

PARTE II
GIURISPRUDENZA

Valerio Speciale ()*

LA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEL CONTRATTO A TUTELE CRESCENTI

SOMMARIO: 1. L'ordinanza del Tribunale di Roma del 26.7.2017. — 2. La violazione dell'art. 3 Cost. per la irragionevole differenza di trattamento tra vecchi e nuovi assunti. — 3. L'esiguità della indennità risarcitoria e la mancanza di bilanciamento tra diritti costituzionali. — 4. La violazione dell'art. 3 Cost. in relazione all'entità dell'indennità risarcitoria e ad altri profili. — 5. La violazione dell'art. 117 Cost. per contrasto dell'indennità risarcitoria con fonti sovranazionali.

1. — *L'ordinanza del Tribunale di Roma del 26.7.2017* — Dopo poco più di due anni dall'entrata in vigore della riforma sui licenziamenti, il Tribunale di Roma solleva la questione di legittimità del d.lgs. n. 23/2015 sul contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti per contrasto con gli articoli 3, 4, 76 e 117, comma 1, della Costituzione (1). La possibile incostituzionalità della normativa era stata ipotizzata dalla dottrina, sia in relazione a un potenziale eccesso di delega per violazione della l. n. 184/2014, sia per quanto attiene alla possibile non conformità alla Costituzione e a norme di diritto europeo e internazionale (2). L'ordinanza si occupa della violazione dell'art. 76 Cost. per gli aspetti connessi al mancato rispetto di queste ultime discipline. La decisione poi individua una serie di profili di-

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

(1) Il Tribunale, con ordinanza del 2.8.2017, ha corretto il provvedimento originario, che conteneva alcuni errori materiali nella indicazione delle norme del d.lgs. n. 23/2015 sospettate di incostituzionalità. Esse, dopo la correzione, sono gli artt. 2, 3 e 4 del decreto delegato.

(2) Si vedano, tra gli altri: Celentano 2015, 383 ss., 395 ss.; Speciale 2014, 9 ss., 26 ss.; Id. 2015, 16 ss., 21 ss., 34 ss., 49 ss.; Id. 2016, 118 ss., 131 ss., 139 ss.; Giubboni 2015, 12 ss., 18 ss., 21 ss.; Marazza 2015, 316 ss.; Perulli 2015, 32 ss., 35 ss., 45 ss.; Gentile 2015, 58 ss.; F. Ghera 2015, 21 ss.; Pisani 2015, 20 ss.; Proia 2015, 71; Buffa 2015, 43 ss.; Santoni 2015, 119; Roselli 2015, 743 ss.; Bavaro, D'Onghia 2016, 17 ss., 22 ss.; Fontana 2016, 92 ss., 106 ss., 110 ss.; Ballestrero 2015, 41 ss.; Cester 2017, 1024 ss., 1034 ss., 1040, 1049, 1070, 1097-1098, 1123, 1134; Di Michele 2015, 39 ss.

contrasto del contenuto sostanziale della normativa con la legge fondamentale e con fonti sovranazionali, accogliendo alcune delle sollecitazioni provenienti dalla letteratura giuridica in materia (3). Altri elementi di mancato rispetto della Costituzione (particolarmente dell'art. 3) non sono invece stati presi in considerazione dall'ordinanza, ma varrà comunque la pena soffermarsi su essi (par. 4).

La motivazione della decisione è tutta incentrata sulla inadeguatezza dell'indennità risarcitoria in caso di mancanza della giusta causa o del giustificato motivo, in una situazione in cui il giudice rileva anche la «estrema genericità» della motivazione utilizzata. Il Tribunale censura la nuova normativa quasi esclusivamente sotto il profilo della sanzione prevista per l'assenza sostanziale di una ragione giustificativa del recesso, con qualche cenno ai vizi formali (e su questo si tornerà in seguito) (par. 4) e senza alcun riferimento alla tutela prevista in altri casi. Tuttavia, la questione di legittimità viene sollevata in relazione anche all'art. 2 (licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale), all'art. 3 nella sua interezza (ivi incluso il comma 2, relativo alla reintegrazione in caso di «insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore») e per quanto attiene ai vizi formali (art. 4). In verità non si comprende, seguendo lo stesso *iter* argomentativo utilizzato dal Tribunale, per quale ragione dovrebbe essere incostituzionale una disciplina, come quella prevista dall'art. 2 del decreto legislativo o dal comma 2 dell'art. 3, basata sulla reintegrazione e sul risarcimento integrale del danno su un importo sino al massimo di 12 mesi di retribuzione *per la fase antecedente* alla pronuncia giurisdizionale. Tali norme, infatti, non presentano quei profili di inadeguatezza e irragionevolezza che il giudice – come è evidente leggendo la motivazione – rileva in relazione alla sola indennità risarcitoria predeterminata nel minimo di 4 mesi e nel massimo di 24 (4). Questa incongruenza, peraltro, non mette in discussione la questione centrale su cui l'ordinanza si sofferma: la incostituzionalità sotto vari profili della indennità risarcitoria prevista in caso di mancanza di giustificazione del licenziamento.

2. — *La violazione dell'art. 3 Cost. per la irragionevole differenza di trattamento tra vecchi e nuovi assunti* — Il Tribunale di Roma ritiene che un

(3) Questi profili di illegittimità erano stati da me già rilevati (Speziale 2015, 21 ss., 34 ss., 49 ss.; Id. 2016, 118 ss., 131 ss., 139 ss.).

(4) L'ordinanza a volte afferma che l'esiguità dell'indennità risarcitoria potrebbe avere effetti discriminatori. Tuttavia, in questi casi, il giudice utilizza il termine «discriminazione» in senso atecnico, quale sinonimo di «irragionevolezza» della diversità di disciplina tra gli stessi lavoratori.

primo profilo di incostituzionalità per violazione dell'articolo 3 vada rinvenuto nella irragionevolezza di una disciplina che discrimina tra vecchi e nuovi assunti a prescindere dalla qualità della loro prestazione. Il giudice sottolinea che il contrasto con la Costituzione non è conseguente alla marginalizzazione della reintegrazione e alla sua sostituzione con una indennità risarcitoria. Infatti «la Corte costituzionale ha già più volte statuito che la tutela reintegratoria non costituisce l'unico possibile paradigma attuativo dei precetti costituzionali di cui agli art. 4 e 35 (cfr. sentenze n. 46/2000 e n. 303/2011)». Tuttavia, il risarcimento in forma specifica costituito dalla reintegrazione è stato sostituito da una indennità che «avrebbe dovuto essere ben più consistente e adeguata». E lo squilibrio tra le due discipline-comporterà che «a parità di necessità di ridurre il personale, l'azienda privilegerà la sempre meno costosa e problematica espulsione dei lavoratori in regime di *Jobs Act*».

Nei commenti sulla riforma del d.lgs. n. 23/2015 si era sottolineata questa incongruenza (5). Se, infatti, la reintegra non è costituzionalmente obbligata (6), tuttavia l'esiguità della indennità risarcitoria prevista per il contratto a tutele crescenti pone un evidente problema di disparità di trattamento ed espone la disciplina a una censura di possibile violazione dell'art. 3 Cost. Come è noto, la differenza nei contenuti delle norme non contrasta con la Costituzione quando devono essere regolate situazioni differenti (7). Inoltre, la diversità di disciplina deve essere valutata in base a due forme di controllo. Il primo, che mette a confronto diverse normative della stessa materia (*tertium comparationis*), impone un giudizio di coerenza e razionalità delle differenze di regolazione. Il secondo «prescinde da raffronti con termini di paragone» «per esaminare la rispondenza degli interessi tutelati dalla legge ai valori ricavati dalla tavola costituzionale o al bi-

(5) Seppure con diversi esiti interpretativi a favore o contro la incostituzionalità, il problema era stato analizzato da: Celentano 2015, 395 ss.; Giubboni 2015, 21; Perulli 2015, 46 ss. (in relazione, peraltro, al tentativo obbligatorio di conciliazione e al rito Fornero); Marazza 2015, 316 ss.; Gentile 2015, 58 ss.; Speciale 2015, 19 ss.; Ghera 2015, 24 ss.; Pisani 2015, 21 ss.; Proia 2015, 71; Buffa 2015, 43; Fontana 2016, 110 ss.; Ballestrero 2015, 46 ss.; Cester 2017, 1034 ss.

(6) Rinvio, sul punto, a: Speciale 2016, 131 ss., con indicazione della giurisprudenza costituzionale; Celentano 2015, 308 ss.; Fontana 2016, 93 ss.

(7) La inosservanza del principio di eguaglianza si verifica «qualora situazioni sostanzialmente identiche siano disciplinate in modo ingiustificatamente diverso e non quando alle diversità di disciplina corrispondono situazioni non assimilabili (*ex plurimis*: sentenze nn. 108 del 2006, 340 e 136 del 2004)» (C. cost. n. 155/2014, in *Defure*, 14). In senso analogo C. cost. n. 192/2016, n. 206/2016 e n. 220/2016, tutte in Corte costituzionale 2016, 128.

lanciamiento degli stessi» (8) e in base a considerazioni «di adeguatezza, pertinenza, proporzionalità [e] coerenza delle disposizioni» (9). D'altra parte, la Corte costituzionale ha affermato che, pur nella piena discrezionalità del legislatore nella scelta dei regimi sanzionatori in materia di licenziamenti, «la disciplina, per essere conforme a Costituzione, deve rispettare l'esigenza di un trattamento uguale per situazioni uguali, e, in relazione a queste, può essere diversificata solo in presenza di giustificate ragioni» (10).

A seguito della riforma del 2015, gli stessi lavoratori, operanti in un'unica organizzazione imprenditoriale e addetti alle medesime prestazioni (o a compiti analoghi), per effetto esclusivo della data di assunzione vengono sottoposti a discipline giuridiche radicalmente diverse e squilibrate nel livello di tutela garantito. La violazione dell'art. 3 Cost. deriva dalla identità delle situazioni tutelate (a parte il momento di costituzione del rapporto) e dalla inesistenza di «giustificate ragioni» di distinzione, che vanno riferite alla struttura dell'impresa (come nel caso del diverso ambito dimensionale) (11) o alle condizioni di lavoro (ad esempio, i dirigenti) (12), e non al mero momento genetico del contratto. Senza dimenticare l'incoerenza e irrazionalità intrinseca di discipline caratterizzate da evidente sproporzione nei regimi sanzionatori, sia per l'assenza della reintegra, sia per l'enorme differenza nell'entità del risarcimento del danno.

Una parte della dottrina ha ritenuto che la questione di costituzionalità possa essere superata in base alla giurisprudenza secondo cui «non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza un trattamento differenziato applicato alla stessa fattispecie, ma in momenti diversi nel tempo, perché il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche» (13). L'ordinanza del Tribunale conosce questo

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

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

(10) C. cost. 8.1.1986, n. 2, in *DeJure*, 12; conf. C. cost. n. 176/1986 e n. 4/1965.

(11) La Corte costituzionale ha affermato più volte la legittimità di differenti regimi sanzionatori in materia di licenziamenti connessi al numero dei lavoratori occupati, in considerazione del diverso atteggiarsi dell'elemento fiduciario e per la necessità di evitare costi eccessivi per le piccole imprese (tra le tante: C. cost. 6.3.1974, n. 55, e C. cost. 8.1.1986, n. 2). Su tale giurisprudenza vd. anche Fontana 2016, 98 ss.

(12) Dove l'esclusione della tutela in materia di recessi è giustificata dalle particolari caratteristiche della prestazione (stretta collaborazione e particolare rilievo del vincolo fiduciario): C. cost. 6.7.1972, n. 121; C. cost. 7.5.1975, n. 101; C. cost. 26.10.1992, n. 404.

(13) C. cost. 13.11.2014, n. 254, che parla di «costante giurisprudenza di questa

orientamento, e supera il problema rilevando come «la data di assunzione appare come un dato accidentale ed estrinseco a ciascun rapporto che in nulla è idoneo a differenziare un rapporto da un altro a parità di ogni altro profilo sostanziale» (14). In questo caso, il giudice conferma le riflessioni di una parte della dottrina, che ha sottolineato come la differenza di disciplina in tempi diversi presuppone comunque una diversità nelle situazioni di fatto concretamente regolate, certamente non coincidente con il momento di costituzione del rapporto (15). A ogni modo, anche se non si condividesse questa interpretazione, vi sono altre ragioni che impediscono di utilizzare la giurisprudenza costituzionale sul «fluire del tempo». Infatti, le sentenze della Corte si riferiscono a normative che introducono una differente regolazione in rapporto a fatti situati in tempi diversi (16). Al contrario, nel nostro caso, vi è *la coesistenza* nel medesimo momento di discipline radicalmente diverse e riferite a fattispecie identiche che si verificano nello stesso segmento temporale. Si è quindi al di fuori di una normale successione nel tempo di leggi che regolano la medesima fattispecie, dove la posteriore abroga quella precedente, ma si è in presenza della *contemporanea* esistenza di norme relative a casi uguali (17). Non sembra, dunque, che la giurisprudenza costituzionale sopra indicata possa essere adattata al d.lgs. n. 23/2015 (18).

Si è ipotizzato che non vi sarebbe incostituzionalità perché la ragione-

Corte» e cita numerosi precedenti (in *DeJure*, 6). In base a questa giurisprudenza la tesi della costituzionalità della riforma è stata sostenuta da: Marazza 2015, 316 ss.; Celentano 2015, 395 ss.; Santoni 2015, 119; Gentile 2015, 59; Ichino 2017, 4.

(14) Questa parte della motivazione è fortemente criticata da Ichino (2017, 4). L'Autore afferma che, in un contratto di durata, la data di stipula del contratto è sempre un elemento esterno che inibirebbe riforme differenziate nel tempo della medesima fattispecie. In verità il giudice ha accolto una impostazione teorica che è immediatamente illustrata nel testo. Inoltre, Ichino non considera affatto altri aspetti che rendono la giurisprudenza della Corte costituzionale non applicabile al nostro caso (vd. *infra*).

(15) Fontana 2016, 115 ss.; Ballestrero 2015, 48; Buffa 2015, 43.

(16) La decisione n. 254/2014, ad es., è riferita a due diverse discipline previste in tema di responsabilità solidale degli appalti, di cui la più recente abroga la precedente. Analoghe considerazioni possono essere fatte per le altre pronunce della Corte in questa materia.

(17) Ho espresso questa critica in Speziale 2015, 21. In senso analogo: Fontana 2016, 114; Cester 2017, 1035-1036.

(18) Senza dimenticare che la Corte, sempre in relazione al «fluire del tempo», ha affermato che la discrezionalità del legislatore «incontra il solo limite della manifesta irragionevolezza» (C. cost. n. 60/2014, in *DeJure*, 22; conf. C. cost. n. 61/2010, ord., in *DeJure*, 5). E legare la distinzione di disciplina alla data di assunzione sembra costituire proprio una ipotesi di tale genere.

volezza della diversità di trattamento sarebbe giustificata dalla necessità di incrementare le assunzioni, oltre che da esigenze di certezza del diritto connesse alla predeterminazione dell'indennità e alla esclusione della discrezionalità del giudice nel definire l'entità del risarcimento (19). Per quanto riguarda il secondo profilo, l'obiettivo di ridurre l'incertezza del giudizio prescinde dalla entità della indennità, che, anche se fissata in un ammontare molto più elevato, avrebbe consentito ugualmente di eliminare la discrezionalità del giudice, a riprova che l'esiguità delle somme non ha nulla a che vedere con la certezza del diritto ed è irrazionale a prescindere da tale aspetto. Quanto poi all'obiettivo di incrementare l'occupazione, a parte la sua genericità, tale da legittimare «qualunque deregolazione delle tutele» (20), vi è in primo luogo la difficoltà, sul piano empirico e scientifico, di dimostrare una positiva correlazione tra riduzione della *job employment protection* e incremento dell'occupazione (21). Il che mette in discussione la stessa finalità della legge e la razionalità della riforma peggiorativa introdotta. Inoltre, anche se questa relazione positiva potesse essere presa in considerazione, la riduzione dello standard normativo è così radicale da determinare esclusivamente la considerazione del fine occupazionale a totale detrimento della tutela della «stabilità» del lavoro, che, pur non imponendo la reintegrazione, richiede solide garanzie contro il licenziamento (22). In questo caso è mancato qualsiasi bilanciamento tra art. 4 Cost., che pone a carico dello Stato il compito di promuovere l'occupazione, e tutela contro il recesso ingiustificato, che il giudice delle leggi ha ribadito avere fondamento costituzionale in questa disposizione e in altre norme della legge fondamentale. L'introduzione, infatti, di un risarcimento così modesto, non può essere considerata come un corretto «bilanciamento» tra due diritti di rango costituzionale, ma esprime l'evidente prevalenza assegnata a un ipotetico interesse (tutto da dimostrare) a promuovere il «diritto al lavoro», con sacrificio sproporzionato del diritto a un'efficace protezione contro il licenziamento ingiustificato (23).

3. — *L'esiguità della indennità risarcitoria e la mancanza di bilanciamento tra diritti costituzionali* — Le considerazioni svolte nella parte finale del precedente paragrafo sollecitano riflessioni ulteriori. La ponderazione tra

(19) In tal senso: Pisani 2015, 21 ss.; Proia 2015, 71.

(20) Cester 2017, 1036.

(21) Su tali aspetti mi permetto di rinviare a Speciale 2012, 321 ss.; Id. 2013, 305 ss.; Id. 2014, 15 ss.

(22) Vd. *retro*, nota 6.

(23) Per l'approfondimento di questo tema rinvio a Speciale 2015, 19-20.

diversi principi (a cui il Tribunale fa riferimento nell'ambito del giudizio di ragionevolezza) è sempre necessaria nel caso di potenziale «conflitto tra diritti e interessi di rango costituzionale suscettibili di valutazione comparata» (24). Il licenziamento, infatti, trova fondamento nell'art. 41 Cost., mentre la protezione contro il recesso ingiustificato è espressione di altre norme costituzionali, che non sono limitate ai soli artt. 4 e 35, ma all'insieme di discipline costituzionali a tutela del lavoro (alcune contenute nei principi fondamentali della Carta), tali da fondare, secondo la famosa intuizione di Costantino Mortati, il «principio lavoristico» (25). Ho sostenuto che tale principio dovrebbe prevalere sull'iniziativa economica privata (26). Tuttavia, se non si volesse accedere a tale interpretazione e si ritenesse che iniziativa economica e tutela del lavoro sono diritti fondamentali equiordinati (27), il giudizio di bilanciamento sarebbe comunque sempre necessario. Esso dovrebbe essere effettuato in base ai «test» di «necessità», «sufficienza» e «proporzionalità», oltre che di «ragionevolezza» (28). E il criterio della «proporzionalità» implica che «la compressione di un diritto o interesse costituzionale» sia «non eccessiv[a] in relazione alla misura del sacrificio costituzionalmente ammissibile che, in ogni caso, non può essere tale da annullarne il contenuto essenziale (29).

L'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23/2015 prevede una indennità risarcitoria da un minimo di 4 a un massimo di 24 mesi, crescente di due mesi per ogni anno di anzianità. Le somme erogate in caso di licenziamento ingiustificato, particolarmente nei primi anni di lavoro, sono esigue, e possono essere

(24) Morrone (2008, 196), a cui si rinvia per la bibliografia essenziale sul punto.

(25) Mortati 1954, in Gaeta 2005, 105 ss.; Mortati 1975. La tutela costituzionale contro il potere di licenziamento trova fondamento anche nella giurisprudenza costituzionale in materia (vd. nota 6). Su tali aspetti mi permetto di rinviare a Speciale 2017, 17 ss. Cfr. anche Bavaro, Donghia 2016, 22 ss.

(26) Tale prevalenza, affermata da parte della dottrina costituzionale e che a mio giudizio trova fondamento anche nelle pronunce della Corte costituzionale sulla «indisponibilità, per il legislatore, del tipo negoziale», è stata da me analizzata in Speciale 2017, 17 ss., a cui rinvio per l'approfondimento della questione e le indicazioni bibliografiche.

(27) In coerenza con quanto sostenuto dalla Corte costituzionale, secondo cui «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile individuare uno di essi che abbia prevalenza assoluta sugli altri» (C. cost. 9.5.2015, n. 85; conf. C. cost. n. 63/2016, in Corte costituzionale 2016, 150).

(28) Su tali test vd.: Morrone 2008, 196; Cartabia 2013, 10 ss.; Cerri 2016, 625 ss. (in particolare, 650 ss.); Loy 2009, 225 ss.

(29) Morrone 2008, 196. In tal senso, tra le tante, le sentenze C. cost. n. 10/2016 e n. 63/2016.

ulteriormente ridotte in base al meccanismo dell'offerta di conciliazione (art. 6 del d.lgs.), che non è obbligatorio per il lavoratore, ma fortemente incentivato dalla legge. Il Tribunale osserva che l'ammontare così ridotto costituisce «quasi un ripristino di fatto della libertà assoluta di licenziamento» ed elimina «l'effetto vincolistico» derivante dalla sussistenza di giusta causa e giustificato motivo. Infatti il lavoratore, nelle ipotesi di ridotta anzianità di servizio, maturerebbe il diritto a pagamento di somme uguali o di poco superiori all'indennità di mancato preavviso, con un ritorno in concreto alla disciplina dell'art. 2118 c.c. e la evidente violazione dei principi enucleati dalla Corte costituzionale in tema di licenziamento, che certamente non consentono un ritorno al recesso *ad nutum* (30).

L'esiguità della indennità, peraltro, costituisce una errata applicazione del bilanciamento anche sotto il profilo della «proporzionalità» e della «ragionevolezza». Indubbiamente il legislatore, in mancanza della costituzionalizzazione della reintegra, avrebbe potuto introdurre anche solo una sanzione risarcitoria. Tuttavia, l'entità del risarcimento in ogni caso sarebbe dovuta essere adeguata per evitare che la «compressione» della tutela del lavoro non fosse «eccessiva» e tale da annullarne «il contenuto essenziale», e per evitare la «manifesta inidoneità» dell'indennità a perseguire la protezione del lavoro (31). La disciplina adottata contraddice tali requisiti e non supera quindi il test di proporzionalità, costituendo una evidente ipotesi di «irragionevolezza» che di per sé giustifica la incostituzionalità della normativa.

In senso più ampio è possibile affermare che il «principio lavoristico», come affermato dal Tribunale (anche se con riferimento solo ad alcune norme della Costituzione), è effettivamente «uno strumento di realizzazione della persona e di emancipazione sociale ed economica». Una conclusione suffragata da un'autorevole elaborazione dottrinale e dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale (32). In questo contesto, la disciplina in materia di licenziamenti riveste un valore particolare, perché una tutela adeguata è strumentale alla «agibilità» di altri diritti fondamentali, che – per l'evidente timore di perdere l'occupazione – non vengono esercitati qualora il rapporto di lavoro possa essere interrotto senza limiti stringenti (33). È ve-

(30) Vd. *retro*, nota 6.

(31) Infatti, il test di proporzionalità impone di considerare anche la «non manifesta inidoneità degli strumenti predisposti per conseguire un determinato risultato» (Corte costituzionale 2009, 1. In tempi più recenti, il principio è stato ribadito dalle sentenze n. 10 e n. 63 del 2016).

(32) Mi permetto di rinviare, sul tema, alla recente analisi da me svolta in *Speciale* 2017, 17 ss.

(33) Questo aspetto, particolarmente sottolineato dalla ordinanza nella motivazione (par. 2.b), era stato da me analizzato in *Speciale* 2012, 535; Id. 2013, 320.

ro che la Corte costituzionale, in relazione all'art. 4 Cost., «ha reiteratamente affermato che “resta affidata alla discrezionalità del legislatore la scelta dei tempi e dei modi di attuazione della garanzia del diritto al lavoro” (tra le altre, sentenza n. 419 del 2000)» (34). E tale principio può essere riferito, in senso più generale, alla disciplina costituzionale del lavoro subordinato, incluse le regole in materia di licenziamenti (35). Tuttavia, la non obbligatorietà della reintegra non esclude che la disciplina alternativa debba essere tale da non vanificare il «principio lavoristico» sia in relazione alla protezione contro i licenziamenti, sia per la concreta fruibilità di altri diritti fondamentali. Ed è evidente che l'esiguità del risarcimento non soddisfa tali requisiti, rischiando di svuotare di contenuto la protezione garantita dalla Costituzione.

4. — *La violazione dell'art. 3 Cost. in relazione all'entità dell'indennità risarcitoria e ad altri profili* — Il Tribunale rileva che «la Corte costituzionale ha invero affermato a più riprese, da ultimo nella citata pronuncia n. 303/2011, che “la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale” (sentenza n. 148 del 1999), purché sia garantita l'adeguatezza del risarcimento (sentenze n. 199 del 2005 e n. 420 del 1991): ed è appunto questo lo specifico profilo rispetto al quale la normativa non si sottrae al dubbio di costituzionalità». Il principio, che nella sentenza n. 303/2011 viene legato alla violazione dell'art. 3 Cost. in relazione alla «irragionevolezza del trattamento indennitario forfettizzato» regolato dall'art. 32, c. 5, della l. n. 183/2010, si adatta evidentemente anche all'indennità risarcitoria prevista dal d.lgs. n. 23/2015. Mi sembra indiscutibile (par. 3) che l'entità economica sia completamente «inadeguata» (36). E questo tenendo conto che tale requisito deve essere valutato con maggior rigore quando è in questione il diritto al lavoro costituzionalmente tutelato (37). Anche se la reintegrazione non ha fondamento costituzionale, è difficile

(34) C. cost. n. 303/2011, in *DeJure*, 10.

(35) Anche in questo ambito la Corte lascia al legislatore la scelta dei tempi e dei modi con cui realizzare la tutela contro i recessi. Su tali aspetti rinvio a Speciale 2016, 132 (e agli Autori citati nella nota. 6).

(36) Speciale 2015, 37 ss.; Id. 2016, 134-135. In senso analogo Bavaro, D'Onghia 2016, 17. Arrivano alle medesime conclusioni, seppure in base a diverse argomentazioni sempre connesse alla violazione di principi costituzionali: Giubboni 2015, 21; Fontana 2016, 109 ss.; Ballestrero 2015, 49 ss.; Cester 2017, 1024 ss. *Contra*, Celentano 2015, 397-398; Ichino 2017, 8 ss.

(37) Cfr. Celentano 2015, 399 (ma questo Autore esprime dubbi sulla incostituzionalità della disposizione sotto questo profilo: 400 ss.).

poter negare che la rilevanza dei valori costituzionali in gioco impone una tutela economica che abbia un certa consistenza, e quindi «adeguata», in considerazione della necessità di risarcire un «bene» protetto in modo così rilevante dalla Costituzione (38).

Inoltre, afferma l'ordinanza, «la misura fissa dell'indennità non consente al giudice di valutare in concreto il pregiudizio sofferto» in rapporto a vari elementi (comportamenti opportunistici del datore di lavoro, «gravità del vizio riscontrato», «durata del processo»). Mentre, con riferimento all'indennità di cui all'art. 32, c. 5, della l. n. 183/2010, proprio «l'esistenza di margini di valutazione riferiti ai criteri di cui all'art. 8 della legge n. 604/1966» indusse la Corte, con la sentenza 303/2011, a rigettare la questione di costituzionalità. Indubbiamente si è in presenza di un ulteriore profilo di «irragionevolezza» della normativa, con violazione dell'art. 3 Cost. L'adequazione del risarcimento, anche se non richiede una esatta proporzionalità con il danno, presuppone una correlazione con il pregiudizio prodotto, certamente non identificabile soltanto con gli anni di lavoro effettuati. Dal lato del lavoratore, ad esempio, possono assumere rilievo la durata del processo (la cui più o meno accentuata lunghezza può penalizzare in modo diverso il dipendente), l'entità concreta del salario percepito e a cui sono commisurate le indennità dovute (che potrebbe suggerire un incremento delle mensilità al fine di aumentare la compensazione monetaria) o le ragioni che sono alla base del recesso ingiustificato (che potrebbero aver leso in modo particolare la sua dignità). E non è un caso che, proprio in considerazione di tali aspetti, l'art. 18, c. 5, della l. n. 300/1970 preveda che il risarcimento tenga conto, oltre che dell'anzianità di servizio, anche «del comportamento e delle condizioni delle parti» (39).

Un ulteriore aspetto di mancanza di «coerenza», «adeguatezza» e «proporzionalità» intrinseca della normativa, con violazione dell'art. 3 Cost., è sottolineato dal Tribunale, quando rileva che «l'indennità che il datore di lavoro dovrà pagare all'esito del giudizio è fissa, predeterminata e prescinde dalla gravità dell'illegittimità». Nel caso di licenziamento per ragioni soggettive, l'indennità esclude qualsiasi giudizio di proporzionalità

(38) Non a caso la Cassazione (S.U., 10.1.2006, n. 141) aveva affermato che «il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto a una somma» (in *Defure*, 6). *Contra*, Ichino 2017, 8 ss.

(39) Questa norma, d'altra parte, prende in considerazione anche il numero dei dipendenti o le dimensioni dell'impresa, legando la quantificazione del pregiudizio alle caratteristiche del datore di lavoro, che possono incidere sul risarcimento «esigibile».

con il comportamento del dipendente – connaturato al carattere disciplinare del recesso (art. 2106 c.c.) –, ed è collegata esclusivamente agli anni di lavoro prestato (40). Una disciplina «razionale» dovrebbe graduare l'entità della sanzione in relazione alla valutazione complessiva dell'azione del lavoratore (sotto il profilo soggettivo, della esistenza di cause di giustificazione, del livello di responsabilità e della tipologia delle mansioni ecc.), in base agli elementi che la giurisprudenza considera come determinanti per la valutazione della legittimità del recesso. Inoltre, il risarcimento dovrebbe tenere conto anche della condotta del datore di lavoro in relazione alla gravità del fatto contestato, alla sua plausibilità, alla proporzionalità tra contestazione e sanzione ecc. (41). Al contrario, nessuno di questi parametri viene previsto.

Analoghe considerazioni possono essere fatte per il licenziamento economico. Anche in questo caso il risarcimento dovrebbe essere graduato in relazione alla maggiore o minore serietà della ragione organizzativa adottata, alla effettività della sua sussistenza, al suo carattere strutturale o congiunturale, alla mancata prova della impossibilità del *repechage* ecc. In sostanza, l'indennità dovrebbe essere commisurata alla diversità delle varie situazioni di ingiustificatezza del licenziamento, di cui si trova riscontro nell'art. 18 della l. n. 300/1970 (con la distinzione – peraltro infelice – tra «manifesta insussistenza» e «altre ipotesi», a cui corrispondono differenti regimi sanzionatori) e nella stessa elaborazione della dottrina (42).

L'ordinanza sottolinea che l'indennità risarcitoria, oltre ad avere natura compensativa, svolge una funzione dissuasiva e sanzionatoria, analogamente ad altri istituti lavoristici (art. 18, l. n. 300/1970; art. 32, l. n. 183/2010) e in coerenza con le acquisizioni raggiunte dalla giurisprudenza in tema di risarcimento del danno (43). Il Tribunale rileva, peraltro, come la «quantificazione irrisoria» dell'indennità non consente a essa di avere effettiva efficacia deterrente e sanzionatoria e, al contrario, «si risolve in un incentivo all'inadempimento». E quindi, anche nella logica della *Law and Economics*, che ha ispirato la riforma del 2015, è stato introdotto

(40) *Contra*, Ichino (2017, 6), che critica l'ordinanza in correlazione al fatto che l'indennizzo è modulato sull'entità del contenuto assicurativo del rapporto di lavoro. In realtà, il carattere disciplinare del licenziamento non consente di escludere i principi propri delle sanzioni (art. 2106 c.c.), impedendo una valutazione solo in termini di «massimale assicurativo».

(41) Ho sottolineato questi aspetti in *Speciale* 2016, 135-136, con ulteriori indicazioni bibliografiche.

(42) Rinvio, sul punto, all'analisi da me fatta in *Speciale* 2013, 344 ss.

(43) Cass., S.U., n. 9100/2015; Cass., S.U., 5.7.2017, n. 16601.

un *firing cost* tale da non assicurare una effettiva protezione al lavoratore e da non scoraggiare comportamenti opportunistici dell'impresa. Non è possibile, in questa sede, una disamina approfondita di come la decisione utilizzi i principi propri dell'analisi economica del diritto. Indubbiamente, in particolare per i lavoratori con bassa anzianità di servizio, l'indennità non può svolgere la tipica funzione sanzionatoria e deterrente che è riservata al risarcimento del danno per il licenziamento illegittimo. Il che costituisce espressione di una ulteriore dimostrazione della «inadeguatezza» della tutela e della sua intrinseca irragionevolezza rispetto al parametro dell'art. 3 Cost.

L'ordinanza ritiene che una «disparità irragionevole» sia rinvenibile nel fatto che la normativa pone sullo stesso piano i lavoratori licenziati «con provvedimenti affetti da illegittimità macroscopiche» e quelli contrassegnati «da vizi meramente formali, tutti irragionevolmente tutelati, oggi, con un indennizzo del medesimo importo». In verità i vizi di forma sono sanzionati con una indennità sempre legata all'anzianità di servizio, ma corrispondente alla metà di quanto previsto per l'assenza di giustificazione del recesso, senza quindi che vi sia identità economica del risarcimento. Piuttosto, la legge si presta a censure diverse. La procedura di contestazione è considerata dalla Corte costituzionale come un principio di «civiltà giuridica»: espressione della parità di trattamento garantita dall'art. 3 Cost. (44). Un diritto fondamentale di tale portata, certamente non inferiore all'assenza di giustificazione del recesso, avrebbe richiesto un'indennità risarcitoria di ammontare identico (o di poco ridotto) rispetto a quella dovuta per carenza di giusta causa o giustificato motivo. Mentre una differenza economica così grande rivela una violazione del test di «proporzionalità» e di «ragionevolezza», in coerenza con i principi più volte descritti (45).

Il Tribunale non prende in considerazione altri importanti profili di violazione dell'art. 3 Cost. Si tratta delle numerose ipotesi di «irragionevolezza» legata alle differenze nei regimi sanzionatori per la fattispecie repressa con la reintegra e per quelle sanzionate soltanto con la indennità

(44) Cfr. sentenze C. cost. n. 204/1982 e n. 427/1989.

(45) Rinvio, per l'approfondimento di questi aspetti (e per le indicazioni bibliografiche), a Speciale (2013, 312), dove ho anche esaminato la possibile violazione dell'art. 24 Cost. In senso contrario Pisani (2015, 42 ss.), con argomenti che non posso qui esaminare. Questo Autore, peraltro, per affermare le proprie tesi, è costretto a svalutare quanto affermato dalla Corte costituzionale sul carattere fondamentale, rispetto all'art. 3 Cost., della procedura di irrogazione del licenziamento, la cui essenzialità ha indotto la Corte a estenderla anche alle imprese di piccole dimensioni.

risarcitoria (qui, dunque, anche nella logica del *tertium comparationis*). La violazione dell'art. 3 Cost. non è ovviamente nella diversità dei regimi giuridici, ma nella evidente «sproporzione» tra tutela forte connessa alla insussistenza del fatto materiale e risarcimento molto esiguo per l'assenza di giusta causa e giustificato motivo. Non vi è dubbio che addebitare a un lavoratore un comportamento mai commesso è ipotesi più grave di quella consistente in un'azione/omissione ascrivibile al dipendente ma non tale da giustificare il recesso. Ma la irrazionalità sta nel sanzionare questo secondo aspetto con una indennità economica irrisoria nei primi anni di servizio, come se la perdita ingiustificata del posto di lavoro in assenza del requisito causale – che secondo la Corte costituzionale trova fondamento nella nostra Carta – non dovesse essere punita in modo proporzionale alla violazione compiuta (anche a fini dissuasivi). Proporzionalità da valutarsi anche in relazione alla fattispecie sanzionata con un regime ripristinatorio molto più incisivo e senza che tra le diverse situazioni vi siano differenze di gravità tale da poter giustificare un trattamento così diverso (46). E analoga irrazionalità può essere individuata in relazione al licenziamento economico. Se, infatti, la differenza con il licenziamento disciplinare può giustificare una diversa disciplina, tuttavia i principi costituzionali in gioco e la stessa omogeneità tra le due forme di recesso (che, dal punto di vista imprenditoriale, sono sempre ascrivibili a esigenze organizzative) avrebbero richiesto una tutela risarcitoria più consistente di quella assai modesta prevista dalla legge (47).

5. — *La violazione dell'art. 117 Cost. per contrasto dell'indennità risarcitoria con fonti sovranazionali* — Il Tribunale, in base al principio secondo cui, ai sensi dell'art. 117 Cost., il legislatore è vincolato alle regole imposte dall'ordinamento comunitario e dai trattati internazionali (che assumono il ruolo di «norme interposte»), ritiene che il risarcimento del danno previsto dal d.lgs. n. 23/2015 sia in contrasto con l'art. 30 della Carta di Nizza, con la Convenzione Oil n. 158/1982 e con l'art. 24 della Carta sociale europea. In particolare, in considerazione di questa ultima disposizione, che parla di «congruo indennizzo o adeguata riparazione», l'indennità deve ritenersi del tutto insufficiente, con una violazione che supporta la incostituzionalità della normativa per contrasto con gli artt. 3, 4 e 35 Cost.

(46) Rinvio, su tali aspetti, esaminati con una casistica più ampia di quella indicata nel testo, a Speziale 2016, 132 ss. (con adesione di Fontana 2016, 112). Cfr. anche Ghera 2015, 22-23.

(47) Ho approfondito questi temi in Speziale 2016, 137 ss.; Speziale 2013, 348 ss.

La non conformità con le fonti europee appare assolutamente indiscutibile (48), anche se non in rapporto a tutte le discipline a cui fa riferimento il Tribunale. In relazione all'art. 30 della Carta di Nizza, una parte della dottrina ha sostenuto che l'esiguità dell'indennità risarcitoria non garantirebbe il «contenuto essenziale» del diritto alla tutela contro il licenziamento, così come previsto dall'art. 52 della Carta stessa (49). Sul punto, va detto preliminarmente che, per giurisprudenza costante della Corte di Giustizia europea, la violazione delle norme del Trattato può essere fatta valere dinanzi alla Corte soltanto nel caso in cui vi sia la «norma interposta», da intendersi come fonte normativa che espressamente disciplini la materia (ad esempio, regolamento o direttiva) (50). Nel nostro caso, anche se la materia dei licenziamenti è tra quelle di competenza dell'Unione, ai sensi dell'art. 153 del Trattato sul funzionamento della Ue (51), l'unica direttiva esistente riguarda i licenziamenti collettivi e non quelli individuali. Comunque, anche se si volessero accogliere le opinioni che ritengono applicabile l'art. 30 nonostante l'assenza di una direttiva (52), in realtà l'art. 30 ha una dizione assai generica, che apparentemente rende difficile un giudizio di adeguatezza tra risarcimento e protezione contro il recesso (53). Tuttavia, non può non riconoscersi come l'esiguità eccessiva dell'indennità risarcitoria finisca inevitabilmente per incidere proprio sul contenuto essenziale del diritto alla tutela giustificatoria contro il licenziamento, nella misura in cui renda per il datore di lavoro sostanzialmente indifferente il suo rispetto. Peraltro, soprattutto alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, rimane il problema della difficile applicazione dell'art. 30 della Carta.

(48) Sia consentito un rinvio a Speziale 2015, 40 ss.; Id. 2016, 139 ss.

(49) Perulli 2015, 32. Dubbi sono stati espressi anche da Marazza 2015, 326-327.

(50) Si veda, da ultimo, C. Giust. 5.2.2015, *Poclava*, C-117/14, punti 27 ss. In senso analogo, Cester 2017, 1023. La «rigidità» della giurisprudenza della Corte di Giustizia su tale aspetto è analizzata da Pedrazzoli 2017, 588-589. *Contra*, Buffa 2015, 43 ss.; Di Michele 2015, 41 ss.

(51) Il comma 1, lettera *d*, di questa disposizione, infatti, include la «protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro» tra le materie nelle quali l'Unione sostiene e completa l'azione degli Stati membri. In senso contrario, Giubboni 2015, 22.

(52) Si vedano le osservazioni di: Pedrazzoli 2017, 597-598; Buffa 2015, 43 ss.; Di Michele 2015, 41 ss. In generale, sui problemi connessi all'applicazione della Carta di Nizza, cfr. Ziller 2017, 1043 ss.

(53) In tal senso: Marazza 2015, 327; Pedrazzoli 2017, 580; Buffa 2015, 43; Speziale 2016, 139; Cester 2017, 1026. La disposizione, infatti, afferma «il diritto di ogni lavoratore alla tutela contro il licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali». Al contrario di quanto affermato dal Tribunale di Roma, l'art. 30 non fa alcun riferimento a «una adeguata tutela».

La Convenzione Oil n. 158 del 1982, poi, non è stata ratificata dall'Italia e non dovrebbe quindi essere vincolante per il nostro paese, almeno secondo l'opinione prevalente (54).

Un rilievo diverso deve invece essere attribuito all'art. 24 della Carta sociale europea (vd. *supra*), sul quale, non a caso, l'ordinanza fonda tutta la sua argomentazione a sostegno della incostituzionalità della normativa. Questa norma prevede che, in caso di licenziamento ingiustificato, il lavoratore abbia diritto a un risarcimento «congruo» o ad «altra adeguata riparazione». Il Comitato europeo dei diritti sociali, che non ha funzioni giurisdizionali ma svolge il compito essenziale di verificare la corretta attuazione della Carta negli Stati nazionali, ha elaborato una serie di decisioni che possono assumere un valore essenziale ai fini della valutazione della congruità dell'indennizzo (55). In tale ambito, questo organismo ha ribadito che «il risarcimento per il licenziamento illegittimo deve essere allo stesso tempo proporzionato rispetto alla perdita sofferta dalla vittima e sufficientemente dissuasivo per i datori di lavoro. Qualsiasi limite massimo al risarcimento che impedisce che i danni siano commisurati al pregiudizio subito e che non abbia un carattere sufficientemente dissuasivo è proibito» (56). Il principio descritto ha carattere generale ed è stato più volte espresso dal Comitato (57). Esso è stato recentemente ribadito con una decisione del 31 gennaio 2017, riferita alla Finlandia e ampiamente descritta nell'ordinanza del Tribunale, dove si è censurato il tetto massimo risarcitorio di 24 mesi (58).

L'art. 24 della Carta sociale può essere un criterio di giudizio della costituzionalità del d.lgs. n. 23/2015. L'art. 117 Cost., infatti, impone al le-

(54) Cfr. Pedrazzoli 2017, 578 ss.; Bianchi 2008, 3 ss., con ampi riferimenti dottrinari sulle diverse interpretazioni che, dopo la riforma dell'art. 117 Cost. e la sentenza della C. cost. n. 348/2007, ritengono un trattato internazionale direttamente vincolante solo a seguito di legge di ratifica.

(55) Sul valore essenziale, dal punto di vista interpretativo, delle decisioni del Comitato europeo, cfr.: Speziale 2013, 313 ss.; Carinci 2012, 32; Orlandini 2012, 625 ss.; Giubboni 2015, 22 (a questi due ultimi Autori si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

(56) European Committee of Social Rights 2012 (Finland), 41.

(57) Cfr. Orlandini (2012, 636) e Speziale (2013, 314), con riferimento a paesi che sono stati censurati perché pongono limiti massimi al risarcimento del danno per licenziamento illegittimo.

(58) European Committee of Social Rights 2017 (Finland), 13 ss. (con commento di Buffa 2017, 1 ss.). Tra l'altro, la Commissione ribadisce che il lavoratore, oltre al risarcimento, deve percepire «il rimborso delle perdite economiche subite tra la data del licenziamento e la decisione del ricorso».

gislatore nazionale il rispetto dei «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali». In base a tale disposizione, la Corte costituzionale ha statuito che le norme internazionali pattizie, come, ad esempio, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu), siano «norme interposte» e debbano essere utilizzate «come parametro di validità delle leggi, in quanto da esse derivano obblighi che, pur appartenendo di per sé al diritto internazionale convenzionale, in forza dell'art. 117 citato si trasformano in obblighi di diritto costituzionale» (59). La Cedu è stata qualificata come «un trattato internazionale multilaterale» (60), e in questo ambito rientra certamente anche la Carta sociale europea (61), il cui contenuto, tra l'altro, è stato interamente recepito dall'art. 2 della l. n. 70/1999. Pertanto, sia in conseguenza della legge di recepimento – che rende vincolante per lo Stato italiano tutte le disposizioni della Carta –, sia per effetto dei principi sopra descritti, l'art. 24 dovrà costituire un parametro per valutare la conformità alla Costituzione dell'indennità risarcitoria. E, alla luce dei principi espressi dal Comitato europeo, l'incostituzionalità per «inadeguatezza» sembra indiscutibile, sia per l'esiguità del risarcimento, sia per il limite massimo dei 24 mesi (62).

Anche questa parte della motivazione dell'ordinanza è sicuramente convincente, segnalando un profilo di incostituzionalità della norma che si aggiunge a quelli già analizzati e ne mette radicalmente in discussione la compatibilità con la nostra Carta fondamentale.

(59) Zagrebelsky, Marcenò (2012, 239), con riferimento alle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale, che hanno sancito i principi descritti. In senso analogo Sorrentino 2015, 91-92.

(60) C. cost. 24.10.2007, n. 348, in *DeJure*, 16.

(61) Panzera (2011, 10), che riporta la espressa definizione attribuita alla Carta dal Comitato europeo dei diritti sociali, secondo la quale essa è «un comune trattato internazionale». In senso analogo Zanghi 2000, 303.

(62) Ho espresso in altra sede l'opinione che l'art. 24 della Carta sociale – a seguito del recepimento integrale di questo trattato ai sensi della l. n. 70/1999 e al fatto che le leggi di implementazione di trattati internazionali hanno una «forza di resistenza» superiore rispetto alle successive leggi ordinarie – impone al giudice di reinterpretare il d.lgs. n. 23/2015 alla luce di tale disposizione, rilevando la inadeguatezza della indennità e applicando i principi enucleati dal Comitato europeo (Speziale 2015, 42-43; Id. 2016, 141-142). Si tratta di una soluzione alternativa alla questione di legittimità costituzionale.

TRIBUNALE ROMA, 26.7.2017, ord. – Est. Cosentino – F.S. (avv.ti de Marchis, Gomez) c. Settimo Senso Srl.

Licenziamento individuale – Licenziamento per giustificato motivo oggettivo – Disciplina vigente – Questione di costituzionalità – Non manifesta infondatezza.

Non è manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 1, c. 7, lett. c, l. n. 183/2014, e degli artt. 2, 3 e 4 del d.lgs. n. 23/2015 rispetto agli artt. 3, 4, 35, 76 e 117 Cost. Siffatte disposizioni di legge privano il lavoratore assunto con il contratto a tutele crescenti – nel caso in cui non ricorrano gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo ovvero sia manifestamente insussistente il fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo – di gran parte delle tutele tuttora vigenti per i lavoratori a tempo indeterminato assunti prima del 7.3.2015. Siffatte disposizioni precludono inoltre qualsiasi discrezionalità valutativa del giudice, in precedenza esercitabile, ancorché ancorata ai criteri di cui all'art. 8 della l. n. 604/1966 e all'art. 18 St. lav., come novellato dalla l. n. 92/2012, imponendo al medesimo un automatismo in base al quale al lavoratore spetta, in caso di accertata illegittimità del recesso, solo una piccola somma a titolo di risarcimento del danno. (1)

Riferimenti bibliografici

- Ballestrero M.V. (2015), *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in LD, 39 ss.
- Bavaro V., D'Onghia M. (2016), *Profili costituzionali del licenziamento nullo*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 305, <http://csdle.lex.unict.it>, 1 ss.
- Bianchi G. (2008), *L'efficacia dei trattati internazionali alla luce dell'art. 117, c. 1, della Costituzione*, in www.altalex.com, 1 ss.
- Buffa F. (2015), *Compatibilità del contratto a tutele crescenti con il diritto europeo*, in *Questione Giustizia*, n. 3, in <http://www.questionegiustizia.it>, 41 ss.
- Buffa F. (2017), *Due decisioni importanti del Comitato europeo dei diritti sociali in materia di licenziamento*, in *Questione Giustizia*, in www.questionegiustizia.it, 22.3.2017, 1 ss.
- Carinci M.T. (2012), *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, relazione al XVII congresso nazionale Aidlass, *Il Diritto del lavoro al tempo della crisi*, Pisa (7-9 giugno 2012), in <http://www.aidlass.it/convegni/archivio/congresso-2012>, 1 ss.
- Cartabia M. (2013), *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in <http://www.cortecostituzionale.it>, 1 ss.
- Casavola P. (1995), *La giustizia costituzionale nel 1994*, in www.cortecostituzionale.it, Documentazione, relazioni annuali, 1 ss.

- Celentano C. (2015), *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, in RIDL, I, 377 ss.
- Celotto A. (2006), *Art. 3, comma 1, della Costituzione*, in Bifulco R. et al. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Utet, Torino, 65 ss.
- Cerri A. (2016), *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza nel diritto*, in DP, n. 2, 625 ss.
- Cester C. (2017), *I licenziamenti nel Jobs Act*, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. 5, *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, a cura di Gragnoli E., WoltersKluwer-Cedam, 655 ss.
- Corte costituzionale (2009), *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2008*, in www.cortecostituzionale.it, Documentazione, relazioni annuali, 1 ss.
- Corte costituzionale (2016), *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2016*, in www.cortecostituzionale.it, Documentazione, relazioni annuali, 1 ss.
- Di Michele V. (2015), *La (in)compatibilità della riforma dei licenziamenti nel Jobs Act 2 nel prisma del diritto dell'Unione europea*, in Ghera E., Garofalo D. (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 27 ss.
- European Committee of Social Rights (2012) (Finland), in http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/conclusionsindex_en.asp, 1 ss.
- European Committee of Social Rights (2017) (Finland), in *Questione giustizia*, in www.questionegiustizia.it, 22.3.2017, 1 ss.
- Fontana G. (2016), *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, in <http://www.constituzionalismo.it>, 77 ss.
- Gaeta L. (2005), *Costantino Mortati e «Il lavoro nella Costituzione»: una rilettura*, Giuffrè, Milano, 105 ss.
- Gentile G. (2015), *L'ambito di applicazione della nuova disciplina*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 51 ss.
- Ghera F. (2015), *Profili di costituzionalità del decreto legislativo n. 23/2015 in materia di contratto a tutele crescenti*, in Ghera E., Garofalo D. (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 20 ss.
- Giubboni S. (2015), *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 246, <http://csdle.lex.unict.it>, 1 ss.
- Ichino P. (2017), *La questione di costituzionalità della nuova disciplina dei licenziamenti*, in <http://www.pietroichino.it>, 3.8.2017, 1 ss.
- Loy G. (2009), *Una Repubblica fondata sul lavoro*, in DLRI, 197 ss.
- Marazza M. (2015), *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in ADL, n. 2, I, 310 ss.
- Morrone A. (2008), voce *Bilanciamento (giustizia cost.)*, in ED – Annali, II, 2, Giuffrè, Milano, 185 ss.
- Mortati C. (1954), *Il lavoro nella Costituzione*, in DL, I, 148 ss.
- Mortati C. (1975), *Art. 1*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli – Il Foro italiano, Bologna-Roma.
- Orlandini G. (2012), *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, in DLRI, 619 ss.

- Panzerà C. (2011), *Per i cinquant'anni della Carta sociale europea*, dattiloscritto, 1 ss.
- Pedrazzoli M. (2017), *Art. 30 – Tutela dei lavoratori in caso di licenziamento ingiustificato*, in Mastroianni R. et al., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 570 ss.
- Perulli A. (2015), *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di «paradigma» per il diritto del lavoro*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 3 ss.
- Pisani C. (2015), *Il nuovo regime delle tutele per il licenziamento ingiustificato*, in Pessi R. et al., *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, Torino, 17 ss.
- Proia G. (2015), *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in Pessi R. et al., *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, Torino, 55 ss.
- Roselli F. (2015), *Le nuove tutele contro i licenziamenti illegittimi. Incidenza sull'ordinamento costituzionale?*, in *GC*, 743 ss.
- Santoni F. (2015), *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in Ferraro G. (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, *Quaderni di ADL*, n. 14, Cedam, Milano, 113 ss.
- Scaccia G. (2000), *Gli strumenti di ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- Sorrentino F. (2011), *Eguaglianza*, Giappichelli, Torino.
- Sorrentino F. (2015), *Le fonti del diritto italiano*, WoltersKluwer, Milano.
- Speziale V. (2012), *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *RIDL*, I, 521 ss.
- Speziale V. (2013), *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, Bari, 305 ss.
- Speziale V. (2014), *Le politiche del lavoro del governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 233, <http://csdle.lex.unict.it>, 1 ss.
- Speziale V. (2015), *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 259, <http://csdle.lex.unict.it>, 1 ss.
- Speziale V. (2016), *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in *RIDL*, I, 111 ss.
- Speziale V. (2017), *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o «normale» licenziamento economico?*, in Perulli A. (a cura di), *Il licenziamento per gmo: giurisprudenza e dottrina a confronto* (in corso di pubblicazione), Giappichelli, Torino, 1 ss.
- Zagrebel'sky G., Marcenò V. (2012), *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna.
- Zanghi C. (2000), *Comunità europea*, in *ED, Aggiornamento*, IV, Giuffrè, Milano, 294 ss.
- Ziller J. (2017), *Art. 51 – Ambito di applicazione*, in Mastroianni R. et al., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 1044 ss.

Ines Ciolli (*)

I DIRITTI SOCIALI «CONDIZIONATI» DI FRONTE ALLA CORTE COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. La Corte torna sul rapporto tra equilibrio di bilancio e diritti. — 2. I diritti sociali non sono norme programmatiche. — 3. La limitazione della tutela al solo nucleo incompressibile del diritto. — 4. La Corte esplicita il nucleo incompressibile del diritto all'istruzione dei disabili.

1. — *La Corte torna sul rapporto tra equilibrio di bilancio e diritti* — La sentenza in epigrafe trae origine da un'ordinanza del 19.3.2014 del Tar Abruzzo, Sezione di Pescara, con la quale quest'ultimo ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2-*bis*, della legge regionale dell'Abruzzo 15 dicembre 1978, n. 78, riguardante gli interventi per l'attuazione del diritto allo studio, come modificata dall'art. 88, comma 4, della legge regionale dell'Abruzzo del 26 aprile 2004 n. 15 (Legge finanziaria regionale 2004), nella parte in cui prevede che la Giunta regionale debba garantire un contributo del 50% della spesa necessaria e documentata dalle Province per gli interventi di trasporto e assistenza scolastica degli studenti in condizione di handicap o di svantaggio che frequentano l'istruzione secondaria superiore (disciplinati dall'art. 5-*bis*, della stessa legge n. 78/1978), ma nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa.

Il Tar era stato adito dalla Provincia di Pescara proprio per il mancato rimborso del 50% da parte della Regione del costo del trasporto degli studenti disabili, debitamente documentato dalla Provincia e riguardante gli anni 2006-2012, e appunto previsto dalla legge regionale n. 78/1978. L'indisponibilità della somma prevista, a quanto illustrava la Provincia di Pescara, metteva a rischio l'effettività del servizio, e pertanto il Tar Abruzzo sollevava la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2-*bis*, della legge regionale dell'Abruzzo 15 dicembre 1978, n. 78, nella parte in cui subordinava il rimborso previsto alla disponibilità finanziaria determi-

(*) Professore associato di Diritto costituzionale presso il dipartimento di Scienze giuridiche della «Sapienza» Università di Roma.

nata dalle leggi annuali di bilancio, lasciando così il diritto dei disabili condizionato da un'incerta e saltuaria erogazione. Da qui il dubbio del giudice *a quo* che la disposizione impugnata potesse essere in contrasto con l'art. 10 Cost. – con riferimento all'art. 24 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata dall'assemblea Onu il 13 dicembre del 2006, e ratificata dall'Italia con legge 3 marzo 2009, n. 18 – e con l'art. 38, commi 3 e 4, Cost.

Dal canto suo, la Regione Abruzzo non negava di dover erogare la somma, ma riteneva che essa dovesse essere subordinata alle esigenze di equilibrio di bilancio, imposte anche alle Regioni dall'art. 81 Cost., interpretando così quest'ultimo come un limite anche al soddisfacimento dei diritti.

La Corte, infine, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2-*bis*, della legge in questione limitatamente all'inciso «nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa».

La decisione in commento ritorna su una serie di questioni oggetto di un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale intorno all'art. 81 Cost. e alla sua applicazione, che è divenuto più intenso in special modo dopo la costituzionalizzazione del vincolo di bilancio, operato con legge costituzionale n. 1/2012. Soprattutto in questo ultimo periodo di crisi, che si è manifestato a partire dagli anni 2007-2008, il parametro dell'art. 81 Cost. è stato utilizzato dalla giurisprudenza costituzionale in maniera «rapsodica» (1) o, per meglio dire, in modo schizofrenico (2). In questi ultimi anni, i giudici costituzionali hanno, infatti, dato prova, come si è accennato, di

(1) Così Grosso 2015, 79-90.

(2) Si concorda solo in parte con l'attenta ricostruzione di Massa (2017), il quale ritiene che la Corte, in materia dei diritti – e in particolare di diritti sociali –, abbia mantenuto una giurisprudenza costante, se vista nell'ottica del rispetto della discrezionalità del legislatore. Tuttavia, ciò non è stato sufficiente per evitare decisioni ondivaghe a fronte delle quali la sentenza in commento ha tentato di indicare alcune coordinate, volte a evitare pro futuro decisioni contrastanti quando entrano in gioco il vincolo di bilancio e la tutela dei diritti (sociali). È, infatti, innegabile che decisioni nettamente divergenti, come la n. 10 e la n. 70 del 2015 – per quanto la n. 10 non afferisse direttamente alla tutela dei diritti sociali –, abbiano suscitato molto clamore, e che per la loro evidente diversità nel valutare i vincoli di bilancio siano state definite «sentenze gemelle eterozigote» da Luciani (2016, 10), e – mi si consenta il rinvio – «sorellastre» da Ciolli (2015, 3). Sulla imprevedibilità delle sentenze che hanno a oggetto il vincolo di bilancio, vd. Anzon 2015, 1-9. In merito alle due sentenze, la letteratura è sconfinata: per la sent. n. 10 del 2015, e per i soli profili che attengono alla questione del bilanciamento, mi limito a segnalare i contributi di Massa Pinto 2015, 1-14; Scagliarini 2015, 1-11; Gabriele, Nico 2015, 1-13; Barbera 2015, Morrone 2015, 1-16. Per la sent. n. 70 del 2015, si vedano D'Onghia 2015, 371 ss., e De

una certa mutevolezza nelle decisioni, per ciò che attiene all'applicazione del nuovo art. 81 della Costituzione. Infatti, nella sentenza n. 10/2015, almeno per ciò che attiene alla questione del bilanciamento tra diritti e vincoli di spesa, la Corte ha riaffermato la necessità di «una tutela sistemica e non frazionata» (3) di tutti i diritti e i principi coinvolti nella decisione, e ha altresì ricordato che la Corte opera normalmente un ragionevole bilanciamento dei valori coinvolti nella normativa sottoposta al suo esame, dal momento che «la Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi» (4). Allora la sentenza fu criticata proprio perché poneva sullo stesso piano diritti e vincoli di bilancio, considerati entrambi come beni e interessi interscambiabili per il solo fatto di rappresentare posizioni giuridiche soggettive tutte riconducibili al dettato costituzionale. In tal modo si prospettava il pericolo di una eccessiva indifferenza tra fini e mezzi e tra beni di diversa natura. La scelta di quella tecnica di bilanciamento da parte del giudice costituzionale era semplicemente dettata dalla condivisibile esigenza di risparmio e di rispetto dei vincoli di spesa che il difficile momento economico e finanziario richiedeva. Eppure, poco dopo, nella decisione n. 70 del 2015, pur tenendo conto ancora una volta dello stato di crisi economica, la Corte ha dichiarato un'analoga (ma non identica) questione che incideva sui vincoli di spesa non conforme a Costituzione, giacché il legislatore – a suo dire – aveva operato un riferimento generico alla contingente situazione finanziaria per legittimare una compressione di diritti previdenziali, senza che emergesse una specifica, puntuale e impellente necessità di far prevalere, almeno nel caso specifico, le ragioni del bilancio (5). Un altro tassello nella limitazione reciproca tra diritti e vincoli di spesa sembrava inserito nella trama della giurisprudenza più recente: i diritti si potevano limitare, ma la Corte era chiamata a sindacare la ragionevolezza di quei vincoli di bilancio, che non potevano essere vaghi, incerti ed eventuali. Nella decisione n. 178 del 2015, relativa alla contrattazione nel pubblico impiego, il giudice costituzionale ha aggiunto un altro elemento rilevante della ricostruzione della eterna tensione tra

Ioanna 2015, 353 ss. La questione del bilanciamento tra costi e diritti era già stata oggetto di riflessione; cfr., per tutti, Corte costituzionale 1993.

(3) Sent. n. 10 del 2015, cit., al punto 7 del *Considerato in diritto*, ove la Corte riprende l'*iter* argomentativo già utilizzato nella sent. n. 264 del 2012.

(4) *Ivi*, ove la Corte fa riferimento anche alla sent. n. 85 del 2013.

(5) Per un'attenta ricostruzione delle questioni previdenziali e dei relativi vincoli di bilancio, si vedano Mengoni 1998, Andreoni 2006, D'Onghia 2013.

diritti e costi: quello della durata limitata nel tempo delle restrizioni alla tutela dei diritti. Il giudice costituzionale ha, infatti, ricordato che ogni sacrificio all'attuazione dei diritti deve avere una natura transitoria, circoscritta ai soli momenti di emergenza, perché ogni dilazione trasformerebbe la restrizione in un intervento di natura strutturale. Nella sentenza n. 188 del 2015, la Corte sembra, invece, voler fare un passo indietro nella ricostruzione giurisprudenziale per tornare ad affermare una necessaria gradualità nell'attuazione dei diritti costituzionali quando questi comportino oneri rilevanti a carico del bilancio dello Stato (6).

Il giudice costituzionale vira nuovamente e torna sui suoi passi con la sentenza n. 10 del 2016 (7), che anticipa per certi versi quella in commento. In essa, pur tenendo conto dei tempi di crisi economica, la Corte afferma che ogni pregiudizio alla fruizione dei diritti sociali, causato dal mancato finanziamento dei servizi, si traduce non solo in una violazione del principio del buon andamento della pubblica amministrazione, ma anche in una violazione del principio di uguaglianza (8). Il rischio di schizofrenia non è ancora del tutto scongiurato, visto che nella sentenza n. 173 del

(6) La Corte, infatti, ricorda: «Si tratta, indubbiamente, di scelte che, essendo frutto di un'insindacabile discrezionalità politica, esigono un particolare e sostanziale rispetto anche da parte del giudice di legittimità costituzionale; rispetto che, nella giurisprudenza di questa Corte, si è già tradotto – attraverso un risalente e consolidato orientamento – in precisi modelli di giudizio, quali la tutela della essenziale unitarietà e globalità del bilancio (sentt. n. 12 del 1987, n. 22 del 1968 e n. 1 del 1966), e, soprattutto, il riconoscimento dei principi di gradualità e di proporzionalità in ordine all'attuazione di valori costituzionali che importi rilevanti oneri a carico del bilancio statale» (*ex multis*: sentt. n. 33 del 1987, n. 173 e n. 12 del 1986, n. 349 del 1985 e n. 26 del 1980).

(7) Si vedano, sul punto, Mollica Poeta 2016, 1-11, e Carlassare 2015.

(8) La Corte lega l'obbligo per il legislatore di reperire le risorse necessarie per soddisfare i bisogni della collettività anche al principio del buon andamento dell'amministrazione: «In assenza di adeguate fonti di finanziamento cui attingere per soddisfare i bisogni della collettività di riferimento in un quadro organico e complessivo, è arduo rispondere alla primaria e fondamentale esigenza di preordinare, organizzare e qualificare la gestione dei servizi a rilevanza sociale da rendere alle popolazioni interessate. In detto contesto, la quantificazione delle risorse in modo funzionale e proporzionato alla realizzazione degli obiettivi previsti dalla legislazione vigente diventa fondamentale canone e presupposto del buon andamento dell'amministrazione, cui lo stesso legislatore si deve attenere puntualmente». E aggiunge, inoltre, al punto 6.3 del Considerato in diritto: «L'art. 3 Cost. è stato ulteriormente violato sotto il principio dell'eguaglianza sostanziale a causa dell'evidente pregiudizio al godimento dei diritti conseguente al mancato finanziamento dei relativi servizi». Il principio di uguaglianza sostanziale, dunque, si trasforma in un vincolo per il legislatore che deve orientare le scelte politiche in materia di bilancio: così Longo 2017 e Carlassare 2016.

2016 la Corte torna nei panni di Mr. Hyde e «salva» la legge che dispone il taglio delle «pensioni d'oro» da una pronuncia d'incostituzionalità, perché il legislatore ha ragionevolmente tenuto presente la crisi contingente e, sebbene la stessa Corte ritenga che il principio di proporzionalità sia stato rispettato appena al «limite», trattandosi di una misura temporanea, ritiene non incida strutturalmente sul sistema pensionistico (9).

All'interno di questo quadro contraddittorio e complesso, la sentenza in oggetto sembra intenzionata a sciogliere una serie di nodi e a dare un'interpretazione finalmente più chiara e univoca dei rapporti tra vincoli di bilancio e diritti costituzionalmente protetti. Tale proposito è racchiuso nel passaggio della sentenza, ormai divenuto celebre, in cui la Corte sostiene: «È la garanzia dei diritti incomprimibili a incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione» (10). C'è in questo nuovo «brocardo» una inversione di soggetto tra i diritti e il bilancio: il faro che guida e illumina il legislatore nelle sue scelte deve essere orientato alla tutela dei diritti anche quando le risorse sono scarse.

2. — *I diritti sociali non sono norme programmatiche* — Dalla lettura congiunta della «garanzia incomprimibile dei diritti», e dell'altra felice affermazione, che è stata meno colta nella sua rilevanza, con cui la Corte nega che il diritto all'istruzione sia una norma programmatica (al punto 4 del Considerato in diritto), se ne deducono alcune conseguenze di non poco momento. Se le norme sono tanto prescrittive che la loro applicazione non può risentire dei vincoli di bilancio, non vi è alcuna possibilità di accogliere la tesi, che periodicamente torna *in auge*, che vede i diritti sociali come norme «moralì» (11), e soprattutto si sgombra il campo da ogni ricostruzione teorica che vede i diritti sociali dotati di una effettività debole, subordinata all'intervento discrezionale del legislatore (12), o che li considera «diritti

(9) La Corte ha ritenuto che il contributo di solidarietà che il legislatore aveva richiesto, per superare lo scrutinio «stretto» di costituzionalità, e palesarsi dunque come misura improntata effettivamente alla solidarietà previdenziale (artt. 2 e 38 Cost.), dovesse: rispondere a precisi requisiti, ossia operare all'interno del complessivo sistema della previdenza; essere imposto dalla crisi contingente e grave del predetto sistema; incidere sulle pensioni più elevate (in rapporto alle pensioni minime); presentarsi come prelievo sostenibile; rispettare il principio di proporzionalità; essere comunque utilizzato come misura *una tantum*. Sulla decisione si veda il commento di L. Peddullà 2016, 1-8. Più in generale sulla giurisprudenza in tempo di crisi si veda Benvenuti 2013, 969-979.

(10) Al punto 11 del *Considerato in diritto*.

(11) Lo ricorda anche Losurdo 2016, 1.

(12) Di cui ha dato conto Saitto 2017, 40.

condizionati» dalle risorse disponibili. La Corte sembrerebbe aver aderito, dunque, alla tesi che non distingue, se non storicamente, tra i diritti contenuti nella Carta costituzionale (13). A ogni modo, il giudice costituzionale sembrerebbe aver solidarizzato con quella «cosiddetta resistenza costituzionale al primato dei vincoli finanziari e comunitari dati per insuperabili, tesa a riaffermare lo statuto costituzionale dei diritti sociali contro le tendenze alla loro de-costituzionalizzazione» (14).

Secondariamente, la sentenza sembra indicare al legislatore un *modus procedendi* da utilizzare quando questi si trovi contemporaneamente a dover fare i conti con i vincoli di bilancio e con l'esigenza di rendere comunque effettivi – anche in tempi di crisi e di restrizioni economiche – i diritti costituzionalmente protetti, imponendogli in ogni caso l'attuazione almeno del loro nucleo incompressibile, di fronte al quale le limitazioni di spesa retrocedono. Non che le esigenze di bilancio debbano essere eluse, poiché esse dovranno gravare su altre spese, che siano non obbligatorie oppure facoltative. Su questo punto, la Corte, dopo l'icastica affermazione sulla quale si sono a lungo soffermati i commentatori (15), ha dato conto in modo più ampio nella motivazione della sentenza, non particolarmente estesa, ma di spessore. In essa, infatti, i giudici costituzionali hanno ricordato che le scelte del legislatore anche in materia di bilancio e di allocazione delle risorse, sono «suscettibili di sindacato, in quanto rientrano nella tavola complessiva dei valori costituzionali, la cui commisurazione reciproca e la cui ragionevole valutazione sono lasciate al prudente apprezzamento della Corte» (16), come del resto era già stato enunciato nelle sentenze n. 260/1990 e n. 10/2016 (17). In tal modo, il giudice costituzionale ha precisato che le scelte operate in materia di allocazione delle risorse, pur rimesse alla discrezionalità del legislatore, devono essere lette in armonia con l'intero testo della Costituzione e non rappresentano perciò in alcun modo una zona franca del-

(13) Sulla differenziazione solo storica dei diritti: Mazzotti Di Celso 1964, Luciani 1995, 121, Ridola 1997, Pezzini 2002.

(14) Così Lucarelli 2016, 300, ma anche Losurdo (2016, 120), il quale ricorda come lo svilimento dei diritti sociali sia dovuto al fatto di aver assunto l'art. 81 Cost. a una vera e propria «clausola generale», in grado di invalidare tutti gli enunciati normativi che non sono coerenti con i principi della sana gestione finanziaria e contabile.

(15) Andreoni 2017, Apostoli 2016, Cabazzi 2017, Carlassare 2016, Di Marco 2017, Furno 2017, Gambardella 2017, Longo 2017, Lucarelli 2016, Madau 2017.

(16) Al punto 13 del *Considerato in diritto*.

(17) Mi pare non sia privo d'interesse il fatto che la Corte nella motivazione abbia richiamato una decisione precedente alla revisione costituzionale del 2012 e una successiva: ha in tal modo evidenziato come il giudizio di legittimità tenesse conto dei vincoli di bilancio anche prima della riforma costituzionale dell'art. 81 Cost.

la giustizia costituzionale. In altre parole, come tutti i principi costituzionali, anche le decisioni in materia di bilancio possono essere soggette al controllo di costituzionalità, per il fatto che «detto potere discrezionale trova un limite invalicabile nella necessità di coerenza intrinseca della stessa legge regionale contenente la disposizione impugnata, con la quale è specificato il nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» (18). Su questo punto, la portata della sentenza non è così innovativa, poiché da tempo la Corte tiene a sottolineare che il suo compito consiste soprattutto in un controllo sulla ragionevolezza e sulla proporzionalità, oltre che sulla coerenza, per ciò che riguarda le scelte del legislatore. La novità risiede, invece, nell'offrire delle coordinate affinché la ragionevolezza e la coerenza si affermino quando sono in gioco diritti e vincoli di spesa. In tal caso, le esigenze di bilancio devono retrocedere davanti alla soddisfazione dei diritti (19). Tale lettura fornisce «una programmazione di bilancio costituzionalmente orientata» (20), che se disattesa come nel caso in commento, porta alla dichiarazione d'incostituzionalità. La legge regionale è dichiarata incostituzionale perché, pur disciplinando dettagliatamente una serie di interventi volti a rendere effettivo il diritto all'istruzione dei disabili, tra i quali il servizio di trasporto scolastico, ha subordinato il loro finanziamento alle politiche e alle gestioni ordinarie del bilancio dell'ente. L'incertezza di quei finanziamenti preclude una *certa e continua* soddisfazione dei diritti delle persone con disabilità.

Invece, il legislatore nelle decisioni di bilancio deve comporre il quadro in modo coerente e in modo da far «quadrare» i conti, prevedendo tagli e risparmi sulle spese accessorie o sulle spese secondarie, come consiglia la Corte, e non certo sui diritti. La Corte sembrerebbe così aver aderito alla tesi del bilanciamento «ineguale», che da tempo la dottrina sosteneva e che pone un veto a tale tecnica di composizione dei conflitti quando entrano in gioco un diritto costituzionalmente protetto e interessi di altra natura, sebbene anch'essi costituzionalmente rilevanti (21).

3. — *La limitazione della tutela al solo nucleo incompressibile del diritto*
— A ben vedere, anche il «proclama» che assumeva come centrale, nella

(18) Al punto 10 del *Considerato in diritto*.

(19) Aveva comunque già riflettuto su un bilanciamento tra diritti e vincoli di spesa Bin (1992, 72 ss.), ricordando che i vincoli non devono mai essere talmente gravi da rendere ineffettivo il diritto.

(20) Così Longo 2017, 6.

(21) Ci si riferisce qui alla tesi del bilanciamento «ineguale» più volte formulata da Luciani 2000, 100. Sembra condividere questa tesi Lucarelli 2016.

decisione in commento, l'incomprimibilità dei diritti di fronte al bilancio assume un'altra consistenza se si legge la sentenza nella sua interezza e si tiene conto del plurimo rinvio che il giudice costituzionale fa nella motivazione al «nucleo indefettibile di garanzie» (22), al nucleo invalicabile di garanzie minime (23) e, nel caso di questo specifico diritto sociale all'istruzione delle persone disabili, al «nucleo incomprimibile del diritto a prestazioni riconducibili a diritti fondamentali» (24). Ciò non rappresenta una novità nella giurisprudenza costituzionale, ma in questo caso apre una ulteriore questione sul fronte dei diritti: quello della scissione tra una tutela «minima», che è l'unica a dover essere garantita, e una tutela del diritto più ampia, al di sopra di quello standard minimo che dovrebbe vincolare altrettanto il legislatore, ma che rischia di soccombere davanti a continue restrizioni economiche (25). In altri termini, dire che la tutela minima è un obbligo costituzionale è affermazione che permette anche una lettura «a rovescio», ossia come una licenza per il legislatore ad attestare le prestazioni sul livello più basso.

Del resto, l'individuazione da parte della dottrina del contenuto minimo essenziale era stata elaborata per opporre una barriera, un limite ultimo alla revisione costituzionale, non per disegnare un limite alla tutela dei diritti disciplinati dalla Carta costituzionale e per questo dotati di una particolare forza e rilevanza (26). La soddisfazione del solo nucleo essenziale del diritto potrebbe non essere sufficiente per assolvere quella funzione propria dei diritti sociali che deriva loro dal legame indissolubile con l'art. 3, comma 2, Cost., ossia la rimozione degli ostacoli che permette di dare attuazione a un principio di uguaglianza sostanziale e soprattutto al pieno sviluppo della persona umana: finalità che difficilmente può trovare una sua piena attuazione attraverso la tutela del solo nucleo minimo del diritto.

(22) Al punto 5 del *Considerato in diritto*. In merito all'identificazione del nucleo essenziale del diritto, si vedano almeno Giorgis 1999, 162 ss., e Pizzolato 2004, 118-119. Chessa (1998, 1173-1174) sembrerebbe considerare il contenuto minimo essenziale come un oggetto intangibile, che si può individuare solo al momento del bilanciamento. Rileva, inoltre, quest'ultimo Autore come ogni compressione di tale contenuto minimo possa farsi valere solo attraverso il controllo di ragionevolezza operato dalla Corte costituzionale.

(23) Al punto 11 del *Considerato in diritto*.

(24) Al punto 12 del *Considerato in diritto*.

(25) Saitto 2017, 41. Come ricorda anche Salazar (2013, 10-11): «Sin dagli anni novanta è ormai ritenuto normale che il limite materiale delle risorse [...] è sembrato imporsi *ex se* sul legislatore e che questo dunque possa sempre circoscrivere la tutela del diritto al suo nucleo essenziale».

(26) Chessa 1999.

Inoltre, si pone il problema del rapporto tra contenuto minimo del diritto e livelli essenziali di prestazione. In caso di risorse scarse, anche i livelli essenziali di prestazione potrebbero coincidere con il solo nucleo invalicabile di garanzie minime e i livelli garantiti su tutto il territorio nazionale potrebbero non essere sufficienti per attenuare le disuguaglianze tra le diverse regioni e per garantire «un minimo di giustizia sociale» (27). Vista la cronica scarsità di risorse, potrebbe in tal senso prevalere definitivamente la tesi cosiddetta «sostanzial-minimalista» che attesta i Lep sul contenuto minimo, in modo che i livelli «essenziali» si traducano in livelli «sufficienti» piuttosto che «adeguati», come la dottrina aveva auspicato (28). In tal modo, tale funzione di riequilibrio politico-territoriale potrebbe essere del tutto elusa (29).

Non solo. Nel menzionare la sentenza n. 260/1990, la Corte indirettamente evoca il principio di gradualità degli interventi a favore dei diritti, il che ancora una volta lascia intendere che il solo nucleo incompressibile è direttamente e immediatamente prescrittivo dal punto di vista della tutela costituzionale (30). Solo che il nucleo indefettibile è sempre riferito alla discrezionalità del legislatore, il quale molto spesso in tempi di crisi ne ha ridotto la portata ben al di sotto del nocciolo duro. In materia di sanità, ad esempio, si ricorda come proprio la Regione Abruzzo, sottoposta a un piano di rientro e dunque commissariata, fosse stata condannata a una rigida valutazione delle prestazioni da erogare e come la Corte abbia allora valutato tutta una serie di prestazioni per i malati oncologici come eccedenti il contenuto minimo dei Lep (31). In quel caso, le esigenze di bilancio prevalsero anche a scapito del progressivo superamento delle disuguaglianze cui sono soggetti i cittadini di differenti regioni italiane (32).

Quella decisione chiarì una volta per tutte che le esigenze di risparmio potevano incidere in modo decisivo sui diritti influenzandone e deciden-

(27) Pace 2003, 147 ss.

(28) Trucco 2013, 113.

(29) Come aveva già affermato Panzera 2010, 64. Sul rapporto tra livelli essenziali delle prestazioni e contenuto minimo si vedano almeno D'Aloia 2003, Pinelli 2002, Luciani 2002.

(30) In merito al riconoscimento del «principio di gradualità», in ordine all'attuazione di valori costituzionali e quando siano in gioco rilevanti oneri a carico del bilancio statale, si vedano le sentt. n. 26 del 1980, n. 349 del 1985, n. 12 e n. 173 del 1986, n. 33 del 1987. Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in tema di contenuto essenziale e di gradualità nelle prestazioni si veda Razzano 2013, spec. 36-41.

(31) Sent. n. 104/2013.

(32) Così Beletti 2013.

done il contenuto, divenuto così mobile e relativo (33) che potrebbe non corrispondere a un grado di prestazioni adeguato.

Detto ciò, la chiarezza della motivazione in commento resta un punto fermo dopo una serie di decisioni non sempre allineate e coerenti e contribuisce a definire una soglia minima oltre la quale le ragioni del bilancio non possono essere fatte valere (34).

È in questa sentenza che la Corte ritrova un esile *fil rouge* che si era spezzato e che ora si è riannodato fino a cucire un disegno più chiaro e prevalente sugli altri. Un filo rosso che nega la logica dominante «del bilancio sopra ogni cosa» e che parte dalla sentenza n. 80 del 2010, proprio in tema di diritto all'istruzione delle persone disabili. La Corte, in quel caso, negò il carattere assoluto della discrezionalità del legislatore in tema di allocazione delle risorse, perché esso trovava un limite nel «... rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» (35).

4. — *La Corte esplicita il nucleo incompressibile del diritto all'istruzione dei disabili* — È, dunque, grazie a una richiesta di tutela del diritto all'istruzione delle persone disabili che la Corte ha osato rendere esplicito il suo intento di orientare il legislatore nelle scelte di allocazione delle risorse verso una soddisfazione dei diritti. Poiché i diritti dei disabili non sono disciplinati come diritti «speciali» (36) riservati a una categoria omogenea di persone (37), visto che i Costituenti e poi il legislatore hanno ritenuto che ogni soggetto appartenente alla comunità statale potrebbe trovarsi anche solo momentaneamente nella condizione di rivestire i panni di un soggetto debole (38), le mo-

(33) Sulla dimensione variabile del contenuto essenziale del diritto vd. Chessa 1999, 1170-1187.

(34) Così Gambardella 2017, 6.

(35) Sent. n. 80 del 2010, punto 4 del *Considerato in diritto*. La questione del nucleo indefettibile era già stata oggetto di riflessione del giudice costituzionale nelle sentt. n. 251 del 1008 e n. 226 del 2000.

(36) Sul punto si veda l'attenta ricostruzione di Colapietro 2010, 897-904. La relazione tra disabilità, specialità, uguaglianza e disuguaglianza è stata analizzata da Lorenzetti 2015, 173-192; per una ricostruzione della legislazione in materia di disabilità vd. Giani 2013.

(37) Come ha evidenziato anche la Corte costituzionale nella sentenza n. 80 del 2010, al punto 3 del *Considerato in diritto*. Per una ricostruzione dei diritti delle persone disabili come diritti costituzionali si veda Colapietro 2011, 13-40 e 73-79. Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione delle persone disabili cfr., da ultimo, Addis (2015, 149-176), che riflette come i vincoli di bilancio incidano a più forte ragione sui disabili e sulla loro inclusione nella società.

(38) Così Ainis 1999, 228 ss., e Colapietro 2010, 903.

tivazioni contenute nella sentenza in commento forniscono indicazioni *pro futuro* valide per tutti i diritti costituzionalmente garantiti. Così come per i disabili, anche per tutti gli altri soggetti dell'ordinamento la Corte pone al legislatore un limite di «risultato» che essa stessa è chiamata a sindacare. Limite che è ovviamente mobile, a seconda dello sforzo che la specifica prestazione richiede nel caso concreto, e che può richiedere il sacrificio di altri interessi che sono subordinati alla realizzazione di quel compito di rimozione degli ostacoli, imposto dal principio di uguaglianza sostanziale. In questo senso, l'art. 38 Cost. costituisce una esplicitazione di quell'onere per il legislatore di approntare i mezzi per il godimento effettivo di quei diritti già garantiti a tutti nell'art. 34 Cost. (39). Per meglio dire, dal combinato disposto dell'art. 34 e dell'art. 3 Cost. dovrebbe derivare un «vero e proprio diritto soggettivo a ricevere una didattica personalizzata» (40), senza più distinguere tra categorie di studenti. Diversi potranno essere, dunque, quegli standard adeguati che il diritto all'istruzione deve mantenere «perché è premessa necessaria per il perseguimento del progresso non solo spirituale, ma anche materiale della collettività posto che l'uno e l'altro si intrecciano e si alimentano reciprocamente» (41). Diverso sarà, dunque, il contenuto del nucleo indefettibile anche dello stesso diritto all'istruzione, che per le persone disabili, ma anche per i soggetti indigenti o più deboli, deve prevedere prestazioni accessorie come il trasporto scolastico quando questo diventa strumento essenziale per permettere ai più deboli la piena partecipazione al processo educativo che la scuola deve fornire. L'istruzione costituisce un rilevante fattore di socializzazione e può contribuire in modo decisivo a stimolare le potenzialità dello svantaggiato e al dispiegarsi di quelle sollecitazioni psicologiche atte a migliorare i processi di apprendimento, di comunicazione e di relazione attraverso la progressiva riduzione dei condizionamenti indotti dalla minorazione o dall'appartenere a classi sociali svantaggiate, superando così fattori di emarginazione e contribuendo al complessivo sviluppo della loro personalità (42).

(39) Si veda, sul punto, Paparella 2010, 961-985.

(40) Così Matucci 2016, 299.

(41) Così Salazar 2014, 35.

(42) Ho parafrasato il punto 5 del *Considerato in diritto* della sent. n. 217 del 1987. Per un commento alla sent. n. 215 del 1987 si veda Troilo 2013, 535-544.

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

- Addis P. (2015), *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: profili sostanziali e giurisprudenziali*, in Catelani E., Tarchi R. (a cura di), *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti*, Jovene, Napoli, 149-176.
- Ainis M. (1999), *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, vol. I, Giuffrè, Milano, 228 ss.
- Andreoni A. (2006), *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, Torino.
- Andreoni A. (2017), *Diritti sociali fondamentali ed equilibrio di bilancio*, in RGL, n. 2, II, 207 ss.
- Anzon A. (2015), *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio dell'equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario*, in Osservatorio AIC (Associazione italiana dei costituzionalisti), 1-9.
- Apostoli A. (2017), *I diritti fondamentali «visti» da vicino dal giudice amministrativo. Una annotazione a «caldo» della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Forum di QC*, 1-6.
- Baldassarre A. (1989), voce *Diritti sociali*, in EGT, XI, Treccani, Roma.
- Barbera A. (2015), *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *Rivista AIC*, 1-5.

- Belletti M. (2013), *Le Regioni figlie di un Dio minore. L'impossibilità per le Regioni sottoposte a Piani di rientro di implementare i livelli essenziali di prestazioni*, in *Forum di QC*, 1-17.
- Benvenuti M. (2013), *Brevi considerazioni intorno al ricorso all'argomento della crisi economica nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *GC*, 969-97.
- Cabazzi R. (2017), *Diritti incompressibili degli studenti con disabilità ed equilibrio di bilancio nella finanza locale secondo la sent. della Corte costituzionale n. 275/2016*, in *Forum di QC*, 1-10.
- Carlassare L. (2015), *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, 1-21.
- Carlassare L. (2016), *Bilancio e diritti fondamentali, limiti «invalicabili» alla discrezionalità del legislatore*, in *GC*, 294-299.
- Chessa O. (1998), *La misura essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *GC*, 1173-1174.
- Ciulli I. (2012), *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo.it*, 1-56.
- Colapietro C. (2010), *Diritto al lavoro dei disabili e Costituzione*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Jovene, Napoli, 897-904.
- Colapietro C. (2011), *Diritti dei disabili e Costituzione*, Editoriale scientifica, Napoli.
- Corte costituzionale (1993), *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81 u.c. della Costituzione*, Giuffrè, Milano.
- D'Aloia A. (2003), *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali dello Stato sociale*, in *Le Regioni*, 1063-1140.
- D'Onghia M. (2013), *Diritti previdenziali e compatibilità economiche*, Cacucci, Bari.
- D'Onghia M. (2015), *La Consulta ridà linfa all'effettività dei diritti previdenziali: la sentenza n. 70/2015 in tema di perequazione automatica*, 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*, II, 353 ss.
- Di Marco C. (2017), *La difesa dei diritti fondamentali, beni comuni incompressibili. In margine alla sent. n. 275/2016 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 1-16.
- Furno E. (2017), *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in *Federalismi.it*, 105-124.
- Gabriele F., Nico A. (2015), *Osservazioni «a prima lettura» sulla sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015: dalla illegittimità del «togliere ai ricchi per dare ai poveri» alla legittimità del «chi ha avuto, ha avuto, ha avuto... scordiamoci il passato»*, in *Rivista AIC*, 1-13.
- Gambardella F. (2017), *Il diritto all'istruzione dei disabili e vincoli di bilancio nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Nomos, le attualità del Diritto*, 1-16.
- Giani L. (2013), *Diritti sociali e la sfida della crisi economica. Equità ed uguaglianza nel diritto all'istruzione dei soggetti diversamente abili*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, Jovene, Napoli, vol. II, 663-705.
- Giorgis A. (1999), *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Jovene, Napoli.

- Grosso E. (2015), *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?*, in GC, 79-90.
- Longo A. (2017), *Una concezione del bilancio costituzionalmente orientata: prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Federalismi.it*, 1-14.
- Lorenzetti A. (2016), *Dis-uguaglianza e disabilità*, in *La dis-uguaglianza nello Stato costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 173-192.
- Losurdo F. (2016), *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino.
- Lucarelli A. (2016), *Il diritto all'istruzione del disabile: oltre i diritti finanziariamente condizionati*, in GC, 299-308.
- Luciani M. (1991), *Sui diritti sociali*, in Aa.Vv., *La tutela dei diritti fondamentali davanti alla Corte costituzionale*, a cura di Romboli R., Giappichelli, Torino.
- Luciani M. (1995), *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Cedam, Padova.
- Luciani M. (2002), *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m, della Costituzione)*, in PD, 345 ss.
- Luciani M. (2016), *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1-18.
- Madau L. (2017), *È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione*, in *Osservatorio AIC*, 1-13.
- Massa M. (2017), *Discrezionalità, sostenibilità, responsabilità nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali*, in QC, 73-93.
- Massa Pinto I. (2015), *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 1-20.
- Matucci G. (2016), *Il diritto a una didattica individualizzata e personalizzata*, in Matucci G. et al. (a cura di), *Costituzione e istruzione*, FrancoAngeli, Milano.
- Mazziotti di Celso M. (1964), voce *Diritti sociali*, in ED, vol. XII, Giuffrè, Milano.
- Mengoni L. (1998), *I diritti sociali*, in ADL, I, 1 ss.
- Mollica Poeta L. (2016), *L'integrale finanziamento delle funzioni degli enti locali e la tutela dei diritti sociali. Alcune osservazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale, n. 10 del 2016*, in *Osservatorio AIC*, 1-11.
- Morrone A. (2015), *Ragionevolezza a rovescio. L'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 1-16.
- Pace A. (2003), *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Cedam, Padova.
- Panzerà C. (2010), *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali*, in Campanelli G. et al. (a cura di), *Diritto costituzionale diritto amministrativo un confronto giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 56-105.
- Paparella E. (2010), *Il diritto all'integrazione e all'istruzione scolastica dei soggetti diversamente abili. Una fondamentale delcinazione del diritto allo studio nella prassi am-*

- ministrativa e nelle recenti politiche governative*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Jovene, Napoli, vol. II, 961-985.
- Pedullà L. (2016), *Le «pensioni d'oro» quale paradigma del difficile bilanciamento tra diritti di prestazione sociale ed equilibrio economico-finanziario*, in *Forum di QC*, 1-8.
- Pezzini B. (2002), *La decisione sui diritti sociali*, Giuffrè, Milano.
- Pinelli C. (2002), *Sui «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» (art. 117, comma 2, lett. m, Cost.)*, in *Diritto pubblico*, 881-908.
- Pizzolato F. (2004), *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, Giuffrè, Milano.
- Razzano G. (2013), *Lo Statuto costituzionale dei diritti sociali*, in Cavasino E. et al. (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, Editoriale scientifica, Napoli, 25-66.
- Ridola P. (1997), *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Giappichelli, Torino.
- Saitto F. (2017), *«Costituzione finanziaria» ed effettività dei diritti sociali nel passaggio dallo «Stato fiscale» allo «Stato debitore»*, in *Rivista AIC*, n. 3, 1-43.
- Salazar C. (2013), *Crisi economica e diritti fondamentali*, relazione al XXVIII convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, in *Rivista AIC*, n. 4, 1-39.
- Salazar C. (2014), *Le dimensioni costituzionali del diritto all'istruzione*, in Angelini F., Benvenuti M. (a cura di), *Le dimensioni costituzionali del diritto all'istruzione*, Jovene, Napoli, 31-44.
- Scagliarini S. (2013), *«L'incessante dinamica della vita moderna». I nuovi diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, in Cavasino E. et al. (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, Editoriale scientifica, Napoli, 235-282.
- Scagliarini S. (2015), *La Corte tra Robin tax e legislatore «senza terra»*, in *Consultatione online*, 232-241.
- Troilo S. (2013), *I «nuovi» diritti sociali: la parabola dell'integrazione scolastica dei disabili*, in Cavasino E. et al. (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, Editoriale scientifica, Napoli, 535-544.
- Trucco L. (2013), *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni tra politiche legislative e Corte costituzionale*, in Cavasino E. et al. (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, Editoriale scientifica, Napoli, 103-146.

RAPPORTO DI LAVORO

I

[CORTE DI GIUSTIZIA, 14.3.2017, C-188/15, Grande Sezione](#) – Avv. Gen. Sharpston – Bougnaoui c. Micropole SA.

Discriminazioni – Discriminazione diretta – Libertà di manifestazione dell'appartenenza religiosa e delle convinzioni personali – Divieto di indossare segni visibili di appartenenza sul luogo di lavoro – Licenziamento individuale.

La volontà del datore di lavoro di tenere conto del desiderio di un cliente di assicurarsi servizi dal primo operati senza l'ausilio di una dipendente che indossi un velo islamico non può essere considerata come un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa ai sensi dell'art. 4, par. 1, della Direttiva n. 2000/78/Ce. (1)

II

[CORTE DI GIUSTIZIA, 14.3.2017, C-157/15, Grande Sezione](#) – Avv. Gen. Kokott – Achbita c. GS4 Secure Solutions NV.

Discriminazioni – Discriminazione indiretta – Libertà di manifestazione dell'appartenenza religiosa e delle convinzioni personali – Divieto di indossare segni visibili di appartenenza sul luogo di lavoro – Licenziamento individuale.

Il divieto di indossare il velo islamico derivante da un regolamento interno di un'impresa privata, che vieti di indossare qualsiasi segno politico, filosofico o religioso sul luogo di lavoro, non costituisce discriminazione diretta, ma può, invece, costituire discriminazione indiretta ove si dimostri che l'obbligo apparen-

temente neutro determini un particolare svantaggio per le persone che aderiscano a una specifica religione o ideologia, a meno che tale svantaggio non sia giustificato da una finalità legittima quale è il perseguimento da parte del datore di lavoro di una politica di neutralità filosofica, politica e religiosa nei rapporti con i clienti, e sempre che i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari. (2)

(1-2) IL DIFFICILE EQUILIBRIO TRA LIBERTÀ RELIGIOSA E LIBERTÀ DI IMPRESA

SOMMARIO: 1. Breve premessa. — 2. I casi e l'iter argomentativo della Corte. — 2.1. Il caso *Bougnaoui*. — 2.2. Il caso *Achbita*. — 3. Le questioni aperte dai due giudizi. — 3.1. La qualificazione delle discriminazioni. — 3.2. La questione della finalità legittima. — 3.3. Il nodo gordiano della neutralità. — 4. Brevi considerazioni conclusive.

1. — *Breve premessa* — A differenza di quanto accaduto per la C. Edu, che in passato si è occupata in varie occasioni del tema, la C. Giust. si è trovata per la prima volta a intervenire e a posizionarsi sulla questione della discriminazione religiosa nei luoghi di lavoro proprio attraverso i pronunciamenti in commento e a distanza di molti anni dall'entrata in vigore della Direttiva n. 2000/78 (1).

Il commento di queste sentenze non rappresenta, però, semplicemente la doverosa annotazione del dissodamento di un nuovo lembo di terra precedentemente sconosciuto ai coloni, specialmente quando è possibile ascoltare quantomeno una parziale assonanza tra i *dicta* dalle più alte Corti europee su questi temi. In effetti, il modo in cui le due Corti interpretano le Carte fondamentali e, nel caso della Corte di Giustizia, anche le direttive europee sul punto della discriminazione religiosa delinea l'orizzonte verso cui si muove quella che la Corte di Cassazione italiana ha definito come «civiltà giuridica» europea nella recentissima sentenza n. 24084 del 15 maggio, relativa al caso di un sikh che indossava il kirpan in strada. La Suprema Corte, al punto 2.3 della pronuncia, pare imporre sull'immigrato una sorta di dovere di conformazione ai valori della società ospitante senza nemmeno chiedersi quali sarebbero questi pre-supposti valori o se sia possibile definirne taluni, e neppure considera se non sia, invece, contraddittorio sacrificare in nome di quelli i diritti individuali e collettivi che quella stessa civiltà giuridica ha promosso con un lungo e faticoso cammino di secoli (2). Il pluralismo delle idee e delle opinioni nonché delle convinzioni personali, anche di natura religiosa, non è forse un nucleo fondante della «civiltà europea»?

(1) Per un ampio commento del diritto antidiscriminatorio dell'Ue vedi Ellis 2013; Barbera 2007.

(2) Le affermazioni della Corte appaiono ancor più infelici per il fatto che il caso di specie poteva essere risolto ancorando la decisione sull'eventuale riscontro di concrete esigenze di pubblica sicurezza. Il punto era, cioè, se la lama fosse affilata e, quindi, idonea a recare offesa oppure no, e invece la Corte ha incentrato il giudizio sui propri preconcetti, ritenendo esistente *a priori* una incompatibilità dei precetti della religione sikh con la nebulosa categoria dei valori della società ospitante.

2. — *I casi e l'iter argomentativo della Corte* —

2.1. — *Il caso Bougnaoui* — La signora Bougnaoui, di fede mussulmana, era stata assunta, dopo un tirocinio presso la medesima azienda, dalla Micropole SA in qualità di ingegnere progettista.

Al momento dell'assunzione le era già stato fatto presente che l'azienda non le avrebbe consentito di indossare il velo quando in contatto diretto con i clienti.

La donna, che durante lo stage e all'inizio del rapporto di lavoro indossava una semplice fascia, aveva, da un certo punto in poi, iniziato a portare il velo.

Pertanto, nonostante lo stesso datore di lavoro si fosse detto del tutto soddisfatto delle competenze professionali della signora Bougnaoui e del suo potenziale, l'azienda licenziò la lavoratrice a seguito delle lamentele di un cliente il quale aveva riportato alla Micropole la circostanza che la lavoratrice aveva indossato il velo durante tutti i meeting di lavoro e che questo aveva infastidito i propri collaboratori. Successivamente all'episodio contestato, la signora Bougnaoui era stata, quindi, sostanzialmente posta davanti a un bivio: rinunciare a portare il velo e, così, salvare il suo posto di lavoro oppure essere licenziata.

Ritenendo il licenziamento discriminatorio, la signora Bougnaoui si era rivolta al giudice del lavoro francese arrivando fino alla Cassazione, Sezione lavoro, la quale, a sua volta, aveva sollevato la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Si chiedeva così alla Corte se la volontà del datore di lavoro di accondiscendere ai *desiderata* dei clienti affinché i servizi non fossero più assicurati da un dipendente che indossasse il velo islamico potesse rientrare nella fattispecie dell'art. 4, par. 1, della Direttiva n. 78/2000.

Essenzialmente possiamo considerare che si sia chiesto al giudice europeo se l'imposizione da parte del datore di lavoro di un codice di abbigliamento dettato dai gusti o dai pregiudizi della propria clientela possa essere considerato un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento della prestazione; circostanza, quest'ultima, che consentirebbe la disparità di trattamento senza cadere nel divieto di discriminazione.

La Corte ha risolto la questione ricordando che l'art. 4, c. 1, va interpretato restrittivamente sulla base del Considerando 23 della Direttiva stessa e che, in ogni caso, la nozione di «requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa [...] rinvia a un requisito oggettivamente dettato dalla natura o dal contesto in cui l'attività lavorativa in questione viene espletata. Essa, per contro, non può includere considerazioni soggettive, quali la volontà del datore di lavoro di tener conto dei desideri particolari del cliente» (p. 40).

Per quanto questa conclusione apparisse scontata dato il tenore della disposizione, in realtà, la parte più rilevante della sentenza è costituita dai punti 32-33 della stessa, ove, di fatto, la Corte già prefigura la soluzione data nel caso *Achbita* (vedi *infra*) dal momento che dichiara di dover risolvere la questione nei termini in cui le è stata sottoposta dal giudice *a quo* esclusivamente perché presume che il caso al vaglio si configuri quale discriminazione diretta. Questo in quanto non v'era possibilità di desumere dalla decisione di rinvio se fosse in vigore al momento del licenziamento una norma interna all'azienda che vietasse ai lavoratori di esibire simboli di appartenenza religiosa, filosofica o politica. Secondo la Corte, infatti, in tal caso si sarebbe

dovuto vagliare l'ipotesi dell'esistenza di una disparità di trattamento basata su discriminazione indiretta.

2.2. — *Il caso Achbita* — Il caso *Achbita* riguarda una receptionist che lavorava presso la GS4 Secure Solution (azienda di servizi di ricevimento e accoglienza clienti) sin dal 2003. La dipendente di fede musulmana decise dal 2006 in poi di indossare il velo dopo averlo comunicato ai propri superiori, i quali, di contro, fecero presente alla stessa che non avrebbero tollerato questo mutamento nell'abbigliamento.

La GS4 ha sostenuto in giudizio che, sin dall'inizio del rapporto di lavoro, esistesse una regola non scritta, da tutti rispettata, dello stesso tenore di quella che certamente nel maggio del 2006 l'azienda decise di approvare attraverso una modifica formale del regolamento interno, e in forza della quale si faceva espressamente divieto ai lavoratori di «indossare sul luogo di lavoro segni visibili delle loro convinzioni politiche, filosofiche o religiose e/o manifestare qualsiasi rituale che ne derivi».

La signora Achbita veniva, pertanto, licenziata per non essersi conformata alle direttive aziendali il 12.6.2006, cioè meno di un mese dopo la messa in opera del regolamento interno.

Successivamente all'esperimento di tutti i gradi di giudizio, la questione perveniva alla Corte di Cassazione belga, la quale sospendeva il giudizio proponendo questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia relativamente alla corretta interpretazione dell'art. 2, par. 2, lettera *a*, della Direttiva n. 2000/78, e, in particolare, chiedendo se una norma interna a un'impresa che vieti in generale di indossare in modo visibile segni religiosi, filosofici o politici possa determinare una discriminazione diretta.

Questo era stato, infatti, l'oggetto del contendere nei giudizi delle Corti inferiori, ossia non solo la esistenza o meno, nel caso di specie, di una condotta discriminatoria, ma anche la sua esatta qualificazione in caso affermativo.

La Corte, però, ha escluso che una norma aziendale interna come quella al vaglio nel giudizio possa considerarsi come fonte di discriminazione diretta per via del fatto di essere genericamente rivolta a tutti i dipendenti in maniera indiscriminata e di avere a oggetto qualsivoglia simbolo politico, filosofico o religioso.

Pertanto, la questione è stata ridefinita considerando che occorresse verificare se, invece, una regola di tal fatta possa configurare una discriminazione indiretta nel caso in cui sia dimostrabile che l'obbligo apparentemente neutro in essa contenuto possa, in realtà, comportare un particolare svantaggio per le persone che aderiscono a una specifica fede o ideologia.

La Corte, inoltre, ha inteso fornire indicazioni interpretative al giudice nazionale delegato a verificare in concreto l'esistenza di un eventuale effetto sfavorevole.

Il nucleo centrale della decisione risiede, quindi, proprio nella seconda parte della sentenza, che, in qualche modo, giustapposta all'altro caso, ne svolge per intero il ragionamento colà solo accennato.

La discriminazione indiretta è, a norma dell'art. 2, par. 2, lett. *b*, della Direttiva n. 2000/78, di fatto consentita qualora la disparità di trattamento sia giustificata da una finalità legittima e sempre che i mezzi impiegati per raggiungere tale legittima finalità risultino appropriati e necessari.

Per quanto attiene al requisito dell'esistenza di una finalità legittima, la Corte la individua nella volontà del datore di lavoro di mostrare nei rapporti con i clienti, sia

pubblici che privati, una linea interna di neutralità politica, filosofica e religiosa, essendo tale volontà ricompresa, per la Corte, nella libertà d'impresa riconosciuta dall'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali.

La legittimità di tale condotta, inoltre, sarebbe, rafforzata dalla circostanza che il divieto possa coinvolgere soltanto i dipendenti che entrano in contatto con i clienti.

Successivamente, la Corte si esprime sugli ulteriori requisiti richiesti dall'art. 2, par. 2, lett. *b*, della Direttiva, ossia, in primo luogo, l'appropriatezza di norme interne come quelle oggetto del giudizio, ritenendo di poter considerare tale politica aziendale appropriata quando realmente perseguita in modo coerente e sistematico.

Le restrizioni alla libertà di religione, infine, secondo la Corte, e in attuazione del terzo requisito richiesto dalla norma, devono essere limitate allo stretto necessario.

Questo significherebbe che il divieto deve limitarsi esclusivamente ai lavoratori che hanno rapporti con i clienti. Alla Corte, quindi, non interessa il fatto che questa interpretazione della norma determini, con un interessante contrappasso, una differenza di trattamento interna al gruppo dei lavoratori della medesima azienda a seconda della *job position* di ciascuno, e nemmeno la Corte pone mente al fatto che vi possano essere lavoratori che per le mansioni loro affidate si trovano comunemente a svolgere attività di *front office* e di *back office* magari nell'arco della stessa giornata.

A quanto poc'anzi detto va aggiunta un'ulteriore riflessione: la Direttiva (art. 3, c. 1, lett. *a*) si applica anche alle promozioni. È evidente che se a un lavoratore sono precluse alcune posizioni all'interno dell'impresa che comportano il contatto con il pubblico, la carriera di questo lavoratore sarà *ab origine* menomata o, comunque, limitata in ragione della sua appartenenza religiosa o filosofica con un chiaro effetto discriminatorio.

Al punto 43 della sentenza si afferma, di conseguenza, che nel caso di specie – e per estensione in tutti i casi in cui un lavoratore o una lavoratrice si rifiuti di rinunciare al velo o più in generale al simbolo religioso nello svolgimento delle attività professionali – sarebbe stato necessario verificare la possibilità per l'azienda di adibire il lavoratore a una posizione che non comportasse contatto visivo con i clienti.

Il licenziamento si porrebbe, pertanto, come facoltà legittima solo a valle di detta verifica, ma, ed è importante sottolineare le parole della Corte, sempre «tenendo conto dei vincoli inerenti all'impresa» e senza che quest'ultima debba «sostenere un onere aggiuntivo» (p. 43).

Le espressioni usate su questo punto, infatti, non soltanto restringono l'onere in capo al datore di lavoro, ma implicitamente escludono anche che la Corte abbia voluto estendere in via interpretativa l'obbligo di accomodamento ragionevole previsto dalla Direttiva (art. 5) per i lavoratori disabili al caso del fattore religioso (3).

(3) Va infatti ricordato che il concetto di *reasonable accommodation* nasce in Usa e Canada proprio sul fronte delle discriminazioni religiose e soltanto dopo viene adattato al caso dei lavoratori disabili, mentre nel diritto dell'Ue l'obbligo di adattamento ragionevole esiste in capo ai datori di lavoro esclusivamente sul fronte della disabilità. Sul punto, vd. Bribosia *et al.* 2010.

3. — *Le questioni aperte dai due giudizi* —

3.1. — *La qualificazione delle discriminazioni* — Già nelle conclusioni degli Avvocati Generali, la questione del riscontro dell'esistenza di una discriminazione diretta o indiretta nei due casi di specie era emersa come centrale, e ciò in ragione del diverso regime giuridico relativo alla possibilità di giustificare una determinata disparità di trattamento.

In caso di discriminazione diretta, infatti, l'unica giustificazione possibile sta, per il datore di lavoro, nel dimostrare che la disparità di trattamento è essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa, tenendo in considerazione la natura dell'attività, il contesto in cui viene espletata e sempre che ricorrano gli ulteriori criteri della proporzionalità e della legittimità della finalità perseguita dal datore di lavoro (art. 4, c. 1).

La discriminazione indiretta, invece, consente, in quanto derivante da una disposizione, un criterio o una prassi generale, una maggiore possibilità d'azione al datore di lavoro al quale basterà dimostrare che la finalità perseguita attraverso tale regola generale sia legittima e che i mezzi impiegati per il conseguimento siano appropriati e necessari (art. 2, c. 2, lett. b).

Detto in altri termini, «l'essenzialità del requisito soggettivo è elemento costitutivo della esenzione della discriminazione diretta, ma non di quella indiretta, per la quale basta una graduazione meno intensa del bisogno di utilizzare il criterio neutro a impatto svantaggioso» (4).

L'approccio dei due Avvocati Generali diverge nettamente sia nella soluzione del singolo caso sia da un punto di vista dell'interpretazione a livello teorico delle disposizioni della direttiva.

Nel caso *Boungaoui*, l'Avvocato Sharpston considera che il caso di specie sia consistito in una discriminazione diretta generata dall'esistenza (cosa di cui la Corte non si dice certa nella sentenza) di una prassi che imponeva di non indossare segni religiosi ai lavoratori. L'Avvocato Generale arriva a questa conclusione guardando all'effetto concreto prodotto da questa supposta prassi in capo alla lavoratrice, ossia una disparità di trattamento direttamente connessa al fattore religioso che non vi sarebbe stata se la donna non avesse professato la religione mussulmana.

Sul piano teorico generale, questo porta l'Avvocato Sharpston a ritenere che la fattispecie della discriminazione indiretta possa ricorrere nel solo caso in cui in una impresa esista un regola aziendale che imponga a tutti i dipendenti un codice di abbigliamento totalmente neutro che non si riferisca espressamente a nessuno dei motivi discriminatori elencati nella direttiva, ma che abbia una portata tale da impedire ogni espressione della personalità, pertanto vietando anche, ad esempio, di indossare una maglia o un simbolo che manifesti il tifo sportivo per una squadra o l'appartenenza all'associazione degli *alumni* dell'Università di Cambridge. Solo in questo caso, infatti, secondo Sharpston, la norma non discriminerebbe direttamente coloro ai quali le proprie convinzioni religiose impongono un determinato abbigliamento (5), ma sarebbe

(4) Chieco 2006, 595.

(5) Questa impostazione sembra condivisa da Nuzzo (2017), la quale ha sostenuto che una regola aziendale, anche quando vieti in generale di indossare simboli di qualsiasi religione senza

solo indirettamente discriminatoria impedendo di fatto di indossare, ad esempio, il velo o la kippa per timore di essere sanzionati (punti 109-110 delle Conclusioni generali).

Questa posizione, meritoria in quanto focalizzata sulle conseguenze dell'interpretazione operata sulle disposizioni della direttiva nel tentativo di assicurare una maggiore garanzia di effettività alla normativa, non convince del tutto, e si poggia, non senza qualche ragione, sull'idea che il confine fra le due fattispecie discriminatorie consista nella presenza o meno di un riferimento esplicito, nella disposizione aziendale, a uno o a più motivi tipizzati dall'art. 1.

È indubbiamente vero, in effetti, che la fattispecie astratta della discriminazione indiretta si differenzia (6) proprio in ragione della non necessaria presenza di un legame immediato col motivo, potendo essa «derivare da una misura che, pur formulata in modo neutro, ossia con riferimento ad altri criteri non connessi alla caratteristica protetta, porta tuttavia a sfavorire particolarmente le persone che possiedono tale caratteristica» (7).

Allo stesso tempo, però, è vero anche che altra connotazione distintiva della discriminazione indiretta sta nel fatto di promanare, appunto, da una fonte con portata generale (ossia la disposizione, il criterio o la prassi, quand'anche, come nel caso di specie, di origine privatistica), e questo perché la nozione è stata storicamente ricavata per difendere gruppi di persone legati da una specifica caratteristica comune.

Guardando la dinamica del caso concreto sulla base della «verità processuale» emersa nel giudizio, ciò che nel caso *Bougnaoui* può far propendere per una discriminazione diretta non è il fatto che ci sia stata o meno una prassi generale a effetto discriminatorio, che neppure risulta accertata dalla Corte, bensì il riscontro di un'azione quantomeno consapevolmente discriminatoria da parte del datore di lavoro rivolta nei confronti di una specifica lavoratrice.

Tale consapevolezza emerge proprio laddove l'azienda ha sostenuto che la mancanza di un intento discriminatorio fosse testimoniata dalla possibilità concessa alla lavoratrice di portare il velo quando non in contatto con la clientela e dal fatto di aver licenziato a malincuore la signora Bougnaoui, e solo perché riteneva tale licenziamento essenziale ai fini aziendali.

Per intendersi, pur dando per veritiere le dichiarazioni riportate, se si fosse trattato di un delitto si sarebbe potuto affermare che si era trattato di un caso di «dolo indiretto» o quantomeno di «dolo eventuale».

Nell'altro caso (*Achbita*), la Corte, al fine di fornire ausilio alla soluzione, avrebbe potuto concentrarsi proprio sulla presenza di uno specifico intento discriminatorio senza spingersi nell'analisi del concetto di «finalità legittima». Le sarebbe bastato riferirsi a un suo precedente, il caso *Chez*, ove la Corte sembrava aver chiarito che qualora

ulteriori specificazioni, non possa considerarsi neutra poiché la stessa, secondo l'Autrice, «non considera l'esistenza di una diversità collegata a un rischio specifico, che diventa elemento di penalizzazione», ossia il fatto che alcune religioni impongono un determinato indumento, e pertanto discrimina direttamente i fedeli di tali specifiche religioni (pp. 16-17).

(6) Sulla distinzione tra i concetti di discriminazione diretta o indiretta, e sulla non sempre chiara applicazione giurisprudenziale delle disposizioni sulle giustificazioni legittime in entrambi gli ambiti da parte della G. Giust., si rimanda a Maliszewska-Nienartowicz 2014.

(7) C. Giust. 16.7.2015, C-83/14, *Chez c. Komisja za zashtita ot diskriminatsia*, punto 94, cui si fa riferimento anche subito d'appresso nel testo.

una prassi generalizzata comportante una differenza di trattamento venga adottata deliberatamente per ragioni connesse a un motivo discriminatorio (in tal caso razza e origine etnica), tale misura dev'essere qualificata come discriminazione diretta, poiché al contrario una discriminazione indiretta non richiede che una motivazione di questo tipo si trovi alla base della misura (punti 95-96).

In effetti, le circostanze del caso *Achbita* fanno ragionevolmente propendere per un chiaro intento discriminatorio rivolto in particolare nei confronti di quella dipendente, dato che la norma generale che proibiva i simboli distintivi è stata introdotta solo dopo che l'appellante aveva iniziato a indossare il velo e, inoltre, quest'ultima era stata licenziata, unica a subire tale provvedimento, meno di un mese dopo l'approvazione del regolamento interno.

Sembra, pertanto, essersi trattato di una norma *ad personam* introdotta per mezzo di una disposizione con portata generale, per altro, idonea potenzialmente a produrre successivamente casi di discriminazione indiretta nei confronti di altri lavoratori della medesima azienda (si potrebbe utilizzare in senso analogico il concetto di plurioffensività della condotta discriminatoria del datore, in questo caso, appunto, in uno in atto e in potenza).

A questa conclusione non osta neanche il fatto che né alla lettera *a* né alla lettera *b* dell'art. 2, c. 2, si fa riferimento alla necessità di uno specifico intento discriminatorio, poiché l'assenza di un riferimento a quest'ultimo elemento nelle disposizioni serve ad ampliare la portata protettiva delle stesse, ma non esclude che quando un «dolo» nei confronti di un lavoratore sia riscontrabile, questo porti all'accertamento di una discriminazione diretta. A ciò si aggiunga che l'art. 10 della Direttiva prevede che sia sufficiente riportare semplici fatti indiziari della discriminazione per porre in capo al datore di lavoro l'onere di dimostrare il contrario (e non ovviamente con semplici dichiarazioni avversative in giudizio).

L'interpretazione data alle disposizioni dall'Avvocato Sharpston, inoltre, non raggiunge pienamente il suo intento, poiché, da un punto di vista concreto, sarebbe facilmente aggirabile dal datore semplicemente imponendo una uniforme comune che non consenta alcun copricapo o pendente senza ulteriori specificazioni.

Nel caso *Achbita*, l'Avvocato Generale Kokott considera, invece, che il caso a ella sottoposto sia un caso di discriminazione indiretta, ma, ciononostante, decide di vagliare il comportamento del datore di lavoro attraverso il più stringente setaccio imposto dall'art. 4, c. 1, della Direttiva nel caso in cui la Corte fosse stata propensa per la discriminazione diretta.

L'intero ragionamento è basato sull'abnorme estensione del potere discrezionale del datore di lavoro, il cui fondamento è ricondotto all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali. Nell'ottica dell'Avvocato Generale, proprio il riferimento al contesto in cui l'attività lavorativa deve essere espletata, presente al c. 1 dell'art. 4 della Direttiva, aprirebbe per il datore di lavoro un'ampissima facoltà di stabilire le modalità e l'ambiente di lavoro nel quale i dipendenti debbono muoversi, tanto che «la quintessenza della disposizione è proprio quella di rendere possibile una disparità di trattamento per motivi economici» (punto 79, ma anche punti 81-82 delle Conclusioni), e non, *a contrario*, quella di limitare le differenze di trattamento ai soli casi in cui dalla specifica caratteristica del lavoratore dipenda strettamente il soddisfacimento dell'interesse creditorio a una prestazione utile.

L'Avvocato Generale disegna, insomma, un mondo alla rovescia, ove la disciplina antidiscriminatoria viene quasi completamente sterilizzata in favore delle ragioni dell'impresa e dove l'esercizio dei diritti fondamentali della persona sono consentiti esclusivamente se essi si confanno alla *corporate image* o alla *corporate identity* dell'impresa per la quale si lavora.

Il pensiero dell'Avvocato Kokott può essere così riassunto: il divieto di indossare il velo è espressione della politica di neutralità religiosa e ideologica della GS4, e tale politica di neutralità non eccede i limiti del potere discrezionale del datore di lavoro (punto 93). Quest'ultimo può quindi imporre un contesto lavorativo ove si fa divieto di ogni elemento volto a manifestare una propria appartenenza od opinione, e tale divieto diventa, pertanto, requisito fondamentale dell'attività lavorativa *ex art. 4, c. 1*, della Direttiva (punto 84).

Ciò che, insomma, è concesso per le strade della propria città può essere invece vietato nella cittadella dell'imprenditore, nella quale egli è sovrano assoluto a dispetto della *ratio* propria delle norme antidiscriminatorie.

Questa impostazione nient'affatto condivisibile ha, però, il pregio di portare alla luce i veri punti nodali di queste sentenze.

3.2. — *La questione della finalità legittima* — La Corte, infatti, nel risolvere il caso *Achbita*, adotta la visione della Kokott, anche se non ne ricalca esattamente l'analisi tecnica, posto che prende in considerazione, ai fini della sussunzione del caso concreto nella fattispecie legale, non l'*art. 4, c. 1*, bensì, più appropriatamente, l'*art. 2, c. 2, lett. b*, relativo alle discriminazioni indirette. Ciononostante, il cuore del ragionamento non abbandona le linee delle Conclusioni generali.

Infatti, come detto *supra*, anche nella sentenza la Corte si determina nel senso di ritenere finalità legittima *ex art. 2, par. 2, lett. b e i*, la volontà del datore di lavoro di dare ai clienti un'immagine di neutralità, e quindi consentita, in nome della libertà d'impresa, la disparità di trattamento (punti 37-38 sentenza *Achbita*), seppure a condizione dell'accertamento dell'appropriatezza e necessità della misura adottata dall'impresa stessa.

La Corte, al fine di suffragare questo punto dirimente del ragionamento, richiama la giurisprudenza della C. Edu, e in particolare il caso *Eweida* (8).

Quest'ultimo è, in effetti, quello più simile al caso *Achbita*, in quanto anche in quella circostanza la C. Edu si pronunciò in merito al caso di una lavoratrice (la signora Eweida, appunto) che prestava servizio presso un datore di lavoro privato (la British Airways) e che, pertanto, non ricopriva alcuna funzione pubblica. Quest'ultimo fattore – e il fatto che pertanto in tal caso la libertà di manifestazione religiosa andasse confrontata esclusivamente con la libertà di impresa – determinò un esito favorevole alla lavoratrice.

(8) C. Edu, Sezione Quarta, 27.5.2013, *Case of Eweida and others v. The United Kingdom*, app. n. 48420/10, n. 59842/10, n. 36516/10. Con la sentenza in questione, la C. Edu ha giudicato ben quattro distinti casi, due dei quali relativi alla libertà di mostrare segni di appartenenza religiosa (casi *Eweida* e *Chaplin*, di seguito richiamati) e due ulteriori di obiezione di coscienza dovuta a credo religioso (*Ladele* e *McFarlene*). Per un esteso commento della sentenza si vd. Sorda 2013.

Ponendo a confronto il giudizio in commento con quello della C. Edu, si può notare che i due condividono, in effetti, una parte fondamentale dell'*iter* logico adottato, ma si discostano proprio relativamente al peso assegnato a ciascuno dei beni posti in bilanciamento.

Anche la C. Edu basa il pronunciamento sul medesimo presupposto fatto proprio dalla C. Giust. ovvero sia che il desiderio di mostrare una determinata immagine aziendale, nello specifico di neutralità religiosa, può considerarsi una finalità legittima.

Può anche ritenersi che la C. Edu abbia adottato un test di appropriatezza delle disposizioni aziendali del tutto identico a quello richiesto dalla C. Giust. al punto 40 della sentenza *Achbita* (la politica di neutralità deve essere realmente perseguita in modo coerente e sistematico), dal momento che uno dei punti dirimenti ai fini della decisione fu che la British Airways aveva in passato consentito ad altri dipendenti di indossare velo o turbante, mentre aveva vietato la croce della signora Eweida.

Le due sentenze, però differiscono proprio nel risultato finale, poiché l'ultimo passaggio del ragionamento della C. Edu è relativo alla proporzionalità della limitazione della libertà di manifestazione religiosa in bilanciamento con la libertà del datore di proiettare una certa immagine all'esterno, mentre corrispondentemente la C. Giust. pone come ultimo tassello (e unico vero limite) l'*assessment* sulla necessità del divieto aziendale (punto 42). I due test non possono coincidere fra loro, e quello condotto dalla C. Giust. è inevitabilmente più favorevole alle ragioni aziendali, risolvendosi, in realtà, nel vagliare un *quomodo* e non nel definire un *an* (il divieto è consentito, ma dovrebbe interessare solo i dipendenti che non sono in contatto coi clienti).

Proprio il test di proporzionalità aveva portato la C. Edu a considerare in maniera opposta il caso *Chaplin*: uno dei quattro giudicati in uno nella medesima sentenza. Al punto 99, le ragioni di tale difformità sono spiegate chiaramente ove si dichiara che la protezione della salute e della sicurezza dei pazienti hanno un peso ben diverso rispetto alle esigenze del datore di lavoro di mostrare una specifica immagine aziendale all'atto del giudizio sui limiti della libertà religiosa.

La lettura complessiva della sentenza *Eweida et altri* aiuta, quindi, a comprendere come le finalità aziendali, sia pure considerate legittime, vengano soppesate come tendenzialmente recessive se poste in confronto alla necessità in una società democratica di sostenere il pluralismo e la diversità.

Le ragioni delle differenze tra i giudizi delle due Corti europee non possono essere qui indagate per ragioni di spazio, ma basti sottolineare che il richiamo operato dalla C. Giust. alla sentenza *Eweida* è deficitario proprio sul punto del bilanciamento, ancora una volta, con le libertà economiche, e ciò appare viepiù lampante se si considera che la C. Giust. ha, invece, completamente ignorato la propria precedente e risalente giurisprudenza pronunciata in materia di parità uomo-donna, nella quale aveva precisato che il danno finanziario in cui incorre il datore di lavoro non può, in ogni caso, giustificare un trattamento discriminatorio (9).

Questa dimenticanza è ancora più grave se si pone mente al fatto che dall'insieme

(9) Danno finanziario, ad esempio, derivante dall'assenza per maternità della lavoratrice donna (C. Giust. 8.11.1990, C-177/88, *Dekker c. VJV Centrum*, punto 12), oppure dall'impossibilità di assegnare la gestante alle mansioni contrattuali per via dello stato interessante (C. Giust. 3.2.2000, C-207/98, *Mahlburg c. Land Mecklenburg*, C-207/98, punto 29).

dei casi *Achbita e Bougnaoui* si ricava che la Corte, da un lato, ritiene che, nel caso della discriminazione diretta, la volontà del datore di lavoro di tenere conto dei desideri o dei pregiudizi dei propri clienti non costituisce requisito oggettivamente dettato dalla natura dell'attività lavorativa ex art. 4, c. 1, della Direttiva, ma, dall'altro lato, che una politica di neutralità, dettata dal calcolo economico del datore di lavoro volto a non urtare i propri consumatori e/o i loro pregiudizi, sia invece considerabile finalità legittima ex art. 2, par. 2, lett. b, i.

Se la politica della neutralità si basa su finalità economiche che celano una discriminazione da parte dell'utente finale basterà richiamare alla mente il concetto di «proprietà transitiva» per affermare agevolmente che l'interpretazione adottata dalla Corte si pone in contrasto con il fine ultimo della normativa antidiscriminatoria, ossia il contrasto alla discriminazione.

Questo sempre che la Corte non abbia inteso la politica della neutralità condotta dal datore di lavoro come porta di accesso a qualcos'altro. Indubbiamente, a questo punto dell'analisi è opportuno scendere più in profondità su questo aspetto.

3.3. — *Il nodo gordiano della neutralità* — Per far ciò, è in primo luogo necessario chiedersi quale concetto di neutralità sia sottinteso nelle sentenze.

La C. Giust. sembra aver fatto proprio e portato alla sua massima espansione, piegando a esso anche i rapporti di lavoro nel settore privato, il concetto di «neutralità come esclusione della religione dalla sfera pubblica», ossia una – la più recente e restrittiva – delle tre opzioni interpretative fra le quali si è mossa la giurisprudenza della C. Edu (10) e che è possibile, da ultimo, riscontrare nella recente sentenza riguardante il licenziamento di una lavoratrice musulmana di una struttura sanitaria in Francia (11).

Questa specifica concezione della neutralità esclude completamente la visibilità del fenomeno religioso da ogni luogo pubblico. Non solo, infatti, i luoghi istituzionali che rappresentano lo Stato devono essere liberi da simboli religiosi, ma anche gli individui che rappresentano o possono identificare lo Stato, o che esercitano un servizio pubblico, e al limite estremo anche i cittadini privati che si recano in luoghi connotati da pubblicità, poiché ivi si svolge un servizio pubblico, devono essere scevri da ogni elemento che esprima appartenenza religiosa, poiché questo minerebbe la libertà di coscienza altrui e l'uguaglianza. La libertà religiosa e la sua manifestazione vengono relegate, così, alla sfera privata, ma, a questo punto, direi, alla sola sfera intima, dato l'effetto estensivo che questa concezione possiede anche nell'ambito dell'attività lavorativa, come dimostra l'assieme delle sentenze delle due Corti europee.

Tale concezione particolarmente penetrante si contrappone a quella per la quale la neutralità implica semplicemente l'astensione da parte dello Stato dall'espressione di

(10) Per uno studio delle tre differenti concezioni desumibili dalle sentenze della C. Edu si veda Ringelheim 2017.

(11) C. Edu, Sezione Quinta, 26.11.2015, *Ebrahimian c. Francia*, ric. 64846/11, per il cui commento vd. Digennaro 2016, ove si era già segnalata la tendenza espansiva in danno della libertà di manifestazione religiosa di questo concetto di neutralità (pp. 297-298) elaborato in Francia e presente anche in Belgio, ossia, non a caso, i luoghi ove sono sorte la maggior parte delle controversie sul velo giudicate dalle Corti europee.

qualsivoglia preferenza per una specifica fede, ossia l'astensione da ogni tentativo di influenzare la coscienza individuale promuovendo specifiche fedi religiose o, all'opposto, forme di ateismo o di etica di Stato. Solo intesa in questo senso la neutralità consente la piena libertà di scelta dell'individuo in ordine alle proprie convinzioni personali in un'ottica di piena eguaglianza e, in un campo più largo, la preservazione di una società pluralista.

Definirei la prima concezione come «neutralità escludente» per il fatto che, a differenza della «neutralità come astensione», la quale determina la presenza di un vuoto che viene riempito nel caso dal singolo o dalle compagini sociali, essa si connota come una forma di ideologia che orienta alla omologazione e alla neutralizzazione di un aspetto della libera determinazione individuale presidiando uno spazio: creando un pieno che spoglia di una possibilità.

Seguendo il ragionamento della Corte, la disparità di trattamento sarebbe legittima perché è legittimo, da parte del datore di lavoro, perseguire una politica di neutralità ideologica e religiosa. Posto che la «neutralità escludente», che mette al bando ogni simbolo, è essa stessa un'etica organizzativa, in questo caso condotta da un'impresa privata invece che dallo Stato, si può mostrare la fallacia del ragionamento della Corte portandolo alle estreme conseguenze attraverso un paradosso. In effetti, la Corte, per coerenza, avrebbe dovuto concludere per l'applicazione al caso di specie del c. 2 dell'art. 4 della Direttiva n. 2000/78. Infatti, solo nel caso delle attività professionali delle organizzazioni di tendenza è possibile chiedere ai propri lavoratori un atteggiamento di buona fede e lealtà nei confronti dell'etica dell'organizzazione (12), e questo sempre che si acceda all'interpretazione della norma più permissiva per le organizzazioni di tendenza stesse, secondo cui «l'essenzialità, la legittimità e la giustificazione del requisito ideologico (o religioso) possono essere fondate non necessariamente soltanto sulla natura dell'attività lavorativa e del contesto in cui essa viene espletata, ma anche direttamente sull'etica dell'organizzazione» (13).

Fermo restando che la scarsa chiarezza del rapporto tra i due commi dell'art. 4 ha portato altra dottrina a una interpretazione più restrittiva, secondo cui anche il datore di lavoro la cui attività abbia natura e scopi fortemente caratterizzati per ideologia, religione od obiettivi etico-filosofici potrà giustificare una richiesta generalizzata di adesione e condivisione motivazionale soltanto di quei dipendenti che abbiano il compito di esprimere gli scopi ideologicamente, eticamente ed economicamente caratterizzanti il datore di lavoro (14) (nell'ottica della Corte sarebbero questi i lavoratori a contatto coi clienti?).

Il paradosso si svela non appena si faccia caso alla realtà del caso concreto. La produzione di beni e servizi dei datori di lavoro delle signore Achbita e Bougnaoui non è inscindibilmente legata a una specifica missione ideologica (di certo non erano imprese di tendenza), posto che manca la finalità di promuovere o difendere la filosofia della neutralità nella società (per altro nella sua accezione più rigida, appunto perché, in realtà, neutrale può essere, più propriamente, anche una politica aziendale che si disin-

(12) Nel Regno Unito, l'art 44 dell'*Equality Act* del 16.2.2006 esplicitamente precisa che la definizione di credenza o religione comprende anche l'assenza di uno o dell'altra, ricomprendendo così anche forme di ateismo.

(13) De Simone, 2001, 103.

(14) Chieco 2002, 82.

teressa totalmente dei segni di appartenenza indossati dai lavoratori). Più prosaicamente, il mantenimento di un determinato *dress code* era rivolto, come detto, a vendere tali prodotti e servizi nella maniera più efficace possibile evitando di urtare la suscettibilità dei clienti (15).

In capo ai lavoratori, quindi, non esiste nessun obbligo di conformare, nell'ambito dell'attività lavorativa, le proprie convinzioni a quelle eventualmente espresse dall'organizzazione aziendale. Esistono, invece, niente di più e niente di meno che i comuni doveri discendenti dal sinallagma contrattuale. Il dovere di neutralità come dovere di neutralizzazione della propria personalità non è parte dell'obbligazione contrattuale!

4. — *Brevi considerazioni conclusive* — Le disposizioni contro le discriminazioni fanno parte in generale delle più ampie politiche della diversità di cui un ordinamento decide di dotarsi al fine di promuovere l'eguaglianza sostanziale e non semplicemente formale fra i cittadini.

Esse, pertanto, condividono con lo Statuto protettivo tipico del diritto del lavoro in generale la peculiarità di richiamare l'attenzione sulla materialità storica della società e sulla concretezza del soggetto che vive in quello specifico contesto sociale in quel determinato tempo storico. Altrimenti non si spiegherebbe perché tali disposizioni antidiscriminatorie selezionino e spesso aggiornino con il passare del tempo determinate e specifiche caratteristiche personali che divengono motivi di discriminazione tipizzati.

Questo implica che esse sono, per così dire, eideticamente pensate per modificare gli assetti sociali in essere verso una direzione di maggiore inclusività e per evitare che le caratteristiche tipiche dell'«idealtipo medio» o le opinioni e i pregiudizi della maggioranza possano ridurre al silenzio o possano sacrificare coloro che sono considerati «diversi» in ragione di dette caratteristiche personali.

In particolare, poi, norme sull'abbigliamento che obblighino all'omogeneità impedendo il pluralismo culturale, da un lato, limitano l'autonomia e la scelta individuale creando un problema di autorealizzazione e autodeterminazione e, dall'altro, erigono e rafforzano barriere a eguali opportunità sul lavoro per le donne e per le minoranze razziali e religiose, creando appunto un problema di eguaglianza (16).

L'analisi svolta *supra* mira, in definitiva, a sottolineare che il punto centrale del ragionamento della Corte, solo accennato nel caso *Bougnaoui* e poi portato a compimento nel caso *Achbita*, contrasta con la *ratio* stessa delle disposizioni che è chiamata

(15) Interessante, da questo punto di vista, il caso *Baby-Loup* (CA Paris, 27.11.2013, n. S13/02981), verificatosi sempre in Francia, dove la *Cour d'Appel* di Parigi aveva ritenuto legittimo il licenziamento di una dipendente di un asilo privato che indossava il velo, e aveva giustificato la decisione forgiando il concetto di *entreprise de conviction*, e distinguendolo da quello di impresa di tendenza. Alle prime sarebbe consentito di pretendere dai propri dipendenti un comportamento di assoluta neutralità religiosa in virtù proprio dello speciale obbligo di fedeltà che caratterizzerebbe queste organizzazioni, comparate in questo aspetto alle seconde (nonché in ragione della estensione alle imprese private che assicurano un servizio di interesse generale dell'obbligo di neutralità teoricamente riservato alle sole amministrazioni pubbliche). L'Assemblea plenaria della *Cour de Cassation* del 16.6.2014 ha respinto la qualificazione della *Baby-Loup* come *entreprise de conviction*, mentre il *Conseil d'Etat* ha precisato che alle *activité d'intérêt général* non si applica il dovere di neutralità del servizio pubblico (*avis du Conseil d'Etat* del 19.11.2013).

(16) Klare 1994, 603.

a interpretare, dal momento che nella seconda pronuncia si sostiene, di fatto, che la finalità di venire incontro ai pregiudizi dell'ambiente circostante per ragioni economiche è legittima *ex art. 2, par. 2, lett. b, i*.

D'altronde, la stessa C. Giust., in un precedente giudizio (17), aveva considerato direttamente discriminatoria la politica, anche se solamente annunciata, di una azienda che aveva dichiarato di non assumere operai marocchini perché i propri clienti avevano paura di subire furti da parte di persone di quella nazionalità. La Corte aveva escluso di poter giustificare la condotta aziendale sulla base della asserita necessità di rimanere sul mercato e non subire pregiudizio economico.

Riferimenti bibliografici

- Barbera M. (2007) (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano.
- Bribosia E. *et al.* (2010), *Reasonable Accommodation for religious minorities: a promising concept for european antidiscrimination Law?*, in *Maastricht Journal of European and comparative Law*, 17(2), 137 ss.
- Chieco P. (2002), *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *RIDL*, n. 1, I, 75 ss.
- Chieco P. (2006), *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, in *RGL*, n. 3, I, 559 ss.
- De Simone G. (2001), *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Digennaro P. (2016), *La neutralizzazione della persona che lavora dietro il velo dei principi di neutralità*, in *RGL*, n. 3, II, 287 ss.
- Ellis E. (2013), *EU-Antidiscrimination Law*, II ed., Oxford.
- Klare K.E. (1994), *Abbigliamento e potere: il controllo sull'aspetto del lavoratore subordinato*, in *DLRI*, n. 3, 567 ss.
- Maliszewska-Nienartowicz J. (2014), *Direct and Indirect Discrimination in European Law. How to draw a dividing Line*, in *International Journal of Social Sciences*, n. 1, III, 41 ss.
- Nuzzo V. (2017), *Verso una società multiculturale. Gli inediti conflitti tra libertà di vestirsi secondo la propria fede e l'interesse datoriale al profitto*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 324.
- Ringelheim J. (2017), *State Religious Neutrality as a Common European Standard? Reappraising the European Court of Human Rights Approach*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 6, n. 1, 24 ss.
- Sorda E. (2013), *Lavoro e fede nella Corte di Strasburgo. Note a margine della sentenza Eweida e altri c. Regno Unito*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (rivista online).

Pierluigi Digennaro
JSPS Research Fellow,
Meiji University

(17) C. Giust, 10.7.2008, C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*.

CASSAZIONE, 15.3.2017, n. 6770, S. IV, civ. – Pres. Bronzini, Est. Spena, P.M. Celentano (conf.) – I. A. (avv. Panici) c. Hilton italiana Srl (avv. Ridola).

Cassa Corte d'Appello di Roma, 10.1.2013.

Trasferimento di azienda – Cessazione di appalto di servizi – Successiva internalizzazione – Cessione di soli dipendenti – Qualificazione come trasferimento di azienda.

In tema di cessazione dell'appalto e di successiva internalizzazione dei servizi, deve precisarsi – in accordo con la giurisprudenza dell'Unione europea – che, quando un'entità economica sia in grado, in determinati settori, di operare senza elementi patrimoniali significativi, la conservazione della sua identità al di là dell'operazione di cui essa è oggetto non può dipendere dalla cessione di tali elementi, talché, nei settori in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla manodopera, un gruppo di lavoratori può corrispondere a un'entità economica. (1)

(1) ANCHE ALL'INTERNALIZZAZIONE DELL'AZIENDA *LABOUR INTENSIVE*
SI APPLICA L'ART. 2112 C.C.

1. — La sentenza in commento ha a oggetto il ricorso di una lavoratrice licenziata dal datore di lavoro appaltatore a seguito della cessazione del contratto di appalto di servizi e dell'internalizzazione degli stessi. La domanda attorea – volta a ottenere la reintegrazione nel posto di lavoro presso la società committente – era basata sul presupposto che la cessazione del contratto di appalto e la contestuale internalizzazione dei servizi aveva realizzato, in realtà, un trasferimento di azienda.

Con l'unico motivo di ricorso, la ricorrente ha censurato la sentenza della Corte d'Appello di Roma che, confermando la decisione di primo grado, aveva escluso che l'internalizzazione dei servizi fosse da qualificare come trasferimento di azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c.

La Cassazione, nell'accogliere il suddetto motivo ricorso, ha invece esteso, per la prima volta, la disciplina dell'art. 2112 c.c. a un'operazione di internalizzazione di servizi precedentemente resi in regime di appalto.

Per giungere a tale conclusione, i giudici di legittimità sono partiti dalla giurisprudenza consolidata sul rapporto tra trasferimento di azienda e successione nell'appalto (Si vd., *ex multis*: Cass. 16.5.2013, n. 11918, in *GI*, 2014, n. 5, 1165, con nota di Sambati; Cass. 13.1.2005, n. 493, in *FI*, 2005, n. 3, I, 690, con nota di Perrino), per affermare, poi, che «analoghe considerazioni valgono quando alla cessazione dell'appalto il servizio torni in gestione diretta all'imprenditore».

In primis, la Corte di Cassazione ha premesso che, per accertare se sia avvenuto un trasferimento di azienda, deve tenersi presente che la sussistenza di quest'ultimo è data dal passaggio di un complesso organizzato di beni dell'impresa «a un diverso titolare in forza di una vicenda giuridica riconducibile al fenomeno della successione in senso

ampio», vale a dire a prescindere dall'esistenza di rapporto diretto tra cedente e cessionario.

Tale principio, particolarmente rilevante nella successione nell'appalto, deve oggi considerarsi del tutto pacifico, sebbene a lungo tanto la giurisprudenza di legittimità quanto la dottrina abbiano individuato soluzioni di segno opposto (Per la rilevanza all'esistenza di un negozio giuridico tra le parti, si vd. Cass., 25.1.1999, n. 672, in *FI*, 1999, n. 11, I, 3311; in dottrina, Vallebona 1999).

Il merito dell'attuale approdo interpretativo (Per la prima decisione di legittimità in tal senso, si vd. Cass., 20.9.2003, n. 13949, in *OGI*, 2003, n. 4, 850) deve essere attribuito alla Corte di Giustizia dell'Ue, per cui, ai fini dell'applicazione della direttive europee in materia di trasferimento di azienda (tutte confluite nella Direttiva n. 2001/23/Ce), non rileva l'esistenza di rapporti contrattuali tra le parti (In questo senso, C. Giust. 11.3.1997, C-13/95, *Ayşe Süzen c. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*, in *RIDL*, 1998, n. 4, II, 651, con nota di Faleri; in senso conforme, tra le altre, C. Giust. 13.9.2007, C-458/05, *Mohamed Jouini e altri c. Princess Personal Service GmbH*, in *LG*, 2008, n. 1, 48, con nota di Mattiuzzo), ma, appunto, il fenomeno della successione *lato sensu*.

Una volta chiarito che «a monte» del trasferimento non è necessario alcun atto tipico, si deve osservare come l'art. 2112 c.c. trovi applicazione ogniqualvolta l'entità economica conservi la propria identità, «a prescindere dal cambiamento del proprietario». Il c. 5 di detta disposizione, infatti, prevede che «ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata [...] che conserva la sua identità».

L'importanza della conservazione dell'identità è implicita nella *ratio* della disciplina del trasferimento di azienda, in quanto quest'ultima, secondo la giurisprudenza europea (Vd., in questo senso, C. Giust. 24.1.2002, C-51/00, *Temco Service Industries c. Imzilyen e altri*, in *FI*, 2002, IV, 142), consiste nell'assicurare continuità ai rapporti di lavoro riferibili a un'entità economica indipendentemente dalle vicende circolatorie riguardanti la titolarità di quest'ultima: se l'attività economica per la quale il lavoratore presta le proprie energie lavorative continua, non v'è ragione per cui questi non debba conservare la propria occupazione e i diritti maturati.

La Corte del Lussemburgo, dopo un orientamento più risalente (Vd. C. Giust. 18.3.1986, C-24/85, *Spijkers c. Gebroeders Benedik Abattoir e Alfred Benedik en Zonen*, in *Racc.*, 1986, 1119) teso a dare rilevanza al fatto che l'attività economica avesse mantenuto il medesimo oggetto e fosse continuata sotto la direzione del cessionario, ha, successivamente, dato prevalenza, a partire dalla già citata pronuncia *Suzen*, al fattore della sussistenza di un complesso organizzato di beni.

L'arresto in commento, citando testualmente la giurisprudenza della Corte di Giustizia [C. Giust. 15.12.2005, C-232/04, *Güney-Görres c. Securicor Aviation (Germany) Ltd e altra*, in *FI*, 2006, n. 3, IV, 121], ha poi specificato che la sussistenza di un complesso organizzato di beni deve essere valutata alla luce «delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione, fra le quali rientrano, in particolare, il tipo d'impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno degli elementi materiali, il valore degli elementi materiali al momento del trasferimento, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o

meno della clientela nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tali attività».

Va da sé che «l'importanza da attribuire ai singoli criteri varia in funzione dei metodi di produzione o di gestione utilizzati dall'impresa».

I giudici di legittimità, nel caso in esame, riguardante l'organizzazione del centro fitness e benessere all'interno di un albergo, hanno affermato che, con riferimento alle attività cd. *labour intensive*, vale a dire nei casi in cui «un'entità economica sia in grado di operare senza elementi patrimoniali significativi» ovvero «nei settori in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla manodopera», «un gruppo di lavoratori può corrispondere a un'entità economica».

Ciò posto, la Corte ha ritenuto decisivo il fatto che, a seguito dell'internalizzazione dei servizi precedentemente resi in regime di appalto, «quasi tutti i dipendenti erano passati alla gestione diretta della Hilton», ossia del committente, dimostrando, quindi, che l'operazione era qualificabile come trasferimento di azienda. Non v'era ragione, pertanto, per cui non fosse continuato anche il rapporto di lavoro della ricorrente.

Tale assunto si inserisce nel solco della consolidata giurisprudenza europea e nazionale di legittimità (Per una ricostruzione della giurisprudenza e della dottrina sul punto si vd. Lamberti 2016). Già nel 1994, infatti, la Corte di Giustizia aveva affermato, sebbene ancora utilizzando il criterio della continuazione dell'attività anziché quello dell'organizzazione quale parametro principale per l'individuazione dell'identità dei beni ceduti, che, tra gli elementi valutabili ai fini del riconoscimento del trasferimento di azienda, rientrassero alcuni elementi immateriali tra i quali la clientela e il *know-how* aziendale (C. Giust. 14.4.1994, C-392/92, *Christel Schmidt c. Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*, in *Racc.*, 1994, I-1311).

È, però, con la già citata sentenza *Suzen* che i giudici europei, dando rilevanza all'elemento organizzativo dei beni ceduti come criterio dirimente per l'accertamento dell'identità dell'entità economica, hanno valorizzato la manodopera impiegata quale fondamento dell'attività economica, in alcuni settori caratterizzati da un elevato contenuto umano e dal fondamentale apporto di uno specifico *know-how*. Successivamente, tale orientamento europeo si è consolidato con varie pronunce, tra cui la già menzionata sentenza *Guney Gorres* e le pronunce *Sanchez Hidalgo* (C. Giust. 10.12.1998, C-173/96, *Francisca Sánchez Hidalgo e altri c. Asociación de Servicios Aser e Sociedad Cooperativa Minerva*, in *MGL*, 1999) e *Allen* (C. Giust. 2.12.1999, C-234/98, *G.C. Allen e altri c. Amalgamated Construction Co. Ltd.*, in *MGL*, 2000, 506).

In Italia, la valorizzazione degli elementi immateriali, sebbene con le incertezze che sono seguite immediatamente dopo con la pronuncia nel caso *Ansaldo* (Cass. 25.10.2002, n. 15105, in *GC*, 2003, n. 1, I, 66, con nota di Amoroso), è stata accolta dalla giurisprudenza di nomofilachia nel 2002 con la sentenza *Alcatel* (Cass. 22.8.2002, n. 10701, in *NGL*, 2002, n. 4, 532). Entrambe le decisioni citate sono state emesse poco dopo la modifica dell'art. 2112 c.c. a opera del d.lgs. n. 18/2001 (di attuazione della Direttiva n. 98/50/Ce), che ha legittimato – secondo la pronuncia *Alcatel* – «in maniera finalmente certa e inequivocabile una nozione di trasferimento di impresa con più attenuati caratteri di materializzazione e che, cioè – in linea con un assetto produttivo diretto a dare sempre maggiore rilevanza alla capacità professionale e alle conoscenze tecniche dei lavoratori –, consideri “attività economica” suscettibile di figurare come oggetto di detto trasferimento anche i soli lavoratori».

Tale statuizione ha aperto le porte a una concezione dell'entità economica cd. dematerializzata (Per la quale vd., *ex plurimis*, Bano 2008), che è perfettamente coerente con la lettura in chiave organizzativa dell'identità dei beni ceduti.

Infatti, in alcuni settori (quali, ad esempio, i servizi di pulizie e di vigilanza, l'organizzazione di convegni o l'attività di manutenzione e assistenza di apparati informatici), le mere prestazioni lavorative, rese senza particolari apporti materiali, ma debitamente organizzate tra loro, sono idonee, grazie a specifiche conoscenze e competenze, a sviluppare il *core business* aziendale, configurandosi quali veri e propri mezzi di produzione. In sostanza, è possibile che, in taluni casi, l'elemento organizzativo del complesso dei beni, inteso «come legame funzionale che rende le attività dei dipendenti appartenenti al gruppo ceduto interagenti tra loro» (Come affermato, da ultimo, da Cass. 9.4.2015, n. 7144, in *LG*, 2015, n. 10, 905, con nota di Cosattini), pur in mancanza della cessione di beni materiali, dimostri il trasferimento di azienda.

D'altra parte, la suddetta interpretazione sembra corrispondere, oltre che alla sopra indicata *ratio*, anche alla lettera dell'art. 1, c. 1, della Direttiva n. 2001/23/Ce, che considera come trasferimento «quello di un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come un insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica». Il richiamo ai «mezzi», anziché ai «beni», infatti, sembra consentire che il requisito dell'organizzazione possa essere riferito, anche esclusivamente, alle prestazioni dei lavoratori.

Non si può tacere, tuttavia, che di recente la Cassazione sembra aver rivisto il proprio orientamento in tema di azienda cd. *labour intensive*, affermando (Cass. 15.4.2014, n. 8756, in *GI*, 2015, II, 426 ss., con nota di De Stefano) che «secondo la giurisprudenza di questa Corte, l'art. 2112 c.c. presuppone che vengano trasferiti, nella loro funzione unitaria e strumentale, beni materiali destinati all'esercizio dell'impresa, ovvero strutture a tal fine organizzate (Cfr., *ex plurimis*, Cass., n. 18385/2009; n. 13270/2007; n. 10193/2002; n. 20012/2005); ciò in quanto, seppure un'azienda (o un ramo d'azienda) possa comprendere anche beni immateriali, non può tuttavia ridursi solo a essi, posto che la stessa nozione di azienda (art. 2555 c.c.) postula la necessità di beni materiali organizzati fra loro in funzione dell'esercizio dell'impresa, di fatto impossibile in totale assenza di strutture fisiche, per quanto modeste le stesse siano».

Secondo tale pronuncia, quindi, il trasferimento di azienda *ex art.* 2112 c.c. richiederebbe un cd. minimo materiale imprescindibile, in virtù della nozione materiale di azienda di cui all'art. 2555 c.c., secondo il quale «l'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa».

Nella sentenza annotata, la Cassazione, sebbene non faccia riferimento all'orientamento appena citato, dà atto del fatto che, oltre all'«organizzazione complessiva del centro fitness e quasi tutti i dipendenti», anche «le attrezzature» del centro fitness sono passate alla gestione diretta del committente.

Tuttavia, posto che nel successivo ragionamento non viene menzionato tale minimo materiale, la sentenza annotata non consente né di capire se, nel caso di specie, i giudici di legittimità abbiano ritenuto decisive «le attrezzature», né di apprezzare l'autorevolezza che l'orientamento incentrato sul cd. minimo materiale gode presso la Cassazione, atteso che non risultano precedenti conformi.

In conclusione, la Cassazione, nel caso di specie, applicando principi consolidati, quali l'atipicità dell'atto di cessione e la rilevanza della cessione dei soli lavoratori nei settori *labour intensive*, ha applicato la disciplina dell'art. 2112 c.c. alle ipotesi di internalizzazione di servizi precedentemente resi in regime di appalto.

La decisione in commento rappresenta, dunque, la riprova della *vis* espansiva che la giurisprudenza ha impresso alla disciplina del trasferimento di azienda di cui all'art. 2112 c.c., nell'intento di limitare gli effetti che i processi di esternalizzazione producono sull'occupazione dei lavoratori.

Riferimenti bibliografici

- Amoroso G. (2003), *Sulla fattispecie del «trasferimento di parte dell'azienda» al fine dell'applicabilità dell'art. 2112 cod. civ.*, in *GC*, n. 1, I, 66 ss.
- Bano F. (2008), *La circolazione comunitaria di servizi labour intensive*, in *LD*, n. 1, 7 ss.
- Cosattini L.A. (2015), *Il trasferimento di «ramo d'azienda» torna al vaglio della Suprema Corte*, in *LG*, n. 10, 905 ss.
- De Stefano V. (2015), *Beni materiali e «preesistenza» nella giurisprudenza di Cassazione sul ramo d'azienda*, in *GI*, II, 426 ss.
- Faleri C. (1998), *I giudici comunitari rivedono la nozione di trasferimento di azienda*, in *RIDL*, n. 4, II, 651 ss.
- Lamberti F. (2016), *Il trasferimento d'azienda nei settori labour intensive*, in *RGL*, n. 3, II, 322 ss.
- Mattiuzzo F. (2008), *Le tutele dei lavoratori nel caso di trasferimento di ramo d'azienda privo di elementi materiali*, in *LG*, n. 1, 48 ss.
- Perrino A.M. (2005), *Trasferimento d'azienda e appalto di servizi: le relazioni pericolose*, in *FI*, n. 3, I, 690 ss.
- Sambati S. (2014), *Successione nell'appalto e applicabilità delle garanzie dell'art. 2112 c.c.*, in *GI*, n. 5, 1165 ss.
- Vallebona A. (1999), *Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro*, in *RIDL*, n. 1, II, 217 ss.

Alessandro Curcio
Dottore in Giurisprudenza
presso l'Università «Roma Tre»

CASSAZIONE, 9.2.2017, n. 3484 – Pres. Nobile, Est. Curcio, P.M. Matera (conf.) – Fiat Group Automobiles Spa (avv.ti De Luca Tamajo, Dirutigliano, Ropolo, Anfora) c. C.P. (avv.ti Cossu, Poli). Conf. Corte d'Appello di Torino, 7.11.2013.

Licenziamento individuale – Diritto di critica – Attività sindacale – Illegittimità del licenziamento in quanto sproporzionato – Sussiste.

Costituisce legittimo esercizio del diritto di critica e di libertà sindacale l'inoltro di una e-mail aziendale dai contenuti particolarmente aspri nei confronti del datore da parte del lavoratore non avente il ruolo di rappresentante sindacale ma con la qualifica di «esperto» (istituita e normata da specifici accordi di categoria e interconfederali). Ciò avendo constatato il contenuto a carattere esclusivamente sindacale della comunicazione e avendone valutato in termini di adeguatezza le modalità espressive con riferimento al contesto conflittuale aziendale in essere, nonché alla tipologia dei destinatari perfettamente in grado di comprendere la natura figurata del linguaggio utilizzato. Risulta, pertanto, illegittimo in quanto sproporzionato il licenziamento comminato dalla società all'autore della e-mail. (1)

(1) COMUNICAZIONI SINDACALI E DIRITTO DI CRITICA

1. — Con la decisione in commento, la Cassazione, confermando la sentenza di secondo grado, ha statuito l'illegittimità del licenziamento disciplinare inflitto dalla società ricorrente al lavoratore resistente non sussistendone i presupposti di legge.

È accaduto che il lavoratore licenziato, impiegato nella sede di Mirafiori e titolare della carica di «esperto» della Fiom-Cgil, avesse inviato ad altri 44 colleghi una e-mail dall'indirizzo di posta elettronica aziendale e in orario di lavoro.

In tale comunicazione, prendendo posizione sul referendum che si sarebbe tenuto presso gli stabilimenti Fiat di Pomigliano D'Arco sull'Accordo di ristrutturazione non sottoscritto dalla Fiom, egli aveva affermato: «Che l'azienda giochi con la vita delle persone ricattando i colleghi di Pomigliano è ormai chiaro anche fuori dai confini del nostro bel paese. Solo una O.S. ha però avuto il coraggio di dire “no” a questo scempio che il sig. Marchionne propone [...] Aver bisogno di lavorare non equivale a fare gli schiavi! Ieri Termini Imerese, oggi Pomigliano e domani? Apriamo gli occhi...».

A questo testo era allegata una lettera, che si sosteneva essere stata scritta dai colleghi degli stabilimenti Fiat a Tichy in Polonia, nella quale i lavoratori polacchi incitavano a «resistere e sabotare l'azienda che ci ha dissanguati per anni e ora ci sputa addosso».

La Corte d'Appello di Torino, confermando la decisione di primo grado, aveva respinto l'appello della società affermando che la condotta del lavoratore costituiva legittimo esercizio del diritto di critica tutelato ex artt. 1 e 14, l. n. 300/70, e aggiun-

gendo che vi era stato un uso lecito della posta elettronica aziendale, trattandosi di comunicazione con oggetto una questione di carattere sindacale non personale e con finalità divulgative rispetto a vertenze sindacali in atto all'epoca dei fatti.

Pertanto, i giudici di secondo grado avevano sancito la non proporzionalità del licenziamento irrogato.

La società soccombente ha proposto ricorso per cassazione denunciando, nel primo motivo di ricorso, l'insussistenza dei presupposti per la configurabilità di un legittimo esercizio del diritto di critica: ciò sia perché il lavoratore sanzionato non possedeva la qualifica di rappresentante sindacale e sia perché la comunicazione si configura di per sé lesiva dei diritti del datore alla propria integrità personale e morale a causa del suo contenuto attributivo di condotte ricattatorie, offensivo, infamante e di istigazione a delinquere.

Col secondo motivo si è lamentata la falsa applicazione degli artt. 2078 c.c. e 25 e 26 della l. n. 300/70, da parte della Corte d'Appello, nel ritenere legittimo l'uso della posta elettronica per l'invio del documento in questione. Col terzo motivo si è censurata la decisione di non proporzionalità del licenziamento asseritamente basata sulla valutazione degli elementi soggettivi relativi al lavoratore e non anche di quelli relativi alla condotta.

Venendo alla sentenza in esame, la Corte di Cassazione, pur dichiarando l'inammissibilità del primo motivo di ricorso, ne ha comunque apprezzato l'infondatezza nel merito, confermando la decisione di secondo grado in quanto «La Corte d'Appello di Torino ha premesso che, anche volendo ammettere che il C. avesse agito in assenza di "qualunque posizione privilegiata che gli derivava dalla sua carica di esperto delle Fiam-Cgil" [sic], l'invio della mail oggetto di contestazione rientrava comunque nel diritto di critica e di libertà sindacale derivatagli dagli artt. 1 e 14, l. n. 300/70, e dall'art. 21 Cost., ritenendo che l'invio della mail rientrasse a pieno titolo nell'esercizio del diritto allo svolgimento di attività sindacale, di cui sono titolari tutti i lavoratori indistintamente, anche a prescindere da una specifica carica rappresentativa sindacale e ciò sia in ragione del contenuto della mail sia delle modalità espressive utilizzate, sia della salvaguardia del normale svolgimento dell'attività aziendale».

Rispetto alle modalità di espressione utilizzate, «La Corte ha quindi esaminato il contenuto del comunicato, che aveva a oggetto l'Accordo separato sottoscritto per la [sic] stabilimento di Pomigliano, valutando il tenore delle espressioni usate e ritenendo che le stesse andassero lette nel contesto della conflittualità aziendale che in relazione alla vertenza di Pomigliano aveva raggiunto, notoriamente, toni forti, documentati da molti articoli di stampa nei giorni precedenti. La sentenza ha infine valutato anche il rapporto di adeguatezza fra il contesto conflittuale e l'uso delle espressioni usate nel comunicato, che è stato inviato a una ristretta cerchia di destinatari, colleghi di qualifica impiegatizia analoga a quella del dipendente, perfettamente in grado di comprendere «la natura figurata del linguaggio utilizzato».

Quanto al secondo motivo, pure dichiarato inammissibile, il giudizio di liceità sull'uso della posta elettronica emesso dalla Corte d'Appello poggia sulla esistenza di una specifica e comprovata prassi aziendale in tal senso nonché sulle concrete modalità di invio («inoltre della mail ricevuta da altri e inviata con poche righe, a soli tre minuti dalla pausa pranzo»), del tutto inidonee a minare il corretto svolgimento della attività lavorativa.

L'ultimo motivo di ricorso, per erronea applicazione degli artt. 2106 e 2119 c.c., viene dichiarato infondato in quanto la complessiva analisi di tutte le circostanze di fatto, debitamente tenute in considerazione dai giudici di appello, comporta un giudizio di «sproporzione della sanzione espulsiva adottata dalla società».

Sebbene sotto la falce della declaratoria di inammissibilità degli specifici motivi di ricorso, la decisione della Suprema Corte offre spunti di riflessione in materia di «corretto governo dei principi del diritto di critica del lavoratore» con particolare riferimento ai limiti del suo legittimo esercizio.

Preliminarmente, è doveroso specificare che il diritto di critica costituisce specificazione del diritto fondamentale a manifestare liberamente il proprio pensiero (art. 21 Cost.), ed è stato definito in via giurisprudenziale (Cass. 25.2.1986, n. 1173, in *NGL*, 1986, 18) sul modello del diritto di cronaca giornalistica (Cass. civ., S. I, 18.10.1984, n. 5259, in *FI*, 1984, I, 2711) in virtù della comune copertura costituzionale individuabile nell'art. 21 Cost.

Quanto ai limiti, un primo ordine (cd. limiti esterni) è costituito dai diritti della personalità, i quali fungono da rete di contenimento al diritto di critica (Bettini 2008) nel senso che esso deve bilanciarsi col contrapposto interesse alla tutela dell'onore e della dignità del soggetto destinatario delle critiche (C. cost. 8.7.1975, n. 188, in *GCost.*, 1975).

Un secondo ordine deriva dal fatto che la giurisprudenza abbia traslato e applicato alla critica gli stessi limiti elaborati per il diritto di cronaca (cd. limiti interni): veridicità dei contenuti (*continenza sostanziale*), sussistenza di un interesse rilevante (*continenza materiale*), adeguatezza delle espressioni usate (*continenza formale*).

La dottrina ha sollevato dubbi su tale ricostruzione (Inglese 2014, Agnino 2013), sottolineando la diversità ontologica dei due diritti, i quali possono, certamente, essere accostati in virtù di una stessa matrice costituzionale, ma non ritenuti equivalenti.

Principalmente e sotto il profilo contenutistico, mentre la cronaca si risolve nella descrizione di una realtà fenomenica, la critica è una manifestazione soggettiva di dissenso e di disaccordo verso quello stesso fenomeno. La critica è sostanzialmente un attacco nella misura in cui mira a creare una contrapposizione e a disvelare errori o inadeguatezze altrui.

Ancora, sotto il profilo soggettivo, gli obblighi di diligenza e collaborazione nei confronti del proprio datore di lavoro gravanti sul lavoratore che manifesta la propria critica non sono rinvenibili in capo al giornalista nello svolgimento del proprio mestiere di informare.

Di fatto, anche la giurisprudenza, col tempo, ha finito per recepire le indicazioni dottrinali reinterpretando la portata e il significato dei cd. limiti esterni.

Dunque, in teoria, critica e cronaca dovrebbero incontrare gli stessi limiti; in pratica, la giurisprudenza ha progressivamente allargato le maglie di tali limiti applicati al diritto di critica proprio evidenziandone specificità e peculiarità rispetto al diritto di cronaca.

Il limite della veridicità dei contenuti è, pertanto, interpretato nel senso della legittimità della critica formulata anche con riferimento a dati fattuali non oggettivamente veri, purché il nucleo e il profilo essenziale di essi non siano stati alterati o manipolati (Cass. pen., S. V, 5.3.2004, n. 19334, in *DG*, 2004, n. 27). Idem nell'ipotesi in cui i fatti su cui poggia la critica del lavoratore siano seriamente attendibili ancorché

non completamente corrispondenti alla realtà (C. App. Roma 15.4.2016, in *RGL*, 2016, n. 4, II, 502 ss.).

Anche la cd. *continenza formale* risulta compressa, nel senso che la critica, in quanto contestazione, non deve essere necessariamente effettuata con toni pacati e civili, ma può anche trovare modalità espressive aspre, senza travalicare, per ciò, i limiti della legittimità. Ovviamente non deve servirsi di intimidazioni, insulti, toni denigratori, sottintesi sapienti e insinuazioni nei confronti del datore di lavoro (T. Milano 15.4.2002, in *Foro ambrosiano*, 2000, 322 ss.) né risolversi in attacchi personali diretti a colpire sul piano morale la figura del soggetto criticato (Cass. civ., S. III, 6.11.2001, n. 13685, in *Massimario di giurisprudenza civile*, 2001, 1858 ss.).

Margini di ulteriore tollerabilità sono poi riconosciuti all'ipotesi della critica espressa dal rappresentante sindacale, ossia da colui il quale, nell'ambito di un contesto conflittuale col datore di lavoro, avanzi rivendicazioni nell'interesse collettivo dei lavoratori ponendosi su un piano paritetico con la parte datoriale. L'attività sindacale, infatti, è espressione della libertà fondamentale garantita dall'art. 39 Cost. che, col l'art. 21, costituisce il secondo pilastro costituzionale a sostegno del diritto di critica sindacale. L'esercizio di tale libertà fondamentale, a sua volta, coinvolge, come evidenti anche nella vicenda di causa, la tutela di ulteriori interessi costituzionalmente rilevanti ex art. 36 quali la retribuzione, il riposo, la durata della giornata lavorativa.

Quindi, le espressioni utilizzate, anche se esagerate e inopportune, non potranno giustificare l'irrogazione del licenziamento se inserite in dinamiche di rivendicazioni sindacali e se non sorrette dalla volontà di arrecare danno al datore e all'attività produttiva (Cass. 5.7.2002, n. 9743, in *Massimario di giurisprudenza italiana*, 2002, 2625 ss., T. Ascoli Piceno 3.7.2009, n. 696, ord., in *RGL*, 2010, II, 198 ss.).

Alla critica sindacale viene, cioè, riconosciuta una logica interpretativa polemicamente propria che si manifesta in espressioni capaci di immediato impatto emotivo e di facili suggestioni anche propagandistiche (Cass. 27.6.2000, n. 7499, in *FI*, 2001, 1458 ss.).

In definitiva, la giurisprudenza ha preso atto di come in un contesto di conflittualità sindacale le espressioni utilizzate sono mediamente più dure e incisive di quelle normalmente tollerate; e in forza di tale «contestualizzazione» è stato ritenuto esente da responsabilità il sindacalista che aveva accusato il datore di essere un «mascalzone» (Cass. pen., S. V, 25.9.2013, n. 46242, in *www.dirittoegiustiziaonline.it*, 2013) o quello che aveva accusato, mediante un volantino, il proprio datore e le altre sigle sindacali di essersi appropriati dei soldi dei lavoratori (Cass. 5.7.2002, n. 9743, in *Mass. giur. it.*, 2002) o, in ultimo, l'autore di vignette caricaturali per criticare le posizioni aziendali essendo in corso le trattative per il rinnovo del contratto integrativo aziendale (Cass. 31.1.2017, n. 2499, inedita a quanto consta).

La decisione in esame si pone nel solco tracciato da tale giurisprudenza, in quanto la Corte calibra la valutazione di adeguatezza del linguaggio utilizzato nella comunicazione alle circostanze di fatto all'epoca esistenti: *in primis*, l'approssimarsi di una consultazione tra i lavoratori nell'ambito di una vertenza di rilievo nazionale tra società e sindacati e, per secondo, la tipologia dei soggetti destinatari della comunicazione, ritenuti in grado di cogliere l'esatta portata delle espressioni linguistiche (quali «sabotare», «riduzione in schiavitù», «combattere») di cui si era lamentata l'azienda.

Pertanto, i giudici operano il bilanciamento tra il diritto di critica sindacale del la-

voratore, da una parte, e il diritto alla integrità morale e personale del datore, dall'altra, non sull'analisi astratta o asettica delle espressioni utilizzate, ma, al contrario, tenendo in debito conto il contesto in cui esse sono state esternate, gli scopi in concreto perseguiti dall'autore e la capacità dei destinatari di coglierne il corretto significato (Cass. 26.4.2016, n. 8236, e 11.5.2016, n. 9635, in *GI*, 2017, 1, 144).

Tale operazione ha portato, nel caso di specie, al riconoscimento di un legittimo esercizio del diritto di critica sindacale e alla conseguente declaratoria di illegittimità, per sproporzione, del licenziamento irrogato.

In conseguenza di ciò, il lavoratore ha visto confermare il reintegro nel proprio posto di lavoro conformemente a quanto disposto dalle Corti di merito nei gradi di giudizio antecedenti. In verità la reintegrazione era di fatto già avvenuta all'esito della causa promossa dalla Fiom-Cgil *ex art.* 28, l. n. 300/1970, conclusasi favorevolmente con sentenza del Tribunale di Torino del 13.10.2010 e confermata nel gennaio 2012 in Corte d'Appello.

Sotto il profilo soggettivo, ossia dell'autore del messaggio critico, la Corte sembra confermare la rilevanza della qualifica di «esperto sindacale» già effettuata dalla Corte territoriale nel senso del riconoscimento, a tale qualifica, di una posizione privilegiata ancorché non assimilabile a quella del rappresentante sindacale.

Il fatto che all'esperto non sia conferita la rappresentatività riservata alle Rsu, a cui compete in esclusiva la stipulazione degli accordi, non esclude che a tale figura sia demandato il compito di svolgere un'attività sindacale qualificata rispetto a quella esercitabile da un lavoratore qualunque (T. Torino 13.10.2010, inedita a quanto consta).

Infatti, in base a specifici accordi tra sindacati e società del Gruppo Fiat l'esperto beneficia dei permessi sindacali e può partecipare, in alternativa alle Rsu, a determinati livelli delle relazioni sindacali.

La necessità di tutelare la libertà di manifestazione del pensiero nei luoghi di lavoro ha, dunque, portato a una sempre maggiore specificazione del diritto di critica e a una sua tendenziale autonoma definizione, quanto a modalità di esercizio, limiti e presupposti, rispetto al diritto di cronaca.

Tale percorso giurisprudenziale, attualmente, non trova riscontro in alcun testo normativo, nemmeno nello Statuto dei lavoratori, in cui, all'art. 1, si sancisce la libertà di manifestazione del pensiero nei luoghi di lavoro senza ulteriori specificazioni.

Tuttavia, nell'art. 6 della «Carta dei diritti universali del lavoro. Nuovo Statuto di tutte le lavoratrici e di tutti i lavoratori» – proposta di legge C. 4064 – viene stabilito che la libertà di manifestazione del pensiero «comprende quella di contribuire alla cronaca, nel rispetto del segreto aziendale, e alla critica relativa al contesto lavorativo e alla attività in esso svolta».

Questa disposizione, qualora diventasse legge, potrebbe costituire, per la giurisprudenza, il supporto normativo fin qui mancante, attraverso cui sancire l'ontologica differenza, pur nell'ambito di una comune radice costituzionale, tra critica e cronaca.

Ciò specificando il contenuto del diritto di critica in maniera autonoma da quello che ne ha rappresentato il modello, ossia il diritto di cronaca, e in particolare ridefinendone i limiti cd. interni, superando lo schema, dimostratosi inadeguato, della cd. «sentenza decalogo» 18.10.1984, n. 5259.

Riferimenti bibliografici

- Agnino F. (2013), *Diritto di critica e tutela dell'onore: nulla di nuovo sotto al sole*, in *Danno e responsabilità*, n. 2, 162 ss.
- Bettini M.N. (2008), *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Giappichelli, Torino.
- Inglese I. (2014), *Il diritto di critica nei luoghi di lavoro*, Giappichelli, Torino.

Riccardo Barletta
*Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale
presso l'Università di Parma*

CASSAZIONE, 6.2.2017, n. 3045, S. civ. – Pres. Di Cerbo, P.M. Celeste (parz. diff.) – Bulgari Spa (avv. Pulsoni) c. P.P. (avv. Marucci). Conf. Corte d'Appello di Roma, 16.11.2013.

Licenziamento collettivo – Diritti di informazione e consultazione – Efficacia accordo collettivo – Criterio di scelta unico e generico – Illegittimità.

Licenziamento collettivo – Criterio di scelta unico e generico – Illegittimità.

L'accordo sindacale raggiunto per sanare i vizi di una procedura di licenziamento collettivo non ha efficacia retroattiva e si applica unicamente ai licenziamenti effettuati dopo l'entrata in vigore della l. n. 92/2012. (1)

È illegittimo il licenziamento di un lavoratore intimato sulla base dell'unico criterio delle esigenze tecnico-organizzative rivelatosi troppo generico per individuare oggettivamente i lavoratori da licenziare. (2)

(1-2) REQUISITI E CONTENUTO DELL'ACCORDO SINDACALE
NELLE PROCEDURE DI LICENZIAMENTO COLLETTIVO

1. — La pronuncia in commento offre l'occasione per riflettere su alcune questioni particolarmente rilevanti in materia di procedura di licenziamento collettivo. In primo luogo, traccia una linea di confine tra le procedure concluse prima e dopo la l. n. 92/2012, sancendo l'applicabilità *ratione temporis* di quest'ultima. Inoltre, con affermazioni non meno interessanti, ribadisce un orientamento ormai consolidato sulle caratteristiche che deve possedere il criterio unico di scelta per esulare dalla genericità. Con riguardo al primo profilo, la Cassazione statuisce che la modifica introdotta all'art. 4, c. 12, della l. n. 223/1991 dall'art. 1, c. 45, della l. n. 92/2012 non ha efficacia retroattiva, trovando applicazione unicamente ai licenziamenti effettuati dopo l'entrata in vigore della legge Fornero. La Suprema Corte ha così respinto la tesi sostenuta dalla difesa della società secondo cui il periodo introdotto all'art. 4, c. 12, l. n. 223/91, avesse carattere interpretativo e, quindi, retroattivo. Ebbene, le norme di interpretazione autentica sono quelle volte a esplicitare il senso di quelle preesistenti, oppure a chiarire o a escludere uno dei sensi tra quelli ragionevolmente attribuibili alle norme interpretate (Cfr. C. cost. 10.12.1981, n. 187, in *GCost.*, 1981, 1882. In dottrina, tra i tanti: Satta 1988, 5; Guastini, 2011, 85). Nel caso di specie, l'intervento legislativo invocato dalla difesa della società ha effetto innovativo in quanto introduce una possibilità nuova (*rectius*, non prevista) nel nostro ordinamento, ossia quella di sanare i vizi precedenti della procedura con un accordo sindacale successivo. Orbene, la pronuncia dà atto che, sebbene in presenza di qualche sentenza contraria, può annoverarsi un prevalente indirizzo secondo il quale l'accordo collettivo raggiunto nel contesto di

una procedura di mobilità non è idoneo di per sé a sanare i vizi della procedura (Cfr., tra le tante, Cass. 25.7.2001, n. 10171, in *FI*, 2001, I, 2774; Cass., S.U., 15.10.2002, n. 14616, in *MGL*, 2002, 868; Cass. 11.4.2003, n. 5770, in *FI*, 2003, I, 1381; Cass. 11.1.2008, n. 528, in *GLav.*, 2008, n. 10, 35; Cass. 2.3.2009, n. 5034, in *RIDL*, 2009, II, 768; Cass. 21.9.2011, n. 19233, in *FI*, 2011, I, 2963; Cass. 6.4.2012, n. 5582, in *FI*, 2012, I, 1734; Cass. 3.11.2014, n. 23382, in *NGL*, 2015, 185; *contra*, Cass. 11.1.2008, n. 528, in *RGL*, 2009, II, 198, con nota di Ferramosca). Vi è da sottolineare, inoltre, che quella introdotta dalla l. n. 92/2012 è una possibilità «solamente eventuale, considerato che le parti “*possono*” provvedere a sanare» (così la sentenza in commento). Sicché, neppure nei casi in cui trova applicazione la novella in questione, la presenza di un accordo sindacale concluso nel corso della procedura di licenziamento collettivo comporta automaticamente la sanatoria dei vizi precedenti. Il tenore letterale della norma suggerisce, infatti, che l'intenzione di sanare i vizi deve essere espressa (In questo senso: Carabelli, Giubboni 2013, 395; Maresca 2012, 453-454; Vallebona 2012, 66). La stipulazione di un siffatto accordo è frutto di una scelta di opportunità degli interlocutori sindacali [Che, secondo Carabelli, Giubboni (2013, 395), può coinvolgere anche una parte soltanto dei soggetti sindacali cui il datore di lavoro deve per legge indirizzare l'informazione], che nell'ambito del diritto previsto dall'art. 39 Cost. possono liberamente determinarne l'*an* e il *quomodo*, ossia se stipulare l'accordo e il suo contenuto. L'unico limite imposto dalla norma è che l'accordo sia specificamente diretto a sanare gli eventuali vizi della comunicazione datoriale di cui all'art. 4, c. 2, della l. n. 223/1991. Una volta, quindi, escluso dalla sentenza in esame che l'accordo concluso nell'ambito della procedura di licenziamento collettivo possa avere efficacia sanante dei vizi pregressi, occorre verificare se sussistono vizi della comunicazione preventiva inviata dalla società ai soggetti sindacali di cui all'art. 4, c. 3, della l. n. 223/1991. Come precisato nella sentenza in esame: «Questa Corte ha più volte affermato che “La comunicazione preventiva con cui il datore di lavoro avvia la procedura di licenziamento collettivo deve compiutamente adempiere l'obbligo di fornire le informazioni [...] in maniera tale da consentire all'interlocutore sindacale di esercitare in maniera trasparente e consapevole un effettivo controllo sulla programmata riduzione del personale...”» (Conformi: Cass. 11.4.2003, n. 5770, in *GLav.*, 2003, n. 23, 42; Cass. 11.7.2007, n. 15479, in *GLav.*, 2007, n. 41, 48; Cass. 2.3.2009, n. 5034, in *RIDL*, 2009, II, 768; Cass. 9.3.2015, n. 4678, in *RGL*, 2015, II, 425).

Dalla pronuncia in commento emerge come il rispetto dei diritti di informazione e di consultazione dettati dalla Direttiva n. 98/59/Ce assicuri il regolare svolgimento della funzione di controllo affidata ai rappresentanti dei lavoratori e – dalla legge italiana – alle organizzazioni sindacali. Nell'economia di questo commento (Che non consente di affrontare il contenuto e le modalità dell'informazione e consultazione, su cui vd., per tutti, Garofalo, Chieco 2001, 86; Verrecchia 2008, 339; Alaimo, 2009, 663; nonché Leonardi, 2010), dobbiamo ricordare che i diritti di informazione e di consultazione sono diritti fondamentali dei lavoratori sanciti dall'art. 27 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue e più volte ribaditi dal legislatore europeo (Cfr. Direttive n. 2002/14/Ce, n. 2009/38/Ce, n. 2001/86/Ce, n. 2003/72/Ce, n. 89/391/Cee). La comunicazione carente di informazioni funzionali a comprendere la questione o l'informazione fornita in modo non tempestivo per lo svolgimento delle

consultazioni svuotano di effettività la successiva consultazione poiché basate su informazioni incomplete, assenti o tardive (Sul punto, vd. C. Giust. 8.6.1994, C-382/1992 e C-383/1992, *Commissione c. Regno Unito e Irlanda del Nord*, rispettivamente in *NGL*, 1995, 143, e in *FI*, 1995, IV, 293). D'altronde, la S.C. ha già avuto modo di chiarire che la previsione legale che specifica quali sono le informazioni che il datore di lavoro deve fornire risponde alla finalità di consentire al sindacato di «esercitare efficacemente il ruolo di cogestione che la legge gli assegna» (Così Cass. 9.9.2003, n. 13196, in *RGL*, 2004, II, 752, con nota di Muggia; in dottrina, vd. D'Antona 1992, 321). Sicché l'imprenditore è tenuto a fornire le informazioni e a svolgere la consultazione secondo i canoni della buona fede e della correttezza ai sensi degli articoli 1175 e 1375 c.c. In proposito, precisava Massimo D'Antona, l'impresa ha un obbligo di negoziare in buona fede così che «il comportamento non collaborativo o di malafede, in quanto lesivo dell'attività sindacale, potrà ben essere sanzionato come condotta antisindacale» (Così D'Antona 1992, 321). Al giudice, quindi, compete di valutare la correttezza procedurale dell'operazione e, in particolare, «l'adeguatezza della originaria comunicazione di avvio della procedura» (Così la sentenza in commento; nello stesso senso, tra le tante: Cass. 11.7.2007, n. 15479, in *GLav.*, 2007, n. 41, 48; Cass. 3.3.2009, n. 5089, in *GLav.*, 2009, n. 19, 47; Cass. 4.11.2013, n. 24701, in *Massimario.it*; Cass. 9.3.2015, n. 4678, cit.; Cass. 21.9.2016, n. 18504, in *Massimario.it*; in dottrina si vedano: Zoli 2008, 1354; Alleva 2006, 65; Ricci M. 2008, 199; da ultimo, Ricci *et al.* 2017, 1192). La correttezza della procedura ha importanti riflessi, infatti, anche sulla 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 (Sul punto, cfr., per tutti: Chieco 1998, 22; Garofalo 1997, 73; sull'interesse del singolo lavoratore alla correttezza della procedura, per tutti, D'Onghia 2005, 358). Da ciò deriva che i criteri di scelta dovranno essere precostituiti e oggettivi, non ritagliati caso per caso a misura delle situazioni dei singoli lavoratori interessati della misura espulsiva. Infatti, l'art. 5, c. 1, parte prima, della l. n. 223/91, stabilisce che il nesso di causalità è dato dalle esigenze tecnico-produttive e organizzative che delimitano la platea dei lavoratori interessati (Cass. 11.7.2013, n. 17177, in *MGC*, 2013). Il datore di lavoro, pertanto, non può scegliere discrezionalmente l'ambito entro il quale fare la selezione, ma questa scelta deve essere motivata dalle caratteristiche della riduzione o trasformazione dell'attività alla base dei licenziamenti collettivi. I lavoratori da espellere verranno individuati mediante l'applicazione dei criteri di scelta contrattati (o, in mancanza, previsti dalla legge) con valutazione comparativa tra il gruppo degli interessati (Cass. 18.1.2015, n. 880, in *GI*, 2015, 2279; Cass. 3.2.2014, n. 2298, in *GI*, 2014, 1647; Cass. 16.2.2010, n. 3603, in *GLav.*, 2010, n. 13, 21; in dottrina vd., per tutti, Natullo, 2017, 1317). In quanto strumento di individuazione dei lavoratori da licenziare, i criteri di scelta devono essere, quindi, «tutti e integralmente» (precisa la sentenza in commento) basati su elementi oggettivi e verificabili in modo da formare una graduatoria *rigida* dei lavoratori da espellere che non consenta l'ingresso di valutazioni discrezionali del datore di lavoro (Cfr. Cass. 24.4.1999, n. 4097, in *FI*, 1999, I, 2520; Cass. 24.4.2007, n. 9866, in *NGL*, 2007, 445; Cass. 9.6.2011, n. 12544, in *MGC*, 2011, n. 6, 872; Cass. 22.6.2012, n. 10424, in *OGL*, 2012, 382). Il legislatore, infatti, ha affidato alle parti sociali solo il potere di modificare il catalogo dei criteri e non la funzione (Tipicamen-

te gestionale, scrive D'Antona 2000, 917) di concordare la lista dei licenziati. Sicché, quando il criterio di scelta dei lavoratori è unico, come nel caso in commento, la sua applicazione deve – da sola – consentire un procedimento selettivo imparziale che conduca alla scelta univoca dei lavoratori da licenziare. Infatti, la specificità nell'indicazione delle modalità applicative è necessaria anche quando il criterio di scelta negoziato sia unico (Vd. sentenza in commento; conformi: Cass. 8.11.2007, n. 23275, in *GLav.*, 2008, n. 5, 31; Cass. 22.6.2012, n. 10424, cit.; Cass. 26.8.2013, n. 19576, in *MGC*, 2013; Cass. 17.4.2014, n. 8971, in *Massimario.it*). Insomma, il criterio delle esigenze tecnico-produttive e organizzative di cui all'art. 5, c. 1, prima parte, della l. n. 223/91 prova l'oggettiva ragionevolezza della delimitazione dell'ambito dei lavoratori interessati alla riduzione di personale tra i quali si dovrà operare la selezione; lo stesso criterio, usato come criterio di scelta, prova l'oggettiva ragionevolezza della scelta del singolo. Pertanto, i licenziamenti comminati sulla base dell'accordo sindacale non sono validi se, alla prova di resistenza dei criteri (legali o contrattuali), la scelta dei licenziati non regge al citato controllo di ragionevolezza (D'Antona 2000, 912). La S.C. ha, quindi, confermato la valutazione del giudice di secondo grado circa la genericità del criterio unico delle esigenze tecnico-produttive e organizzative addotte dalla società, in quanto non consentivano un controllo effettivo e oggettivo delle singole posizioni lavorative e una loro comparazione al fine di una scelta improntata a razionalità, e non a condotte discriminatorie o prive di sostegno logico-giuridico. Quindi, anche quando il criterio prescelto sia unico, nella comunicazione *ex art.* 4, c. 9, l. n. 223/91, il datore di lavoro deve provvedere a specificarne le modalità applicative, in modo che il lavoratore sia in grado di percepire perché proprio lui sia il destinatario del collocamento in mobilità o del licenziamento collettivo (Cfr. Cass. 8.11.2007 n. 23275, cit.). Nell'ambito di una procedura come quella di specie, infatti, non è sufficiente (come nel licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo) la mera soppressione del posto, in quanto dall'applicazione del criterio di scelta – seppure unico – deve derivare l'individuazione «in via obiettiva e generale» dei lavoratori da licenziare (Cass. 17.3.2014, n. 6112, in *GI*, 2015, 916; Cass. 11.7.2013 n. 17177, cit.; Cass. 16.2.2012 n. 2255, in *RIDL*, 2012, II, 789, con nota di Borzaga). In mancanza, la selezione risulta rimessa al datore di lavoro con conseguente «*vulnus* al pieno esercizio della funzione sindacale di controllo e di valutazione» (così la sentenza *de quo*; in dottrina, cfr. Carabelli 2001, 192).

Riferimenti bibliografici

- Alaimo A. (2009), *Il coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa: informazione, consultazione e partecipazione*, in Ajani G., Benacchio G.A. (a cura di), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, vol. V, *Il lavoro subordinato*, a cura di Caruso B., Sciarra S., Giappichelli, Torino, 641 ss.
- Alleva P.G. (2006), *Presente e futuro dei licenziamenti per ragioni economico-produttive*, in *RGL*, I, 65 ss.
- Carabelli U. (2001), *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, in Aa.Vv., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Cacucci, Bari, 195 ss.
- Carabelli U., Giubboni S. (2013), *Il licenziamento collettivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Cacucci, Bari, 391 ss.

- Chieco P. (1998), voce *Licenziamenti: III) Licenziamenti collettivi – Nuova disciplina*, in *EGT*, 1.
- D'Antona M. (1992), *I Licenziamenti per riduzione di personale nella l. 223/91*, in *RCDL*, 317 ss.
- D'Antona M. (1994), *Criteri di scelta dei lavoratori ed oneri a carico delle imprese*, in M. Persiani (a cura di), *Commentario alla legge 23 luglio 1991, n. 223*, in *NLCC*, n. 4-5, 922 ss., ora in D'Antona M., *Opere*, Giuffrè, 2000, vol. III, tomo II, 899 ss.
- D'Onghia M. (2005), *La forma vincolata nel Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Ferramosca L. (2009), *Sull'efficacia sanante delle irregolarità della procedura in caso di accordo delle organizzazioni sindacali*, in *RGL*, II, 198 ss.
- Garofalo M.G. (1997), *Eccedenze di personale e conflitto: profili giuridici*, in *DLRI*, n. 19, 73 ss.
- Garofalo M.G., Chieco P. (2001), *Licenziamenti collettivi e diritto europeo*, in *DLRI*, n. 89, 86 ss.
- Guastini R. (2011), *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano.
- Leonardi S. (a cura di) (2010), *La partecipazione dei lavoratori nell'impresa. I diritti di informazione e consultazione dopo il d.lgs. 25/2007*, Ediesse, Roma.
- Maresca A. (2012), *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, I, 415 ss.
- Muggia R. (2004), *Licenziamenti collettivi, diritti lesi e legittimazione attiva*, in *RGL*, n. 4, II, 752 ss.
- Natullo G. (2017), *La selezione dei lavoratori da licenziare*, in Gragnoli E. (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), Cedam, Padova, 1317 ss.
- Ricci M. (2008), *Mercato del lavoro e licenziamenti collettivi*, in *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 199 ss.
- Ricci M. et al. (2017), *Nozione e procedura*, in Gragnoli E. (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), Cedam, Padova, 1192 ss.
- Satta F. (1988), voce *Irretroattività della legge*, in *EGT*, 1.
- Vallebona A. (2012), *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino.
- Verrecchia G. (2008), *Informazione e consultazione dei lavoratori: i minimi inderogabili nel d.lgs. 25 del 2007*, in *DLM*, 339 ss.
- Zoli C. (2008), *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, 1349 ss.

Ornella La Tegola

Avvocato e dottore di ricerca in Diritto del lavoro

CASSAZIONE, 20.1.2017, n. 1545, S.U. – Pres. Di Amato, Est. Spirito, P.M. Iacoviello (parz. diff.) – Banca di credito cooperativo di Ostra e Morro D’Alba S.C. (avv. Sassaroli) c. Korg Italy Spa (avv. Mazzei). Cassa Tribunale di Ancona, 15.11.2013.

Retribuzione – Società per azioni – Amministratore – Art. 409, c. 3, c.p.c. – Art. 2094 c.c. – Immedesimazione organica – Rapporto societario – Cumulo attività gestoria e lavorativa – Pignorabilità compensi.

L'amministratore unico o il consigliere d'amministrazione di una società per azioni sono legati da un rapporto di tipo societario che, in considerazione dell'immedesimazione organica che si verifica tra persona fisica ed ente e dell'assenza del requisito della coordinazione, non è compreso tra quelli previsti dal n. 3 dell'art. 409 c.p.c. Ne deriva che i compensi spettanti ai predetti soggetti per le funzioni svolte in ambito societario sono pignorabili senza i limiti previsti dal c. 4 dell'art. 545 c.p.c. (1)

(1) SULLA NATURA GIURIDICA DEL RAPPORTO
TRA AMMINISTRATORE E SOCIETÀ PER AZIONI

SOMMARIO: 1. Gli amministratori di Spa tra dottrina e giurisprudenza: profili storico-ricostruttivi. — 2. Le ragioni delle Sezioni Unite: tra immedesimazione organica e riforma del diritto societario. — 3. L'eventuale cumulo tra funzioni amministrative e rapporto di lavoro. — 4. Immedesimazione organica e pignorabilità dei compensi.

1. — *Gli amministratori di Spa tra dottrina e giurisprudenza: profili storico-ricostruttivi* — Con la sentenza in epigrafe, la Suprema Corte a Sezioni Unite torna a pronunciarsi sulla qualificazione giuridica del rapporto che lega una società di capitali e il proprio amministratore: nel caso di specie, i profili qualificatori del rapporto sono strumentali alla pignorabilità integrale o parziale dei compensi dovuti all'amministratore dalla società medesima. Più precisamente, la Suprema Corte, nel cassare la sentenza emessa dal giudice di prime cure, reputa la relazione tra amministratore e società per azioni come di tipo organico, e non come rapporto di lavoro subordinato o parasubordinato; da ciò, le Sezioni Unite fanno discendere l'integrale pignorabilità degli emolumenti spettanti all'amministratore per l'attività gestoria e di rappresentanza svolta, non soggetti alla limitazione quantitativa di cui all'art. 545, c. 4, c.p.c., circoscritta invece ai compensi dovuti a titolo di prestazione di lavoro subordinato o parasubordinato.

Ben prima della sentenza in commento, e cioè sin dall'entrata in vigore del codice civile, dottrina e giurisprudenza si sono divise in merito alla natura del rapporto in questione: è innegabile come la sistematica codicistica attribuisca centralità alla figura dell'amministratore inteso quale rappresentante della società, senza curarsi nel detta-

glio delle relazioni interne tra quest'ultimo e l'impresa rappresentata da una specifica angolazione giuslavoristica (1).

Nell'architettura del libro V del codice civile, l'attenzione del legislatore del 1942 era principalmente dedicata alle modalità di esteriorizzazione della volontà della persona giuridica società di capitali, in un contesto di recente industrializzazione e apertura al capitalismo associativo, in cui si manifestava su larga scala la diversificazione tra proprietà privata dei beni investiti nelle imprese e potere di gestione dei beni medesimi (2); in un siffatto contesto si attribuiva centralità al modo in cui il «capitalista dirigente» (ovvero l'amministratore) concretizza la volontà della grande impresa, senza prestare troppa attenzione ai poteri decisionali del «capitalista monetario», la cui funzione si esaurisce tendenzialmente nell'investimento delle proprie risorse nell'impresa (3).

In tale temperie culturale, sin dal secondo dopoguerra si è venuta a creare una contrapposizione di massima tra i fautori delle teorie contrattualistiche e di quella organica in merito alla fonte dei poteri e doveri degli amministratori (4): le prime, nel concepire tali poteri come derivati da una fattispecie negoziale, sussumono il rapporto tra amministratore e società ora nel contratto di mandato (5), ora in quello di lavoro subordinato (6), ora nell'alveo della parasubordinazione (7), ora in un contratto tipo a sé stante con oggetto la prestazione di lavoro in senso ampio, la cui disciplina va ricercata in una pluralità di sedi (8).

Al contrario, il secondo modello teorico, sulla base dell'influsso della dogmatica tedesca di fine Ottocento (9), ritiene che la figura dell'amministratore sia legata da un rapporto di preposizione organica con la società, posto che ne esteriorizza la volontà al massimo livello: in tale ottica è impossibile diversificare l'*agere* della persona fisica da quella dell'ente che quest'ultima impersona. Secondo tale impostazione, i poteri di gestione e rappresentanza, non disponibili dall'assemblea, sono originari: infatti vengono attribuiti dal contratto di società e dalla legge agli amministratori, in quanto organi necessari, per dare esecuzione al contratto stesso (10); di conseguenza il rapporto di amministrazione non sorge quando l'accettazione è conforme alla proposta, conformemente ai principi generali sulla conclusione del contratto, ma è al

(1) Martinelli 1981, 997.

(2) Mengoni 1958, 44 ss.; Petino 1968, 16-18.

(3) Sulla distinzione tra capitale dirigente e monetario cfr. Galgano 1973, 24-26.

(4) Per una ricostruzione delle differenti opzioni ermeneutiche cfr.: Pilati 2009, 1 ss.; Pasquini 2005, 723 ss.

(5) Cfr. Santoro Passarelli G. (1979, 154), che fa leva sull'allora formulazione testuale dell'art. 2392 c.c., secondo cui gli amministratori devono compiere i doveri loro imposti da legge e statuto con la diligenza del mandatario, e sull'analogia tra la disciplina del contratto di mandato e quello di amministrazione. In senso conforme Santoro Passarelli F. 1972, 93. Invero, già il Codice di commercio del 1882 riconduceva taluni rapporti di lavoro, caratterizzati dalla presenza del requisito della rappresentanza dell'impresa, nel *genus* del mandato commerciale: cfr. Zilio Grandi 2007, 66 ss.

(6) Cfr. Barassi 1949, 292-294.

(7) Cfr. Andrioli 1974, 45; Caiafa 1977, 58; Cessari 1974, 19.

(8) Cfr. Minervini 1956, 71.

(9) Cfr. Montuschi 1963, 498.

(10) Cfr. Galgano 1973, 121-122.

contrario frutto dell'incrocio tra due atti unilaterali distinti, ognuno dei quali mantiene la propria specificità (11).

Le oscillazioni giurisprudenziali registratesi a partire dall'immediato dopoguerra (12), che hanno risentito in buona parte delle predette opzioni ermeneutiche, venivano ricomposte per la prima volta dalle Sezioni Unite nel 1994 (13): il Supremo Collegio faceva propria la tesi, rimasta sino ad allora minoritaria, della parasubordinazione (14) *ex art.* 409, c. 3, c.p.c. (15), distinguendo tra immedesimazione organica, da un lato, e rapporto di lavoro, dall'altro. Nel ragionamento della Corte vero è che l'amministratore nelle relazioni coi terzi si pone come organo sociale per cui gli atti compiuti sono da ascrivere alla società; tuttavia, nei rapporti interni si è in presenza di un rapporto di lavoro parasubordinato, se ricorrono in concreto i requisiti della personalità, della continuità e del coordinamento della prestazione.

Più specificamente, la tesi della parasubordinazione veniva giustificata alla luce di una interpretazione sistematica del dettato normativo, attraverso una lettura coordinata dell'art. 409, c. 3, c.p.c. con le disposizioni del libro V del codice civile sulle prerogative degli amministratori: il requisito della continuità della prestazione era rinvenuto nel raccordo continuo tra amministratore e assemblea dei soci per la determinazione puntuale dei comportamenti dovuti nella messa in pratica dell'attività gestoria. In tal senso, a giudizio del Supremo Collegio, deponevano l'applicabilità delle norme sul mandato al rapporto di amministrazione, gli obblighi di non concorrenza e di non porsi in conflitto di interessi (artt. 2390-2391 c.c.), la necessaria predeterminazione di un compenso per l'attività gestoria svolta, e infine i limiti al potere di gestione attraverso il controllo esercitato dal collegio sindacale *ex art.* 2403 c.c.

Va da sé che una siffatta qualificazione del rapporto consentiva una più spedita tutela in sede processuale delle ragioni dell'amministratore, vista l'applicazione del rito del lavoro, improntato a oralità, immediatezza e concentrazione (almeno in via teorica) rispetto all'ordinario giudizio di cognizione.

2. — *Le ragioni delle Sezioni Unite: tra immedesimazione organica e riforma del diritto societario* — Nonostante l'intervento delle Sezioni Unite, tanto la giurisprudenza di merito quanto quella di legittimità hanno continuato a registrare divisioni circa la

(11) Cfr. Ferri 1971, 491; Bano 2003, 192.

(12) A favore dell'immedesimazione organica: Cass. 8.7.1986, n. 4463, in *GC*, 1987, n. 7; Cass. 13.4.1991, n. 3980, in *MGL*, 1991, 576; al contrario, sposa la tesi della parasubordinazione Cass. 2.10.1991, n. 10259, in *GC*, 1991, n. 10.

(13) Cass., S.U., 21.10.1994, n. 10684, in *RGL*, 1995, II, con nota di K.S., 806.

(14) Il sintagma «parasubordinazione» è di conio dottrinale e ricomprende in formula riassuntiva i rapporti di cui all'art. 409, c. 3, c.p.c.: la definizione stipulativa – che risente delle teorie socio-economiche della subordinazione e dunque di aspetti esterni alla struttura della fattispecie (segnatamente la sottoposizione economica del prestatore) – viene utilizzata dalle S.U. tanto nel 1994 quanto nel 2017 come canone interpretativo per la qualificazione del rapporto amministratore-società. Sulla relativa nozione cfr.: Tosi, Lunardon 1998, 273-275; Santoro Passarelli G. 1979.

(15) Cass. 24.3.1981, S. II, n. 1722, in *DL*, 1981, II, con nota di Martinelli. In senso conforme Cass. 13.4.1991, n. 3980, in *MGL*, 1991, 576; Cass. 14.12.1991, n. 13498, in *FI*, 1992, I, 1803.

qualificazione del rapporto di amministrazione (16), per cui si è nuovamente resa necessaria una pronuncia delle Sezioni Unite a poco più di un ventennio dal *leading case* del 1994. Nel caso di specie, il ricorrente, già amministratore delegato e membro del consiglio di amministrazione di due distinte società di capitali, all'esito di una procedura esecutiva si vedeva pignorati tutti gli emolumenti corrispostigli dalle due persone giuridiche in costanza di rapporto: il giudice dell'esecuzione qualificava infatti l'attività svolta come lavoro autonomo e non come parasubordinato, e dunque non soggetta ai limiti di cui all'art. 545, c. 4, c.p.c. In sede di opposizione, l'autorità giudiziaria accoglieva la domanda attorea, poiché riconduceva l'attività gestoria nell'alveo della parasubordinazione, e sanciva conseguentemente la non pignorabilità oltre il quinto dei relativi compensi.

La Corte – pronunciata, una volta investita della questione, a Sezioni Unite in ragione del perdurante contrasto tra Sezioni semplici – ribalta il precedente orientamento e qualifica il rapporto in oggetto come immedesimazione organica di tipo societario: il «cambio di rotta» viene giustificato alla luce della riforma del diritto societario di cui al d.lgs. n. 6/2003, che ha ridisegnato i rapporti di forza tra assemblea e organo esecutivo in favore del secondo all'insegna di una maggiore efficienza e rapidità gestionale (17).

Al riguardo, in ragione del combinato disposto dei nuovi artt. 2380-*bis* e 2364, c. 5, c.c. gli amministratori – eccettuati i casi previsti dalla legge e dallo statuto – non sono più vincolati come in precedenza dalle delibere assembleari, ben potendo disattendere direttive e istruzioni; amministratori che dunque sono in via generale titolari delle competenze gestorie. Più in particolare, l'art. 2380-*bis* prevede che «la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale», accompagnato dall'art. 2364, c. 5, c.c., in ragione del quale l'assemblea ordinaria «delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea, nonché sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento degli atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti» (18).

Da ultimo, a favore della tesi dell'immedesimazione organica va aggiunto come la riforma del 2003 abbia attribuito agli amministratori delle competenze prima spettanti all'organo assembleare: si pensi, a titolo paradigmatico, alla possibilità di emettere titoli

(16) A favore della tesi della parasubordinazione Cass. 6.6.2003, S. I, n. 9090, in *GC*, 2004, I, 2341, con nota di Cameli; Cass. 20.2.2009, n. 4261, in *FI*, 2009, n. 12, I, 3386; Cass. 2.7.2013, S. VI, n. 16494, in *GC*, 2013; T. Roma 18.11.2014, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2015, n. 1, 122; Cass. 4.3.2000, n. 2458, in *GC*, 2000, 351. Per la teoria dell'immedesimazione organica cfr., *ex plurimis*: Cass. 12.9.2008, S. I, n. 23357, in *GC*, 2008, n. 9, 1350; Cass. 1.4.2009, S. I, n. 7961, in *GC*, 2009, n. 4, 562; Cass. civ. 26.2.2002, n. 2861, in *GC*, 2002, 327. Affermano invece la natura di contratto di lavoro autonomo Cass. 13.11.2012, S. I, n. 19714, in *GC*, 2012, n. 11, 1297; Cass. 1.4.2009, S. I, n. 7961, in *GC*, 2009, n. 4, 562.

(17) Cfr.: Spiotta 2013, 587 ss.; Malberti *et al.* 2005, 3 ss. In senso parzialmente contrario cfr. Bonelli (2004, 8-9), secondo cui la non tendenziale soggezione dell'amministratore alle decisioni assembleari era già desumibile per via interpretativa prima della riforma del 2003.

(18) La centralità dell'organo amministrativo viene riproposta tanto dall'art. 2409-*novies*, c. 10, c.c. per il consiglio di gestione in merito al sistema dualistico, quanto dall'art. 2409-*septies*, c. 10, c.c. per il consiglio di amministrazione proprio del sistema monistico.

obbligazionari *ex art.* 2410 c.c. (prima di competenza dell'assemblea straordinaria); a talune ipotesi di aumento del capitale sociale senza diritto d'opzione, e alle modifiche statutarie minori, che spettano all'organo amministrativo se lo statuto lo prevede espressamente. Non va poi dimenticato che sono prerogative degli amministratori convocare l'assemblea e fissarne l'ordine del giorno (art. 2366 c.c.), e redigere annualmente il progetto di bilancio annuale da sottoporre all'approvazione dell'assemblea (art. 2423 c.c.).

Tanto premesso, la dottrina giuscommercialistica ha giustamente osservato come in ragione delle ampie prerogative gestionali la figura dell'amministratore può essere accostata a quella dell'imprenditore, posto che di fatto pone in essere il coordinamento tra i vari fattori della produzione (19).

Il quadro normativo di riferimento, per come brevemente descritto, è profondamente cambiato rispetto a quello originario del codice civile del 1942, che aveva portato la Suprema Corte a ricondurre il rapporto di amministrazione nell'area del lavoro parasubordinato. Al contrario, gli indici normativi anzidetti, e segnatamente i limitati poteri di ingerenza dell'organo assembleare alla luce degli artt. 2380-*bis* e 2364, c. 5, c.c., non soddisfano il requisito del coordinamento di cui all'art. 409, c. 3, c.p.c., inteso come potere di conformazione della prestazione dovuta o semplice richiesta di adempimento della prestazione dedotta in contratto (20): è fuor di dubbio che l'attività personale dell'amministratore è volta a soddisfare un interesse durevole della compagine sociale; tuttavia, la stessa non è in via generale frutto di una programmazione negoziale tra le parti per il raggiungimento dell'oggetto sociale.

La predetta ipotesi ricostruttiva è confermata da un'interpretazione sostanziale del dettato normativo (come del resto operato dalle Sezioni Unite nella sentenza in commento), secondo cui il coordinamento è il riflesso di una situazione di debolezza contrattuale di una delle parti: già anteriormente alla riforma del diritto societario, parte della dottrina non faceva rientrare il rapporto di amministrazione nel perimetro applicativo dell'art. 409, c. 3, c.p.c., poiché all'autonomia giuridica si accompagna una parità socio-economica tra i contraenti (21). In altri termini, la Corte basa la propria interpretazione sulla *ratio legis* della riforma del processo del lavoro del 1973, che si applica anche a controversie relative a tipologie contrattuali che, pur non qualificabili come lavoro subordinato, sono pur sempre soggette a forme di controllo penetrante a opera del committente.

In ultima analisi, l'interpretazione finalistica del dettato normativo, che nel 1994 le Sezioni Unite avevano sbrigativamente qualificato come lettura sociologica e non tecnico-giuridica (22), consente di escludere la figura dell'amministratore di società

(19) Galgano 2004, 251. Già la giurisprudenza, anteriormente alla riforma di cui al d.lgs. n. 6/2003, era pervenuta a tale conclusione: cfr. Cass. 11.4.1983, S. III, n. 2542, in *FI*, 1983, I, 1244.

(20) Per una ricostruzione degli indici sintomatici della dipendenza economica propria della parasubordinazione cfr. Perulli 2007, 80 ss.

(21) Cfr.: Sandulli 1974, 336; Id. 1982, 266-268; Pedrazzoli 1984, 35; Santoro Passarelli G. 1979, 154.

(22) A proposito del requisito della debolezza contrattuale, nella sentenza del 1994 si legge che «quest'elemento è di incerta definizione e, quel che più conta, è di contenuto sociologico, ossia valido quale ausilio interpretativo in quanto idoneo a ricostruire la *ratio legis*, ma non è assumibile quale presupposto di applicabilità di una norma».

di capitali dall'area della parasubordinazione, posto che difetta una qualche forma di coordinamento della prestazione in capo all'assemblea idealmente intesa quale committente.

A primo acchito, l'assenza del requisito del coordinamento, al pari di un eventuale potere direttivo o di controllo in capo all'assemblea dei soci, consentirebbero di ricondurre il rapporto tra società e amministratori nel *genus* del lavoro autonomo di tipo intellettuale (artt. 2230 ss. c.c.). Tuttavia, le Sezioni Unite, abbandonando integralmente la prospettiva contrattuale, ritengono che si tratti di un peculiare rapporto di immedesimazione organica, che qualificano di tipo «societario» posto che serve a esteriorizzare l'azione della persona giuridica. Già in passato, a onor del vero, la Suprema Corte si era espressa in tal senso, ritenendo che il privilegio generale sui beni mobili di cui all'art. 2751-bis, n. 2, c.c. non trovasse applicazione ai crediti vantati dall'amministratore nei confronti della società: infatti, quest'ultimo non fornisce una prestazione d'opera intellettuale volta a perseguire un determinato risultato con conseguente sopportazione del rischio; al contrario, secondo la Corte, che fa propria la teoria organica, trattasi di attività non determinabile aprioristicamente posto che si identifica con l'*agere* dell'impresa stessa (23).

Se si è dunque in presenza di un rapporto organico, e non di una prestazione di lavoro parasubordinato o subordinato, le eventuali controversie patrimoniali non saranno devolute alla *cognitio causae* del giudice del lavoro: in tal caso, il rapporto giuridico non sorge da un contratto, ma, all'interno di un sistema «aperto» delle fonti delle obbligazioni *ex* art. 1173 c.c. (24), da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle conformemente all'ordinamento giuridico, che nel caso di specie è da ravvisare nella preposizione organica.

Nel ragionamento della Corte, tale ipotesi ricostruttiva è suffragata non soltanto dall'indagine sulla qualificazione del rapporto, ma anche da talune norme processuali sul riparto di competenza *ratione materiae*: il Supremo Collegio fa specifico riferimento all'art. 3, c. 2, lett. a, del d.lgs. n. 168/2003, che devolve alla competenza del tribunale delle imprese (25) tutte le controversie in materia di «rapporti societari ivi compresi quelli concernenti l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro i componenti degli organi amministrativi o di controllo...».

(23) Cass. 27.2.2014, S. I, n. 4769, in *FI*, 2014, n. 6, I, 1832; Cass. 17.10.2014, S. I, n. 22046, in *Diritto e giustizia*, 2015, 27 maggio; in senso parzialmente conforme Cass. 23.7.2004, S. I, n. 13805, in *GC*, n. 7-8, che, pur non attribuendo al rapporto tra amministratore e società natura di lavoro autonomo, non ritiene appagante la teoria dell'immedesimazione organica.

(24) Cfr.: Nivarra 2011, 6-9; Gazzoni 2013, 577; Di Majo 1988, 194.

(25) Il tribunale delle imprese è una sezione specializzata del tribunale ordinario, istituito con decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, poi convertito con modificazioni nella legge 24 marzo 2012, n. 27. Le nuove sezioni specializzate in materia di impresa sono istituite presso i tribunali e le Corti d'Appello con sede nel capoluogo di ogni regione. Fanno eccezione la Valle D'Aosta (con trasferimento di competenza al Tribunale e alla Corte d'Appello di Torino), la Lombardia (con l'istituzione della sezione specializzata anche presso il Tribunale e la Corte d'Appello di Brescia) e la Sicilia (con la creazione di tale sezione anche presso il Tribunale e la Corte d'Appello di Catania). Cfr. Mandrioli 2016, 161-163.

A fronte di una nozione assai lata di «rapporto societario», le S.U. vi ricomprendono tutte le controversie che scaturiscono dalla preposizione organica dell'amministratore a opera dell'assemblea sociale; invero, l'opzione ermeneutica estensiva (26) si iscrive all'interno di un nuovo corso interpretativo inaugurato nel 2015: sulla base di tale principio di specializzazione processuale, la Cassazione ha ritenuto che appartiene alla sezione specializzata in materia di impresa la controversia introdotta dagli amministratori di Srl con cui viene impugnata la delibera assembleare che ne dispone la revoca per giusta causa (27). Al contrario, qualora il *thema decidendum* dovesse non essere legato all'immedesimazione organica, ma a un eventuale e ulteriore contratto di lavoro subordinato tra l'amministratore e la società (28), sempre in ragione del principio di specializzazione processuale la relativa competenza sarà del giudice del lavoro (29).

3. — *L'eventuale cumulo tra funzioni amministrative e rapporto di lavoro* — Per evitare fraintendimenti, in un *obiter* la Corte precisa opportunamente come la teoria dell'immedesimazione organica di tipo societario non precluda l'eventuale stipulazione di un contratto di lavoro tra la compagine sociale e l'amministratore. In tal caso, la prestazione lavorativa, sia essa di lavoro autonomo, subordinato o parasubordinato, deve trovare un titolo diverso dalla mera preposizione organica e avere un distinto sostrato mansionistico, sulla base di un consolidato indirizzo dottrinale (30) e giurisprudenziale sviluppatosi dalla metà degli anni cinquanta (31).

Sul punto, è dato registrare un orientamento ermeneutico restrittivo: infatti, non tutte le attività professionali poste in essere dall'amministratore nell'esercizio della pro-

(26) Da ultimo, T. Napoli Nord 24.1.2017, S. VIII, in *Redazione Giuffrè*, 2017, in cui si afferma che, «In tema di società, l'art. 3, comma 2, d.l. n. 1/2012, così come sostituito dalla legge di conversione 24 marzo 2012, n. 27 – con riguardo alla competenza dei tribunali delle imprese –, ha quale *ratio* quella di concentrare presso detto Tribunale la competenza relativa a tutte le questioni afferenti le società di capitali cosicché il concetto di rapporti societari deve essere interpretato, legislativamente, attribuendogli massima portata».

(27) Cass. 9.7.2015, S. VI, n. 14369, in *DG*, 2015, 1° luglio, con nota di Paganini. In senso conforme Cass. 7.7.2016, S. VI, n. 13956, con nota di Gallo, in *Isocietario.it*, 2017, 18 gennaio, sempre in materia di impugnazione di delibera assembleare con oggetto la revoca dalla carica di consigliere di amministrazione; Cass. 11.2.2016, S. I, n. 2759, in *GC*, 2016, avente a oggetto la controversia tra un amministratore e una società di capitali per le somme a lui dovute in conseguenza dell'attività gestoria esercitata; T. Roma, S. spec. Impresa, 28.9.2015, Est. Remo Scerrato, in *Isocietario.it*, 2015, 8 ottobre: rientra nella competenza della sezione specializzata la controversia relativa alla pretesa creditoria azionata dal professionista contro la società per i compensi maturati quale membro del collegio sindacale della Srl. *Contra*, Cass. 23.5.2014, S. VI, n. 11448, in *GC*, 2014.

(28) Cfr. *infra*, sub par. 3.

(29) Cfr. T. Bologna, S. spec. Impresa, 7.7.2014, in *FI*, 2014, n. 10, I, 2970, con nota di Ricci.

(30) Cfr. Montuschi 1963.

(31) La «virata» verso la teoria del cumulo si verifica con Cass. 24.3.1956, n. 845, in *MGL*, 1956, 873. Prima di allora si erano registrati degli isolati provvedimenti di talune Corti di merito: per i riferimenti giurisprudenziali cfr. Montuschi 1963, 495, sub nota 20.

pria carica vengono considerate come autonomamente retribuibili; a titolo esemplificativo, non esulano dal rapporto societario le consulenze dell'amministratore ingegnere di una società di progettazione che abbia esaminato i progetti eseguiti da consulenti esterni e fornito delle istruzioni tecniche (32). Parimenti, l'avvocato consigliere di amministrazione non ha diritto a ulteriori emolumenti per la consulenza legale prestata durante le attività del consiglio, posto che è stato nominato amministratore in ragione delle competenze tecnico-specialistiche possedute (33).

L'accertamento si fa ancora più rigoroso in materia di lavoro subordinato: per integrare i requisiti dell'art. 2094 c.c. si deve provare che l'amministratore sia soggetto al potere direttivo e di controllo degli altri organi sociali, e che cioè versi in uno stato di soggezione nel momento in cui rende la prestazione, accompagnato a una situazione di alterità degli interessi (34); così, ad esempio, la giurisprudenza esclude *tout court* che l'amministratore unico possa nel contempo essere lavoratore subordinato della medesima azienda, in ragione dell'incompatibilità logico-giuridica tra la posizione apicale rivestita e quella di dipendente, ancorché di grado elevato (35). Al contrario, è possibile che un amministratore possa svolgere attività *ex art.* 2094 c.c., a condizione che sia dimostrata in giudizio la totale diversificazione tra le funzioni gestorie e la prestazione di lavoro subordinato, e che quest'ultima sia soggetta alle direttive impartite dal consiglio di amministrazione (36). Secondo la giurisprudenza di legittimità, ciò è plausibile anche in presenza di un consiglio composto da due soli membri, di cui uno sia anche impiegato dalla società, a condizione che venga provato l'effettivo assoggettamento del lavoratore all'eterodirezione da parte del consiglio stesso (37).

4. — *Immedesimazione organica e pignorabilità dei compensi* — Nella sentenza in commento, la proiezione processuale della tesi del rapporto societario è quella dell'integrale pignorabilità dei compensi spettanti all'amministratore: se gli emolumenti sono dovuti in ragione della preposizione organica, e non per attività di lavoro subordinato o parasubordinato, allora non opera la previsione di cui all'art. 545, c. 4, c.p.c. secondo cui le somme dovute dai privati a titolo di stipendio, di salario o di altre indennità relative al rapporto di lavoro o di impiego «possono essere pignorate nella misura di un quinto per i tributi dovuti allo Stato, alle Province e ai Comuni, e in eguale misura per ogni altro credito».

(32) Cass. 11.10.1969, n. 3284, in *Casi e materiali di dir. comm.* 1. *Società per azioni*, 1974, 708.

(33) Cfr. Bonelli 2004, 136.

(34) Cfr.: Ferraro 2004, 241; Tosi (1974, 179), secondo cui la subordinazione viene meno solo quando «... l'amministratore si trova in condizioni tali da risultare l'effettivo e unico *dominus*»; Tosi, Lunardon 1998, 286. In giurisprudenza, da ultimo, cfr.: Cass. 30.9.2016, S. I, n. 19596, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2017, 1, 102; Cass. 6.11.2013, S. I, n. 24972, in *GC*, 2013.

(35) Cass. 5.9.2003, n. 13009, in *NGL*, 2004, 245; Cass. 24.5.2000, n. 6819, in *GC*, 2000, 1104; Cass. 10.2.2000, n. 1490, in *GC*, 2000, 292.

(36) Cass. 12.1.2002, n. 329, in *NGL*, 2002, 298; T. Bologna 10.7.2002 – Est. Dellacasa –, con nota di Navilli, in *LG*, 2003, 862.

(37) Cass. 17.11.2004, n. 21759, in *LG*, 2005, 378.

Nonostante la disposizione codicistica non faccia espresso riferimento alla parasubordinazione, quest'ultima vi è stata ricompresa in via interpretativa da recente giurisprudenza sulla base del criterio dell'*intentio legislatoris* di cui all'art. 12 delle preleggi (38): secondo i giudici di legittimità, anche al settore privato si applica la disposizione di cui all'art. 52, c. 3, d.P.R. n. 180/1950 (per come modificato dalle leggi n. 311/2004 e n. 80/2005), sul pignoramento dei salari dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, secondo cui «I compensi corrisposti a tali soggetti [ovvero quanti svolgono le attività ricomprese nell'art. 409, c. 3, c.p.c., *n.d.r.*] sono sequestrabili e pignorabili nei limiti di cui all'art. 545 c.p.c.» (39).

Le Sezioni Unite, nel qualificare le somme di danaro pignorate come emolumenti erogati in ragione del rapporto organico-societario, confermano l'indirizzo interpretativo che vieta delle applicazioni analogiche dell'art. 545, c. 4, c.p.c.: quest'ultima è infatti norma di carattere speciale volta a tutelare la fonte di reddito del lavoratore subordinato o parasubordinato quale contraente sottoprotetto in un'ottica costituzionalmente orientata (40). Sul punto, la lettura data dalla Corte è suffragata da talune pronunce di merito e di legittimità che, sempre facendo leva sul principio di specialità, escludono dalla sfera di applicazione dell'art. 545 c.p.c., c. 4, l'assegno vitalizio corrisposto al debitore esecutato già membro dell'Assemblea regionale siciliana o ex consigliere della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia (41). In un'ottica sistematica, tali sentenze sono parimenti utili nella misura in cui i compensi spettanti a chi ha ricoperto un *munus publicum* sono integralmente pignorabili in quanto corrisposti in conseguenza di un precedente rapporto di immedesimazione organica (in tal caso pubblicistico e non privatistico), e non di un'attività lavorativa in senso stretto.

In ultima analisi, la Suprema Corte sottopone correttamente al principio dell'integrale pignorabilità di ogni credito, desumibile dall'art. 2740 c.c. quale regola generale in materia di espropriazione forzata presso terzi, i compensi ricevuti dagli amministratori quale corrispettivo della loro attività gestoria e di rappresentanza.

Riferimenti bibliografici

- Andrioli V. (1974), *I rapporti previsti nell'art. 409*, in Barone C.M., Andrioli V. (a cura di), *Le controversie in materia di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 31 ss.
Bano F. (2003), *Lavoro e rapporti associativi*, in Cendon P. (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, Utet, Torino, 189 ss.

(38) Sulla tecnica interpretativa dell'intenzione del legislatore cfr. Guastini 2004, 150-153.

(39) Cass. 18.1.2012, S. III, n. 685, in *DL*, 2012, n. 1, 245: nel caso di specie, la Cassazione confermava il pignoramento nei limiti di un quinto di crediti derivanti da un rapporto di agenzia, ricompreso nella sfera di applicazione dell'art. 409, c. 3, c.p.c.

(40) Da ultimo, C. cost. 5.4.2016, n. 70, in *www.giurcost.org*, secondo cui «La tutela della certezza dei rapporti giuridici, in quanto collegata agli strumenti di protezione del credito personale, non consente di negare in radice la pignorabilità degli emolumenti, ma di attenuarla per particolari situazioni la cui individuazione è riservata alla discrezionalità del legislatore».

(41) T. Catania 29.2.2016, in *www.ilgiuslavorista.it*, 2016, 10 marzo; Cass. 8.10.1996, n. 8789, in *FI*, 1997, n. 1, I, 1908.

- Barassi L. (1949), *Il diritto del lavoro*. I. *Le fonti – Il rapporto di lavoro – Le qualifiche*, Giuffrè, Milano.
- Bonelli F. (2004), *Gli amministratori di Spa dopo la riforma delle società*, Giuffrè, Milano.
- Caiafa A. (1977), *Sulla applicabilità della legge 11 agosto 1973, n. 533, art. 409, agli amministratori di società*, in *DL*, LI, 47 ss.
- Cameli P. (2004), *Alcuni aspetti processuali dell'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori*, in *GC*, I, 2341.
- Campobasso G.F. (2011), *Diritto commerciale. 2. Il diritto delle società*, Utet, Torino.
- Cessari A. (1974), *Sul campo soggettivo di applicazione del nuovo rito del lavoro*, in *DL*, XLVIII, 14 ss.
- Di Majo A. (1988), *Delle obbligazioni in generale*, in Scialoja A., Branca G. (a cura di), *Commentario al codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1 ss.
- Ferraro G. (2004), *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino.
- Ferri G. (1971), *Le società*, in Vassalli G. (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino.
- Galgano F. (1973), *Le società per azioni. Le altre società di capitali. Le cooperative*, Zanichelli, Bologna.
- Galgano F. (2004), *Le nuove società di capitali e cooperative*, Cedam, Padova.
- Gazzoni F. (2013), *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche, Napoli.
- Guastini R. (2004), *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano.
- Malberti C. et al. (2005), *Sub Articolo 2380*, in Ghezzi F. (a cura di), *Amministratori*, Giuffrè, Milano, 3 ss.
- Mandrioli C., Carratta A. (2016), *Diritto processuale civile. II Il processo ordinario di cognizione*, Giappichelli, Torino.
- Martinelli P. (1981), *Il lavoro dell'amministratore di società: un nodo della cultura giuridica*, in *DL*, II.
- Mengoni L. (1958), *Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa*, in *RSoc.*, III, 44 ss.
- Minervini G. (1956), *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano.
- Montuschi L. (1963), *Socio, amministratore di società e rapporto di lavoro subordinato*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1, IX, 479 ss.
- Nivarra L. (2011), *Lineamenti di diritto delle obbligazioni*, Giappichelli, Torino.
- Paganini A. (2015), *La controversia relativa alla revoca del consiglio di amministrazione è di competenza del tribunale delle imprese*, in *DG*, 1° luglio.
- Pasquini F. (2005), *Il rapporto di amministrazione nella riforma del diritto societario e del lavoro*, in *DRI*, 3, 723 ss.
- Pedrazzoli M. (1984), *Prestazione d'opera e parasubordinazione*, in *RIDL*, n. 1, III, 24 ss.
- Perulli A. (2007), *Subordinazione e autonomia*, in Carinci F. (a cura di), *Il lavoro subordinato. II. Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, Giappichelli, Torino, 1 ss.
- Petino P. (1968), *Rapporto di amministrazione e rapporto di lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano.
- Pilati A. (2009), voce *Amministratori di società (diritto del lavoro e della previdenza sociale)*, in *DDPComm.*, Aggiornamento, Utet, Torino, 1 ss.

- Ricci G. (2014), *La controversia sul licenziamento di un socio di società cooperativa va rimessa al giudice del lavoro*, in *FI*, n. 10, I, 2970.
- Sandulli P. (1974), *La legge sul nuovo processo del lavoro (profili di diritto sostanziale)*, in *DS*, II, 319 ss.
- Sandulli P. (1982), *In tema di collaborazione autonoma continuativa e coordinata*, in *DL*, LVI, 247 ss.
- Santoro Passarelli F. (1972), *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli.
- Santoro Passarelli G. (1979), *Il lavoro «parasubordinato»*, FrancoAngeli, Milano.
- Spiotta M. (2013), *Funzioni*, in Cavalli G. (a cura di), *Assemblea e amministratori*, Utet, Torino, 585 ss.
- Tosi P. (1974), *Il dirigente d'azienda*, FrancoAngeli, Milano.
- Tosi P., Lunardon F. (1998), voce *Subordinazione*, in *DDPComm.*, *Aggiornamento*, Utet, Torino, 1 ss.
- Zilio Grandi G. (2007), *Lavoro gestorio e subordinazione*, Cedam, Padova.

Silvio Bologna
*Professore a contratto di Diritto del lavoro
presso l'Università di Palermo*

CASSAZIONE, 17.1.2017, n. 996 – Pres. Nobile, Est. Lorito, P.M. Ceroni (conf.) – C.F. Spa (avv.ti Zazzera, Mammuccari) c. A.C. (avv.ti Panici, Zaza).

Conf. Corte d'Appello di Roma, 20.5.2013.

Licenziamento individuale – Diritto di critica – *Whistleblowing* – Licenziamento per giusta causa – Infondatezza.

È illegittimo il licenziamento per giusta causa intimato nei confronti di una lavoratrice che ha segnalato all'autorità pubblica un ricorso irregolare ad ammortizzatori sociali da parte del proprio datore di lavoro. Tale comportamento, rispettoso dei principi di continenza formale e sostanziale, costituisce un corretto esercizio del diritto di critica. (1)

(1) UN CASO DI WHISTLEBLOWING DAVANTI ALLA CASSAZIONE

1. — La sentenza in commento offre la possibilità di formulare qualche breve riflessione su un argomento che si potrebbe definire *à la page*: il cd. *whistleblowing*. Benché la traduzione letterale dell'espressione sembri offrirne un giudizio negativo («to blow the whistle on something» significa, infatti, «fare una soffiata»), con tale locuzione ci si riferisce alle segnalazioni di reati o irregolarità da parte di soggetti che ne siano venuti a conoscenza nell'ambito del rapporto di lavoro: quindi a una condotta che è invece espressione di un elevato senso civico e anche in grado di soddisfare gli interessi pubblici (Sull'ambiguità della traduzione si rinvia, peraltro, a un intervento del 2014 dell'Accademia della Crusca, reperibile su www.accademiadellacrusca.it/it/lingua-italiana/consulenza-linguistica).

Da qualche anno a questa parte, gli interpreti e il legislatore nazionale hanno valorizzato la specificità del *whistleblowing* e, con essa, le ragioni della sua tutela benché, come conferma la pronuncia in rassegna, lo stesso in sede di interpretazione sia stato ascripto alla più risalente e ampia categoria del diritto di critica (Cfr. Carinci 2014; Dessì 2013; Peruzzi 2012; Lattanzi 2010; Levi 2003; Aimò 1999, nonché, sul fronte normativo, l'art. 54-bis del d.lgs. n. 165/2001 e i d.d.l. S. 2230 e S. 2208). L'istituto non si riferisce, peraltro, alla condotta del lavoratore che rivolga censure direttamente al datore quanto piuttosto al comportamento di colui che segnali attività datoriali «anomale» a soggetti terzi, interni o esterni all'azienda, deputati alla loro valutazione.

Ferma tale peculiarità, finché il d.d.l. S. 2230, recante «Disposizioni a tutela degli autori di segnalazioni di condotte illecite nel settore pubblico e privato», e il d.d.l. S. 2208 (sempre in materia di *whistleblowing*, ma diretto a modificare il d.lgs. n. 231/2001 e l'art. 54-bis, d.lgs. n. 165/2001) non verranno approvati, la «soffiata» continuerà a essere interpretata, nell'impiego privato, alla luce della giurisprudenza sul diritto di critica e, quindi, sul diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, con tutti i limiti importati dalla giurisprudenza in materia di «cronaca» giornalistica.

2. — La fattispecie che ci occupa costituisce indubbiamente un esempio di *whistleblowing*, poiché riguarda una lavoratrice che aveva segnalato, con un esposto alla Procura

della Repubblica e al ministero del Lavoro, l'improprio ricorso ad ammortizzatori sociali da parte della società datrice, protagonista, invece, di una fase di crescita economica.

La peculiarità del caso risiede, peraltro, nella circostanza che il procedimento penale avviato a seguito dell'esposto, nonché le indagini ispettive del ministero del Lavoro, si fossero concluse con una sostanziale archiviazione. La società aveva conseguentemente licenziato la dipendente, ritenendo il comportamento di quest'ultima diffamatorio, lesivo dell'immagine datoriale e pertanto anche del vincolo fiduciario ai sensi dell'art. 2119 c.c.

Disattendendo la ricostruzione del datore, i giudici – eccezion fatta per l'autorità di prime cure – hanno invece accertato l'illegittimità del licenziamento intimato per giusta causa.

La Suprema Corte, in particolare, ha fondato la decisione sui propri precedenti in materia di continenza sostanziale e formale del diritto di critica del lavoratore. La condotta della lavoratrice è stata ritenuta legittima sulla base della considerazione che, da un lato, la segnalazione vertesse su fatti già noti all'opinione pubblica perché diffusi dalla stampa e dal dibattito istituzionale, e che da un altro lato, l'impiego di espressioni quali «truffa» e «illecito» nell'ambito dell'esposto – lungi dall'aver intento offensivo – era strettamente connesso ai fatti sopradescritti (già noti e diffusi) e motivato dalla richiesta di intervento tecnico dell'autorità pubblica.

Tali valutazioni di merito e di forma discendono dalla necessità di impedire che il diritto di critica del lavoratore, traduzione dell'art. 21 Cost. e dell'art. 1, l. n. 300/1970, finisca col ledere la reputazione e la dignità umana della controparte datoriale: diritti della personalità costituzionalmente tutelati agli artt. 2 e 3 Cost. (Cass. 21.3.2016, n. 5523, in www.leggiditalia.it; Cass. 22.10.1998, n. 10511, in www.leggiditalia.it).

3. — Secondo l'interpretazione maggiormente diffusa, la continenza sostanziale consiste nella *verità oggettiva* dei fatti esposti dal lavoratore (Cass. 26.10.2016, n. 21649, in www.leggiditalia.it; Cass. 8.7.2009, n. 16000, in www.leggiditalia.it; Cass. 10.12.2008, n. 29008, in www.leggiditalia.it). A questo riguardo, si concorda con quanti ritengono debba essere accantonata una lettura eccessivamente rigida del criterio, poiché non solo il lavoratore finirebbe con l'essere gravato di un irragionevole e impraticabile «onere di previo riscontro della rispondenza dei fatti al vero» (Dessi 2014), ma verrebbe inevitabilmente disincentivato dal formulare qualsiasi censura nei confronti dell'operato aziendale anche in caso di una sospetta rilevanza penale dello stesso.

Il diritto di critica dovrebbe, preferibilmente, consentire al lavoratore di formulare critiche o segnalare anomalie e irregolarità che, senza dolo o colpa grave, egli ritiene in buona fede veritiere, astenendosi dal riportare o dichiarare quanto sa essere falso, in tal caso incorrendo in responsabilità di carattere penale oltre che disciplinare.

Tale interpretazione è la più coerente con le fonti sovranazionali in materia di *whistleblowing*. È utile ricordare, infatti, che l'art. 33 della Convenzione Onu contro la corruzione, del 31.12.2003, prevede che ciascuno Stato esamini la possibilità di incorporare nel proprio sistema giuridico misure appropriate per proteggere da qualsiasi trattamento ingiustificato «ogni persona che segnali alle autorità competenti, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, qualsiasi fatto concernente i reati stabiliti dalla presente Convenzione»; dello stesso tenore è anche l'art. 9 della Convenzione civile sulla corruzione, del Consiglio d'Europa del 4.11.1999.

La pronuncia in esame conferma l'interpretazione sinteticamente descritta e il rilievo che, in sede interpretativa, assume il profilo soggettivo della condotta del lavoratore. Se, infatti, è vero che le autorità adite dalla dipendente non hanno riscontrato alcun abuso della Cassa integrazione da parte della società datrice, la dipendente poteva ritenersi genuinamente convinta della fondatezza delle proprie segnalazioni, perché già oggetto di dibattito istituzionale e sindacale.

Condivisibilmente, quindi, la Corte ha escluso dai parametri di valutazione della legittimità della critica l'esito del procedimento giudiziale e amministrativo instaurato su stimolo della segnalazione del lavoratore (Cass. 8.7.2009, n. 16000, cit.).

4. — Quanto al profilo formale, di più agevole accertamento, gli interpreti ritengono che le modalità di manifestazione della critica non debbano mai trascendere in «riferimenti volgari e infamanti e deformazioni tali da suscitare il disprezzo e il dileggio» (Cass. 21.3.2016, n. 5523, cit.), ledendo il decoro del datore o del superiore gerarchico. Indipendentemente dalla veridicità dei fatti o delle osservazioni formulate, l'esistenza di un rapporto di lavoro esige quindi il rispetto, per vero da parte di entrambi i contraenti, di un livello minimo di «morigeratezza» del contegno adottato o, come riportato in alcuni contratti collettivi, di «conformità ai civici doveri», a protezione della dignità e della reputazione altrui (a titolo esemplificativo si veda l'art. 220 del Ccnl commercio e turismo).

5. — Scarsa attenzione viene invece riservata, nella pronuncia in rassegna, al rapporto intercorrente tra il diritto di critica e il controlimito sistematico sul quale si fonda la stessa necessità di continenza (formale e sostanziale), ossia l'obbligo di fedeltà del lavoratore. In proposito, la Corte di Cassazione si limita a ribadire che lo stesso consiste in un obbligo di leale comportamento «collegato» con le regole di «correttezza e buona fede», tale da imporre al lavoratore di astenersi non solo dai comportamenti enucleati all'art. 2105 c.c., ma anche da tutti quelli che contrastano con i doveri connessi all'inserimento nella struttura organizzativa e che comunque si pongono in conflitto con finalità e interessi dell'impresa (Punto 4 della sentenza in commento e, *ex multis*: Cass. 8.7.2009, n. 16000, cit.; Cass. 10.12.2008, n. 29008, cit.; Cass. 3.11.1995, n. 11437, in *www.leggiditalia.it*).

Ai fini di una miglior comprensione del bilanciamento tra il diritto e gli obblighi richiamati va aggiunto che la fedeltà attiene alle capacità del dipendente di adempiere all'obbligazione lavorativa, ragion per cui non può comportare il dovere «di mantenere il riserbo su fatti non funzionali alle esigenze produttive dell'impresa» (Cass. 14.3.2013, n. 6501), e ancor meno su fatti illeciti (Cass. 23.2.2012, n. 4707, in *RIDL*, 2012, II, 831, con nota critica di Peruzzi; sui confini dell'obbligo di fedeltà, cfr. Bavaro 2003; Tullini 1988).

6. — Un ulteriore aspetto, sul quale la sentenza tace, ma che è opportuno rammentare, attiene agli effetti che, in sede di accertamento della legittimità della critica e del suo rapporto con l'obbligo di leale collaborazione, assumono altre variabili quali l'inquadramento contrattuale, l'espletamento di incarichi extralavorativi da parte del *whistleblower* o, ancora, l'eventuale partecipazione del lavoratore a un organismo di controllo o revisione della stessa struttura datoriale (T. Ragusa, 16.1.2014, in *www.iusexplorer.it*).

Dall'inquadramento dirigenziale, ad esempio, discende senz'altro un più stringente legame fiduciario, in virtù del quale il datore potrebbe pretendere un contegno assai più «allineato» all'interesse e al bene aziendale rispetto a quanto richiesto agli altri dipendenti, con conseguente temperamento del diritto di critica del dirigente (Cass. 7.3.2013, n. 10107, in *www.leggiditalia.it*; Cass. 25.2.1986, n. 1173, in *FI*, 1986, I, c. 1878, con nota di Mazzotta, c. 1883).

Quanto alla copertura di incarichi extralavorativi, sia sufficiente pensare all'investitura sindacale: fonte fisiologica di contestazioni a strategie e politiche aziendali ritenute per l'appunto antisindacali. Ebbene, a questo riguardo il giudice non può certo trascurare che «espressioni che possano apparire eccedenti i limiti di un corretto esercizio delle libertà sindacali e quindi lesive del rapporto di fiducia con il datore di lavoro», e lesive dell'altrui sfera giuridica, possano costituire la forma di comunicazione «ritenuta più efficace e adeguata dal sindacalista in relazione alla propria posizione in un determinato contesto conflittuale» (T. Foggia 8.1.2009, n. 385, in *www.leggiditalia.it*; Cass. 14.5.2012, n. 7471, in *www.leggiditalia.it*; Cass. 24.5.2001, n. 7091, in *www.leggiditalia.it*; Cass. 3.11.1995, n. 11436, in *www.leggiditalia.it*).

7. — Come si è anticipato, nell'ordinamento italiano il *whistleblowing* ha trovato tutela non solo nell'interpretazione giurisprudenziale, di cui il provvedimento in esame costituisce un recente esempio, ma anche nella fonte normativa. Ci si riferisce in particolare all'art. 54-*bis* del d.lgs. n. 165/2001: disposizione espressamente limitata alla p.a. [E sulla cui estensione alle società dalla stessa controllate si rinvia alle Linee guida Anac «Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (cd. *whistleblower*)», Determinazione n. 6 del 28.4.2015, in *GU*, n. 110 del 14.5.2015].

La rilevanza sociale (di diffusione della cd. «cultura della legalità»), oltre che giuridica, dell'istituto ha indotto il legislatore a intervenire anche nel settore privato predisponendo ben due d.d.l., attualmente al vaglio congiunto delle Commissioni competenti del Senato. Mentre il d.d.l. S. 2208 introduce modifiche circoscritte al d.lgs. n. 165/2001 e al d.lgs. n. 231/2001, il d.d.l. S. 2230 si propone di regolamentare molteplici aspetti del *whistleblowing*: dai soggetti segnalatori, ai destinatari, alle conseguenze sanzionatorie per il datore, sino all'istituzione di un fondo di tutela degli autori delle segnalazioni. Per quanto di interesse in questa sede, è utile sottolineare che il d.d.l. 2230 dedica una norma specifica alla «tutela dell'autore della segnalazione». Accanto alla possibilità di conservare l'anonimato, l'art. 11 del d.d.l. prevede, infatti, che l'autore della segnalazione non possa essere «sanzionato, licenziato o sottoposto a misure discriminatorie dirette o indirette» aventi effetti sulle condizioni di lavoro, per motivi collegati «direttamente o indirettamente» alla segnalazione.

Detta tutela, accompagnata da una ridondante clausola di esclusione laddove il «segnalante non agisca in buona fede», individua un ulteriore e interessante profilo del quale si ritiene utile dare menzione, riguardante la potenziale attrazione del tema in esame nel sistema del diritto antidiscriminatorio. L'art. 11 del d.d.l. sembra, infatti, assegnare carattere discriminatorio a una condotta (la misura adottata come reazione alla segnalazione) che, in presenza di altri indici presuntivi concorrenti, il sistema vorrebbe attualmente inquadrata nella fattispecie ritorsiva, *ex* art. 1345 c.c. (*Ex multis*: T. Roma 29.3.2017, T. Milano 20.2.2017, Cass. 31.1.2017, n. 2499, tutte reperibili in *www.leggiditalia.it*; sul tema si veda Ballestrero, 2016).

8. — Gli effetti applicativi delle norme brevemente citate, se e quando entreranno in vigore, andranno attentamente ponderati. La scelta di introdurre quello che sembra un nuovo fattore di discriminazione non potrebbe determinare *automaticamente* l'applicazione del peculiare regime di distribuzione dell'onere probatorio o del rito speciale attualmente previsti per le discriminazioni dotate di «copertura» europea (Ci si riferisce alle discriminazioni di genere, di cui alla Direttiva n. 1976/207 e seguenti; alla Direttiva n. 1997/80 in materia di onere della prova nelle discriminazioni di genere; alle discriminazioni per razza e origine etnica, di cui alla Direttiva n. 2000/43; alle discriminazioni per religione, convinzioni personali, handicap, età e orientamento sessuale, di cui alla Direttiva n. 2000/78).

Residua, peraltro, una possibile interpretazione dell'istituto in esame che consentirebbe di aggirare l'ostacolo e di accedere così al rito speciale *ex d.lgs. n. 150/2011*, oltre che al beneficio dell'onere della prova *cd. alleggerito*.

Prescindendo dall'approvazione del d.d.l. 2230, le misure disciplinari adottate quale «reazione» al *whistleblowing* potrebbero infatti essere attratte tra le ipotesi di discriminazione per convinzioni personali che, come noto, hanno espressa matrice europea, essendo regolate dalla Direttiva n. 2000/78 recepita nel d.lgs. n. 216/2003. Tale lettura, che si è dell'avviso trovi conforto proprio nella scelta del d.d.l. 2208 *in fieri*, è peraltro particolarmente gravosa sul fronte probatorio poiché detto fattore di discriminazione attiene ad aspetti della personalità – idee, stili di vita, credenze, culture – non sempre di agevole percezione (Come emerge da T. Milano, 31.5.2016, *decr.*, in *RGL*, n. 1, II, 2017, 135, con nota di Tarquini, che ha negato, nel caso trattato di lamentata discriminazione per convinzioni personali, l'utilizzabilità del rito di cui all'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011).

Riferimenti bibliografici

- Aimo M.P. (1999), *Appunti sul diritto di critica del lavoratore*, in *RGL*, n. 3, II, 455 ss.
Ballestrero M.V. (2016), Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione, in *DLRI*, n. 150, 231 ss.
Bavaro V. (2003), *Ideologia e contratto di lavoro*, in *DLRI*, n. 98, 193 ss.
Carinci M.T. (2014), *Whistleblowing alla scala di Milano: una ballerina denuncia il rischio di anoressia fra i componenti del corpo di ballo*, in *RIDL*, 2014, n. 2, II, 511 ss.
Dessi O. (2013), *Il diritto di critica del lavoratore*, in *RIDL*, n. 2, II, 395 ss.
Lattanzi R. (2010), *Prime riflessioni sul cd. whistleblowing: un modello da replicare «ad occhi chiusi»?*, in *RIDL*, n. 2, I, 335 ss.
Levi A. (2003), *La critica della persona nel diritto del lavoro*, in *RGL*, n. 3, I, 515 ss.
Peruzzi M. (2012), *Diritto di critica, whistleblowing e obbligo di fedeltà del dirigente*, in *RIDL*, II, 831 ss.
Tullini P. (1988), *Su di una nozione allargata dell'obbligo di fedeltà*, in *RIDL*, 1988, II, 978 ss.

Marta Giaconi
*Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Milano «Bicocca»*

CASSAZIONE, 30.12.2016, n. 27585 – Pres. Nobile, Est. Venuti, P.M. Sanlorenzo (conf.) – Autostrade per l'Italia Spa (avv.ti Morrico, Cosentino) c. D.N.V.
Conf. Corte d'Appello di Milano, 20.12.2013.

Licenziamento individuale – Obbligo di fedeltà – Art. 2105 c.c. – Art. 2119 c.c. – Sanzioni disciplinari – Proporzionalità – Illegittimità.

Non costituisce giusta causa ovvero giustificato motivo soggettivo di licenziamento la condotta del lavoratore che nel questionario aziendale preassuntivo ometta di dichiarare un suo precedente rapporto lavorativo cessato per giusta causa di licenziamento, dovendo ritenersi la sanzione espulsiva sproporzionata, considerata la diligente e corretta condotta tenuta dal lavoratore nel corso del rapporto e la mancata lesione del vincolo fiduciario. (1)

(1) *CURRICULUM VACUUM: PUÒ IL LAVORATORE
TACERE SUI PROPRI TRASCORSI LAVORATIVI?*

1. — La sentenza in epigrafe interviene sul tema del licenziamento per giusta causa in connessione con l'obbligo di fedeltà, con riguardo a una condotta omissiva del lavoratore su informazioni concernenti i suoi trascorsi lavorativi.

In via preliminare, è bene ricostruire brevemente la fattispecie concreta per meglio chiarire la vicenda all'attenzione della Cassazione.

Il caso riguardava un lavoratore che era stato assunto dapprima con due contratti a tempo determinato e successivamente, a seguito di conciliazione in sede sindacale, con contratto a tempo indeterminato per lo svolgimento di mansioni di esattore. Qualche mese dopo quest'ultima assunzione, la società datrice di lavoro scopriva che nel questionario aziendale, sottoposto al lavoratore in occasione del primo contratto a tempo determinato, lo stesso aveva omissivo di dichiarare un suo precedente rapporto lavorativo, intrattenuto con altro datore, che si era concluso per giusta causa di licenziamento. Contestata la condotta e non accogliendo le giustificazioni addotte dal lavoratore, la società gli intimava licenziamento per giusta causa.

Per la cassazione della sentenza vengono proposti quattro motivi di ricorso, con particolare riferimento: alla valutazione dei fatti in relazione al loro compimento e non alla loro scoperta, nonché alla loro portata soggettiva e oggettiva; alla rilevanza della condotta al di là del comportamento tenuto dal lavoratore successivamente alla sua realizzazione; alla sussumibilità della condotta almeno quale giustificato motivo soggettivo di licenziamento.

La Cassazione, riunendo la trattazione dei motivi, ripercorre la valutazione operata dalla Corte d'Appello di Milano tra la condotta omissiva del lavoratore e la sanzione irrogata, giudicando la stessa priva di errori logici e giuridici. I giudici di legittimità, aderendo alla tesi della Corte meneghina, considerano sproporzionata la sanzione del licenziamento, escludendo sia il ricorrere della giusta causa che del giustificato motivo

soggettivo, in quanto la diligente e corretta condotta del lavoratore nel corso del rapporto costituisce «elemento rilevante» e imprescindibile, e come tale, confermando la valutazione operata dalla Corte di merito, inidonea a «ledere irrimediabilmente la fiducia che sta alla base del rapporto di lavoro». La Cassazione afferma, inoltre, che l'assunzione a tempo indeterminato «avvenne non già perché la società fu indotta in errore dal dipendente, ma in forza della rinuncia del medesimo a ogni pretesa derivante dai pregressi rapporti di lavoro, con esclusione quindi di ogni collegamento fra i due eventi».

La vicenda presenta molteplici profili d'interesse in relazione sia alla fattispecie disciplinare che alla configurazione della sanzione espulsiva.

Va detto, innanzitutto, che la nozione di giusta causa è stata delineata nel tempo da giurisprudenza (*Ex pluribus*: Cass. 21.11.2000, n. 15004, in *FI*, 2003, n. 6, I, 1846, con nota di Fabiani; Cass. 10.12.2007, n. 25743, in *NGCC*, 2008, n. 7, 908, con nota di Montesarchio; Cass. 26.4.2012, n. 6498, in *RGL*, 2012, n. 4, II, 736, con nota di Magnifico; Cass. 21.2.2017, n. 4453, in *Diritto e giustizia*, 2017, 22 febbraio) e dottrina (Vd., per tutti, Tullini 1994), e che l'art. 2119 c.c. la indica come causa «che non consente la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto»: dunque una condotta che configuri un inadempimento più che notevole (Cfr. art. 3, prima parte, l. n. 604/1966).

Inoltre, la costante giurisprudenza di Cassazione (*Ex pluribus*, Cass. 22.6.2009, n. 14586, in *MGL*, 2009, n. 10, 734, con nota di Pisani) riconosce al giudice di merito la valutazione della congruità della sanzione espulsiva sulla base di una verifica concreta di ogni aspetto della vicenda processuale «che risulti sintomatico della sua gravità rispetto a un'utile prosecuzione del rapporto di lavoro, assegnandosi a tal fine preminente rilievo alla configurazione che delle mancanze addebitate faccia la contrattazione collettiva, ma pure all'intensità dell'elemento intenzionale, al grado di affidamento richiesto dalle mansioni svolte dal dipendente, alle precedenti modalità di attuazione del rapporto (e alla sua durata, e all'assenza di precedenti sanzioni), alla sua particolare natura e tipologia».

Può constatarsi che la condotta posta in essere dal lavoratore è consistita nell'omettere di dichiarare un suo precedente rapporto lavorativo, da un lato, ovvero la sua conclusione, dall'altro; emerge, allora, il problema di quali informazioni il lavoratore sia tenuto a fornire al datore di lavoro e quali, invece, possa scegliere di tacere. In particolare, è interessante domandarsi se la condotta disciplinare presso altro datore, che abbia determinato l'estinzione del rapporto, debba essere oggetto di informativa.

Ora, si può rilevare che il Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196) stabilisce che il trattamento dei dati contenuti nei *curricula* può essere effettuato, a norma dell'art. 24, comma 1, lett. *i-bis*, senza il consenso dell'interessato, atteso che lo stesso abbia spontaneamente trasmesso il proprio *curriculum* e fatta salva l'informativa richiesta al titolare dall'art. 13, comma 5-*bis*, d.lgs. n. 196/2003; ma non si riviene nell'ordinamento una norma che vincoli il contenuto informativo dello stesso, se non il rispetto dei generali principi di correttezza e buona fede (artt. 1175, 1335 e 1375 c.c.) ovvero le sanzioni previste per le dichiarazioni mendaci ai sensi dell'art. 76 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

La questione riguarda quali informazioni il lavoratore sia tenuto a fornire al datore e come esse, in caso di reticenza del lavoratore (Sul tema può confrontarsi quella giu-

risprudenza, in tema di divieto di indagini *ex art. 8 St. lav.*, che ha sancito la nullità di clausole concorsuali che stabilivano l'irrilevanza di un titolo di studio superiore a quello reputato necessario come causa di preclusione per la partecipazione a un concorso: *ex pluribus*, Cass. 19.6.1984, n. 3640, inedita a quanto consta, che esclude che la reticenza del concorrente in merito al possesso del titolo superiore sia idonea a determinare l'annullamento del contratto di lavoro concluso a seguito dell'esito positivo del concorso; vd. anche: Cass. 8.5.1984, n. 2807, in *NGL*, 1984, n. 11, 558; Cass. 15.4.1981, n. 2271, in *MGL*, 1982, n. 3, 337; Cass. 25.2.1978, n. 972, in *FI*, 1978, n. 1, I, 1159), possano essere legittimamente acquisite: problematica che oggi viene complicata anche dalle nuove tecnologie informatiche e dalle informazioni personali reperibili in rete [Vd.: Tullini 2009, 323 ss.; Tebano 2016, 345 ss.; Weiss 2016, 651 ss.; Donini 2017, 37 ss.; cfr. le Linee guida in materia di trattamento di dati personali per profilazione *online*, 19 marzo 2015 (3881513)].

Si ricollega a ciò il tema delle indagini e del loro delimitato ambito di liceità ai sensi dell'art. 8 St. lav. (Vd. Sciarra 1979, 88 ss.). Con riferimento ai dati personali del lavoratore, la giurisprudenza ha recentemente affermato (Vd. Cass. civ., S. I, 19.9.2016, n. 18302, in *DPL*, 2016, n. 45, 2704, con nota di Servidio) che il trattamento, nella specie la conservazione e la categorizzazione, dei dati relativi alla navigazione in internet, all'utilizzo della posta elettronica e alle utenze telefoniche contattate, acquisiti dal datore di lavoro attraverso impianti e sistemi di controllo installati senza il rispetto delle procedure previste dal disposto del vecchio testo dell'art. 4, comma 2, St. lav., che risultano comunque applicabili anche ai controlli diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori quando comportino la verifica a distanza dell'attività svolta, e in assenza dell'acquisizione del consenso individuale e delle informative previste dal d.lgs. n. 196/2003, costituisce violazione dell'art. 8 St. lav. anche se tali informazioni non siano in concreto utilizzate.

Si rileva, poi, che la condotta addebitata al lavoratore si inserisce nella fase preliminare alla stipula del primo contratto di lavoro a tempo determinato e viene contestata dopo la conclusione di un contratto a tempo indeterminato a seguito di conciliazione sindacale, con la quale il lavoratore aveva rinunciato a ogni pretesa derivante dai due precedenti rapporti a termine. Sebbene la Cassazione, sulla scorta delle Corti di merito, non neghi la rilevanza della stessa nel corso dell'intero rapporto di lavoro, si pone però il dubbio se tale condotta, risalendo alla fase preliminare al rapporto di lavoro, possa essere ricompresa nell'obbligo di fedeltà *ex art. 2105 c.c.* (Vd., in generale sul tema: Cessari 1969; Trioni 1982), che può avere a oggetto anche comportamenti extralavorativi (*Ex pluribus*, Cass. 9.3.2016, n. 4633, in *RIDL*, 2016, n. 4, II, 800, con nota di Frigo. Sul dibattito dottrinale in merito alla rilevanza di condotte extralavorative al fine della sussistenza di giusta causa di licenziamento, si vd. Zoppoli L. 2005, 837 ss. Per la teoria soggettiva, che ritiene rilevanti solamente i comportamenti rientranti nell'obbligazione lavorativa oggetto del contratto, vd., in giurisprudenza, Cass. 26.1.1989, n. 472, in *NGL*, n. 2, 167, e, in dottrina, Ballestrero 1991, 104 ss.; per la teoria oggettiva, cui ha aderito la giurisprudenza ampiamente maggioritaria e che riconosce le condotte extralavorative come suscettibili di integrare giusta causa di licenziamento, Pisani 2004, 10 ss.). E sempre la giurisprudenza (*Ex pluribus*, Cass. 4.4.2005, n. 6957, in *MGL*, 2005, n. 7, 550, con nota di Bruzzone) afferma che tale obbligo impone al lavoratore di «astenersi da qualsiasi condotta che risulti in contrasto

con i doveri connessi al suo inserimento nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa o crei situazioni di conflitto con le finalità e gli interessi della medesima o sia comunque idonea a ledere irrimediabilmente il presupposto fiduciario del rapporto».

Occorre tuttavia notare che sono presenti in giurisprudenza due diversi orientamenti sulla questione temporale circa il sorgere in capo al lavoratore dell'obbligo di fedeltà: a tale proposito, la Cassazione (Vd. Cass. 9.10.2015, n. 20319, in *LG*, 2016, n. 5, 467, con nota di Piovesana) ha dapprima affermato – in relazione a un caso vertente su un licenziamento per giusta causa di lavoratore condannato in via definitiva, a seguito di patteggiamento, per il reato di concussione commesso presso altro datore di lavoro e precedentemente all'insorgere del rapporto oggetto della causa – che, «affinché l'affidamento riposto dal datore di lavoro nelle qualità morali e nelle capacità professionali del lavoratore possa venire meno e possa così giustificare il licenziamento, non è necessario che il comportamento lesivo sia stato tenuto durante lo svolgimento del rapporto ma può essere sufficiente un fatto che, non ancora conosciuto o non sufficientemente accertato quando il rapporto iniziò, sia divenuto palese successivamente, durante lo svolgimento del rapporto», e ha riconosciuto che «per questa ragione si giustifica, ad esempio, la prassi di condizionare l'instaurazione del rapporto alla raccolta di informazioni circa la personalità dell'aspirante prestatore di lavoro», specificando che «può anche trattarsi di un illecito commesso durante un precedente rapporto di lavoro, intercorso con altro datore». Altra pronuncia (Vd. Cass. 29.11.2016, n. 24259, in questo fascicolo, II, 420 ss. con nota di Corso) – avente a oggetto il licenziamento di un dipendente che aveva riportato una sentenza di applicazione della pena su richiesta per reati commessi prima dell'assunzione –, invece, ha escluso il sorgere di una responsabilità disciplinare del dipendente prima della costituzione del rapporto di lavoro, non configurandosi, in tale situazione, «neppure obbligo alcuno di diligenza e/o di fedeltà ex artt. 2104 e 2105 c.c. e, quindi, sua ipotetica violazione sanzionabile ai sensi dell'art. 2106 c.c.».

Va infine dato conto della tematica della rilevanza dell'errore in sede conciliativa: già la dottrina (Pera 1990, 59 ss.) aveva riconosciuto l'impugnabilità del negozio ex art. 2113 c.c. per errore, dolo, violenza; e su tale linea è intervenuta di recente la Cassazione (Vd. Cass. 30.3.2017, n. 8260, in *GL*, 2017, n. 17, 29, con nota di Ebreo, D'Amora) statuendo l'annullabilità, ex artt. 1427 e 1439 c.c., dei verbali sottoscritti in sede di conciliazione sindacale se una parte – nella specie il datore di lavoro – si rende responsabile di una condotta tale da integrare un dolo omissivo in danno dell'altra.

Riferimenti bibliografici

- Ballestrero M.V. (1991), *Giusta causa e giustificato motivo di licenziamento*, in Carinci F. (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Jovene, Napoli, I, 95 ss.
- Cessari A. (1969), *Fedeltà, lavoro, impresa*, Giuffrè, Milano.
- Donini A. (2017), *Profilazione reputazionale e tutela del lavoratore: la parola al Garante della privacy*, in *Labour & Law Issues*, vol. 3, n. 1, 37 ss.
- Pera G. (1990), *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, Giuffrè, Milano.
- Pisani C. (2004), *Licenziamento e fiducia*, Giuffrè, Milano.

- Sciarra S. (1979), *Art. 8*, in Giugni G. (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 88 ss.
- Tebano L. (2016), *La nuova disciplina dei controlli a distanza: quali ricadute sui controlli conoscitivi?*, in *RIDL*, n. 3, I, 345 ss.
- Trioni G. (1982), *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Tullini P. (1994), *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Giuffrè, Milano.
- Tullini P. (2009), *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, in *RIDL*, n. 3, I, 323 ss.
- Weiss M. (2016), *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, in *DRI*, n. 3, 651 ss.
- Zoppoli L. (2005), *La fiducia nei rapporti di lavoro*, in Aa.Vv., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. Studi in onore di Mattia Persiani*, Cedam, Padova, I, 837 ss.

Matteo Verزارo
*Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro
presso la «Sapienza» Università di Roma*

CASSAZIONE, 29.11.2016, n. 24259 – Pres. Di Cerbo, Est. Manna, P.M. Finocchi Ghersi (diff.) – E.G. *et al.* (avv. Di Palma) c. Poste italiane (avv. De Luca Tamajo).
Cassa Corte d'Appello di Napoli, 27.5.2015.

Licenziamento individuale – Potere disciplinare – Sentenze di condanna ex art. 444 c.p.p. – Art. 7 St. lav. e diritto al contraddittorio – Sussiste.

Condotte costituenti reato possono integrare giusta causa di licenziamento sebbene realizzate prima dell'instaurarsi del rapporto di lavoro, purché siano state giudicate con sentenza di condanna irrevocabile intervenuta a rapporto ormai in atto. A tali pronunce possono essere equiparate le sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 c.p.p. qualora le condotte poste in essere siano ritenute incompatibili con il permanere del vincolo fiduciario a seguito di una rigorosa e complessiva disamina giudiziale da effettuarsi sia in astratto sia in concreto. (1)

(1) I CONFINI APPLICATIVI DELL'ART. 7 ST. LAV.

TRA «ONTOLOGIA DISCIPLINARE» E SENTENZA DI «PATTEGGIAMENTO»

1. — La controversia portata all'attenzione della Suprema Corte concerne un caso di licenziamento senza preavviso che ha interessato un lavoratore condannato con «sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'art. 444 c.p.p.».

Come in più punti rileva la Corte, i particolari in fatto emersi nel corso del giudizio di merito paiono piuttosto scarsi e non altrimenti desumibili in sede di legittimità.

Dagli elementi introdotti con i motivi di ricorso è possibile evincere la data di emissione della sentenza di patteggiamento, quella del suo passaggio in giudicato e quella della contestazione disciplinare avanzata dalla Società datrice di lavoro, mentre altri elementi rilevanti a sostegno delle opposte istanze dei ricorrenti – *in primis*, la tipologia del reato e il momento della consumazione di quest'ultimo, precedente o successiva alla data di assunzione del prestatore d'opera – rimangono non accertati né vagliabili in via presuntiva.

Ne consegue la necessità di annullare con rinvio la sentenza impugnata, onde accertare in concreto tanto la natura «disciplinare» del licenziamento quanto la congruità dei tempi di reazione della Società datrice di lavoro nel contestare l'illecito, una volta avuta notizia della sentenza di patteggiamento.

Tale conclusione non ha impedito alla Corte di soffermarsi sul dibattuto tema del rilievo disciplinare e dell'applicazione dell'art. 7 St. lav. a condotte compiute precedentemente alla costituzione del rapporto di lavoro: da qui l'emergere di profili di sicuro interesse – e di ragionevole cautela – nella ricostruzione sistematica degli istituti coinvolti.

Centrale, nel percorso argomentativo della pronuncia, è se possa ritenersi di natura «disciplinare» (e quindi contestabile *tout court*) una fattispecie non specificamente pre-

vista come tale dalla contrattazione collettiva o dal datore di lavoro e, in aggiunta, commessa precedentemente alla stipulazione del contratto di lavoro.

Come è noto, specie in passato, era dibattuto se il rilievo «disciplinare» fosse da attribuirsi solo alle fattispecie così ritenute da norme di legge, dai contratti individuali e collettivi applicabili, dal codice disciplinare, dal codice etico o da ogni altro documento destinato a essere posto a conoscenza dei propri prestatori d'opera ovvero dovesse riconoscersi a tutti i licenziamenti «ontologicamente ascrivibili a colpe o mancanze» del prestatore d'opera (Gagnoli 1993, 366).

Tale ultimo orientamento è stato almeno in parte ripreso dagli interventi della Corte costituzionale e della giurisprudenza di legittimità, secondo cui le garanzie proprie dei commi 2 e 3 dell'art. 7 (o, meglio, la preventiva contestazione dell'addebito e l'esercizio del diritto di difesa) devono applicarsi a ogni licenziamento «motivato da una condotta colposa o comunque manchevole del lavoratore», indipendentemente dalla sua inclusione tra le misure disciplinari nella specifica disciplina del rapporto, oltre a valere certamente nei casi di «notevole inadempimento degli obblighi contrattuali di cui all'art. 3, l. n. 604/1966», e meno per tutte quelle fattispecie sì lesive della fiducia, ma non strettamente connesse alla prestazione contrattuale.

A prescindere dalle osservazioni critiche da tempo emerse in dottrina sul «preteso fondamento fiduciario» dei recessi per giusta causa (Smuraglia 1967, 57; Napoli 1980, 55), nella lunga elaborazione giurisprudenziale tale concetto ha finito per assumere rilevanza sia quale canone di gravità delle condotte di inadempimento deducibili *ex contractu*, sia proprio per estendere le ipotesi di recesso per giusta causa a tutte quelle fattispecie (gravi e illecite, ma) commesse fuori dal luogo di lavoro e non immediatamente rilevabili alla stregua di un inadempimento delle mansioni dedotte o deducibili dal sinallagma contrattuale [Cass. 21.7.2004, n. 13526, in *ADL*, 2005, II, 375, con nota di Pisani (Pisani 2005)].

In modo non dissimile si è espressa la contrattazione collettiva che riconosce l'autonomia di valutazione delle parti laddove prevede il licenziamento disciplinare del lavoratore definitivamente condannato per azione commessa non in connessione con lo svolgimento del rapporto di lavoro, che leda la figura morale del lavoratore.

Con riguardo alla sentenza in esame, non sorprende che l'art. 54 del Ccnl per il personale di Poste italiane, al comma VI, lett. *h*, abbia inserito tra le ipotesi di licenziamento senza preavviso quella di «condanna passata in giudicato per condotta commessa non in connessione con lo svolgimento del rapporto di lavoro, quando i fatti costituenti reato possano comunque assumere rilievo ai fini della lesione del rapporto fiduciario».

Tale previsione, a ogni modo, incontra limiti rigorosi e ben definiti.

In primo luogo, a garanzia del contraddittorio e a tutela del diritto di difesa del prestatore d'opera (Mainardi 2002, 306), irrinunciabile deve riconoscersi l'applicazione dell'art. 7 St. lav.

La Corte, a prescindere dall'inadempimento *stricto sensu* contrattuale della condotta, «non esclude l'uso [...] della procedura garantista di cui all'art. 7 mutuata dai principi di correttezza e buona fede *ex artt.* 1175 e 1375 c.c., affinché il lavoratore possa illustrare la propria posizione».

In concreto, ogni valutazione in merito alla natura della condotta contestata al lavoratore convenuto spetterà al giudice di rinvio, ma traspare dalla sentenza il tentativo

di applicazione *ultra vires* del meccanismo di controllo della formazione ed estrinsecazione della volontà «punitiva» del datore di lavoro, la centralità della garanzia procedurale e la legittimazione affinché le massime garanzie siano paritariamente assicurate in tutte le occasioni nelle quali entra in gioco la prosecuzione del rapporto di lavoro, quali che siano i fatti che vengono a incidere e quale che sia la loro contiguità con la (o lontananza dalla) esecuzione delle mansioni lavorative (Ferrante 2007, 211).

La sentenza, pur non negando la centralità data al contraddittorio, sembrerebbe sposarne una visione «minimalista» non troppo difforme dalla concezione hegeliana di «dialettica», parzialmente diversa dal riconoscere all'istituto quella tutela della dignità della persona e del diritto di difesa di rilievo pubblicistico mutuato dagli artt. 2 e 24 Cost.

Estranei sembrerebbero i possibili riferimenti al classico principio di contraddittorio come introdotto dall'art. 111 Cost. in tema di giusto processo, comportante la necessità che la successiva decisione del giudice venga emanata *audita altera parte* e che la prova alla base del giudizio sia formata nel contraddittorio delle parti e sia tale oltre ogni ragionevole dubbio.

Invero, il non escludere l'applicazione dell'art. 7, riportandosi ai soli principi di correttezza e buona fede di natura privatistica, introduce la necessità che nel rapporto sinallagmatico delle parti si preveda un diritto di replica così da acclarare il motivo del contendere a seguito della contestazione, ma potrebbe non imporre al giudice alcun vincolo di verifica della ritualità dell'*iter* disciplinare o, *rectius*, non sembrerebbe subordinare il successivo apprezzamento della «gravità degli addebiti sotto il profilo oggettivo e soggettivo e sotto quello della futura affidabilità del dipendente a rendere la prestazione dedotta in contratto» alla preventiva verifica in giudizio di quest'ultimo.

Nel salvaguardare i diritti dei lavoratori, pertanto, maggior rilievo va riconosciuto al secondo principio affermato dalla Corte, secondo cui «solo una condotta posta in essere mentre il rapporto di lavoro è in corso (quantunque non necessariamente in connessione con le mansioni espletate) può integrare *stricto iure* una responsabilità disciplinare del dipendente, diversamente non configurandosi neppure obbligo alcuno di diligenza e/o di fedeltà ex artt. 2104 e 2105 c.c. e, quindi, sua ipotetica violazione sanzionabile ai sensi dell'art. 2106 c.c.».

In assenza di un rapporto, «mancano nel contempo gli obblighi suscettibili di sanzione disciplinare (cioè quelli di cui ai suddetti artt. 2104 e 2105 c.c., con le relative ulteriori specificazioni contrattuali)», così facendo venir meno anche un legittimo interesse datoriale a «far valere un definitivo accertamento giurisdizionale una volta che prima di esso il rapporto sia venuto meno per altre ragioni».

Senza addivenire ad alcun automatismo in relazione con quanto disposto dalla contrattazione collettiva, il percorso argomentativo ribadisce un'interpretazione ampia del concetto di «licenziamento disciplinare», in ragione della quale per giusta causa ex art. 2119 c.c. e art. 1, l. n. 604/1966, può rilevare anche una condotta realizzata quando il rapporto di lavoro non era ancora in corso che «si riveli ugualmente incompatibile con il permanere di quel vincolo fiduciario che lo caratterizza», ma ne limita il rilievo alla duplice condizione «che sia stata giudicata con sentenza di condanna irrevocabile intervenuta a rapporto ormai in atto».

A massima tutela del lavoratore, condotte extralavorative penalmente illecite – anche se realizzate prima dell'instaurarsi del rapporto di lavoro e a prescindere da un'ap-

posita previsione contrattuale in tal senso – possono integrare giusta causa di licenziamento, purché siano state giudicate con sentenza di condanna irrevocabile intervenuta a rapporto in atto e vengano ritenute del tutto incompatibili con il permanere del vincolo fiduciario a seguito di una rigorosa e complessiva disamina giudiziale.

Ad avviso della Corte, dunque, non emergendo dagli atti conferma di entrambi i detti requisiti, il licenziamento del lavoratore mancherebbe allo stato del necessario fondamento probatorio: da qui la cassazione della sentenza impugnata con rinvio a un diverso giudice di merito.

Ulteriore elemento di interesse nella pronuncia concerne, da ultimo, il rilievo disciplinare del provvedimento assunto dall'autorità giudiziaria a monte del procedimento in oggetto, ossia dalla «sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'art. 444 c.p.p.».

Come è noto, la previsione di un procedimento disciplinare anche in presenza di «sentenza irrevocabile di condanna» ha un senso solo se l'epilogo del procedimento disciplinare non si vincoli necessariamente all'esito del processo penale, ma continui a fondarsi sulla valutazione dei fatti ai sensi dell'art. 2119 c.c. e dell'art. 1, l. n. 604/1966.

Questa conclusione di tipo logico deve oggi fare i conti con il disposto dell'art. 653, c. 1-*bis*, c.p.p., alla cui stregua «la sentenza penale irrevocabile di condanna ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso».

Il riferimento al procedimento disciplinare «davanti alle pubbliche autorità» circoscrive l'efficacia del giudicato alla sede pubblica, escludendo che il datore di lavoro privato – in sede disciplinare – sia vincolato dall'esito del processo penale (Cass., S.U., 9.4.2008, n. 9166, in *GDir.*, 2008, n. 25, 59, e Cass. 21.1.2015, n. 1024, in *GI*, 2015, 1382).

Alla sentenza di condanna viene equiparata la sentenza di «applicazione della pena su richiesta delle parti» (atecnicamente, patteggiamento), e ciò in forza del disposto dell'art. 445, c. 1-*bis*, c.p.p. (C. cost. 25.7.2002, n. 394, in *GCost.*, 2002, 2884, e Cass. 10.3.2010, n. 5806, in *GI*, 2010, 2576).

Prima e dopo l'introduzione di detta norma, tuttavia, la valenza disciplinare della sentenza *ex art.* 444 c.p.p. è rimasta controversa, e questo a prescindere dal fatto che – come nel caso di specie – al lavoratore fosse stata applicata una misura cautelare (Cass. 5.7.1957, n. 2621, in *MGL*, 1957, II, 223, con nota favorevole di Geri, e in *RGL*, 1957, II, 325, con nota contraria di Natoli).

Di fronte a una regolamentazione contrattuale che faccia riferimento a una sentenza penale di condanna (Così, l'art. 215, c. 6, Ccnl dipendenti del settore commercio 2015-2017, prevede che «il rapporto di lavoro si intenderà [...] risolto di pieno diritto e con gli effetti del licenziamento in tronco, qualora la condanna risulti motivata da reato commesso nei riguardi del datore di lavoro o in servizio»), l'interpretazione della volontà delle parti espressa nel contratto collettivo risulta ancora una volta decisiva anche in presenza della sentenza di cui all'art. 444 c.p.p.

In conclusione, può non assumere rilievo che la condanna penale del prestatore d'opera scaturisca da una «rinuncia a difendersi» e assuma la veste di una «applicazione della pena su richiesta» delle parti, ma permane la centralità della garanzia del control-

lo giudiziario a richiesta del lavoratore coinvolto, e qualsiasi provvedimento venga adottato dal datore di lavoro dovrà ancora una volta considerare se la condotta privata abbia ricadute tali da pregiudicare definitivamente il rapporto tra le parti.

Riferimenti bibliografici

- Ferrante V. (2007), *Forma e procedura del licenziamento. Il licenziamento disciplinare*, in Carinci F. (a cura di), *Il lavoro subordinato*, Utet, Torino, 183 ss.
- Gagnoli E. (1993), *Considerazioni sul licenziamento disposto per eventi estranei al rapporto di lavoro*, in *RIDL*, II, 364 ss.
- Mainardi S. (2002), *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, Giuffrè, Milano.
- Napoli M. (1980), *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, Milano.
- Pisani C. (2005), *Licenziamento e sanzioni per fatti privati dei dipendenti: profili procedurali e sostanziali*, in *ADL*, II, 377 ss.
- Smuraglia C. (1967), *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.

Stefano Maria Corso
*Dottore di ricerca in Diritto dell'impresa
presso l'Università di Milano «Bocconi»*

I

CASSAZIONE, 22.11.2016, n. 23732 – Pres. Di Cerbo, Est. Ghinoy, P.M. Sanlorenzo (conf.) – O.J. (avv. Spata) c. Team Service Società consortile a r.l. (avv. Ivella).
Cassa Corte d'Appello di Venezia, 18.4.2015.

Appalto – Cessazione di appalto – Subentro del nuovo appaltatore – Diritto dei lavoratori dell'impresa che ha cessato l'appalto di essere riassunti alle dipendenze del nuovo appaltatore – Rinuncia al diritto di impugnare il licenziamento per fatti concludenti – Esclusione.

La scelta effettuata dal lavoratore per la costituzione di un nuovo rapporto con la società subentrante nell'appalto di servizi non implica, di per sé, rinuncia all'impugnazione dell'atto di recesso, dovendosi escludere che si possa desumere la rinuncia del lavoratore a impugnare il licenziamento o l'acquiescenza al medesimo dal reperimento di una nuova occupazione, temporanea o definitiva, non rivelandosi, in tale scelta, in maniera univoca, ancorché implicita, la sicura intenzione del lavoratore di accettare l'atto risolutivo. (1)

II

CASSAZIONE, 2.11.2016, n. 22121 – Pres. Di Cerbo, Est. Ghinoy, P.M. Sanlorenzo (conf.) – J.Y. (avv. Spata) c. Team Service Società consortile a r.l. (avv. Ivella).
Cassa Corte d'Appello di Venezia, 18.4.2015.

Appalto – Cessazione di appalto – Subentro del nuovo appaltatore – Non applicabilità della procedura di licenziamento collettivo – Diritto dei lavoratori dell'impresa che ha cessato l'appalto di essere riassunti alle dipendenze del nuovo appaltatore – Necessità.

In caso di licenziamento per cessazione dell'appalto, l'esclusione dell'applicazione della procedura di cui all'art. 24 della l. n. 223 del 1991, espressamente prevista dall'art. 7, c. 4-bis, del d.l. n. 248 del 2007, introdotto dalla legge di conversione n. 31 del 2008, presuppone la necessaria riassunzione del lavoratore nell'azienda subentrante, a parità di condizioni economiche e normative previste dai contratti collettivi nazionali di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, o a seguito di accordi collettivi con le predette organizzazioni. (2)

III

TRIBUNALE BRESCIA, 10.1.2017 – Est. Corazza – X.X. (avv.ti Sterli, Bartolini) c. Y.Y. (avv. Collia).

Appalto – Cessazione di appalto – Subentro del nuovo appaltatore – Applicabilità della procedura di licenziamento collettivo – Tutela della contrattazione collettiva non sostitutiva della tutela legale.

Sussiste l'operatività della l. n. 223/1991 nella materia della successione di appalti ovvero nell'ipotesi di trasferimento di azienda o di un suo ramo ex art. 2112 c.c., nei confronti dell'azienda cessante. Le eventuali previsioni della contrattazione collettiva, volte a garantire i lavoratori nei confronti dell'azienda subentrante, sono da considerare aggiuntive, non già sostitutive, della tutela prevista nei confronti della cessante. (3)

(1-3) SUCCESSIONE DI APPALTI, TUTELA DEI LAVORATORI,
DEROGHE ALLA L. N. 223/1991

SOMMARIO: 1. Fatto — 2. Estinzione del rapporto di lavoro con l'appaltatore uscente. — 3. Impugnazione del licenziamento intimato a seguito della conclusione dell'appalto. — 4. Clausole sociali a tutela dell'occupazione nei cambi di appalto. — 5. Successione di appalto e trasferimento d'azienda. — 6. Considerazioni conclusive.

1. — *Fatto* — Le sentenze indicate in epigrafe riguardano il tema della tutela dei lavoratori nella successione di appalti: nei primi due casi si tratta di appalto di pulizia e nel terzo caso di appalto di servizi ospedalieri.

In occasione della cessazione dell'appalto, i ricorrenti licenziati per giustificato motivo oggettivo a norma dell'art. 3, legge 15 luglio 1966, n. 604, impugnano il licenziamento lamentando la violazione delle procedure e dei criteri di scelta in materia di licenziamenti collettivi di cui alla legge 23 luglio 1991, n. 223. Le società resistenti eccepiscono che la procedura dettata dalla legge per i licenziamenti collettivi non trova applicazione in quanto, a loro dire, il nuovo appaltatore avrebbe garantito la riassunzione dei lavoratori alle medesime condizioni normative ed economiche previste dall'art. 7, c. 4-*bis*, della legge 28 febbraio 2008, n. 31, di cui diremo nel paragrafo successivo.

Sia il Tribunale di Brescia – con ordinanza conclusiva della prima fase del cd. «rito Fornero» – sia la Corte d'Appello di Venezia accolgono le difese delle società resistenti: escludono l'applicabilità della l. n. 223/1991.

Le sentenze sono rispettivamente riformate in sede di gravame e di ricorso in Cassazione.

Sia la Corte di Cassazione sia il Tribunale di Brescia confermano un orientamento consolidato della giurisprudenza; essi ritengono il licenziamento viziato per omissione

della procedura prevista dalla l. n. 223/1991 in tema di licenziamenti collettivi, che, a dire dei giudicanti, trova applicazione ai licenziamenti intimati in occasione della cessazione dell'appalto qualora ne ricorrano i requisiti numerici e temporali (più di 5 licenziamenti nell'arco di 120 giorni) (1).

2. — *Estinzione del rapporto di lavoro con l'appaltatore uscente* — Parte della dottrina (2) riconduce la cessazione del rapporto di lavoro in concomitanza alla cessazione dell'appalto alla disciplina dei licenziamenti individuali plurimi per giustificato motivo oggettivo (che non richiede l'osservanza delle procedure di consultazione sindacale).

A sostegno di tale opzione interpretativa si sostiene che la cessazione di una commessa ha carattere fisiologico e non integra il requisito della «riduzione o trasformazione di attività o di lavoro» richiesto dall'art. 24, c. 1, della l. n. 223/1991 (3) per attivare la procedura sindacale. La cessazione dell'appalto è intesa come ulteriore esclusione dall'applicazione della legge sui licenziamenti collettivi da aggiungersi all'elencazione ritenuta non tassativa contenuta nell'art. 24, c. 4.

La l. n. 223/1991 elenca le seguenti fattispecie esonerative: casi di scadenza dei rapporti di lavoro a termine, fine lavoro nelle costruzioni edili e attività stagionali o saltuarie.

La tesi non è condivisa da altra parte della dottrina, che ritiene, all'opposto, siffatta elencazione tassativa anche in considerazione della derivazione comunitaria della norma che riveste carattere di inderogabilità (4).

Sulla questione è intervenuto il ministero del Lavoro con una circolare interpretativa (5), tutt'altro che chiarificatrice, la quale sottrae dal campo di applicazione della normativa sui licenziamenti collettivi i licenziamenti conseguenti alla perdita di un appalto. Tale circolare stabilisce che «anche nei casi in cui ricorrono i requisiti numerici propri del licenziamento collettivo, ove la circostanza giustificativa del licenziamento non sia la riduzione o trasformazione di attività o di lavoro, ma quella di cui all'art. 3, seconda parte della legge n. 604/66, non si avrà licenziamento collettivo bensì licenziamento individuale plurimo per giustificato motivo oggettivo».

La tesi del ministero del Lavoro sembra confermata (6) dall'introduzione del comma 4-bis dell'art. 7, d.l. 31 dicembre 2007, n. 248 (cd. Milleproroghe), aggiunto in sede di conversione del decreto in l. 28 febbraio 2008, n. 31, il quale prevede che, «nelle more della completa attuazione della normativa in materia di tutela dei lavoratori impiegati in imprese che svolgono attività di servizi in appalto e al fine di favorire la piena occupazione e di garantire l'invarianza del trattamento economico complessivo dei lavoratori, l'acquisizione del personale già impiegato nel medesimo appalto, a seguito del subentro di un nuovo appaltatore, non comporta l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, e successive modificazioni, in materia di licenziamenti collettivi, nei confronti dei lavoratori riassunti dall'azienda subentrante

(1) Con riferimento alla sentenza Cass. 2.11.2016, n. 22121, indicata in epigrafe segnalo il commento di Schiavone (Schiavone 2017, 357).

(2) Marinelli 2002, 208; Rondo 1998, 706.

(3) Rondo 1998, 706.

(4) Scarpelli 2001, 2063; Mutarelli 2015, 306.

(5) Circolare del ministero del Lavoro L/01 del 28.5.2001.

(6) Risposta del 1° agosto 2012 all'Interpello n. 22/2012.

a parità di condizioni economiche normative previste dai contratti collettivi nazionali di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative o a seguito di accordi collettivi stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative» (7).

In estrema sintesi, il legislatore del 2007 (8) introduce un'ulteriore deroga all'applicazione della procedura per i licenziamenti collettivi a patto che ricorrano entrambi i requisiti in essa indicati: la «piena occupazione» e «l'invarianza del trattamento economico complessivo dei lavoratori» (9).

Questi due requisiti devono essere presenti entrambi per giustificare l'esclusione della procedura di licenziamento collettivo poiché, come espressamente stabilito dalla Corte di Cassazione, «solo nella ricorrenza di tali presupposti, la situazione fattuale costituisce sufficiente garanzia per i lavoratori, risultandone la posizione adeguatamente tutelata, ed esonerata dal rispetto dei requisiti procedurali richiamati dall'art. 24 della l. n. 223/1991».

Le conclusioni della Corte di Cassazione sono conformi agli orientamenti della dottrina (10) e della giurisprudenza prevalenti (11), secondo cui, indipendentemente dal fatto che sussistano o no clausole contrattuali di riassorbimento, la norma impone all'appaltatore uscente di adottare la procedura di licenziamento collettivo *ex artt.* 4 e 24, l. n. 223/1991, qualora ne sussistano i requisiti (12), sempre che non si applichi la l. n. 31/2008.

Ne segue che la riassunzione avvenuta in esecuzione di obblighi negoziali stabiliti

(7) La genesi della norma è rinvenibile in sede di rinnovo del Ccnl multiservizi (19 dicembre 2007). Da una parte, le organizzazioni sindacali firmatarie del contratto richiedevano sufficienti garanzie a tutela dell'occupazione mediante l'inserimento della clausola di riassunzione dei lavoratori impiegati nell'appalto nei precedenti 4 mesi; dall'altra parte, le parti datoriali chiedevano uno snellimento delle procedure di risoluzione dei contratti per l'appaltatore uscente. Di qui, l'impegno del Governo a estendere la non applicabilità della l. n. 223/1991 nell'ipotesi di cambio di appalto. La disposizione era stata introdotta nel d.l. n. 250/2007, il quale però non è stato convertito nei successivi 60 gg. Da qui, l'introduzione dell'art. 7, c. 4-*bis*, nella l. n. 31/2008, avente a oggetto la «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni urgenti in materia finanziaria».

(8) Ichino (2009), il quale ritiene che la norma presenti non pochi problemi di applicazione pratica. Per un'approfondita disamina dell'art. 7, c. 4-*bis*, l. n. 31/2008, si veda Mutarelli 2015, 312. Si veda anche Cuttone (2013, 999), il quale ritiene che l'art. 7, c. 4-*bis*, della l. n. 31/2008 non sia qualificabile alla stregua di una deroga all'applicabilità della l. n. 223/1991 ma come neutralizzazione degli effetti della procedura di licenziamento collettivo disciplinata dalla stessa.

(9) T. Catania 12.7.2013, n. 2151, in *www.dirittoitaliano.com*.

(10) Scarpelli 2001, 2063; Mutarelli 2015, 306.

(11) Cass. 24.2.2006, n. 4166, in *RGL*, 2006, I, 441; Cass. 9.6.2005, n. 12136, in *DRI*, 2006, 448.

(12) Tale impostazione è anche quella seguita dal Tribunale di Brescia nella sentenza in commento, laddove ritiene «l'applicabilità della procedura prevista dalla legge n. 223 del 1991 per le imprese che occupino più di 15 dipendenti, sia perché la perdita di appalto ha determinato per la convenuta una «riduzione di attività» sia perché «è la stessa legge n. 31/2008 che conferma, in difetto delle condizioni dalla stessa esplicitate, la piena vigenza della legge n. 223/1991 nella materia in esame».

dai contratti collettivi non è sufficiente a escludere le procedure sindacali disciplinate dall'art. 24, l. n. 223/1991, quando la clausola in questione non imponga (oltre alla riassunzione) anche la conservazione del precedente trattamento economico e normativo così come richiesto dall'art. 7, c. 4-*bis*, l. n. 31/2008.

3. — *Impugnazione del licenziamento intimato a seguito della conclusione dell'appalto* — Le sentenze in commento, in linea con la giurisprudenza prevalente (13), ribadiscono che le eventuali tutele previste dalla contrattazione collettiva, volte a garantire i lavoratori nei confronti dell'azienda subentrante, sono da considerare aggiuntive, non già sostitutive, rispetto a quelle legali (14).

Il lavoratore, accettando la nuova occupazione, conserva l'interesse a impugnare il licenziamento ogni qual volta contesti la scelta del proprio datore di lavoro: l'eventuale stipulazione di un nuovo contratto di lavoro con l'appaltatore subentrante non configura rinuncia all'impugnazione (15), «dovendosi escludere che si possa desumere la rinuncia del lavoratore a impugnare il licenziamento o l'acquiescenza al medesimo dal reperimento di una nuova occupazione, temporanea o definitiva, non rilevandosi, in tale scelta, in maniera univoca, ancorché implicita, la sicura intenzione del lavoratore di accettare l'atto risolutivo».

All'opposto, al fine di evitare indebiti «eccessi di tutela» (16), una parte della dottrina ritiene che la stipulazione di un nuovo contratto di lavoro tra impresa subentrante e lavoratore licenziato impedirebbe a quest'ultimo di impugnare il licenziamento, poiché la conclusione del nuovo contratto equivarrebbe ad acquiescenza per fatti concludenti del licenziamento (17).

Altri, sulla stessa posizione, ritengono che la cessazione di un appalto non realizzi un licenziamento ma un'estinzione consensuale del contratto di lavoro, per cui il rapporto di lavoro con il precedente appaltatore si estingue per risoluzione consensuale contestualmente all'assunzione da parte del nuovo appaltatore (18).

4. — *Clausole sociali a tutela dell'occupazione nei cambi di appalto* — Le tre pronunce in commento tengono conto anche della rilevanza delle clausole sociali contenute nei Ccnl applicati dalle aziende subentranti (19).

La Corte di Cassazione, nel ritenere che le previsioni pattizie «attengono all'individuazione in termini generali della possibile soluzione concordata sindacalmente delle modalità del subentro» tutelando *in primis* l'occupazione, ribadisce che le stesse

(13) Cass. 29.5.2007, n. 12613, in *DL*, 2007, n. 4, 1069; Cass. 24.2.2006, n. 4166, in *RGL*, 2006, I, 441.

(14) Cass. 9.6.2005, n. 12136, in *DRI*, 2006, 448, con nota di A. Morrone.

(15) La costituzione di un nuovo rapporto di lavoro non consente di desumere di per sé la rinuncia all'impugnazione dell'atto di recesso senza accertare l'esatta consapevolezza, in capo al lavoratore, in ordine ai diritti a cui egli intenderebbe abdicare: Valente 2006, 415.

(16) Buoncristiani 2007, 167.

(17) Vallebona 1999, 220.

(18) Ivi, 219.

(19) Nelle sentenze vengono richiamati l'art. 4 del Ccnl multiservizi e l'art. 37, lett. *b*, del Ccnl cooperative sociali. Sull'obbligo di assunzione previsto dal contratto collettivo vd. T. Milano 26.1.2016, in *ADL*, 2016, 636, II, con nota di Rossi (2016).

«non incidono di per sé sulle caratteristiche concrete con le quali si è realizzato il subentro», cui deve avere riguardo il giudice nel verificare se il subentro sia avvenuto o no a parità di condizioni economiche e normative. Ne consegue che la mera previsione «della clausola sociale contenuta nel bando di gara per l'affidamento dell'appalto e delle disposizioni del Ccnl che l'aggiudicataria avrebbe applicato ai ricorrenti» non può ritenersi elemento sufficiente a garantire «l'assunzione con il mantenimento delle principali condizioni economiche garantite in precedenza».

In determinati settori, in assenza di disposizioni normative volte a regolare la tutela dei lavoratori nella successione dei contratti di appalto e nel tentativo di governarne il fenomeno, la contrattazione collettiva assume un ruolo suppletivo tramite l'inserimento di clausole sociali di vario contenuto (20).

Con particolare riguardo ai settori produttivi dove il fenomeno delle esternalizzazioni e della successione di contratti di appalto risulta più diffuso (21), è possibile rinvenire nei contratti collettivi (22) clausole «sociali» o di «riassunzione» configurate come «un insieme eterogeneo di norme protettive di gruppi di lavoratori» (23) volte a salvaguardare la continuità occupazionale dei lavoratori coinvolti nel cambio di appalto attraverso la previsione di un vero obbligo dell'appaltatore subentrante a rilevare il personale dell'appaltatore uscente qualora l'appalto sia affidato alle medesime condizioni (24).

La tutela apprestata dalla contrattazione collettiva impone un obbligo di informazione e consultazione sindacale analoga a quella prevista dall'art. 24, l. n. 223/1991, tale da consentire una trattativa finalizzata a concordare le modalità di utilizzo del personale.

Di regola il diritto di assunzione (25) è riconosciuto solo ai lavoratori addetti all'appalto da un certo tempo al fine di evitare che l'appaltatore uscente «gonfi» gli organici (26) gravando l'imprenditore entrante di lavoratori superflui (27).

Sullo sfondo restano due questioni: a) l'efficacia della clausola sociale è condizionata alle regole sull'efficacia soggettiva del Ccnl (28), per cui ne risultano esclusi tutti i datori di lavoro che non lo applicano; b) in assenza di una clausola sociale nel Ccnl

(20) Basenghi 2017, 5.

(21) Brino 2013, 130. Sul punto, vd. Mutarelli 2015, 294.

(22) Vd., ad esempio, Ccnl multiservizi del 31.5.2011; Ccnl servizi postali del 15.6.2012; Ccnl turismo Confcommercio del 18.1.2014; Ccnl turismo Confindustria del 9.7.2010; Ccnl logistica del 26.4.2014; Ccnl trasporto aereo del 2.8.2013.

(23) Ghera 2001, 149.

(24) Vd., ad esempio, Ccnl multiservizi, art. 4; Ccnl servizi postali, art. 7; Ccnl turismo Confcommercio, art. 336.

(25) Quando la clausola configura l'obbligo di assunzione e individua con sufficiente precisione gli elementi essenziali del contratto di lavoro, il lavoratore in caso di inadempimento può invocare la tutela *ex art.* 2932 c.c. residuando altrimenti la sola tutela risarcitoria (Orlandini 2015, in *www.dirittoonline.it*).

(26) Vallebona 1999, 218.

(27) L'art. 4 del Ccnl multiservizi, per esempio, stabilisce che «l'impresa subentrante si impegna a garantire il mantenimento in organico senza periodo di prova di tutti gli addetti presenti in organico nell'appalto precedente dimostrabili da documentazione che lo determini da almeno 4 mesi prima della cessazione d'appalto».

(28) T. Milano 27.1.2004, in *DL*, 2004, 391.

di settore o nel capitolato di gara, le parti sociali – se ne hanno la forza – possono disciplinare procedure volte a tutelare i livelli occupazionali nel caso di successione di appalto (29).

Le clausole sociali possono trovare la loro fonte in specifiche disposizioni di legge (30) oppure, come nel caso esaminato nella sentenza del Tribunale di Brescia qui in commento, all'interno del bando di gara per l'affidamento dell'appalto.

Siffatte clausole sociali non hanno mancato di sollevare il problema della loro compatibilità con il principio di libertà dell'iniziativa economica privata costituzionalmente garantito dall'art. 41 Cost. e con la disciplina della concorrenza soprattutto quando impongono l'assunzione di un bacino ben individuato di lavoratori (31).

Qualora la clausola sia imposta dal capitolato di gara o dal contratto collettivo, l'orientamento prevalente è propenso a ritenere che, al fine di contemperare da una parte la libertà di iniziativa economica e la libera concorrenza e dall'altra la salvaguardia dei livelli occupazionali, la stessa non debba implicare alcun obbligo per l'impresa

(29) È quello che è accaduto per esempio con il «Protocollo d'intesa sul cambio di appalto multiservizio tecnologico e fornitura dei vettori energetici agli immobili in proprietà o nella disponibilità delle aziende sanitarie della Regione Lazio» sottoscritto in data 17 marzo 2015 tra la Regione Lazio e le organizzazioni sindacali del settore metalmeccanico e le associazioni datoriali Assital, Federlazio, Legacoop. Si tratta di un Protocollo «politico» nel quale le parti, stabiliscono che: «Salvo quanto stabilito dalla normativa nazionale e comunitaria e dalla contrattazione collettiva, viene individuata una specifica procedura che, nell'ambito dei processi dei cambi di appalto [...] «Multiservizio Tecnologico», affermi l'obiettivo di salvaguardare concretamente i livelli occupazionali del settore e le professionalità acquisite».

(30) Tra le novità introdotte dal nuovo Codice degli appalti, si segnalano gli artt. 50 e 30 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. L'art. 50 dispone che «per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riferimento a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti possono inserire, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione, da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'art. 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo di manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto». Al c. 4, l'art. 30 dispone: «Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente». La norma va letta in combinazione con i primi due periodi dell'art. 105, c. 9, d.lgs. n. 50/16: «L'affidatario è tenuto a osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni. È, altresì, responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto». Vd. anche l'art. 1, c. 10, della l. n. 11/2016, il quale stabilisce che, in caso di successione di imprese nel contratto di appalto con il medesimo committente e per la medesima attività di *call center*, il rapporto di lavoro continua con l'appaltatore subentrante. Vd., inoltre, l'art. 14, c. 2, d.lgs. n. 18/1999, come modificato a seguito della pronuncia della C. Giust. 9.12.2004, C-460/2002, *Commissione v. Repubblica italiana*.

(31) Ichino 2015, in www.pietroichino.it.

aggiudicataria di assumere in forma automatica e generalizzata il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria (32).

La clausola sociale, in conformità ai principi fissati dalla Corte di Giustizia europea (33), è di regola interpretata nel senso che l'appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, solo a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante (34).

L'orientamento giurisprudenziale europeo si è mostrato in un primo momento restrittivo rispetto alla possibilità di apporre clausole sul costo del lavoro nell'ambito degli appalti pubblici perché configurano un'illegittima restrizione della libertà economica relativa alle prestazioni di servizi *ex art.* 56 TFEU (35).

Una recente decisione della Corte di Giustizia afferma invece la legittimità delle clausole sociali finalizzate alla protezione dei lavoratori contro il *dumping* salariale negli appalti pubblici, ritenendo che, laddove le tariffe salariali minime siano fissate da disposizioni di natura legislativa o amministrativa, tali disposizioni non costituiscono ostacolo ingiustificato alla libera circolazione dei servizi e sono legittime anche alla luce della disciplina europea dei contratti pubblici (36).

5. — *Successione di appalto e trasferimento d'azienda* — Possiamo soltanto accennare al quadro normativo relativo alla configurabilità o no di un trasferimento di azienda nell'ipotesi di successione di appalto (37).

Appare interessante evidenziare la delicatezza della questione ove si tenga conto del mutato scenario normativo dato dalla nuova formulazione dell'art. 29, c. 3, del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, dopo la l. 7 luglio 2016, n. 122 (38).

(32) Vd. gli orientamenti costanti dell'Autorità di vigilanza (ora Anac); tra i tanti: parere Avcp n. 44/2010, n. 41/2012, n. 28/2013, parere Anac n. 28/2015.

(33) C. Giust. 14.7.2005, C-386/2003, in *Servizi pubblici e appalti*, 2005, n. 4, 866, e C. Giust. 9.12.2004, C-460/2002, in *Diritto e giustizia*, 2005, n. 12, 107, relative al recepimento nazionale della Direttiva n. 1996/67/Ce, del 15 ottobre 1996, riguardante l'accesso al mercato dei servizi aeroportuali e finalizzata a garantirne il libero accesso ai prestatori dei servizi.

(34) Cons. Stato, S. VI, 27.4.2014, n. 5890, in *FA*, 2015, n. 11, 2816; Cons. Stato 5.4.2013, n. 1896, in *FA Cons. Stato* 2013, n. 4, 904; Tar Puglia, S. Lecce, S. II, 1.12.2014, n. 2986, in *FA*, 2014, n. 12, 3262.

(35) Vd. C. Giust. 3.4.2008, C-346/2006, *Dirk Rüffert*, e C. Giust. 18.9.2014, C-549/2013, *Bundesdruckerei c. Standt Dortmund*, in *RIDL*, 2015, n. 2, II, 558, con nota di Forlivesi. Sul punto, vd. Costantini 2016, 4.

(36) C. Giust. 17.11.2015, n. 115, *RegioPost GmbH & Co. KG c. Stadt Landau in der Pfalz*, in *RIDL*, 2016, n. 3, II, 535, con nota di Forlivesi, e in *DRJ*, 2016, n. 3, 881, con nota di Carosielli.

(37) Per un esame più recente della complessa vicenda vd., tra i tanti, Alvino 2016, 1773; Cester 2014, 250 ss.; Speciale 2006, 24.

(38) La legge europea 7 luglio 2016, n. 122, avente a oggetto «Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea», modifica il testo dell'articolo 29, c. 3, del d.lgs. n. 276/2003. L'intervento legislativo trae origine da una procedura della Commissione europea – caso *EU Pilot*, 7622/15/EMPL – nei confronti dell'Italia, che ha ritenuto che l'art. 29, c. 3, del d.lgs. n. 276/03 fosse in contrasto con la Direttiva n. 2001/23/Ce del Consiglio poiché restringerebbe l'ambito di applicazione delle regole sul trasferimento d'azienda contenute nell'art. 2112 c.c.

L'art. 29, c. 3, del d.lgs. n. 276/2003, nella sua formulazione originaria stabiliva che «l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda».

Secondo alcuni, la norma non esclude che la mera successione nell'appalto possa di per sé integrare la fattispecie del trasferimento di azienda o di ramo di essa (39); per altri invece la norma ne afferma l'esclusione ponendosi in palese contrasto con gli orientamenti comunitari (40).

Il legislatore italiano, al fine di evitare la procedura di infrazione, interviene sull'art. 29, c. 3, del d.lgs. n. 276/2003 (41) con l'art. 30 della l. 7 luglio 2016, n. 122 (42).

La novella ribalta la prospettiva precedente, stabilendo che l'acquisizione di personale non costituisce trasferimento d'azienda qualora il nuovo appaltatore sia «dotato di propria struttura organizzativa e operativa» e «ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa».

Se il primo requisito non sembra di difficile interpretazione, richiamando la necessità che il soggetto subentrante sia dotato di una propria e autonoma organizzazione imprenditoriale e produttiva a norma dell'art. 1655 c.c., la norma genera dubbi interpretativi rispetto al secondo requisito sulla «sussistenza di elementi di discontinui-

(39) Cester 2014, 250.

(40) Speciale (2006, 24) ritiene che vi è un contrasto assoluto e radicale tra norma italiana e diritto europeo, perché l'art. 29, c. 3, del d.lgs. n. 276/2003 esclude dalla disciplina dell'art. 2112 c.c. operazioni economiche che la disposizione comunitaria ritiene invece debbano essere qualificate come trasferimento d'azienda. Si veda anche, Valente, 2008, 694.

(41) Se la giurisprudenza italiana è stata inizialmente ostile alla configurazione della mera successione nell'appalto come trasferimento d'azienda (Cass. 24.3.2004, n. 5934, in *GC*, 2005, n. 2, I, 458; Cass. 26.2.2003, n. 2936, in *FI*, 2003, I, 2757), la Corte di Giustizia europea (C. Giust. 11.3.1997, C-13/95, in *OGL*, III, 11; C. Giust. 24.1.2002, C-51/00, in *FI*, 2002, IV, 142; C. Giust. 20.11.2003, C-340/01, in *Corriere giuridico*, 2004, n. 2) si è invece espressa nel senso che l'art. 2112 c.c. si applica indipendentemente da una relazione contrattuale diretta tra cedente e cessionario optando per una interpretazione estensiva di trasferimento di azienda. Vd. Speciale 2006, 24. Vd., inoltre, Cass. 12.4.2016, n. 7121, in *Ilgiuslavorista.it*, con nota di Bracci (2016), la quale, in una fase di poco antecedente l'intervento normativo della legge europea, afferma che «il trasferimento d'azienda è configurabile anche in ipotesi di successione nell'appalto di un servizio, sempre che si abbia un passaggio di beni di non trascurabile entità, e tale da rendere possibile lo svolgimento di una specifica impresa», e aggiunge che «è configurabile il trasferimento di un ramo di azienda pure nel caso in cui la cessione abbia a oggetto anche solo un gruppo di dipendenti dotati di particolari competenze che siano stabilmente coordinati e organizzati tra loro, così da rendere le loro attività interagenti e idonee a tradursi in beni e servizi ben individuabili». Sul punto, vd. Sitzia 2017, 537; Cosattini 2016, 953.

(42) L'art. 29, c. 3, d.lgs. n. 276/2003, come novellato dall'art. 30 della l. n. 122/2016, stabilisce: «L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto di appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, non costituisce trasferimento di azienda o parte di azienda». Vd. Carinci 2016, 743, secondo la quale l'attuale disposizione non modifica i confini tra trasferimento d'azienda «dematerializzato» e successione nel contratto d'appalto poiché i due nuovi incisi si limitano a ribadire l'interpretazione cui era già giunta la giurisprudenza.

tà». Occorre verificare volta per volta se l'oggetto dell'appalto, o le concrete modalità di realizzazione dell'opera o del servizio, siano a tal punto disomogenee e non sovrapponibili rispetto a quanto in precedenza realizzato dall'appaltatore uscente (43).

Secondo alcuni, il nuovo comma 3 dell'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, legherebbe l'effetto successorio ex art. 2112 c.c. al fatto che l'appaltatore subentrante si limiti a proseguire pedissequamente un servizio senza disimpegno particolare della propria autonomia organizzativa di impresa e senza alcun apporto in termini strumentali e funzionali (44).

Sarà fondamentale il contributo della giurisprudenza, cui è demandato l'onere di verificare in concreto se l'appaltatore sia dotato o no di una propria struttura organizzativa e se sia possibile ravvisare elementi di discontinuità rispetto all'appalto precedentemente svolto dall'appaltatore uscente (45).

6. — *Considerazioni conclusive* — Le sentenze in commento affermano la necessità di attivare la procedura di licenziamento collettivo di cui alla l. n. 223/1991 ogni qual volta (ricorrendone le condizioni) l'impresa subentrante non applichi ai propri lavoratori le medesime condizioni economiche normative godute dai dipendenti presso l'azienda uscente; esse ribadiscono inoltre che l'assunzione presso il nuovo appaltatore non comporta, per il lavoratore, rinuncia all'impugnazione del licenziamento intimato dall'appaltatore uscente. Nei casi di specie, il licenziamento è stato pertanto intimato in violazione della procedura prevista dalla l. n. 223/1991. Il Tribunale di Brescia ha condannato dunque il datore di lavoro alla corresponsione, in favore dei ricorrenti, di un'indennità risarcitoria omnicomprensiva in misura variabile tra un minimo di 12 e un massimo di 24 mensilità, da determinarsi in considerazione dell'anzianità anagrafica del lavoratore, del numero di dipendenti occupati dall'impresa, delle dimensioni dell'attività economica, nonché del comportamento e delle condizioni delle parti (art. 18, c. 7, St. lav.) (46).

Tali pronunce sono degne di nota non solo per le conclusioni accolte – da condividere –, ma per le argomentazioni a sostegno delle motivazioni riportate.

In tutti i tre casi, richiamandosi alle finalità della disposizione dell'art. 7, c. 4-bis, della l. n. 31/2008 – «favorire la piena occupazione e garantire l'invarianza del trattamento economico complessivo dei lavoratori» –, i giudici ribadiscono che per l'esclusione della procedura di cui all'art. 24, l. n. 223/1991, non è sufficiente la previsione di clausole sociali che dispongano la riassunzione del personale precedentemente impiegato nell'appalto, ma occorre che la riassunzione sia avvenuta con conservazione del precedente trattamento economico e normativo.

(43) Cosattini 2016, 957, il quale ritiene che si tratti di «un intervento normativo che crea più problemi di quanti non ne risolva».

(44) Esposito 2016, 740.

(45) In questo contesto è interessante segnalare la recente pronuncia del Tribunale di Roma 26.9.2016, in *RGL*, II, 122, con nota di Marino (Marino 2017), la quale, tenendo conto della novella legislativa, ritiene che, «pur essendo possibile tuttora una distinzione tra cambio appalto e trasferimento d'azienda, specie negli appalti di servizi è ben configurabile un trasferimento d'azienda in presenza di passaggio di appalto cd. *labour intensive*».

(46) Sul regime sanzionatorio dei licenziamenti collettivi alla luce delle recenti riforme (l. n. 92/2012 e d.lgs. n. 23/2015) vd., tra i tanti, Scarpelli 2015, 9; Natullo 2015, 525.

Per la sussistenza di quest'ultimo requisito, il giudice è tenuto a indagare nel merito le condizioni contrattuali applicate in concreto dalla società subentrante; circostanza che non gli è certo preclusa dall'art. 30 della l. 4 novembre 2010, n. 183 (cd. Collegato lavoro), posto che il controllo giudiziale deve limitarsi all'accertamento del presupposto di legittimità che, nei casi di specie, è rappresentato dal «medesimo trattamento economico e normativo», e dunque da un confronto delle buste paga.

In sintesi, nessun problema si pone laddove l'assegnazione dell'appalto a un nuovo imprenditore configuri un trasferimento di azienda nel caso in cui vengano trasferiti beni e/o rapporti di lavoro: in questo caso il personale utilizzato dall'imprenditore uscente passerebbe automaticamente alle dipendenze dell'impresa subentrante, beneficiando di tutti i diritti garantiti dall'art. 2112 c.c. (47).

Qualora, all'opposto – come di regola avviene –, la successione di appalti non integri gli estremi del trasferimento d'azienda, può verificarsi: a) che il nuovo appaltatore riassuma tutti i lavoratori precedentemente impiegati alle dipendenze dell'appaltatore uscente in virtù di clausole sociali negoziali o legali; rispetto alle tutele di cui all'art. 2112 c.c., ciò che cambia è il fatto che il lavoratore viene assunto con un contratto a tutele crescenti e con la perdita dell'anzianità di servizio. Questa è in parte recuperata grazie all'art 7, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, il quale dispone che per il calcolo dell'indennità spettante in caso di licenziamento ingiustificato si tiene conto dell'anzianità di servizio pregressa (48), riferibile al periodo di tempo durante il quale il lavoratore sia stato impiegato nell'attività oggetto dell'appalto (49); b) che il nuovo appaltatore assuma solo in parte il personale precedentemente impiegato nell'appalto. In tal caso, l'appaltatore uscente potrebbe trovarsi costretto a risolvere il rapporto di lavoro avviando, ove ricorrano i requisiti, la procedura di licenziamento collettivo *ex* artt. 4 e 24 della l. n. 223/1991 per scegliere quali dipendenti licenziare, salvo che non vi siano i presupposti di cui all'art. 7, c. 4-*bis*, l. n. 31/2008.

La certezza che il lavoratore venga riassunto alle medesime condizioni contrattuali da parte dell'azienda subentrante è un fatto che si pone cronologicamente dopo la cessazione dell'appalto e la risoluzione del rapporto di lavoro con la società uscente; condivide pertanto la considerazione di chi invita le imprese che cessano un appalto a non fidarsi troppo dell'art. 7, c. 4-*bis*, l. n. 31/2008 (50), e consiglia di attivare la procedura di licenziamento collettivo in prospettiva di un cambio di appalto, potendola poi revocare o chiudere anticipatamente qualora ricorrano le condizioni per un subentro alle medesime condizioni contrattuali e normative (51).

(47) Sul trasferimento d'azienda vd. Brun 2016, 365.

(48) L'art. 1, c. 3, del d.lgs. n. 148/2015 subordina l'anzianità di effettivo lavoro presso l'unità produttiva per la richiesta di cassa integrazione. L'anzianità convenzionale riconosciuta dalla norma tutela pertanto il lavoratore non solo nell'ipotesi di licenziamento illegittimo, ma anche per il caso di sospensione/riduzione dell'attività.

(49) Sitzia 2015, 176.

(50) Brino 2013, 117.

(51) Basile 2011, 129.

Riferimenti bibliografici

- Alvino I. (2016), *La tutela del lavoro nell'appalto*, in Amoroso G. et al. (a cura di), *Diritto del lavoro, la Costituzione, il codice civile e le leggi speciali*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1773 ss.
- Basenghi F. (2017), *Decentramento organizzativo e autonomia collettiva*, relazione alle Giornate di Studio Aidlass su «Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi», Cassino, 18-19 maggio 2017, 5 ss. del dattiloscritto.
- Basile E. (2011), *Obblighi normativi e contrattuali per l'occupazione nei cambi appalto*, in *Il giurista del lavoro*, 8 ss.
- Brino V. (2014), *Successione di appalto e tutela della continuità dell'occupazione*, in Aimo M., Izzi D. (a cura di), *Esteralizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet Giuridica, Milano-Roma, 114 ss.
- Brun S. (2016), *Trasferimento d'azienda e licenziamento collettivo: la tutela dell'occupazione e lo spirito «disatteso» delle recenti riforme*, in *ADL*, n. 2, II, 365 ss.
- Buoncrisiani A. (2007), *Forme di tutela del lavoratore «ereditato» nel cambio di gestione di appalti labour intensive*, in *RIDL*, n. 2, I, 165 ss.
- Carinci M.T. (2016), *Processi di ricomposizione e di scomposizione dell'organizzazione: verso un datore di lavoro «à la carte»?*, in *DLRI*, 152, 733 ss.
- Carosielli G. (2016), *La sentenza Regiopost e l'anima «dimezzata» della Corte di Giustizia europea nella tutela dei lavoratori impegnati negli appalti pubblici*, in *DRI*, n. 3, 881 ss.
- Cester C. (2014), *Il trasferimento di azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in Carinci M.T., Cester C. (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, Giuffrè, Milano, 250 ss.
- Cosattini L.A. (2016), *Cambio appalto e trasferimento d'azienda: un intervento normativo poco mediato*, in *LG*, n. 11, 953 ss.
- Costantini S. (2016), *Direttive sui contratti pubblici e Corte di Giustizia: continuità e discontinuità in tema di clausole sociali*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 309, 3 ss.
- Cuttone M. (2013), *Società partecipate, successione d'appalto e recessi: quali diritti per i lavoratori coinvolti; quale ruolo per il giudice del lavoro?*, in *LPA*, n. 6, I, 994 ss.
- Esposito M. (2016), *La Cassazione disegna i confini (mobili) dell'impresa: nuove e vecchie frontiere della dissociazione datoriale*, in *DLRI*, 152, 750 ss.
- Forlivesi M. (2016), *L'atteso reassessment della Corte di Giustizia sulle clausole sociali relative al «salario minimo» negli appalti pubblici*, in *RIDL*, n. 3, II, 535 ss.
- Garofalo D. (2017), *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, relazione alle Giornate di Studio Aidlass su «Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi», Cassino, 18-19 maggio 2017, 33 ss. del dattiloscritto.
- Ghera E. (2001), *Le cd. «clausole sociali»: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, n. 2, 149 ss.
- Ichino P. (2009), *Prospettive di riforma della materia degli appalti nella proposta del nuovo codice del lavoro (d.d.l. n. 1873/2009)*, in www.pietroichino.it.
- Ichino P. (2015), *La questione della «clausola sociale» negli appalti*, in www.pietroichino.it.

- Marcucci G. (2015), *Jobs Act e sistema degli appalti*, in *I quaderni di wikilabour, Guida al Jobs Act 2*, 79 ss.
- Marinelli M. (2002), *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 208.
- Mutarelli M.M. (2015), *Riassunzione nell'avvicinamento di appalti e Jobs Act*, in *Il diritto del mercato di lavoro*, n. 2, 293 ss.
- Natullo G. (2015), *Tutele sostanziali e tutele procedurali nel licenziamento collettivo: tra diritto vivente ed evoluzione normativa*, in *RIDL*, n. 4, I, 525 ss.
- Orlandini G. (2015), voce *Clausole sociali*, in *www.dirittoonline.it*.
- Rondo A. (1988), *Scadenza d'appalto nel settore delle pulizie, licenziamenti e legge n. 223 del 1991*, in *MGL*, 708 ss.
- Rossi N. (2016), *Successione di appalti e tutela dei lavoratori*, in *ADL*, n. 3, II, 636 ss.
- Scarpelli F. (2001), *Cessazione degli appalti di servizi e licenziamenti collettivi*, in *DPL*, n. 31, 2063 ss.
- Scarpelli F. (2015) *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 252.
- Schiavone E.C. (2017), *Cessazione di appalto di servizi e licenziamento collettivo. Quando è legittima la deroga alla l. n. 223/1991?*, in *LG*, n. 4, 355 ss.
- Sitzia A. (2015), *Computo dell'anzianità negli appalti*, in Carinci F., Cester C. (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, in *www.bollettinoadapt.it*, n. 175.
- Sitzia A. (2017), *Il subentro di nuovo appaltatore dopo la «Legge europea» 2015-2016*, in *LG*, n. 6, 2017, 537 ss.
- Speziale V. (2006), *Appalti e trasferimento di azienda*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 41.
- Valente L. (2006), *Successione negli appalti nel settore delle pulizie e cumulo di tutele per i lavoratori licenziati*, in *RGL*, n. 3, II, 440 ss.
- Valente L. (2008), *Appalto, trasferimento d'azienda e contratto di inserimento per sole donne: un esempio, mal riuscito, di law shopping?*, in *RGL*, II, 694 ss.
- Vallebona A. (1999), *Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro*, in *RIDL*, n. 1, II, 217 ss.

Giulia Sforza

Avvocato.

Collaboratore presso l'Assessorato al lavoro, pari opportunità
e personale della Regione Lazio

CASSAZIONE, 15.11.2016, n. 23286 – Pres. Venuti, Est. Manna, P.M. Sanlorenzo (conf.) – R.M. (avv.ti Luiso, Sassani) c. D.G., B.M. (avv. Bruno) e Ufficio della Consigliera di parità della Regione Toscana (avv.ti Amoriello, Bruni).
Conf. Corte d'Appello di Firenze, 24.10.2013.

Licenziamento individuale – Licenziamento discriminatorio – Molestie sessuali – Inversione dell'onere della prova – Regola generale stabilita dalle direttive sui divieti di discriminazione – Applicabilità.

L'equiparazione delle molestie sessuali alle discriminazioni di genere operata dall'art. 26, c. 2, del d.lgs. n. 198/2006, va estesa, in assenza di deroghe o limitazioni espresse e in ossequio al principio di esegesi conforme alla normativa eurounitaria interpretata dalla Corte di Giustizia dell'Ue, alla disciplina dell'onere della prova di cui al successivo art. 40, essendo configurabile il «tertium comparationis» nel trattamento differenziale negativo rispetto ai lavoratori del diverso genere che non subiscono le stesse molestie. (1)

(1) LA FATTISPECIE «MOLESTIE SESSUALI»
ALL'ESAME DEL GIUDICE DI LEGITTIMITÀ

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il percorso argomentativo della sentenza. — 3. I rilievi critici. — 4. La *ratio* e il contenuto dell'inversione dell'onere della prova. — 5. La fattispecie «molestie» e l'onere della prova. — 6. La scelta dello strumento processuale di tutela e la disciplina dell'onere della prova. — 7. Gli atti ritorsivi e il motivo illecito determinante.

1. — *Premessa* — La controversia portata all'esame della Corte riguarda una vicenda di molestie sessuali in ambito lavorativo, conclusasi con doppio accertamento conforme sia della condotta ascritta al legale rappresentante della società datrice di lavoro, sia della correlazione del licenziamento di una delle due ricorrenti e delle dimissioni dell'altra con il rifiuto di subire comportamenti indesiderati a connotazione sessuale. All'accertamento sono seguiti l'ordine di reintegrazione della lavoratrice licenziata e la condanna al risarcimento del danno in favore di entrambe e della Consigliera di parità.

In primo grado, il Tribunale di Pistoia, valutati gli esiti della prova orale e alcuni dati numerici significativi (la frequenza di dimissioni di lavoratrici durante il periodo di prova), ha ritenuto integrati contestualmente i presupposti per l'applicazione del regime agevolato *ex art. 40, d.lgs. n. 198/06*, in favore di tutte le parti ricorrenti e la prova piena in via presuntiva *ex artt. 2727 e 2729 c.c.* In secondo grado, la Corte d'Appello di Firenze, pur confermando la valutazione della prova per presunzioni, ha negato che il regime agevolato potesse essere invocato dalle lavoratrici non avendo le stesse agito *ex art. 38, d.lgs. n. 198/06*, ma introdotto una ordinaria causa di lavoro (1).

(1) Tribunale Pistoia 12.7.2012, in www.osservatorioidiscriminazioni.org, Corte d'Appello Firenze 11.7.2013, n. 978/13, inedita a quanto consta.

2. — *Il percorso argomentativo della sentenza* — La sentenza in commento, nell'esordio enuclea i temi sottoposti alla Corte attraverso i quattro motivi di ricorso, di cui i primi due propongono, sotto profili diversi, la questione dell'applicabilità dell'onere agevolato della prova di cui all'art. 40, d.lgs. n. 198/06, alle molestie, il terzo la questione della corretta applicazione del ragionamento presuntivo di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c., e il quarto la questione dei requisiti dimensionali per l'applicazione dell'art. 18, l. n. 300/70.

Delinea quindi la Corte i confini entro i quali le censure possono essere esaminate, ripercorrendo in sintesi gli effetti della cd. «doppia valutazione conforme» a seguito della riforma degli artt. 348-ter e 360, comma 1, n. 5, c.p.c. a opera dell'art. 54 del d.l. n. 83 del 2012, conv. in l. n. 143 del 2012. Una premessa necessaria in quanto i motivi di ricorso, censurando l'applicazione dei principi in materia di onere della prova, ineriscono inevitabilmente all'argomentazione sul fatto e richiedono quindi di distinguere la valutazione (doppia conforme) della prova (esame precluso) dal giudizio sulla correttezza del criterio utilizzato per procedere a tale valutazione.

Come è noto, la sostituzione del motivo di ricorso per «omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio», con il motivo «per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti», è stata voluta per ricondurre il terzo grado alla funzione nomofilattica, circoscrivendo l'apprezzamento del fatto a quanto essenziale per l'identificazione della fattispecie concreta rispetto alla quale viene verificata l'applicazione dei principi di diritto.

Secondo l'indirizzo segnato dalle Sezioni Unite n. 08053/2014, a cui è stata data continuità da tutte le pronunce successive, la norma in discorso deve essere interpretata «come riduzione al “minimo costituzionale” del sindacato di legittimità sulla motivazione», con la conseguenza che non è più denunciabile il vizio di contraddittoria motivazione come ipotesi di nullità della sentenza ai sensi del n. 4 dell'art. 360 c.p.c. quando l'*iter* decisionale segua un percorso logico in sé compiuto ancorché sintetico o addirittura «*per relationem*» (2), salvo il solo limite della omessa motivazione quando le ragioni della decisione non consentono di individuare il percorso logico-giuridico seguito per disattendere i motivi di impugnazione (3).

La premessa lascerebbe intendere che la Corte si avvii a prendere atto della doppia pronuncia di merito conforme e della esposizione nella sentenza di secondo grado del percorso logico di valutazione della prova, per poi entrare nel merito solo della questione controversa in diritto, ossia l'applicabilità del regime agevolato della prova anche alla fattispecie delle molestie. Invece la Corte prosegue con una descrizione della prova esaminata dai giudici di merito, di cui riporta il contenuto e rispetto alla quale esprime un giudizio di corretta valutazione circa la concordanza di significato degli indizi ai fini dell'applicazione dell'inversione dell'onere: «Si tratta d'un quadro complessivo che correttamente i giudici di merito hanno ritenuto tale da imporre quell'inversione dell'onere probatorio a carico del datore di lavoro [...] prescritta dall'art. 40, d.lgs. 198/06 in ipotesi discriminazione di sesso».

(2) Per la Sezione lavoro, vd.: Cass. n. 2498/2015, n. 13448/2015, n. 14324/2015.

(3) Per tutte, con ampia disamina della giurisprudenza e riferimenti all'art. 6 Cedui: Cass. n. 11508/16.

Dopo questa affermazione, la Corte procede all'esame delle censure di erronea interpretazione e applicazione dell'art. 40, d.lgs. n. 198/06: condivide il rilievo che la fattispecie delle molestie sessuali, diversamente dalle discriminazioni, mancando del termine di paragone per verificare un trattamento differenziale peggiorativo, «poco si presta» all'inversione dell'onere della prova; afferma che, ciò nonostante, può essere individuato un «trattamento differenziale negativo [...] che ha una valenza presuntiva, logicamente, minore» (assenza di molestie nei confronti dei lavoratori maschi) ed enuclea due argomenti interpretativi: uno di natura sistematica l'altro letterale.

Il criterio di interpretazione sistematica è individuato nella rispettiva collocazione dell'art. 26, comma 2, d.lgs. n. 198/06, sulle molestie sessuali e dell'art. 40 sull'inversione dell'onere della prova nel testo normativo: l'art. 40 segue le disposizioni, tra cui l'art. 26, che definiscono le forme di discriminazione e quindi può essere riferito a tutte le fattispecie precedentemente delineate. Il criterio di interpretazione letterale è tratto dalla mancanza di limitazioni espresse all'ambito di applicazione dell'art. 40. Entrambi gli argomenti vengono rafforzati dal richiamo all'art. 19 della Direttiva n. 2006/54/Ce, che dispone in via generale sull'inversione dell'onere della prova senza distinzioni, e dalla definizione della fattispecie delle molestie, quale forma di discriminazione *ex* art. 2, Direttiva n. 2000/78/Ce, elaborata dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Coleman* (4) (nella quale il termine di paragone sarebbe individuato dall'assenza di molestie a danno dei soggetti non portatori del fattore di rischio).

Affermati la corretta applicazione dell'inversione dell'onere della prova e il non assolvimento del relativo onere da parte del datore di lavoro, le censure al procedimento di valutazione della prova presuntiva, oggetto del terzo motivo, vengono ritenute assorbite.

Infine, la Corte, pur statuendo l'inammissibilità del quarto motivo di impugnazione per aver proposto un tema non oggetto del giudizio di appello, entra nel merito e ne afferma altresì l'infondatezza, dovendo il licenziamento ritorsivo o per rappresaglia essere equiparato al licenziamento discriminatorio, ai fini dell'applicazione dell'art. 18, l. n. 300/70, senza limiti di dimensioni aziendali, come già statuito dalla giurisprudenza; ragione per la quale «l'area dei singoli motivi vietati dall'art. 3, legge n. 108/90, deve ritenersi estesa anche al licenziamento per ritorsione o rappresaglia, intimato quale unica ragione del provvedimento espulsivo: quale ingiusta e arbitraria reazione a un comportamento legittimo del lavoratore (cfr Cass. n. 24648/15, Cass. 17087/11, Cass. n. 6282/11)».

3. — *I rilievi critici* — La sentenza in commento evita di prendere una chiara posizione su questioni cruciali in materia di interpretazione e applicazione del diritto antidiscriminatorio: normativa che è sempre più delineata dall'ordinamento comunitario, anche attraverso l'art. 21 della Carta di Nizza, quale pilastro di integrazione europea. E pur essendo noto che la Corte di Cassazione è sommersa dai ricorsi, con un aggravio di lavoro per i giudici poco sostenibile, non si può nascondere un po' di delusione per l'occasione persa di tracciare alcune linee guida in una materia sempre più praticata nelle aule giudiziarie per ottenere la tutela di diritti fondamentali, a iniziare dal diritto al lavoro e alla sicurezza sociale.

(4) C. Giust. 17.7.2008, C-303/06.

La prima elusione nell'*iter* argomentativo avviene attraverso il richiamo e la descrizione del contenuto della prova come esposta nella sentenza di appello.

Seguendo questa via, la Corte si sovrappone al giudice di merito nell'apprezzamento della prova («correttamente i giudici di merito...»), ancorché nei limiti della cd. prova semipiena, che legittima l'inversione dell'onere e si sottrae, però, da un lato, al compito di identificare la *ratio* dell'inversione quale premessa per stabilire sul piano teleologico se la stessa ricorra anche per le molestie e, dall'altro, al compito di definire l'ambito e le modalità con le quali opera l'inversione per verificare se ne sia stata fatta una corretta applicazione. È questo, infatti, l'oggetto delle censure mosse con i primi due motivi, che vengono superati affermando che il contenuto della prova è stato ben valutato e che quindi ben si poteva invertire l'onere, ma senza dire in che cosa consista questa inversione.

La seconda elusione riguarda la definizione della fattispecie delle molestie, rispetto alla quale la condivisione del rilievo che si tratterebbe di una ipotesi che non consente di operare il giudizio di comparazione che identifica la discriminazione nulla dice sulle caratteristiche di questa fattispecie, che rimane nella pronuncia a definizione incerta. Viene solo prospettato come criterio di assimilazione alla discriminazione il procedimento di comparazione ipotetico, quale sarebbe stato assunto anche dalla Corte di Giustizia nel caso *Coleman*.

La terza elusione si ricava indirettamente dalle sentenze di merito. Essendosi creato un contrasto tra primo e secondo grado sulla possibilità di applicare l'inversione dell'onere della prova anche quando venga scelto un rito diverso da quello previsto dall'art. 38, d.lgs. n. 198/06, verosimilmente il terzo motivo di impugnazione era collegato alla decisione della Corte fiorentina di escludere per le lavoratrici l'agevolazione probatoria, con conseguente pronuncia di un autonomo capo di sentenza sulla prova presuntiva ex artt. 2727 e 2729 c.c., che doveva essere separatamente impugnato. La Corte di Cassazione, dichiarando l'inammissibilità del motivo perché assorbito nell'applicazione dell'art. 40 del d.lgs. n. 198/06, implicitamente disattende il principio affermato dal giudice di secondo grado, ma non procede a una espressa statuizione della indifferenza del rito rispetto alla disciplina della prova, né alla enucleazione della *ratio* di questa indifferenza.

Da ultimo, le osservazioni espresse, e non necessarie, sulla infondatezza dell'ultimo motivo di ricorso riproducono una giurisprudenza che appariva superata dalla sentenza n. 6575/16 (5) e non chiariscono per quale motivo la ritorsione ex art. 26, d.lgs. n. 198/06, debba essere ricondotta al motivo illecito determinante ex art. 1345 c.c., non espressamente citato, ma richiamato nel contenuto («unica ragione del provvedimento espulsivo»).

4. — *La ratio e il contenuto dell'inversione dell'onere della prova* — Le direttive sui divieti di discriminazione impongono agli Stati membri di introdurre una «inversione» dell'onere della prova a favore del soggetto che si assume vittima, indicandone la finalità nell'effettività dell'applicazione del principio della parità di trattamento (6). La

(5) Scarponi 2016, 1; Carinci 2016, 720; Crotti 2016, 660; Gottardi 2016, 729.

(6) Considerando 21, Direttiva n. 2000/43; Considerando 31, Direttiva n. 2000/78; e Considerando 30, Direttiva n. 2006/54; Borghesi 2016, 881; Arrigo 2016, 890.

posizione di svantaggio dei soggetti vittime di discriminazione si esprime infatti anche sul piano processuale sotto più profili, di cui il principale, per quanto qui interessa, è la mancanza di «trasparenza» ossia la non accessibilità delle fonti di prova, disponibili invece per l'autore della discriminazione (7). Ed è in questa prospettiva che le direttive stabiliscono che gli Stati non sono tenuti ad adattare il regime dell'onere della prova quando l'accertamento della condotta discriminatoria avvenga attraverso procedimenti in cui spetta al giudice o ad altro organo indagare sui fatti: il potere d'indagine consente l'acquisizione degli elementi di prova indipendentemente dalla collaborazione del soggetto contro il quale possono essere utilizzati.

Si tratta di un principio che non è del tutto estraneo al panorama giurisprudenziale interno, nel quale è stato definito come «vicinanza o disponibilità della fonte di prova» e che, pur conoscendo declinazioni differenti in assenza di una nozione unitaria condivisa, viene di volta in volta scelto come criterio di ripartizione dell'onere della dimostrazione dei fatti costitutivi, impeditivi, modificativi ed estintivi del diritto quando nell'incertezza appaia necessario bilanciare i principi in materia con il principio costituzionale del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.* in modo da non renderne impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio. In particolare, in materia di rapporto di lavoro al principio viene data applicazione quando i fatti controversi siano necessariamente noti al datore e non anche al lavoratore (8).

Il Considerando 30 e l'art. 19 della Direttiva n. 2006/54 muovono dunque dalla implicita constatazione che il trattamento meno favorevole e il trattamento più favorevole sono fatti oggettivi conseguenti ad atti del soggetto autore della discriminazione, che sono da lui necessariamente conosciuti nell'origine, finalità e contenuto e che possono essere da lui contestati o contrastati attraverso la dimostrazione di circostanze rispetto alle quali egli stesso ha la disponibilità della prova; circostanze che possono invece non essere conosciute o completamente conosciute da parte del soggetto che si assume leso, che dell'atto discriminatorio conosce compiutamente solo gli effetti.

Per quanto riguarda il contenuto o l'oggetto dell'inversione dell'onere della prova, la Direttiva n. 2006/54 (così come le Direttive n. 2000/78 e n. 2000/43) si limita all'indicazione che: «spetti alla parte convenuta provare l'insussistenza della violazione del principio della parità di trattamento ove chi si ritiene leso dalla mancata osservanza nei propri confronti di tale principio abbia prodotto dinanzi ad un organo giurisdizionale, ovvero dinanzi ad un altro organo competente, elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta» (art. 19).

La sentenza in commento non dice come nel diritto interno sia stata data attuazione al principio comunitario; si limita a richiamare tra parentesi la sentenza n. 14206/13 che ha delineato la disciplina della prova come «mera attenuazione dell'onere gravante su parte attrice».

In realtà nella sentenza n. 14206/13 l'agevolazione della prova non viene solo definita come «attenuazione dell'onere», ma viene ben enucleata in relazione al ragionamento presuntivo *ex artt. 2727 e 2729 c.c.* Annullando senza rinvio la sentenza d'appello e respingendo la domanda di una lavoratrice che aveva dedotto una discrimina-

(7) Per tutte le più risalenti: C. Giust. 17.10.1989, C-109/88, *Danfoss*; C. Giust. 27.10.1993, C-127/92, *Enderby*.

(8) Cass., S.U., n. 141/06; Cass. n. 20484/08.

zione per sesso nella progressione di carriera, sul disposto dell'art. 40 viene affermato: «può ritenersi, in conformità con quanto previsto dal legislatore comunitario, che la suddetta disposizione abbia alleggerito l'onere probatorio a carico del ricorrente anche rispetto alla regola di cui all'art. 2729 c.c., in quanto non ha richiesto il requisito di gravità della presunzione, ma solo che la discriminazione si fondi su presunzioni precise e concordanti [...] rimane fermo per l'attore l'onere della prova, ma l'assolvimento dello stesso richiede il conseguimento di un grado di certezza minore rispetto a quello consueto. In sintesi: dimostrati i fatti che fanno ritenere probabile la discriminazione, spetta alla controparte dimostrarne l'insussistenza».

Il riferimento al ragionamento presuntivo (prova indiretta) deriva immediatamente dalla formulazione letterale delle direttive e dalle norme con le quali è stata data attuazione nell'ordinamento interno (9). Un'agevolazione non avrebbe del resto alcun senso se il soggetto discriminato avesse la disponibilità (come ben potrebbe accadere) di una prova diretta. E un'agevolazione rispetto alla prova indiretta necessita che l'inversione dell'onere si collochi in un punto del ragionamento presuntivo «anteriore» rispetto alla sua completa realizzazione secondo i canoni di cui all'art. 2729 c.c.; diversamente verrebbe in ogni caso addossata a chi agisce per la tutela la prova piena del fatto discriminatorio ancorché raggiunta per via presuntiva. Pertanto, poiché chi agisce per la tutela non può essere completamente esonerato dalla prova dei fatti che allega, il punto di equilibrio che realizza lo scopo di rendere effettiva l'applicazione del principio di «parità di trattamento», viene individuato nell'onere di allegare fatti coerenti rispetto alla discriminazione dedotta (concordanza degli indizi) e di provare i fatti allegati in modo non generico ma esaustivo quanto al contenuto storico (precisione degli indizi), così da autorizzare un giudizio di probabilità della discriminazione (ossia della correlazione del trattamento peggiore con un fattore di rischio) (10). Non è invece chiesto a chi agisce per la tutela che le circostanze provate, costituenti indizi, oltre che precise e concordanti siano anche gravi, dove per gravità si intende l'univocità di significato quanto alla capacità dimostrativa dei fatti noti rispetto al fatto ignoto secondo le massime di esperienza.

Il punto della questione, solo accennato nella sentenza n. 14206/13 e sul quale la sentenza in commento non ha fatto luce, è il confine tra la concordanza degli indizi e la gravità degli stessi, ovvero se la concordanza debba autorizzare un giudizio di probabilità della discriminazione come indicato nella sentenza n. 14206/13, con un'affermazione non motivata e di cui è difficile apprezzare l'effettiva portata, o se sia sufficiente la semplice plausibilità della discriminazione (ossia l'idoneità del trattamento a essere discriminatorio).

(9) Art. 44, comma 8, d.lgs. n. 286/98; art. 4, comma 4, d.lgs. n. 216/03; art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 215/03; art. 4, d.lgs. 216, modificato dalla l. n. 101/08 a seguito di procedura di infrazione; art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 215/03, modificato dalla l. n. 101/08; art. 3, comma 2, della l. n. 67/06; art. 40, d.lgs. n. 198/06 (che segue l'art. 4 della legge 10 aprile 1991, n. 125); e infine art. 28, d.lgs. n. 150/11, che sostituisce tutte le norme richiamate a eccezione dell'art. 40, d.lgs. n. 198/06, che prevede: «Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti da dati anche 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...».

(10) Tarquini 2016, 741.

La differenza non è di secondo momento.

Dei due criteri, quello della «probabilità» è sicuramente più sfuggente: la probabilità richiama un giudizio percentualistico del «più sì che no», che in realtà è privo di un contenuto effettivo non essendovi alcun sistema verificabile di misurazione del superamento del 50%; la idoneità/plausibilità è invece un criterio che risponde al semplice canone logico di non contraddizione tra il significato che hanno concordemente gli indizi dedotti, e provati se contestati, e il fatto della discriminazione. Non solo, ma il primo criterio sposta a un grado superiore di certezza della discriminazione il limite oltre il quale è il soggetto che si assume autore della discriminazione che deve dare la prova di circostanze che dimostrano l'insussistenza della discriminazione.

I considerando delle direttive, la finalità perseguita ed esplicitata e le applicazioni che si desumono dalle sentenze della Corte di Giustizia (11) depongono per una maggiore armonia con il diritto comunitario del criterio della semplice plausibilità e suggeriscono una interpretazione in questo senso del diritto interno che, con il riferimento agli artt. 2727 e 2729 c.c. non impone vincoli precisi.

5. — *La fattispecie «molestie» e l'onere della prova* — Tutte le direttive sui divieti di discriminazione enucleano la fattispecie delle «molestie» quale «comportamento indesiderato» connesso con il fattore di rischio «avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità» della persona «e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo». E tutte le direttive esplicitano che «sono da considerare discriminazione» le molestie o che la «discriminazione comprende» le molestie.

La fattispecie «molestie» è quindi una fattispecie autonoma, caratterizzata da una condotta di per se stessa illecita nelle relazioni tra soggetti e che si qualifica come discriminazione, per definizione normativa, senza necessità di alcun procedimento di comparazione (12).

La non omogeneità tra la fattispecie della discriminazione diretta e la fattispecie di «molestie» si coglie del resto sotto più profili: si tratta di una condotta materiale/comportamento rispetto alla quale il fattore di rischio non è meramente correlato a un trattamento di sfavore, ma dà origine a una mortificazione del valore dell'individuo quale persona; non attiene alla sfera della relazione giuridica della negazione o violazione di un diritto, o dell'aggravamento di un obbligo o della negazione di una opportunità, ma alla sfera del contesto relazionale rispetto al quale crea un «un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo». Non solo, ma la descrizione dell'elemento oggettivo della fattispecie come «comportamento indesiderato» focalizza l'illecito sulla percezione della condotta da parte della vittima nel contesto dato e rende inutile la rappresentazione del comportamento che si sarebbe potuto tenere nei confronti di un altro soggetto (13).

La Direttiva n. 2006/54, art. 2, lett. d, e l'art. 26, d.lgs. n. 198/06, aggiungono l'ulteriore fattispecie delle molestie sessuali caratterizzate dalla connotazione sessuale del «comportamento indesiderato espresso in forma verbale, non verbale o fisica». La

(11) Per tutte, molto chiaramente, C. Giust. 10.7.2008, C-54/07, *Feryn*, punto 25.

(12) Barbera 1992, 1403; Scarponi 1996, 466; Barbera 1994, 55; De Simone 2004, 399; Del Punta 2006, 219.

(13) De Simone 2004, 410.

previsione è diretta ad attuare una tutela rinforzata rispetto a condotte di intrusione nella sfera privata, sovente attuate in modo subdolo, attraverso atteggiamenti con significato intrinseco immediatamente percepibile come sessualmente connotato, ancorché non espresso verbalmente: condotte che, se indesiderate, sono lesive della dignità della persona. Si tratta di atteggiamenti spesso non palesati in pubblico e rispetto ai quali la prova potrebbe essere oltremodo ardua.

È dunque difficile ravvisare argomenti di natura sistematica, o rispetto alla *ratio* perseguita della realizzazione di condizioni di uguaglianza di trattamento, che consentano da un lato di dubitare dell'autonomia della fattispecie e dall'altro dell'applicazione alle molestie della disciplina agevolativa dell'onere della prova. Questa conclusione a maggior ragione si impone per le molestie sessuali, che non necessitano di alcuna comparazione per essere accertate, tanto più che diversamente opinando si arriverebbe al risultato paradossale che se un datore di lavoro attuasse molestie sessuali nei confronti indifferente di maschi e femmine, non essendo ravvisabile un trattamento differenziale attraverso il giudizio comparativistico, si dovrebbero escludere le molestie ai sensi della direttiva. Si tratta inoltre di una prospettiva che non tiene conto delle definizioni delle varie fattispecie contenute nelle direttive e nei decreti attuativi: la discriminazione diretta e la discriminazione indiretta sono costruite attraverso il giudizio comparativistico, e il giudizio di trattamento differenziale (reale o ipotetico) è elemento costitutivo della fattispecie; le molestie e l'ordine di discriminare, invece, sono definite dall'art. 2, comma 2, della Direttiva immediatamente quali discriminazioni senza che sia necessario l'accertamento di un trattamento più favorevole di comparazione.

Nella sentenza *Coleman*, la Corte di Giustizia affronta e risolve in senso affermativo la questione della estensione della tutela antidiscriminatoria quando il fattore di rischio (nella specie, disabilità del figlio) correlato al trattamento meno favorevole non attenga direttamente alla condizione soggettiva della vittima (discriminazione per associazione). L'*iter* argomentativo è svolto in un primo momento con riferimento alla discriminazione diretta (punti 33-56) e poi esteso per identità di *ratio* alla fattispecie delle «molestie» (punti 57-63). Rispetto a quest'ultima viene ribadito che le molestie sono considerate una forma di discriminazione e che per tale ragione deve essere applicata la disciplina dell'inversione dell'onere della prova. Il rinvio ai punti precedenti della sentenza è operato unicamente con riferimento all'inversione dell'onere della prova e non con riferimento alla definizione della fattispecie di discriminazione diretta, comprensiva del giudizio di comparazione (14).

Rimane da definire l'ambito in cui opera l'inversione dell'onere.

La descrizione della molestia attraverso le conseguenze che ne derivano palesa che si tratta di comportamenti che hanno in sé un significato intrinseco quanto alla idoneità a causare gli effetti descritti. Per la fattispecie generale di molestie il meccanismo è stanzialmente analogo alle altre fattispecie di discriminazione: la vittima deve dimostrare la condotta potenzialmente idonea all'effetto e allegarne la correlazione con il

(14) Punto 61: «Con riferimento all'onere della prova applicabile in una situazione come quella di cui alla causa principale si deve rilevare che, poiché le molestie sono considerate come una forma di discriminazione ai sensi dell'art. 2, n. 1, della Direttiva n. 2000/78, sono a esse applicabili le stesse disposizioni espresse ai punti 52-55 della presente sentenza».

fattore di rischio, mentre il soggetto che si assume autore deve provare circostanze che contrastano il significato della condotta o l'effetto allegato, o escludono la correlazione con il fattore di rischio.

Più difficile è l'individuazione del punto di inversione per le molestie sessuali nei casi in cui rimangono confinate al rapporto tra vittima e autore. Trattandosi di condotte che devono avere una intrinseca connotazione sessuale, si viene a determinare una situazione analoga all'accertamento in sede penale dei reati *ex art. 609-bis c.p.* quando sia l'atto, sia il significato dello stesso hanno quale fonte di prova la narrazione della vittima. Indubbiamente in queste ipotesi, mentre permane l'esigenza di realizzare una parità di trattamento all'interno di un rapporto diseguale, diventa più evanescente l'altro aspetto della maggiore disponibilità della prova da parte del soggetto che si assume autore della molestia. E la ripartizione in astratto dell'onere della prova non è semplice, venendo nella casistica a coincidere il confine che segna l'inversione dell'onere della prova con la prova piena solo di un contesto che rende plausibile la molestia.

6. — *La scelta dello strumento processuale di tutela e la disciplina dell'onere della prova* — Nella premessa si è rappresentata in sintesi la vicenda processuale che ha portato al giudizio di cassazione e si è evidenziato il contrasto tra la sentenza del Tribunale di Pistoia, che ha ritenuto applicabile il regime agevolato *ex art. 40, d.lgs. n. 198/06*, a tutte e tre le parti ricorrenti, e la sentenza della Corte d'Appello di Firenze, che ha negato l'applicazione di questa disposizione a favore delle lavoratrici in quanto, a differenza della Consigliera di parità, avevano introdotto le loro domande non attraverso l'azione specifica *ex art. 38, d.lgs. n. 198/06*, ma con una ordinaria causa di lavoro.

La sentenza di secondo grado ha quindi statuito separatamente sulle due domande: l'una accolta applicando l'*art. 40, d.lgs. n. 198/06*; l'altra applicando la prova per presunzioni *ex artt. 2722-2729 c.c.* Ed è palesemente l'esistenza dei due capi autonomi di decisione che spiega il terzo motivo di ricorso, con il quale viene censurata la valutazione della sussistenza di indizi gravi precisi e concordanti.

La questione del rapporto tra rito e disciplina dell'onere della prova della discriminazione non è affatto risolta uniformemente dalla giurisprudenza di merito. A una interpretazione che muove dalle norme comunitarie si contrappone una interpretazione che vincola il regime della prova al contesto di disposizioni di diritto interno in cui la relativa disciplina è inserita, e pertanto anche allo strumento processuale apprestato per la tutela in sede giudiziaria.

In realtà le direttive comunitarie (15) scindono espressamente e nettamente i due aspetti dell'obbligo di introdurre l'inversione dell'onere della prova e della facoltà di apprestare gli strumenti processuali di tutela secondo le caratteristiche degli ordinamenti interni. Il primo aspetto svolge una funzione sostanziale nella prospettiva della rimozione degli ostacoli alla effettività del principio di parità di trattamento, e dunque della realizzazione degli scopi delle direttive, e non è lasciato sotto alcun profilo alla discrezionalità degli Stati membri. Una differenziazione di riti processuali dalla quale far dipendere l'attuazione di questa parte della Direttiva n. 2006/54 non potrebbe conseguentemente che suscitare dubbi sulla conformità del diritto interno al diritto comunitario. In assenza di ostacoli normativi si deve quindi sicuramente preferire la

(15) Borghesi 2016, 880, Tarquini 2015, 33.

soluzione del Tribunale di Pistoia, condivisa anche dalla Corte di Cassazione, che, sia pure senza un arresto chiaro, ritenendo superata la censura sull'applicazione degli artt. 2722 e 2729 c.c. dalla affermazione dei presupposti per l'applicazione dell'art. 40, d.lgs. n. 198/06, ha implicitamente affermato l'indifferenza dello strumento processuale rispetto al regime dell'onere della prova.

Uno stimolo a un ulteriore approfondimento di questa tematica può invece essere tratto dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite civili in materia di nullità di protezione, rilevabili d'ufficio, in quanto nullità che tutelano interessi e valori fondamentali (16). Ci si può infatti chiedere se, nell'ambito di una controversia in cui siano dedotti fatti integranti una discriminazione vietata e sia chiesto l'accertamento della nullità, o invalidità o inefficacia di atti datoriali per altre ragioni in diritto, il giudice non sia tenuto, oltre che a rilevare d'ufficio la nullità *ex art.* 15, l. n. 300/70, anche ad applicare la disciplina dell'inversione dell'onere della prova.

7. — *Gli atti ritorsivi e il motivo illecito determinante* — La sentenza in commento si chiude con un'affermazione che sembra porre in dubbio il punto di approdo della sentenza n. 6575/16, salutata dalla dottrina (17) come superamento di un orientamento giurisprudenziale che, in modo poco coerente con il sistema di tutela e gli scopi delineati dalle direttive, riconduceva l'atto discriminatorio all'atto nullo *ex art.* 1345 c.c. Afferma, infatti, la Corte, in ordine al requisito dimensionale per l'applicazione della tutela reintegratoria, oggetto del quarto motivo di ricorso, che il licenziamento ritorsivo o per rappresaglia, «intimato quale unica ragione del provvedimento espulsivo», è stato da tempo equiparato dalla giurisprudenza (sulla scorta dell'art. 3 della Costituzione, delle sentenze della Corte di Giustizia e sin dall'introduzione dell'art. 13 del Trattato Ce da parte del Trattato di Amsterdam) al licenziamento discriminatorio per i singoli motivi vietati dall'art. 3, l. n. 108/90, e dunque a prescindere dalla equiparazione introdotta dall'art. 26, comma 2, d.lgs. n. 198/06.

Si tratta innanzi tutto di un'affermazione non necessaria, considerato che il motivo viene dichiarato inammissibile avendo per oggetto una eccezione non proposta in grado di appello. Si tratta poi di un'affermazione che suscita perplessità: il passaggio attraverso gli artt. 1345 e 1418 c.c., implicitamente indicati quale riferimento attraverso il richiamo del motivo unico determinante e dei precedenti giurisprudenziali, non è sicuramente un passaggio obbligato per gli atti ritorsivi quando vi siano disposizioni specifiche quale l'art. 26, comma 3, d.lgs. n. 198/06, che ne sanciscono autonomamente la nullità. Si tratta infine di un'affermazione non condivisibile sotto più profili (18).

La costruzione dell'atto ritorsivo che viene in rilievo nell'art. 26, comma 3, d.lgs. n. 198/06, come atto soggettivamente motivato da una unica ragione determinante di rappresaglia urta contro il sistema del diritto antidiscriminatorio e la formulazione letterale della disposizione.

La dottrina e la giurisprudenza della Corte di Giustizia hanno ripetutamente evidenziato negli anni che la finalità perseguita con i divieti di discriminazione e con le

(16) Cass., S.U., n. 26242/14, n. 26243/14.

(17) Scarponi 2016, 1; Carinci 2016, 720; Crotti 2016, 660; Gottardi 2016, 729; Tarquini 2016, 737.

(18) Barbera 2013, 151, Ballestrero 2016, 231.

tutele apprestate per renderli effettivi, di realizzazione dell'uguaglianza quale strumento di integrazione europea in una dimensione sociale e non esclusivamente economica, porta necessariamente a individuare gli ostacoli da rimuovere nelle condizioni oggettive che incidono sul diritto a non essere discriminati sulla base delle caratteristiche soggettive che segnano l'identità della persona, comprese quelle che ne esprimono la specificità sessuale, etnica, culturale e religiosa. È quindi disfunzionale e non coerente con le direttive una interpretazione che si focalizzi sull'intento soggettivo di chi attua la discriminazione, in assenza del quale (o in assenza della prova del quale) la rimozione delle condizioni di discriminazione non verrebbe attuata.

L'intera struttura della normativa comunitaria e la formulazione letterale delle singole disposizioni, comprese quelle di attuazione nell'ordinamento interno, confermano ampiamente questa conclusione a iniziare dalle definizioni di discriminazione diretta e indiretta attraverso un giudizio comparativistico incentrato sul trattamento inferiore e non sui motivi per i quali viene attuato.

Per quanto riguarda poi le molestie e le molestie sessuali, vengono in rilievo sul piano oggettivo il comportamento tenuto, la connessione con il fattore di rischio o la connotazione sessuale della condotta e l'effetto che il comportamento produce. Sono invece indifferenti i motivi ossia le ragioni soggettive che hanno indotto l'autore all'atto e financo la sua consapevolezza del disvalore della condotta e della natura degli effetti prodotti: l'intenzionalità degli effetti può esservi o non esservi, comportando ciò eventualmente solo una diversa modulazione della sanzione. Questo è reso esplicito nella formulazione letterale dalla previsione di comportamenti indesiderati che hanno «lo scopo o l'effetto», che equipara dunque l'eventuale movente soggettivo e/o intenzionalità all'oggettivo risultato, e che corrisponde sul piano sistematico all'impostazione di tutte le direttive sui divieti di discriminazione.

Affermare dunque in questo contesto che, in soluzione di continuità sul piano finalistico, per gli atti ritorsivi è al contrario necessario l'intento soggettivo (unico e determinante), anziché l'oggettiva idoneità della reazione dell'autore della discriminazione a produrre una situazione ulteriormente peggiorativa per la vittima e un effetto deterrente sulla richiesta di tutela, necessiterebbe di una chiara individuazione delle ragioni per le quali dovrebbe venire in considerazione un prevalente interesse del legislatore a sanzionare il perseguimento del fine illecito rispetto a quello della repressione di condotte che oggettivamente ostacolano l'esercizio dei diritti fondamentali della persona. E ciò a maggior ragione in relazione a disposizioni che disciplinano autonomamente gli atti ritorsivi, come l'art. 26, il cui testo ha una formulazione letterale che, in conformità all'art. 2, comma 2, della Direttiva, pone l'accento esclusivamente sulla correlazione (nesso causale) tra l'atto e il precedente comportamento della vittima («... gli atti, i patti o i provvedimenti [...] conseguenza del rifiuto o della sottomissione [...] trattamenti sfavorevoli che costituiscono una reazione a un reclamo o a una azione volta a ottenere...»). Nessuna ragione è invece illustrata nella sentenza in commento a giustificazione di una interpretazione di segno diverso, non essendo nemmeno significativi per questo aspetto i precedenti giurisprudenziali richiamati: tutti atti- nenti ad atti di ritorsione non correlati ai fattori di rischio di cui alle direttive e ai decreti attuativi, fuori quindi dall'ambito di applicazione della disciplina specifica e per i quali il passaggio attraverso l'art. 1345 c.c. è invece obbligato.

Resta da chiedersi se con questa digressione in realtà la Corte non abbia voluto preannunciare un contrasto all'interno della sezione sulla rilevanza oggettiva o soggettiva degli atti discriminatori vietati in generale o un diverso orientamento per quelli ritorsivi in particolare, che verrà in altra occasione motivato.

Riferimenti bibliografici

- Arrigo G. (2016), *Uguaglianza, parità e non discriminazione nel diritto dell'Unione europea*, in *RGL*, n. 4, I, 885 ss.
- Ballestrero M.V. (2016), *Discriminazione, ritorsione, motivo illecito. Distinguendo*, in *www.osservatoriodiscriminazioni.org*.
- Barbera M. (1992), *Molestie sessuali: la tutela della dignità*, in *DPL*, 1401 ss.
- Barbera M. (2013), *Licenziamento e diritto antidiscriminatorio*, in *RGL*, I, 139 ss.
- Borghesi D. (2016), *L'onere della prova nei licenziamenti disciplinari e discriminatori*, in *RGL*, n. 4, I, 870 ss.
- Carinci M.T. (2016), *Il licenziamento discriminatorio alla luce della disciplina nazionale: nozioni e distinzioni*, in *RIDL*, II, 720 ss.
- Crotti M.T. (2016), *Licenziamento della lavoratrice che si sottopone al procedimento di fecondazione assistita: la discriminazione opera obiettivamente*, in *DRI*, n. 3, 660 ss.
- Crotti M.T., Marzani M. (2012), *La disciplina del licenziamento per motivi discriminatori o illeciti*, in Magnani M., Tiraboschi M. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012 recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Giuffrè Editore, Milano, 221 ss.
- De Simone G. (2004), *Le molestie in genere e le molestie sessuali dopo la Direttiva Ce 2002/73*, in *RIDL*, I, 410 ss.
- Del Punta R. (2006), *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *DLRI*, 219 ss.
- Gottardi D. (2016), *L'attesa decisione sul licenziamento discriminatorio in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *RIDL*, II, 729 ss.
- Scarponi S. (1996), *Le molestie sessuali sul luogo di lavoro: verso nuove tecniche di tutela della dignità della lavoratrice*, in Cadoppi A. (a cura di), *Commentario delle «norme contro la violenza sessuale»*, Cedam, Padova, 466 ss.
- Scarponi S. (2016), *Licenziamento discriminatorio, licenziamento per motivo illecito determinante: una svolta della Cassazione in un caso riguardante la procreazione medicalmente assistita*, in *RGL*, n. 4, II, 1 ss.
- Tarquini E. (2015), *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*, Giuffrè Editore, Milano.
- Tarquini E. (2016), *La Corte di Cassazione e il principio di non discriminazione al tempo del diritto derogabile*, in *RIDL*, II, 737 ss.

Anna Terzi
Consigliere della Corte d'Appello di Trento

CORTE D'APPELLO ROMA, 6.3.2017 – Pres. Panariello, Est. Viva e Riga – T. e altri (avv.ti Panici, Buttazzo, Mangione) c. Rfi Spa (avv. Trifirò & Partners) e A. Spa (avv. Marazza).

Appalto – Divieto di interposizione illecita – Somministrazione irregolare – Indici rilevatori.

Si ha interposizione illecita, vietata anche dopo il d.lgs. n. 276/2003, se un comportamento negoziale coincide di fatto con la somministrazione di manodopera. Per aversi, quindi, appalto genuino il committente non deve sostituirsi all'appaltatore, riducendolo a mera entità di trasmissione delle proprie direttive, nella gestione del personale impiegato nell'appalto. (1)

(1) GLI INDICI RILEVATORI DELL'INTERPOSIZIONE ILLECITA

1. — La sentenza in commento ha il merito di mettere a fuoco come sia tutt'altro che sopita la questione sui limiti alla dissociazione tra datore di lavoro formale e sostanziale e sulla continuità del divieto di interposizione in origine sancito *ex art.* 1, l. n. 1369/1960.

Sul punto, in effetti, la dottrina è da tempo divisa tra chi esclude la permanenza nell'ordinamento di un divieto di interposizione illecita a seguito del d.lgs. n. 276/03 (Romei 2005; Miscione 2004; Tiraboschi 2003) e chi, al contrario, lo ritiene tuttora vigente sull'assunto che «il nuovo ordine normativo ha mutuato dalla l. n. 1369/1960 la tecnica regolatoria basata sulla diade disciplina dell'interposizione ammessa/repressione dell'interposizione diversa da quella ammessa» (Garofalo 2017, 22; Bonardi 2004; Carinci 2008; Del Punta 2008; Ichino 2004; Quadri 2004; Speciale 2004; Scarpelli 2012; Zappalà 2004). È nel solco tracciato da questa seconda parte della dottrina, ormai maggioritaria, che si inserisce la sentenza in esame, nel tentativo di individuare i principali indici rilevatori di (ab)uso di istituti interpositori.

La vicenda prende le mosse dalla domanda di accertamento di interposizione di mere prestazioni di manodopera e somministrazione irregolare, illecita e fraudolenta *ex d.lgs. n. 276/03* in un appalto, rigettata in primo grado perché non provati i fatti dedotti. Proposto appello per violazione e falsa applicazione degli artt. 27, c. 1, e 29, c. 3-bis, d.lgs. n. 276/03, il ricorso veniva accolto, dichiarandosi la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato con l'appaltante. Alla base del *decisum* la Corte pone la tesi della persistenza del divieto di interposizione illecita, pur parzialmente diverso rispetto al passato, facendo leva proprio sugli istituti introdotti nel 1997, prima, e nel 2003, poi: considerando la somministrazione a mo' di confine di liceità e, come sostenuto di recente, di «*actio finium regundorum*» (Garofalo 2017, 24).

Essa afferma, condivisibilmente, benché con un andamento non sempre coerente dato il richiamo a sentenze figlie della legislazione previgente, che «è regola generale dell'ordinamento lavoristico il principio secondo cui è datore di lavoro colui che effettivamente utilizza le prestazioni lavorative, pur essendo i lavoratori formalmente assunti da altri e prescindendosi dall'esistenza di accordi fraudolenti fra interponente e interposto»

(Cass., S.U., 26.10.2006, n. 22910, in *RGL*, 2007, n. 1, II, con nota di Mannino, Raffi, 23 ss., tra le altre; sull'intento elusivo Cass. 26.10.1982, n. 5598, in *MGC*, 1982, 9. Vd. Carinci 2016). Non avendo tale principio perso consistenza dopo il d.lgs. n. 276/03 ed essendo i nuovi istituti meramente eccezionali (Cass. 29.11.2011, n. 25270, in *FI*, 2012, I, n. 1, 69), sarebbe stato «superfluo continuare a proclamare espressamente un divieto assoluto di somministrazione» (Del Punta 2008, 138; vd. anche Calcaterra 2016). Oltretutto, l'impronta eccezionale, già data dalla l. n. 196/1997, è confermata tanto dalla non totale liberalizzazione dell'interposizione – dato il divieto di somministrazione illecita, di pseudoappalto o, ex art. 1344 c.c., di contratto in frode alla legge (De Luca Tamajo 2007) –, quanto dall'irrogabilità, seppur con modalità differenti, di sanzioni civili già prima previste (Giasanti 2014).

Pertanto, come evidenziato dalla Corte, secondo il combinato disposto degli artt. 18 e 84, d.lgs. n. 276/03, è interposizione illecita ogni comportamento negoziale coincidente di fatto con la somministrazione di manodopera posto in essere da soggetti non autorizzati o attraverso negozi indiretti. In tali casi è l'utilizzatore effettivo a rispondere delle obbligazioni derivanti dal rapporto, non esistendo codatorialità formale o sostanziale (Cass. 4.11.2011, n. 22894, in *www.dirittoegiustiziaonline*, 2011, con nota di Papaleo, 481 ss.; Cass. 6.4.2016, n. 6608, in *DG*, 2016, n. 18, con nota di Tonetti, 46 ss.); tanto da escludersi, in ambito processuale, il litisconsorzio necessario dell'interposto (Cfr., ex multis, Cass., S.U., 2.10.2002, n. 14897, in *MGL*, 2003, 191; Cass., S.U., 26.10.2006, n. 22910, in *GC*, 2007, n. 1) e, sul profilo sostanziale, la responsabilità solidale. Passando in secondo piano anche il principio dell'apparenza del diritto e dell'affidamento dei terzi in buona fede.

Il divieto di interposizione illecita, quindi, è il rovescio della medaglia del principio di responsabilità solidale, «nel senso che in qualsiasi fenomeno di decentramento opererebbe nelle manifestazioni fisiologiche la responsabilità solidale e in quelle patologiche l'interposizione vietata» (Garofalo 2017, 33; vd. Costa 2016; Marinelli 2002).

2. — Il confine tra fisiologico e patologico è oggi, però, molto labile. Infatti, a differenza del passato – ove l'accertamento dell'illiceità era favorito dalla presunzione legale assoluta in caso di uso di mezzi e capitali dell'appaltante che rendesse del tutto marginale l'apporto dell'appaltatore (Cass. 7.11.2013, n. 25064, in *Diritto e giustizia online*, 2013, 610, con nota di Duilio) –, la distinzione tra appalto, somministrazione e interposizione irregolare è ormai impalpabile (T. Roma 7.3.2007, n. 6269, in *RGL*, 2008, n. 1, II, con nota di Valente, 182 ss.). Ciò, nonostante molti indici di illiceità, quali l'organizzazione della forza lavoro, la mera gestione amministrativa del rapporto o l'assenza di autonomia del servizio offerto dell'interposizione siano uguali *ante e post* 2003 (*Ex multis*: Cass. 21.5.1998, n. 5087, in *RIDL*, 1999, n. 2, III, con nota di Carinci, 252; Cass. 9.6.2000, n. 7197, in Bonardi 2004; Cass. 30.10.2002, n. 15337, in *RIDL*, 2003, n. 2, III, con nota di D'Oronzo; Cass. 19.11.2003, n. 17574, in Del Punta 2008; T. Catania 7.2.2006 – Est. Parisi –, *G. c. Srrano Spa*, in *RGL news*, 2006, n. 3; T. Siena 26.8.2008 – Est. Cammarosano –, *A.Z. c. Sisped Snc et Euro Services Srl*, in *RGL news*, 2008, n. 5; Cass. 28.3.2013, n. 7820, in *www.dirittoegiustiziaonline*, 2013, n. 0, con nota di Marino, 467 ss.; Cass. 3.6.2014, n. 12357, in *DeJure*, Giuffrè).

Pertanto, la Corte, partendo proprio dai tipici indici rilevatori e riprendendo orientamenti giurisprudenziali consolidati, individua la non genuinità dell'appalto

nell'assenza di ciò che è stato in passato definito come «diaframma fra appaltante e lavoratori dell'appaltatore» (Del Punta 2008, 134): ossia nella mancanza di organizzazione e rischio di impresa. Elementi, questi, che, pur precisati chiaramente nell'art. 29, d.lgs. n. 276/03, per differenza rispetto alla somministrazione (Ciucciuvino 2009; Aimo, Izzi 2014; Albi 2012), non sono facili da individuare senza l'analisi del rapporto di fatto instaurato tra le parti, come confermato dall'art. 84, d.lgs. n. 276/03 (Cordella *et al.* 2016). Considerando, da un lato, che l'organizzazione può risultare in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto e dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto; dall'altro, che il rischio va oltre la dimensione economica e la convenienza dell'affare, riguardando la gestione complessiva dell'attività lavorativa (Alvino 2014). La valutazione è, quindi, molto delicata; anche perché, come evidenziato dalla Corte riprendendo la nota n. 15749/07 del ministero del Lavoro, il rischio di impresa permette di distinguere tra appalto genuino, ove il committente deve il corrispettivo pattuito solo contro la prestazione del risultato, e appalto di manodopera, in cui si retribuisce l'appaltatore per il sol fatto di aver svolto un lavoro.

È essenziale, perciò, comprendere se concretamente l'impresa appaltatrice abbia un'organizzazione, operi in condizioni di autonomia organizzativa e gestionale rispetto alla committente e, soprattutto, assuma su sé rischio e alea economica insita nell'attività produttiva oggetto di appalto (Cass. 11.9.2000, n. 11957, in *RIDL*, 2001, II, 253, con nota di Zilio Grandi; Cass. 27.1.2005, n. 1676, in *MGC*, 2005, 1).

Pertanto, sviscerando questi punti, vi è interposizione illecita se l'impresa non è autentica e/o manchino i mezzi di produzione, la qualifica di imprenditore del soggetto appaltatore o, ancora, un'autonomia anche solo sotto il profilo della gestione del personale (T. Trieste 12.10.2011, n. 403, in *DeJure*, Giuffrè). In relazione a quest'ultimo punto, addirittura, la stessa necessità di valutare rischio e organizzazione verrebbe superata qualora, pur non essendo fittizia l'impresa, sussistesse in capo all'appaltante il potere direttivo o di controllo della prestazione, anziché dell'attività dell'appaltatore (Cass. 17.5.2016, n. 10057, in *Sentenzeweb*; Cass. 6.4.2011, n. 7898, in *DeJure*, Giuffrè; Cass. 20.5.2009, n. 11729, in *DeJure*, Giuffrè): ciò sarebbe per sé solo indice sufficiente di intermediazione. D'altro canto, è proprio l'impossibilità di delegare l'esercizio di poteri datoriali all'appaltante che consente di distinguere l'appalto anche dalla diversa fattispecie del distacco (Esposito 2014, 612).

Per aversi appalto genuino, quindi, il committente, mutuando le parole della Corte, non deve sostituirsi all'appaltatore «riducendolo a mera entità di trasmissione delle proprie direttive», non può decidere il numero di lavoratori da utilizzare (Già Cass. 6.2.2004, n. 2305, in *DeJure*, Giuffrè), né può esercitare potere disciplinare. In altri termini, i dipendenti dell'appaltatore devono essere riconoscibili come tali. Ciò non esclude che l'appaltante possa dare istruzioni nei limiti dell'indispensabile coordinamento funzionale fra imprese appaltatrici. Infatti, non è detto vi sia illiceità se, con consenso dell'appaltatore, viene svolta attività diversa da quella prevista nel contratto (Cass. 11.4.2013, n. 8863, in *RGL*, 2014, n. 1, II, con nota di Terenzio, 71 ss.). Certamente, però, l'illiceità è riscontrabile se l'appaltatore ha meri compiti di gestione amministrativa del rapporto (Cass. n. 7.2.2017, n. 3178, in *DeJure*, Giuffrè; Cass. 22.8.2003, n. 12363, in *RIDL*, 2004, n. 1, III, con nota di Calcaterra, 58 ss.; T. Roma 7.3.2007 – Est. Delle Donne –, *Vari c. Acea Spa e Cos Communication Services Spa*, in

RGL News, 2007, n. 2; Cass. 23.11.2009, n. 24625, in *DeJure*, Giuffrè; Cass. 10.1.2012, n. 751, in *RGL news*, 2012, n. 1; Cass. 16.7.2013, n. 17359, in *RGL news*, 2014, n. 3; Cass. 7.11.2013, n. 25064, in *www.dirittoegiustiziaonline*, 2013, con nota di Dulio, 1610 ss.; Cass. 24.11.2015, n. 23962, in *DG*, 2015, 42, con nota di Leverone, 46 ss.). Essa, poi, di sicuro sussiste se il lavoratore svolge mansioni indispensabili per il funzionamento dell'attività dall'appaltante e spetta esclusivamente a quest'ultimo il potere di dargli disposizioni, di occuparsi della sua professionalizzazione o di fornirgli l'attrezzatura necessaria per lo svolgimento della prestazione, i cui tempi e modi, quindi, risultano conformati alle esigenze della società appaltante, senza possibilità per la società appaltatrice di ingerirsi (Cass. 7.1.2013, n. 2334 in *www.dirittoegiustiziaonline*, 2013, n. 0, con nota di Gasparre, 15 ss.; Cass. 4.1.2016, n. 20, in *DG*, 2016, 1, con nota di Dulio, 13 ss.). Rientra in queste ipotesi il caso palesatosi dinanzi alla Corte, in cui l'appaltante svolgeva colloqui per l'assunzione, assumeva e, infine, godeva dei poteri di direzione, controllo e disciplinare.

Gli indici descritti, sovrapponendosi a quelli della subordinazione (Mazzotta 2006), provano che la «strisciante ma continua opera di destrutturazione dell'antico divieto di interposizione» (Esposito 2016, 750. Cfr. Corazza 2009) non ha portato a una sua totale abolizione: ogni qual volta si esuli dai parametri dell'interposizione ex d.lgs. n. 276/03 e d.lgs. n. 81/15 non può che farsi ancora riferimento al concreto ed effettivo rapporto instaurato ai sensi dell'art. 2094 c.c. e al generale principio della necessaria coincidenza tra titolarità formale e utilizzatore sostanziale del rapporto stesso.

Riferimenti bibliografici

- Aimo M., Izzi D. (a cura di) (2014), *Esteralizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet Giuridica, Milano-Roma.
- Albi P. (2012), *Il contratto di appalto*, in Brollo M. (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, VI, Cedam, Padova, 1595 ss.
- Alvino I. (2014), *L'appalto e i suoi confini*, in Aimo M., Izzi D. (a cura di), *Esteralizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet Giuridica, Milano-Roma, 5 ss.
- Bonardi O. (2004), *La distinzione tra appalto e somministrazione di lavoro, prima e dopo la riforma*, in *GC*, n. 4, 1011 ss.
- Calcaterra L. (2016), *Lo staff leasing dall'ostracismo alla liberalizzazione*, in *RIDL*, n. 1, II, 579 ss.
- Carinci M.T. (2008), *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento di azienda e di ramo*, Giappichelli, Torino.
- Carinci M.T. (2016), *Processi di ricomposizione e di scomposizione dell'organizzazione: verso un datore di lavoro «à la carte»?», in *DLRI*, n. 4, 733 ss.*
- Ciucciovino S. (2009), *Origini e tramonto del divieto generale di interposizione nel rapporto di lavoro*, in Amoroso G., *Diritto del lavoro: La Costituzione, il codice civile e le leggi speciali*, Giuffrè, Milano, 1477 ss.
- Corazza L. (2009), *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 93.

- Cordella C. et al. (2016), *Interventi appalti: nozione lavoristica e tutela dei crediti retributivi dei lavoratori*, in *DRI*, n. 2, 521 ss.
- Costa G. (2016), *Solidarietà e codatorialità negli appalti*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 302.
- De Luca Tamajo R. (2007), *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in *RIDL*, 2007, n. 1, I, 5 ss.
- Del Punta R. (2008), *Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro*, in *RIDL*, n. 2, II, 129 ss.
- Esposito M. (2014), *La fattispecie del distacco e la sua disciplina*, in Aimo M., Izzi D. (a cura di), *Esteralizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet Giuridica, Milano-Roma, 664 ss.
- Esposito M. (2016), *La Cassazione disegna i confini (mobili) dell'impresa: nuove e vecchie frontiere della dissociazione datoriale*, in *GDLRI*, n. 4, 749 ss.
- Garofalo D. (2017), *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, relazione alle Giornate di Studio Aidlass su «Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi», Cassino, 18-19 maggio 2017.
- Giasanti L. (2014), *La somministrazione illecita*, in Aimo M., Izzi D. (a cura di), *Esteralizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet Giuridica, Milano-Roma, 552 ss.
- Ichino P. (2004), *Somministrazione di lavoro*, in Pedrazzoli M. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 257 ss.
- Marinelli M. (2002), *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino.
- Mazzotta O. (2006), *Somministrazione di lavoro e subordinazione: chi ha paura del divieto di interposizione*, in Mariucci L. (a cura di), *Dopo la flessibilità cosa?*, FrancoAngeli, Milano, 157 ss.
- Miscione M. (2004), *Appalto di manodopera dopo il d.lgs. n. 276/2003: non punibilità del divieto*, in *DPL*, n. 8, 518 ss.
- Quadri G. (2004), *Processi di esternalizzazione: tutela del lavoratore e interesse dell'impresa*, Jovene, Napoli.
- Romei R. (2005), *L'elisir di lunga vita del divieto di interposizione*, in *RIDL*, n. 3, II, 726 ss.
- Scarpelli F. (2012), *Linee e problemi dei fenomeni di esternalizzazione e decentramento produttivo*, in Brollo M. (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, VI, Cedam, Padova, 1421 ss.
- Speziale V. (2004), *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in Gragnoli E., Perulli A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 275 ss.
- Tiraboschi M. (2003), *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, in *GL*, n. 4, 66 ss.
- Zappalà L. (2004), *Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime riflessioni sulla «tipizzazione» del contratto di somministrazione di lavoro*, in *DRI*, 267 ss.

Emilia D'Avino
Dottore di ricerca
presso l'Università di Napoli «Parthenope»

CORTE D'APPELLO ROMA, 16.2.2017 – Pres. Marasco, Est. Valente – G.T. (avv.ti Panici, Guglielmi) c. Alitalia Sai Spa (avv.ti Clementi, Navarra, Marazza) e Alitalia Cai Spa (avv.ti De Feo, Marazza).

Trasferimento di azienda – Azienda in stato di crisi aziendale – Continuazione del rapporto di lavoro in capo al cessionario – Deroghe – Art. 47, c. 4-bis, l. n. 428/1990 – Direttiva n. 2001/23/Ce – Incompatibilità – Interpretazione conforme – Possibilità.

In caso di trasferimento di aziende in stato di crisi, l'accordo collettivo di cui all'art. 47, c. 4-bis, l. n. 428/1990, non può spingersi fino a prevedere limitazioni al trasferimento dei rapporti di lavoro all'impresa cessionaria, potendo prevedere modifiche delle condizioni di lavoro al fine del mantenimento dei livelli occupazionali, risultando una diversa interpretazione della disposizione in contrasto con la Direttiva n. 2001/23 come interpretata dalla Corte di Giustizia, anche in sede di condanna emessa nei confronti dell'Italia. (1)

(1) IL TRASFERIMENTO DELL'ALITALIA IN CRISI TRA INADEMPIMENTI
DEL LEGISLATORE E CORRETTIVI DELLA GIURISPRUDENZA

1. — La pronuncia in epigrafe si colloca nell'ambito del nutrito contenzioso relativo ai licenziamenti collettivi intimati nel 2014 dalla Alitalia Compagnia aerea italiana Spa (Cai) – società che tra il 2008 e il 2009, con l'auspicio del Governo e non senza suscitare polemiche, aveva assunto l'esercizio della già disastata compagnia di bandiera italiana – in vista del trasferimento delle attività operative alla *NewCo* costituita in *partnership* con il vettore emiratino Etihad Airways, che sarebbe stata denominata Alitalia Società aerea italiana Spa (Sai).

Si tratta, dunque, di un nuovo «caso Alitalia» (Raimondi 2017, 98), peraltro non certo il primo, visto che di «casi Alitalia» se ne sono susseguiti diversi nel passato recente (Bollini 2010, 345 ss.; D'Aquino *et al.* 2010, 190 ss.) e altri sembrerebbero profilarsi all'orizzonte.

La sentenza merita di essere segnalata in particolare perché affronta con ampia motivazione il tema della compatibilità con la Direttiva n. 2001/23/Ce dell'art. 47, c. 4-bis, l. n. 428/1990, che pure era stato introdotto proprio per dare esecuzione alla condanna inflitta dalla Corte di Giustizia allo Stato italiano (C. Giust. 11.6.2009, C-561/07, *Commissione c. Repubblica italiana*, in *RIDL*, 2010, n. 1, I, 212, con nota di Cester) per avere violato la direttiva mantenendo in vigore le disposizioni di cui all'art. 47, cc. 5 e 6, l. n. 428/1990, che ammettevano una serie di deroghe alla disciplina «ordinaria» del trasferimento d'azienda in favore delle imprese che si trovassero in una serie di ipotesi di crisi aziendale (Sui profili lavoristici del trasferimento di azienda in crisi, in generale, vd.: Marazza, Garofalo 2015, 64 ss.; Vallauri 2014; Gogliettino 2014; De Luca Tamajo, Salimbeni 2012, 1498 ss.; Caiafa, Cosio 2005; Ricci 2004).

Nel caso di specie, come passaggio preliminare all'operazione di trasferimento di Alitalia alla Sai erano state disposte dalla Cai due procedure di mobilità, essendo stato previsto (anche per le insistenze sul punto di Etihad) un tetto massimo al numero dei dipendenti che sarebbero passati alle dipendenze della nuova società, individuato in poco più di 11.000 unità. Chiusa la prima procedura di mobilità, avvenuta su base volontaria, e riconosciuto nel frattempo lo stato di crisi aziendale della Cai con decreto del ministero del Lavoro, la società apriva la seconda procedura di licenziamento collettivo. Determinati con accordo sindacale i criteri di scelta dei licenziandi, la società comunicava il recesso ai lavoratori individuati ed effettuava la comunicazione di cui all'art. 4, c. 9, l. n. 223/1991.

Così «snellito» l'organico aziendale, veniva esperita la procedura di cui all'art. 47, l. n. 428/1990, e con Accordo del novembre 2014 si conveniva il passaggio alla Sai delle risorse rimaste in servizio presso la Cai, con esclusione di quelle oggetto della procedura di mobilità, e a decorrere dal 1° gennaio 2015 si perfezionava quindi il trasferimento di Alitalia da Cai a Sai, cui venivano trasferite le attività operative e i principali *asset* strategici, oltre al marchio Alitalia.

I licenziamenti collettivi intimati dalla cessionaria Cai in vista del trasferimento venivano impugnati in diversi tribunali, che si pronunciavano in grande parte nel senso della illegittimità del recesso, per varie ragioni: per violazione dei criteri di scelta (Così T. Milano 19.11.2015 e C. App. Roma 19.11.2015, entrambe in *ADL*, 2016, n. 2, II, 358 ss., con nota di Brun; C. App. Roma 1.6.2016 e T. Civitavecchia 7.6.2016, entrambe in *RGL*, 2017, n. 1, II, 96 ss., con nota di Raimondi), per violazione del divieto di licenziamento in concomitanza di matrimonio (Così T. Milano 20.10.2015, anch'essa in *ADL*, 2016, n. 2, II, 358 ss.; T. Milano 5.9.2016, in *DeJure*) nonché, ancora, per violazione della disposizione di cui all'art. 2112, c. 4, c.c., ai sensi del quale il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento (In tal senso T. Roma 15.1.2016, in *IlGiuslavorista.it*, 13.5.2016, con nota di Belligoli; esplicitamente *contra*, tra le altre, T. Milano 19.11.2015, cit.).

All'analisi di alcune delle decisioni sopramenzionate per quanto concerne i profili di illegittimità del licenziamento e le tematiche relative al rito applicabile, questa *Rivista* ha già dedicato un ampio contributo (Raimondi 2017), al quale si rinvia per la trattazione delle molteplici «approssimazioni» che hanno caratterizzato l'applicazione dei criteri di scelta contrattual-collettivi nel caso Alitalia (sul punto, anche Brun 2016).

In questa sede, invece, si analizzerà il diverso ma connesso profilo relativo alla latitudine della deroga prevista dall'art. 47, c. 4-*bis*, l. n. 428/1990, a mente del quale «nel caso in cui sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, l'art. 2112 c.c. trova applicazione nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo qualora il trasferimento riguardi aziende [...] delle quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale».

Come è intuibile, la questione è di rilevanza essenziale per verificare le conseguenze dell'illegittimità del licenziamento intimato da una impresa (cedente) in stato di crisi e in particolare per individuare il destinatario dell'ordine di reintegrazione nell'ambito di applicazione della tutela reale. La giurisprudenza ha infatti affermato che in generale gli effetti del licenziamento illegittimo intimato dal cedente si trasferiscono, insieme al complesso aziendale, direttamente in capo al cessionario, che risulta legittimato pertanto passivo rispetto alla impugnativa proposta dal lavoratore e destinatario

dell'ordine di reintegrazione (Cass. 1.4.2016, n. 6387, in *Diritto e giustizia*, 2016, n. 17, 25; Cass. 16.12.2014, n. 26401, in *Defure*; Cass. 21.2.2014, n. 4130, *ivi*; Cass. 8.3.2011, n. 5507, in *MGC*, 2011, 372; Cass. 12.4.2010, n. 8641, *ivi*, 2010, 526).

Nel caso in esame, tuttavia, sia il giudice della fase sommaria che il giudice dell'opposizione avevano emesso l'ordine di reintegrazione nei confronti del solo cedente Cai e non, come richiesto dal lavoratore, nei confronti della nuova realtà operativa Sai. Era stata infatti ritenuta fondata l'eccezione sollevata da quest'ultima basata sull'accordo sindacale raggiunto nell'ambito della procedura di informazione e consultazione, che escludeva il passaggio alla cessionaria dei lavoratori oggetto di mobilità. Secondo i giudici di primo grado, l'accordo avrebbe previsto una «limitazione» all'applicazione dell'art. 2112 c.c. legittima in quanto ammessa dall'art. 47, c. 4-*bis*, l. n. 428/1990.

Giova ricordare che la citata disposizione era stata introdotta allo scopo di dare esecuzione alla pronuncia (C. Giust. 11.6.2009, cit.) con cui la Corte di Giustizia aveva condannato l'Italia per avere ammesso la possibilità di derogare alla regola del trasferimento dei rapporti di lavoro fuori dei casi previsti dall'art. 5, par. 1, Direttiva n. 2001/23/Ce. Se tale norma limita la deroga alle ipotesi «in cui il cedente sia oggetto di una procedura fallimentare o di una procedura di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso e che si svolgono sotto il controllo di un'autorità pubblica competente», la disciplina nazionale la estendeva alle diverse ipotesi (crisi aziendale e amministrazione straordinaria senza finalità liquidatoria) per cui la direttiva ammette invece (art. 5, par. 2 e 3) solo una deroga alla regola del mantenimento dei trattamenti economici e normativi corrisposti dal cedente, fermo restando il diritto alla continuazione del rapporto.

Nonostante parte della dottrina avesse sostenuto che le modifiche apportate alla direttiva originaria dalla Direttiva n. 98/50/Ce avessero sanato le deroghe italiane (Pizzoferrato 1999, 471), la condanna della Corte era necessitata dalla giurisprudenza del giudice di Lussemburgo, che in più occasioni aveva avuto modo di pronunciarsi nel senso della ristretta latitudine delle eccezioni alla regola del trasferimento del rapporto di lavoro (C. Giust. 7.2.1985, C-135/83, *Abels*, in *FI*, 1986, IV, 109, con nota di De Luca; C. Giust. 25.7.1991, C-362/89, *D'Urso*, in *GC*, 1992, 1126, con nota di Contaldi; C. Giust. 7.12.1995, C-472/91, *Spano*, in *RIDL*, 1996, II, 268, con nota di Lambertucci. Più recentemente, C. Giust. 28.1.2015, C-688/13, *Gimnasio Deportivo*, nonché le conclusioni del 29.3.2017 dell'Avv. Gen. Mengozzi nel procedimento C-126/16, secondo cui anche lo speciale procedimento di *pre-pack* previsto dal diritto dei Paesi Bassi non ricade nelle ipotesi per cui l'art. 5, par. 1, della Direttiva ammette di derogare alla Direttiva stessa).

Il legislatore nazionale ha dato tempestiva attuazione alla pronuncia di condanna introducendo, con l'art. 19-*quater*, d.l. n. 135/2009 («Disposizioni urgenti [...] per l'esecuzione di sentenze della Corte di Giustizia»), una differenziazione tra due diverse ipotesi: quella di imprese sottoposte a procedure concorsuali «nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata», in cui l'art. 2112 c.c. «non trova applicazione» (art. 47, cit., c. 5), e quella di imprese in crisi «in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività», in cui la disposizione codicistica «trova applicazione nei termini e con le limitazioni previste» dall'accordo collettivo (art. 47, cit., c. 4-*bis*).

Sennonché, quello che è stato efficacemente definito un «*maquillage* normativo» (Bollini 2010, 344) ha da subito destato rilevanti dubbi di compatibilità con la direttiva comunitaria, dovuti anche all'ambiguità della formulazione della disposizione (Vallauri 2014, 357; Aniballi 2012, 359; Cester 2010, 243; Bollini 2010, 344). Il dato letterale potrebbe infatti indurre a ritenere che «i termini e le limitazioni» dell'accordo sindacale possano spingersi sino a prevedere un trasferimento solo parziale del personale. Tanto più considerato che oggetto dell'accordo è per espressa disposizione di legge «il mantenimento, *anche parziale*, dell'occupazione». Una parte della giurisprudenza aveva in effetti finito per concludere che anche l'art. 47, c. 4-*bis*, l. n. 428/1990, consentisse di derogare alla regola della continuazione dei rapporti di lavoro (Oltre alle decisioni rese nel primo grado del procedimento in esame, vd., sempre in riferimento al «caso Alitalia», anche T. Roma 27.5.2015, in *IlGiuslavorista*, 11.9.2015).

La pronuncia in esame, al contrario, in accoglimento dell'appello proposto dal lavoratore, riconosce l'incompatibilità con l'ordinamento europeo dell'interpretazione fatta propria dai giudici di primo grado, in ragione dei richiamati precedenti della Corte di Lussemburgo. Ravvisata l'impossibilità di disapplicare la disposizione nazionale, non potendosi attribuire alle direttive efficacia orizzontale diretta (In tal senso, in riferimento alla disciplina previgente, già Cass. 21.3.2001, n. 4073, in *RIDL*, 2002, II, 114, con nota di Lambertucci), il Collegio ritiene di poter seguire la strada dell'interpretazione comunitariamente orientata dell'art. 47, c. 4-*bis*, l. n. 428/1990; operazione che risulta facilitata proprio dall'ambiguità della disposizione. La Corte valorizza dunque la previsione di cui all'art. 5, par. 2, lett. *b*, della Direttiva, che ammette «modifiche alle condizioni di lavoro» in deroga alla Direttiva stessa, per concludere che i «termini e le limitazioni» all'operatività dell'art. 2112 c.c. previsti dall'art. 47, c. 4-*bis*, cit., possono incidere solo sulla regola del mantenimento dei trattamenti economico-normativi applicati dal cedente (altrimenti imposta dall'art. 2112, c. 1, c.c., salvo l'effetto sostitutivo dei contratti collettivi di pari livello), ma non su quella della continuazione dei rapporti di lavoro.

La conclusione – già raggiunta in altre pronunce relative al caso Alitalia (T. Milano 20.10.2015, cit.; T. Milano 19.11.2015, cit.; T. Roma 15.1.2016, cit.; C. App. Roma 1.6.2016, cit.), ma nel caso in esame oggetto di approfondita motivazione, a presidio del consolidamento dell'orientamento – risulta condivisibile in quanto ogni diversa interpretazione non potrebbe che porsi in irrimediabile contrasto con il diritto europeo e la giurisprudenza di Lussemburgo.

E così, se la Cai era nata nel 2009 anche grazie a un decreto (d.l. n. 134/2008, conv. in l. n. 166/2008, cd. decreto Alitalia) che si era spinto ad ammettere deroghe ancor più significative (e ancor più incompatibili con la direttiva) – fino a prevedere che nel caso di imprese di interesse strategico nazionale in amministrazione straordinaria potesse essere concordato il trasferimento solo parziale di complessi aziendali unitari o la definizione *ad hoc* di rami d'azienda anche non preesistenti (art. 5, c. 2-*ter*, d.lgs. n. 347/2003, come modificato dall'art. 1, c. 13, del d.l. n. 134/2008) –, deve oggi essere conclusivamente rilevato che solo grazie al correttivo dell'interpretazione conforme elaborato dalla giurisprudenza nazionale si è impedito che, nella nascita della «nuova» Alitalia Sai, la «tragedia» dell'inadempimento del legislatore, dopo la condanna della Corte di Giustizia, si ripettesse in farsa.

Riferimenti bibliografici

- Aniballi V. (2012), *Il trasferimento di «ramo d'azienda» nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, in *RIDL*, n. 2, I, 345 ss.
- Belligoli G. (2016), *Deroga al divieto dei licenziamenti nei trasferimenti d'azienda: ambito di operatività*, in *IlGiuslavorista*, 13 maggio.
- Bollini R. (2010), *Protezione del lavoro nel trasferimento d'azienda: il d.l. 135/2009 e il cd. «caso Alitalia»*, in *RIDL*, n. 2, II, 338 ss.
- Brun S. (2016), *Trasferimento d'azienda e licenziamento collettivo: la tutela dell'occupazione e lo spirito «disatteso» delle recenti riforme*, in *ADL*, n. 2, 358 ss.
- Caiafa A., Cosio R. (2005), *Il trasferimento dell'azienda nell'impresa in crisi o insolvente*, Cedam, Padova.
- Cester C. (2010), *Due recenti pronunce della Corte di Giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda. Sulla nozione di ramo d'azienda ai fini dell'applicazione della direttiva e sull'inadempimento alla stessa da parte dello Stato italiano nelle ipotesi di deroga per crisi aziendale*, in *RIDL*, n. 1, II, 232 ss.
- Contaldi G. (1992), *Sulla tutela dei lavoratori in diritto comunitario in caso di trasferimento di imprese soggette ad amministrazione straordinaria*, in *GC*, n. 5, 1126 ss.
- D'Aquino F. et al. (2010), *Il trasferimento dei lavoratori nella grande impresa in crisi*, Giuffrè, Milano.
- De Luca M. (1986), *Licenziamenti collettivi, trasferimenti d'azienda, crisi dell'impresa, procedure concorsuali e «tutele» dei lavoratori nel diritto comunitario: brevissime note sullo stato di «conformazione» dell'ordinamento italiano*, in *FI*, n. 1, IV, 109 ss.
- De Luca Tamajo R., Salimbeni M.T. (2012), *Il trasferimento d'azienda*, in Brollo M. (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, VI, Cedam, Padova, 1453 ss.
- Gogliettino G.P. (2014), *Imprese in crisi o insolventi e tutela dei lavoratori: trasferimento d'azienda tra diritto interno ed europeo*, Giuffrè, Milano.
- Lambertucci P. (1996), *La disciplina del trasferimento dell'azienda in crisi al vaglio della Corte di Giustizia*, in *RIDL*, n. 2, II, 268 ss.
- Lambertucci P. (2002), *Il Trasferimento d'azienda in crisi fra diritto interno e diritto comunitario*, in *RIDL*, n. 1, II, 114 s.
- Marazza M., Garofalo D. (2015), *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, Torino, Giappichelli.
- Pizzoferrato A. (1999), *I riflessi della Direttiva 98/59/Ce sull'ordinamento italiano*, in *GDLRI*, n. 2-3, 463 ss.
- Raimondi E. (2017), *Licenziamenti collettivi e conseguenze sanzionatorie dopo la riforma Fornero*, in *RGL*, n. 1, II, 98 ss.
- Ricci M. (2004), *Trasferimento di azienda in crisi e rapporti di lavoro*, in Aa.Vv., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 225 ss.
- Vallauri M.L. (2014), *Lavoratori e trasferimento di ramo nell'impresa in crisi*, in Aimò M., Izzi D. (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet Giuridica, Milano-Roma, 341 ss.

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

CORTE D'APPELLO FIRENZE, 17.1.2017 – Pres. Nisticò, Est. Nuvoli – Spa Mps (avv.ti Nuti, Burroni, Mian, Giustiniani), Srl F. (avv.ti Pinto, Stanchi) c. X.X. (avv.ti Rusconi, Rusconi).

Trasferimento di azienda – Ramo d'azienda – Autonomia funzionale – Preesistenza – Conservazione dell'identità.

Non si può ritenere sufficiente, ai fini della qualificazione del ramo ceduto come funzionalmente autonomo, la sola organizzazione dei rapporti di lavoro, atteso che le prestazioni dei lavoratori, in assenza di integrazioni e addizioni successive mediante coevi contratti di appalto stipulati con il cedente (contenenti, nel caso di specie, la regolamentazione dell'uso da parte di Fruendo Srl dei sistemi e degli applicativi di information technology e rimasti nella esclusiva disponibilità di Spa Banca Mps), non sono determinanti ai fini dello svolgimento dei servizi di back office. (1)

(1) IN TEMA DI AUTONOMIA DEL RAMO DI AZIENDA CEDUTO

1. — A distanza di oltre un decennio dalla discussa novella di cui all'art. 32, d.lgs. n. 276/2003, la formulazione dell'art. 2112, comma 5, c.c. continua a far discutere. Dottrina e giurisprudenza sono impegnate in un dibattito serrato circa il punto di equilibrio più accettabile tra le istanze liberalizzatrici tradottesi nell'espunzione dei requisiti della preesistenza del ramo e della conservazione della sua identità nel trasferimento e quelle di tutela della posizione giuridica dei lavoratori coinvolti in operazioni di esternalizzazione (Treu 2016). Proprio come nel caso posto all'attenzione della Corte d'Appello di Firenze, chiamata a pronunciarsi sulla riconducibilità all'art. 2112 c.c. di un'operazione di trasferimento di ramo d'azienda, che ha coinvolto più di mille lavoratori addetti ad attività di *back office* presso lo storico istituto di credito senese e ha dato origine a un consistente filone di contenzioso (Raffi 2015, Undiemi 2017).

I fatti di causa, in sintesi, sono i seguenti. La crisi nera in cui è piombata alcuni anni fa Mps ha costituito il presupposto di una serie di esternalizzazioni (previste dal piano industriale 2012-2015) che sembrano per vero sorrette, più che da esigenze di snellezza operativa ed economicità, da un sottile gioco di spostamenti di voci di bilancio del gruppo, che avrebbe dovuto garantire un cospicuo risparmio nei costi (diretti o indiretti) del personale addetto ad attività di *back office*. Il negozio traslativo, perfezionatosi nel dicembre 2013, aveva a oggetto la cessione alla società Fruendo Srl (neocostituita e controllata da società del gruppo) del «complesso di beni organizzati per la prestazione dei servizi di *back office* a favore, “in prevalenza”, delle società del gruppo Mps» (corsivo in sentenza, ma vd. *infra*). In concreto, il trasferimento ha comportato la cessione dei contratti di lavoro di 1064 dipendenti, in forza presso la capogruppo, alla divisione Daaca (Divisione Attività amministrative contabili ausiliarie), riorganizzata, nel giro di alcune settimane, proprio in vista dell'operazione.

In questo quadro, vi sono due elementi di criticità, che emergono con chiarezza

dalla ricostruzione in fatto della sentenza del Collegio fiorentino. In primo luogo, è risultato pacifico come Fruendo Srl abbia reso i propri servizi, non *in prevalenza*, ma *esclusivamente* a favore del gruppo Mps. Nulla di strano – men che meno di illecito –, se non fossero così emersi, da un lato, una discrasia tra quanto dichiarato in sede di conclusione del negozio e l'assetto di rapporti commerciali realizzatosi tra le parti e, dall'altro, un indizio della scarsa solidità imprenditoriale e capacità di stare sul mercato del cessionario (ciò che, in queste operazioni, si riconnette alla «monocommittenza»). In secondo luogo, è stato provato che, a seguito della cessione, i dipendenti addetti ad attività di *back office* continuassero e fossero obbligati a svolgere le proprie mansioni per mezzo del «sistema informativo (applicativi e infrastrutture) “*messo a disposizione*” dal Consorzio operativo di Gruppo Monte dei Paschi di Siena» (corsivo in sentenza). Un dato apprezzabile sotto il profilo organizzativo, in virtù dell'integrazione funzionale tra i contratti di cessione di ramo d'azienda e di fornitura di servizi, ma anche, si badi, in grado di proiettarsi direttamente sui profili giuslavoristici dell'operazione, atteso che, alla luce della giurisprudenza di legittimità, ne parrebbe di primo acchito compromessa l'autonomia funzionale del ramo (vd. *infra*).

2. — In questi anni la nozione di ramo d'azienda è stata al centro di un vivace dibattito (Boghetich 2017), che non ha ancora visto vincitori né vinti. In dottrina e in giurisprudenza ci si è interrogati a fondo sulla conservazione o meno, dopo la riforma del 2003, dei requisiti della preesistenza e della conservazione dell'identità del ramo, nonché sulla questione, logicamente successiva ma a essa strettamente connessa, dell'incidenza di tali requisiti (ove considerati parte integrante della norma vigente) sull'accertamento in giudizio dell'autonomia funzionale.

Per vero, benché il dibattito dottrinale resti aperto – e sia stato anzi rianimato dalla pubblicazione della controversa sentenza *Amatori* (C. Giust. 6.3.2014, C-458/12, *Amatori e altri c. Telecom*, in *RIDL*, 2014, II, 461; vd., in tema, Cester 2014; Corazza 2014; Tosi 2014; Novella 2016) –, la giurisprudenza di legittimità appare stabilmente assestata, anche dopo la pronuncia dei giudici del Lussemburgo, su un'interpretazione secondo la quale l'espunzione per via legislativa dei requisiti della preesistenza e della conservazione dell'identità nel trasferimento ha avuto un impatto modesto sulla nozione di ramo d'azienda. Per essere più chiari, l'autonomia funzionale del ramo oggetto di cessione è intesa «come la capacità di questo, già al momento dello scorporo dal complesso cedente, di provvedere a uno scopo produttivo con i propri mezzi, funzionali e organizzativi, e quindi di svolgere – autonomamente dal cedente e senza integrazioni di rilievo da parte del cessionario – il servizio o la funzione cui risultava finalizzato nell'ambito dell'impresa cedente al momento della cessione, indipendentemente dal coevo contratto di fornitura di servizi che venga contestualmente stipulato tra le parti» (Così: Cass. 19.1.2017, n. 1316, in *www.pluris.it*; ma vd. anche Cass. 6.3.2015, n. 4601, in *GCM*, 2015; Cass. 9.4.2015, n. 7144, in *LG*, 2015, n. 10, 905, con nota di Cosattini; Cass. 28.9.2015, n. 19141, in *GCM*, 2015, ; Cass. 8.3.2016, n. 4500, in *www.pluris.it*; Cass. 12.4.2016, n. 7121, in *GDir.*, 2016, n. 21, 56; Cass. 18.5.2016, n. 10243, in *Diritto e giustizia*, 2016, 19 maggio; Cass. 19.5.2016, n. 10352, in *www.pluris.it*; Cass. 20.5.2016, n. 10541, in *Notariato*, 2016, n. 4, 363; Cass. 31.5.2016, n. 11247, in *GDir.*, 2016, n. 28, 45; Cass. 20.8.2016, in *GDir.*, 2016, n. 39, 49, n. 17366, tutte concordi nell'addossare al datore di lavoro che si av-

vale dell'art. 2112 c.c. l'onere di provare che sussistono i requisiti di legge per la configurazione di un ramo d'azienda).

Le argomentazioni che la S.C. adduce a fondamento della propria interpretazione sono, essenzialmente, di carattere teleologico e letterale (Novella 2016). Sotto il primo profilo, ricorre con una certa frequenza l'affermazione che la *ratio* della disposizione codicistica non possa essere piegata al punto da costituire una «forma incontrollata di espulsione di frazioni non coordinate fra loro, unificate soltanto dalla volontà dell'imprenditore e non dall'inerenza del rapporto a un'entità economica dotata di autonomia e obiettiva funzionalità». Verrebbe soltanto da aggiungere che la nota eterogenesi (O torsione: Corazza 2014) dei fini dell'art. 2112 c.c., se può esprimere, idealmente, un avvicendamento, proprio dell'economia contemporanea, tra le razionalità di conservazione dell'apparato produttivo e di scomposizione del medesimo, non può, tuttavia, costituire una sorta di *passepertout* teorico-culturale che giustifichi qualsiasi operazione, per quanto spregiudicata, di esternalizzazione. Sarebbe, peraltro, fuorviante, se non del tutto errato, tirare in ballo a questo proposito la libertà d'iniziativa economica privata degli operatori coinvolti, grossolanamente evocata dal legislatore del 2003 quando ha sentito l'esigenza di precisare che il ramo può essere identificato «come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento». La scelta organizzativa delle imprese di rimodulare a propria discrezione e secondo la propria convenienza i reciproci rapporti non implica, infatti, che debba anche essere consentito ai contraenti di delineare «la qualificazione della porzione dell'azienda ceduta come ramo, così facendo dipendere dall'autonomia privata l'applicazione della speciale disciplina in questione» (Tra le molte, Cass. 11.5.2016, n. 9682, in *www.pluris.it*).

Per quanto attiene all'interpretazione letterale, la S.C. continua a far leva, anche dopo la sentenza *Amatori*, sulle disposizioni della Direttiva n. 2001/23/Ce, cui la novella del 2003, quale che sia stata la volontà del legislatore storico, ha inteso conformarsi (Tra le molte, Cass. n. 17366/2016, cit.). La direttiva, infatti, nel contemplare il requisito della conservazione dell'identità dell'entità economica, sottintenderebbe, quale presupposto logico e necessitato, la preesistenza di tale entità rispetto al negozio traslativo (Vd. sempre C. Giust., *Amatori*, cit., e ivi riferimenti alla pregressa giurisprudenza); del resto – osserva di frequente la Cassazione con semplicità solo apparente –, come potrebbe conservarsi ciò che non c'è? Con una precisazione, maturata di recente nella giurisprudenza di legittimità e apertamente condivisa dal Collegio fiorentino: se è vero che per la C. Giust. non sarebbe contraria al diritto Ue una disposizione nazionale che estendesse l'effetto di cessione automatica dei contratti di lavoro al trasferimento di un ramo privo del requisito della preesistenza, è pur vero che alla C. Giust. non compete, in fondo, che l'interpretazione del diritto Ue, mentre la funzione nomofilattica rispetto al diritto interno è esercitata dalla Corte di Cassazione. Ebbene, in merito all'interpretazione del comma 5 dell'art. 2112 c.c., il dato, di cui occorre prendere atto, è che la S.C. ha sfruttato «ogni risorsa interpretativa disponibile per cercare di mantenere ferma la tradizionale chiave di lettura dell'art. 2112 c.c.» (Novella 2016, 857).

3. — V'è poi un altro argomento, che, nel completare la costruzione giurisprudenziale della nozione di ramo d'azienda, consente di mettere in relazione l'orientamento della Cassazione con la sentenza – che a esso si conforma – della Corte

d'Appello di Firenze resa sul caso Mps. In breve, si potrebbe prospettare che i requisiti della preesistenza del ramo e della conservazione della sua identità non debbano essere oggetto di un apprezzamento autonomo o, per meglio dire, fine a se stesso, bensì venir considerati alla stregua di elementi di giudizio serventi e connessi a quello – centrale negli equilibri del comma 5 dell'art. 2112 c.c. – dell'autonomia funzionale, la cui sussistenza, salvo volersi arrestare a un controllo nominalistico, non può che derivare dalla «capacità di questo, già al momento dello scorporo dal complesso cedente, di provvedere a uno scopo produttivo con i propri mezzi, funzionali e organizzativi» (Cass. n. 9682/2016, cit.). Come dire che, benché la riforma del 2003 abbia di certo ampliato i margini di apprezzamento del cedente e del cessionario circa la composizione del ramo – nella definizione dei beni materiali e immateriali e dei rapporti giuridici in esso confluiti –, si deve altresì ritenere che il legislatore non avrebbe potuto semplicemente depennare i requisiti della preesistenza e della conservazione dell'identità, atteso che essi sarebbero parte integrante di una più ampia nozione di autonomia funzionale. In altri termini, tornare, idealmente, al momento della cessione consente a un soggetto, intervenuto necessariamente *a posteriori* rispetto all'operazione commerciale (il giudice), di rappresentarsi se, in concreto, «l'insieme dei mezzi oggetto del negozio traslativo» realizza «un complesso dotato di autonomia organizzativa e funzionale apprezzabile da un punto di vista oggettivo» (Cass. n. 17366/2016, cit.). Questo modo di procedere e di ragionare si rivela molto utile nelle ipotesi in cui il ramo d'azienda sia votato al compimento di attività di una certa complessità, spesso ad alta densità tecnologica, nelle quali una scissione tra rapporti di lavoro e beni materiali o, soprattutto, immateriali si risolverebbe in una severa artificiosità o inadeguatezza (che è cosa diversa dalla fraudolenza) nella costruzione del ramo: non è un caso, del resto, che la Cassazione vi abbia fatto abbondantemente ricorso nel contenzioso sulle esternalizzazioni effettuate da Vodafone (Vd. Cass. 31.5.2016, n. 11247) e da Telecom (Vd. Cass. 27.5.2014, n. 11832, in *ADL*, 2015, n. 2, II, 415, con nota di Cangemi) e che la giurisprudenza di merito vi stia attingendo nel contenzioso Mps.

In definitiva, ciò che insegna la giurisprudenza di legittimità è che le prerogative imprenditoriali *hanno un limite*, che non è – salvo casi eccezionali – quello della fraudolenza dell'intera operazione commerciale per via di un negozio in sé lecito che consenta di aggirare l'applicazione di una norma imperativa, bensì quello dell'*effettiva autonomia* del ramo trasferendo, che sola consente di eludere l'esigenza di una manifestazione di volontà dei lavoratori circa la cessione dei contratti a un soggetto terzo rispetto all'accordo originario. La sentenza in epigrafe della Corte d'Appello di Firenze ha dato correttamente seguito, ad avviso di chi scrive, a questo ragionamento. Più esattamente, il Collegio ha ravvisato, in primo luogo, che il ramo d'azienda non fosse qualificabile come *labour intensive*, giacché lo svolgimento delle mansioni implicava necessariamente l'utilizzo di «beni materiali, ma soprattutto immateriali, costituiti dagli applicativi e dalle infrastrutture di *information technology*», rimasti nella esclusiva disponibilità di Mps – ed è quasi superfluo osservare che, per evidenti ragioni di sicurezza, la banca non avrebbe potuto cedere a terzi la disponibilità di tali sistemi –; in secondo luogo, che il ramo d'azienda oggetto del negozio di cessione non fosse costituito, in fondo, che da rapporti di lavoro che l'istituto intendeva esternalizzare, pur essendo gli stessi privi dei mezzi necessari a garantire coesione e coerenza al processo operativo-funzionale dei servizi di *back office*.

Riferimenti bibliografici

- Boghetich E. (2017), *Sub art. 2112*, in Amoroso G. et al. (a cura di), *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1073 ss.
- Cester C. (2014), *Il trasferimento del ramo d'azienda ancora alla prova della Corte di Giustizia fra uso capovolto della normativa di tutela e disciplina di maggior favore*, in *RIDL*, II, 470 ss.
- Corazza L. (2014), *L'equivoco delle esternalizzazioni italiane smascherate dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *RIDL*, II, 685 ss.
- Novella M. (2016), *La costruzione giurisprudenziale della nozione di «trasferimento di ramo d'azienda»*, in *LD*, 847 ss.
- Raffi A. (2015), *L'ennesimo caso di esternalizzazione illegittima: la vicenda del Monte dei Paschi di Siena*, in *RGL*, II, 609 ss.
- Tosi P. (2014), *La «preesistenza» del ramo d'azienda tra Corte di Giustizia Ue e Corte di Cassazione*, in *GI*, 1950 ss.
- Treu T. (2016), *Cessione di ramo d'azienda: note orientative e di metodo*, in *RIDL*, I, 43 ss.
- Undiemi L. (2017), *Trasferimento di parte di azienda, appalti e collegamenti societari: complessità della realtà e nuove sfide interpretative*, in *VTDL*, 263 ss.

Giulio Centamore
Assegnista di ricerca
presso l'Università di Bologna

[CORTE D'APPELLO TORINO, 16.1.2017](#) – Pres. Girolami, Est. Baisi – Csi Consorzio per il sistema informativo Piemonte (avv.ti Pacchiana Parravicini, Lunardi, Bernardi) c. F.M. e altri (avv.ti Lanfredi, Santinelli).

Retribuzione – Auto aziendale a uso promiscuo – *Fringe benefit* – Tabelle Aci – Revocabilità – Controvalore in denaro della retribuzione in natura.

Qualora se ne dimostri la natura di corrispettivo sinallagmatico, la revoca unilaterale dell'auto aziendale inizialmente concessa in uso promiscuo al lavoratore comporta il diritto di quest'ultimo alla percezione del relativo controvalore in denaro; con la conseguenza che l'organo giudicante chiamato a determinare in via equitativa il valore monetario del benefit, in assenza di diversi criteri, si atterrà alla misura della retribuzione convenzionale inserita in busta paga, calcolata in conformità con la previsione dell'art. 51 Tuir. (1)

(1) IL CONTROVALORE MONETARIO DEL *BENEFIT* AUTO AD USO PROMISCO

1. — La Corte territoriale di Torino è chiamata a pronunciarsi su questioni controverse inerenti la revoca unilaterale dei *fringe benefit* precedentemente concessi dal datore di lavoro a una categoria di dipendenti mediante pattuizione individuale. Il caso è riconducibile alla più ampia problematica della definizione dei profili giuridici connessi all'attribuzione ai lavoratori dipendenti di prestazioni in natura o di benefici aziendali valutabili patrimonialmente; un fenomeno quest'ultimo che ha ormai assunto centralità nei sistemi di politica retributiva (Vd. Gragnoli, Sabatini 2012, 372). I *benefit* si collocano nella struttura retributiva del rapporto di lavoro subordinato ma rispetto ai tradizionali istituti della retribuzione presentano caratteri peculiari sia in ordine al regime contributivo e fiscale sia rispetto al nesso funzionale che li lega alla prestazione di lavoro [In dottrina, per una completa disamina sulla strutturale (dis)articolazione della retribuzione, si veda Roma 1997, 107 ss.].

Il caso oggetto di decisione verte sulle questioni più spinose di una fra le più comuni forme di *fringe benefit* adottate in azienda: la concessione dell'auto aziendale in uso «promiscuo», per cui è data facoltà al lavoratore di utilizzazione del bene anche per scopi personali, suoi e della sua famiglia. È possibile distinguere tre modalità di assegnazione del veicolo al personale dipendente a seconda che l'uso avvenga nell'esclusivo interesse dell'azienda; nell'esclusivo interesse del lavoratore; o nell'interesse dell'azienda e del lavoratore (cd. uso promiscuo). In considerazione della assenza/esistenza di un nesso diretto di corrispettività, la configurazione giuridica del beneficio nelle prime due opzioni di utilizzo non presenta problemi teorico-giuridici di particolare rilievo quanto, invece, nella concessione in uso promiscuo. È evidente, infatti, che l'auto concessa in utilizzo esclusivo per fini aziendali quale bene strumentale indispensabile o comunque necessario all'attività di impresa non possa essere configurata come

un'attribuzione complementare, accessoria o integrativa del trattamento retributivo del lavoratore. Così come, nel caso opposto, la concessione dell'auto al dipendente esclusivamente per fini personali, quindi senza che sia attribuita per agevolare l'adempimento dell'obbligazione di lavoro, comporta l'inclusione del bene nella struttura retributiva individuale quale forma di prestazione in natura, ai sensi dell'art. 2099 c.c. (Sulla configurazione delle prestazioni in natura cfr. Vianello 2007, 899). Sul punto, infatti, il criterio formalistico di individuazione del carattere retributivo delle prestazioni in natura può dirsi superato dall'orientamento giurisprudenziale consolidato, pure richiamato nella sentenza che qui si commenta, secondo il quale «il valore dell'uso e della disponibilità, anche a fini personali, di una autovettura concessa contrattualmente dal datore al prestatore di lavoro come beneficio in natura, anche indipendentemente dalla sua effettiva utilizzazione, rappresenta il contenuto di una obbligazione che, ove pure non ricollegabile a una specifica prestazione, è idonea a essere considerata di natura retributiva, con tutte le relative conseguenze, se pattiziamente inserita nella struttura sinallagmatica del contratto di lavoro cui essa accede» (Così: Cass. 21.4.2016, n. 8086, in *Diritto e giustizia*, 2016, 20; Cass. 15.11.2002, n. 16129, in *GC*, 1990, e Cass. 11.2.1998, n. 1428, in *GC*, 1998, 308, inedite a quanto consta; orientamento confermato anche da Cass. 25.11.2004, n. 22264, in *DRI*, 2005, 512, con nota di Virgili, *Sulla computabilità nel Tfr dei fringe benefits*).

La concessione in uso promiscuo dell'auto, invece, richiede un'indagine qualificatoria e quantificatoria non sempre agevole, in ordine alla natura dell'emolumento, all'esistenza del vincolo causale con il rapporto di lavoro, alla quantificazione del suo valore pecuniario. Sul piano fiscale e previdenziale l'esistenza di una regolazione etronoma speciale semplifica l'amministrazione del rapporto di lavoro e la gestione degli emolumenti, lasciando però irrisolte le problematiche interne al rapporto di lavoro legate all'assegnazione del *benefit*.

Infatti, gli interventi legislativi del Governo in tema di armonizzazione, razionalizzazione e semplificazione della normativa fiscale e previdenziale concernente i redditi da lavoro dipendente hanno stabilito regole tassative di imponibilità che prescindono dal contenuto delle pattuizioni individuali e dalla natura degli emolumenti percepiti. Ai sensi dell'art. 49, c. 1, Tuir, «sono redditi da lavoro dipendente quelli che derivano da rapporti aventi a oggetto la prestazione di lavoro, con qualsiasi qualifica, alle dipendenze e sotto la direzione di altri...» (art. 49, c. 1, Tuir). In dottrina si è opportunamente notato come si sia introdotto nell'ordinamento un principio di «finalistica destinazione imponibile di ciò che viene erogato al prestatore di lavoro» (Citazione da Roma 1997, 168). Gli effetti della normativa speciale, però, sono del tutto estranei al rapporto di lavoro in quanto la significatività della retribuzione imponibile non incide sulla natura degli accordi contrattuali in materia retributiva ed è limitata al regime di fiscalità, in quanto attiene al rapporto pubblicistico tra datore di lavoro, ente impositore ed ente previdenziale (Vd. Capurro 2009, 754).

Un chiaro esempio della specialità delle regole di imposizione si coglie proprio in relazione ad alcune categorie di beni in natura come i veicoli aziendali. Quest'ultimi, se concessi a uso promiscuo, sono soggetti al criterio speciale di determinazione forfettaria dei valori da assoggettare a tassazione, fissato dall'art. 51, c. 4, d.P.R. n. 917/1986 (Tuir), secondo il quale «si assume il 30 per cento dell'importo corrispondente a una percorrenza convenzionale di 15 mila chilometri calcolato sulla base del

costo chilometrico di esercizio desumibile dalle tabelle nazionali che l'Automobile club d'Italia deve elaborare entro il 30 novembre di ciascun anno...».

Come precisato dal ministero delle Finanze, «si tratta di una determinazione dell'importo da assoggettare a tassazione del tutto forfetaria, che prescinde da qualunque valutazione degli effettivi costi di utilizzo del mezzo e anche dalla percorrenza che il dipendente effettua realmente. È del tutto irrilevante, quindi, che il dipendente sostenga a proprio carico tutti o taluni degli elementi che sono nella base di commisurazione del costo di percorrenza fissato dall'Acì, dovendosi comunque fare riferimento, ai fini della determinazione dell'importo da assumere a tassazione, al totale costo di percorrenza esposto nelle suddette tabelle» (cfr. circolare del ministero delle Finanze n. 326 del 23.12.1997).

Diversamente, ex art. 51, c. 3, Tuir, qualora il veicolo aziendale sia concesso a uso esclusivo del lavoratore, opererà il criterio del valore normale per la determinazione del valore dell'auto da assoggettare a tassazione, ossia «il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e i servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni e i servizi sono stati rispettivamente acquisiti o prestati e, in mancanza, nel tempo e luogo più prossimi», come stabilito dall'art. 9, c. 3, Tuir.

Nel caso *de quo*, la Corte d'Appello di Torino si pronuncia sul riconoscimento della natura retributiva dell'autovettura concessa a uso promiscuo e sulla determinazione del suo equivalente monetario, a seguito dell'*iter* giudiziale avviato da alcuni lavoratori dipendenti del Csi (Consorzio per il sistema informativo Piemonte) in relazione alla revoca dell'autovettura avvenuta con disposizione unilaterale (Sulla revocabilità unilaterale del veicolo vd.: Capurro 2009, 755-756; Mensi 2007, 475).

In primo grado, il Tribunale ha respinto la domanda principale dei ricorrenti volta a ottenere il ripristino del beneficio ma, contestualmente, ne ha riconosciuto la natura retributiva sulla base della valutazione delle risultanze documentali e delle deposizioni testimoniali: valutazione poi confermata in Appello. Dal regolamento aziendale di utilizzo delle autovetture, infatti, si desume chiaramente che il loro utilizzo è avvenuto sia per scopi aziendali che per uso personale, in netta contraddizione con le argomentazioni del Consorzio tese a sostenere che l'attribuzione fosse funzionalmente connessa a incarichi di responsabilità e alla peculiarità delle mansioni affidate ai lavoratori. Inoltre, dalle dichiarazioni dei testi emerge, per un verso, che le esigenze di mobilità avevano natura «saltuaria o comunque non assidua e continuativa, sì da non costituire modalità di prestazione lavorativa tali da giustificare di per sé [...] la concessione personale di un'autovettura aziendale», per altro verso, che l'assegnazione della vettura avveniva per integrare il pacchetto retributivo di alcuni lavoratori con qualifiche e professionalità elevate. Alla luce di tali risultanze, la Corte sostiene che l'estensione dell'utilizzo anche a fini personali del veicolo è tale da conferirgli natura di corrispettivo sinallagmatico della prestazione lavorativa così da ritenere sussistente il diritto dei lavoratori al mantenimento del livello retributivo raggiunto grazie al *benefit* auto, che quindi non può essere unilateralmente ridotto dal datore di lavoro (Sulla irriducibilità e sulle altre caratteristiche estrinseche della retribuzione cfr. Vianello 2007, 869 ss., e dottrina ivi richiamata; sull'impossibilità di ridurre il trattamento retributivo del lavoratore attraverso la revoca unilaterale dell'autovettura vd. Panuccio 2015, 472).

Se sulla configurazione giuridica del *benefit* si registra sostanziale unanimità di valutazione dei giudici di prime cure, non altrettanto può dirsi circa la quantificazione del suo valore pecuniario da prendere come riferimento per la salvaguardia dei livelli retributivi raggiunti, che è oggetto del secondo motivo di appello del consorzio e dell'unico motivo di appello incidentale proposto dagli appellanti.

La Corte d'Appello di Torino afferma la possibilità di determinazione in via equitativa del valore economico di una prestazione in natura purché la valutazione sia ancorata a «parametri oggettivi e coerenti con gli elementi della fattispecie» e, in considerazione di ciò, si discosta dalla pronuncia di primo grado. Il Tribunale, in assenza di uno standard aziendale, ha sostanzialmente utilizzato quale parametro di valutazione per la quantificazione pecuniaria del *benefit* gli importi monetari riconosciuti ad alcuni dipendenti sostitutivi dell'attribuzione auto senza tenere debitamente conto della loro correlazione alle specifiche posizioni individuali.

La Corte territoriale, pertanto, riforma sul punto la sentenza del Tribunale affermando un principio condivisibile secondo il quale «in assenza di diversi criteri [...] la determinazione del controvalore in denaro dell'utilizzo dell'auto non può che coincidere con la misura convenzionale riconosciuta espressamente in busta paga». Il giudicante, enucleando specificamente un criterio residuale di valorizzazione economica dell'uso privato dell'auto aziendale, sembra alludere alla possibilità che i ricorrenti prospettino in sede di ricorso parametri di misurazione diversi dal valore convenzionale (calcolato in conformità con l'art. 51 Tuir) purché oggettivi e coerenti alla fattispecie. La pronuncia sembra collocarsi in linea di continuità con quella giurisprudenza di merito che, nello stabilire il valore monetario dell'auto concessa in uso promiscuo da prendere quale parametro per il calcolo degli istituti retributivi indiretti (mensilità aggiuntive di retribuzione e trattamento di fine rapporto), ha proposto per una valorizzazione che tenesse conto dell'effettivo vantaggio economico goduto dal dipendente, rifiutando l'ammissibilità delle tariffe Aci (Vd. T. Roma 17.12.2008 e T. Milano 2.4.2009 in *RCDL*, 2009, 746 ss., con nota di Capurro; in senso difforme T. Milano 6.5.2014, in *ADL*, 2015, n. 2, II, 458 ss.). Quest'ultime, infatti, non sono rappresentative né del valore normale del bene né, tanto meno, dello specifico vantaggio economico goduto dal lavoratore, bensì dei soli costi di utilizzo dell'auto. La Corte d'Appello, infatti, esclude che si possa prendere a riferimento per la valutazione pecuniaria del *benefit* il costo di 15.000 chilometri di percorrenza privata calcolati a tariffa Aci, per quanto questo sia stato di fatto considerato quale parametro di calcolo del valore convenzionale inserito in busta paga.

Nel caso oggetto di giudizio, infatti, la mancanza di congruenti allegazioni e fonti di prova a sostegno della pretesa pecuniaria non consente valutazioni di diverso tenore. L'inidoneità dei criteri prospettati dagli appellati non lascia spazio che a una valutazione strettamente formalistica del *benefit* commisurata all'unico valore determinato nell'ammontare, seppure forfettariamente, e convenzionalmente inserito in busta paga. D'altronde, in assenza di pattuizioni individuali e collettive volte a determinare l'equivalenza monetaria del beneficio in natura, l'accettazione del *fringe benefit* assegnato è, per fatti concludenti, significativo dell'esistenza di una volontà delle parti di riconoscere al beneficio un valore comunque non inferiore a quello convenzionalmente dedotto in busta paga.

Riferimenti bibliografici

- Capurro F. (2009), *Profili relativi all'uso dell'auto aziendale*, in *RCDL*, n. 3, 746 ss.
- Giubboni S., Marroni B. (2012), *I benefici aziendali*, in Gragnoli E., Palladini S. (2012), *La retribuzione*, in Carinci F. (diretto da), *Diritto del lavoro*, commentario, Utet, Torino, 372 ss.
- Mensi M. (2007), *Il principio di irriducibilità della retribuzione*, in *RCDL*, n. 2, 475 ss.
- Panuccio E.A. (2015), *Uso promiscuo dell'auto aziendale e revoca del fringe benefits, nel quadro normativo delineato dal d.l. 6 luglio 2012, n. 95*, in *ADL*, n. 2, II, 458 ss.
- Roma G. (1997), *Le funzioni della retribuzione*, Cacucci, Bari.
- Vianello R. (2007), *La retribuzione*, in *Diritto del lavoro*, commentario diretto da Carinci F., II, Cester C. (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Torino, 871 ss.
- Virgili M. (2005), *Sulla computabilità nel Tfr dei fringe benefits*, in *DRI*, 512.

Alessandro Ventura

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

I

TRIBUNALE ROMA, 17.2.2017, [ord.](#) — Est. Cerroni — T.I. Spa (avv.ti Marazza, Marazza) c. D.M. (avv. Salvagni).

Trasferimento del lavoratore — Art. 33, c. 6, l. n. 104/1992 — Handicap grave — Art. 25, Ccnl telecomunicazioni — Interpretazione contratto collettivo — Art. 2103 c.c. — Unità produttiva — Onere probatorio.

Il diritto del lavoratore con handicap grave a non essere trasferito ad altra sede senza il suo consenso può subire limitazioni solo a fronte di ragioni organizzative stringenti e indifferibili, diverse da quelle previste, in via ordinaria, dall'art. 2103 c.c. e tali da rendere impossibile la prosecuzione del rapporto di lavoro nella sede originaria. In assenza di prova della sussistenza delle suddette ragioni da parte del datore di lavoro, il trasferimento — che come tale può essere qualificato allorquando lo spostamento del lavoratore avvenga tra differenti unità produttive, sebbene nello stesso comune — deve ritenersi illegittimo. (1)

II

TRIBUNALE ROMA, 2.12.2016, [ord.](#) — Est. Armone — D.M. (avv. Salvagni) c. T.I. Spa (avv.ti Marazza, Marazza).

Trasferimento del lavoratore — Art. 33, c. 6, l. n. 104/1992 — Handicap grave — Art. 25, Ccnl telecomunicazioni — Interpretazione contratto collettivo — Art. 2103 c.c.

La norma pattizia non può superare il divieto legale di trasferimento del lavoratore affetto da handicap grave, fissato da una norma che prevale persino sulla disciplina dell'art. 2103 c.c. (2)

(1-2) IL TRASFERIMENTO DEL LAVORATORE DISABILE
TRA LIMITI LEGALI E DISCIPLINA PATTIZIA

1. — Le pronunce in commento si occupano del trasferimento di quella particolare categoria di lavoratori, quali i titolari dei benefici previsti dalla l. n. 104 del 1992, che, in virtù delle proprie condizioni soggettive, sono bisognosi di maggiore tutela rispetto agli altri prestatori di lavoro. L'analisi di tali provvedimenti giurisdizionali appare particolarmente interessante in quanto offre l'occasione per affrontare la tematica delle relazioni esistenti tra la succitata normativa speciale, la norma generale in materia di trasferimento di cui all'art. 2103 c.c., nonché la disciplina posta dall'autonomia col-

lettiva. Inoltre, vengono in rilievo le limitazioni al diritto d'inalienabilità del lavoratore con handicap.

Le due ordinanze riguardano una medesima vicenda che interessa una lavoratrice, riconosciuta come gravemente disabile, trasferita dalla società datrice di lavoro immediatamente dopo l'accertamento giudiziale della sua dequalificazione professionale. Nello specifico, il datore di lavoro dispone il trasferimento in una sede situata, come quella di provenienza, nel comune di Roma.

La dipendente, perciò, adisce l'autorità giudiziaria, *ex art. 700 c.p.c.*, sostenendo l'illegittimità del trasferimento subito, contrariamente a quanto previsto dalla legge, senza il proprio consenso. Ella, inoltre, evidenzia che il permanere in servizio presso la nuova sede la espone a un grave pregiudizio, imminente e irreparabile: il proprio stato di salute, infatti, le rende necessario raggiungere rapidamente la propria abitazione ma, rispetto a questa, la nuova sede lavorativa è sensibilmente più lontana. Il datore di lavoro, costituitosi in giudizio, contesta, con diverse eccezioni, la pretesa avversa. In particolare, sottolinea che il trasferimento è avvenuto nell'ambito dello stesso territorio comunale, e che il Ccnl telecomunicazioni prevede la non applicazione della disciplina sui trasferimenti nel caso di mobilità del lavoratore all'interno del medesimo comprensorio. Il Tribunale di Roma accoglie il ricorso (seconda ordinanza in epigrafe), sospende, dunque, l'efficacia del trasferimento e ordina al datore di assegnare la dipendente alla sede di provenienza.

Avverso detto provvedimento viene proposto dalla società un reclamo, *ex art. 669-terdecies c.p.c.*

Il reclamante censura l'ordinanza cautelare sostenendo la carenza del *fumus boni iuris* poiché la sede di provenienza e quella di destinazione della lavoratrice, trovandosi nel medesimo comune, non costituirebbero autonome unità produttive. In tal senso, la modifica del luogo della prestazione non sarebbe qualificabile come trasferimento, ai sensi dell'art. 2103 c.c. Il Collegio ritiene infondato il reclamo e, pertanto, conferma il provvedimento cautelare (prima ordinanza in epigrafe).

2. — Il trasferimento del lavoratore disabile trova una sua specifica disciplina nella l. n. 104 del 1992, la quale, al comma 6 dell'art. 33, prevede che la persona con grave handicap «non può essere trasferita in altra sede, senza il suo consenso». La mobilità interna del lavoratore è poi regolata in via generale, com'è noto, dall'art. 2103 c.c., secondo cui il datore può trasferire il lavoratore «da un'unità produttiva a un'altra» solo alla luce di «comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive». Le succitate norme pongono perciò due differenti limiti esterni al potere datoriale (Sulle limitazioni all'esercizio dei poteri dell'imprenditore si vd. Perulli 2015, 86 ss.): la norma speciale, valevole per i prestatori di lavoro disabili, richiede il consenso del dipendente allo spostamento di sede; la norma codicistica invece prevede – in luogo all'approvazione da parte del lavoratore – la sussistenza di oggettive ragioni di carattere tecnico-organizzativo, sì da giustificare il trasferimento a diversa unità produttiva (Sulla circostanza che non sussista alcun limite al potere datoriale, in caso di mutamenti del luogo di lavoro nell'ambito della stessa unità produttiva, D'Arrigo 1992, 992 ss.; Zoli 2012, 858 ss.). A riguardo, la giurisprudenza è solita affermare, alla luce della relazione di specialità tra art. 33 della l. n. 104/1992 e art. 2103 c.c., che l'interesse della persona con handicap «non può subire limitazioni in caso di mobilità connessa alle ordinarie esigenze tecnico-pro-

duttive dell'azienda» (Così, *ex multis*: Cass. 5.11.2013, n. 24775, in *RGL*, 2014, n. 2, II, con nota di Sessa; Cass., S.U., 9.7.2009, n. 16102, in *RGL*, 2010, n. 1, II, con nota di Lucarelli, 66 ss.); sicché, ove il dipendente disabile, non prestando il proprio consenso al trasferimento, manifesti la volontà di continuare a lavorare nella sede alla quale è adibito, le ordinarie esigenze *ex art.* 2103, benché «comprovate», non fungono da limite al suo diritto all'inamovibilità. Entrambe le pronunce in commento richiamano l'anzidetto consolidato orientamento giurisprudenziale, affrontando la questione del rapporto, sotto tale profilo, tra l'art. 33, comma 6, della l. n. 104/1992 e l'art. 2103.

I contratti collettivi, poi, possono porre ulteriori limiti al potere datoriale di trasferimento (Sul punto, D'Arrigo 1992, 999 ss.). La società datrice di lavoro, come detto, eccepisce nel giudizio cautelare la circostanza che le sedi di provenienza e di destinazione insistano sullo stesso territorio comunale, invocando l'applicazione dell'art. 25 del Ccnl telecomunicazioni, il quale porrebbe una deroga alle norme legali in materia di trasferimento.

L'articolo del Ccnl in questione, rubricato «Trasferimento», riproduce nel comma 1 quanto disciplinato dall'art. 2103 c.c., ribadendo che «i trasferimenti individuali potranno essere disposti per comprovate esigenze tecniche, organizzative e produttive», ma al contempo prevede che i dettagli dovranno essere forniti al lavoratore nei modi e nei tempi indicati dai commi successivi. Difatti, nei commi 2 e 3 viene proceduralizzato il potere datoriale attraverso l'imposizione di una serie di obblighi: di preavviso; di valutazione delle motivazioni obiettive addotte dal lavoratore contro la modifica del luogo della sua prestazione; di comunicazione scritta del trasferimento. L'art. 25 chiude poi con una clausola, specificamente invocata dalla parte datrice, in base alla quale «la presente disciplina non si applica ai trasferimenti che vengano disposti nell'ambito del comprensorio».

Orbene, il primo giudice adito interpreta correttamente detta previsione contrattuale chiarendo come questa, lungi dal derogare alla disciplina legale, «si limiti a escludere per tali trasferimenti [*id est*: quelli avvenuti nello stesso comprensorio, *n.d.r.*] la proceduralizzazione dettata nello stesso art. 25». Siffatta opzione ermeneutica, accolta anche dal giudice del reclamo, involge le più ampie, quanto complesse, questioni inerenti all'interpretazione del contratto collettivo e al rapporto tra questo e la legge.

3. — Nell'affrontare il tema dell'interpretazione del contratto collettivo non si può che muovere dalla natura spiccatamente ambivalente di tale negozio di autonomia collettiva, che, sebbene promani da privati, è teso a regolamentare una serie indeterminata di casi concreti afferenti a soggetti diversi dai contraenti. Negli ultimi anni, soprattutto alla luce di recenti innovazioni legislative, si assiste a un'intensificazione del dibattito dottrinale circa la natura del contratto collettivo che investe, indirettamente, anche i canoni ermeneutici utilizzabili in tale campo. Se si abbraccia le tesi che attraggono il contratto collettivo nell'alveo degli istituti civilistici, appare pacifica l'applicazione dei criteri d'interpretazione valevoli per i contratti; viceversa, qualora si intenda propendere per un inquadramento del contratto tra le fonti del diritto in senso oggettivo, si potrebbe persino arrivare a ritenere applicabile l'art. 12 disp. prel. (Si vd., all'interno di una più articolata riflessione, Rusciano 2009, 53 ss.). Si è qui inteso appena accennare a un ammissimo, quanto variegato, dibattito che però sembra rimanere confinato nell'ambito della sola dottrina. La giurisprudenza, pressoché unanimemen-

te, ricostruisce il contratto collettivo su basi civilistiche e lo interpreta alla luce dei canoni ermeneutici *ex artt.* 1362 ss. c.c.

Nelle pronunce in commento, in ossequio all'art. 1363 c.c., l'ultimo comma dell'art. 25 del Ccnl telecomunicazioni, invocato da parte datrice, anziché valutato atomisticamente, viene interpretato alla luce dei commi che lo precedono. Del resto, a parere della scrivente, il comma 1 dell'art. 25 del Ccnl sembra riprodurre l'art. 2103 al solo fine di specificare poi, all'interno della medesima clausola, che il datore, per effettuare il trasferimento, è tenuto a fornire i dettagli al dipendente secondo il procedimento indicato nei successivi commi 2 e 3.

Una diversa opzione ermeneutica risulterebbe, peraltro, in contrasto anche con l'art. 1367 c.c., che privilegia un'interpretazione utile alla conservazione degli effetti della clausola contrattuale. A tal proposito, è importante rilevare come la disciplina legale generale in materia di trasferimento sia certamente inderogabile, poiché l'ultimo comma dell'art. 2103 c.c. prevede espressamente la nullità di ogni patto contrario (Sulla riferibilità di tale norma ai contratti collettivi, oltretutto ai patti individuali, D'Arrigo 1992, 1000). Anche la norma speciale, che viene in rilievo nel caso trattato, presenta il carattere dell'inderogabilità, perché è inserita in una legge volta a tutelare, in modo «stringente e infrazionabile», gli interessi «costituzionalmente fondamentali dei portatori di handicap» (Così C. cost. 29.10.1992, n. 406, in *GI*, 1994, n. 1, con nota di Pietrolata, 196).

Pertanto, se il giudice avesse accolto la prospettazione della parte datrice, valutando l'art. 25 del Ccnl – non già come fonte di ulteriori obblighi per il datore, ma – come derogatorio *in peius* della disciplina legale, avrebbe, da un lato, violato i canoni ermeneutici in materia contrattuale pacificamente utilizzati dalla giurisprudenza e, dall'altro, condotto la clausola contrattuale alla nullità, perché in contrasto con norme imperative.

A ciò sembra alludere il Tribunale, allorquando chiarisce, in un passaggio della seconda pronuncia in epigrafe, che «la norma pattizia non può certo superare i divieti legali di trasferimento fissati da norme [quelle dell'art. 33, commi 5 e 6, l. n. 104, *n.d.r.*] che, come detto, prevalgono persino sulla disciplina dell'art. 2103 c.c.». Così confermando sia l'inderogabilità delle summenzionate disposizioni che il loro carattere di specialità rispetto alla norma generale.

4. — Il diritto del lavoratore disabile a non essere trasferito non può, dunque, essere limitato dalle ordinarie esigenze tecnico-produttive e tantomeno da clausole *in peius* del Ccnl. Purtuttavia, i giudici romani, aderendo a un consolidato orientamento giurisprudenziale, chiariscono che il diritto in parola non è incondizionato, trovando invece come unico limite l'accertata incompatibilità della permanenza del lavoratore nella sede in cui presta la propria attività (Tra le altre, Cass. 5.11.2013, n. 24775, cit.). L'incompatibilità deve essere tale da ledere consistentemente le esigenze economiche e produttive dell'impresa, compromettendo così la tutela di altri interessi di primario rilievo costituzionale (Cass. 9.7.2009, n. 16102, cit.). La prova di siffatte ragioni stringenti e indifferibili è a carico del datore di lavoro (Cass. 22.3.2005, n. 6117, in *DRI*, 2007, n. 1, II, con nota di Barbieri, 224). Nella vicenda *de qua*, l'impresa non offre valida prova della sussistenza di dette, peculiari, ragioni. Il trasferimento è pertanto ritenuto illegittimo.

Il giudice del reclamo, difatti, precisa che la nozione di trasferimento implica lo spostamento da un'unità produttiva ad un'altra, specificando che per unità produttiva debba intendersi «ogni articolazione autonoma dell'azienda [...] connotata da indipendenza tecnica e amministrativa» (Così è definita l'unità produttiva dalla giurisprudenza: tra le altre, Cass. 22.3.2005, n. 6617, cit. In dottrina, si vd. Vallebona 1987, 71 ss.; per una critica alla tesi ermeneutica prevalente, Garofalo 1992, 661 ss.; per una ricostruzione del dibattito dottrinario sulla nozione di unità produttiva, Brollo 1997, 389 ss.). In tal senso, non avrebbe alcuna rilevanza la circostanza che le due strutture dell'impresa, di provenienza e di destinazione della lavoratrice, siano site nel medesimo territorio comunale (o comprensorio), poiché per aversi trasferimento è sufficiente che si tratti di due unità produttive differenti come difatti emerge nella controversia in esame.

La riconduzione della nozione di trasferimento all'unità produttiva, a ben vedere, se risponde al dato testuale dell'art. 2103, non sembra pienamente confacente a quanto previsto dall'art. 33, comma 6, della l. n. 104/1992, nel quale si fa riferimento meramente alla sede. Non è chiaro se le nozioni di sede e di unità produttiva, inserite in differenti testi normativi, siano perfettamente sovrapponibili. Detto rilievo non ha alcuna rilevanza nel caso di specie, poiché il giudice ha ritenuto che il trasferimento è avvenuto tra diverse unità produttive. Ci si potrebbe però domandare, in via generale, se la *ratio* della *lex specialis* non sia da rinvenirsi in una tutela rafforzata, anche sotto il profilo spaziale, accordata al soggetto con handicap grave. In altre parole, il legislatore potrebbe aver voluto garantire il disabile da ogni trasferimento indesiderato, che implichi una qualsivoglia variazione del luogo di lavoro. Ciò anche a fronte di una mobilità interna del lavoratore tra due sedi che, però, non costituiscano autonome unità produttive.

Riferimenti bibliografici

- Brollo M. (1997), *La mobilità interna del lavoratore: il mutamento di mansioni e trasferimento*, Giuffrè, Milano.
- D'Arrigo C.M. (1992), voce *Trasferimento dei lavoratori*, in *ED*, vol. XLIV, Giuffrè, Milano, 989 ss.
- Garofalo M.G. (1992), *Sulla nozione di unità produttiva nello Statuto dei lavoratori*, in *RGL*, n. 4, I, 609 ss.
- Perulli A. (2015), *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *RIDL*, n. 1, I, 83 ss.
- Rusciano M. (2009), *La metamorfosi del contratto collettivo*, in *RTDPC*, 29 ss.
- Vallebona A. (1987), *Il trasferimento del lavoratore*, in *RIDL*, n. 1, I, 67 ss.
- Zoli C. (2012), voce *Mobilità del lavoro*, in *ED, Annali*, vol. V, Giuffrè, Milano, 855 ss.

Lucia Viola
Dottore in Giurisprudenza

TRIBUNALE MILANO, 28.10.2016 – Est. Mariani – X.X. Spa (avv. Vitali)
c. Y.Y. (avv. Pelazza).

**Licenziamento individuale – Licenziamento discriminatorio – Disabilità
– Malattia connessa con la disabilità – Comporto.**

Ai fini dell'irrogazione di un licenziamento, concepire per un soggetto disabile, contraddistinto da una permanente grave patologia, il medesimo periodo di comporto previsto per un soggetto non afflitto da handicap contrasta apertamente con i corollari del principio di parità di trattamento e configura una discriminazione indiretta di cui alla Direttiva n. 2000/78/Ce. (1)

(1) SOLUZIONI RAGIONEVOLI ED EFFETTIVITÀ
DELLA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA DEL LAVORATORE DISABILE

1. — La sentenza in commento muove da una opposizione avverso l'ordinanza emessa ai sensi della l. n. 92 del 2012 che disponeva la reintegrazione del lavoratore ex art. 18, c. 1, l. n. 300 del 1970, e la corresponsione della connessa indennità risarcitoria.

Il lavoratore era stato alle dipendenze dell'azienda dall'aprile 2001 fino alla data del recesso, nel 2016, per superamento del periodo di comporto. Egli era stato assunto con una invalidità civile del 46% – situazione nota all'azienda e confermata da un giudizio di idoneità con limitazione, reso dal medico competente –, oltre a una invalidità Inail dell'8%.

Il lavoratore sosteneva la natura discriminatoria del licenziamento intimato in ragione del suo handicap. Rilevava, inoltre, che l'adibizione a mansioni di movimentazione carichi aveva compromesso il rachide, in violazione delle norme prevenzionistiche e dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c.

Il datore di lavoro negava la natura discriminatoria del licenziamento, ripercorrendo lo stato di servizio del lavoratore, costellato da numerose assenze, alcune ingiustificate, e dalla presenza di contestazioni disciplinari motivate da irreperibilità durante la malattia, culminato nel superamento del comporto.

Le questioni principali affrontate dal giudice – che hanno portato al riconoscimento della nullità del recesso fondato su un fattore protetto – sono tre: la nozione di disabilità; la prova del carattere discriminatorio del licenziamento; l'accezione ampia del concetto di soluzione ragionevole.

2. — Con riguardo al primo profilo, la difesa del lavoratore fa propri gli ultimi approdi della giurisprudenza sovranazionale secondo cui un disabile è più esposto al rischio di assenza per malattia, e al superamento del periodo di comporto, rispetto a un lavoratore non disabile (C. Giust. 11.4.2013, C-335/11 e C-337/11, *HK c. Dansk* e *HK c. Dansk*, in *RCDL*, 2013, n. 1-2, 42 ss.).

Nelle sentenze riunite dell'aprile 2013, la Corte interveniva sulla nozione di malattia, superando l'approccio restrittivo assunto in *Chacon Navas* in cui si parlava di li-

mitazioni «gravi», «funzionali», di «lunga durata oppure permanenti» e non riguardanti situazioni future (C. Giust. 11.7.2006, C-13/05, *Chacon Navas c. Eurest Collectividades SA*, in *Racc.*, 2006, I-06467; Barbera 2007, 96 ss.).

In *HK* si giunge a ritenere che una malattia, curabile o incurabile, che comporti una limitazione fisica, mentale o psichica di lunga durata – da cui derivi l'impossibilità di prestare attività lavorativa o di farlo solo in misura limitata – può ricadere nella nozione di handicap ai sensi della Direttiva n 2000/78/Ce, con relativo obbligo di adottare soluzioni ragionevoli (Venchiarutti 2014). Sebbene non vi sia stata un'assimilazione pura e semplice della nozione di «handicap» a quella di «malattia», si è messo in evidenza la maggiore esposizione del lavoratore portatore di handicap al rischio di assentarsi per malattie collegate alla disabilità. Nel caso deciso dalla Corte di Giustizia, la norma danese che prevedeva, a fronte di assenze, l'identica modalità di calcolo della riduzione del periodo di preavviso per dipendenti disabili e non disabili configurava una discriminazione indiretta: la disposizione, pur apparentemente neutra, poneva il lavoratore disabile in una posizione di particolare svantaggio.

La medesima argomentazione viene svolta dal giudice nella sentenza qui commentata, laddove afferma che concepire per un soggetto disabile il medesimo periodo di comportamento previsto per un soggetto non afflitto da handicap contrasta apertamente con i corollari del principio di parità di trattamento stante una indispensabile esigenza di differenziazione di tutela adeguata alla situazione peculiare.

3. — Per il Tribunale di Milano si è di fronte a una discriminazione indiretta, e tale qualificazione offre l'occasione per fornire alcune indicazioni sull'assolvimento dell'onere della prova circa la natura discriminatoria del recesso.

In prima battuta, secondo il giudice, il datore di lavoro che vuol far valere il superamento del periodo di comportamento deve provare che le assenze non sono collegate all'handicap ovvero che sono «assolutamente indipendenti» dalla patologia del lavoratore.

Inoltre, il licenziamento discriminatorio non comporta gli stessi oneri previsti per far valere la nullità del recesso fondato su un motivo illecito e determinante ove viene chiesto di dimostrare, anche per presunzioni, «che l'intento discriminatorio e di rappresaglia per l'attività svolta abbia avuto efficacia determinativa esclusiva della volontà del datore di lavoro» (Cass. 3.11.2016, n. 22323, in *FI*, 2016, n. 12, I, 3812 ss.; Cass. 16.7.2015, n. 14928, in *Diritto e giustizia*, 2015, n. 29, 9; Cass. 6.6.2013, n. 14319, in *LG*, 2014, n. 2, 145; Viola 2016, 379).

In generale, «nel caso si allegghi una discriminazione diretta o indiretta, si tratterà, attraverso lo speciale meccanismo probatorio previsto dalla legge, di provare un trattamento o un effetto differenziato (anche solo potenziale), la presenza di un fattore vietato, un nesso di causalità sufficiente (ma non esclusivo) fra l'uno e l'altro elemento della fattispecie, all'interno di un giudizio di comparazione anche solo ipotetico» (Barbera 2013, 159). Tale orientamento viene recepito dalla Cassazione nell'aprile 2016 (Cass. 5.4.2016, in *RIDL*, 2016, n. 3, II, 714 ss., in un caso di licenziamento irrogato a una lavoratrice che intendeva sottoporsi a pratiche di fecondazione assistita), affermando «una netta distinzione della discriminazione dall'area dei motivi», nonché «la idoneità della condotta discriminatoria a determinare di per sé sola la nullità del licenziamento» (Servidio 2016, 1224). La discriminazione, sancisce la Suprema Corte,

«diversamente dal motivo illecito, opera obiettivamente in ragione del mero rilievo del trattamento peggiore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta», senza che si debba indagare la volontà illecita del datore di lavoro.

Pertanto, se il lavoratore impugna un licenziamento discriminatorio ha diritto a una «attenuazione dell'onere della prova». Ciò è imposto dall'esigenza «di trovare un correttivo all'ordinario funzionamento dell'onere della prova», dovuto alla intrinseca asimmetria che si ingenera tra chi discrimina e chi è discriminato (Borghesi 2016, 881).

Il Tribunale di Milano conclude che, in materia antidiscriminatoria, si è in presenza di un regime presuntivo «alleggerito» e che nella fattispecie in discussione risulta *evidente* che le assenze sono connesse a un aggravamento della condizione di salute: appare, quindi, sussistere una circolarità tra «handicap – mansioni eseguite senza tener in dovuta considerazione l'idoneità parziale del lavoratore – e malattia».

4. — Il Tribunale si sofferma, infine, sull'accezione di soluzione ragionevole, introdotta dagli artt. 2 e 5 della Direttiva n. 2000/78.

L'art. 2, punto 2.b.ii, impone, infatti, al datore di lavoro di adottare «misure adeguate, conformemente ai principi di cui all'art. 5», per ovviare agli svantaggi determinati da una disposizione, un criterio o una prassi seppur apparentemente neutri, nei confronti di persone portatrici di un particolare handicap.

L'art. 5, inizialmente non trasposto nell'ordinamento italiano, con relativa condanna (C. Giust., 4.7.2013, C-312/11, *Commissione c. Italia*, in *DRI*, 2014, n. 1, 263; Agliata 2014; Cinelli 2013), prevede che il datore di lavoro assuma i provvedimenti appropriati, in funzione delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere a un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione, o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano un onere finanziario eccessivo. Sproporzione esclusa se esistono, nel quadro della politica dello Stato membro, misure di compensazione a favore dei disabili.

Nella causa contro l'Italia, la Corte ha sancito l'insufficienza della normativa contenuta nella l. n. 68/1999, in quanto la disciplina non solo non si applica a tutti i datori di lavoro (anche in considerazione delle norme sul conteggio dell'organico che fa scattare l'obbligo di assunzione), ma non prende in considerazione soluzioni ragionevoli a favore dei disabili nell'accezione più ampia che invece è accolta nell'art. 5 della Direttiva.

Dopo la condanna, il legislatore ha inserito nel d.lgs. n. 216/2003 l'art. 3-*bis*, che sancisce l'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite ratificata nel 2009, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza rispetto agli altri lavoratori.

Secondo il Tribunale di Milano, il datore di lavoro è tenuto ad adottare misure adeguate per ovviare agli svantaggi che la disposizione sul comporta provoca nei confronti del portatore di handicap, come, ad esempio, sottrarre dal calcolo i giorni di malattia ascrivibili/riconducibili all'handicap. Questa ipotesi mima, da un lato, la previsione contenuta nella l. n. 482/1968 secondo cui le assenze dovute a malattie collegate con lo stato di invalidità del lavoratore, assunto con collocamento obbligatorio, non rilevano per il comporta se l'invalido sia stato adibito a mansioni incompatibili con le sue condizioni di salute (art. 20); dall'altro, l'orientamento della giurisprudenza, ripreso in

numerosi contratti collettivi, che sottrae dal comparto le assenze dovute a infortunio professionale o riconducibile alla violazione delle norme prevenzionistiche (Cass. 12.4.2017, n. 9395, in *Diritto e giustizia*, 2017, 13 aprile; Cass. 14.10.2015, n. 20718, in *Diritto e giustizia*, 2015, 14 ottobre).

Il ragionamento del giudice è di particolare interesse in quanto l'individuazione di una nozione *teleologica* di soluzione ragionevole è dirimente per l'accesso e la conservazione del posto di lavoro per i disabili.

Nelle sentenze riunite del 2013, la riduzione dell'orario era considerata una misura di adattamento che il datore di lavoro deve attuare per consentire a una persona disabile di lavorare. Gli strumenti indicati nel Considerando n. 20 della Direttiva n. 2000/78/Ce costituiscono, infatti, per la Corte, un elenco non tassativo di provvedimenti, che possono essere di ordine fisico, organizzativo e/o formativo purché efficaci «a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell'handicap» (adattamento dei luoghi, delle attrezzature, dei ritmi di lavoro, ripartizione dei compiti, formazione ecc.).

Così, la Corte di Giustizia fa propria un'accezione ampia di «ritmi di lavoro», inclusiva dell'adattamento dell'orario e della sua modificazione da tempo pieno a parziale. Altrettanto ampia è l'accezione di «accomodamento ragionevole» accolta dalla Convenzione Onu del 2006, ossia quelle modifiche e adattamenti necessari e idonei ad assicurare alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di eguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e libertà fondamentali.

Per quanto concerne, poi, l'onere non sproporzionato, in termini di costi finanziari o di altro tipo (Considerando n. 21), vale la pena ricordare che «il costo economico è solo uno degli indici della ragionevolezza di una certa misura», per cui è opportuno evitare «di arrivare a una contrapposizione netta fra adeguatezza della misura e costo economico per l'imprenditore» (Barbera 2007, 108), cercando invece un bilanciamento tra i due corni del problema.

Esacerbare l'antitesi tra interessi del datore di lavoro e del lavoratore tradisce la *ratio* della norma e rischia di ridurre a lettera morta una previsione tesa a garantire l'eguaglianza sostanziale; spesso, infatti, i costi non solo non sono particolarmente elevati – basti pensare a correttivi elementari nell'organizzazione del lavoro –, ma si possono tradurre in un miglioramento del benessere lavorativo nonché in un ritorno di immagine per l'azienda, sottraendola a sanzioni reputazionali, talvolta ben più incisive di quelle giuridiche.

Del resto, la contrattazione collettiva aziendale già prevede numerosi istituti volti a favorire compiti di cura e sostegno in situazioni di fragilità, utilizzabili dai lavoratori disabili (flessibilità oraria in entrata e uscita, congedi speciali, accesso alla banca etica delle ferie ecc.). La l. n. 81/2017, sul lavoro autonomo e sullo *smart working*, nel caso di recesso dall'accordo sulla modalità di esecuzione *agile* della prestazione prevede che per il lavoratore disabile il preavviso, in genere non inferiore a 30 giorni, non sia inferiore a 90 giorni «per consentire un'adeguata riorganizzazione dei percorsi dei percorsi di lavoro» in relazione «alle esigenze di vita e di cura del lavoratore» (art. 19, c. 2).

La soluzione ragionevole va riferita «all'eliminazione delle barriere di diversa natura che ostacolano la piena ed effettiva partecipazione delle persone disabili alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori» (HK, punto 54 delle Motivazioni). Pensare a una modulazione del comportamento, d'intesa con le parti sociali a livello nazionale per evitare forme di sperequazione tra i lavoratori di diverse imprese

o a livello decentrato per sperimentare buone pratiche, costituirebbe una misura di non eccessivo impatto economico, ma con una ricaduta importante sul diritto al lavoro dei disabili e sull'effettività degli strumenti di garanzia delle pari opportunità e dell'eguaglianza.

La generalizzazione della previsione permetterebbe di andare *oltre* il carattere individuale della soluzione ragionevole e superare la prospettiva limitata che emerge dalla direttiva e dalla normativa di recepimento: in tali testi essa viene intesa come un rimedio alla situazione del singolo, ma ciò la relega alla contingenza dell'intervento (spontaneo o veicolato dal giudice) di *quel* datore di lavoro.

Un ragionamento che potrebbe essere esteso anche agli altri fattori di discriminazione, come sembra emergere dal dibattito della dottrina europea che vede nella soluzione ragionevole uno strumento trasversale capace di creare un *valore aggiunto* rispetto alla tutela offerta dalla Cedu e dalla Direttiva n. 2000/78 (Alidadi 2012, con riguardo a religione e convinzioni personali; European Commission 2013).

Riferimenti bibliografici

- Agliata M. (2014), *La Corte di Giustizia torna a pronunciarsi sulla nozione di «handicap» e «soluzioni ragionevoli» ai sensi della Direttiva 2000/78/Ce*, in *DRI*, n. 1, 263 ss.
- Alidadi K. (2012), *Reasonable Accommodations for Religion and Belief: Adding Value to Article 9 ECHR and the European Union's Anti-Discrimination Approach to Employment?*, in *European Law Review*, n. 6, 693 ss.
- Barbera M. (2007), *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, in Barbera M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 43 ss.
- Barbera M. (2013), *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *RGL*, n. 1, I, 139 ss.
- Borghesi D. (2016), *L'onere della prova nei licenziamenti disciplinari e discriminatori*, in *RGL*, n. 4, II, 867 ss.
- Cinelli M. (2013), *Insufficiente per la Corte di Giustizia la tutela che l'Italia assicura ai disabili: una condanna realmente meritata?*, in *RIDL*, II, 935 ss.
- European Commission (2013), *Reasonable Accommodation beyond Disability in Europe*, Luxembourg.
- Servidio S. (2016), *Parità uomo-donna e licenziamento discriminatorio*, in *DPL*, n. 20, 1219 ss.
- Venchiariutti A. (2014), *Sistemi multilivello delle fonti e divieto di discriminazione per disabilità in ambito europeo*, in *NGCC*, n. 9, 409 ss.
- Viola L. (2016), *Sulla natura ritorsiva del licenziamento*, in *RGL*, n. 3, II, 376 ss.

Francesca Malzani
*Ricercatrice di Diritto del lavoro
presso il dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Brescia*

CONTROVERSIE DI LAVORO

CASSAZIONE, 16.2.2017, n. 4118 – Pres. Di Cerbo, Est. Ghinoy, P.M. Celeste (diff.) – E.V. (avv.ti Gesuele, Aulicino) c. Poste italiane Spa (avv. De Luca Tamajo).
Cassa Corte d'Appello di Napoli, 21.7.2016.

Controversie di lavoro e previdenza – Ricorso ex art. 1, c. 48, l. n. 92/2012 – Domanda di trattamento di fine rapporto – Preavviso – Ammissibilità – Indennità di preavviso.

Nel rito introdotto dalla l. n. 92 del 2012 (cosiddetto rito Fornero) è ammissibile la proposizione in via subordinata, da parte del lavoratore, delle domande di pagamento del Tfr e dell'indennità di mancato preavviso, in quanto nascenti dalla cessazione del rapporto di lavoro e quindi fondate su fatti costitutivi già dedotti, sicché il relativo esame non comporta un indebito ampliamento del tema sottoposto a decisione ed evita il frazionamento dei processi o pronunce in mero rito, permettendo, al contrario, che un'unica vicenda estintiva del rapporto di lavoro dia luogo a un unico processo. (1)

(1) LA DOMANDA PER OTTENERE IL PAGAMENTO DEL TFR PUÒ ESSERE PROPOSTA CON L'IMPUGNATIVA DEL LICENZIAMENTO CON RITO FORNERO

1. — La decisione in commento affronta la questione se, nel caso di un'impugnativa di licenziamento secondo il rito di cui all'art. 1, c. 48, della l. n. 92 del 2012 (cd. rito Fornero), sia ammissibile la proposizione in via subordinata, da parte del lavoratore ricorrente, delle domande di pagamento del Tfr e dell'indennità di preavviso. La pronuncia esamina altresì le tematiche sulla tempestività della contestazione disciplinare. Tale contestazione non è stata ritenuta tardiva atteso che il ricorrente, nei gradi precedenti del giudizio, non ha fornito alcuna prova di quando fosse avvenuta la comunicazione del passaggio in giudicato della precedente sentenza di patteggiamento, che riteneva il lavoratore colpevole di diversi reati di natura fiscale, necessaria ex art. 54 del Ccnl Poste per il licenziamento disciplinare.

Nel caso di specie, il ricorrente proponeva di fronte al Tribunale di Napoli, secondo il rito Fornero, l'impugnativa del licenziamento intimatogli da Poste italiane Spa a

seguito di comunicazione di addebito del 31.10.2013, nella quale si richiamava la sentenza *ex art.* 444 c.p.p. di applicazione della pena di anni uno e mesi sei di reclusione per una serie di reati di natura fiscale. Il ricorrente chiedeva che fosse dichiarata l'illegittimità del licenziamento e, in subordine, la condanna del datore al versamento in suo favore del Tfr, dando per scontata, o meglio ancora assorbita, la compatibilità di quest'ultima richiesta con il rito Fornero.

Il Tribunale di Napoli rigettava la domanda principale, relativa all'illegittimità del licenziamento disciplinare, e accoglieva quella subordinata, e condannando Poste italiane al pagamento della somma richiesta a titolo di Tfr. Successivamente, con la sentenza n. 5846 del 2015, la Corte d'Appello di Napoli modificava la precedente pronuncia, dichiarando improcedibile la domanda avente a oggetto il pagamento del Tfr; per il resto confermava la sentenza del Tribunale.

Per inquadrare meglio il tema, va precisato che il c. 1 dell'art. 48 della l. n. 92/2012 prevede che l'impugnativa del licenziamento sia proposta al tribunale in funzione di giudice del lavoro, con i requisiti dell'art. 125 c.p.c., e che, all'interno del ricorso, non possano «essere presenti domande diverse da quelle di cui al c. 47 del presente articolo, salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi».

Secondo tale formulazione è esplicito che, nei procedimenti per l'impugnativa del licenziamento in cui non possono essere poste domande diverse, salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi, l'oggetto del procedimento è tendenzialmente esclusivo (Dalfino 2013, 69), poiché riguarda la (il)legittimità del recesso datoriale, a prescindere da chi accetti in concreto l'iniziativa (Cass., S.U., 31.7.2014, n. 17443, in *Corriere giuridico*, 2015, 378). La rigidità di questo principio è mitigata dalla possibilità, comunque, di cumulare nello stesso giudizio domande ulteriori, in modo da allargare l'ambito della cognizione del giudice, salvo il rispetto del limite rappresentato dalla coincidenza dei fatti costitutivi (Dalfino 2016, 547).

La Corte di secondo grado riteneva, preliminarmente, che solamente la domanda per il Tfr non fosse proponibile con il rito prescelto in quanto non aveva a oggetto l'impugnativa del licenziamento, né richiamava questioni inerenti la qualificazione del rapporto. Questo ragionamento escludeva che la domanda subordinata potesse fondarsi sugli «*identici fatti costitutivi*» della principale, non rispettando il prevalente orientamento giurisprudenziale, che li considera sempre individuati dalla (pre)esistenza di un rapporto di lavoro e dalla illegittimità del licenziamento impugnato (Cass., S.U., 10.1.2006, n. 141, in *FI*, 2006, I, 704).

Nel merito, la Corte d'Appello respingeva la domanda relativa al licenziamento, ritenendo che la contestazione disciplinare non potesse essere ritenuta tardiva.

Senza pretesa di esaustività, data la complessità della materia e la specificità della sentenza in esame, prima di entrare nel merito della vicenda, sembra opportuno richiamare alcuni principi in tema di Tfr.

Per quanto riguarda l'obbligo di pagare il Tfr anche in caso di impugnazione del licenziamento, esso sussiste senza dubbio in base all'art. 2120 c.c., secondo cui: «In ogni caso di cessazione del rapporto di lavoro subordinato, il prestatore di lavoro ha diritto a un trattamento di fine rapporto...».

La norma codicistica precisa che il Tfr deve essere sempre e comunque pagato, quale che sia la motivazione della cessazione del rapporto di lavoro e qualunque sia la situazione successiva; è compreso anche il caso in cui il licenziamento sia stato impugnato dal lavoratore.

È opportuno valutare se la richiesta giudiziale del Tfr possa essere contestuale all'impugnativa del licenziamento o se debba essere separata da quest'ultima. Qualora le due domande fossero presentate in momenti differenti e con azioni diverse potrebbe sorgere un problema, in caso di percezione del Tfr, nell'ipotesi in cui il lavoratore fosse di seguito reintegrato nel posto di lavoro.

Nel caso in cui si dovesse verificare tale situazione, sicuramente il dipendente, una volta reintegrato, dovrebbe restituire il Tfr percepito.

Anche in merito a tale situazione è opportuno fare una precisazione. In particolare, occorre distinguere a seconda delle tipologie del provvedimento di reintegrazione. Nell'eventualità che il provvedimento giudiziario sia una sentenza, il dipendente è tenuto a restituire il Tfr percepito; qualora invece si tratti di un provvedimento cautelare d'urgenza, si ritiene che il lavoratore possa rivendicare il Tfr non corrisposto, perché solo la sentenza ha il potere di ricostituire il rapporto lavorativo (Pret. Frosinone 4.2.1994, in *RIDL*, 1994, II, 770).

D'altra parte, è pacifico che il pagamento del Tfr non preclude l'impugnabilità del licenziamento e, anche qualora un decreto ingiuntivo per il pagamento del Tfr fosse diventato esecutivo, non esiste alcuna incompatibilità tra l'interesse del lavoratore licenziato ad agire in giudizio per ottenere il Tfr e quello ad accertare l'invalidità del licenziamento. È pacifico che la richiesta del Tfr non significa che il lavoratore stia rinunciando in modo tacito ai diritti derivanti dall'illegittimità del licenziamento (Cass. 19.11.2002, n. 16306, in *DL*, 2002, n. 5, II, 516).

Tornando al caso di specie, è palese che la questione riguarda anche l'individuazione del rito applicabile alla domanda per il Tfr, che pacificamente non rientra in quelle assoggettabili al rito Fornero *ex art.* 1, c. 47, e che se proposta in via principale impone l'assoggettamento al rito ordinario *ex artt.* 414 ss. c.p.c. La pronuncia in commento, però, avvalorata l'opinione secondo la quale è opportuno confermare la decidibilità nel merito della controversia, senza la necessità di mutare il rito, confermando la piena perseguibilità nelle forme del rito Fornero, per ragioni di economia processuale, di semplificazione e di effettività della tutela giurisdizionale, oltre che in base alla lettera dell'art. 1, c. 48, l. n. 92/2012 (Dalfino 2013, 76). Inoltre, questa è la soluzione preferibile in quanto elimina tutti i problemi di coordinamento che potrebbero sorgere tra due processi, qualora il lavoratore fosse costretto a proporre due ricorsi avverso il medesimo licenziamento.

Infatti, la Corte di Cassazione, nella pronuncia *de qua*, ha ritenuto fondato l'ultimo dei cinque motivi di ricorso proposti dal lavoratore; con quest'ultimo, il ricorrente censura la sentenza della Corte d'Appello per non aver ritenuto ammissibile la domanda avente a oggetto il pagamento del Tfr, che invece deriva dagli stessi *fatti costitutivi dedotti in giudizio*, rientrando quindi nella previsione dell'art. 1, c. 48, della l. n. 92/2012 e di conseguenza nell'oggetto della domanda (De Angelis 2013, 294; De Luca 2012, 345).

La Cassazione ribadisce la soluzione già accolta con la sentenza n. 17091 del 12.8.2016 (In *DRI*, 2017, n. 1, 218), in cui, con ampia motivazione e richiami anche ai principi costituzionali e sovranazionali del giusto processo (artt. 24 e 111 Cost. e art. 6 Cedu), si è affermato che nel caso di impugnativa di licenziamento secondo il rito di cui all'art. 1, c. 48, della l. n. 92/2012 è ammissibile la proposizione, in via subordinata, da parte del lavoratore, delle domande di pagamento del Tfr e dell'inden-

nità di preavviso, in quanto nascenti dalla cessazione del rapporto e, quindi, fondate su fatti costitutivi già dedotti, sicché il relativo esame non comporta un indebito ampliamento del tema sottoposto a decisione, ed evita il frazionamento dei processi o pronunce in mero rito, permettendo, al contrario, che un'unica vicenda estintiva del rapporto di lavoro dia luogo a un unico processo.

La sentenza in commento dà perciò continuità a quest'ultimo orientamento. Nella motivazione, la Cassazione ha rilevato come sia «difficile concepire, dal punto di vista tecnico, domande diverse» che siano fondate «su identici fatti costitutivi», ma, dovendo privilegiarsi una interpretazione utile che dia senso e contenuto alla disposizione; il Collegio ritiene di affermare quella che appare più coerente con i principi generali di strumentalità del processo, nonché di economia e di conservazione dell'efficacia degli atti processuali. Le domande relative al pagamento del Tfr e dell'indennità di preavviso, in quanto nascenti dalla cessazione del rapporto, sono cumulabili e trattabili con il «rito Fornero», in quanto per simili ipotesi è riscontrabile una coincidenza di fatti costitutivi qualificata dalla circostanza che si tratti di domande che traggono comunque presupposto dalla vicenda estintiva del rapporto di lavoro.

In adesione a tale soluzione, la giurisprudenza maggioritaria, cui si conforma la pronuncia in esame, ritiene ammissibile il cumulo di domande nel rito di cui sopra. In particolare, la giurisprudenza ha affrontato la questione della proponibilità in un unico ricorso, con il rito *ex art. 1, c. 48, l. n. 92/2012*, della domanda di impugnativa avverso il licenziamento illegittimo e, in via subordinata, della domanda per il riconoscimento di un altro diritto, con esito positivo (Cass. 13.6.2016, n. 12094, in *FI*, 2016, n. 9, I, 2756; T. Napoli 16.10.2012, in *RIDL*, 2012, n. 4, II, 1085).

Non mancano posizioni contrarie della giurisprudenza precedente che ritengono improponibili, e di conseguenza non cumulabili, le domande in via subordinata con quella principale *ex art. 1, c. 48, l. n. 92*, di impugnativa del licenziamento (Cass. 10.8.2015, n. 16662, in *RGL*, 2016, n. 2, II, 241; T. Palermo 15.10.2012, in *DPL*, 2013, n. 38, 2259).

Riferimenti bibliografici

- Dalfino D. (2013), *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, in Barbieri M., Dalfino D., *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero, aggiornato al d.l. 28 giugno 2013, n. 76, cd. «pacchetto lavoro»*, Cacucci, Bari, 57 ss.
- Dalfino D. (2016), *La decisione delle domande proposte in via subordinata nel cd. rito Fornero*, in *RGL*, n. 4, II, 546 ss.
- De Angelis L. (2013), *Licenziamenti, progetto Fornero e tormento del processo*, in Aa.Vv., *Il diritto del lavoro nel tempo della crisi*, Atti del XVII congresso nazionale di diritto del lavoro, Pisa, 7-9.6.2012, Giuffrè, 293 ss.
- De Luca M. (2012), *Procedimento specifico per i licenziamenti nella recente riforma del mercato del lavoro (l. n. 92 del 2012): note minime*, in *FI*, V, 345-346.

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

CASSAZIONE, 3.2.2017, n. 2975 – Pres. Napoletano, Est. Manna, P.M. Sanlorenzo (diff.) – B.C. (avv. Gualtierotti) c. Fallimento Spa in liquidazione (avv. Roscini Vitali).
Cassa con rinvio Corte d'Appello di Brescia, 4.6.2014.

Controversie di lavoro e previdenza – Licenziamento individuale – Fallimento del datore di lavoro successivo al licenziamento – Domanda di reintegrazione nel posto di lavoro – Competenza del giudice del lavoro – Sussiste.

Controversie di lavoro e previdenza – Licenziamento individuale – Fallimento del datore di lavoro successivo al licenziamento – Sentenza di reintegrazione nel posto di lavoro – Interesse del lavoratore alla pronuncia – Sussiste.

Ove il lavoratore abbia agito in giudizio chiedendo, con la dichiarazione di illegittimità o inefficacia del licenziamento, la reintegrazione nel posto di lavoro nei confronti del datore di lavoro dichiarato fallito, permane la competenza funzionale del giudice del lavoro, in quanto la domanda proposta non è configurabile come mero strumento di tutela di diritti patrimoniali da far valere sul patrimonio del fallito, ma si fonda anche sull'interesse del lavoratore a tutelare la propria posizione all'interno dell'impresa fallita, sia per l'eventualità della ripresa dell'attività lavorativa, sia per tutelare i connessi diritti non patrimoniali estranei all'esigenza della par condicio creditorum. (1)

In caso di fallimento dell'impresa datrice di lavoro dopo il licenziamento di un suo dipendente, questi ha interesse a una sentenza di reintegra nel posto di lavoro, previa dichiarazione giudiziale dell'illegittimità del licenziamento: pronuncia che non ha a oggetto solo il concreto ripristino della prestazione lavorativa (che presuppone la ripresa dell'attività aziendale previa autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa), ma anche le possibili utilità connesse al ripristino del rapporto. (2)

(1-2) LA DOMANDA DI REINTEGRAZIONE NEI CONFRONTI DELLA SOCIETÀ FALLITA: COMPETENZA E INTERESSE AD AGIRE

1. — La Corte di Cassazione affronta la questione, assai dibattuta in giurisprudenza, della reintegrazione di un lavoratore illegittimamente licenziato in una impresa dichiarata fallita dopo il licenziamento.

Nel giudizio di primo grado, il Tribunale di Brescia rigetta la domanda del lavoratore volta a ottenere la reintegrazione nel posto di lavoro; di parere contrario è la

Corte d'Appello di Brescia, la quale, in riforma della sentenza di primo grado, dichiara l'illegittimità del licenziamento per superamento del periodo di comporto ma non ordina la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro sul presupposto che, nelle more del procedimento, era intervenuto il fallimento della società datrice di lavoro con conseguente cessazione dell'attività produttiva della stessa. La Corte rileva, inoltre, la propria incompetenza funzionale a norma dell'art. 24, r.d. 16.3.1942, n. 267.

Il lavoratore ricorre per cassazione deducendo due motivi di impugnazione: violazione e falsa applicazione dell'art. 18, l. 20.5.1970, n. 300; violazione e falsa applicazione degli artt. 91, comma 1, e 92, comma 2, c.p.c. in relazione alla compensazione delle spese in giudizio. In particolare, il lavoratore lamenta che l'omessa reintegra nel posto di lavoro gli ha precluso la possibilità di essere trasferito, come agli altri dipendenti, alle dipendenze del datore di lavoro subentrante che ha preso in affitto un ramo della società fallita, proseguendone l'attività produttiva a norma dell'art. 2112 c.c.

Il fallimento resiste con controricorso.

La Corte di Cassazione, nell'accogliere il primo motivo e nel dichiararne assorbito il secondo, cassa la sentenza impugnata con riferimento al motivo accolto e rinvia, anche per le spese, alla Corte d'Appello di Milano.

2. — La Corte di Cassazione riconosce la competenza funzionale del giudice del lavoro nell'ipotesi di impugnazione del licenziamento anche qualora intervenga il fallimento della società datrice di lavoro; la domanda alla reintegrazione non è, difatti, configurabile come mero strumento di tutela dei diritti patrimoniali da far valere sul patrimonio del fallito, ma si fonda sull'interesse del lavoratore a tutelare la propria posizione nell'azienda fallita anche in vista della ripresa dell'attività lavorativa, sia nel caso di ammissione all'esercizio provvisorio sia nell'ipotesi di trasferimento o di cessione di azienda.

In passato, il r.d. 16.3.1942, n. 267, concernente la disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa, all'art. 24, comma 1, prevedeva l'attrazione al Foro fallimentare anche delle azioni attinenti ai rapporti di lavoro, in quanto il giudice fallimentare era competente a conoscere tutte le azioni che derivano dal fallimento «anche se relative a rapporti di lavoro».

Il d.lgs. 9.1.2006, n. 5, prima, e il d.lgs. 12.9.2007, n. 169, poi, hanno significativamente modificato l'art. 24, r.d. 16.3.1942, n. 267; nel testo oggi in vigore, la norma stabilisce che il tribunale che ha dichiarato il fallimento «è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore». Venuto meno l'espresso riferimento nell'art. 24 alle azioni relative ai rapporti di lavoro, ne consegue che tutte le azioni non patrimoniali sono di competenza del giudice del lavoro a norma dell'art. 413 c.p.c., cosicché egli può emettere – laddove ne ricorrano i requisiti – i provvedimenti di reintegra nel posto di lavoro e le altre statuizioni a tutela dei diritti non patrimoniali.

Pertanto, il fallimento del datore di lavoro non incide sulla competenza funzionale: è competente il giudice del lavoro sulle questioni che attengono al rapporto di lavoro *lato sensu* intese: dall'accertamento della costituzione al demansionamento, dalla illegittimità del licenziamento alle questioni attinenti la condotta antisindacale. Al contrario, le domande dirette alla quantificazione dei crediti ovvero a ottenere la con-

danna al pagamento di somme di denaro subiscono l'attrazione al foro fallimentare (Cfr.: Cass. 7.1.2001, n. 7738; Cass. 15.5.2002, n. 7075; Cass. 3.3.2003, n. 3129; Cass. 2.2.2010, n. 2411; Cass. 29.9.2016, n. 19308).

In altri termini, in materia di tutela contro il licenziamento illegittimo, la competenza è del giudice del lavoro soltanto nell'ambito di applicazione della tutela reale in quanto la domanda del lavoratore è diretta a tutelare diritti extrapatrimoniali. Di contro, nell'ambito della cd. tutela obbligatoria, la competenza è del giudice fallimentare, trattandosi di una tutela a contenuto esclusivamente patrimoniale.

La giurisprudenza di legittimità prevalente è concorde nel ritenere che, nell'ipotesi in cui un lavoratore agisca in giudizio per la reintegrazione nel posto di lavoro nei confronti del datore di lavoro dichiarato fallito successivamente al licenziamento, «permane la competenza funzionale del giudice del lavoro in quanto la domanda proposta non è configurabile come mero strumento di tutela dei diritti patrimoniali da far valere sul patrimonio del fallito, ma si fonda anche sull'interesse del lavoratore a tutelare la sua posizione all'interno dell'impresa fallita, sia per l'eventualità della ripresa dell'attività lavorativa, sia per tutelare i connessi diritti non patrimoniali, e i diritti previdenziali, estranei all'esigenza della *par condicio creditorum*» (Cfr.: Cass. 27.4.2004, n. 4051; Cass. 29.3.2011, n. 7129; Cass. 2.8.2011, n. 16867; Cass. 29.9.2016, n. 19308).

In questo senso si esprime la Corte di Cassazione nella pronuncia in commento, laddove afferma che permane la competenza del giudice del lavoro «nelle statuizioni a tutela dei diritti non patrimoniali» del lavoratore. Si evidenzia, inoltre, come la cessazione dell'attività da parte della società fallita non rilevi ai fini della pronuncia di reintegra nell'ipotesi di accertamento giudiziale dell'illegittimità del licenziamento.

Come è noto, il d.lgs. 4.3.2015, n. 23, emanato in attuazione della l. 10.12.2014, n. 183, introduce la disciplina del contratto a tutele crescenti nell'intento di pervenire a un nuovo equilibrio fra esigenze di flessibilità dell'impresa e tutela del lavoratore. In particolare, il d.lgs. 4.3.2015, n. 23, modifica il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo, riducendo notevolmente l'ambito di applicazione della tutela reintegratoria in favore della tutela indennitaria (Cester 2017, 726).

Con questa nuova disciplina, che trova applicazione esclusivamente nei confronti dei lavoratori assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato a decorrere dal 7.3.2015, la reintegrazione nel posto di lavoro si applica alle ipotesi di licenziamento discriminatorio, nullo, ingiustificato per inidoneità fisica o psichica e ad alcune forme di licenziamento disciplinare ingiustificato (Tursi 2016, 315). Eccettuati i casi sopra citati, nell'ipotesi di licenziamento illegittimo trova applicazione in via generale la sanzione indennitaria: un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale, di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità (art. 3, comma 1, d.lgs. 4.3.2015, n. 23).

Di conseguenza, alla delimitazione della tutela reale solo ad alcune e residuali ipotesi di licenziamento illegittimo, ritenute dal legislatore di maggiore gravità, segue il restringimento della competenza funzionale del giudice del lavoro in caso di fallimento del datore di lavoro.

3. — La Corte di Cassazione affronta anche i temi della continuità del rapporto di lavoro con il fallimento e dell'interesse ad agire del lavoratore nell'ipotesi di impossibilità effettiva della reintegrazione nel posto di lavoro.

Secondo la Corte, la reintegrazione nel posto di lavoro non può essere impedita dalla pronuncia di fallimento, anche nel caso di cessazione dell'attività. Il diniego della reintegra è impedito da una lettura combinata dell'art. 2119, comma 2, c.c. con l'art. 72, r.d. 16.3.1942, n. 267.

L'art. 2119, comma 2, c.c. prevede che il fallimento dell'imprenditore o la liquidazione coatta amministrativa non possono costituire giusta causa di risoluzione del contratto. L'art. 72, comma 1, r.d. 16.3.1942, n. 267, afferma che, in caso di dichiarazione di fallimento di una delle due parti di un contratto, l'esecuzione dello stesso «rimane sospesa» fino a quando il curatore dichiara di subentrarvi ovvero di sciogliersi dal medesimo; nel silenzio del legislatore, si ritiene che anche i rapporti di lavoro risultano attratti «nel dominio applicativo» dell'art. 72 (Tullini 2014, 198). Si può, dunque, escludere che la dichiarazione di fallimento comporti una risoluzione immediata del rapporto di lavoro; si può, anzi, affermare che essa configuri una sorta di «sospensione» immediata e automatica dei rapporti di lavoro in corso di esecuzione alla data di fallimento (Tullini 2016, 418). Detta sospensione può durare per un tempo indefinito posto che la legge non individua un termine finale, salvo il caso in cui il curatore dichiari di voler subentrare in luogo del datore di lavoro fallito. La continuazione del rapporto di lavoro in regime di sospensione non comporta oneri per la procedura fallimentare poiché il lavoratore, durante questa fase, non ha diritto ad alcun trattamento retributivo e contributivo (Cfr. Cass. 14.5.2012, n. 7473, in *FI*, 2012, I, 2358). Il lavoratore dipendente del datore di lavoro fallito può costituire in mora il creditore e fargli assegnare dal giudice un termine non superiore a sessanta giorni entro il quale decidere se subentrare nel rapporto (Cosattini 2015, 952); decorso detto termine il contratto di lavoro «si intende sciolto» (Cfr. T. Milano 28.7.2007, inedita a quanto consta).

Dopo il fallimento, l'impresa sopravvive nella sua unitarietà: la dichiarazione di fallimento del datore di lavoro che abbia cessato l'attività aziendale comporta la sospensione del rapporto di lavoro pendente; l'assenza di prestazione lavorativa non consente l'insorgenza del diritto alla retribuzione e dei connessi obblighi contributivi (Frascaroli 2012; Perrino 2012, 2357). Il rapporto di lavoro prosegue, ancorché in uno stato di quiescenza determinato dall'assenza della prestazione lavorativa. Una quiescenza che parte della giurisprudenza (*Ex multis*, Cass. 3.11.1998, n. 11010) definisce «attiva», in quanto attribuisce al lavoratore una serie di utilità relative alla ripresa del lavoro: si pensi all'esercizio provvisorio, alla cessione di azienda o ramo di essa (come nel caso oggetto della pronuncia in commento), alla ripresa della sua amministrazione da parte del fallito a seguito di concordato fallimentare o al ritorno *in bonis*. Non solo: dallo stato di quiescenza potrebbero scaturire per il lavoratore una serie di benefici, quali l'indennità di cassa integrazione o di mobilità, ora integralmente sostituita dalla Naspi.

La Corte di Cassazione, nel cassare la sentenza impugnata dal lavoratore, evidenzia come, in caso di fallimento del datore di lavoro successivamente al licenziamento di un lavoratore alle dipendenze della stessa, l'interesse ad agire del lavoratore illegittimamente licenziato nel chiedere la reintegrazione nel posto di lavoro non può essere pre-

giudicato dalla impossibilità del concreto ripristino dell'attività lavorativa. L'interesse del lavoratore sussiste ancorché non vi sia stata ripresa dell'attività aziendale poiché il fondamento dello stesso è rinvenibile nella continuità del rapporto giuridico e nelle possibili utilità connesse al ripristino del rapporto sia sul piano lavoristico sia sul quello previdenziale. In questi ultimi casi, la pronuncia di reintegra è idonea a produrre effetti utili al lavoratore, ancorché diversi da quelli tipici del concreto ripristino del rapporto di lavoro (Cfr. Cass. 28.4.2003, n. 6612).

La sentenza in commento conferma un orientamento oramai consolidato sia nella giurisprudenza di merito (T. Palermo, 19.1.2017), sia nella giurisprudenza di legittimità (*Ex multis*: Cass. 3.11.1998, n. 11010; Cass. 28.4.2003, n. 6612; Cass. 27.4.2004, n. 4051; Cass. 29.9.2016, n. 19308).

Riferimenti bibliografici

- Cester C. (2017), *Le tutele*, in Gragnoli E. (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 726 ss.
- Cosattini L.A. (2015), *Retrocessione al fallimento dell'azienda affittata e licenziamento: il difficile equilibrio fra esigenze della massa e tutela del lavoratore*, in *RIDL*, n. 4, II, 952 ss.
- Frascaroli E. (2012), *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Cedam, Padova.
- Perrino A. (2012), *Contratto di lavoro in corso e fallimento: strumenti antichi e questioni nuove*, in *FI*, n. 9, I, 2357 ss.
- Tullini P. (2014), *Tutela del lavoro nella crisi d'impresa e assetto delle procedure concorsuali: prove di dialogo*, in *RIDL*, n. 2, I, 198 ss.
- Tullini P. (2016), *Retrocessione al fallimento dell'azienda in affitto e licenziamento dei lavoratori*, in *GComm.*, n. 2, II, 418 ss.
- Tursi A. (2016), voce *Contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2016*, Treccani, Roma, 315 ss.

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

CORTE COSTITUZIONALE, 10.3.2017, n. 53 – Pres. Grossi, Est. Crisculo.

Indennità di disoccupazione – Indennità di disoccupazione agricola – L. 28.6.2012, n. 92 – Abrogazione dell'indennità di disoccupazione a requisiti ridotti – Questione di illegittimità costituzionale – Non fondata.

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, cc. 3, 24 e 69 lett. b, della l. 28.6.1992, n. 92 (Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita), che ha abrogato dal 1° gennaio 2013 le disposizioni riguardanti l'indennità di disoccupazione a requisiti ridotti, in riferimento agli artt. 3, c. 1, e 38, c. 2, Cost. Diversamente dall'interpretazione fornita dall'Inps, infatti, la normativa deve essere intesa nel senso che la disciplina previgente cessa di operare per le domande di disoccupazione relative all'anno 2013 e si applica, per contro, alle domande di disoccupazione agricola relative all'anno 2012. (1)

(1) LA CORTE COSTITUZIONALE CHIARISCE
I TERMINI DI ABROGAZIONE E APPLICABILITÀ
DELL'INDENNITÀ DI DISOCCUPAZIONE AGRICOLA A REQUISITI RIDOTTI

1. — Con la sentenza n. 53, depositata il 10.3.2017, la Corte costituzionale dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, cc. 3, 24 e 69, lett. b, della l. 28.6.2012, n. 92, in riferimento agli artt. 3, c. 1, e 38, c. 2, della Costituzione, fornendo un'interpretazione della norma conforme ai parametri costituzionali.

Nel caso sottoposto al vaglio della Consulta, il Tribunale ordinario di Ravenna aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, cc. 3, 24 e 69, lett. b, della l. 28.6.2012, n. 92 (Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita), in quanto, a parere del giudice ordinario, il dettato normativo non sarebbe suscettibile di un'interpretazione conforme a Costituzione.

La vicenda è relativa all'indennità di disoccupazione a requisiti ridotti, di cui all'art. 7, c. 3, del d.l. 21.3.1988, n. 86, convertito con modificazioni dall'art. 1, c. 1, della l. 20.5.1988, n. 160, con la quale veniva apprestata una tutela ai lavoratori occasionali, saltuari o stagionali di tutti i settori produttivi che non avessero raggiunto l'anno di contribuzione nel biennio, oppure, nell'ambito dell'agricoltura, il requisito delle cento-due giornate di lavoro, previsto per accedere all'indennità di disoccupazione agricola ordinaria.

A partire dal 1° gennaio 2013, tale disposizione è stata abrogata a opera della legge n. 92 del 2012, che, nell'ottica di una riforma generale del mercato del lavoro, ha previsto una nuova architettura delle tutele contro la disoccupazione, estese a una platea più vasta di destinatari (apprendisti e soci lavoratori di cooperativa che abbiano stabilito, con la propria adesione o successivamente all'instaurazione del rapporto associativo, un rapporto di lavoro in forma subordinata), eliminando per tutti i lavoratori l'indennità di disoccupazione a requisiti ridotti e introducendo due nuove indennità mensili per il sostegno al reddito dei lavoratori che abbiano perso involontariamente l'occupazione: l'Aspi (l'assicurazione sociale per l'impiego) e la mini-Aspi che differisce dalla prima poiché in primo luogo non richiede che il lavoratore abbia un'anzianità assicurativa biennale, e, inoltre, prevede un requisito contributivo di 13 settimane: più basso rispetto a quello previsto dall'Aspi. Dette 13 settimane, corrispondenti a 91 giornate di contribuzione, tuttavia, costituiscono un requisito più alto rispetto a quello richiesto dall'indennità di disoccupazione agricola a requisiti ridotti. L'art. 7, c. 3, del d.l. 21.3.1988, n. 86, infatti, prevedeva per coloro che non raggiungevano il limite delle 102 giornate di lavoro (limite necessario per aver diritto all'indennità ordinaria) un'indennità a requisiti ridotti per i lavoratori che avessero almeno 78 giorni di attività lavorativa.

L'art. 2, c. 24, della legge di riforma ha poi stabilito l'assorbimento delle prestazioni nella nuova indennità di disoccupazione mini-Aspi per coloro che nel 2012 avevano maturato i requisiti previsti dall'indennità di disoccupazione. Tale meccanismo di salvaguardia, tuttavia, non risultava operativo per i lavoratori agricoli che nell'anno 2012 avevano maturato i requisiti per l'indennità a requisiti ridotti. Questi, infatti, da un lato, venivano espressamente esclusi dall'ambito di applicazione dell'Aspi, come si evince dall'art. 2, c. 2, l. n. 92/2012, e, dall'altro, non potevano beneficiare dell'indennità di disoccupazione a requisiti ridotti, che era stata abrogata dall'art. 2, c. 69, l. n. 92/2012. Restano in vigore per i lavoratori agricoli a tempo indeterminato la disciplina speciale dell'art. 32, l. 29 aprile 1949, n. 264, e successive modifiche, e l'art. 25, l. 8 agosto 1972, n. 457, per quelli a tempo determinato, con le modifiche apportate dalla l. 24 dicembre 2007, n. 247 (Lagala 2008).

La suddetta evoluzione normativa, come applicata da parte dell'Inps, ha prodotto una lacuna di tutele, in quanto il lavoratore ricorrente, che ha prestato attività di lavoro agricolo nell'anno 2012 con 99 giorni di contribuzione e che ha richiesto la prestazione nell'anno successivo, si è visto respingere la domanda, sulla base della circostanza che al momento della stessa non era più in vigore la normativa che garantiva l'indennità a requisiti ridotti (Art. 7, c. 3, d.l. n. 86/1998), e allo stesso tempo la nuova normativa (Art. 2 della l. n. 92/2012) non assorbiva i lavoratori agricoli tra le prestazioni di disoccupazione previste dalla mini-Aspi, escludendo tutti coloro che non avessero i requisiti per l'indennità di disoccupazione agricola ordinaria (102 giornate di contribuzione nel biennio).

Il diniego dell'Istituto risultava in linea con la prassi che lo stesso aveva intanto prodotto: con il messaggio n. 20774 del 17.12.2012 era stato espressamente chiarito che l'abrogazione dell'art. 7, c. 3, del d.l. n. 86/1988, convertito con modificazioni dalla l. n. 160/1988, rendeva non più erogabile l'indennità di disoccupazione ordinaria con requisiti ridotti a partire dal 1.1.2013, stante l'assorbimento delle relative prestazioni nella nuova indennità di disoccupazione per coloro che nel 2012 avevano maturato i requisiti previsti dalla predetta norma abrogata.

Anche con il messaggio del 23 aprile 2013, n. 6675, era stato ribadito che la legge di riforma del mercato del lavoro aveva avuto l'effetto di impedire l'erogazione dell'indennità di disoccupazione a requisiti ridotti per il settore agricolo a decorrere dal 2013. Pertanto, a partire dalle prestazioni di disoccupazione di competenza dell'anno 2012 (ossia relative alle domande presentate nel 2013), sorgeva il diritto all'indennità soltanto se il richiedente, oltre agli altri requisiti previsti, poteva far valere nell'anno di competenza della prestazione e nell'anno precedente almeno 102 contributi giornalieri contro la disoccupazione involontaria. In mancanza di tale requisito, seppure in presenza di 78 giorni di lavoro dipendente nell'anno di competenza, si prevedeva l'automatico rigetto della domanda. A seguito di una lettura interpretativa concordata con il ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, infine, l'Istituto aveva altresì precisato che la disciplina della prestazione relativa al 2012 aveva come riferimento i requisiti assicurativi e contributivi dell'indennità di disoccupazione ordinaria con requisiti ridotti, mentre la durata e la misura della stessa doveva essere calcolata in base alle nuove disposizioni in tema di mini-Aspi.

Si è creata, così, una situazione paradossale, in quanto il lavoratore si è visto respingere la richiesta di una prestazione che di fatto aveva già maturato nel 2012 (anno in cui ha prestato attività di lavoro agricolo).

Il quadro regolatorio generato dall'evoluzione normativa era, secondo il giudice rimettente, in contrasto con gli artt. 3 e 38 Cost.

Il contrasto con l'art. 3 Cost. è stato ravvisato dalla circostanza per la quale la normativa, escludendo i lavoratori agricoli dal descritto meccanismo di salvaguardia, li ha discriminati arbitrariamente, riservando loro un trattamento peggiore rispetto agli altri lavoratori, in violazione del principio di uguaglianza.

L'art. 3 Cost., poi, sarebbe stato violato anche sotto il diverso profilo della ragionevolezza e dell'affidamento, in quanto la novella, senza alcuna ragione giustificatrice, escluderebbe dalla tutela in maniera retroattiva i lavoratori che hanno maturato il diritto nel 2012.

Viene ravvisato, infine, anche il contrasto con l'articolo 38, comma 2, Cost. nella parte in cui prescrive di apprestare a favore del lavoratore strumenti di previdenza adeguati alle sue esigenze di vita, senza irrazionalità normativa o previsioni di natura retroattiva.

Diversamente, l'Inps e l'Avvocatura generale dello Stato hanno sostenuto l'infondatezza della questione prospettata.

In primo luogo, l'Inps ha sottolineato l'eterogeneità delle norme oggetto del confronto: non sussiste alcuna violazione dell'art. 3 Cost. perché l'indennità di disoccupazione agricola e la mini-Aspi non sono equiparabili, anche alla luce delle specificità tipiche del settore agricolo. In secondo luogo, spetta al legislatore ordinario individuare tempi, modi e misura delle prestazioni sociali, sulla base di un razionale contempe-

ramento con altri diritti di rango costituzionale e nel rispetto dei limiti di compatibilità finanziaria, senza che ciò costituisca alcuna violazione dell'art. 38 Cost.

Parimenti, l'Avvocatura ha sostenuto come dal sistema delle assicurazioni sociali nel suo complesso emerga che la riforma degli ammortizzatori sociali non abbia eliminato le misure a tutela dei lavoratori agricoli e che, comunque, è compito del legislatore nazionale determinare tempi, modi e misura delle prestazioni sociali, in un razionale bilanciamento con altri diritti costituzionalmente garantiti e nel limite delle disponibilità finanziarie.

Il tema del bilanciamento tra diritti costituzionali e della loro concreta possibilità di realizzazione è stato frequentemente affrontato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Fino agli anni ottanta, invero, il tema della compatibilità economica e finanziaria non ha rivestito un ruolo centrale. Anzi, in quel periodo sovente la Corte ha ampliato la platea dei destinatari dei benefici e delle provvidenze economiche facendo leva proprio sul principio di uguaglianza.

Detta tendenza si è invertita a partire dagli anni novanta, quando il cambiamento economico e finanziario ha imposto una diversa valutazione dei vincoli finanziari e sono state pubblicate una serie di sentenze nelle quali il principio di eguaglianza veniva utilizzato non per estendere la portata di una disciplina più favorevole, ma, al contrario, per rimuovere un ingiustificato privilegio.

A partire da questa fase si è sviluppata una copiosa elaborazione giurisprudenziale, che ha affermato la piena discrezionalità del legislatore nell'effettuare scelte di politica sociale ed economica che tengano in considerazione le esigenze di bilancio, con l'unico limite del rispetto del criterio di ragionevolezza (Si vedano, *ex multis*: C. cost. 7.5.1993, n. 226, nella quale si afferma che «il bilanciamento complessivo dei valori in gioco che deve operare il legislatore» deve tener conto della «concreta e attuale disponibilità delle risorse finanziarie»; C. cost. 30.12.1993, n. 477; C. cost. 10.6.1994, n. 240, ove la Corte, proprio in materia di art. 38 Cost. afferma che «l'attuazione del precetto costituzionale richiede un bilanciamento, modificabile nel tempo a seconda delle circostanze, tra i valori personali attinenti alla tutela previdenziale e i principi connessi alla concreta e attuale disponibilità di risorse finanziarie e dei mezzi necessari per far fronte ai relativi impegni di spesa»; C. cost. 6.3.1995, n. 78, dove si chiarisce che «l'intervento solidaristico della collettività generale va limitato a casi giustificati da particolari condizioni equamente selezionate, e comunque contenuto nei limiti delle disponibilità del bilancio dello Stato»; C. cost. 17.3.1995, n. 88; C. cost. 1.6.1995, n. 218; C. cost. 29.6.1995, n. 288, e C. cost. 13.4.1997, n. 119, che qualificano come «ampia» la discrezionalità rimessa al legislatore in materia previdenziale; C. cost. 24.10.1996, n. 361, con la quale si respinge la questione di incostituzionalità della norma, affermando che «l'art. 38 della Costituzione non esclude la possibilità di un intervento legislativo che, per una inderogabile esigenza di contenimento della spesa pubblica, riduca in maniera definitiva un trattamento pensionistico in precedenza spettante»; C. cost. 2.7.1997, n. 211, ai sensi della quale, «se resta fermo che [...] il legislatore, nell'esercizio del suo potere discrezionale, può, a salvaguardia dell'equilibrio di bilancio, modificare la disciplina pensionistica fino al punto di ridurre il *quantum* del trattamento previsto [...], deve invece escludersi [...] che possa addirittura eliminare retroattivamente una prestazione già conseguita»; C. cost. 12.3.2004, n. 91; C. cost. 19.1.2007, n. 3; C. cost. 28.11.2012, n. 264).

Il principio di ragionevolezza, che è nato come metodo di giudizio legato al principio di eguaglianza, viene quindi assunto a principio cardine per sindacare le scelte del legislatore e verificarne la coerenza rispetto alla *ratio* di una norma, alle altre norme disciplinanti situazioni analoghe e al sistema normativo nel suo complesso (Cartabia 2013).

La materia assume una particolare rilevanza in ambito previdenziale, in cui sempre più frequentemente si ravvisa la necessità di valutare l'esistenza di una razionale discrezionalità del legislatore alla luce delle concrete possibilità offerte dalla contingenza del sistema economico (D'Onghia 2013 e 2015) e sulla quale la Corte è intervenuta in tempi recenti per ribadire la centralità del principio di effettività dei diritti previdenziali e sociali in generale (C. cost. 30.4.2015, n. 70). L'occasione ha consentito alla Consulta di precisare come il principio di effettività dei diritti previdenziali debba andare nella direzione di un giusto bilanciamento ineguale tra diritti della persona ed efficienza economica: per giustificare il sacrificio in modo incisivo dei diritti sociali fondamentali, invero, non è sufficiente richiamare genericamente le esigenze di bilancio, ma occorre dimostrare la necessità di un intervento legislativo in rapporto alla gravità della situazione economica (Barbieri, D'Onghia 2015).

Nel caso di cui alla sentenza in commento, tuttavia, la Corte, pur ribadendo che l'eliminazione radicale e retroattiva di una prestazione previdenziale già acquisita sarebbe in contrasto con i principi espressi in varie sentenze (Si veda C. cost. 12.11.2002, n. 446, ove si legge che il «diritto a una pensione legittimamente attribuita [...] non può essere eliminato del tutto da una regolamentazione retroattiva che renda indebita l'erogazione della prestazione»), non si sofferma sulla valutazione di opportunità della scelta del legislatore di escludere i lavoratori agricoli dal meccanismo dell'assorbimento, ma interviene direttamente sull'interpretazione fornita dall'Inps, la quale, di fatto, ha portato alla non applicazione di alcuna tutela per i lavoratori che avevano già maturato il diritto all'indennità.

La Consulta, infatti, dopo aver ribadito come le indicazioni operative dell'Istituto non possano essere assurte al rango del diritto vivente, chiarisce anche che il giudice di merito non sia vincolato a esse e che debba spingersi a individuare una «interpretazione adeguatrice» che «preservi la compatibilità della norma [...] con i principi di legittimo affidamento e di adeguatezza della tutela previdenziale».

Nel merito, la Corte precisa che i lavoratori agricoli che abbiano maturato i requisiti per l'indennità di disoccupazione ordinaria a requisiti ridotti e abbiano presentato la domanda rispettando i termini di decadenza, hanno diritto a usufruirne sulla base della normativa successivamente abrogata a partire dall'anno 2013. La disciplina applicabile al caso di specie, infatti, deve essere individuata in base alle norme vigenti nel momento in cui si sono perfezionati gli elementi costitutivi del diritto, ossia nel vigore della legge antecedente, e cessa di operare soltanto per la disoccupazione riferita all'anno 2013. Essa, invece, si applica alla disoccupazione relativa al 2012, non essendo in alcun modo influente il tempo della liquidazione della prestazione.

A sostegno del ragionamento, la Corte fa anche riferimento ai lavori preparatori della legge n. 92 del 2012, nei quali non si riscontra alcun intento nel legislatore di disporre in maniera retroattiva sui diritti già maturati. Al contrario, gli obiettivi generali della riforma sono stati quelli di modernizzare il mercato del lavoro italiano e di attuare un sistema di tutele che possa essere il più coerente e uniforme possibile per

coloro che si trovano in una situazione di perdita involontaria del lavoro, prevedendo un meccanismo di graduale transizione verso il regime delineato dalla riforma degli ammortizzatori sociali. Pertanto, l'eliminazione retroattiva dell'indennità di disoccupazione a requisiti ridotti sarebbe anche in contrasto con gli obiettivi del legislatore.

Riferimenti bibliografici

- Avio A. (2013), *La disoccupazione dei lavoratori agricoli*, in Cinelli M. et al. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, 470 ss.
- Barbieri M., D'Onghia M. (2015), *La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 4.
- Cartabia M. (2013), *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it.
- D'Onghia M. (2013), *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Cacucci, Bari, 117 ss.
- D'Onghia M. (2015), *Sostenibilità economica versus sostenibilità sociale nella legislazione previdenziale*, in RDSC, n. 2, 319 ss.
- Lagala C. (2008), *La riforma della previdenza agricola dei lavoratori dipendenti*, in Magnani M. et al. (a cura di), *Previdenza, mercato del lavoro, competitività*, Giappichelli, Torino.

Sara Cubellotti
Dottoranda di ricerca
presso l'Università di Roma «Tor Vergata», SERI - FGB Fellow

CORTE COSTITUZIONALE, 11.1.2017, n. 7 – Pres. Grossi, Est. Carosi – Cnpadc c. Presidente del Consiglio dei ministri.

Pensione – Art. 8, c. 3, d.l. 6.7.2012, n. 95 – Obbligo a carico degli enti previdenziali privatizzati di versare al bilancio dello Stato le somme derivanti dalle riduzioni di spesa previste da quella norma – Illegittimità costituzionale.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 8, c. 3, del d.l. n. 95 del 2012 (cd. decreto spending review) in riferimento agli artt. 3, 38 e 97 Cost. nella parte in cui prescrive che le somme derivanti dalle riduzioni di spesa previste da tale norma siano versate annualmente dalla Cassa nazionale di previdenza e assistenza a favore dei dottori commercialisti (Cnpadc) ad apposito capitolo di entrata del bilancio dello Stato. (1)

(1) ILLEGITTIMO IL PRELIEVO STATALE
SUI RISPARMI DELLE CASSE PREVIDENZIALI PRIVATE

SOMMARIO: 1. Un *incipit*. — 2. La nuova legge di bilancio. — 3. I punti cruciali della sentenza n. 7/2017. — 4. La dinamica dell'equilibrio economico e le posizioni soggettive. — 5. La funzione di «*medium*» dell'elenco Istat. — 6. La gestione incisa è intrinsecamente inidonea a incidere sugli andamenti di finanza pubblica. — 7. Qualche notazione finale.

1. — *Un incipit* — La sentenza della Corte costituzionale n. 7 del 2017 merita un esame particolare in quanto reca elementi di analisi di indubbio rilievo riferibili agli assetti organizzativi, finanziari e patrimoniali sia dei sistemi pensionistici in generale sia, in particolare, a quelli delle Casse previdenziali privatizzate. Per questa via la motivazione svolge considerazioni che consentono di proseguire utilmente l'indagine sulla interpretazione della nuova cornice costituzionale in materia di equilibrio di bilancio e decisione di finanza pubblica, come disciplinata dalla legge cost. n. 1 del 2012 e dalla legge cd. rinforzata n. 243 del 2012. Indagine quanto mai delicata e utile in questa complessa fase di crisi-evoluzione del processo di integrazione europea. Del resto, come è stato subito osservato, si tratta di una linea che la Consulta ha iniziato subito a esplorare e costruire in via di anticipazione, con l'avvio della fase di implementazione di regole europee più stringenti e determinate anche attraverso parametri quantitativi e numerici precostituiti *ex ante*, fin dalla impostazione dei documenti programmatici di bilancio dei paesi membri dell'Unione (1).

La norma censurata impone alle Casse privatizzate (e segnatamente alla Cassa na-

(1) Si veda Rivosecchi 2016. Per una visione d'insieme dello stato delle procedure finanziarie, si veda, da ultimo, Bergonzini, Rivosecchi 2017. Per una complessiva ricostruzione del presente assetto delle scadenze e delle problematiche della decisione di bilancio, si veda Degni, De Ioanna 2017.

zionale di previdenza e assistenza a favore dei dottori commercialisti, di seguito Cnpadc), in forza della loro inclusione nell'elenco redatto dall'Istat (ai sensi dell'art. 1, comma 2, della legge n. 196 del 2009: legge di contabilità e finanza pubblica), di adottare interventi di razionalizzazione per la riduzione della spesa per consumi intermedi, in modo da assicurare risparmi pari al 5% per il 2012, e al 10% a partire dal 2013, da riversare ogni anno all'entrata del bilancio dello Stato.

Il Consiglio di Stato, nell'ordinanza che promuove il giudizio di legittimità (ord. n. 208 del 4 giugno 2015), osserva, tra l'altro, che la norma in questione impone un versamento obbligatorio in favore dello Stato a valere su somme che gli iscritti sono obbligati a destinare quale dotazione della Cassa; si determinerebbe in questo modo una distrazione di queste somme dalla loro causa tipica, legislativamente prevista, che attua in modo coerente lo schema della riserva relativa di legge posta dall'art. 23 della Costituzione. La Corte costituzionale parte da questo assunto, che assume come base del suo ragionamento, svolgendo specifiche considerazioni sui meccanismi funzionali e gestionali che garantiscono l'equilibrio della Cnpadc.

2. — *La nuova legge di bilancio* — È noto che la novella dell'art. 81 Cost. ha eliminato il vincolo alla base della limitazione contenutistico-strutturale prevista dal vecchio comma 3 per la legge di bilancio: vincolo che tipizzava l'innovazione normativa ammessa; si apre così quella che chi scrive ha definito una nuova fase di ritipizzazione costituzionale dei contenuti di questa legge; per questa via è stato superato l'assetto binario (legge finanziaria e poi di stabilità e legge di bilancio) introdotto nel 1978 (legge n. 468 e successive modificazioni e integrazioni) e si sono realizzate le condizioni giuridiche e tecniche per riportare a una unica sede tutto il processo di reimpostazione-razionalizzazione dei conti dello Stato, sulla base delle regole e dei vincoli di equilibrio, nazionali ed europei.

Dunque, appare aderente alla realtà affermare che ora la legge di bilancio realizza, sul piano finanziario, una comparazione e un punto di equilibrio per tutte le posizioni soggettive e collettive tutelate dalla Costituzione che vengono implementate attraverso impegni di spesa e di minore entrata. Va al riguardo segnalato che l'ambito di innovazione normativa attivabile nella prima sezione della nuova legge di bilancio (che coincide in larga misura con l'ambito della «vecchia» legge di stabilità) non sembra possa essere sovrapposto meccanicamente alla funzione della riserva di legge relativa di cui al richiamato art. 23 Cost. Le innovazioni che fanno da supporto alla previsione contabile-organizzativa recata dalla seconda sezione della legge di bilancio restano comunque funzionali agli obiettivi di una struttura del bilancio che deve mantenere un certo grado di tipizzazione tecnico-funzionale e di comparazione diacronica coerente con le funzioni di questo strumento dentro uno schema di democrazia rappresentativa (2). Schema che richiede tempistiche e tecniche di discussione e approvazione disfunzionali rispetto alla discussione approfondita e distesa di temi generali (si pensi al *Jobs Act*, al reddito di inserimento al lavoro ecc.): temi che potranno ora trovare nella prima sezione della legge di bilancio una sede per rimodulare parametri, requisiti e criteri di attribuzione del beneficio. Dunque, se è vero che la ponderazione comparata delle

(2) Un primo esame della natura e dei limiti della nuova ritipizzazione costituzionale della legge di bilancio è stato presentato in De Ioanna 2016.

posizioni soggettive costituzionalmente tutelate trova nella legge di bilancio il luogo della sua concretizzazione in termini di flussi finanziari, e se è vero che il punto di equilibrio è per definizione un fatto dinamico, si tratta di capire con quali criteri e tecniche si costruiscono i cd. controlimiti a tutela di sfere soggettive (e collettive) che la norma di legge non può e non deve travolgere: pena la sua espulsione dal diritto positivo. Il controlimite costituisce il nucleo resiliente dell'ordinamento giuridico, la cui decostruzione incrina la stabilità e la funzione di garanzia dell'assetto giuridico costituzionale e delle istituzioni costruite a protezione dei diritti sociali.

3. — *I punti cruciali della sentenza n. 7/2017* — Da questo punto di vista, la sentenza n. 7, anticipando subito alcuni punti del ragionamento che verrà svolto, chiarisce e/o ribadisce che:

– se il costo di produzione di un servizio pensionistico risulti in tutto o in parte posto a carico della collettività attraverso la tecnica del prelievo obbligatorio (via trasferimenti a carico del bilancio dello Stato), il legislatore resta libero nella scelta del modello che trasforma la ripartizione dei carichi (chi lavora mantiene chi è in pensione) in criteri di sostituzione tra il reddito da attivo e il reddito pensionistico a cui si ha diritto; il modello, cioè, può ben assumere criteri virtuali, fondati su un calcolo convenzionale dei contributi versati, corretto per parametri di rivalutazione (reddito nominale, salari medi ecc.);

– l'inclusione di un ente pensionistico nell'elenco Istat non è *ex se* idoneo ad autorizzare il legislatore a intromettersi negli equilibri finanziari e patrimoniali dell'ente, senza il rispetto di alcuni elementi tipici posti a presidio dei suoi equilibri: in altri termini, mentre la natura obbligatoria delle modalità con cui l'ente determina l'aliquota del contributo per gli iscritti giustifica l'inclusione dell'ente nell'elenco Istat, secondo i criteri del Sec 2010, la struttura giuridica privatistica impressa dalla legge alla operatività dell'ente pone alcuni limiti (controlimiti) non valicabili, direttamente ricavabili dalle norme costituzionali;

– l'esistenza di una riserva tecnica attuariale alimentata dai contributi degli iscritti, opportunamente investita, e tale da generare flussi di reddito idonei a garantire il pagamento di determinati benefici pensionistici, realizza uno schema tipico causale, legislativamente protetto, che non può essere travolto in modo generico, per conseguire risparmi esigui che vengono così sottratti in modo arbitrario all'equilibrio endogeno della gestione dell'ente;

– il tratto pubblicistico della gestione pensionistica *de qua*, legato alla tecnica di determinazione dell'aliquota di contribuzione, è interamente controbilanciato da un sistema di equilibrio endogeno che autorisolve obbligatoriamente dentro l'ente (contributi e flussi della riserva tecnica investita) la garanzia, anzi il divieto, di apporti a carico del bilancio statale: questo assetto tipico, voluto dalla legge di privatizzazione, spiega perché l'ente resta nel sistema dei conti pubblici ma presenta tratti organizzativi che vanno tutelati direttamente sulla base di limiti posti direttamente in Costituzione.

4. — *La dinamica dell'equilibrio economico e le posizioni soggettive* — Una ponderazione comparata delle posizioni soggettive a contenuto patrimoniale tutelate dalla Costituzione deve necessariamente essere svolta all'interno della dinamica degli equilibri economici reali; il punto più critico e complesso della cognizione di legittimità

costituzionale sta proprio nella costruzione di una sfera soggettiva e collettiva che la norma di legge non può in nessun caso destrutturare, pena la sua potenziale espulsione dall'ordine giuridico.

Il tratto intrinsecamente dinamico del tempo economico e dei suoi molteplici equilibri possibili assegna ora al giudice delle leggi un compito molto delicato: valutare, da un lato, le effettive modalità che hanno consentito di fissare l'equilibrio di bilancio cui fare riferimento, secondo le regole procedurali vigenti, e, dall'altro, la ragionevolezza e proporzionalità del sacrificio imposto alla sfera giuridica soggettiva, nel nostro caso alla Cassa privatizzata, ai fini del raggiungimento dell'equilibrio di riferimento. Il fatto che esistano sfere giuridiche in ogni caso non destrutturabili con la legge ordinaria è coesistente alla funzione di una Costituzione rigida, scritta e posta a tutela di un sistema di garanzie essenziali, civili e sociali che non può assumere alcuna linea di pensiero economico come assorbita e ipostatizzata nella sua struttura materiale: anche se è autoevidente che il clima giuridico ed economico che permea l'ordinamento europeo è dominato da una visione sostanzialmente mercantile. Ciò ha a che fare con la dinamica dei processi economici reali tra i membri dell'Unione, ma non sembra possa esprimere un capovolgimento dei piani e delle regole di interpretazione del sistema della Carta. In altri termini, come si è osservato, l'equilibrio di bilancio costituisce un elemento che rafforza il procedimento che la legge deve seguire per introdurre oneri aggiuntivi e minori entrate: rende assai più conoscibile questo processo, le sue motivazioni e la base documentale che viene assunta, e la sua completezza analitica. Per questa via, ad avviso di chi scrive, tutto il limite degli *interna corporis* delle Camere potrebbe essere ulteriormente oggetto di cognizione contenziosa in sede di legittimità costituzionale, proprio allo scopo di valutare l'appropriatezza del processo che ha condotto alla definizione dell'equilibrio.

5. — *La funzione di «medium» dell'elenco Istat* — La sentenza n. 7 chiarisce che il coordinamento della finanza pubblica si avvale della tecnica certificatoria dell'elenco Istat: si tratta di un *medium* per costruire il conto consolidato della p.a., cioè il perimetro entro cui costruire i saldi di riferimento e di convergenza ai fini dell'equilibrio strutturale europeo: il Mto (*Medium term objective*) evocato attraverso rinvii successivi dagli artt. 1 e 3 della legge n. 243 del 2012. Tuttavia, il solo inserimento di un soggetto nel «*medium*» dell'elenco Istat non impedisce alla Consulta una cognizione interna delle norme che si inseriscono nella sfera patrimoniale e gestionale di questo soggetto; il raffronto risulta essere diretto, secondo lo schema dei motivi di costituzionalità sollevati dal Consiglio di Stato, tra le norme che intendono impingere in questa sfera e i principi che regolano la materia *de qua*. Nel caso in esame, la privatizzazione dello schema gestionale dell'Ente ha determinato un criterio di rigido e soprattutto effettivo equilibrio, patrimoniale e finanziario (dunque non virtuale, né solo nozionale), tra risorse versate dagli iscritti e prestazioni rese.

Per effetto della riforma del 1994, «le posizioni previdenziali degli iscritti sono collettivamente e singolarmente condizionate dalla regola per cui la prestazione deve essere resa solo attraverso la contribuzione capitalizzata del destinatario e non attraverso l'impiego delle contribuzioni versate dagli iscritti in attività. Ciò con assoluta esclusione — a differenza della previdenza dei pubblici dipendenti — di qualsiasi contribuzione a carico dello Stato nel momento in cui il flusso finanziario proveniente dai versamen-

ti contributivi non risulti sufficiente al pagamento delle prestazioni dovute». Dunque, il *test* di ragionevolezza e proporzionalità cui è stata sottoposta la norma in questione si incentra sulla struttura interna del sistema determinato dal d.lgs. n. 509 del 1994: si tratta di un equilibrio statistico-finanziario fondato sul rendimento effettivo dei contributi capitalizzati, versati dai singoli iscritti e gestiti attraverso una riserva tecnica. La modifica unilaterale e obbligatoria dell'aliquota di equilibrio costituisce il meccanismo che, da un lato, impedisce l'intervento del bilancio dello Stato e, dall'altro, attrae la Cassa nelle gestioni che vanno a comporre l'elenco Istat. Appare dunque aderente al vero che il punto di discriminare tra i sistemi previdenziali pubblici e privati non sta nella natura mutualistica o solidaristica degli assetti, ma nel fatto che l'equilibrio gestionale esclude l'intervento del bilancio dello Stato e prevede il suo mantenimento dinamico solo e soltanto a carico dei rendimenti effettivi e attuariali del versato da ogni iscritto: dunque nel nostro caso la privatizzazione è reale, ma non giunge a privare la Cassa del potere autoritativo di manovrare le aliquote contributive.

Nel sistema generale dei pubblici dipendenti, la corrispondenza tra contributi e prestazioni è la guida nozionale (quindi virtuale) che fissa la prestazione base, alla quale si applicano coefficienti di perequazione determinati dalla legge nella base di riferimento e nei meccanismi: inflazione, andamento dei salari ecc. Nella Cassa privatizzata la legge ha inteso spingere l'equilibrio contributivo al limite possibile di un assetto pensionistico che resta pubblico nello specifico meccanismo di definizione dell'aliquota contributiva, ma intesta agli organi della Cassa un'autonomia piena e incentrata su metodi e strumenti di equilibrio sostanzialmente privatistici.

6. — *La gestione incisa è intrinsecamente inidonea a incidere sugli andamenti di finanza pubblica* — Se questa ricostruzione è esatta, ad avviso di chi scrive la questione cruciale non sembra essere tanto l'esiguità degli effetti finanziari attesi (nel contesto della manovra di equilibrio) dal prelievo previsto sui consumi intermedi, quanto invece la circostanza che si interviene su un meccanismo che proprio grazie alla sua autosufficienza interna è costruito in modo da non incidere negativamente sugli equilibri tendenziali della finanza pubblica. In altri termini, la Cassa non solo non può incidere sul bilancio dello Stato, ma deve garantire e mantenere un equilibrio finanziario e patrimoniale che non può portare oneri aggiuntivi sulle linee di tendenza della finanza pubblica. Quindi il *test* di costituzionalità non si incentra sulla perimetrazione dell'elenco, né sulla possibile incisione del bilancio dello Stato, ma sulla possibilità sostanziale di incidere negativamente sulle tendenze di finanza pubblica che contribuiscono a indicare l'equilibrio (virtuale) da raggiungere.

Nel caso in esame, le misure proposte non sono significative quantitativamente, ma soprattutto rischiano di compromettere l'equilibrio gestionale della Cassa, in quanto non si esauriscono in una misura di potenziale razionalizzazione della gestione ma in un trasferimento coattivo al bilancio dello Stato intrinsecamente in conflitto con la tecnica di equilibrio voluta dal legislatore: cioè con la causa tipica che la norma primaria ha impresso all'assetto di interessi, pensionistici e contributivi, coinvolti. Questa considerazione consente forse di cogliere il profilo più interessante e ricco di potenzialità del ragionamento svolto dalla Consulta. Se l'equilibrio economico è dinamico e il vincolo *ex ante* è virtuale, si tratta di costruire dei parametri comunque non superabili, anche a fronte della esplicita dichiarazione che la norma è funzionale al rag-

giungimento dell'equilibrio. Il parametro è costituito dalla non influenza della misura sulla correzione generale e dalla sua interna antinomia con l'assetto della Cassa privatizzata, che non può generare effetti negativi a carico delle tendenze consolidate di finanza pubblica.

Dunque, prima ancora di esplorare la ragionevolezza e la proporzionalità specifica della misura *de qua*, ci sembra che la Consulta abbia in qualche modo fatto emergere il tema della inefficacia intrinseca della norma a incidere e quindi a correggere le tendenze di finanza pubblica. Non si può sacrificare un interesse collettivo (della Cassa come gestione) e dei singoli iscritti a fronte di una ineffettività, dimostrata e dimostrabile, del risultato atteso; questo *test* di effettività potenziale sembra costituire la prima barriera logica da superare ove si intendano comprimere situazioni soggettive legislativamente tutelate. Poi, superato questo primo *test*, si tratta di capire se il sacrificio inflitto è ragionevole e proporzionato in sé e rispetto a potenziali soluzioni alternative, idonee a preservare il nucleo non comprimibile delle situazioni protette dalla Costituzione.

7. — *Qualche notazione finale* — In via conclusiva, si può sottolineare che la Corte ribadisce, sul piano generale, che il legislatore può liberamente scegliere tra sistemi pensionistici di tipo mutualistico e di tipo solidaristico: ora il carattere pubblico di un sistema pensionistico risiede nella circostanza che, di norma, il flusso dei contributi versati da chi lavora consente di pagare il flusso delle prestazioni verso chi è in quiescenza; le modalità tecniche con cui si calcola la dimensione del beneficio possono operare una virtuale attualizzazione dei contributi versati dal pensionato nella sua vita attiva e correggerla con criteri perequativi e di valorizzazione che consentano o comunque avvicinino una vita libera e dignitosa. Anche una rigorosa corrispondenza attuariale, peraltro comunque virtuale, tra contributi e prestazioni deve inserirsi in un meccanismo che risolva problemi di solidarietà tra categorie e tipologie di professionalità e di carriere. Il tratto universale dei sistemi pubblici può prescindere dunque da elementi solidaristici che sono comunque alla base della scelta fatta dalla nostra Costituzione e che declinano limiti necessari a un'applicazione pura del principio di mutualità. Nella misura in cui questi limiti operano, essi si trasformano in elementi che concorrono alla composizione delle tendenze di finanza pubblica, potendo incidere sul prelievo generale obbligatorio e sulla composizione delle coperture delle spese.

La privatizzazione della Cassa esaminata ha invece realizzato un assetto sostanzialmente mutualistico, escludendo interventi solidaristici. Ora l'esame condotto dalla Corte conferma che una indagine sulla organizzazione di un sistema pensionistico positivo deve necessariamente spingersi, nel senso della profondità dell'analisi, dentro il farsi del procedimento legislativo (rilettura dei limiti degli *interni*); deve valutare la completezza e l'eshaustività delle procedure che hanno condotto alla determinazione dell'equilibrio sostenibile; deve considerare la ragionevolezza e la proporzionalità del sacrificio imposto, a fronte delle possibili soluzioni alternative che meglio avrebbero potuto proteggere il nucleo non comprimibile della sfera soggettiva e collettiva. Tutta l'area della motivazione della legge coincide con la procedura e gli strumenti conoscitivi che hanno consentito di assumere le misure esaminate in via contenziosa, dentro una ricostruzione dell'equilibrio di riferimento.

Riferimenti bibliografici

- Bergonzini C., Rivosecchi G. (2017), *L'art. 81 Cost. e le procedure finanziarie*, in *il Filangieri, Quaderno 2015-2016*.
- De Ioanna P. (2016), *La modifica della legge di bilancio*, Rapporto Cer, n. 2.
- Degni M., De Ioanna P. (2017), *Il Bilancio è un bene pubblico*, Castelvecchi, Roma.
- Rivosecchi G. (2016), *L'equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, in *Rivista Aic*, n. 3.

Paolo De Ioanna
Consigliere di Stato

INDICE

ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

APPALTO

Cessazione di appalto – Subentro del nuovo appaltatore – Applicabilità della procedura di licenziamento collettivo – Tutela della contrattazione collettiva non sostitutiva della tutela legale. 426

Cessazione di appalto – Subentro del nuovo appaltatore – Diritto dei lavoratori dell'impresa che ha cessato l'appalto di essere riassunti alle dipendenze del nuovo appaltatore – Rinuncia al diritto di impugnare il licenziamento per fatti concludenti – Esclusione. 425

Cessazione di appalto – Subentro del nuovo appaltatore – Non applicabilità della procedura di licenziamento collettivo – Diritto dei lavoratori dell'impresa che ha cessato l'appalto di essere riassunti alle dipendenze del nuovo appaltatore – Necessità. 425

Divieto di interposizione illecita – Somministrazione irregolare – Indici rilevatori. 450

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. 364

CONTROVERSIE DI LAVORO E PREVIDENZA

Licenziamento individuale – Fallimento del datore di lavoro successivo al licenziamento – Domanda di reintegrazione nel posto di lavoro – Competenza del giudice del lavoro – Sussiste. 485

Licenziamento individuale – Fallimento del datore di lavoro successivo al licenziamento – Sentenza di reintegrazione nel posto di lavoro – Interesse del lavoratore alla pronuncia – Sussiste. 485

Ricorso <i>ex art.</i> 1, c. 48, l. n. 92/2012 – Domanda di trattamento di fine rapporto – Preavviso – Ammissibilità – Indennità di preavviso.	481
--	-----

DISCRIMINAZIONI

Discriminazione diretta – Libertà di manifestazione dell'appartenenza religiosa e delle convinzioni personali – Divieto di indossare segni visibili di appartenenza sul luogo di lavoro – Licenziamento individuale.	369
--	-----

Discriminazione indiretta – Libertà di manifestazione dell'appartenenza religiosa e delle convinzioni personali – Divieto di indossare segni visibili di appartenenza sul luogo di lavoro – Licenziamento individuale.	369
--	-----

INDENNITÀ DI DISOCCUPAZIONE

Indennità di disoccupazione agricola – L. 28.6.2012, n. 92 – Abrogazione dell'indennità di disoccupazione a requisiti ridotti – Questione di illegittimità costituzionale – Non fondata.	491
--	-----

LICENZIAMENTO COLLETTIVO

Criterio di scelta unico e generico – Illegittimità.	394
--	-----

Diritti di informazione e consultazione – Efficacia accordo collettivo – criterio di scelta unico e generico – Illegittimità.	394
---	-----

LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

Diritto di critica – Attività sindacale – Illegittimità del licenziamento in quanto sproporzionato – Sussiste.	388
--	-----

Diritto di critica – <i>Whistleblowing</i> – Licenziamento per giusta causa – Infondatezza.	410
---	-----

Licenziamento discriminatorio – Disabilità – Malattia connessa con la disabilità – Comporto.	475
--	-----

Licenziamento discriminatorio – Molestie sessuali – Inversione dell'onere della prova – Regola generale stabilita dalle direttive sui divieti di discriminazione – Applicabilità.	438
---	-----

Licenziamento per giustificato motivo oggettivo – Disciplina vigente – Questione di costituzionalità – Non manifesta infondatezza.	349
--	-----

Obbligo di fedeltà – Art. 2105 c.c. – Art. 2119 c.c. – Sanzioni disciplinari – Proporzionalità – Illegittimità. 415

Potere disciplinare – Sentenze di condanna *ex art.* 444 c.p.p. – Art. 7 St. lav. e diritto al contraddittorio – Sussiste. 420

PENSIONE

Art. 8, c. 3, d.l. 6.7.2012, n. 95 – Obbligo a carico degli enti previdenziali privatizzati di versare al bilancio dello Stato le somme derivanti dalle riduzioni di spesa previste da quella norma – Illegittimità costituzionale. 497

RETRIBUZIONE

Auto aziendale a uso promiscuo – *Fringe benefit* – Tabelle Aci – Revocabilità – Controvalore in denaro della retribuzione in natura. 465

Società per azioni – Amministratore – Art. 409, c. 3, c.p.c. – Art. 2094 c.c. – Immedesimazione organica – Rapporto societario – Cumulo attività gestoria e lavorativa – Pignorabilità compensi. 399

TRASFERIMENTO DEL LAVORATORE

Art. 33, c. 6, l. n. 104/1992 – Handicap grave – Art. 25, Ccnl telecomunicazioni – Interpretazione contratto collettivo – Art. 2103 c.c. 470

Art. 33, c. 6, l. n. 104/1992 – Handicap grave – Art. 25, Ccnl telecomunicazioni – Interpretazione contratto collettivo – Art. 2103 c.c. – Unità produttiva – Onere probatorio. 470

TRASFERIMENTO DI AZIENDA

Azienda in stato di crisi aziendale – Continuazione del rapporto di lavoro in capo al cessionario – Deroghe – Art. 47, c. 4-*bis*, l. n. 428/1990 – Direttiva n. 2001/23/Ce – Incompatibilità – Interpretazione conforme – Possibilità. 455

Cessazione di appalto di servizi – Successiva internalizzazione – Cessione di soli dipendenti – Qualificazione come trasferimento di azienda. 383

Ramo d'azienda – Autonomia funzionale – Preesistenza – Conservazione dell'identità. 460

PUBBLICITÀ UNIPOLSAI

