicazione delle garanzie procedurali di cui all'art. 4 St. lav. anche ai controlli difensivi significherebbe dover richiedere l'autorizzazione sindacale o amministrativa e informare precisamente il lavoratore circa le modalità di svolgimento del controllo stesso. D'altra parte, l'autorizzazione preventiva, avendo portata generale, potrebbe rivelarsi idonea a prevenire condotte illecite: in altre parole, i lavoratori, per il solo fatto di sapere di poter essere sorvegliati, potrebbero astenersi dal commetterle. Questo profilo è senz'altro rafforzato dal nuovo art. 4 St. lav.; quest'ultimo, oltre ad ampliare l'ambito dell'autorizzazione sindacale-amministrativa alle finalità di tutela del patrimonio aziendale (in cui rientra la maggior parte dei controlli difensivi: vd. oltre), prevede per tutti gli strumenti (sia quelli di cui al c. 1, sia quelli di cui al c. 2) sempre l'obbligo di informativa preventiva individuale ai lavoratori.

3. — La questione non può dirsi risolta nemmeno alla luce della novella apportata dall'art. 23 del d.lgs. n. 151 del 2015, poiché la dottrina appare al riguardo ancora divisa.

Secondo una prima posizione, la nozione giurisprudenziale di «controlli difensivi» sarebbe oramai completamente assorbita nel nuovo art. 4 St. lav., in considerazione del fatto che la norma annovera – tra le esigenze che giustificano l'impiego di impianti e strumenti dai quali possa derivare anche il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori – non solo le esigenze produttive e organizzative e la sicurezza del lavoro, ma anche la «tutela del patrimonio aziendale» (Trojsi 2016; Del Punta 2016). Si osserva che l'esplicita menzione dell'esigenza di protezione del patrimonio aziendale ha un ulteriore relevantissimo effetto, «che è quello di assorbire in via definitiva anche gli strumenti destinati a realizzare un "controllo difensivo" all'interno della categoria degli impianti per la cui installazione è necessario il preventivo accordo collettivo o il provvedimento amministrativo di autorizzazione. Con tale esplicito riferimento alla tutela del patrimonio aziendale, il legislatore ha dunque dato fondamento normativo all'orientamento [...] che negava la possibilità di identificare una categoria degli strumenti di controllo difensivo sottratta all'applicazione delle regole dell'art. 4» (Così Alvino, 2016; vd. anche Balletti 2016; Ricci 2016).

A questa posizione si contrappone chi ritiene che la previsione nell'art. 4 del riferimento alla «tutela del patrimonio aziendale» non sia idonea ad assorbire i controlli difensivi nel c. 1 della norma statutaria in discorso (Maresca 2016, Maio 2015, Marazza 2016).

Il problema sembra essere ancora la definizione di controllo difensivo: il punto centrale è l'individuazione dell'oggetto (attività lavorativa o condotta illecita del lavoratore) e, aspetto connesso, delle modalità di svolgimento del controllo stesso. Un'autorevole dottrina (Maresca 2016) sostiene che il controllo indistinto sull'attività di tutti i lavoratori attraverso strumenti non previamente autorizzati non potrà essere qualificato *ex post* come controllo difensivo, poiché il controllo, avvenuto nel momento dell'acquisizione e memorizzazione dei dati relativi all'ordinaria attività lavorativa, ricade nel campo di applicazione dell'art. 4 «senza possibilità alcuna che l'accertamento di comportamenti illeciti del dipendente in base ai dati complessivi già raccolti possa legittimare, con effetto retroattivo, il controllo ormai consumato»; potrebbe, invece, essere considerato come un vero controllo difensivo quello svolto attraverso strumenti regolati in modo da controllare solo condotte illecite del lavoratore e non anche la sua attività lavorativa. Un altro Autore, pur arrivando alla medesima conclusione, fa leva sul concetto di legittima difesa: il controllo potrebbe essere considerato legittimo anche in assenza di autorizzazione, perché difensivo, in tutti i casi in cui vi sia una «necessità occasionale, non dilazionabile nel tempo e non realizzabile altrimenti, di fronteggiare comportamenti del lavoratore che sono qualificabili come illecito» (Maio 2015).

In definitiva, alcuni profili necessitano di una precisazione, al fine di prendere una posizione nella disputa dottrinale e giurisprudenziale in discorso: essi riguardano sia l'oggetto del controllo, sia le modalità attraverso le quali il controllo viene posto in essere.

Se è agevole affermare che il controllo sul corretto adempimento dell'attività lavorativa non può considerarsi difensivo e impone sicuramente il rispetto delle procedure di cui all'art. 4 per poter essere sfruttato a fini disciplinari, non si può sostenere con la stessa certezza che un controllo dal quale sia emerso un comportamento illecito del lavoratore possa essere sempre considerato legittimo.

Riteniamo in proposito che, ove la scoperta dell'illecito sia il frutto di un controllo indistinto sulla generalità dei lavoratori e ininterrotto, ossia in un arco di tempo indefinito, non si potrebbe qualificare il controllo come difensivo e, pertanto, nell'ipotesi in cui non fossero state rispettate le regole di cui al c. 1 del nuovo art. 4 St. lav., quel dato emerso dal controllo non potrebbe essere utilizzato. Al contrario, ove il comportamento illecito del lavoratore venga alla luce in virtù di un controllo diretto sullo stesso, idoneo a rilevare solo determinati fatti in un arco temporale delimitato, tale condotta, ancorché non siano state rispettate le regole poste dall'art. 4, c. 1, St. lav., potrebbe essere contestata al lavoratore, in quanto emersa da un controllo realmente difensivo.

A titolo meramente esemplificativo, si pensi a un sistema installato su un PC che permetta di registrare, e quindi controllare, tutti gli accessi dell'utente a determinati siti o pagine *web* a contenuto ambiguo (siti per il gioco d'azzardo o pornografici): se il controllo venisse effettuato solo durante l'orario di lavoro e fosse limitato solo a quei determinati contenuti, allora si potrebbe parlare di un controllo difensivo, mentre, se ci si trovasse di fronte a un controllo indiscriminato, in grado di ricostruire tutti gli accessi e i movimenti effettuati dal lavoratore sulle pagine internet, allora si esulerebbe da quel concetto.

Riferimenti bibliografici

- Alvino I. (2016), *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in *Labour & Law Issues*, vol. 2, n. 1, 4 ss.
- Assanti C., Pera G. (1972), *Art. 4 (Impianti audiovisivi)*, in Assanti C., Pera G. (a cura di), *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova, 24 ss.
- Balletti E. (2016), *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, relazione delle Giornate di studio Aidlass, Napoli 16 e 17 giugno 2016.
- Del Punta R. (2016), *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. n. 151/2015)*, in *RIDL*, n. 1, I, 77 ss.
- Lambertucci P. (2015), *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli a «distanza» tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014 (cd. Jobs Act)*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 255.
- Maio V. (2015), *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in *ADL*, n. 6, I, 1186 ss.
- Marazza M. (2016), *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 300.
- Maresca A. (2016), *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, n. 4, I, 512 ss.
- Ricci M. (2016), *I controlli a distanza dei lavoratori tra istanze di revisione e flessibilità «nel» lavoro*, in *ADL*, n. 4-5, I, 740 ss.
- Trojsi A. (2016), *Potere informatico del datore di lavoro e protezione dei dati dei lavoratori*, intervento alla Tavola rotonda in ricordo di Sergio Mattone su «Potere del datore di lavoro e tutela della dignità e professionalità del lavoratore al tempo del Jobs Act», Roma, 12.5.2016, 1 ss (dattiloscritto).
- Zoli C. (2009), *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, l. n. 300/1970, tra attualità ed esigenze di riforma*, in *RIDL*, I, 485 ss.

Chiara De Santis

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

TRIBUNALE MILANO, 27.6.2016, ord. – Est. Saioni – S.B. (avv.ti Francioso, Berri) c. Trenitalia Spa (avv.ti Tosi, Uberti, Battaglia).

Discriminazioni – Nozione di «handicap» – Requisiti fisici di assunzione – Esclusione di un candidato affetto da miopia – Ricorso ex art. 28, d.lgs. n. 150/2011 – Ammissibilità.

Discriminazioni – Requisiti fisici di assunzione – Irragionevolezza – Inversione dell'onere probatorio ex art. 28, d.lgs. n. 150/2011 – Onere della prova propedeutica incombente sull'attore – Insussistenza della discriminazione.

La condizione di miopia può essere considerata come un handicap, ancorché minore, ai fini dell'applicazione del rito antidiscriminatorio previsto dall'art. 28, d.lgs. n. 150/2011. È pertanto ammissibile la domanda di accertamento del carattere discriminatorio per ragioni di handicap di un requisito fisico di acutezza visiva prescritto dal datore di lavoro come condizione per l'assunzione. (1)

Non costituisce discriminazione per handicap la mancata assunzione di un soggetto privo dei requisiti fisici di acutezza visiva richiesti dal datore di lavoro, in mancanza dell'allegazione e prova, da parte dell'attore, di fatti idonei a fondare la presunzione che tali requisiti siano eccessivi, anacronistici o sproporzionati. (2)

(1-2) I REQUISITI FISICI DI ASSUNZIONE NELLA LENTE DEL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO

1. — Il caso in epigrafe riguarda la domanda di accertamento del carattere discriminatorio per ragioni di handicap dei requisiti di idoneità fisica prescritti da Trenitalia per l'assunzione in un particolare profilo professionale (operatore della manutenzione dei rotabili). La domanda era stata proposta, attraverso il rito speciale antidiscriminatorio previsto dall'art. 28, d.lgs. n. 150/2011, da un candidato che si era visto rifiutare l'assunzione, a conclusione dell'iter selettivo, in ragione del proprio lieve deficit visivo (miopia semplice di -3,5 diottrie all'occhio destro e -3 diottrie all'occhio sinistro) incompatibile con i requisiti di acutezza visiva previsti dalla normativa aziendale.

Pur riconoscendo che la condizione di miopia, per quanto affatto invalidante, possa essere considerata un handicap ai sensi del d.lgs. n. 216/2003, il Tribunale ha ritenuto che i requisiti di assunzione fossero giustificati – e dunque leciti – a fronte delle allegazioni della società e della mancata prova contraria da parte dell'aspirante lavoratore, e ha rigettato la domanda di accertamento e le conseguenti pretese ripristinatorie e risarcitorie.

L'ordinanza, benché di rigetto, merita di essere segnalata non solo per la peculiarità

– riconosciuta dallo stesso estensore in sede di compensazione delle spese di lite – di un ricorso al rito antidiscriminatorio avverso una discriminazione preassuntiva per ragioni di handicap (Per una discriminazione preassuntiva per motivi religiosi e una basata sull'età, vd., rispettivamente, C. App. Milano 20.5.2016, n. 579, in *FI*, 2016, n. 7-8, I, 2559, e T. Milano 7.7.2010, in *RCDL*, 2010, n. 4, 1024, con nota di Calafà), ma soprattutto perché il giudicante prende posizione su due rilevanti questioni di diritto antidiscriminatorio: quella (sostanziale) della latitudine della nozione di «handicap» di cui al d.lgs. n. 216/2003 e alla Direttiva n. 2000/78/Ce, e quella (processuale) della portata della regola dell'inversione dell'onere probatorio prevista dall'art. 28, c. 4, d.lgs. n. 150/2011.

Sul primo punto, dalla riconducibilità della condizione di miopia del ricorrente alla nozione di «handicap» utile a fini antidiscriminatori (Su cui vd.: Barbera 2007, 87 ss.; Lassandari 2010, 143 ss.) dipendeva l'ammissibilità stessa della domanda giudiziale. Posto che la mancata assunzione del ricorrente era pacificamente dovuta al suo difetto visivo, solo ove esso fosse stato riconosciuto come handicap la condotta della società avrebbe potuto costituire una discriminazione *diretta* in riferimento all'«accesso all'occupazione e al lavoro», che comprende anche, ai sensi dell'art. 3, c. 1, lett. *a*, d.lgs. n. 216/2003, i «criteri di selezione».

La legislazione antidiscriminatoria nazionale ed europea non offre tuttavia una definizione di «handicap», limitandosi ad annoverare tale condizione nell'elenco dei fattori di discriminazione vietata.

A colmare il vuoto ha provveduto la Corte di Giustizia, che, mutuando dalla Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità (ratificata dall'Ue con decisione del Consiglio 26.11.2009, n. 2010/48/Ce), ha affermato che la nozione di «handicap» di cui alla Direttiva n. 2000/78/Ce si riferisce a «una limitazione risultante segnatamente da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature, la quale, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori» (Così: C. Giust. 22.5.2014, C-356/12, *Glatzel*, punto 45, relativa a un caso in cui era stato rifiutato il rilascio di una patente di guida per veicoli pesanti a una persona miope; C. Giust. 18.12.2014, C-354/13, *Kaltoft*, punto 64, relativa al complesso rapporto tra handicap e obesità, su cui vd. le osservazioni di Pérez Anaya 2015; C. Giust. 11.4.2013, C-335/11 e C-337/11, *HK Denmark*, punto 47).

Conformandosi a tale orientamento, il Tribunale riconosce l'ammissibilità del ricorso, affermando che il carattere di «disabilità minore» della miopia, «che nel quotidiano poco o nulla impedisce», «non preclude che la stessa, comunque, possa essere fonte di discriminazione», diventando «barriera irremovibile» laddove nella selezione venga richiesta una particolare acutezza visiva.

La nozione di «handicap» utile per l'accesso alle garanzie del diritto antidiscriminatorio risulta così più estesa di quella di «disabilità» fatta propria da quelle normative nazionali (l. n. 68/1999, l. n. 104/1992) che richiedono specifici accertamenti medici da parte di appositi organismi, come esplicitato da un'altra recente pronuncia di merito (T. Ivrea 24.2.2016, in *RGLNews*, 2016, n. 2, 10) e contrariamente a quanto era stato eccepito dalla società.

Si tratta di una conclusione che pare condivisibile anche sotto il profilo letterale e sistematico.

Nessuna disposizione del *corpus* antidiscriminatorio fa infatti riferimento alle nozioni di disabilità contenute in altri testi di legge e lo stesso legislatore europeo parrebbe avallare la distinzione laddove, nel definire la nozione di «lavoratore con disabilità» nell'art. 3, c. 3, del Regolamento n. 651/2014, in materia di mercato interno, vi ha ricompreso, accanto a chi sia riconosciuto come tale dalla legislazione nazionale, chiunque rientri nella «clausola aperta» enucleata dalla Corte di Giustizia.

Rispetto alle normative promozionali come quella sul collocamento obbligatorio, nel diritto antidiscriminatorio non si rinvergono le medesime ragioni che suggeriscono di abbracciare una nozione ristretta di «disabilità», di carattere essenzialmente «medico-individuale» anziché «dinamico-sociale» (Izzi 2016, 752). D'altronde, com'è stato osservato, proprio la rottura con la dimensione «paternalistica» della tutela costituisce «una delle principali novità del nuovo diritto antidiscriminatorio» (Barbera 2007, 79).

Ragionando diversamente, del resto, si confinerebbero in uno spazio vuoto di diritto tutte quelle minorazioni inidonee all'accesso alle normative promozionali ma comunque tali da restringere le possibilità occupazionali dei portatori, negando in radice la possibilità di sindacare efficacemente, attraverso il rito antidiscriminatorio, requisiti di idoneità irragionevoli.

Tuttavia, ai fini della fondatezza del sindacato su tali requisiti, occorre ricordare che il diritto antidiscriminatorio prevede, con clausola di carattere generale, che una differenza di trattamento basata su un fattore vietato non costituisce una discriminazione se tale caratteristica rappresenta un requisito «essenziale e determinante» per lo svolgimento dell'attività lavorativa (art. 3, c. 3, d.lgs. n. 216/2003) (Sulle cause di giustificazione, vd., in particolare, La Tegola 2009). Se (e solo se) «essenziale e determinante» una caratteristica protetta può fondare una disparità di trattamento ammessa dall'ordinamento. Anche le legittimità degli «accertamenti di idoneità al lavoro» viene oggi subordinata al rispetto di tale principio dall'art. 3, c. 4, d.lgs. n. 216/2003, che nella versione originaria pareva invece autorizzare una sanatoria generalizzata degli accertamenti di idoneità, come tale incompatibile con la direttiva (Chieco 2006, 581 s.).

Inoltre, come noto, il datore di lavoro è tenuto a prevedere «soluzioni ragionevoli» per consentire ai disabili di accedere a un lavoro e di svolgerlo, purché esse non si traducano in un onere finanziario sproporzionato (Art. 3, c. 3-*bis*, d.lgs. n. 216/2003, sulla cui portata applicativa vd., oltre a T. Ivrea, cit., anche T. Pisa 16.4.2015, in *ADL*, 2016, n. 1, II, 164, con nota di Cangemi).

Il combinato disposto della regola generale e di quella speciale implica che la previsione di determinati requisiti di idoneità fisica, per quanto fonte di una disparità di trattamento, non sarà discriminatoria ove essi risultino ragionevoli in relazione alla specifica attività, e in assenza di accomodamenti «ragionevoli» che consentano al soggetto *prima facie* inidoneo di svolgerla altrimenti.

Si giunge così al secondo quesito sollevato dalla vicenda: chi dovrà dare la prova (positiva) dell'essenzialità del requisito e quella (negativa) dell'impossibilità di provvedere ad «accomodamenti ragionevoli»?

Nel caso di specie, il Tribunale ha rigettato nel merito la domanda in ragione della mancata prova attorea del carattere effettivamente eccessivo e sproporzionato dei requisiti di *Trenitalia* e della mancata indicazione degli «accomodamenti ragionevoli»

che avrebbero potuto renderlo idoneo alla mansione specifica, e a fronte dell'allegazione, da parte della società, di una serie di rischi per la sicurezza del traffico ferroviario connessi all'impiego di un lavoratore privo dei requisiti di acutezza visiva prescritti.

Ad avviso del giudicante, l'inversione dell'onere della prova prevista dall'art. 28, c. 4, d.lgs. n. 150/2011 – che come noto prevede che «quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione» –, ha natura solo parziale, sicché l'attore dovrà comunque «allegare e provare la sussistenza di fatti idonei a fondare la presunzione dell'esistenza di una condotta discriminatoria». Ivi compresi, dunque, gli elementi che fanno presumere l'insussistenza di una causa di giustificazione.

A prescindere dalle peculiarità del caso concreto, tuttavia, la conclusione secondo cui sarebbe il lavoratore (*rectius*, aspirante tale) a dover provare che i requisiti fisici prescritti non siano «essenziali e determinanti» per gli effetti di cui all'art. 3, c. 3, d.lgs. n. 216/2003, espone il fianco ad alcune considerazioni critiche.

La presunzione di cui al citato art. 28 (Sulla cui natura processuale vd. le osservazioni di De Michiel 2016) mira principalmente a facilitare – nel caso delle discriminazioni indirette – la dimostrazione, attraverso la possibilità di ricorrere alla prova statistica, che la differenziazione pregiudizievole è riferibile a un fattore protetto (Tarquini 2015, 30 ss.) e non già che essa sia altrimenti legittima in ragione della presenza di una causa di giustificazione.

La valutazione di ragionevolezza di un requisito di idoneità fisico, così come quella della percorribilità di «accomodamenti ragionevoli», richiede infatti un complesso (e costoso) accertamento condotto sulla base di specifiche conoscenze tanto di carattere medico quanto relative all'organizzazione aziendale.

Gravare della prova della irragionevolezza del requisito fisico (*id est*: della insussistenza di una causa di giustificazione) un soggetto che, tanto più in sede preassuntiva, poco o nulla sa dell'organizzazione di cui ambisce a far parte, né delle ragioni che potrebbero giustificare il requisito, pare in contrasto con la *ratio* della regola dell'inversione della prova prevista dal rito antidiscriminatorio oltre che in contrasto con il principio di vicinanza della prova, valorizzato invece dalla recente giurisprudenza di legittimità in tema di *repêchage* (Su cui vd. Ferraresi 2015).

Alla luce di tali considerazioni, ad avviso di chi scrive, davanti a una disparità di trattamento (diretta) per handicap come quella derivante dalla previsione di requisiti fisici di idoneità, sarà il datore di lavoro convenuto a dover provare che essi siano «essenziali e determinanti», quantomeno a fronte dell'allegazione di un *fumus* circa la loro irragionevolezza nel ricorso *ex* art. 28, d.lgs. n. 150/2011.

Riferimenti bibliografici

- Barbera M. (2007), *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in Barbera M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 77 ss.
- Calafà L. (2010), *Selezione per autisti di autobus di linea a Milano e discriminazione in base all'età*, in *RCDL*, n. 4, 1029 ss.
- Cangemi V. (2016), *Riflessioni sul licenziamento per inidoneità psicofisica: tra ingiustificatezza e discriminatorietà*, in *ADL*, n. 1, II, 164 ss.

- Chieco P. (2006), *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, in *RGL*, n. 3, I, 559 ss.
- De Michiel F. (2016), *L'effettività del diritto antidiscriminatorio alla luce della speciale disciplina processuale*, in Perulli A. (a cura di), *L'idea del diritto del lavoro, oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi*, Wolters Kluwer-Cedam, Milanofiori Assago, 355 ss.
- Ferraresi M. (2016), *L'obbligo di repêchage tra onere di allegazione e onere della prova: il revirement della Cassazione*, in *DRI*, n. 3, 842 ss.
- Izzi D. (2016), *Il licenziamento discriminatorio secondo la più virtuosa giurisprudenza nazionale*, in *LG*, n. 8-9, 748 ss.
- La Tegola O. (2009), «*Oltre*» *la discriminazione: legittima differenziazione e divieti di discriminazione*, in *DLRI*, n. 3, 471 ss.
- Lassandari A. (2010), *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, in Galgano F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. LVI, Cedam, Padova.
- Pérez Anaya R.M. (2015), *L'obesità come causa di licenziamento: la prospettiva comunitaria*, in *DRI*, n. 3, 768 ss.
- Tarquini E. (2015), *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*, Giuffrè, Milano.

Gionata Cavallini

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

CORTE COSTITUZIONALE, 6.12.2016, n. 23 – Pres. Grossi, Est. Sciarra – A.S. e altri (avv. Trivellini) c. Inps (avv. Caliulo) e Presidenza del Consiglio dei ministri (avv. dello Stato Marrone).

Pensione – Pensione superstiti – Attualizzazione del coefficiente di trasformazione ai nuovi limiti d'età pensionabile in vigore – Violazione dei principi di ragionevolezza e adeguatezza della prestazione previdenziale – Insussistenza – Legittimità costituzionale.

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, c. 14, della legge 8 agosto 1995, n. 335 (Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare), sollevata dal Tribunale ordinario di Udine, in funzione di giudice del lavoro, in riferimento agli artt. 3, c. 1, e 38, c. 2, della Costituzione. È nella discrezionalità del legislatore, col solo limite della palese irrazionalità, stabilire la misura del trattamento pensionistico dei superstiti e le variazioni dell'ammontare delle prestazioni, considerando le esigenze di vita dei beneficiari, le concrete disponibilità finanziarie e le esigenze di bilancio. (1)

(1) LA GARANZIA DELL'ADEGUATEZZA
DEL TRATTAMENTO PENSIONISTICO AI SUPERSTITI

1. — Premessa necessaria alla lettura della sentenza in epigrafe è l'inquadramento dei diversi presupposti dai quali originano rispettivamente gli istituti della pensione diretta di vecchiaia e della pensione ai superstiti. Distinte sono, infatti, le situazioni generatrici di bisogno che nell'uno e nell'altro caso rendono manifesta l'esigenza di protezione sociale da parte dell'ordinamento previdenziale.

Il rapporto previdenziale per eccellenza che si costituisce automaticamente con l'inizio di qualsiasi attività lavorativa produttrice di reddito è quello che attiene alla tutela dello stato di bisogno, conseguente alla necessità di un reddito sostitutivo per l'ultimo periodo dell'esistenza del soggetto protetto. Nel momento della perdita, per senescenza, della propria capacità di produrre reddito, il lavoratore ha motivo di attendersi una protezione sociale come garanzia di tutela per ogni attività o funzione svolta in

adempimento del generale dovere di ciascuno di contribuire con la propria opera al progresso materiale o spirituale della società, ai sensi dell'art. 3 Cost. (Sul rapporto previdenziale, e in particolare sulla pensione di vecchiaia, si leggano: Pessi 2000, 583; Cinelli 2016, 526). E, difatti, il legislatore, pur riconoscendo il diritto alla prestazione a fronte del raggiungimento della vecchiaia, presuntivamente identificata con l'età pensionabile, subordina l'acquisizione del diritto stesso a una duplice condizione: l'esistenza di un indice di «meritevolezza» in capo al lavoratore interessato, rappresentato dall'assolvimento da parte del medesimo del «dovere di lavorare», che è l'altra faccia del «diritto al lavoro», garantito dall'art. 4 della Costituzione; e il maturarsi di specifici requisiti di anzianità assicurativa e contributiva, costruiti dal soggetto beneficiario nel tempo, attraverso lo svolgimento dell'attività di lavoro presupposta. La necessità di estendere la tutela previdenziale del singolo lavoratore assicurato al nucleo familiare del medesimo è stata avvertita fin dal primo costituirsi delle varie forme del sistema, come condizione essenziale per il raggiungimento dei fini di sicurezza e giustizia sociale dallo stesso perseguiti. Si è immediatamente compreso come un sistema di tutela, per essere efficiente, dovesse considerare il lavoratore comparte dell'insieme costituito dalla famiglia, secondo quanto previsto dall'art. 36, c. 1, Cost. Per questa ragione, il legislatore ha considerato la morte del lavoratore un evento generatore di bisogno socialmente rilevante e, in quanto tale, produttivo di tutela previdenziale, con una «prevalenza della solidarietà collettiva sulla corrispettività», in linea con il nostro sistema costituzionale improntato alla garanzia della tutela sociale della famiglia, perseguita attraverso la previsione di adeguati strumenti di protezione per il caso di decesso del capofamiglia a beneficio dei familiari superstiti. La pensione ai superstiti attua, pertanto, una specie di protezione oltre la morte della funzione di sostentamento assolta in vita dal reddito del *de cuius*, perseguendo lo scopo di porre i superstiti al riparo dallo stato di bisogno che potrebbe derivargli dalla morte del dante causa. L'appartenenza al ceppo familiare rappresenta il necessario presupposto: ma non è la famiglia *de iure* che vuole essere salvaguardata nella sua essenza giuridica, politica, morale e sociale, bensì è la famiglia *de facto* che vuol essere garantita nelle sue necessità economiche, una volta che queste si manifestino, o aggravino, per un evento che colpisca il lavoratore assicurato. Tanto vero che, distaccandosi dal diritto successorio, si è attribuita al superstite avente diritto una figura a sé, non coincidente con quella dell'erede (Sulla tutela dei familiari superstiti si leggano: Bettini 2011, 866 ss.; Cataldi 1962, 277 ss.). E, infatti, in caso di morte del lavoratore per cause naturali, i familiari superstiti acquistano *iure proprio* e non *iure hereditatis* il diritto a percepire una prestazione pensionistica che si articola in due differenti trattamenti: la pensione di reversibilità, se il defunto era già pensionato; la pensione indiretta, se il prestatore al momento del decesso era ancora in servizio. Nel primo caso, il diritto al trattamento non è subordinato al perfezionamento di requisiti di anzianità contributiva o assicurativa; nel secondo caso, invece, la pensione indiretta è riconosciuta ai soggetti beneficiari a condizione che il lavoratore al momento del decesso, abbia maturato almeno quindici anni di assicurazione e contribuzione (art. 2, c. 1, d.lgs. n. 503 del 1992). La prestazione corrisponde a una quota percentuale della pensione già liquidata o che sarebbe stata liquidata al dante causa. Nel sistema contributivo, la pensione si calcola sulla base dei contributi versati e accreditati durante l'intera vita lavorativa sommati e rivalutati per costituire il cd. montante individuale, e moltiplicati per un coefficiente di trasformazione stabilito dalla legge in base all'età del lavoratore. L'art.

1, c. 14, l. n. 335 del 1995, in relazione alla liquidazione delle pensioni ai superstiti, prevede, laddove il titolare della prestazione sia deceduto prima del compimento dei 57 anni, di poter fruire del coefficiente di trasformazione previsto per tale età.

Il *casus belli* portato all'esame della Consulta solleva una questione di legittimità costituzionale proprio con riferimento a quest'ultima previsione normativa «nella parte in cui non prevede, per il calcolo della pensione ai superstiti di assicurati deceduti anteriormente ai 57 anni di età, l'attualizzazione del coefficiente di trasformazione ai nuovi limiti di età pensionabile in vigore» per una duplice violazione: 1) art. 3, c. 1, Cost., perché il mancato adeguamento del coefficiente di trasformazione, non consentendo di mantenere il valore del coefficiente stesso ancorato alla nuova e più elevata età pensionabile, creerebbe una irragionevole discriminazione in danno dei familiari superstiti; 2) art. 38, c. 2, Cost., perché la mancata attualizzazione del coefficiente di trasformazione determinerebbe una ingiustificata riduzione dell'entità del trattamento pensionistico liquidato ai superstiti e ne menomerebbe l'adeguatezza.

Le censure mosse alla norma impugnata vengono respinte dal giudicante, che confuta le doglianze del ricorrente e del giudice *a quo* in maniera convincente. Il ragionamento di diritto esposto nella motivazione muove dalla ricostruzione della *ratio* della norma denunciata, che è quella di realizzare una tutela dei membri della famiglia, anche dopo la morte del capofamiglia, attraverso la garanzia della continuità del sostentamento che si sostanzia nell'erogazione di un trattamento previdenziale che, seppur parametrato e quantificato sulla pensione del *de cuius*, è in realtà volto a soddisfare un interesse e un bisogno di tutela propri dei beneficiari (C. cost. 28.7.1987, n. 286, in *FI*, 1988, I, 3516, con nota di Quadri). Il fondamento specifico di tale tutela è da rinvenire quindi nella particolare solidarietà che si crea tra persone già legate dal vincolo di coniugio e di parentela: vincolo di solidarietà familiare che proietta la sua forza cogente anche nel tempo successivo alla morte, in attuazione dei principi costituzionali di ragionevolezza e di adeguatezza della prestazione previdenziale (Bozzao 2001, 62 ss.). Fatta questa premessa, la Corte affronta ciascun singolo motivo di illegittimità e ne dimostra l'infondatezza: 1) quanto alla doglianza incentrata sulla irragionevole discriminazione in danno dei familiari superstiti, il giudice rammenta che la norma censurata si raccorda al nuovo sistema di calcolo contributivo delle pensioni, all'interno del quale il coefficiente di trasformazione assume un ruolo cruciale nella determinazione della pensione che spetta a ciascun assicurato. La scelta del legislatore di assumere quale coefficiente di trasformazione per il calcolo della pensione ai superstiti quello relativo all'età di 57 anni – età minima originariamente prevista per l'accesso alla pensione di vecchiaia contributiva –, qualora l'assicurato muoia prima di avere raggiunto tale soglia, si è rivelata fortemente penalizzante per chi accede al pensionamento di vecchiaia prima dei 65 anni di età. Infatti, da un confronto tra i valori previsti dalla l. n. 247 del 2007 e i coefficienti indicati nella tabella allegata al d.m. 15.5.2012, risulta che questi ultimi sono nettamente inferiori rispetto ai primi dai 57 ai 65 anni di età, aumentando progressivamente nella fascia successiva fino ai 70 anni di età (Ludovico 2013, 922). Tale determinazione del coefficiente di trasformazione non può tuttavia considerarsi irragionevole per effetto dei mutamenti ai quali è stato sottoposto il sistema pensionistico negli ultimi due decenni, dettati dall'intento di garantirne la sostenibilità finanziaria attraverso la progressiva elevazione dell'età pensionabile e una più stretta correlazione tra la prestazione dovuta e la contribuzione versata. Il dato, pacifico in dottrina e giurisprudenza,

per cui la pensione ai superstiti è acquisita dal superstite *iure proprio*, e non *iure hereditatis*, dimostra che tale prestazione, «pur commisurata alla pensione del *de cuius*, è volta a sopperire uno specifico e autonomo stato di bisogno del superstite e dunque prescinde dalla sussistenza dei requisiti per l'erogazione della pensione diretta, eventualmente mutati» (Giubboni, Taschini 2014, 388 ss.). Ragion per cui, il mancato adeguamento del coefficiente di trasformazione alla nuova e più elevata età pensionabile non lede il principio di ragionevolezza e non attua una discriminazione in danno dei familiari superstiti in quanto risulta ormai acquisito in maniera certa il principio dell'autonomia della pensione ai superstiti (C. cost. 24.6.2010, n. 228, in *GCost.*, 2010, 2635); piuttosto, ribadisce l'ampiezza della discrezionalità legislativa in materia e il rispetto ossequioso della logica premiale che presiede all'attribuzione di un coefficiente di trasformazione più cospicuo a chi rimanga in servizio per un periodo più lungo. La pretesa attualizzazione del coefficiente di trasformazione provocherebbe, infatti, un *vulnus* al sistema uniformando indiscriminatamente verso l'alto il trattamento riservato ai superstiti, in tutte le ipotesi in cui l'assicurato muoia prima di aver conseguito il diritto alla pensione diretta. 2) Quanto alla censura fondata sulla lesione del principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali, la Corte rileva che la ridefinizione dei coefficienti di trasformazione opera secondo un criterio di gradualità e in senso parzialmente riduttivo, rispettoso della garanzia costituzionale della liberazione dal bisogno del soggetto protetto, attraverso prestazioni adeguate alle esigenze di vita (Sulla solidarietà, si veda Lagala 2001, 16). Infatti, tale ridefinizione è l'approdo di un procedimento complesso, chiamato a ponderare un'ampia gamma di variabili: l'adeguamento dei requisiti di accesso al pensionamento all'incremento delle aspettative di vita, le rilevazioni demografiche e l'andamento effettivo del tasso di variazione del Pil di lungo periodo. La dichiarata esigenza di contenere i disavanzi e riportare in equilibrio finanziario le gestioni pensionistiche ha determinato il passaggio dalla pressoché incondizionata intangibilità dei trattamenti pensionistici, che si traduceva nell'affermazione di una stretta correlazione tra il concetto di adeguatezza dell'art. 38 Cost. e quello di proporzionalità dell'art. 36 Cost., al graduale riconoscimento di una più ampia discrezionalità legislativa nella commisurazione delle prestazioni alle risorse effettivamente disponibili, in virtù del pressante e prioritario bisogno di far salvi i vincoli di ordine economico-finanziario imposti dall'Ue e dall'art. 81 Cost. (Taschini 2015, 153). Se, da un lato, ciò non significa che nel bilanciamento tra «i valori personali inerenti alla tutela previdenziale» e «i principi connessi alla concreta e attuale disponibilità delle risorse finanziarie» il legislatore sia divenuto titolare di una posizione di incondizionato arbitrio, è altrettanto vero, dall'altro, che unico ed estremo limite imposto dalla Consulta alla discrezionalità dello stesso è costituito dall'illegittimità di un'eventuale disciplina palesemente irrazionale (C. cost. 20.11.1998, n. 372, in *GCost.*, 1999, I, 367; C. cost. 18.12.2002, n. 531, in *GCost.*, 2002, n. 6). I vincoli imposti dalla legge al procedimento di revisione dei coefficienti di trasformazione, al fine di individuare un punto di equilibrio ragionevole fra tutela dei diritti previdenziali dei singoli e complessiva tenuta del sistema pensionistico, sono finalizzati infatti a ricondurre il bilanciamento fra sostenibilità e adeguatezza a una prospettiva di maggiore coerenza coi valori costituzionali, rilevando come la sostenibilità finanziaria della tutela costituisca l'indispensabile condizione per la sua adeguatezza nel tempo.

Riferimenti bibliografici

- Bettini M.N. (2011), *I diritti dei superstiti del lavoratore*, in *ADL*, n. 4-5, I, Saggi, 866 ss.
- Bozzao P. (2001), *La protezione sociale della famiglia*, in *LD*, n. 1, 62 ss.
- Cataldi E. (1962), *La famiglia dell'assicurato nel sistema di previdenza sociale*, in *Riv. dir. lav.*, I, 277 ss.
- Cinelli M. (2016), *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino.
- Giubboni S., Taschini L. (2014), *La pensione di reversibilità ai superstiti nel passaggio dal regime di diritto internazionale pattizio a quello dell'Unione europea*, in *RDSS*, n. 3, 388 ss.
- Lagala C. (2001), *La previdenza sociale tra mutualità e solidarietà*, Cacucci, Bari.
- Ludovico G. (2013), *Sostenibilità e adeguatezza della tutela pensionistica: gli effetti della crisi economica sul sistema contributivo*, in *ADL*, n. 4-5, I, Dottrina, 922 ss.
- Pessi R. (2000), *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova.
- Taschini L. (2015), *Le pensioni di reversibilità e la spesa pubblica: il «monologo» della Corte costituzionale*, in *RDSS*, n. 1, 153 ss.

Giuseppa Damiri

Dottore di ricerca in Diritto privato europeo;

Docente a contratto di European Labour Law presso l'Università di Messina

CORTE D'APPELLO TORINO, 28.9.2016 – Pres. Girolami, Est. Milani – F.R.A. Srl in liquidazione (avv. ti De Guglielmi, Guelfo, Sibona) c. Inps (avv. Greco).

Contribuzione previdenziale – Lavoro pubblico – Conferimento incarichi extraistituzionali retribuiti – Condizioni – Autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza – Violazione – Conseguenze – Obbligo retributivo – Sussiste – Versamento del compenso nel fondo dell'amministrazione – Obbligo contributivo – Sussiste.

Il divieto contenuto nell'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001, non comporta alcun elemento di illiceità della causa o dell'oggetto del contratto stipulato tra il dipendente pubblico e il terzo, con il conseguente permanere, a carico di quest'ultimo, dell'obbligo retributivo e contributivo. (1)

(1) SULLE CONSEGUENZE PREVIDENZIALI DELLA VIOLAZIONE
DELLA DISCIPLINA DEL CUMULO DI INCARICHI NEL PUBBLICO IMPIEGO

1. — La sentenza della Corte d'Appello che qui si commenta affronta una delle problematiche più frequenti e controverse del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, ossia il regime delle incompatibilità e del cumulo di incarichi [La rilevanza del tema è testimoniata dall'attenzione rivolta sia dal legislatore (che, da ultimo, è intervenuto con l. n. 190 del 2012 e d.lgs. n. 39 del 2013: per un approfondimento, vd. Aa.Vv. 2013), sia dalla giurisprudenza: costituzionale (C. cost. 26.5.2015, n. 90, in *GCost.*, 2015, n. 3, 779; C. cost. 17.3.2015, n. 41, in *GCost.*, 2015, n. 2, 353; C. cost. 22 maggio 2013, n. 91, in *GCost.*, 2013, n. 9, 1668; C. cost. 5.6.2015, n. 98, in *GCost.*, 2015, n. 3, 820), ordinaria del lavoro (Cass. 28.9.2016, n. 19072, S.U., in *Ced Cassazione* 2016; T. Milano 28.12.2006, in *RCDL*, 2007, n. 1, 266; T. Bergamo 27.2.2014, ord., inedita a quanto consta; T. Bologna 18.4.2013, in *LPA*, 2013, n. 3-4, II, 611; Cass. 4.11.2003, n. 16555, in *MGC*, 2003, n. 11), amministrativa (Tar Lombardia, Milano 7.3.2013, n. 614, S. IV, in *Foro amm. Trib. amm. reg.*, 2013, n. 3, 776; Cons. Stato 29.7.1991, n. 487, in *Cons. Stato*, 1991, I, 1249; Cons. Stato 7.6.2004, n. 3618, S. IV, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2004, 2561; Cons. Stato 20.5.2011, n. 3020, S. VI, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2011, n. 5, 1657) e contabile (C. conti Piemonte 28.6.2016, n. 226, inedita a quanto consta; C. conti Lombardia 25.11.2014, n. 216, in *LPA*, 2015, n. 2, II, 336; C. conti Lombardia 30.12.2014, n. 233, inedita a quanto consta; C. conti Lombardia 16.4.2015, n. 54, inedita a quanto consta)], e le conseguenze della sua violazione con particolare riguardo agli aspetti previdenziali connessi al rapporto di lavoro svolto in violazione dell'obbligo di preventiva autorizzazione da parte dell'amministrazione di appartenenza.

In particolare, la Corte d'Appello di Torino conferma la decisione del Tribunale che aveva respinto l'opposizione di una società avverso l'avviso di addebito notificato dall'Inps con il quale le veniva ingiunto il pagamento di una somma a titolo di contributi e somme aggiuntive da versare in favore delle assicurazioni sociali giacché in se-

guito a ispezione Dpl-Inail era emerso che le prestazioni rese dal «supervisore di cucina» erano di tipo subordinato. Inoltre, nel corso dell'istruttoria, emergeva che nello stesso periodo il lavoratore era dipendente di un ente pubblico e che, pertanto, la prestazione resa era svolta in violazione dell'art. 53, d.lgs. n. 165/2001, in quanto lo stesso non aveva richiesto alla p.a. la preventiva autorizzazione. La pronuncia in esame ribadisce che la violazione dell'art. 53, cit., non determina il venir meno dell'obbligo retributivo né tanto meno di quello contributivo a carico della società opponente.

Al fine di garantire l'imparzialità e il buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), il rapporto di lavoro pubblico richiede l'esclusività della prestazione lavorativa (art. 98 Cost.) nel senso che il dipendente pubblico deve dedicare interamente le proprie energie psicofisiche, al fine di un miglior rendimento, all'amministrazione presso la quale è in servizio (In questo senso, cfr.: Tar Campania 22.1.2002, n. 389, in *Foro amm. Trib. amm. reg.*, 2002, 202; Cass. 4.11.2003, n. 16555, in *MGC*, 2003, n. 11).

L'art. 53 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che disciplina la materia, individua situazioni di incompatibilità assoluta (Sancite dagli artt. 60 e seguenti del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, per lo svolgimento di attività imprenditoriali, agricole, commerciali, libero-professionali, e altri lavori pubblici o privati: su tale ipotesi, da ultimo, C. conti Sicilia 24.7.2014, n. 927, in *Red. Giuffrè* 2015), il cui espletamento porta alla decadenza dall'impiego previa diffida (Cfr.: T. Venezia 2.12.2014, in *LG*, 2015, n. 6, 608; Cass. 26.11.2012, n. 20857, in *DG online*, 2012, 26 novembre), attività occasionali espletabili previa autorizzazione datoriale e anche attività marginali liberamente esercitabili senza preventiva autorizzazione, come la collaborazione in giornali e riviste oppure la partecipazione a convegni (cfr. c. 6, art. 53, cit.). Sebbene, dunque, la regola sia quella dell'esclusività della prestazione lavorativa resa dal pubblico dipendente all'amministrazione di appartenenza, sono comunque previste delle eccezioni che consentono, senza pregiudizi per il corretto perseguimento degli interessi pubblici, lo svolgimento di incarichi extraistituzionali (Ghera 1975, 17; Rusciano 1978, 143; Guariso 1997, 701; Montini 1999, 27; Paolucci 2004, 796; Perrino 2004, 375; D'Aponte 2007, 655; Tenore 2007, 1097; in giurisprudenza, per tutti, si vedano: Tar Marche 25.7.2013, n. 590, in *Foro amm. Trib. amm. reg.*, 2013, n. 7-8, 2317; C. conti Lombardia 27.1.2012, n. 31, in *LPA*, 2012, n. 5, II, 855).

Il caso che qui ci occupa riguarda l'ipotesi di incarichi extraistituzionali svolti senza l'autorizzazione da parte della pubblica amministrazione. In questo caso, il comma 7 dell'art. 53, cit., prevede che «i dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza». La *ratio* del regime autorizzatorio, quale ragionevole e motivata deroga alla regola della incompatibilità, è generalmente individuata nella opportunità di verificare se, nel caso concreto, occasionali incarichi retribuiti a pubblici dipendenti possano essere compatibili con il rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione (Sul punto, cfr. Cass. 12.12.1991, n. 13393, in *GI*, 1992, I, n. 1, 1748). In questa sede l'amministrazione dovrà verificare se l'espletamento dell'incarico possa generare, anche in via solo ipotetica o potenziale, situazione di conflittualità con gli interessi facenti capo all'amministrazione e, quindi, con le funzioni assegnate sia al singolo dipendente che alla struttura di appartenenza nonché la compatibilità del nuovo impegno con i carichi di lavoro del dipendente e della struttura di appartenenza

in termini di orario, mansioni, intensità dell'impegno richiesto, tutela della professionalità del dipendente (Cfr.: C. conti Lombardia 30.12.2014, n. 233, inedita a quanto consta; C. conti Lombardia 16.4.2015, n. 54, sent., inedita a quanto consta; C. conti Piemonte 16.4.2015, n. 78, inedita a quanto consta).

In caso di inosservanza del divieto, salve le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare, il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte deve essere versato, a cura dell'erogante o, in difetto, del percettore, nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza del dipendente per essere destinato a incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti (Sulla natura risarcitoria della sanzione, cfr. T. Milano 28.12.2006, cit.; sostiene, invece, la natura sanzionatoria C. conti Lombardia 25.11.2014, n. 216, cit.).

Se è abbastanza chiaro l'intento della norma che, attraverso il trasferimento del compenso nelle casse dell'amministrazione, vuole privare il dipendente del lucro derivante dalla prestazione svolta violando il dettato dell'art. 53, cit., più complessi sono gli effetti che si producono sul rapporto di lavoro concluso in violazione di tale divieto.

Secondo l'orientamento consolidato, tale contratto, essendo in contrasto con una norma imperativa che vieta al pubblico impiegato di assumere un altro impiego, è nullo (Come peraltro rilevato d'ufficio dal giudice di primo grado. Sulla rilevanza d'ufficio, da ultimo, Cass. 12.12.2014, n. 26242, S.U., in *RCP*, 2015, n. 4, 1295); ma ciò non avrebbe conseguenze sulla validità della prestazione svolta nei confronti del datore di lavoro privato (In questo senso: Cass. 12.3.1980, n. 1649, in *MGC*, 1980, n. 3; Cass. 16.4.1980, n. 2478, in *MGC*, 1980, n. 4).

Come noto, infatti, l'art. 2126 c.c. introduce una disciplina peculiare per la nullità del contratto di lavoro, giacché, secondo le regole civilistiche, la declaratoria di nullità, avendo efficacia *ex tunc*, travolgerebbe l'atto sin dall'origine, con il conseguente obbligo di restituire, nel caso di esecuzione del contratto, le prestazioni eventualmente effettuate perché indebite, in quanto prive di titolo. Nel contratto di lavoro, invece, la nullità non produce effetti per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che essa derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa. La peculiarità del regime si spiega con il fatto che, sebbene il lavoratore possa restituire la retribuzione, non potrebbe, invece, ottenere in restituzione le energie lavorative spese; l'applicazione della regola generale, quindi, si risolverebbe, nell'ipotesi del rapporto di lavoro, in un ingiustificato arricchimento del datore di lavoro ai danni del prestatore. Per tali motivi, durante il periodo in cui il rapporto di lavoro ha avuto esecuzione il lavoratore mantiene integra la titolarità dei propri diritti, eccezion fatta per l'ipotesi in cui la nullità derivi da illiceità dell'oggetto o della causa, ritornandosi, in questi casi, all'applicazione della disciplina generale codicistica (In questo senso, cfr.: Cass. 20.1.2016, n. 991, inedita a quanto consta; T. Perugia 10.5.2015, inedita a quanto consta; Cons. Stato 15.6.2015, n. 2922, S. V, in *Red. Giuffrè*).

Sul senso di tale espressione, gran parte della dottrina sostiene che l'illiceità andrebbe riferita al lavoro in sé, e non al contratto, giacché la norma fa riferimento all'illiceità dell'oggetto, intesa come illiceità della prestazione lavorativa. In tale prospettiva, il richiamo all'illiceità della causa contenuto nella norma riguarda lo scopo che viene perseguito con la prestazione lavorativa (Dell'Olio 1970, 112 ss.; Levi 2007, 33; Campanella 2013), dovendosi, quindi, negare la tutela quando il contratto di lavoro

ha a oggetto una prestazione lavorativa intrinsecamente illecita, avente perciò normalmente rilevanza penale, oppure quando il negozio sia preordinato a ulteriori finalità vietate dall'ordinamento, rispetto alle quali il contratto, per comune intenzione delle parti, abbia una funzione meramente strumentale (Da ultimo, cfr. T. Monza 4.8.2015, in *IlGiuslavorista.it*, 2 ottobre 2015).

Nella fattispecie che ci occupa non emergono elementi per ritenere sussistenti i presupposti indicati da dottrina e giurisprudenza come legittimanti l'esclusione della tutela, essendo la prestazione lavorativa svolta dal dipendente pubblico perfettamente lecita, con il conseguente diritto di quest'ultimo al trattamento retributivo e previdenziale per il tempo in cui il rapporto ha avuto materiale esecuzione (In questo senso: Cass. 25.2.2000, n. 2171, in *RIDL*, 2001, n. 2, II, 212; Cons. Stato 2.3.2009, n. 1164, S. VI, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2009, n. 3, 772; C. conti Toscana 8.9.2014, n. 159, in *Red. Giuffrè*; Cass. 22.5.1991, n. 5736, in *MGC*, 1991, n. 5).

Sotto il profilo retributivo, la mancata autorizzazione all'espletamento dell'incarico extralavorativo che dia diritto alla retribuzione non ha rilevanza perché, da un lato, il lavoratore non può rinunciare, ex art. 2113 c.c., al compenso e, dall'altro, il soggetto che usufruisce della prestazione e ne trae, quindi, vantaggio, se non corrispondesse il dovuto corrispettivo economico, beneficerebbe di un indebito arricchimento (Così Cass. 26.6.2001, n. 8752, in *MGC*, 2001, 1275).

Sotto il profilo contributivo, inoltre, le norme relative alle assicurazioni sociali si applicano ogni volta che sia accertata l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato e retribuito, indipendentemente dalla natura del rapporto, anche se questo dipenda da contratto nullo tutelato dall'art. 2126 c.c. (Cfr. Cass. 20.1.1975, n. 229, inedita a quanto consta).

Sul punto, la Corte d'Appello ha precisato che il divieto prescritto dal comma 7, art. 53, cit., è rivolto al dipendente pubblico che assume l'incarico senza autorizzazione, mentre il terzo privato che riceve la sua prestazione può essere del tutto ignaro della sua contemporanea posizione di dipendente pubblico. Di conseguenza, la previsione per la quale «il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte deve essere versato a cura dell'erogante o, in difetto, dal precettore nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza del dipendente» fa venir meno la possibilità per il pubblico dipendente di «lucrare» sul secondo lavoro, ma non comporta alcun elemento di illiceità alla causa o all'oggetto del rapporto stipulato con il terzo, con il permanere, a carico di quest'ultimo, dell'obbligo retributivo – peraltro confermato dal tenore letterale della disposizione in esame – e contributivo.

In caso contrario si ammetterebbe che il datore di lavoro privato, dopo aver regolarmente fruito della prestazione di lavoro, come qualsiasi altro imprenditore concorrente, sia esentato dall'obbligo contributivo – che peraltro la legislazione vigente impone a tutti i rapporti di lavoro – tramite una norma, l'art. 53, cit., rispetto alla quale esso è totalmente estraneo.

Pur se privato del corrispettivo, quindi, il dipendente pubblico potrà beneficiare della contribuzione relativa al rapporto di lavoro non autorizzato anche se, in concreto, utilizzabile, in base al principio della neutralizzazione dei periodi contributivi coincidenti, ai soli fini del *quantum* della prestazione pensionistica.

Riferimenti bibliografici

- Aa.Vv. (2013), *Il contrasto al fenomeno della corruzione nelle amministrazioni pubbliche*, Roma.
- Campanella P. (2013), *Prestazione di fatto e contratto di lavoro*, in Busnelli F.D. (diretto da), *Codice civile. Commentario*, Milano.
- D'Aponte M. (2007), *Sub art. 53*, in Amoroso G. et al., *Il diritto del lavoro*, vol. III, Milano, 655 ss.
- D'Aponte M. (2011), *L'autorizzazione dei dipendenti pubblici allo svolgimento di incarichi esterni dopo la riforma Brunetta*, in *LPA*, 2011, n. 6, I, 965 ss.
- Dell'Olio M. (1970), *La prestazione di fatto del lavoro subordinato*, Padova.
- Gagliardi B. (2004), *La giurisdizione in materia di pubblico impiego e il regime delle incompatibilità dei dipendenti pubblici*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2562 ss.
- Ghera E. (1975), *Il pubblico impiego*, Bari.
- Guariso A. (1997), *Incompatibilità del pubblico dipendente*, in *D&L*, 701 ss.
- Levi A. (2007), *La prestazione lavorativa di fatto*, in *DML*, n. 1-2, 33 ss.
- Montini M. (1999), *Dipendenti pubblici: incompatibilità e conferimento di incarichi*, in *LG*, 27 ss.
- Paolucci L. (2004), *Incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi*, in Carinci F, Zoppoli L. (a cura di), *Diritto del lavoro*, Torino, vol. II, 796 ss.
- Perrino (2004), *Il rapporto di lavoro pubblico*, Padova.
- Rusciano M. (1978), *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna.
- Tenore V. (2007), *Le attività extraistituzionali e le incompatibilità per il pubblico dipendente*, in *LPA*, n. 6, I, 1097 ss.

Barbara Caponetti

Dottore di ricerca

presso l'Università di Roma «Tor Vergata»

INDICE

ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

ASSISTENZA

Studenti disabili – Servizio di trasporto – Onere provinciale – Contributo Regione Abruzzo – L. reg. n. 78/1978 – Riduzione oneri con legge di bilancio – Art. 88, comma 4, l. reg. n. 15/2004 – Illegittimità costituzionale. 215

CONTRATTO A TERMINE

Clausola 5 dell'Accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato – Utilizzo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato nel pubblico impiego – Mancanza di misure antiabusive e sanzionatorie – Equivalenza con contratti a tempo determinato alle dipendenze di privati – Riqualificazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in contratto di lavoro a tempo indeterminato. 231

Clausola 8 dell'Accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato – Abuso nella successione dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego – Tutela giurisdizionale – Principio di effettività. 231

CONTRIBUZIONE PREVIDENZIALE

Lavoro pubblico – Conferimento incarichi extraistituzionali retribuiti – Condizioni – Autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza – Violazione – Conseguenze – Obbligo retributivo – Sussiste – Versamento del compenso nel fondo dell'amministrazione – Obbligo contributivo – Sussiste. 322

CONTROLLI SUL LAVORATORE

Controlli difensivi – Impianti audiovisivi – Tutela del patrimonio aziendale – Art. 4, c. 2, St. lav. 276

Controlli difensivi – Tutela del patrimonio aziendale – Internet, posta elettronica, telefonia – Garanzie procedurali – Violazione dell'art. 4 St. lav.	276
Licenziamento disciplinare – Telecamere a circuito chiuso non autorizzate – Garanzie procedurali e controlli difensivi – Mancata autorizzazione e inutilizzabilità della prova – Assenza di giusta causa.	307
DISABILITÀ	
Richiesta di benefici <i>ex</i> art. 33, comma 5, l. n. 104 del 1992, per assistenza a disabile – Non gravità dell'handicap – Trasferimento nelle more dell'accertamento della situazione di handicap grave per il disabile – Rifiuto al trasferimento – Licenziamento disciplinare – Diritto a non essere trasferiti anche quando non vi sia disabilità grave – Illegittimità del trasferimento.	251
DISCRIMINAZIONI	
Lavoro a tempo parziale – Parità di trattamento – Discriminazione di genere – Codice delle parità opportunità.	286
Nozione di «handicap» – Requisiti fisici di assunzione – Esclusione di un candidato affetto da miopia – Ricorso <i>ex</i> art. 28, d.lgs. n. 150/2011 – Ammissibilità.	312
Requisiti fisici di assunzione – Irragionevolezza – Inversione dell'onere probatorio <i>ex</i> art. 28, d.lgs. n. 150/2011 – Onere della prova propedeutica incombente sull'attore – Insussistenza della discriminazione.	312
FESTIVITÀ INFRASETTIMANALI	
Clausola contrattuale di impegno generale a lavorare nelle festività infrasettimanali – Interpretazione secondo la comune volontà delle parti – Necessità di un ulteriore accordo per la specifica festività.	281
LAVORO PUBBLICO	
Dirigenti pubblici – Responsabilità dirigenziale per mancato raggiungimento degli obiettivi – Non applicabilità della procedura disciplinare – Legittimità del licenziamento per giusta causa.	291
LICENZIAMENTO COLLETTIVO	
Artt. 4 e 24, legge n. 223/1991 – Criteri di scelta – Ambito di selezione del personale eccedente – Procedura – Violazione – Conseguenze sanzionatorie – Tutela reintegratoria.	302

Direttiva n. 98/59/Ce – Articolo 49 TfUe – Articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali dell’Ue – Normativa nazionale che conferisce a un’autorità amministrativa il potere di opporsi a licenziamenti collettivi – Restrizione ingiustificata alla libertà di stabilimento e alla libertà di impresa – Sussiste. 217

Direttiva n. 98/59/Ce – Normativa nazionale che conferisce a un’autorità amministrativa il potere di opporsi a licenziamenti collettivi – Non osta in linea di principio. 217

LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

Art. 3, l. n. 604/66 – Giustificato motivo oggettivo – Soppressione del posto – Perseguimento di una migliore efficienza gestionale o incremento di redditività dell’impresa – Sufficienza. 257

Giustificato motivo oggettivo – Art. 5, legge n. 604/1966 – Obbligo di *repêchage* – Oneri di allegazione e prova del datore di lavoro – Sussistenza – Onere di allegazione del lavoratore – Esclusione. 245

Giustificato motivo oggettivo – Art. 2103 c.c. nella versione antecedente al d.lgs. n. 81/2015 – Obbligo di *repêchage* – Mansioni inferiori – Onere di prospettazione del datore di lavoro – Sussistenza. 245

Licenziamento per giustificato motivo oggettivo – Licenziamento per giustificato motivo soggettivo – Art. 18, l. n. 300/1970 – Scarso rendimento – Sopravvenuta impossibilità di adempimento della prestazione lavorativa. 272

PENSIONE

Pensione superstiti – Attualizzazione del coefficiente di trasformazione ai nuovi limiti d’età pensionabile in vigore – Violazione dei principi di ragionevolezza e adeguatezza della prestazione previdenziale – Insussistenza – Legittimità costituzionale. 317

SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO

Rapporto di lavoro a tempo indeterminato – Cessazione del contratto di somministrazione – Mancanza di occasioni di lavoro – Licenziamento per g.m.o. – Manifesta insussistenza del fatto – Reintegrazione. 296

Rapporto di lavoro a tempo indeterminato – Cessazione del contratto di somministrazione – Mancanza di occasioni di lavoro – Licenziamento per g.m.o. – Manifesta insussistenza del fatto – Reintegrazione. 296

