

PARTE II
GIURISPRUDENZA

IL CASO

Maria Teresa Carinci ()*

LICENZIAMENTO PER G.M.O. E OBBLIGO DI *REPÊCHAGE*

SOMMARIO: 1. Art. 18, c. 7, St. lav.: le questioni interpretative sul tappeto. — 2. Prima questione: la nozione di «fatto» coincide pienamente con il concetto di g.m.o. di tipo economico comprensivo del cd. obbligo di *repêchage*? — 3. Seconda questione: la «manifesta insussistenza» opera sul piano probatorio denotando l'«evidenza» della prova e così l'alto grado di convincimento del giudice? — 4. *Segue*: La «manifesta insussistenza» del fatto fa riferimento all'ipotesi del «licenziamento pretestuoso»? — 5. Terza questione: in caso di «manifesta insussistenza» del fatto il giudice «può» scegliere se riconoscere al lavoratore la tutela reintegratoria o la tutela indennitaria? Il criterio della «eccessiva onerosità».

1. — *Art. 18, c. 7, St. lav.: le questioni interpretative sul tappeto* — Com'è noto, l'art. 18, c. 7, St. lav., nel testo modificato dalla l. n. 92/2012 (cd. legge «Fornero»), rappresenta il compromesso politico raggiunto fra le forze in campo con riguardo alle tutele in caso di licenziamento ingiustificato per carenza del g.m.o. di tipo economico. Quel compromesso si è tradotto in una profonda ambiguità del testo della norma, che, infatti, ha posto e pone agli interpreti alcune questioni molto controverse e allo stesso tempo cruciali per definire l'area di applicazione della tutela reintegratoria (attenuata) o viceversa della tutela indennitaria (forte) nel caso di licenziamento per g.m.o. di tipo economico.

Ai sensi dell'art. 18, c. 7, St. lav., infatti, il giudice «può» riconoscere al lavoratore la tutela reintegratoria attenuata «nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo»; mentre «nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo oggettivo», il giudice applica la mera tutela indennitaria forte.

Dunque, chiarire il significato di alcune di quelle espressioni – in particolare il concetto di «fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo», la nozione di «manifesta insussistenza» e la por-

(*) Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro presso l'Università di Milano.

tata del verbo «può» riferito all'operare del giudice – vuol dire tracciare la linea di confine fra tutela reintegratoria e tutela indennitaria nel caso di carenza del g.m.o. posto dal datore di lavoro a base del proprio atto di licenziamento.

Da qui l'interesse per le due sentenze in epigrafe, in cui la Corte di Cassazione ha preso posizione in ordine a tutti e tre gli snodi interpretativi appena richiamati.

2. — *Prima questione: la nozione di «fatto» coincide pienamente con il concetto di g.m.o. di tipo economico comprensivo del cd. obbligo di repêchage?* — Quanto alla prima questione – e cioè al significato da attribuire all'espressione «fatto posto a base del licenziamento» –, sia Cass. n. 10435/2018 (1) sia Cass. n. 16702/2018 identificano il «fatto» con un concetto giuridico (2), e precisamente con il g.m.o. di tipo economico posto dall'art. 3, l. n. 604/1966 (3), chiarendo al contempo senza possibilità di equivoci – in conformità del resto alla posizione ormai invalsa in giurisprudenza (4) – che il g.m.o. costituisce una «fattispecie unitaria»,

(1) Per un commento a Cass. 2.5.2018, n. 10435, cfr. Tosi, Puccetti 2018, 759 ss.

(2) Risulta pertanto respinta la diversa tesi secondo la quale il «fatto» cui fanno riferimento i cc. 4 e 7 dell'art. 18 St. lav. era da intendere come «fatto materiale»: cfr., per primo, Maresca 2012, 438 ss. Per l'opinione secondo la quale, invece, il «fatto» è da intendere come «fatto giuridico», cfr. Perulli 2012, 785 ss.; Speciale 2012b, 553 ss., e *Id.* 2013, 328 ss.; Zoppoli 2012, 135 ss.; Barbieri 2013, 34; se vuoi, Carinci M.T. 2012, 641; *Ead.* 2013, 1326 ss. In questo senso, cfr., per primo – con riguardo a un licenziamento posto in essere per motivi soggettivi –, T. Bologna 15.10.2012, in *RIDL*, 2012, II, 1049 ss., con nota di Carinci *et al.* La tesi del «fatto giuridico» è ormai accolta dalla giurisprudenza maggioritaria; fra le sporadiche sentenze contrarie, con riferimento al g.m.o., vd. T. Roma 13.2.2014, n. 15626.

(3) Per l'identificazione fra «fatto» e g.m.o. di tipo economico, cfr.: T. Reggio Calabria 6.6.2013; T. Roma, 7.12.2016; T. Ancona 13.7.2017. Cfr., altresì, Cass. 18.12.2017, n. 30323, relativa però a una ipotesi di g.m.o. di tipo «soggettivo» (un *factum principis*, costituito da una interdittiva prefettizia allo svolgimento dell'attività). Per l'identificazione più in generale del «fatto» con la causale giustificativa del licenziamento, cfr. Cass. 14.7.2017, n. 17528, che – a fronte di un licenziamento per mancato superamento della prova in un caso in cui il patto di prova in sé era risultato nullo – specifica che «nel caso di specie è evidente non solo la manifesta infondatezza del fatto obbiettivo posto a fondamento del licenziamento, quanto piuttosto la sua inesistenza: il mancato superamento di una prova insussistente rende irrimediabilmente (e manifestamente) *insussistente la causale di recesso, divenendo irrilevante la materiale esistenza del patto*».

(4) Cfr.: Cass. 13.6.2016, n. 12101; Cass. 21.6.2016, n. 15082; Cass. 25.8.2016, n. 17338; Cass. 11.10.2016, n. 20436; Cass. 4.12.2015, n. 4460, che, nel ritenere che l'onere della prova del *repêchage* gravi, ai sensi dell'art. 5, l. n. 604/1966, integral-

composta da tre elementi inscindibilmente connessi: la modifica organizzativa (di qualunque tipo essa sia: soppressione del posto, esternalizzazione dell'attività, innovazione tecnologica ecc.: cfr., in particolare, per una elencazione di ipotesi, Cass. n. 10435/2018), il nesso causale fra modifica organizzativa e posizione del singolo lavoratore licenziato e il cd. obbligo di *repêchage* (5). Viceversa, sempre in linea con gli orientamenti più recenti, le pronunce in commento escludono che nel concetto di g.m.o. (e dunque di «fatto») rientrino le ragioni a monte della decisione organizzativa (6) nonché di merito relative alla proficuità, opportunità, efficacia ecc. della scelta del datore di lavoro di riorganizzare la propria struttura (7).

Una volta identificato il «fatto» con il g.m.o. di tipo economico, le pronunce in commento, in modo del tutto coerente, affermano che, per la proprietà transitiva, la carenza anche di una sola delle componenti essenziali del g.m.o. – l'effettiva riorganizzazione, il nesso causale o il *repêchage* – determinano l'insussistenza del «fatto» cui fa riferimento l'art. 18, c. 7, St. lav.

Chiarissima, in questo senso, Cass. n. 10435/2018: «Posto che nella nozione di licenziamento per giustificato motivo oggettivo rientra [...] sia l'esigenza della soppressione del posto sia l'impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore, il riferimento legislativo alla “manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento” va inteso come riferimento a tutti e due [tutti e tre, *n.d.a.*] i presupposti di legittimità della fattispecie». La medesima posizione è espressa da Cass. n. 16702/2018: «la verifica del requisito della “manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento” di cui al c. 7 dell'art. 18 concerne entrambi [tutti e tre, *n.d.a.*] i presupposti di legittimità del recesso per giustificato motivo oggettivo e, quindi, sia le ragioni inerenti all'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa, sia l'impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore».

mente sul datore di lavoro, al contempo includono necessariamente il *repêchage* all'interno del g.m.o.. Sul punto mi sia permesso rinviare a Carinci M.T. (2017, 212 ss.), ove opportuni riferimenti alle posizioni della dottrina sul punto.

(5) Per l'inclusione del cd. obbligo di *repêchage* nell'ambito della nozione di «fatto», in quanto coincidente con il concetto di g.m.o. (qui di tipo personale), cfr., da ultimo, Cass. 22.10.2018, n. 26675.

(6) Cfr.: Cass. 7.12.2016, n. 25201; Cass. 15.2.2017, n. 4015; Cass. 20.10.2017, n. 24882.

(7) Cfr.: Cass. n. 25201/2016, cit.; Cass. 30.11.2016, n. 24458; Cass. 18.3.2013, n. 6710.

Risulta così superata quella giurisprudenza, soprattutto di merito, che aveva invece riferito la nozione di «fatto» ex art. 18, c. 7, St. lav. unicamente alla riorganizzazione disposta dal datore di lavoro e al nesso causale, escludendo invece da essa il *repêchage*. Secondo quell'orientamento, infatti, il *repêchage* era da considerare elemento esterno e «aggiuntivo» al g.m.o. di tipo economico – e dunque anche rispetto alla nozione di «fatto» ex art. 18, c. 7, St. lav. –, cosicché il suo mancato rispetto avrebbe integrato una di quelle «altre ipotesi» in presenza delle quali la norma statutaria prevede l'applicazione della sola tutela indennitaria (8).

Chi scrive concorda pienamente con l'impostazione ora accolta dalla Corte di Cassazione, sia in relazione alla nozione di g.m.o., che alla identificazione fra g.m.o. di tipo economico e «fatto» ex art. 18, c. 7, St. lav.

Da una parte, solo ove interpretato nel senso di includere sia la modifica organizzativa effettiva e il nesso causale, sia il *repêchage*, il g.m.o. posto dall'art. 3, l. n. 604/1966, concreta un limite reale ed effettivo al potere di recesso del datore di lavoro, come è imposto dalla nostra Costituzione (9) oltre che dalle regole eurounitarie (art. 30, Carta dei diritti Ue) (10) e internazionali (art. 24, Carta sociale europea) (11). Al contrario, ove il cd. obbligo di *repêchage* venisse espunto dal concetto di g.m.o., il datore di lavoro sarebbe libero di licenziare sempre e comunque il lavoratore, con l'unica accortezza di procedere a una apparente «soppressione del posto di lavoro» (12) cui il lavoratore, al momento del recesso, è adibito. In altri termini, il g.m.o. – comprensivo di riorganizzazione, nesso causale e *repêchage* – costituisce il limite minimale imposto dal sistema al potere di licenziamento del datore di lavoro (13).

D'altra parte, nel caso del licenziamento per g.m.o. di tipo economico,

(8) In questo senso, fra le prime, T. Milano 20.11.2012, in *LG*, 2013, 581 ss. Cfr., per richiami alla giurisprudenza sul punto: Bolego, Nogler 2014, 401 ss.; Santoro Passarelli 2015, 66, specie nota 16. *Adde* T. Torino 5.4.2016.

(9) Cfr., per tutti, Nogler 2007, 593 ss., ove ampi riferimenti alla evoluzione della giurisprudenza costituzionale.

(10) Cfr., sul punto: Pedrazzoli 2017, 570 ss.; Orlandini 2012, 642 ss.

(11) Carinci M.T. 2017, 225 ss. La Convenzione Oil n. 158/1982, invece, non è stata ratificata dall'Italia: cfr. Carinci M.T. 2018, 1149 ss.

(12) Nel settore privato, poiché non esiste una pianta organica e dunque un «posto di lavoro», è più appropriato riferirsi alla soppressione o diversa distribuzione delle mansioni del lavoratore.

(13) Per più ampia discussione sul punto, e altresì per l'illustrazione del significato più ricco e pregnante assunto dall'art. 3, l. n. 604/1966, letto in combinato disposto con il nuovo art. 2103 c.c., dopo le modifiche introdotte dal *Jobs Act*, vd., se vuoi, Carinci M.T. 2017, 203 ss. Cfr., altresì, Cester 2017a, specie 168 ss.

il «fatto» cui fa riferimento l'art. 18, c. 7, St. lav. non può che coincidere appieno con la nozione (unitaria) di g.m.o. (14). In primo luogo, non è dato rinvenire nell'ordinamento nessuna altra norma, diversa dall'art. 3, l. n. 604/1966, che dia rilievo a un qualche «fatto giuridico» diverso dal g.m.o. di tipo economico come appena definito. In secondo luogo – a differenza di quanto accade per l'inadempimento contrattuale che integra il «fatto (giuridico) contestato» ai sensi dell'art. 18, c. 4, St. lav. (15) –, il g.m.o. di tipo economico non è in nessun modo graduato dal nostro ordinamento: né l'art. 3, l. n. 604/1966, né alcuna altra norma distinguono fra un g.m.o. di tipo economico lieve, significativo, notevole, intenso o grave; al contrario, l'art. 3, l. n. 604/1966, pone un'unica nozione di g.m.o. (16).

In definitiva, nel nostro sistema, per disposizione di legge il g.m.o. (o, il che è lo stesso, il «fatto») o esiste o non esiste.

Non si può che convenire, dunque, con la Corte di Cassazione quando, nelle sentenze che si annotano, esclude *sul piano sostanziale* che la distinzione fra «manifesta insussistenza» e semplice «insussistenza» del «fatto»/g.m.o. abbia valore.

3. — *Seconda questione: la «manifesta insussistenza» opera sul piano probatorio denotando l'«evidenza» della prova e così l'alto grado di convincimento del giudice?* — Le acquisizioni raggiunte nel paragrafo che precede, dovrebbero condurre alla conclusione che, poiché l'aggettivo «manifesta» è ridondante e inutilmente rafforzativo – dunque non aggiunge e non può aggiungere nulla al sostantivo cui è riferito –, la reintegrazione potrà avere luogo in tutti i casi in cui sia accertata la semplice «insussistenza» del g.m.o. addotto dal datore di lavoro.

(14) Così anche Albi 2012, 19.

(15) L'inadempimento che, per disposizione di legge, è graduato in quanto può essere meno che notevole (cfr. art. 2106 c.c.), notevole (cfr. art. 3, l. n. 604/1966) o gravissimo (cfr. art. 2119 c.c.).

(16) Sottolineano che l'art. 3, l. n. 604/1966, non «gradua» in alcun modo il g.m.o.: Perulli (2012, 797); Cester (2013, 31); Amoroso (2015, 353); mi sembra concludere in questo senso anche Ballestrero (2012, 458). Cfr., al contrario, Speciale (2013, 346 s.), che propone di graduare il g.m.o., con riferimento però a un elemento che non appartiene alla sua struttura, e cioè le ragioni poste a monte del licenziamento; cfr., altresì, Scarpelli 2012, 88. Di segno uguale, ma contrario, le posizioni di chi ha sostenuto di poter graduare il g.m.o. espungendone un elemento come il *repêchage* che appartiene necessariamente alla sua struttura; cfr., fra gli altri: Tosi 2012, 834; Topo 2012a, 163; Pisani 2013, 192; Pacchiana Parravicini 2014, 411 ss. Vd. anche Marazza 2012, 626 s. Si colloca nella prospettiva della «graduazione» del g.m.o. anche Varva 2015, 120 ss.

Le pronunce in commento, al contrario, ritengono, in conformità all'opinione di una parte della dottrina, che l'espressione «manifesta insussistenza» del fatto assuma significato *sul piano probatorio* (17).

Si veda, in questo senso, Cass. n. 16702/2018, secondo la quale: «La “manifesta insussistenza” [...] va riferita a una chiara, evidente e facilmente verificabile (*sul piano probatorio*) assenza dei suddetti presupposti» (corsivo dell'Autrice). Sulla stessa linea si muove Cass. n. 10435/2018 quando afferma che «il giudice di merito [...] deve verificare se sia manifesta ossia evidente l'insussistenza anche di uno solo degli elementi costitutivi del licenziamento», precisando poi che: «Il concetto di “manifesta insussistenza” dimostra che il legislatore ha voluto limitare a ipotesi residuali il diritto a una tutela reintegratoria; *non potendosi che far riferimento al piano probatorio* sul quale il datore di lavoro, ai sensi dell'art. 5 della legge n. 604 del 1966, deve cimentarsi, esso va riferito a *una evidente e facilmente verificabile assenza dei presupposti giustificativi del licenziamento* che consenta di apprezzare la chiara pretestuosità del recesso» (corsivo dell'Autrice).

Dunque, la Corte non nega, in via di principio, la persistente vigenza dell'art. 5, l. n. 604/1966 (18), ai sensi del quale l'onere della prova del g.m.o., comprensivo delle sue tre componenti, grava integralmente (19)

(17) Cfr., per l'opinione che la «manifesta insussistenza» operi sul piano probatorio, pur con diverse impostazioni: Scarpelli 2012, 88; Palladini 2012, 666; Vallebona 2012, 621 ss.; Ponterio 2013, 81; Carinci F. 2013, 333; Proia 2013, 104; Amoroso 2015, 353; Barbieri 2013, 40; Pisani 2012, 741 ss.; Cester 2012, 576 s. In tema, anche per esaurienti riferimenti, cfr., da ultimo, Peruzzi 2017.

(18) Per questa opinione, ampiamente condivisa, cfr., fra gli altri: Speciale 2012b 551; Ponterio 2013, 158; Colosimo 2012, 1028 s.; Barbieri 2013, 34 s.; Treu 2013, 36; Tullini 2014, 435; Santoro Passarelli 2015, 8; Cester 2017b, 1005 s. Viceversa, chi ritiene che spetti al lavoratore provare la «manifesta insussistenza» del fatto finisce nella sostanza per gravare dell'onere della prova del g.m.o. il lavoratore; cfr.: Vallebona 2012, 621 ss.; Pisani 2012, 741 ss. Altra questione è se, a seguito delle modifiche dell'art. 18 St. lav. a opera della l. n. 92/2012, si debba oggi ritenere che l'art. 5, l. n. 604/1966, costituisca deroga oppure conferma della regola generale posta dall'art. 2697 c.c. La risposta dipende dalla natura giuridica attribuita all'azione d'impugnazione del licenziamento ingiustificato, da alcuni ritenuta costitutiva – vd. De Cristofaro, Gioia (2012); Peruzzi (2017, 24) –, da altri dichiarativa – vd. Consolo, Rizzardo (2012, 729 ss.); Pagni (2013, 75 ss.); Nogler (2012, 682). Cfr., altresì, Dalfino 2013, 64 s.

(19) La più recente giurisprudenza, superando il precedente orientamento che voleva che il lavoratore allegasse l'indicazione di posizioni vacanti a cui avrebbe potuto essere adibito, afferma oggi che l'onere della prova del g.m.o. grava integralmente sul datore di lavoro, incluso l'onere di dimostrare, tramite fatti positivi, l'impossibilità di *re-pêchage*. Cfr.: Cass. 22.3.2016, n. 5592; Cass. 13.6.2016, n. 12101; Cass. 21.7.2016,

sul datore di lavoro. La posizione è del tutto condivisibile dal momento che l'art. 5, l. n. 604/1966, non è stato modificato dalla legislazione successiva e deve pertanto considerarsi tutt'ora in vigore (20).

Tuttavia, il giudice di legittimità ritiene che l'art. 18, c. 7, St. lav. abbia *graduato* le conseguenze sanzionatorie del licenziamento privo di g.m.o., a seconda che il giudice riscontri o meno «una chiara, evidente e facilmente verificabile [...] assenza dei suddetti presupposti» (Cass. n. 16702/2018) o «una evidente e facilmente verificabile assenza dei presupposti giustificativi del licenziamento» (Cass. n. 10435/2018) (21).

La Corte sembra fare così propria quella tesi dottrinale secondo la quale la «manifesta insussistenza» del fatto indicherebbe l'alto grado di convincimento raggiunto dal giudice, a seguito di una piena istruttoria (22), in ordine alla insussistenza del «fatto»/g.m.o. (23); pieno convincimento che – preme sottolinearlo – può concernere l'insussistenza anche di uno soltanto degli elementi costitutivi del «fatto»/g.m.o.; ritenere al contrario che la «manifesta insussistenza» possa riguardare solo riorganizzazione e nesso causale, ma non possa includere il *repêchage* – come qualcuno tenta di sostenere (24) –, conduce a «segmentare» di nuovo la nozione unitaria di g.m.o. e per tal via a modificare surrettiziamente il dettato dell'art. 5, l. n. 604/1966, che invece vuole che la prova del g.m.o., *complessivamente considerato*, gravi *per intero* sul datore di lavoro.

Chi scrive non condivide la posizione espressa dalla Corte di Cassazione.

n. 15082; Cass. 25.8.2016, n. 17338; Cass. 11.10.2016, n. 20436; Cass. 4.12.2015, n. 4460. In tema, cfr. Del Punta 2017, 31 ss.

(20) Di opinione contraria, ma con riferimento all'art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23/2015, Perrone 2016, 283 ss.

(21) Cass. n. 10435/2018, in commento, aggiunge poi: «che consenta di apprezzare la chiara pretestuosità del recesso». Per questo aspetto, cfr. *infra*, par. 4.

(22) In dottrina, è stata sostenuta anche un'altra opinione – non accolta dalle pronunce in commento –, secondo la quale invece la «manifesta insussistenza» alluderebbe alla evidenza della prova *prima facie*, senza necessità di alcun approfondimento istruttorio. Cfr., in questo senso, fra gli altri: Cataudella 2012, 19; Lucchetti 2012, 49. In questo ordine di idee, vd.: T. Latina 29.1.2013; T. Reggio Calabria 3.6.2013. Per osservazioni critiche, vd. Colosimo 2012, 1044 ss. In tema, più in generale, cfr. Taruffo (1992, 738 ss.), secondo il quale la cd. prova *prima facie*, in conseguenza della quale il giudice per pronunciarsi si accontenta di elementi conoscitivi di valore inferiore alla piena prova, realizza in realtà un'inversione dell'onere della prova.

(23) Cfr., in questo senso: Nogler 2012, 685; Tullini 2014, 447; Cester 2017b, 1006.

(24) Cfr., nel senso criticato, Tosi, Puccetti 2018, 764.

Come da più parti sottolineato, il parametro del «pieno convincimento del giudice» è privo di qualunque oggettività, e finisce pertanto per consegnare alla totale e incontrollata discrezionalità dell'organo giudicante (25) l'individuazione dell'area di applicazione dell'una o dell'altra tutela, in plateale contrasto con il principio di ragionevolezza imposto dall'art. 3 Cost. (26).

4. — Segue: *La «manifesta insussistenza» del fatto fa riferimento all'ipotesi del «licenziamento pretestuoso»? —* Se quanto fin qui detto accomuna le due pronunce che si annotano, Cass. n. 10435/2018 aggiunge una ulteriore precisazione, che merita di essere sottolineata: secondo la Corte, la «manifesta insussistenza» ricorre sì, come detto, nel caso di «una evidente e facilmente verificabile assenza dei presupposti giustificativi del licenziamento», ma con la precisazione che questa «consenta di apprezzare la chiara pretestuosità del recesso» (corsivo dell'Autrice).

Per tale decisione, dunque, l'evidente assenza della prova del g.m.o. non è sufficiente di per sé per determinare l'applicazione della tutela reale attenuata; l'insussistenza di quella ragione giustificatrice, al contrario, deve denotare altresì la «chiara pretestuosità del recesso».

Chi scrive ritiene, tuttavia, che l'affermazione comporti un nuovo «slittamento» della «manifesta insussistenza» dal piano della prova, sul quale la Corte sembra in apparenza collocarla, verso il piano sostanziale.

Il «licenziamento pretestuoso», infatti – figura non prevista dalla legge, ma elaborata dalla dottrina (27) –, altro non è che un licenziamento irrogato dal datore di lavoro sulla *base di una pretesa ragione giustificatrice ammessa dall'ordinamento (g.c., g.m.s. o g.m.o.), che risulta però totalmente e radicalmente infondata*. Si pensi, per fare un esempio, al licenziamento intimato sul presupposto di un g.m.o. di tipo economico, che si dimostri intimato in assenza di una qualsivoglia parvenza di riorganizzazione e senza che sia stato minimamente soppresso il posto a cui il lavoratore licenziato era addetto (ad

(25) Con buona pace anche di quella certezza del diritto che ha costituito al contrario una delle finalità della riforma dell'art. 18 St. lav.: cfr. Colosimo 2012.

(26) Ponterio 2013, 151; Rivero 2013, 40 s.

(27) Il «licenziamento pretestuoso», come detto nel testo, è il licenziamento radicalmente privo di giustificazione. Per inquadrare tale figura, alcuni fanno ricorso alla figura dell'abuso del diritto (cfr. Perina, Visonà 2014, 226), altri sottolineano la natura «occulta» del recesso (cfr.: Speciale 2012a, 24; Ponterio 2015, 23; Proia 2015, 80 e 81), altri ancora, sottolineando come in questi casi emerga il «torto marcio del datore di lavoro», lo ricollegano alla frode alla legge *ex art. 1344 c.c.* (cfr.: Vallebona 2012, 621; Ichino 2012).

esempio, in conseguenza della riassunzione a distanza di pochi giorni di altro lavoratore assegnato alle stesse mansioni del precedente).

Secondo Cass. n. 10435/2018, dunque, la «manifesta sussistenza» del fatto coincide con la figura del «licenziamento pretestuoso», cioè del licenziamento totalmente privo (qui) di g.m.o. di tipo economico.

Ma come può la Corte di Cassazione arrivare a tale conclusione? Infatti, se, come detto (cfr. par. 2), il g.m.o. di tipo economico non è graduato dall'ordinamento, il licenziamento «semplicemente» privo di giustificazione non è distinguibile dal licenziamento «totalmente» privo di giustificazione. Il licenziamento o è giustificato o è ingiustificato.

Ma tant'è. La Corte di Cassazione, invece, da una parte, ricostruisce in modo unitario il g.m.o. di tipo economico e, dall'altra – in modo contraddittorio –, assoggetta il licenziamento «totalmente» privo di g.m.o. (il «licenziamento pretestuoso») alla più severa sanzione della reintegrazione attenuata e il licenziamento «semplicemente» privo di g.m.o. alla più blanda tutela indennitaria forte.

La posizione espressa da Cass. n. 10435/2018 non può essere condivisa.

Chi scrive pensa, al contrario, che l'assenza di ogni seppur blando sembiante di giustificazione propria del «licenziamento pretestuoso» non possa che denotare di per sé (nel caso del licenziamento discriminatorio) o contribuire in modo decisivo a provare (nel caso del licenziamento per motivo illecito) la sussistenza di una causa o di un motivo illecito posto a base dell'atto di licenziamento (28). Il «licenziamento pretestuoso», in altre parole, deve essere ricondotto a una delle ipotesi di licenziamento nullo, cui si applica la tutela reintegratoria piena *ex art.* 18, c. 1, St. lav.

La totale carenza di ogni parvenza di g.m.o. riveste un ruolo decisivo innanzitutto nel caso in cui il lavoratore lamenti la sussistenza di un licenziamento discriminatorio. Al riguardo, infatti, l'art. 28, c. 2, d.lgs. n. 150/2011, pone in capo al lavoratore solo un onere iniziale di prova «*prima facie*» (29), che, ove assolto, comporta poi a carico del datore di lavoro *la prova piena della sussistenza della ragione giustificatrice prevista dalla legge*

(28) Per la riconduzione del motivo illecito nell'area della causa, cfr. Carinci M.T. 2012, 641.

(29) Prevede l'art. 28, c. 2, d.lgs. n. 150/2011, che: «Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, anche desunti da dati di carattere statistico, dai quali si può desumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione...». La norma deve ritenersi applicabile – in via di interpretazione estensiva o analogica – a tutte le ipotesi di licenziamento discriminatorio presenti nel sistema: cfr. Carinci M.T. 2015, 41, nota 52.

(g.c., g.m.s. o g.m.o.). E quale prova «*prima facie*» può risultare più risolutiva della totale assenza di qualsivoglia indizio di riorganizzazione o soppressione del posto cui il lavoratore era adibito o della plateale violazione di qualsivoglia «obbligo di ripescaggio»?

Viceversa, nel caso di licenziamento per motivo illecito *ex art. 1345 c.c.*, la prova dello specifico motivo illecito che vizia l'atto di recesso grava sul lavoratore, il quale però ben può avvalersi di presunzioni semplici ai sensi dell'art. 2729 c.c. Fra tali indizi, è dato di esperienza che un peso estremamente significativo – se non esclusivo – riveste la totale e radicale assenza di un qualunque semblante di giustificazione del licenziamento irrogato dal datore di lavoro. Ragionare diversamente vorrebbe dire, in contrasto con il dettato dell'art. 2729 c.c., privare il lavoratore – che non dispone delle fonti di prova dal momento che l'organizzazione è «nelle mani» del datore di lavoro – della possibilità concreta di provare l'illiceità del motivo posto a base del recesso (tipicamente il motivo ritorsivo).

Insomma, a parere di chi scrive, il «licenziamento pretestuoso», radicalmente privo anche solo di una parvenza di g.m.o. di tipo economico, va ricondotto o può essere fatto rientrare nell'ambito del licenziamento nullo – perché discriminatorio o affetto da motivo illecito –, come tale soggetto alla tutela reintegratoria piena ai sensi dell'art. 18, c. 1, St. lav. (30).

5. — *Terza questione: in caso di «manifesta insussistenza» del fatto il giudice «può» scegliere se riconoscere al lavoratore la tutela reintegratoria o la tutela indennitaria? Il criterio della «eccessiva onerosità»* — Come anticipato, l'art. 18, c. 7, St. lav. prevede testualmente che, nel caso di «manifesta insussistenza» del «fatto»/g.m.o., il giudice «può» applicare la tutela reintegratoria attenuata.

Tuttavia, dottrina (31) e giurisprudenza (32) maggioritarie hanno ritenuto che quel «può» debba invece essere inteso come «deve». Tale soluzione interpretativa, infatti, viene ritenuta l'unica in grado di limitare la discrezionalità del giudice – che diversamente, in presenza di una «manifesta insussistenza» del fatto e in assenza di qualunque parametro normativo che orienti la decisione, sarebbe sostanzialmente libero di scegliere fra reintegrazione o indennità risarcitoria – e rendere così la norma compatibile con il dettato costituzionale.

(30) In questo senso, vd., altresì, Perulli 2015, 43.

(31) Cfr., fra gli altri: Maresca 2012, 442 s.; Speciale 2013, 348 ss.; Perulli 2012, 791 s.

(32) Cfr. Cass. 14.7.2017, n. 17258.

Proprio per quella stessa ragione, una parte minoritaria della dottrina pensa, al contrario, che l'inequivocabile dato testuale non lasci spazio a interpretazioni «costituzionalmente orientate», con la conseguenza che la norma è da ritenere incostituzionale per violazione sia dell'art. 3 Cost, sotto il profilo dei principi di uguaglianza e ragionevolezza, sia dell'art. 101, c. 2, Cost., ai sensi del quale i giudici «sono assoggettati soltanto alla legge» (33). Sarebbe dunque opportuno sottoporre l'art. 18, c. 7, St. lav. al giudizio della Corte costituzionale.

Con riferimento a questo aspetto, Cass. n. 10435/2018 esprime una posizione innovativa.

La pronuncia, infatti, da una parte, afferma – sposando l'interpretazione fino a oggi minoritaria – che quel «può» deve essere interpretato in senso letterale e, dall'altra, individua nell'«eccessiva onerosità» il criterio, ricavabile dal sistema, idoneo a orientare la decisione del giudice verso l'una o l'altra tutela.

Afferma, in particolare, Cass. n. 10435/2018: «Il criterio che consente al giudice di esercitare, secondo principi di ragionevolezza, il potere discrezionale attribuito dal legislatore può essere desunto *dai principi generali forniti dall'ordinamento in materia di risarcimento del danno*, e, in particolare, *dal concetto di eccessiva onerosità al quale il codice civile fa riferimento nel caso in cui il giudice ritenga di sostituire il risarcimento per equivalente alla reintegrazione in forma specifica* (art. 2058 cod. civ., applicabile anche ai casi di responsabilità contrattuale) *ovvero di diminuire l'ammontare della penale fra le parti* (art. 1384 cod. civ.)». Prosegue la Corte: «Il ricorso ai principi generali del diritto civile permette di configurare un parametro di riferimento per l'esercizio del potere discrezionale del giudice, consentendogli di valutare – per la scelta del regime sanzionatorio da applicare – *se la tutela reintegratoria sia, al momento dell'adozione del provvedimento giudiziale, sostanzialmente incompatibile con la struttura medio tempore assunta dall'impresa*. Una eventuale eccessiva onerosità di ripristinare il rapporto di lavoro può consentire, dunque, al giudice di optare – nonostante l'accertata manifesta insussistenza di uno dei due [*rectius*: tre, *n.d.a.*] requisiti costitutivi del licenziamento – per la tutela indennitaria» (corsivi dell'Autrice) (34).

La posizione della Corte non può essere accolta per due ragioni.

Si deve osservare, in primo luogo, che le norme civilistiche richiamate utilizzano il criterio della «eccessiva onerosità» per fini molto più circoscrit-

(33) Cfr. Barbieri (2013, 40 s.), ove ulteriori riferimenti. Cfr., altresì: Mazzotta 2012, 21; Rivero 2013, 40; Ponterio 2013, 157 s.

(34) Cfr., in senso analogo, T. Reggio Calabria 3.6.2013.

ti rispetto a quelli che la pronuncia vorrebbe attribuirgli. Da una parte, secondo l'opinione ampiamente condivisa dalla dottrina civilistica, l'art. 2058 c.c. si limita unicamente a individuare – tanto in ambito extracontrattuale che contrattuale (35) – due differenti *modalità di ristoro del danno* (in forma specifica o per equivalente) *operanti all'interno dell'unitaria tutela risarcitoria* (36), rispetto alle quali il criterio dell'«eccessiva onerosità» funge da (residuale) criterio discrezionale (37). D'altra parte, l'art. 1384 c.c. attribuisce all'«eccessiva onerosità» la funzione ancora più limitata di *abilitare il giudice a ridurre il quantum del risarcimento liberamente fissato dalle parti tramite la clausola penale*.

La Corte di Cassazione, al contrario, attribuisce ora al criterio in parola il ruolo di determinare l'applicazione di tutele fra loro profondamente diverse, consistenti l'una nel semplice risarcimento forfettizzato del danno conseguente alla interruzione *contra legem* del contratto di lavoro (il pagamento di una «indennità risarcitoria» fra il minimo di 12 e il massimo di 24 mensilità di retribuzione), e l'altra, invece, nella ben più incisiva tutela inibitorio-restitutoria delle mansioni illegittimamente sottratte (la «reintegrazione nel posto di lavoro»), cui si aggiunge la tutela risarcitoria forfettizzata (l'indennità risarcitoria nella misura massima di 12 mensilità di retribuzione).

È chiaro, infatti, che oggi come in passato l'art. 18 St. lav. – laddove combina tutela reintegratoria e indennitaria – assomma in sé ben tre forme di tutela: restitutoria, inibitoria e risarcitoria (38). L'ordine di reintegrazione

(35) È infatti opinione consolidata che la norma operi tanto in ambito extracontrattuale che contrattuale. Cfr. Ceccherini 1989, 84 ss., e, per riferimenti, alla giurisprudenza, Trimarchi 1986, 422 s.

(36) Cfr.: Scognamiglio 1959, 523 ss.; *Id.* 1969, 4 ss.; Mastropaolo 1988, 1 ss.; Salvi 1989a, 1084 ss.; *Id.* 1989b, 63 ss.; Patti 1989, 90 ss.; Franzoni 1993, 1079 ss.; Bianca 1994, 186 ss.; Castronovo (1997, 493 ss.), il quale, tuttavia, riconduce l'azione di adempimento dei contratti a prestazioni corrispettive al risarcimento in forma specifica di cui all'art. 2058 c.c. Per la diversa opinione secondo cui la tutela in forma specifica non rientra nell'ambito della tutela risarcitoria, cfr. De Cupis 1979.

(37) L'art. 2058 c.c. prevede, infatti, che: «1. Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica qualora sia in tutto o in parte possibile. 2. Tuttavia, il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore».

(38) Con le parole di Napoli (2004, 54), si può affermare che «il modello dell'art. 18 è l'unico esempio di utilizzazione legislativa di tre tecniche di tutela, che a me piace definire i tre pilastri sui quali poggia la tutela reale: la tecnica invalidante dell'atto, cosa di cui spesso ci si dimentica, basata sull'accertamento costitutivo a opera del giudice (o sull'accertamento dichiarativo della nullità o dell'inefficacia); la tecnica inibitorio-restitutoria, ossia la condanna alla reintegrazione, cioè alla cessazione dell'illecito me-

– in altre parole – non può essere ricondotto al risarcimento in forma specifica: a fronte dell'inadempimento del datore di lavoro, il lavoratore può proporre un'azione di condanna all'adempimento in forma specifica (39).

Affidare dunque al criterio della «eccessiva onerosità» il compito di orientare la discrezionalità giudiziale nella scelta fra forme di tutela profondamente diverse quali quelle contemplate dalla norma statutaria, contrariamente a quanto afferma la Corte, non appare affatto conforme al sistema.

La seconda ragione per cui la posizione assunta da Cass. n. 10435/2018 non può essere accolta concerne il fatto che, nel caso che ci occupa, l'«eccessiva onerosità» riferita alla tutela reintegratoria attenuata – di cui non è chiaro quale dovrebbe essere il termine di paragone, ma certo *non l'indennità risarcitoria attenuata che per volontà stessa dell'art. 18 St. lav. è tutela rispetto a essa assai più blanda* (40) – deriverebbe nella maggior parte dei casi dal comportamento volontario del datore di lavoro che *medio tempore* (41) potrebbe decidere di modificare la propria organizzazione (per esempio adottando nuove tecnologie, dopo il licenziamento per g.m.o., che richiedono una professionalità non posseduta dal lavoratore estromesso), con la conseguenza di rendere particolarmente costoso il reinserimento del lavoratore in azienda. È evidente, tuttavia, che ammettere che la scelta volontaria del danneggiante che aggravi il danno prodotto conduca a escludere la più incisiva tutela reintegratoria sarebbe contrario a ogni canone di ragionevolezza (42).

Ne consegue che, anche ove si volesse seguire il ragionamento – qui non condiviso – di Cass. n. 10435/2018, la tutela «regolare» in caso di «manifesta insussistenza» del «fatto»/g.m.o. di tipo economico sarebbe comunque la tutela reintegratoria attenuata.

Un esito identico a quello cui conduce l'opinione – che qui si predilige – che legge il «può» come «deve» ed equipara la «manifesta insussistenza» alla semplice «insussistenza» del «fatto»/giustificato motivo oggettivo di tipo economico.

dianche restituzione del posto di lavoro; e la tecnica risarcitoria, che, nella nuova formulazione, a seguito della legge n. 108 del 1990, non tocca solo il passato, ma proietta la sua aura sul futuro, fino all'effettiva reintegrazione. I tre pilastri reggono insieme l'equilibrio dell'edificio».

(39) Cfr.: Bolego, Nogler 2014, 408; Nogler 2007, 661-662.

(40) Cfr. Topo 2012b, 893.

(41) Questa espressione viene utilizzata da Cass. n. 10435/2018, in commento.

(42) Secondo autorevole opinione espressa da Cendon, il criterio della «eccessiva onerosità» ex art. 2058, c. 2, c.c. non potrebbe escludere la tutela risarcitoria in forma specifica nel caso in cui il danno sia dipeso da un comportamento doloso del danneggiante»: cfr. Franzoni 1993, 1133. *Contra*, Bolego, Nogler 2014, 408.

I

CASSAZIONE, 25.6.2018, n. 16702 – Pres. Bronzini, Est. Balestrieri, P.M. Celeste (accoglimento parziale) – X (avv.ti G. Vesci, L. Vesci) c. Y (avv. Zingoni).
Cassa parzialmente Corte d'Appello di Roma, 29.7.2016.

Licenziamento individuale – Giustificato motivo oggettivo per manifesta insussistenza del fatto – Art. 18, c. 7, St. lav. – Nozione.

In tema di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, il requisito della «manifesta insussistenza del fatto» posto a base del licenziamento, di cui all'art. 18, c. 7, St. lav., si riferisce a entrambi gli elementi che compongono il giustificato motivo oggettivo, costituiti dalle ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa e dall'impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore. La «manifesta insussistenza del fatto» di cui all'art. 18, c. 7, St. lav. va riferita a una chiara evidente e facilmente verificabile assenza sul piano probatorio dei presupposti di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, costituiti dalla riorganizzazione e dal «ripescaggio». (1)

II

CASSAZIONE, 2.5.2018, n. 10435 – Pres. Di Cerbo, Est. Boghetich, P.M. Sanlorenzo (conf.) – L.E. (avv. Alleva) c. Fiere di Parma Spa (avv.ti Belli, Giovati).
Conf. Corte d'Appello di Bologna, 8.7.2016.

Licenziamento individuale – Giustificato motivo oggettivo per manifesta insussistenza del fatto – Art. 18, c. 7, St. lav. – Nozione.

Nella nozione di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, posto dall'art. 3, l. n. 604/1966, rientrano sia l'esigenza di soppressione del posto di lavoro, sia l'impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore (cd. obbligo di ripescaggio). Il requisito della «manifesta insussistenza del fatto», di cui all'art. 18, c. 7, St. lav., fa riferimento sul piano probatorio a una evidente e facilmente verificabile assenza anche di uno solo dei due menzionati elementi che compongono il giustificato motivo oggettivo, che consenta di apprezzare la chiara pretestuosità del recesso. L'onere della prova del giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 5, l. n. 604/1966, grava sul datore di lavoro. Il licenziamento

per giustificato motivo oggettivo di cui risulti la «manifesta insussistenza del fatto» può essere assoggettato a sanzioni diverse (la reintegrazione nel posto di lavoro ai sensi dell'art. 18, c. 4, St. lav. oppure il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 18, c. 5, St. lav.) sulla base del criterio della «eccessiva onerosità», ricavabile in via interpretativa dai principi generali dell'ordinamento (art. 2058 c.c.; art. 1384 c.c.). (2)

Riferimenti bibliografici

- Albi P. (2012), *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 160.
- Amoroso G. (2015), *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e Jobs Act*, in RIDL, I, 327 ss.
- Ballestrero M. (2012), *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in LD, 441 ss.
- Barbieri M. (2013), *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in Barbieri M., Dalfino D., *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 9 ss.
- Bianca M. (1994), *La responsabilità. Diritto civile*, Giuffrè, Milano, vol. V.
- Bolego G., Nogler L. (2014), *Opinioni sul licenziamento per motivi economici*, in DLRI, 399 ss.
- Carinci F. (2013), *Ripensando il «nuovo» art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in DRI, 333 ss.
- Carinci M.T. (2012), *Il licenziamento discriminatorio o «per motivo illecito determinante» alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale fra vivi a contenuto patrimoniale*, in RGL, I, 641 ss.
- Carinci M.T. (2013), *Fatto «materiale» e fatto «giuridico» nella nuova articolazione delle tutele ex art. 18 St. lav.*, in *Rivista di diritto processuale*, 1326 ss.
- Carinci M.T. (2015), *Il licenziamento nullo perché discriminatorio, intimato in violazione di disposizioni di legge o in forma orale*, in Carinci M.T., Tursi A. (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 27 ss.
- Carinci M.T. (2017), *L'obbligo di «ripescaggio» nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, in RIDL, I, 203 ss.
- Carinci M.T. (2018), *Ilo Convention 158 on Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158)*, in Ales E. et al., *International and European Labour Law*, Nomos, Germany, 1149 ss.
- Castronovo C. (1997), *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano.
- Cataudella A. (2012), *L'ingiustificatezza del licenziamento*, in Vallebona A. (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, in MGL, suppl. n. 1, 18 ss.
- Ceccherini G. (1989), *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, Giuffrè, Milano.
- Cester C. (2012), *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in ADL, I, 547 ss.

- Cester C. (2013), *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in Cester C. (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 1 ss.
- Cester C. (2017a), *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e difficoltà economiche: a proposito di una recente presa di posizione della Corte di Cassazione*, in *RIDL*, I, 153 ss.
- Cester C. (2017b), *Tutela obbligatoria e tutela reale nel licenziamento illegittimo*, in Gragnoli E. (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro*, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattato di Diritto del lavoro*, Wolter Kluwer-Cedam, vol. V, 726 ss.
- Colosimo C. (2012), *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista*, in *DRI*, 1024 ss.
- Consolo C., Rizzardo D. (2012), *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corriere giuridico*, 729 ss.
- 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*, Cacucci, Bari, 57 ss.
- De Cristofaro M., Gioia G. (2012), *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito della celebrità per una tutela sostanziale dimidiata*, in *www.judicium.it*.
- De Cupis A. (1979), *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, Giuffrè, Milano.
- Del Punta R. (2017), *Sulla prova della impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico*, in Perulli A., *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2017, 31 ss.
- Franzoni M. (1993), *Dei fatti illeciti*, in Scialoja A., Branca G. (a cura di), *Commentario del codice civile, Artt. 2043-2059*, Zanichelli – Il Foro italiano.
- Ichino P. (2012), *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in *Relazione a convegno del Centro nazionale di Studi di diritto del lavoro Domenico Napoletano*, Pescara, 11 maggio 2012, in *www.pietroichino.it*.
- Lucchetti G. (2012), *L'ingiustificatezza del licenziamento*, in Vallebona A. (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, suppl. a *MGL* n. 1, 49 ss.
- Marazza M. (2012), *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *ADL*, I, 613 ss.
- Marazza M. (2015), *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *ADL*, II, 310 ss.
- Maresca A. (2012), *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, I, p. 415 ss.
- Mastropaolo F. (1988), voce *Danno. III) Risarcimento del danno*, in *EGT*, vol. XI.
- Mazzotta O. (2012), *I molti nodi irrisolti dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *W.P.Csalle «Massimo D'Antona»*, n. 159.
- Napoli M. (2004), *La tutela dei diritti fra diritto sostanziale e processo: interessi protetti e forme di tutela*, in Barbieri M. et al., *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 54 ss.
- Nogler L. (2007), *La disciplina dei licenziamenti nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in *DLRI*, p. 593 ss.

- Nogler L. (2012), *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *DLRI*, 661 ss.
- Orlandini G. (2012), *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *DLRI*, 619 ss.
- Pacchiana Parravicini G. (2014), *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *DLRI*, 411 ss.
- Pagni I. (2013), *L'evoluzione del diritto processuale del lavoro tra esigenze di effettività e di rapidità della tutela*, in *RTDPC*, 75 ss.
- Palladini A. (2012), *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *RIDL*, I, 653 ss.
- Patti S. (1989), voce *Danno patrimoniale*, in *DDPCiv.*, vol. V.
- Pedrazzoli M. (2017), *Tutela dei lavoratori in caso di licenziamento ingiustificato*, in Mastroianni R. et al. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 570 ss.
- Perina L., Visonà S. (2014), *Il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo: dottrina e giurisprudenza alla ricerca di un punto di equilibrio nella nuova disciplina del novellato art. 18*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Il nuovo diritto del lavoro*, vol. IV, Giappichelli, Torino, 221 ss.
- Perrone F. (2016), *Profili processuali del contratto a tutele crescenti*, in Zilio Grandi G., Biasi M., *Commentario breve alla riforma «Jobs Act»*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 271 ss.
- Perulli A. (2012), *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, I, 785 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., *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 3 ss.
- Peruzzi M. (2017), *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Giappichelli, Torino.
- Pisani C. (2012), *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: convincimento del giudice ed onere della prova*, in *MGL*, 741 ss.
- Pisani C. (2013), *Il «repêchage» nel licenziamento per motivi oggettivi: la «creazione» si espande al pari dell'incertezza*, in *MGL*, 192 ss.
- Ponterio C. (2013), *Il licenziamento per motivi economici*, in *ADL*, I, 73 ss., e in Amato F., Sanlorenzo R. (a cura di), *Riforma Fornero: una analisi ragionata (l. n. 92/2012)*, edizioni Altalex, 151 ss.
- Ponterio C. (2015), *Licenziamento illegittimo per assenza di g.m.o. e licenziamento pretestuoso*, in *QG*, fasc. n. 3, 23 ss.
- Proia G. (2013), *Manuale del nuovo corso di diritto del lavoro*, Cedam, Padova.
- Proia G. (2015), *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in Pessi R. et al., *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, Torino, 55 ss.
- Riverso R. (2013), *Il giudice del lavoro al tempo della legge Fornero*, in Amato F., Sanlorenzo R. (a cura di), *Riforma Fornero: una analisi ragionata (l. n. 92/2012)*, edizioni Altalex, 40 ss.
- Salvi C. (1989a), voce *Risarcimento del danno*, in *ED*, XL.
- Salvi C. (1989b), voce *Danno*, in *DDPCiv.*, V.

- Santoro Passarelli G. (2015), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *DRI*, 58 ss.
- Scarpelli F. (2012), *Il licenziamento individuale per motivi economici*, in Fezzi M., Scarpelli F. (a cura di), *Guida alla riforma Fornero. Legge 28 giugno 2012, n. 92*, Quaderni di Wikilabour, 79 ss.
- Scognamiglio R. (1959), *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Studi in onore di F. Messineo*, Giuffrè, Milano, vol. I, 523 ss.
- Scognamiglio R. (1969), voce *Risarcimento del danno*, in *NDI*, vol. XVI.
- Speziale V. (2012a), *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 165.
- Speziale V. (2012b), *La riforma del licenziamento individuale fra 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.
- Taruffo M. (1992), *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *RTDPC*, 733 ss.
- Topo A. (2012a), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in Cester C. (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 139 ss.
- Topo A. (2012b), *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento per la riforma Fornero*, in *LG*, 884 ss.
- Tosi P. (2012), *L'improbabile equilibrio tra rigidità «in entrata» e flessibilità «in uscita» nella legge 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in *ADL*, I, 813 ss.
- Tosi P., Puccetti E. (2018), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *ADL*, I, 759 ss.
- Treu T. (2013), *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *DLRI*, 1 ss.
- Trimarchi P. (1986), *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano.
- Tullini P. (2014), *La decisione del giudice tra allegazioni ed onere della prova. Questioni aperte dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *LD*, 435 ss.
- Vallebona A. (2012), *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *DRI*, 621 ss.
- Varva S. (2015), *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica di giudizio*, Giappichelli, Torino.
- Zoppoli L. (2012), *«Flex/insecurity». La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Esi, Napoli.

RAPPORTO DI LAVORO

I

CASSAZIONE, 27.4.2018, n. 10280 – Pres. Nobile, Est. Rosa, P.M. Ceroni (conf.) – O.G. (avv. Andreoni) c. Elettronica Cortesi Srl (avv. Coglitore).
Conf. Corte d'Appello di Bologna, 12.5.2016.

Licenziamento individuale – Procedimento disciplinare – Diligenza – Fedeltà.

In tema di licenziamento disciplinare, costituisce giusta causa di recesso, in quanto idonea a ledere il vincolo fiduciario nel rapporto lavorativo, la diffusione su social network (nel caso di specie Facebook) di un commento offensivo nei confronti della società datrice di lavoro, integrando tale condotta gli estremi della diffamazione, per l'attitudine del mezzo utilizzato a determinare la circolazione del messaggio tra un gruppo indeterminato di persone. (1)

II

TRIBUNALE BARI, 4.3.2017, ord. – Est. Labella – G.E. (avv.ti Reali, Tedeschi) c. Futura Enterprise Srl (avv.ti Toscani, Giampalmo).

Licenziamento individuale – Procedimento disciplinare – Diligenza – Fedeltà – Sindacati.

È da considerare legittimo il licenziamento del lavoratore, rappresentante sindacale, che pubblici sul proprio profilo Facebook frasi e commenti offensivi nei confronti della datrice società, travalicando il requisito della continenza verbale – che deve sempre accompagnare l'esercizio del diritto di critica sindacale – e sfociando nella gratuita e reiterata aggressione distruttiva dell'onore dell'azienda e del suo fondatore. (2)

III

CASSAZIONE, 10.9.2018, n. 21965, ord. – Pres. Manna, Est. Ponterio – Cosmopol Spa, Sveviapol Sud Srl (avv.ti P. Rizzo, N. Rizzo) c. A.G. (avv. D’Amico).
Conf. Corte d’Appello di Lecce, Sezione distaccata di Taranto, 18.5.2016.

Licenziamento individuale – Procedimento disciplinare – Diligenza – Fedeltà – Sindacati – Diritto alla riservatezza.

È illegittimo il licenziamento del rappresentante sindacale che, in una chat privata chiusa, aperta ai soli iscritti al sindacato, proferisca espressioni volgari o comunque offensive all’indirizzo del datore di lavoro, denunciandone presunti comportamenti illegittimi. La determinatezza e limitatezza dei destinatari e l’intento del mittente di escludere terzi dalla sfera di conoscibilità del messaggio sono idonei a escludere la illiceità della condotta del rappresentante sindacale, venendo piuttosto in rilievo il diritto fondamentale della persona alla libertà e alla segretezza della corrispondenza. (3)

(1-3) OFFESE REALI IN CONTESTI VIRTUALI: SOCIAL NETWORK
E LIMITI AL DIRITTO DI CRITICA

1. — Gli spunti di ragionamento offerti dalle tre pronunce in rassegna consentono di articolare una riflessione organica – sia pur concisa, come la natura del presente contributo impone di fare – attorno al concreto atteggiarsi dell’esercizio del diritto di critica attraverso i *social network*.

Procedendo per gradi, si privilegia un approccio argomentativo che prenda in considerazione dapprima le prime due pronunce sopra emarginate, che presentano numerosi punti di contatto, per poi far approdare il ragionamento alla terza, che si discosta invece dalle precedenti, per un’eterogeneità di significativo interesse.

Si prendono così le mosse dalle fattispecie concrete con riferimento alle quali la Suprema Corte dell’aprile 2018 e il Tribunale di Bari si sono pronunciati.

Con la sentenza 27.4.2018, n. 10280, la Cassazione è intervenuta sulla legittimità del licenziamento per giusta causa della lavoratrice che, sulla propria bacheca di Facebook, aveva profuso volgari espressioni di dispregio all’indirizzo del proprio datore di lavoro, pur non identificandolo esplicitamente.

Al fine di agevolare l’analisi della fattispecie, si riporta testualmente la frase maggiormente evocativa, pubblicata dalla lavoratrice licenziata: «mi sono rotta i coglioni di questo posto di merda e per la proprietà». Il messaggio – evidentemente offensivo e denigratorio –, pur non essendo espressamente rivolto a un destinatario ben individuato, sebbene agevolmente identificabile, è stato veicolato attraverso un canale di comunicazione tale da consentire il raggiungimento di un numero indeterminato di persone, mediante la circolazione del *post* tra una platea apprezzabile di componenti.

Da ciò e dalla facile individuabilità del soggetto destinatario delle osservazioni offensive de-

riva, dunque, che la condotta integra la fattispecie di reato della diffamazione, con conseguente valutazione del comportamento in questione in termini di gravità tale da recidere il vincolo fiduciario posto a fondamento del rapporto di lavoro e da legittimare, quindi, il licenziamento per giusta causa della lavoratrice.

Proprio sul punto, chiarisce, infatti, la Suprema Corte che: «la diffusione di un messaggio diffamatorio attraverso l'uso di una bacheca Facebook integra un'ipotesi di diffamazione, per la potenziale capacità di raggiungere un numero indeterminato di persone, posto che il rapporto interpersonale, proprio per il mezzo utilizzato, assume un profilo allargato a un gruppo indeterminato di aderenti al fine di una costante socializzazione. Ciò comporta che la condotta di postare un commento su Facebook realizza la pubblicizzazione e la diffusione di esso, per la idoneità del mezzo utilizzato a determinare la circolazione del commento tra un gruppo di persone, comunque, apprezzabile per composizione numerica, con la conseguenza che, se, come nella specie, lo stesso è offensivo nei riguardi di persone facilmente individuabili, la relativa condotta integra gli estremi della diffamazione e come tale correttamente il contegno è stato valutato in termini di giusta causa del recesso, in quanto idoneo a recidere il vincolo fiduciario nel rapporto lavorativo».

Del pari, a identiche conclusioni addivene il Tribunale di Bari, nell'altra pronuncia che in questa sede si considera.

La fattispecie concreta vede come protagonista un lavoratore, rappresentante sindacale, licenziato per aver scritto, sulla propria bacheca Facebook, un messaggio che merita di essere testualmente riportato, per la sua particolare veemenza: «si informano tutti i gentili colleghi dell'Azienda Futura che, qualora si voglia aderire a iscriversi alla Filt-Cgil perché trattati come stracci, siatene convinti e non che alle prime minacce o false promesse vi tirate indietro, qui nessuno ha tempo da perdere, se li avete gli attributi metteteli, fuori in caso contrario allacciate bene le cinture. Grazie per la gentile collaborazione; il vecchio oggi di prima mattina che va a caccia dei suoi autisti che si sono iscritti al sindacato per fargli le solite minacce o false promesse. Ma che ci sarà mai sotto tutto ciò? Come mai questi hanno tutta questa fottuta paura che la gente si iscrive? Sarà che la Cgil non si fa corrompere come qualcun altro? Provate a farvele queste domande e se siete in grado di trovare la risposta gentilmente ditela anche a me che sono curioso; io personalmente l'unica risposta che mi riesco a dare è che hanno qualcosa da nascondere e non sono puliti in ciò che fanno altrimenti non ci sarebbe motivo di tutto ciò, paura che tutta la merda viene a galla? Mi sa che il coperchio è stato tolto; sto vecchio di merda sempre a rompere i coglioni alla gente sta il sabato mattina, ma andasse a fare un giro in montagna, chissà te la fai tutta rotolando. PS state attenti dice di avere il pisello duro e vuole rompere culi».

Si è ritenuto opportuno trascrivere testualmente le volgari frasi che hanno condotto al licenziamento sul quale si è pronunciato il Tribunale di Bari, in ragione di ciò che dal loro tenore letterale emerge inequivocabilmente: quel travalicamento del limite della «continenza verbale» che il giudice ha identificato quale uno degli elementi determinanti ai fini della valutazione di legittimità del licenziamento medesimo (T. Bari, sentenza in commento, p. 11).

E invero, il principio di diritto sancito nella sentenza di merito in commento può ben essere sintetizzato nei termini che seguono.

La condotta del lavoratore integra la giusta causa di licenziamento, per essere gravemente lesiva del vincolo fiduciario, che costituisce elemento essenziale del rapporto di lavoro, giacché con essa, travalicando il requisito della continenza verbale, il prestatore di lavoro è andato ben oltre l'esercizio del proprio diritto di critica (in specie, sindacale), sfociando nella mera aggressione gratuita all'onore del datore di lavoro.

Fermo ciò, l'elemento che è stato ritenuto altresì rilevante ai fini del giudizio di legittimità del licenziamento è rappresentato dal mezzo attraverso il quale il diritto di critica è stato esercitato, ovvero sia la rete, e in particolare la bacheca del popolare *social network*: «i commenti Facebook erano «visibili alla generalità degli utenti»».

Nella sentenza, infatti, il giudice fa proprio l'orientamento della Suprema Corte, sancito in Cass. 28.4.2015, n. 24431, secondo la quale: «La diffusione di un messaggio diffamatorio attraverso l'uso di una bacheca Facebook integra un'ipotesi di diffamazione aggravata ai sensi dell'art. 595, comma 3, cod. pen., poiché trattasi di condotta potenzialmente capace di raggiungere un numero indeterminato o comunque quantitativamente apprezzabile di persone».

È invero proprio nell'idoneità del *post* a raggiungere un numero significativo di utenti che si rinviene quello che potrebbe, a ragione, essere considerato come l'elemento fattuale di discrimine, ai fini dell'identificazione della fattispecie di reato di cui all'art. 595 c.p.

Per mera completezza ricostruttiva, giova qui ricordare che si ha diffamazione allorché taluno, fuori dei casi di ingiuria (art. 594 c.p.), nel comunicare con più persone, offende l'altrui reputazione, intesa quale «il riflesso oggettivo dell'onore inteso in senso ampio, e cioè la valutazione che il pubblico fa del pregio dell'individuo e, quindi, la stima che questi gode fra i consociati» (Antolisei 2008, 213).

Ebbene, approdando alla terza pronuncia qui in considerazione, merita evidenziare come essa si ponga in piena coerenza con l'*iter* argomentativo illustrato in Cass. n. 10280/2018 e in T. Bari qui in commento.

Invero, con l'ordinanza n. 21965/2018, la Suprema Corte è intervenuta sui profili di legittimità di una fattispecie difforme dalle due precedentemente esaminate. Il tratto tipizzante di quest'ultima è da rinvenire in ciò che il lavoratore – anche in questo caso un rappresentante sindacale – ha espresso le proprie critiche non già su una bacheca pubblica di Facebook, bensì in un gruppo/*chat* chiuso del *social network*. La Cassazione ha infatti ritenuto che la messaggistica veicolata attraverso nuove «forme di comunicazione», non aperte a una platea indistinta di destinatari, bensì a un numero circoscritto e determinato di soggetti, deve essere sussunta sotto l'astratta fattispecie di corrispondenza privata. In quanto tale, essa è coperta dalle garanzie costituzionali di cui all'art. 15 Cost. (a tenore del quale: «La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge»). Da ciò deriva dunque che tale caratteristica esclude che possa ritenersi perfezionata la fattispecie di reato della diffamazione, difettando l'elemento per così dire «divulgativo» delle comunicazioni.

Orbene, alla luce di quanto sin qui rappresentato, merita ora orientare il ragionamento attorno al tema dell'identificazione dei limiti all'esercizio del diritto di critica da parte del lavoratore, in generale, e del rappresentante sindacale, in particolare. Occorre, in altri termini, domandarsi fin dove possa spingersi il prestatore di lavoro nel manifestare il proprio pensiero critico nei confronti del datore di lavoro, per poi interrogarsi attorno all'impatto che le nuove forme di comunicazione *digital* e *social* producono proprio sul diritto di critica in ambito lavorativo.

La rilevanza del tema risulta evidente, giacché, come posto in luce in dottrina, «Il nodo interpretativo che desta maggiore interesse [...] richiama la questione della tutela dei diritti della persona (art. 2 Cost.) nel rapporto di lavoro» (Dessi 2013, 395).

Il tema si situa, com'è evidente, in corrispondenza del fulcro del rapporto di lavoro, attenendo a un elemento essenziale della relazione lavoristica, qual è quello della preservazione del vincolo fiduciario che deve necessariamente sussistere tra lavoratore e datore di lavoro.

Come dichiarato in apertura, nel presente contributo non si intende offrire una ricostruzione espositiva – neppure di sintesi – della materia del diritto di critica del lavoratore, volendo invece offrire alcuni spunti di riflessione attorno alla dimensione problematica della questione nella sua espressione *social*.

Svolta tale precisazione, a ogni buon conto, non pare peregrino ricordare che, per consolidato e granitico orientamento giurisprudenziale, la critica dev'essere esercitata, sotto il profilo formale, con pacatezza e con linguaggio che non sfoci in toni denigratori e gratuitamente offensivi (com'è invece evidentemente dimostrato dai *post* pubblicati dai lavoratori licenziati nell'ambito delle fattispecie qui in considerazione), e, sotto il profilo sostanziale, senza che si travisino i fatti di cui si dà conto (*Ex multis*, si vedano le più recenti Cass. 26.9.2017, n. 22375, in *GDir.*, 2018, n. 3, 30 ss., e Cass. 26.10.2016, n. 21649, in *DeG online*, 2016).

Sul punto, peraltro, merita evidenziare come, successivamente alle sentenze in rassegna, la Suprema Corte sia tornata a pronunciarsi sui limiti all'esercizio del diritto di critica del lavoratore, affermando la legittimità del licenziamento intimato per giusta causa al prestatore di lavoro che, per l'appunto, proprio nell'esercizio del diritto di critica nei confronti del datore di lavoro, utilizzi espressioni che oltrepassino i limiti della continenza sostanziale e formale (Cass. 18.7.2018, n. 19092, in *MGC*, 2018).

In tale recentissima pronuncia, la Cassazione sancisce invero il principio di diritto in virtù del quale: «l'esercizio da parte del lavoratore del diritto di critica nei confronti del datore di lavoro, con modalità tali che, superando i limiti della continenza sostanziale (nel senso di corrispondenza dei fatti alla verità, sia pure non assoluta ma soggettiva) e formale (nel senso di misura nell'esposizione dei fatti), si traducano in una condotta lesiva del decoro dell'impresa datoriale, è comportamento idoneo a ledere definitivamente la fiducia che sta alla base del rapporto di lavoro, integrando la violazione del dovere scaturente dall'art. 2105 cod. civ., e può costituire giusta causa di licenziamento (cfr. Cass. 18.9.2013, n. 21362)».

Per completezza espositiva, si chiarisce che, nel caso in questione, la Suprema Corte si è pronunciata sui profili di legittimità di una fattispecie nella quale il diritto di critica era stato esercitato, per così dire, nel mondo reale, ovvero sia tra persone fisiche, e non già, invece, per il tramite di strumenti informatici o *social network*.

Sebbene tale circostanza rilevi in maniera significativa ai fini di una considerazione più globale e sistematica della questione (alla quale si dedicherà una mirata attenzione, nel prosieguo della presente trattazione), il punto nodale identificato (anche) nella pronuncia di legittimità del luglio 2018 risiede nel superamento della continenza formale e sostanziale, quale limite fondamentale del legittimo esercizio del diritto di critica del lavoratore; limite che, peraltro, risulta condiviso con la generale libertà di manifestazione del pensiero.

Invero, il diritto di critica del lavoratore altro non è che l'estrinsecazione, nella dimensione lavoristica, della libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost. (Sul punto, presoché sterminato è il panorama dottrinale; *ex multis*, vd., però, Pace, Manetti 2006, e Zencovich 2004).

Libertà essenziale, attraverso la quale si esplica la persona, quella in parola è in dottrina riconosciuta come «la libertà che meglio sostanzia il carattere pluralistico della Costituzione [...], una vera e propria pietra angolare del nostro ordine democratico, dal momento che appare proprio parlare di democrazia in assenza di un'effettiva circolazione delle idee e di un confronto tra di esse» (Rolla 2007, 72 ss.).

Orbene, nell'ambito del *genus* diritto di critica del lavoratore, si identifica la *species* diritto di critica sindacale, con riferimento alla fattispecie in cui a esercitare il diritto in questione non

sia un «semplice» lavoratore, bensì un rappresentante sindacale, proprio come nella seconda e nella terza pronuncia in commento.

Proprio al riguardo, occorre evidenziare che la Suprema Corte ha recentissimamente affermato (luglio 2018) il principio di diritto in virtù del quale: «Il lavoratore che sia anche rappresentante sindacale se, quale lavoratore, è soggetto allo stesso vincolo di subordinazione degli altri dipendenti, in relazione all'attività di sindacalista si pone su un piano paritetico con il datore di lavoro, con esclusione di qualsiasi vincolo di subordinazione, giacché detta attività, espressione di una libertà costituzionalmente garantita dall'art. 39 Cost., in quanto diretta alla tutela degli interessi collettivi dei lavoratori nei confronti di quelli contrapposti del datore di lavoro, non può essere subordinata alla volontà di quest'ultimo. Tuttavia, l'esercizio da parte del rappresentante sindacale del diritto di critica, anche aspra, sebbene garantito dagli artt. 21 e 39 Cost., incontra i limiti della correttezza formale, imposti dall'esigenza, anch'essa costituzionalmente assicurata (art. 2 Cost.), di tutela della persona umana; ne consegue che, ove tali limiti siano superati con l'attribuzione all'impresa datoriale o a suoi dirigenti di qualità apertamente disonorevoli e di riferimenti denigratori non provati, il suo comportamento può essere legittimamente sanzionato in via disciplinare».

Orbene, tenendo ben fermo tale principio di diritto di cruciale rilievo, occorre evidenziare come la pronuncia del Tribunale di Bari e l'ordinanza n. 21965/2018 della Suprema Corte – entrambe qui in rassegna – sollecitano, infatti, una riflessione che ben si situa in corrispondenza del punto di intersezione tra esercizio delle prerogative sindacali, diritto di critica, diffamazione e *social network*.

Merita anzitutto evidenziare che, ad avviso di chi scrive, i limiti cui è soggetto il diritto di critica sindacale sono da ritenere i medesimi di quelli previsti per il caso del «semplice» lavoratore, dovendo però mutare in maniera significativa il loro apprezzamento.

È infatti innegabile che, nell'esercizio dell'attività sindacale, la critica assuma toni più coloriti – o, come è stato eloquentemente espresso in dottrina, più «graffianti» (Papa 2008, 819 ss.) – in piena coerenza con quella dimensione conflittuale che, ontologicamente, contrappone due sfere di riferimento: il lavoro e l'impresa, concetti emblematici di una tensione assiologica tra i valori che informano il rapporto di lavoro (Persiani 2004, 89 ss.; Perulli 2010, 5 ss.).

A ogni buon conto, va assolutamente «esclusa l'esistenza in capo al rappresentante sindacale di una sorta d'immunità che lo sottragga alla legge» (Giovagnoli 2001, 796 ss.), consentendogli di esprimere qualunque tipo di critica, con qualunque tono o espressione.

Mantenendo ferme tutte le considerazioni sin qui rappresentate, si evidenzia come a rivestire un ruolo assolutamente strategico e, per così dire, dirimente ai fini dell'apprezzamento della legittimità della condotta del lavoratore è il veicolo attraverso il quale il diritto di critica viene esercitato.

I principi di diritto sanciti nelle tre pronunce in commento sono tutti concordi nel dimostrare che il *social network* in quanto tale, come luogo virtuale di esercizio del diritto di critica che travalichi i limiti della continenza formale e sostanziale, non è di per sé solo indicativo di una condotta illegittima del lavoratore e, quindi, di un conseguente legittimo licenziamento.

Ciò che rileva è, infatti, se le frasi critiche siano pubblicate su una «bacheca», visibile a un numero significativo e/o indeterminabile di utenti, ovvero su una «chat», composta da una cerchia circoscritta di soggetti.

Orbene, travalicando deliberatamente i confini perimetrali delimitativi della materia lavoristica e, più in generale, della dimensione giuridica, in un approccio olistico, può ben dirsi

che le pronunce qui in considerazione possono essere in un certo qual modo considerate come il segno tangibile dei tempi che cambiano.

In esse, infatti, ben si coglie tutta la *vis* disruptiva della coesistenza di due dimensioni che danno forma all'odierna contemporaneità: l'*offline* e l'*online*. Come evidenzia Zygmunt Bauman: «Oggi viviamo simultaneamente in due mondi paralleli ma differenti. Uno è creato dalla tecnologia *online*, che ci permette di trascorrere ore di fronte a un pezzo di materiale trasparente, uno schermo che ci interfaccia con Internet. Dall'altra parte abbiamo comunque una vita ordinaria, quella normale. L'altra metà della nostra giornata cosciente la passiamo nel mondo che, in opposizione al termine "*online*", è stato definito "*offline*"» (Bauman 2014, 29).

La continua alternanza tra questi due mondi paralleli colora la quotidianità del panorama occidentale, cosicché, «Con l'avvento di Internet, il cambiamento paradigmatico si è fatto ancora più profondo: occupiamo e viviamo realmente due mondi differenti, ognuno con regole e comportamenti consuetudinari propri e dotato di una logica e una percezione distinta di ciò che è lecito e ciò che non lo è» (Bauman 2014, 29).

Ma, com'è agevole immaginare, questo costante operare su più piani, in una sorta di continuo *multitasking*, può generare, come effettivamente genera, degli attriti e, per così dire, dei disallineamenti tra i due codici comportamentali. Non è infatti difficile constatare – anche all'esito di un'indagine empirica agevolmente conducibile su Facebook – come sia particolarmente invalsa la pratica di ricorrere al *social network* in questione per esternare, anche con veemenza e con toni particolarmente accesi e pungenti, pensieri critici di varia natura.

La bacheca di Facebook diviene così spesso luogo di evasione virtuale da una dimensione reale, nella quale l'esternazione di pensieri forti sarebbe altrimenti complessa. E allora il ricorso al turpiloquio e a espressioni volgari di utilizzo colloquiale può divenire frequente, nella convinzione che esso sia funzionale a caricare i contenuti di una particolare veemenza.

Non v'è dubbio che, nella dimensione *online*, a cambiare è il paradigma di riferimento e, con esso, il modo di percepire l'altro e le sue azioni, per così dire «reali sì, ma commesse in un contesto virtuale».

Tuttavia, tale storica e *disruptive* evoluzione negli strumenti e nelle prassi di comunicazione non può in alcun modo legittimare comportamenti anti giuridici, che si pongono in aperto contrasto con le norme che regolano e disciplinano la convivenza civile.

In definitiva, mai come di fronte alla rapida evoluzione dei mezzi di comunicazione imposta dalla cd. *digital transformation*, «il giurista deve avere l'abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditata dal passato e in pari tempo di ridurlo là dove occorre dare spazio a nuovi punti di vista che prendono le distanze dalle certezze proprie delle forme tradizionali di vita e si fanno portatori di nuove ragioni» (Mengoni 1996, 120 ss.).

Ciononostante, come condivisibilmente evidenziato dalla Suprema Corte nell'ordinanza qui commentata, «ai fini della giusta causa di licenziamento, la condotta del lavoratore deve essere valutata avendo riguardo agli *standards*, conformi ai valori dell'ordinamento, esistenti nella realtà sociale [...], nella cui cornice devono essere collocate e temperate le esigenze di tutela della dignità della persona rispetto a condotte offensive o diffamatorie e degli altri beni o interessi costituzionalmente rilevanti» (Cass. 10.9.2018, n. 21965, in *D&G*, 2018; cfr. anche Cass. 26.4.2012, n. 6498, in *MGC*, 2012, n. 4, 533 ss.; Cass. 2.3.2011, n. 5095, in *MGC*, 2011, n. 3, 340 ss.; Cass. 13.12.2010, n. 25144, in *MGC*, 2010, n. 12, 1594 ss.).

In altri termini, sono i valori fondativi che informano l'ordinamento – così come cristallizzati nei principi costituzionali – che rivestono un ruolo assolutamente cruciale e strategico, al fine di guidare il processo di evoluzione adeguatrice dell'impianto normativo (Baldassarre 1997).

Riferimenti bibliografici

- Antolisei F. (2008), *Manuale di Diritto penale*, Parte speciale I, Giuffrè, Milano, 213 ss.
- Baldassarre A. (1997), *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino.
- Bauman Z. (2014), *La vita tra reale e virtuale*, Egea, Milano.
- Dessi O. (2013), *Il diritto di critica del lavoratore*, in *RIDL*, n. 2, I, 395 ss.
- Giovagnoli R. (2001), *Diritto di critica del rappresentante sindacale e giusta causa di licenziamento*, in *MGL*, n. 8/9, 796 ss.
- Mengoni L. (1996), *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 120 ss.
- Pace A., Manetti M. (2006), *Rapporti civili. Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in Branca G., Pizzorusso A. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1 ss.
- Papa V. (2008), *Lavoro e dissenso. Il diritto di critica del lavoratore e i suoi limiti nell'interpretazione della giurisprudenza*, in *DL*, n. 3, 819 ss.
- Persiani M. (2004), *Radici storiche e nuovi scenari del diritto del lavoro*, in *ADL*, 89 ss.
- Perulli A. (2010), *Evaluer le droit du travail*, in Lyon-Caen A., Perulli A. (a cura di), *Valutare il diritto del lavoro. Evaluer le droit du travail. Evaluate labour law*, Cedam, Padova, 5 ss.
- Rolla G. (2007), *La tutela costituzionale dei diritti*, Giuffrè, Milano.
- Zeno-Zencovich V. (2004), *La libertà d'espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, il Mulino, Bologna.

Stefano Bini

Ph.D. Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università di Roma «Luiss Guido Carli»

I

CASSAZIONE, 4.9.2018, n. 21621 – Pres. Bronzini, Est. Negri Della Torre, P.M. Finocchi Ghersi (diff.) – D.A. (avv. Galardo) c. Rete ferroviaria italiana Spa (avv. Abignente).
Cassa con rinvio Corte d'Appello di Napoli, 11.1.2016.

Controlli sul lavoratore – Guardie giurate e personale di vigilanza – Diritti e doveri delle parti – Diligenza – Licenziamento individuale.

Il controllo delle guardie particolari giurate, o di un'agenzia investigativa, non può riguardare, in nessun caso, né l'adempimento, né l'inadempimento dell'obbligazione contrattuale del lavoratore di prestare la propria opera, essendo l'inadempimento stesso riconducibile, come l'adempimento, all'attività lavorativa, che è sottratta alla suddetta vigilanza, ma deve limitarsi agli atti illeciti del lavoratore non riconducibili al mero inadempimento dell'obbligazione. (1)

II

CASSAZIONE, 11.6.2018, n. 15094, ord. – Pres. Patti, Est. Amendola – R.F. (avv.ti Coletta, Agostini) c. Acqualatina Spa (avv.ti M. Marazza, M. Marazza).
Cassa con rinvio Corte d'Appello di Roma, 20.4.2016.

Controlli sul lavoratore – Guardie giurate e personale di vigilanza – Diritti e doveri delle parti – Diligenza – Fedeltà – Licenziamento individuale.

Il divieto di controllo occulto sull'attività lavorativa vige anche nel caso di prestazioni lavorative svolte al di fuori dei locali aziendali, ferma restando l'eccezione rappresentata dai casi in cui il ricorso a investigatori privati sia finalizzato a verificare comportamenti che possano configurare ipotesi penalmente rilevanti. (2)

(1-2) LIMITI AL POTERE DI CONTROLLO SUL LAVORATORE
ATTRAVERSO LE AGENZIE INVESTIGATIVE

1. — La Corte di Cassazione interviene nuovamente su un tema assai dibattuto in giurisprudenza: i limiti al potere di controllo del datore di lavoro sul lavoratore.

Nei casi affrontati dalle pronunce in commento si tratta di valutare se il controllo effettuato dal datore di lavoro, per il tramite di guardie particolari giurate o di agenzie investigative, debba limitarsi agli atti illeciti compiuti dal lavoratore o possa sconfinare anche nella vigilanza sulla corretta esecuzione della prestazione di lavoro.

Il primo caso in esame riguarda un lavoratore addetto al sistema di rilevazione delle presenze in servizio, licenziato per essersi sistematicamente allontanato dal luogo di lavoro in assenza

di alcuna comunicazione al datore di lavoro. Questa condotta è appurata a seguito di controlli eseguiti dal datore di lavoro per mezzo di un'agenzia investigativa.

A seguito del rigetto del ricorso del lavoratore da parte dei giudici di primo grado e di secondo grado, il lavoratore propone ricorso per la cassazione della sentenza con cinque motivi, lamentando in particolare modo la violazione e la falsa applicazione dell'art. 2043 c.c. e degli articoli 2 e 3, l. 20.5.1970, n. 300, per avere la Corte d'Appello di Napoli ritenuto legittimo l'impiego da parte del datore di lavoro di un'agenzia investigativa per operare una vera e propria vigilanza sull'attività lavorativa, dal momento che il controllo ha a oggetto il rispetto dell'orario di lavoro da parte del lavoratore.

La Corte di Cassazione cassa la sentenza impugnata in relazione a questo quinto motivo e rinvia alla Corte d'Appello di Napoli in diversa composizione.

Il secondo caso trae origine dal licenziamento disciplinare in tronco di un lavoratore preposto all'attività esterna di ispezione dei cantieri, intimato dal datore di lavoro sulla base di una relazione investigativa attestante sia la mancata esecuzione della prestazione lavorativa sia la non veritiera affermazione del lavoratore del suo positivo espletamento.

I giudici di primo grado accolgono il ricorso proposto dal lavoratore volto a impugnare il licenziamento disciplinare in tronco; al contrario, la Corte d'Appello di Roma, in riforma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso proposto dal lavoratore e dichiara utilizzabili le relazioni investigative sulle quali si fonda il licenziamento affermando che è legittimo il controllo sull'esecuzione diligente della prestazione di lavoro se questa è svolta prevalentemente al di fuori dei locali aziendali.

Il lavoratore propone ricorso per la cassazione della sentenza di secondo grado lamentando, tra gli altri motivi, la violazione e la falsa applicazione degli articoli 2 e 4, l. 20.5.1970, n. 300, per avere la Corte d'Appello di Roma ritenuto utilizzabili le relazioni investigative finalizzate in via esclusiva al controllo del corretto adempimento della prestazione lavorativa, in assenza di un giustificato sospetto circa la realizzazione di condotte illecite da parte del lavoratore.

In questo secondo caso, la Corte di Cassazione accoglie il ricorso proposto dal lavoratore e cassa la sentenza con rinvio.

2. — L'art. 2, l. 20.5.1970, n. 300 (Per un maggiore approfondimento, Bellavista 1995), disciplina l'impiego, da parte del datore di lavoro, delle guardie particolari giurate di cui agli articoli 133 ss., r.d. 18.6.1931, n. 773, limitandolo in via esclusiva a scopi di tutela del patrimonio aziendale e vietando espressamente al datore di lavoro di adibirle alla vigilanza sull'attività lavorativa. La norma, inoltre, detta due ulteriori divieti posti a carico dell'organo di vigilanza: in primo luogo, le guardie giurate non possono in nessun caso contestare ai lavoratori azioni o fatti diversi da quelli che attengono alla tutela del patrimonio aziendale (comma 2); in secondo luogo, le guardie giurate non possono accedere nei locali dove si svolge l'attività lavorativa, durante lo svolgimento della stessa, se non in via eccezionale per specifiche e motivate esigenze atinenti alla tutela del patrimonio aziendale (comma 3) (Romagnoli 1979, 10).

La *ratio* della citata disposizione statutaria emerge dal combinato disposto degli articoli 2 e 3, l. 20.5.1970, n. 300, da cui si vince la netta differenza tra il controllo finalizzato alla tutela del patrimonio aziendale e la vigilanza sull'attività lavorativa dei prestatori di lavoro (Amoroso 2009, 27).

Come è noto, l'art. 3, l. 20.5.1970, n. 300, nella finalità di contrastare il controllo occulto da parte del datore di lavoro sull'attività lavorativa, assicura al prestatore di lavoro la riconoscibilità del personale addetto a tale vigilanza mediante comunicazione dei nominativi e delle

mansioni a esso attribuite (Amoroso 2009, 15). In generale, il controllo sull'attività lavorativa e sul corretto adempimento della prestazione lavorativa, a norma degli articoli 2086 e 2104 c.c., può essere svolto dal datore di lavoro direttamente ovvero mediante la propria organizzazione gerarchica, non anche dalle guardie giurate (Cass. 12.6.2002, n. 8388, in *DeJure*; Cass. 7.6.2003, n. 9167, in *FI*, 2003, I, 2637 ss.). L'obiettivo che il legislatore intende perseguire è evitare che sull'attività lavorativa si possa configurare un controllo «di tipo poliziesco o spionistico» come quello svolto dalle guardie giurate ovvero un controllo esercitato in modo occulto o non riconoscibile dai lavoratori (Pera 1972, 14; Gentile 1996, 107; Monda 2010b, 579).

L'attività di vigilanza del patrimonio aziendale svolta dalle guardie particolari giurate può essere svolta anche da soggetti diversi, come le agenzie investigative, avendo l'art. 2, l. 20.5.1970, n. 300, funzione delimitativa soltanto dell'oggetto del controllo affidato alle guardie giurate (tutela del patrimonio aziendale) e non anche del soggetto a esso preposto (Cass. 24.3.1983, n. 2042, in *FI*, 1985, I, 439 ss.; Cass. 17.10.1998, n. 10313, in *LPO*, 1999, 144 ss.; Cass. 10.11.2010, n. 23303, e Cass. 12.5.2016, n. 9749, entrambe in *DeJure*).

Come è noto, le agenzie investigative sono organi di vigilanza privati, assimilati, ai fini del controllo a tutela del patrimonio aziendale, alle guardie particolari giurate di cui all'art. 2, l. 20.5.1970, n. 300.

Tanto premesso, è pacifico sia in dottrina sia in giurisprudenza che l'attività di tutela del patrimonio aziendale svolta dalle guardie particolari giurate o da agenzie investigative può essere finalizzata anche ad accertare l'esistenza o il perpetuarsi di possibili atti illeciti da parte di terzi o anche degli stessi lavoratori, purché non sconfini nell'accertamento dell'inadempimento della prestazione lavorativa, riservato in via esclusiva al datore di lavoro o ai suoi collaboratori (Bellavista 1996, 541; Cass. 9.7.2008, n. 18821, in *DeJure*).

Gli articoli 2 e 3, l. 20.5.1970, n. 300, tutelano la libertà e la dignità del lavoratore in coerenza con i principi e le disposizioni costituzionali (Monda 2010a, 187). Poiché l'art. 2, comma 3, l. 20.5.1970, n. 300, vieta in modo espresso al datore di lavoro di adibire le guardie particolari giurate, o le agenzie investigative, al controllo del diligente adempimento dell'obbligazione contrattuale da parte del prestatore di lavoro, ne consegue che l'attività di controllo a cui essi sono preposti non può in nessun caso sconfinare nella vigilanza dell'attività lavorativa che, invece, è riservata direttamente al datore di lavoro o ai suoi collaboratori, a norma dell'art. 3, l. 20.5.1970, n. 300. L'attività di vigilanza svolta a tutela del patrimonio aziendale può riguardare, invece, eventuali atti illeciti compiuti dal lavoratore, a condizione che gli stessi non siano riconducibili al mero inadempimento dell'obbligazione contrattuale (Scofferi 2018, 8).

In definitiva, l'attività di controllo sul lavoratore da parte dell'agenzia investigativa è ammessa non per vigilare sul mero adempimento dell'obbligazione contrattuale, ma in presenza dei cosiddetti controlli difensivi (Del Punta 2016, 77; Miscione 2013, 769), volti ad accertare mancanze specifiche e comportamenti estranei alla normale attività lavorativa (Cass. 14.2.2011, n. 3590; Cass. 12.10.2015, n. 20440; Cass. 26.6.2017, n. 15867: tutte in *DeJure*), nonché la presenza di atti illeciti da parte del lavoratore e la verifica del loro contenuto, anche in ragione del solo sospetto o dell'ipotesi che tali condotte siano in corso di esecuzione (Avogaro 2016, 253; *ex multis*: Cass. 8.6.2011, n. 12489, e Cass. 4.12.2014, n. 25674, entrambe in *DeJure*).

3. — Il tema affrontato dalla Corte di Cassazione con le due pronunce in commento concerne la possibilità per il datore di lavoro di ricorrere all'impiego di agenzie investigative per vigilare sulla corretta esecuzione della prestazione di lavoro, anche laddove questa sia svolta al di fuori dei locali aziendali.

È evidente come in questo caso la giurisprudenza completi la portata della norma nel momento in cui afferma che l'art. 3 non si applica ai controlli effettuati al di fuori dei locali aziendali, per i quali il datore di lavoro può fare ricorso anche a investigatori privati, ad agenti provocatori e ai propri dipendenti (Ferrante 2011, 73).

Orbene, nel caso oggetto della prima pronuncia, la Corte di Cassazione conferma il principio secondo il quale le agenzie investigative, per operare lecitamente, non debbono sconfinare nella vigilanza dell'attività lavorativa vera e propria, in quanto detta attività è riservata al datore di lavoro e ai suoi collaboratori a norma dell'art. 3, l. 20.5.1970, n. 300. Ne consegue che soltanto in presenza di atti illeciti o dinanzi al sospetto che vi siano illeciti in corso di esecuzione è consentito il controllo sul lavoratore da parte di agenzie investigative (Cass. 22.12.2009, n. 26991, in *GLav.*, 2010, 41 ss.; Cass. 14.2.2011, n. 3590, e Cass. 26.6.2017, n. 15867, entrambe in *DeJure*).

Questo orientamento è ribadito dalla Corte di Cassazione anche nella seconda pronuncia in commento, laddove cassa la pronuncia della Corte d'Appello di Roma che, al contrario, aveva considerato lecito il ricorso da parte del datore di lavoro a una agenzia investigativa per il controllo della diligente esecuzione della prestazione di lavoro in quanto l'attività lavorativa si era svolta prevalentemente al di fuori dei locali aziendali. Inoltre, ad avviso della Corte territoriale, l'aver il lavoratore rappresentato al proprio datore di lavoro un'attività lavorativa non svolta determina, da un lato, la violazione del dovere di diligenza nell'adempimento della prestazione lavorativa e, dall'altro, la lesione dell'obbligo di fedeltà.

In questo modo, la Corte di Cassazione ribadisce ancora una volta il principio secondo il quale il controllo demandato alle guardie giurate, o a un'agenzia investigativa come nel caso *de quo*, può avere a oggetto in via esclusiva la tutela del patrimonio aziendale, accertando eventuali condotte illecite o fraudolente del lavoratore non riconducibili al mero inadempimento dell'obbligazione contrattuale (*Ex multis*, Cass. 7.6.2003, n. 9167, in *DeJure*). A nulla rileva, dunque, che l'attività lavorativa sia svolta al di fuori dei locali aziendali. La Corte di Cassazione conferma il divieto di controllo occulto svolto da un'agenzia investigativa sull'attività lavorativa anche nell'ipotesi di prestazioni rese al di fuori dei locali aziendali. L'unica eccezione a detto divieto è rappresentata dal controllo, espletato anche al di fuori dell'orario di lavoro, purché finalizzato a verificare comportamenti che possano configurare ipotesi penalmente rilevanti (Cass. 3.11.2000, n. 14383, sull'esercizio durante l'orario di lavoro di attività retribuita da parte del lavoratore in favore di terzi), attività concorrenziali (Cass. 22.5.2017, n. 12810, in *DeJure*, sull'attività lavorativa svolta dal lavoratore in violazione del divieto di concorrenza), o altrimenti fraudolente (Cass. 4.3.2014, n. 4984, in *DeJure*, sull'accertamento dell'utilizzo improprio da parte del lavoratore della l. n. 104 del 1992).

A norma degli articoli 2086 e 2104 c.c., il datore di lavoro ha il potere di controllare direttamente o per il tramite della propria organizzazione gerarchica l'adempimento della prestazione lavorativa; il datore ha, inoltre, piena autonomia di individuare le modalità e i tempi di esercizio di tale potere, che può legittimamente avvenire anche in via occulta, essendo il prestatore di lavoro tenuto a operare diligentemente per tutto il corso del rapporto di lavoro (Cass. 14.7.2001, n. 9576; Cass. 9.7.2008, n. 18821; Cass. 10.7.2009, n. 16196: tutte in *DeJure*).

In definitiva, l'attività di vigilanza e di controllo esperita da un'agenzia investigativa è lecita a condizione che non abbia a oggetto l'adempimento della prestazione lavorativa in senso stretto, che è riservata al datore di lavoro e ai suoi collaboratori a norma dell'art. 3, l. 20.5.1970, n. 300. È invece, consentito vigilare sulla condotta del lavoratore solo per il caso che siano commessi atti illeciti ovvero in presenza del sospetto che atti illeciti siano in corso di esecuzione.

Riferimenti bibliografici

- Amoroso G. (2009), *Sub art. 3*, in Amoroso G. et al., *Diritto del lavoro*. II. Giuffrè, Milano, 15 ss.
- Avogaro M. (2016), *Abbandono ingiustificato del lavoro, Gps e investigatori privati tra controlli difensivi e Jobs Act*, in *RIDL*, II, 253 ss.
- Bellavista A. (1995), *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, Torino.
- Bellavista A. (1996), *Investigatori privati e controlli occulti sui lavoratori*, in *RIDL*, III, 541 ss.
- Del Punta R. (2016), *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. 151/2015)*, in *RIDL*, I, 77 ss.
- Ferrante V. (2011), *Controllo sui lavoratori, difesa della loro dignità e potere disciplinare, a quarant'anni dallo Statuto*, in *RIDL*, I, 73 ss.
- Gentile G. (1996), *Appunti sui controlli del datore di lavoro ex artt. 2 e 3 St. lav.*, in *DL*, I, 107 ss.
- Miscione M. (2013), *I controlli intenzionali, preterintenzionali e difensivi sui lavoratori in contenzioso continuo*, in *LG*, n. 8-9, 769 ss.
- Monda P. (2010a), *L'impiego dei controlli difensivi e la protezione della sfera personale del dipendente*, in *DRI*, I, 187 ss.
- Monda P. (2010b), *Il personale di vigilanza: divieto di controlli occulti e possibili controlli difensivi*, in *DLM*, 3, 579 ss.
- Pera G. (1972), *Commento all'art. 2*, in Assanti C., Pera G., *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova, 14 ss.
- Romagnoli U. (1979), *Sub art. 3*, in Ghezzi G. et al., *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in Scialoja A., Branca G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 10 ss.
- Scofferi M. (2018), *Pienamente legittimi i controlli effettuati tramite agenzia investigativa*, in *D&G*, 61, 8 ss.

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

CASSAZIONE, 15.6.2018, n. 15885 – Pres. Bronzini; Est. Negri Della Torre; P.M. Servello (conf.) – E.G. e altri (avv. M.) c. S. Spa (avv.ti Sigillò Massara, Miceli).
Conf. Corte d'Appello di Roma, 1.9.2015.

Trasferimento del lavoratore – Abuso del diritto – Unità produttive disagiate – Verbale di conciliazione sindacale – Messa in mobilità – Licenziamento disciplinare.

L'alternativa di scelta, data ai lavoratori, tra il trasferimento a sede lontana e disagiata e la firma di un verbale di conciliazione per la messa in mobilità non costituisce abuso del diritto. Detto abuso si manifesta in tutti quei casi concreti in cui il titolare di un diritto (la cui fonte sia rinvenibile in un contratto o in una legge) lo eserciti per una finalità difforme, non meritevole di tutela dall'ordinamento e con conseguente ingiustificata sproporzione tra il vantaggio conseguito dal titolare e il sacrificio sofferto dalla controparte; sproporzione che deve tener conto anche dell'eventuale lesione dei generali principi di correttezza e buona fede tra i contraenti. (1)

(1) IL TRASFERIMENTO DEI LAVORATORI E L'ABUSO DEL DIRITTO

1. — La pronuncia in commento ha ritenuto non sussistente una fattispecie di abuso del diritto nel caso in cui i lavoratori siano chiamati a scegliere tra la sottoscrizione di un verbale di conciliazione, volto ad accettare la messa in mobilità a fronte della corresponsione di un incentivo all'esodo, e il trasferimento degli stessi a sedi aziendali particolarmente lontane e disagiate.

Di conseguenza, a seguito del rifiuto della proposta conciliativa e verificatosi il mancato ottemperamento dell'ordine di trasferimento, con conseguente assenza ingiustificata dal posto di lavoro della nuova sede, la Suprema Corte ha confermato la legittimità di undici licenziamenti disciplinari irrogati dall'azienda datrice di lavoro.

Preliminarmente, per meglio comprendere l'approdo giurisprudenziale, è opportuno tracciare i tratti salienti del potere direttivo datoriale di trasferimento e della dibattuta categoria dell'abuso del diritto.

Il trasferimento, comportante un mutamento definitivo del luogo di lavoro, è disciplinato ai sensi del comma 8 dell'art. 2103 c.c. come novellato dall'art. 13 della l. n. 300/1970.

La legge riconosce al datore di lavoro, alla presenza di «comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive», il potere di modificare unilateralmente il luogo di esecuzione della prestazione lavorativa precisato nel contratto d'assunzione.

Il richiamo alle ragioni aziendali, con una clausola generale simile a quella prevista per il giustificato motivo oggettivo di licenziamento, non può che implicitamente presentare quelli che sono i limiti a cui deve attenersi il giudice nell'esaminare la sola legittimità di un atto di trasferimento (Del Punta 2016, 490; Cass. 19.6.2008, n. 16689/2008, in *RIDL*, 2009, II, 90 ss.).

In tale ipotesi, dunque, il sindacato del giudice deve circoscriversi alla verifica dell'attendibilità delle ragioni addotte, alla loro «ragionevolezza» e alla sussistenza del nesso di causalità tra queste e il trasferimento del lavoratore [Cass. 30.5.2016, n. 11126, in *RFI*, 2016, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 993; Cass. 2.3.2011, n. 5099, in *RFI*, 2011, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 1011].

Altresì, si consideri che la locuzione «comprovate», usata dal legislatore nell'art. 2103 c.c., ha orientato l'unanimità della dottrina nel ritenere che l'*onus probandi* delle ragioni che hanno determinato il trasferimento e del relativo nesso causale gravi sul datore di lavoro (Santoro Passarelli G. 2017, 47).

2. — Come noto, nel nostro ordinamento civilistico e nella legislazione speciale manca sia un divieto espresso e generale di abuso del diritto soggettivo, sia l'enunciazione di criteri ermeneutici volti a riconoscere tali fattispecie.

A fronte del descritto astensionismo legislativo, consolidata giurisprudenza è solita identificare l'abuso in tutti quei casi concreti in cui il titolare di un diritto, la cui fonte sia rinvenibile in un contratto o in una legge, lo eserciti per una finalità difforme, non meritevole di tutela dall'ordinamento e con conseguente ingiustificata sproporzione tra il vantaggio ulteriore e diverso da quello indicato dal legislatore, conseguito dal titolare, e il sacrificio sofferto dalla controparte (Cass. 18.9.2009, n. 20106, in *NGCC*, 2010, 3, 1, p. 231).

Inoltre, l'indagine giudiziale circa la sussistenza della sproporzione descritta deve tener conto anche dell'intercorsa lesione dei generali principi di correttezza e buona fede tra i contraenti, codificati nell'articolato disposto degli artt. 1175 c.c., 1375 c.c. e 2 Cost. (Cass. 7.5.2013, n. 10568, in *RFI*, 2014, voce *Agenzia*, n. 13; Cass. 29.5.2012, n. 8567, in *RFI*, 2012, voce *Contratto in genere*, n. 530).

L'operatività del principio di divieto di abuso del diritto nel diritto del lavoro è da tempo oggetto di elaborazione in dottrina, che, con insistenza, ne riconosce l'autonomia (Rescigno 1965; Romano 1958).

Si è affermato che l'attività «abusiva» si distingua dalla tipica attività illecita per la complessità dell'accertamento dell'illiceità, giacché astrattamente il diritto è in esistenza ma è dalle modalità del suo concreto esercizio che esso diviene illegittimo (Breccia 1998; cfr. Santoro Passarelli F. 1996, ove l'Autore fa riferimento all'abuso in termini di «eccesso dal diritto», sulla base di principi di solidarietà, buona fede e correttezza, che limitano l'esercizio di ogni diritto soggettivo).

E così, ci si riferisce non già all'eventuale imposizione di regole di condotta ulteriori rispetto a quelle poste dalle parti o dalla legge, «ma al controllo sulle modalità di svolgimento della condotta, oltre l'osservanza formale della "regola" comunque posta» (Salvi 1998).

In particolare, le varie ipotesi di giustificato motivo oggettivo contemplate dalla legge, di cui il potere di trasferimento è pregnante esempio, si attagliano perfettamente allo schema dell'abuso del diritto (Carinci M.T. 2005).

Questo in quanto ogni posizione giuridica attiva trova il suo limite interno nella causa astratta, ovvero, nell'interesse in vista del quale il legislatore la prevede e la riconosce.

Ebbene, vi deve essere coincidenza tra l'interesse alla base del singolo atto d'esercizio del diritto potestativo e l'interesse che l'ordinamento tutela e riconosce nell'accordare la posizione giuridica attiva.

È *ictu oculi* evidente che nel potere di trasferimento l'ordinamento accorda tutela unicamente all'interesse del datore di disporre al meglio della propria organizzazione aziendale.

La giurisprudenza, quando è chiamata a intervenire sulle varie figure del giustificato motivo oggettivo poste dalla legge, si limita, infatti, a un controllo incentrato unicamente sulla legittimità dell'operato del datore di lavoro.

Con ciò, tuttavia, non si può sostenere l'indifferenza delle ragioni dei lavoratori in siffatte situazioni.

L'abuso del diritto, in ultima analisi, finisce per individuare nuovi limiti oltre quelli che il legislatore espressamente riconosce allorché accorda un potere al datore di lavoro.

Ne consegue che l'interesse contrapposto del lavoratore rileva in maniera «mediata», ossia, ogni qual volta il datore eserciti il diritto per fini diversi da quelli tipici riconosciuti dall'ordinamento.

Nel trasferimento, dunque, un abuso, ancorché sia da riconoscere esaminando a fondo la fattispecie concreta, astrattamente può esservi qualora sia usato come «strumento di pressione» volto a coartare la volontà di contrarre dei lavoratori.

3. — Le premesse sin qui svolte consentono di analizzare in modo più dettagliato la sentenza in commento.

La pronuncia è stata resa all'esito di un giudizio promosso da un numero consistente di lavoratori, i quali proponevano domanda di accertamento dell'illegittimità dei licenziamenti disciplinari loro irrogati dalla società datrice a seguito del rifiuto di ottemperare al disposto trasferimento, anch'esso asseritamente illegittimo, presso altre sedi aziendali geograficamente distanti dal comune di Frosinone: luogo di svolgimento della prestazione lavorativa.

Nei fatti, risulta che la S. Spa abbia intimato il trasferimento in altra sede dei propri dipendenti e, successivamente, avviato una procedura di mobilità per cessazione di attività con incentivo all'esodo connesso alla sottoscrizione del verbale di conciliazione in sede sindacale con il quale i lavoratori avrebbero accettato il predetto licenziamento.

A fondamento delle proprie pretese, i ricorrenti hanno eccepito che non fosse mai avvenuta la cessazione dell'attività lavorativa dei cantieri di Frosinone, giacché la società datrice aveva provveduto a subappaltare a terzi i lavori ricevuti a sua volta in appalto.

Inoltre, il trasferimento avrebbe, in realtà, simulato la finalità di indurre il personale ad accettare il collocamento in mobilità, commettendo abuso nell'esercizio del diritto e violando i principi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto.

Il Tribunale di Frosinone, omettendo di pronunciarsi sull'asserito abuso del diritto, ha rigettato il ricorso in quanto è stato provato che la società abbia realmente cessato l'attività nel sito produttivo interessato, e il trasferimento, di conseguenza, è stato ritenuto legittimo.

La Corte d'Appello di Roma ha confermato la precedente pronuncia, prendendo posizione sulla *quaestio iuris* non trattata nel grado inferiore.

E così, si è negata l'esistenza di una forma di abuso nell'esercizio del potere datoriale ritenendo che non fosse intercorsa alcuna «coercizione subdola» nel far accettare la mobilità, in quanto i lavoratori avevano ben presente quali fossero le conseguenze legate all'accettazione o meno del verbale di conciliazione.

Inoltre, espressamente ha statuito che il trasferimento in sedi lontane e disagiate, in assenza di ulteriori allegazioni, non implica *in re ipsa* necessariamente l'illegittimità del relativo atto datoriale.

4. — L'abuso del diritto, secondo la pronuncia in commento, non è ravvisabile nel solo fatto che una parte del contratto abbia tenuto una condotta non idonea a salvaguardare gli interessi dell'altra, quando tale condotta persegua un risultato lecito attraverso mezzi legittimi, essendo, invece, configurabile allorché il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie e irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato e ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, e al fine di conseguire risultati diversi e ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà sono attribuiti.

Su tale presupposto, la Suprema Corte ha confermato quanto deciso nei due gradi di merito, chiarendo che, nel caso di specie, l'esistenza di un'ipotesi di abuso del diritto e la violazione dei principi contrattuali di correttezza e buona fede sono da escludere giacché:

– il trasferimento disposto in unità produttive lontane e disagiate non è di per sé circostanza tale da implicare l'illegittimità del provvedimento datoriale;

– i lavoratori hanno operato una scelta (aderire o meno alla conciliazione), avendo ben presente le conseguenze legate all'una o all'altra opzione, dal momento che agli stessi è stata prospettata in modo legittimo e trasparente la scelta tra la conciliazione con incentivo alla risoluzione e le conseguenze del trasferimento presso altra unità produttiva.

In altri termini, secondo il Collegio, non si è raggiunta la prova della «ingiustificata sproporzione» tra il beneficio potenzialmente derivante all'azienda titolare del diritto e il disagio arrecato ai lavoratori, qualora questi avessero iniziato a svolgere la propria prestazione lavorativa nella nuova sede di destinazione.

Inoltre, la Corte ha ritenuto che siano stati rispettati i principi di buona fede e correttezza tra i contraenti, in quanto l'azienda ha ben prospettato tutti i futuri scenari legati alle possibili scelte dei lavoratori e gli stessi hanno avuto una «libera e consapevole autodeterminazione» nel firmare o meno il verbale di conciliazione.

Ne consegue che gli undici lavoratori ricorrenti avrebbero dovuto eccepire ulteriori elementi posti in essere dall'azienda volti a far «pressione» sulla propria volontà di contrarre, non potendo contestare la legittimità del recesso disciplinare unicamente ponendo in rilievo la lontananza e il disagio legato alla nuova sede lavorativa.

5. — Ci si chiede, a questo punto, se l'approdo giurisprudenziale a cui arriva la Suprema Corte, con una breve sentenza del tutto adesiva e che nulla aggiunge rispetto alla decisione presa in appello, non presenti dei punti oscuri e non del tutto analizzati nella motivazione.

Infatti, legare la sussistenza della correttezza e buona fede nell'operato datoriale unicamente alla chiara prospettazione delle conseguenze connesse alla scelta lasciata ai lavoratori non può essere valido criterio ermeneutico su cui fondare le proprie valutazioni.

D'altronde se così non fosse si finirebbe per avere in giudizio una mera ratifica delle scelte datoriali.

Detta altrimenti: rimanendo ancorati al caso di specie, ritenere che i lavoratori abbiano avuto una «libera e consapevole autodeterminazione» unicamente perché essi hanno potuto scegliere alternativamente tra l'accettazione della messa in mobilità e l'impugnazione del trasferimento con conseguente instaurazione di una futura lite giudiziaria non sembra ragionamento in linea con la specificità del diritto del lavoro «diseguale», quale *corpus* normativo tendente a riequilibrare tra le parti la diversa forza contrattuale (Carinci F. *et al.* 2018, 4 ss.).

Lavoro che è il valore fondamentale del nostro Stato (Mortati 1975, 1 ss.).

Il contratto di lavoro è un contratto di scambio tra prestazioni corrispettive e, come tale, si contraddistingue anche per la naturale contrapposizione degli interessi in gioco delle parti coinvolte.

Di conseguenza, il lavoratore, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2094 c.c., si obbliga a collaborare nell'impresa rispettando il potere di coordinamento e di organizzazione in capo all'imprenditore (Persiani 1966).

Lo stesso prestatore di lavoro deve eseguire le mansioni dedotte in contratto rispettando le disposizioni spazio-temporali dettate dal datore, che, tuttavia, non possono essere prive di limiti espliciti e impliciti ricavabili dall'ordinamento.

A tal proposito, è doveroso ricordare che l'attività interpretativa di chi è chiamato a operare con le norme lavoristiche deve tener in considerazione, oltre alle normali regole sulla produzione e sull'interpretazione delle leggi e dei contratti, anche dei principi fondamentali del nostro sistema costituzionale (Persiani 2004).

La dottrina e la giurisprudenza costituzionale ci ricordano costantemente che l'iniziativa economica privata è sì libera, ma non incondizionata e illimitata (Mengoni 1958).

L'interpretazione del giudice del lavoro, dunque, in base all'art. 41, comma 2, Cost., è anche attività di valutazione e di mediazione fra interessi contrapposti del datore e del prestatore di lavoro (Santoro Passarelli G. 2013).

L'organo giudicante, nel comporre i contrapposti interessi in gioco nel suddetto contratto di scambio, deve valutare le condotte complessivamente tenute da entrambe le parti in causa [Cass. 11.5.2018, n. 11408, S. civ., in *RFI*, 2018, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 3890].

Ciò detto, nella sentenza oggetto di nota, il fattore temporale di un trasferimento intimato poco prima della proposta conciliativa sembrerebbe elemento non avvalorato dalle motivazioni di merito e di legittimità; elemento, forse, rilevante per interrogarsi sulla natura strumentale, o meno, del potere esercitato a scapito dei lavoratori al fine di coartarne l'*animus contrahendi*.

Parimenti, nella motivazione della sentenza della Corte d'Appello di Roma si riscontra l'omesso esame di un elemento fattuale: la sussistenza di unità produttive più vicine rispetto a quelle di destinazione; fatto che sembra avvalorare la tesi della sussistenza di un perpetrato abuso nei confronti dei trasferiti.

Di talché, nel caso di specie, la Corte sembra aver scelto di non valutare più approfonditamente la condotta complessivamente tenuta dalla società datrice, limitandosi ad affermare che i ricorrenti non hanno contestato il modo di procedere nella valutazione dei fatti (il mancato avvaloramento in appello della sussistenza di sedi meno disagiate o la mancata analisi di elementi fattuali da cui dedurre la coartazione della volontà di contrarre dei dipendenti), ma solamente la loro interpretazione non con-

forme all'applicazione delle vigenti norme in materia di abuso del diritto ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 Cost. e 1175, 1375 e 2103 c.c.

In conclusione, tale pronuncia, nel ribadire il principio di abuso del diritto e nell'ammettere la sua astratta configurabilità applicativa nell'ipotesi del trasferimento di lavoratori, come novellato all'interno del comma 8 dell'art. 2103 c.c., mette in risalto la necessità dell'allegazione di elementi di fatto volti a dimostrare l'avvenuta consumazione di detto abuso.

Riferimenti bibliografici

- Breccia U. (1998), *L'abuso del diritto*, in Aa.Vv., *L'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 5 ss.
- Carinci F. *et al.* (2018), *Diritto del lavoro*, Utet, pp. 4 ss.
- Carinci M.T. (2005), *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in Galgano F. (diretto da), *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 160 ss.
- Del Punta R. (2016), *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Mengoni L. (1958), *La stabilità dell'impiego nel diritto italiano*, in Aa. Vv., *La stabilità dell'impiego nel diritto dei paesi membri della Ceca*, Giuffrè, Milano, 279 ss.
- Mortati C. (1975), *Commento all'articolo 1 della Costituzione*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione. (Artt. 1-12)*, Zanichelli, Bologna, 1 ss.
- Persiani M. (1966), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam.
- Persiani M. (2004), *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, in *ADL*, I, 917 ss.
- Rescigno P. (1965), *L'abuso del diritto*, in *RDC*, I, 205 ss.
- Romano S. (1958), voce *Abuso del diritto (c. Diritto attuale)*, in *ED*, I, 161 ss.
- Salvi C. (1998), voce *Abuso del diritto (I. Diritto civile)*, in *EGT*, 1 ss.
- Santoro Passarelli F. (1996), *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli.
- Santoro Passarelli G. (2013), *Note per un discorso sulla giustizia del lavoro*, in *RIDL*, 3, I, 513 ss.
- Santoro Passarelli G. (2017), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, Milano.

Eugenio Erario Boccafurni
*Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro
presso la «Sapienza» Università di Roma*

CASSAZIONE, 22.5.2018, n. 12568, S.U. – Pres. Mammone, Est. Manna, P.M. Finocchi Ghersi (conf.) – A.A. (avv. Melas) c. Banco di Sardegna Spa (avv. Macciotta).
Cassa con rinvio Corte d'Appello di Cagliari, 4.11.2014.

Licenziamento individuale – Periodo di comporto – Mancato superamento – Nullità.

Il licenziamento intimato per il perdurare delle assenze per malattia o infortunio del lavoratore, ma prima del superamento del periodo massimo di comporto fissato dalla contrattazione collettiva o, in difetto, dagli usi o secondo equità, è nullo per violazione della norma imperativa di cui all'art. 2110, c. 2, c.c. (1)

(1) NULLITÀ DEL LICENZIAMENTO PRIMA DEL SUPERAMENTO DEL PERIODO DI COMPORTO

SOMMARIO: 1. La fattispecie esaminata e il percorso esegetico seguito dalle Sezioni Unite. — 2. Gli arresti giurisprudenziali (apparentemente) contrastanti e l'ordinanza di rimessione. — 3. La contestualizzazione dei vizi sottesi al licenziamento *de quo*: inefficacia *vs* nullità. — 4. Il recesso datoriale *ex art.* 2110 c.c. come fattispecie autonoma di licenziamento e strumento di tutela di bene costituzionalmente tutelato. — 5. Una tutela indebolita dai recenti interventi normativi? — 6. La conferma della nullità come unica opzione possibile per «coerenza dogmatica» ordinamentale.

1. — *La fattispecie esaminata e il percorso esegetico seguito dalle Sezioni Unite* — La Sezione lavoro della Suprema Corte, chiamata a decidere sulle conseguenze giuridiche di un licenziamento intimato in costanza di malattia e nelle more del superamento del periodo di comporto, ha rimesso gli atti al Primo presidente per la valutazione dell'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite sul presupposto dell'esistenza di orientamenti contrastanti (*recte*: non coerenti) in seno alle Sezioni semplici.

Nel caso di specie, l'adita Corte d'Appello aveva rigettato il gravame del lavoratore contro la sentenza di primo grado che aveva respinto la sua impugnativa del licenziamento intimatogli per asserito superamento del periodo di comporto, prima dell'effettivo spirare del periodo previsto. I giudici di merito avevano statuito che, benché il periodo di comporto non risultasse esaurito alla data di intimazione del licenziamento, il recesso fosse da considerarsi non invalido, bensì meramente inefficace fino all'ultimo giorno di malattia, allorquando – scaduto il periodo massimo di comporto contrattualmente previsto – il recesso acquistava validità ed efficacia.

Per quanto qui ci occupa, tralasciando la circostanza dell'offerta di prestazioni lavorative *medio tempore* effettuata dal lavoratore, ritenuta dalla Corte territoriale ininfluente ai fini del *decisum*, la Suprema Corte, con ordinanza interlocutoria n. 24766/17 (1),

(1) Cass. 19.10.2017, n. 24766, in *RIDL*, 2018, n. 1, II, 72 ss., con nota di Tempesta.

ha rilevato l'esistenza di due indirizzi giurisprudenziali in tema di licenziamento irrogato in costanza di malattia e prima del superamento del periodo di comportamento: l'uno dichiarante la temporanea inefficacia dell'atto; l'altro asserente la nullità dello stesso. Ritenendo gli orientamenti contrastanti, la Sezione lavoro ha rimesso gli atti al Primo presidente, che, apprezzata la rilevanza della questione, ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite al fine di ottenere la statuizione di un principio di diritto sul tema.

In disparte le tematiche, non rilevanti ai nostri fini, della motivazione solo apparente e dell'erroneità del criterio di calcolo utilizzato, si vuole qui dare conto dell'*iter* logico-argomentativo seguito dalle Sezioni Unite, che, nel ricostruire il percorso esegetico sotteso all'uno e all'altro orientamento, hanno concluso – condivisibilmente – per la nullità dell'atto risolutivo *de quo*.

In primo luogo, la Corte – richiamando propri precedenti sul tema (2) – evidenzia che il licenziamento per superamento del periodo di comportamento (nella duplice variante del comportamento secco o frazionato) costituisce una fattispecie autonoma di licenziamento: «vale a dire una situazione di per sé idonea a consentirlo, diversa da quelle riconducibili ai concetti di giusta causa o giustificato motivo di cui all'art. 2119 c.c. e alla l. n. 604/1966, artt. 1 e 3» che deve ritenersi integrata solo allorché il periodo di comportamento sia effettivamente spirato. Peraltro, la regolamentazione della fattispecie in esame in una norma speciale del codice civile è finalizzata – a parere della Corte – a realizzare un punto di equilibrio «fra l'interesse del lavoratore a disporre d'un congruo periodo di assenze per ristabilirsi a seguito di malattia o infortunio e quello del datore di lavoro di non doversi fare carico a tempo indefinito del contraccolpo che tali assenze cagionano all'organizzazione aziendale».

Richiamando la precedente sentenza n. 2072/80 (3), le Sezioni Unite hanno ribadito che, ai sensi dell'art. 2110, c. 2, c.c., il datore di lavoro può recedere dal rapporto solo dopo la scadenza del periodo di comportamento fissato. Sicché, ammettere come valido – benché momentaneamente inefficace – il licenziamento intimato ancor prima che le assenze del lavoratore abbiano esaurito il periodo massimo di comportamento, significherebbe consentire un licenziamento privo del sostrato legittimante e, come tale, sostanzialmente «acausale» disposto al di fuori delle ipotesi residue previste dall'ordinamento, così ignorando la *ratio* dell'art. 2110, c. 2, c.c., che è quella di garantire al lavoratore un ragionevole arco temporale di assenza per malattia o infortunio senza doversi assumere l'alea di perdere l'occupazione.

2. — *Gli arresti giurisprudenziali (apparentemente) contrastanti e l'ordinanza di rimessione* — L'utilità dell'enunciazione del principio di diritto espresso nella pronuncia *de qua* è innegabile, ma a ben vedere – come precisano le Sezioni Unite nella sentenza che qui si commenta – il principio della temporanea inefficacia era stato enunciato in relazione a licenziamenti in cui il perdurare della malattia fungeva non da motivo di recesso, come nel caso del comportamento, ma da elemento a esso estrinseco, idoneo soltanto a differire l'efficacia del licenziamento.

(2) *Ex aliis*: Cass. 18.11.2014, n. 24525, in *DeG online*, 19 novembre 2014; Cass. 26.10.1999, n. 12031, in *MGL*, 2000, 61 ss., con nota di Figurati; Cass. 21.9.1991, n. 9869, in *RGL*, 1992, II, 1030 ss., con nota di Bergianti.

(3) Cass. 29.3.1980, n. 2072, S.U., in *GC*, 1980, n. 7-8, 1526 ss., con nota di Carnevali U.; in *FI*, 1980, I, 936 ss.

Le Sezioni Unite, infatti, nel ricostruire la fattispecie oggetto della loro disamina, affermano che, come già rilevato nell'ordinanza di rimessione (4), il contrasto interpretativo sui vizi afferenti il licenziamento in esame è più apparente che reale risultando essere frutto, essenzialmente, di un'erronea interpretazione dei precedenti in materia.

Si erano, in effetti, registrate pronunce che avevano ritenuto meramente inefficace il licenziamento intimato prima della scadenza del periodo di comporta fino al perdurare della situazione ostatica, in applicazione del principio della conservazione degli atti giuridici *ex art. 1367 c.c.*, applicabile al recesso datoriale in virtù del rinvio operato agli atti unilaterali dall'art. 1324 c.c. (5). Tali pronunce avevano richiamato, nel proprio percorso argomentativo, altri precedenti della Corte, in cui era stato affermato il generale principio secondo cui il licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato durante il periodo di malattia deve ritenersi valido, ma sospeso negli effetti fino al venir meno della causa ostatica (6).

A «tale orientamento si contrappone quello espresso in altre pronunzie con le quali è stata affermata la nullità e non la inefficacia del recesso datoriale intervenuto nell'ipotesi considerata» (7).

Come si legge nell'ordinanza di rimessione, «la tesi della nullità muove dalla considerazione secondo la quale, alla luce della consolidata giurisprudenza della Suprema Corte, è da ritenere acquisito che il superamento del periodo di comporta costituisce fatto che di per sé solo conferisce al datore di lavoro il diritto di recedere dal contratto».

Orbene, prosegue l'ordinanza, «nell'ottica dell'avvertita esigenza di necessario coordinamento logico-sistematico tra i limiti alla facoltà di recesso datoriale scaturenti dalla disciplina dettata dall'art. 2110 c.c., c. 2, e le previsioni dettate dalla l. n. 604/1966 in tema di licenziamenti individuali, è stato ritenuto che il potere datoriale di risoluzione del rapporto, fondato sul superamento del periodo di comporta, non potesse legittimamente esercitarsi se non in presenza del completo realizzarsi di questo, non essendo logicamente configurabile un diritto datoriale di recesso anteriore al realizzarsi della relativa situazione giustificativa».

Giocoforza, ritiene il Collegio, «ricorrono le condizioni per rimettere gli atti al Primo presidente, affinché valuti l'opportunità di assegnare la trattazione del ricorso alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 374 c.p.c., c. 2».

3. — *La contestualizzazione dei vizi sottesi al licenziamento de quo: inefficacia vs nullità* — Giova ora approfondire, analizzando con prospettiva critica i precedenti

(4) Cass. 19.10.2017, n. 24766, in *RIDL*, 2018, n. 1, II, 72 ss., con nota di Tempesta.

(5) Cass. 4.7.2001, n. 9037, in *NGL*, 2001, 766 ss.7; Cass. 10.2.1993, n. 1657, in *MGL*, 1993, 359 ss.

(6) Cass. 10.10.2013, n. 23063, in *D&G online*, 13 febbraio 2014; Cass. 6.7.1990, n. 7098, in *GC*, 1990, n. 7, 32 ss.; Cass. 2.7.1988, n. 4394, in *NGL*, 1998, 524 ss.; Cass. 17.12.1987, n. 9375, in *GC*, 1987, n. 12, 58 ss.; Cass. 29.6.1985, n. 3909, in *RGL*, 1986, II, 382 ss.; Cass. 15.5.1984, n. 2966, in *MGL*, 1984, 481 ss.; Cass. 30.4.1985, n. 2779, in *GC*, 1985, n. 4, 84 ss.; Cass. 15.3.1984, n. 1781, in *GC*, 1985, n. 4, 153 ss.; Cass. 19.1.1981, n. 451, in *GC*, 1981, n. 1, 67 ss.

(7) Cass. 18.11.2014, n. 24525, in *ilgiuslavorista.it*, 2015, con nota di Fumai; Cass. 26.10.1999, n. 12031, in *MGL*, 2000, 61 ss., con nota di Figurati; Cass. 21.9.1991, n. 9869, in *RGL*, 1992, II, 1030 ss., con nota di Bergianti.

pronunciamenti, le argomentazioni giuridiche sottese ai due citati orientamenti al fine di comprendere la fondatezza dell'una e dell'altra tesi.

Come detto, alla stregua del primo orientamento giurisprudenziale, il licenziamento fondato sul superamento del periodo di comporto, prima della relativa scadenza, è (*recte*: sarebbe) inefficace fintanto che la causa ostativa – il perdurare della malattia – persista e produce automaticamente i propri effetti non appena l'evento – il superamento del periodo di comporto – si verifica (8). Il principio enunciato nei precedenti richiamati è inequivoco e chiarisce che l'inosservanza del divieto di licenziamento del lavoratore in malattia, fino a quando non sia decorso il cosiddetto periodo di comporto *ex art.* 2110, c. 2, c.c., non determina di per sé la nullità del recesso, ma implica, *ex art.* 1367 c.c., la temporanea inefficacia dello stesso fino alla scadenza della situazione ostativa (9).

Nell'*incipit* del presente lavoro si è tuttavia accennato alla sola «apparenza» del contrasto tra i due orientamenti, posto che le Sezioni Unite, nell'argomentare la propria posizione, chiariscono che, «invero, i precedenti di Cass. n. 1657/93 e Cass. n. 9037/01, nell'affermare che il licenziamento intimato in ragione del protrarsi delle assenze per malattia del lavoratore, ma prima che si sia esaurito il periodo di conservazione del posto di lavoro, è meramente inefficace fino a quando tale periodo non si consumi, rinviando puramente e semplicemente a Cass. n. 1151/88 e a Cass. n. 9032/2000, che tuttavia, a ben vedere, muovono da presupposti diversi».

Infatti, come acutamente rilevato nella sentenza che qui si commenta, Cass. n. 1151/88, interpretando l'art. 2110 c.c., statuisce che prima che scada il comporto non è consentito licenziare il lavoratore per perdurante morbilità, a meno che non ricorra «l'ipotesi – eccezionale e diversa da quella oggi in esame – di malattia irreversibile e inemendabile tale da rendere certo che il dipendente non sarà più in grado di riprendere la propria normale attività lavorativa» (10).

In particolare, il c. 1 della detta norma riversa sul datore di lavoro il rischio della perdita della controprestazione, con il conseguenziale diritto del lavoratore al relativo trattamento economico (11) in quanto configura una fattispecie legale di impossibilità temporanea della prestazione lavorativa, riferibile alla persona del dipendente, ma a lui non imputabile (12). Il c. 2 pone un limite a tale rischio, con l'attribuzione allo stesso datore di lavoro della facoltà di recesso quando le assenze si protraggono oltre il cosiddetto periodo di comporto (13).

A ben vedere, le sentenze della Suprema Corte che hanno statuito il differimento dell'efficacia del licenziamento allo scadere del periodo di comporto l'hanno fatto in relazione a licenziamenti alla cui base vi era già un motivo di recesso diverso e autonomo dal mero protrarsi della malattia, vale a dire a licenziamenti intimati o per

(8) Cass. 10.2.1993, n. 1657, in *GC*, 1993, I, 2421 ss., con nota di Bianconcini; Cass. 13.1.1989, n. 133, in *GC*, n. 1, 152 ss.

(9) Cass. 4.7.2001, n. 9037, in *NGL*, 2001, 766 ss.; Cass. 10.2.1993, n. 1657, in *GC*, 1993, 2421 ss., con nota di Bianconcini; Cass. 2.7.1988, n. 4394, in *NGL*, 1988, 524 ss.

(10) Cass. 4.2.1988, n. 1151, in *NGL*, 1988, 719 ss.

(11) Cass. 11.11.1980, n. 6056, in *GC*, 1980, n. 11, 321 ss.

(12) Cass. 18.11.1988, n. 6248, S.U., in *MGL*, 1988, 676 ss.

(13) Cass. 10.2.1993, n. 1657, in *GC*, 1993, I, 2421 ss., con nota di Bianconcini.

giustificato motivo oggettivo (14), anche per sopravvenuta inidoneità a determinate mansioni (15), o per riduzione di personale (16), o per giusta causa (17), o per giustificato motivo oggettivo rispetto al quale era, poi, sopraggiunta una giusta causa di recesso considerata come idonea di per sé a risolvere immediatamente il rapporto, ancor prima che cessasse lo stato di malattia (18).

In tutte tali evenienze, dunque, il perdurante stato di malattia funge non già da motivo di recesso, ma da elemento a esso estrinseco e idoneo soltanto a differire l'efficacia del licenziamento. In particolare, nelle ipotesi che si vorrebbero porre a fondamento della tesi della mera inefficacia del licenziamento *de quo*, il motivo di recesso non nasce(va) dal superamento del periodo di comportamento, bensì da un motivo diverso, rispetto al quale lo stato di malattia del lavoratore costituiva una mera situazione di fatto, idonea unicamente a sospendere gli effetti del licenziamento intimato per un diverso motivo. Pertanto, afferma la Suprema Corte a Sezioni Unite, «in tale giurisprudenza il richiamo al differimento dell'efficacia del recesso datoriale sino alla cessazione della malattia o fino all'esaurirsi del periodo di comportamento vale solo a ribadire la nota regola in virtù della quale la quiescenza del rapporto impedisce l'immediato prodursi dell'effetto risolutivo: si tratta di asserto ininfluyente ai fini della questione in oggetto».

Concludendo l'anzidetto articolato ragionamento, le Sezioni Unite affermano, in modo categorico, che, «in breve, le uniche sentenze (19) che hanno espressamente affermato che il licenziamento intimato solo per perdurante morbilità e prima dello scadere del periodo di comportamento sia valido, ancorché meramente inefficace fino alla scadenza medesima, si sono basate su precedenti giurisprudenziali che – in realtà – statuivano altro».

Orbene, ricostruita (e smentita) così la tesi della temporanea inefficacia del licenziamento *de quo*, possiamo ora analizzare il diverso orientamento espresso in altre pronunce della Suprema Corte con cui è stato affermato che, nella fattispecie considerata, il licenziamento è radicalmente nullo per violazione della norma imperativa, di cui all'art. 2110 c.c., poiché solo il superamento del periodo di comportamento conferisce al datore di lavoro il diritto di recedere dal contratto, dovendosi, in difetto, non ritenersi integrata la fattispecie invocata (20). Logico corollario della detta argomentazione è che il potere di recesso datoriale non può legittimamente essere esercitato se non in presenza del completo realizzarsi del comportamento stesso, non essendo logicamente configurabile un diritto anteriore alla realizzazione della relativa situazione giustificativa (21).

(14) Cass. 10.10.2013, n. 23063, in *D&G online*, 13 febbraio 2014; Cass. 2.7.1988, n. 4394, in *NGL*, 1988, 524 ss.

(15) Cass. 7.1.2005, n. 239, in *GC*, 2005, n. 1, 87 ss.

(16) Cass. 6.7.1990, n. 7098, in *GC*, 1990, n. 7, 57 ss.

(17) Cass. 26.5.2005, n. 11087, in *GC*, 2005, n. 5, 134 ss.

(18) Cass. 4.1.2017, n. 64, in *D&G online*, 5 gennaio 2017, con nota di Marino.

(19) Cass. 4.7.2001, n. 9037, in *NGL*, 2001, 766 ss.; Cass. 10.2.1993, n. 1657, in *MGL*, 1993, 359 ss.

(20) Cass. 18.11.2014, n. 24525; Cass. 26.10.1999, n. 12031; Cass. 21.9.1991, n. 9869, in *RGL*, 1992, II, 1030, con nota di Bergianti.

(21) Cass. 19.1.1988, n. 382, in *GC*, 1988, n. 1, 84 ss.; Cass. 10.4.1981, n. 2090, in *GC*, 1981, n. 4, 122 ss.; Cass. 22.2.1980, n. 1277, in *GC*, 1980, n. 2, 138 ss.

Diversamente opinando, affermano le Sezioni Unite, «si tratterebbe d'un licenziamento sostanzialmente acasuale disposto al di fuori delle ipotesi residue previste dall'ordinamento e, soprattutto, sarebbe – questo – un modo per aggirare l'interpretazione dell'art. 2110, c. 2, c.c. e di ignorarne la *ratio*, che è quella di garantire al lavoratore un ragionevole arco temporale di assenza per malattia o infortunio senza per ciò solo perdere l'occupazione».

Evidente, quindi, la «confusione concettuale» dalla quale era sorto il contrasto di giurisprudenza, evidenziato dalle Sezioni Unite, non potendosi in alcun modo assimilare, quanto agli effetti, un licenziamento per superamento del periodo di comportamento, in cui elemento costitutivo è, appunto, il superamento del detto periodo, con un licenziamento che tragga origine da un diverso motivo in cui il perdurare della malattia funge(va) non da motivo di recesso, ma da elemento estrinseco e idoneo soltanto a differire l'efficacia del licenziamento.

4. — *Il recesso datoriale ex art. 2110 c.c. come fattispecie autonoma di licenziamento e strumento di tutela di bene costituzionalmente tutelato* — La ricostruzione, come condivisibilmente operata dalla Suprema Corte, consente altresì di approfondire il carattere dell'autonomia della fattispecie di licenziamento di cui all'art. 2110 c.c. Il superamento del periodo di comportamento è, come detto, un evento che di per sé solo fa insorgere il diritto di recesso datoriale (22); diritto che, pertanto, non può logicamente esistere *ex ante*.

Secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità (23), il licenziamento in questione non costituisce un'ipotesi di giustificato motivo, ma un'autonoma fattispecie di recesso che trova la sua fonte diretta nell'art. 2110 c.c. e che si sostanzia nella impossibilità oggettiva della prestazione. Afferma, infatti, la Suprema Corte che il licenziamento in esame costituisce una fattispecie autonoma di recesso diversa da quelle riconducibili ai concetti di giusta causa o giustificato motivo di cui all'art. 2119 c.c. e alla l. n. 604/1966, artt. 1 e 3 (24).

Com'è noto, infatti, le problematiche connesse all'inquadramento sistematico del licenziamento di cui trattasi sono state al centro di un ampio dibattito, culminato nelle note sentenze della Corte Suprema a Sezioni Unite del 1980 (25) che hanno riconosciuto la specificità dell'art. 2110 c.c. e hanno trattato la fattispecie come un'autonoma ipotesi di recesso (26). Si tratta di due decisioni particolarmente importanti, perché – per la prima volta – hanno esteso la disciplina della sospensione del rapporto di lavoro per malattia del lavoratore, e dunque il divieto di licenziamento per la durata dell'infermità, anche alle ipotesi di comportamento frazionato (27), superando il

(22) Cass. 26.10.1999, n. 12031, in *MGL*, 2000, 61 ss., con nota di Figurati.

(23) Cass. 29.3.1980, n. 2072, S.U., in *GI*, 1980, n. 1, I, 1154 ss.

(24) Cass. 31.1.2012, n. 1404, in *D&G online*, 2012, 119 ss., con nota di Papaleo.

(25) Cass. 29.3.1980, n. 2072, S.U., in *GC*, 1980, n. 7-8, 1526 ss., con nota di Carnevali; Cass. 29.3.1980, n. 2074, S.U., in *LPO*, 1980, 1206 ss., con nota di Meucci, in *GI*, 1980, 1438 ss., con nota di Ardaù; in *GC*, 1980, I, 1526 ss., con nota di Carnevali; in *MGL*, 1980, 149 ss., con nota di Riva Sanseverino.

(26) Topo 2014.

(27) Sul licenziamento del periodo di comportamento quale autonoma causa di risoluzione, cfr. Ghera 2008.

proditorio principio secondo il quale il «compromesso» tra le ragioni imprenditoriali e le esigenze del lavoratore fosse applicabile solo nelle ipotesi di malattia continuativa.

Su queste premesse, si è individuata nel superamento del periodo di comportamento, secco o frazionato, un'ipotesi a sé stante di licenziamento (28), connotata da una specialità sia rispetto alla disciplina generale dei contratti sia con riferimento alla normativa limitativa del licenziamento individuale (29).

In particolare, nell'ambito del rapporto con la disciplina del contratto in genere, è stato valorizzato il carattere autonomo dell'art. 2110 c.c., che prevede una causa di sospensione della prestazione lavorativa diversa rispetto alla disciplina dell'impossibilità parziale o temporanea della prestazione di cui agli artt. 1256 e 1464 c.c. Invero, la disposizione, nel prevedere che «l'imprenditore ha diritto di recedere dal contratto a norma dell'art. 2118, decorso il periodo stabilito dalla legge, dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità», esclude l'assenza per malattia dall'area dell'inadempimento contrattuale del prestatore di lavoro, sospendendo il rapporto per tutta la sua durata e precludendo al datore di lavoro il recesso fino alla scadenza del periodo di tolleranza imposto dalle fonti applicabili.

In più, come accennato, con riferimento alla specialità relativa alla disciplina sul licenziamento, è stato ritenuto che il superamento del periodo di comportamento integri di per sé una causa di recesso a prescindere dalla sussistenza di ulteriori esigenze giustificative, e configuri, dunque, un'ipotesi di recesso datoriale speciale, in deroga rispetto alla disciplina dettata per il licenziamento individuale (30).

Anche tale aspetto viene affrontato in modo chiaro e risoluto nella pronuncia in commento, laddove si afferma chiaramente che «deve altresì escludersi che il licenziamento intimato per superamento del periodo di comportamento, ma anteriormente alla sua scadenza, sia meramente ingiustificato, tale dovendosi invece considerare solo quello che venga intimato mediante enunciazione d'un giustificato motivo o d'una giusta causa che risulti, poi, smentita all'esito della verifica giudiziale. Né [...] si dica che, esclusa tale ipotesi, quel che residua è un licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo e, come tale, ingiustificato: si tratta d'un mero artificio dialettico che trascura il dato di fatto che il licenziamento è stato pur sempre intimato per il protrarsi delle assenze del lavoratore sul presupposto giuridicamente erroneo che ciò sia consentito ancora prima dello spirare del termine massimo di comportamento. Diversamente opinando, qualunque licenziamento nullo verrebbe pur sempre a collocarsi nell'area della mera mancanza di giustificazione».

Pertanto, è stato precisato che le dette regole hanno la funzione di temperare gli interessi confliggenti del datore di lavoro, a mantenere un'adeguata efficienza produttiva, e del lavoratore, a disporre di un congruo periodo di tempo per curarsi

(28) Sull'immutabilità delle motivazioni, cfr. Fraioli 2016.

(29) Dalla malattia deve distinguersi l'inidoneità al lavoro, in quanto, ferma l'impossibilità della prestazione lavorativa, esse hanno natura diversa: temporanea la prima; permanente o, quanto meno, di durata indeterminata o indeterminabile la seconda. Sull'impossibilità sopravvenuta, vd. Calcaterra 2009; Cass. 17.6.1997, n. 5416. Cfr.: Del Punta 1992; Santucci 1993; Pandolfo 1991; Vianello 2012.

(30) Sulla valutazione tra malattia del lavoratore e funzionalità dell'impresa, cfr. Balestrieri 1980.

senza perdere i mezzi di sostentamento e l'occupazione, riversando sull'imprenditore – in parte e per un tempo la cui concreta determinazione è rimessa gradatamente alla legge, ai contratti collettivi, agli usi, all'equità – il rischio della malattia del dipendente (31).

Tale argomentazione ci consente, quindi, di soffermarci anche sull'ulteriore aspetto relativo alla tipologia del bene tutelato con la norma in esame, posto che le Sezioni Unite, nell'affermare il principio della nullità del dedotto licenziamento, confermano che la tutela della salute è un principio imperativo.

Si legge nella sentenza *de qua*: «il valore della tutela della salute è sicuramente prioritario all'interno dell'ordinamento – atteso che l'art. 32 Cost. lo definisce come “fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività” – così come lo è quello del lavoro (basti pensare, in estrema sintesi, all'art. 1 Cost., c. 1, e agli artt. 4 e 35 ss. Cost.). In questa cornice di riferimento, è agevole evidenziare come la salute non possa essere adeguatamente protetta se non all'interno di tempi sicuri entro i quali il lavoratore, ammalatosi o infortunatosi, possa avvalersi delle opportune terapie senza il timore di perdere, nelle more, il proprio posto di lavoro».

Argomenta la Corte che consentire il licenziamento del lavoratore durante il periodo di comporta, significherebbe porre in essere una violazione di un diritto fondamentale della persona assistito da garanzia costituzionale, in considerazione del prioritario e «fondamentale diritto dell'individuo», *ex art.* 32 Cost., alla tutela della propria salute.

Nulla quaestio, quindi, sul carattere imperativo dell'art. 2110 c.c. risultando detta norma attuativa del precetto di cui all'art. 32 Cost., che tutela la salute quale fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività.

Un licenziamento per superamento del periodo di comporta intimato prima della sua scadenza non può quindi ritenersi solo ingiustificato (*ad est*: privo di giusta causa ovvero di giustificato motivo oggettivo), ma deve ritenersi nullo per violazione di norma imperativa, in quanto difforme dal modello legale delineato dall'art. 2110, c. 2, c.c.

Il periodo di comporta può, quindi, agevolmente essere considerato un «baluardo» a tutela della salute del lavoratore.

5. — *Una tutela indebolita dai recenti interventi normativi?* — Accertata e dichiarata la categoria del vizio in cui si incorre nel caso di intimazione del licenziamento nelle more del periodo di comporta, occorre ora analizzare il profilo sanzionatorio predisposto dall'ordinamento.

Partendo dal dato acclarato della nullità e ricordando che, ai sensi dell'art. 1418 c.c., la nullità è la situazione di invalidità determinata da un vizio del negozio giuridico che rende il negozio stesso inidoneo a produrre i suoi effetti, ci limitiamo qui ad accennare che i vizi dai quali è determinata la nullità sono, come noto: la contrarietà a norme imperative; la mancanza di uno dei requisiti essenziali; la illiceità della causa; la mancanza nell'oggetto dei requisiti di possibilità, liceità, determinatezza o determinabilità.

Applicando gli insegnamenti civilistici della dicotomia tra nullità *cd.* testuali – *ivi* intendendo quelle espressamente previste dalla legge – e nullità *cd.* virtuali – *ivi*

(31) Cass. 24.6.2005, n. 13624, in *GCost.*, 2012, n. 1, 322 ss.

includendo quelle per contrarietà a norme imperative per la valutazione delle quali soccorre l'ausilio dell'interprete –, è del tutto agevole ritenere che, nel caso di specie, la nullità del licenziamento *de quo* è sussumibile nella fattispecie di nullità per contrarietà a norme imperative nell'alveo della cd. nullità virtuale.

Orbene, con particolare riguardo al profilo sanzionatorio e sulla scorta del noto brocardo *quod nullum est nullum producit effectum*, si dovrebbe poter concludere per l'improduttività degli effetti del licenziamento in esame (32) e il ripristino immediato della situazione *quo ante* con una tutela reintegratoria piena. Il *proprium* della nullità sta appunto nel fatto che il licenziamento nullo è improduttivo di effetti e non incide sulla continuità giuridica del rapporto di lavoro (33).

Tuttavia, giova qui ricordare che il licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110 c.c. è stato preso in considerazione solo con la l. n. 92/2012, che all'art. 1, c. 42, ha espressamente previsto per la detta fattispecie l'annullamento del licenziamento e la reintegrazione nel posto di lavoro con il pagamento di una indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegra, dedotto quanto percepito e, in ogni caso, in misura non superiore alle 12 mensilità *ex art.* 18, cc. 7 e 4, St. lav., così riconoscendo al licenziamento di cui trattasi un proprio regime sanzionatorio consistente nella tutela cd. attenuata (34).

Tale disciplina è stata ulteriormente modificata dal d.lgs. n. 23/2015, a seguito del quale si pone – effettivamente – qualche dubbio in ordine al regime sanzionatorio da applicarsi ai lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015 (35), posto che nel detto decreto manca una sanzione espressa per il licenziamento *de quo* (36).

Tacendo la norma, sul punto sono emerse diverse opzioni interpretative, relative all'opportunità di considerare il licenziamento in esame come un licenziamento privo di giustificazione (37), con conseguente applicazione della tutela indennitaria, ovvero, in ragione della sua nullità, peraltro confermata dalla sentenza in commento, ritenere applicabile la tutela reintegratoria piena (38).

In tale prospettiva, ritenendo applicabile la sanzione della nullità, si potrebbe far riferimento all'art. 2, c. 1, d.lgs. n. 23/2015, che prescrive la reintegrazione piena con riferimento «agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge» (39). Ma, come già acutamente rilevato, tale soluzione, pur apparendo plausibile, implica alcune evidenti discrasie (40): da un lato, infatti, implicherebbe una sanzione superiore a

(32) Vilella 1998; D'Amico 2009.

(33) Bellocchi 2015, 145.

(34) Non è rinvenibile, di contro, alcuna disposizione per i lavoratori dipendenti da imprese sotto la soglia di applicazione dell'art. 18.

(35) Cfr.: Tremolada 2015; Albi 2012. *Contra*, Speciale 2012.

(36) Vd. Brino 2015.

(37) Assimilando il licenziamento in esame all'insussistenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Molto critico Carinci 2015.

(38) Ricomprendendo il licenziamento in esame nell'ultimo comma, relativo al giustificato motivo per disabilità fisica o psichica, in virtù dell'avverbio «anche». Cfr. Voza 2015; *contra*: Garofalo 2015; Giubboni 2015.

(39) Puntuale la ricostruzione effettuata da Voza (2015) e Cester (2015).

(40) Cinelli 2015.

quella fissata dalla legge Fornero; dall'altro, determinerebbe un'equiparazione al trattamento previsto per il licenziamento determinato dalle cd. nullità testuali (41).

Inoltre, un'interpretazione estensiva e costituzionalmente orientata dell'art. 2, d.lgs. n. 23/2015, imporrebbe di estendere la disciplina ivi prevista anche ai casi di nullità regolati dall'art. 1418, c. 2, c.c.

Diversamente, si potrebbe operare un rimando alla disciplina del diritto comune (42); in tale prospettiva, nel caso del licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110, c. 2, c.c., la nullità dell'atto di recesso ai sensi dell'art. 1418 c.c. darà diritto al lavoratore al ripristino del rapporto di lavoro e al risarcimento del danno correlato alle retribuzioni *medio tempore* non godute (43), in coerenza con i principi in tema di mora del creditore (44).

Né vale, secondo la Corte, a sconfessare la gravità del vizio, la circostanza che la l. n. 92/2012 abbia previsto, nelle ipotesi di violazione dell'art. 2110, c. 2, c.c. l'applicazione del regime reintegratorio attenuato (art. 18, c. 7, l. n. 300/70) in luogo del regime reintegratorio pieno, previsto dalla medesima norma nelle altre ipotesi di nullità previste dalla legge (art. 18, c. 1, l. n. 300/70), posto che la scelta di assegnare un regime sanzionatorio più lieve rientra nelle prerogative del legislatore, così come va altresì considerato che, nell'impianto del d.lgs. n. 23/2015, il principio della tutela contro il licenziamento illegittimo risulta essere quello dell'indennizzazione.

Afferma, infatti, la Suprema Corte nella sentenza *de qua*: «in considerazione d'un minor giudizio di riprovazione dell'atto assunto in violazione di norma imperativa, ben può il legislatore graduare diversamente il rimedio ripristinatorio pur in presenza della medesima sanzione di nullità».

Ci sia consentito, tuttavia, rilevare con profilo critico che, trattandosi di situazioni equivalenti sotto il profilo della gravità del vizio e degli interessi tutelati, certamente non si giustifica una differenza così rilevante nel sistema sanzionatorio, e ciò anche alla luce degli insegnamenti della Corte costituzionale per i quali «l'art. 3 Cost. consente al legislatore di valutare le situazioni obiettive e di adottare le corrispondenti normative (45), col limite di dover disciplinare in modo eguale le situazioni eguali e in modo diverso quelle differenti sempre che in contrario non ricorrano logiche e razionali giustificazioni» (46).

Le suesposte argomentazioni assumono, a parere di chi scrive, maggiore rilievo anche alla luce della recente pronuncia di incostituzionalità che ha travolto l'art. 3 del d.lgs. n. 23/2015 nella parte in cui prevede l'indennità di licenziamento commisurata alla sola anzianità di servizio (47).

(41) Speciale (2015) ha rilevato che l'interpretazione più restrittiva esclude dalla disciplina dell'art. 2 casi di rilievo quali il motivo illecito o la frode alla legge, o altre situazioni in cui il licenziamento, pur non espressamente qualificato nullo, sia in contrasto con norme imperative.

(42) Marazza 2012, 2015, 335 ss.

(43) Tremolada 2015, 28.

(44) Speciale 2013, 340 ss.; Speciale 1992, 313 ss.

(45) C. cost. 13.11.2014, n. 254, in *RIDL*, 2015, n. 3, II, 810 ss.; C. cost. 16.2.2012, n. 25, ord., in *GCost.*, 2012, I, 322 ss.; C. cost. 21.7.2011, n. 224, ord., in *GCost.*, 2011, n. 4, 2889 ss.

(46) C. cost. 19.4.1972, n. 62, in *www.giurcost.org*.

(47) C. cost. 8.11.2018, n. 194, in *ilgiuslavorista.it*, 2018, con nota di Di Paola.

6. — *La conferma della nullità come unica opzione possibile per «coerenza dogmatica» ordinamentale* — La soluzione cui sono pervenute le Sezioni Unite pare ineccepibile.

Se, infatti, la causa del recesso è costituita dal superamento del periodo protetto, non è ipotizzabile ritenere che la parte datoriale possa esercitare il diritto di recesso in assenza delle condizioni di legge che lo legittimano. In altri termini, ammettere come valido (sebbene momentaneamente inefficace) il licenziamento intimato ancor prima che le assenze del lavoratore abbiano esaurito il periodo massimo di comportamento significa consentire un licenziamento che, all'atto della sua intimazione, è ancora sprovvisto delle condizioni legittimanti.

Coerentemente, quindi, le Sezioni Unite affermano che la sanzione ricollegabile al licenziamento per mancato superamento del periodo di comportamento prima della scadenza del relativo termine non può che essere quella della nullità del recesso, in quanto contrario a norma imperativa di legge (48) anche in virtù del fatto che «intuitive esigenze di coerenza dogmatica all'interno della teoria generale del negozio giuridico sconsigliano forzature».

A onor del vero, già leggendo l'ordinanza di rimessione era comprensibile l'opzione preferita dalla Suprema Corte, consistente nella nullità piuttosto che nell'inefficacia, per «coordinamento logico-sistematico» tra le discipline dettate rispettivamente dall'art. 2110 c.c. e dalla l. n. 604/66.

D'altra parte, «muovendo dall'interpretazione dell'art. 2110 c.c., c. 2, accolta fin dalla summenzionata Cass. n. 2072/80, S.U., va evidenziato che il carattere imperativo della norma, in combinata lettura con l'art. 1418 c.c., non consente soluzioni diverse» (49).

Conclusivamente e condivisibilmente, il recesso per superamento del periodo, a differenza di un normale recesso per giustificato motivo oggettivo, non ha bisogno di essere provato nelle motivazioni, poiché esso risulta motivato *a priori* per presunzione (50) e legalmente tipizzato. Ciò che rileva è che l'integrazione del periodo di comportamento rappresenta il punto di rottura del vincolo contrattuale, il momento – individuato dalle fonti abilitate dall'art. 2110 c.c. – in cui non sussiste più per il datore di lavoro un «apprezzabile interesse» all'adempimento della prestazione e, specularmente, non sussiste più per il lavoratore malato il diritto ad assentarsi senza essere licenziato (51).

In altri termini, e – ormai – senza possibilità di equivoci, è il fatto oggettivo del superamento del periodo consentito che legittima il recesso datoriale (52), con la conseguenza che ai fini della legittimità dell'atto di recesso è necessario e sufficiente che sussista quest'unica condizione, senza ulteriore onere a carico del datore di lavoro (53).

Dalla violazione del divieto descritto deriva la radicale nullità del licenziamento per la contrarietà alla norma imperativa di cui all'art. 2110, c. 2, c.c., posto che la

(48) Cass. 22.5.2018, n. 12568, S.U., in *D&G*, 2018, 92, 4, con nota di Satta Mazzone.

(49) Cass. 18.11.2014, n. 24525, in *D&G online*, 19 novembre 2014, che, oltre a ribadire l'orientamento appena descritto, ammette anche la possibilità di rinnovazione del licenziamento.

(50) Del Punta 2017.

(51) Cass. 19.10.2017, n. 24766, ord., in *NGC*, 2018, n. 3, 309 ss., con nota di Galardi.

(52) Cass. 1.6.1992, n. 6599, in *GI*, 1995, n. 6, con nota di Vergari.

(53) Cfr. Miani Canevari 2005.

valutazione degli interessi contrapposti delle parti è già avvenuta nella fase prodromica, allorché si è fissato il comparto.

Riferimenti bibliografici

- Albi P. (2012), *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 160, 11 ss.
- Arda R. (1980), *Ancora sulla cosiddetta eccessiva morbilità*, in *GI*, 1438 ss.
- Balestrieri F. (1980), *Eccessiva morbilità, interpretazione equitativa e clausole contrattuali di comparto: l'ultima parola all'interprete*, in *RGL*, II, 956 ss.
- Bellocchi P. (2018), *La nullità del licenziamento nel decreto legislativo n. 23/2015*, in *DRI*, n. 1, 145 ss.
- Brino V. (2015), *La tutela reintegratoria per i nuovi assunti tra novità e conferme*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi – Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e 23* Giappichelli, Torino, 85 ss.
- Calcaterra L. (2009), *La giustificazione oggettiva del licenziamento*, Napoli.
- Carinci F. (2015), *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in Carinci F., Tiraboschi M. (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, Adapt labour studies, e-book series, n. 37, 71 ss.
- Carnevali A. (1980), *Eccessiva morbilità, periodo di comparto e recesso del datore di lavoro*; in *GC*, I, 1526 ss.
- Cester C. (2015), *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 273, 68 ss.
- Cinelli M. (2015), *«Salute» e «occupazione» nell'attuale quadro normativo del Jobs Act: alcune considerazioni*, in *RIDL*, n. 3, I, 439 ss.
- D'Amico A. (2009), *Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in Pagliantini S. (a cura di), *Le forme della nullità*, Giappichelli, Torino, 1 ss.
- Del Punta R. (1992), *La sospensione del rapporto di lavoro*, in Schlesinger P. (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 381 ss.
- Del Punta R. (2017), *Cause di sospensione della prestazione lavorativa*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, 1210 ss.
- Fiorillo L. (2015), *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi – Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e 23*, Giappichelli, Torino, 121 ss.
- Fraioli A.L. (2016), *Licenziamento per superamento del periodo di comparto di malattia – l'immutabilità della ragione comunicata quale motivo del licenziamento*, in *GI*, n. 12, 2689 ss.
- Galardi R. (2018), *Sul licenziamento del lavoratore malato*, in *NGCC*, n. 3, 309 ss.
- Garofalo D. (2015), *Il giustificato motivo oggettivo nella riforma Renzi*, in Ghera E., Garofalo D. (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria del Jobs Act 2*, Bari, 144 ss.
- Ghera E. (2012), *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 89 ss.
- Giubboni S. (2015), *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 246, 1 ss.

- Marazza M. (2015), *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *ADL*, n. 2, II, 310 ss.
- Miani Canevari F. (2005), *Art. 2110 c.c.*, in Ruperto C., *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, Milano, 640 ss.
- Pandolfo A. (1991), *La malattia nel rapporto di lavoro*, Milano.
- Papaleo A. (2012), *La malattia del lavoratore subordinato rientra nel rischio di impresa del datore*, in *D&G online*, 119 ss.
- Riva Sansaverino L. (1980), «*Eccessiva morbilità*» e ordinamento applicabile, in *MGL*, 1980, 149 ss.
- Santucci R. (1993), *Le cause sospensive della prestazione di lavoro*, Torino.
- Speziale V. (1992), *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari.
- Speziale V. (2012), *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 165, 40 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, 338 ss.
- Speziale V. (2016), *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in *RIDL*, n. 1, II, 111 ss.
- Tempesta G.F. (2018), *Il licenziamento per il «futuro» superamento del periodo di comporto: nullità o temporanea inefficacia?*, in *RIDL*, n. 1, II, 72 ss.
- Topo A. (2014), *Il licenziamento del lavoratore malato e del lavoratore disabile*, in *GI*, n. 2, 18 ss.
- Tremolada M. (2015), *Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, 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)*, e-book, 27 ss.
- Treu T. (2015), *Jobs Act: prime riflessioni sui decreti attuativi*, in *GLav.*, 14 ss.
- Vergari S. (1995), *Il licenziamento per superamento del comporto fra libero recesso e regime di stabilità*, in *GI*, 6 ss.
- Vianello U. (2012), *La sospensione della prestazione di lavoro e tutela della salute*, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattato di Diritto del lavoro*, vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione*, a cura di Martone M., IV, I, Padova, 1059 ss.
- Villella A. (1998), *Le nullità virtuali*, in Ferroni L. (a cura di), *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, Giuffrè, Milano, 611 ss.
- Voza R. (2015), *Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 249, 9 ss.

Fabiola Lamberti

Avvocata. Dottoressa di ricerca. Professoressa a contratto di Diritto del lavoro presso l'Università di Roma «Roma Tre»

CASSAZIONE, 17.5.2018, n. 12108 – Pres. Bronzini, Est. Lorito, P.M. Visonà (conf.) – M.M. (avv. Mazzi) c. Fondazione Teatro dell’Opera di Roma (avv.ti De Feo, M. Marazza, M. Marazza).
Cassa Corte d’Appello di Roma, 14.10.2015.

Discriminazioni – Lavoratori dello spettacolo – Età pensionabile – Permanenza in servizio – Opzione – Esercizio – Limiti di età distinti per uomini e donne – Raggiungimento – Licenziamento – Discriminazione diretta di genere – Sussistenza – Nullità del licenziamento – Reintegra.

Discriminazioni – Lavoratori dello spettacolo – Età pensionabile – Permanenza in servizio – Limite di età diversificato in base al sesso – Discriminazione diretta – Sussistenza – Norma interna – Disapplicazione – Obbligo preventivo di incidente di costituzionalità – Esclusione.

La normativa in base alla quale per i tescicorei e i ballerini, una volta esercitata l’opzione per la permanenza in servizio oltre i quarantacinque anni, l’età limite per la pensione di vecchiaia è di quarantasette anni per le donne e di cinquantadue per gli uomini contrasta con la Direttiva n. 2006/54 e introduce una discriminazione diretta in base al sesso come stabilito dalla Corte di Giustizia Ue, di talché il licenziamento intimato per superamento di detti limiti di età è nullo. (1)

Ove il giudice nazionale sospetti che una disposizione interna introduca una discriminazione diretta in contrasto con l’espreso divieto formulato in una direttiva dell’Ue, intervenuto il confermativo pronunciamento della Corte di Giustizia a seguito del rinvio pregiudiziale inoltrato dalla Cassazione quale giudice di ultima istanza, si può procedere direttamente alla disapplicazione della norma interna e non occorre sollevare questione di costituzionalità, ancorché il divieto violato sia riconducibile anche alla Carta dei diritti fondamentali dell’Ue. (2)

(1-2) IL PENSIONAMENTO DEI BALLERINI
FRA DISCRIMINAZIONE E DISAPPLICAZIONE

1. — Si è compiuta la fase discendente del dialogo tra Corti sul tema della discriminatorietà della previsione che, nel parificare l’età pensionabile di ballerini e ballerine, attestandola sui 45 anni, introduceva la facoltà di esercitare un’opzione di permanenza in servizio, diversificandone la latitudine in base al genere di appartenenza del richiedente: sino a 47 anni per le donne e sino a 52 per gli uomini (Sui problemi sottesi a una siffatta distinzione, vd. Ravelli 2009).

La sentenza in epigrafe si pone a valle del pronunciamento con cui la Corte di Lussemburgo (C. Giust. 7.2.2018, C-142/17 e C-143/17, in www.rivistalabor.it, 21 marzo, con nota breve di Andretta) aveva risposto al chiarimento richiesto dalla Cassazione con rinvio pregiudiziale

dell'anno precedente (Vd. le gemelle Cass. 9.3.2017, n. 6101 e n. 6102, in *RIDL*, 2017, II, 865 ss., con nota di Curcio, e in *www.ilgiuslavorista.it*, con nota di Russo).

Di seguito, sarà riepilogata la vicenda concreta, che nella sentenza è ricostruita con dovizia di dettagli e argomenti in parte motiva. Poi ci soffermeremo sulla portata che la pronuncia assume rispetto al tema della disapplicazione diretta del diritto interno contrastante con il diritto europeo, in particolare quando è coinvolta (anche) la Carta di Nizza.

2. — Nel 2010 il legislatore stabiliva che i ballerini e i tircicorei (ossia coloro che non danzano, ma svolgono attività connesse al ballo) dipendenti delle Fondazioni lirico sinfoniche (Enti di diritto pubblico gestiti in forma privatistica: vd. Cerulli Irelli 2012, e, in giurisprudenza, C. cost. n. 153/2011, in *GCost.*, 2011, n. 2, 1925, e Cass. 29.12.2016, n. 27465, S.U., in *DeJure*) dovessero essere collocati a riposo all'età di 45 anni, indipendentemente dal sesso. Tuttavia, come disciplina transitoria, prevedeva che gli uomini potessero esercitare una opzione di permanenza in servizio sino a 52 anni e le donne sino a 47 (art. 3, comma 7, d.l. n. 64/2010, conv. con l. n. 100/2010), ossia i limiti di età precedentemente fissati per il pensionamento di questa particolare categoria di lavoratori. L'opzione andava rinnovata annualmente per tutto il periodo di proroga del rapporto.

Alcune/i ballerine/i della Fondazione Teatro dell'Opera di Roma (Si tratta di due uomini e cinque donne giovani, «tutte nate negli anni sessanta», come fa notare uno dei numerosi articoli di cronaca, anche nazionale, che si sono interessati della vicenda: Martellini 2017), una volta richiesta la permanenza in servizio e poi raggiunti i 47/52 anni, venivano licenziate/i (il 31.3.2014) per raggiunti limiti di età. Impugnato il licenziamento, affermandone la nullità sulla base del carattere discriminatorio della normativa su cui esso si basava, soccombevano nella fase sommaria del rito Fornero, per poi vedere l'esito favorevolmente ribaltato in sede di opposizione.

La Corte d'Appello di Roma, su ricorso della Fondazione, si pronunciava a favore di quest'ultima con riferimento a tre lavoratrici su sette (il cui licenziamento veniva perciò giudicato legittimo) e dichiarava la nullità del recesso verso gli altri quattro lavoratori. L'esito favorevole nei confronti di costoro, però, dipendeva esclusivamente dall'erronea interpretazione che la Fondazione aveva dato alla previsione che limitava la facoltà di esercizio dell'opzione a un termine «di due anni dall'entrata in vigore della disposizione».

3. — Poiché sulla funzione di tale termine biennale si gioca l'esito diversificato in appello, ancorché non sia il tema centrale, occorre una precisazione: la Fondazione a un certo punto aveva licenziato anche chi, pur avendo esercitato l'opzione, non aveva raggiunto la soglia massima (47/52), sull'errato presupposto che il biennio decorrente dall'entrata in vigore della disposizione (1.7.2010) fosse *in ogni caso il tempo di durata massima della permanenza in servizio in proroga*. La Corte d'Appello, tuttavia, confutava questa tesi con argomenti oggi condivisi anche dal giudice di legittimità (Ravvisando anche un comportamento concludente della datrice – letto secondo l'insegnamento di Giampiccolo 1961 – incompatibile con tale approccio interpretativo della disposizione, evidentemente intervenuto solo da un certo momento in poi). Rinviando al par. 6 della motivazione per ulteriori dettagli, in questa sede è sufficiente precisare che il biennio era un mero termine *entro il quale* esercitare l'opzione per la prima volta, ma, col meccanismo di rinnovo annuale, il tempo effettivo di trattenimento in servizio oltre i 45 anni poteva protrarsi fino al compimento dei 47/52. Nel frattempo era intervenuto un ulteriore chiarimento in tal senso (Si vedano l'interpello del ministero del Lavoro n. 8, del 12 febbraio 2016, e poi Cass. 13.2.2017, n. 3720).

4. — Il tema principale resta però la disparità di trattamento della previsione in punto di limite massimo di età: nella prospettazione della Corte d'Appello, nulla si eccipiva su tale disparità realizzata dalla disposizione transitoria sul trattenimento in servizio. Veniva infatti valorizzata la compatibilità di quest'ultima con il diritto interno ed europeo (Si veda l'art. 30, comma 1, d.lgs. n. 198/2006, mod. dal d.lgs. n. 5/2010, dettato in attuazione della Direttiva n. 2006/54/Ce, che reca un principio generale sulla parità di genere in materia di permanenza in servizio e pensione di vecchiaia); compatibilità affermata in forza della ragionevole limitatezza della deroga e del suo essere funzionale a introdurre in modo graduale la nuova disposizione che parificava l'età pensionabile (eliminando la pregressa discriminazione).

Le lavoratrici proponevano dunque ricorso per la cassazione della sentenza, incentrando le argomentazioni sulla discriminatorietà della disposizione, che differenzia il trattamento solo in base al genere (Peraltro, pur essendo il sesso il fattore decisivo nel distinguere le due discipline, impiegandosi il parametro dell'età per effettuare la distinzione tra i generi, dovrebbe più correttamente parlarsi di «discriminazione multipla»; *ex multis*: La Tegola 2018, 130; Bonardi 2017, 115 ss.).

La Cassazione inoltrava rinvio pregiudiziale con le menzionate ordinanze del 2017, ipotizzando il contrasto della norma interna sia con la Direttiva n. 2006/54/Ce (sulle pari opportunità di genere in materia di occupazione e impiego), sia con l'art. 21 della Carta di Nizza (sul divieto di discriminazioni).

La Corte di Giustizia (e già l'Avv. Gen. Kokott, che nelle sue conclusioni riportava la conforme posizione della Commissione) afferma, nella pronuncia richiamata, che il licenziamento per raggiungimento del limite di età di 47 anni per le donne integra una discriminazione diretta per ragioni di sesso alla quale *non possono opporsi legittime deroghe* per finalità sociali o di interesse pubblico (Richiamando il proprio precedente relativo a un caso simile: C. Giust. 18.11.2010, C-356/09, *Kleist*). Esclude che le circostanze del caso concreto conferissero alla situazione delle lavoratrici «un carattere specifico rispetto a quella dei lavoratori [...] giustificando una disparità [...], non assumendo rilievo ai fini descritti la volontà del legislatore di non esporre i lavoratori interessati a un cambiamento repentino, in senso restrittivo, del progresso regime di mantenimento in attività».

La sentenza in epigrafe prende dunque atto delle chiare indicazioni giunte da Lussemburgo e, allineandosi all'orientamento pacifico in base al quale la nozione di licenziamento di cui all'art. 14, par. 1, lett. c, della Direttiva n. 2006/54 deve essere estesa alla cessazione del rapporto di lavoro per raggiungimento del limite di età fissato dalle normative interne, dichiara nulli i licenziamenti, per discriminazione diretta per ragioni di sesso.

Di conseguenza, viene accordata la tutela reintegratoria (art. 18, comma 1, St. lav.) – visto il contrasto del recesso con norma imperativa (Vd. Biasi 2017 e Marinelli 2017, 71 ss.) –, per la condanna alla quale la Cassazione rinvia la causa alla Corte d'Appello in diversa composizione, invitandola a non applicare la norma interna. A tale scopo, nell'ultima parte della sentenza, il Collegio si sofferma sul tema della «disapplicazione». Infatti, nonostante sia coinvolta la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (avente – si ricordi – analogo valore giuridico rispetto ai Trattati, *ex art. 6 TUE*), precisa che non occorre sollevare alcuna questione di legittimità costituzionale. Tale argomentata precisazione si rende necessaria alla luce degli ultimi approdi della giurisprudenza costituzionale, rispetto alla quale si pone in una posizione apertamente dialettica.

5. — La sentenza n. 269 del 2017 della Consulta (In *GCost.*, 2017, n. 6, 2925 ss., con note di Scaccia e Repetto), infatti, contiene un *obiter dictum* dalla portata assolutamente dirompente,

oggetto di un vasto dibattito dottrinale. Al punto 5.2 della motivazione vi si afferma che: «... fermi restando i principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione [...] occorre prendere atto che la [...] Carta dei diritti costituisce parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale. I principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana [...]. Può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, a un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione [...] sia quelle codificate dalla Carta [...]».

Pertanto, le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.). La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (*ex artt.* 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CdUE [Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea] come fonti rilevanti in tale ambito. In senso analogo, del resto, si sono orientate altre Corti costituzionali nazionali...».

La Corte costituzionale sembra dire che quando sono in gioco violazioni dei diritti della persona riconosciuti sia dalla Carta di Nizza che dalla Costituzione *si impone* al giudice interno l'incidente di costituzionalità. È evidente, insomma, che la Consulta ritiene che l'ultima parola in materia di «nomofilachia dei diritti fondamentali» debba essere la propria, orientando, secondo conformità a Costituzione, anche le decisioni della Corte di Lussemburgo sulla Carta dei diritti fondamentali, la quale – e si tratta di una presa d'atto rassicurante – perlopiù si allinea nei contenuti ai principi e ai diritti della prima parte della nostra Carta fondamentale [Anche se Ferrari (2017) esprime perplessità, legate alla considerazione dei diritti sociali nelle due Carte e alle contrapposizioni del caso *Taricco*, C. cost. 31.5.2018, n. 115, in *Cassazione penale*, 2018, n. 9, 2776, con nota di Gambardella].

Del resto, la dottrina pubblicistica da tempo evidenzia come la presenza di «ben tre Carte dei diritti non gerarchizzabili tra loro» (Guazzarotti 2017, 1) abbia parzialmente trasformato il dialogo fra le Corti, che di quelle Carte sono custodi, in una costante *actio finium regundorum* (Bin 2015, 1).

Peraltro, quando è coinvolta la Carta di Nizza, quella della Corte costituzionale dovrebbe più precisamente essere la «prima parola», e non l'ultima: la Corte indica l'opportunità che in tali casi il giudice *anzitutto* sollevi la questione interna e sia poi la Consulta a inoltrare eventualmente la questione alla Corte di Giustizia, dando prima un proprio orientamento [Come del resto è accaduto in molte vicende dei precari della scuola: si pensi alla saga *Mascolo et al.*, C. Giust. 28.11.2014, cause riunite C-22/2013, da C-61/2013 a C-63/2013, e C-418/2013. Vd., in tema, la dettagliata riflessione di Calafà (2014), ricostruttiva dei filoni giurisprudenziali].

6. — La Cassazione, nella sentenza in commento, rivendica però la correttezza del percorso seguito. Esso è costituito, da un lato, dal preventivo rinvio pregiudiziale per un supposto contrasto con la Direttiva del 2006, oltre che con la Carta di Nizza (e sul punto è emblematico che la Corte di Lussemburgo, nella propria pronuncia, trascuri consapevolmente l'art. 21 di quest'ultima, con la chiara intenzione di evidenziare che la soglia di tutela accordata dall'art. 14 della Direttiva del 2006 è più che sufficiente a fare giustizia nel caso concreto). Dall'altro lato, l'itinerario si completa con l'opzione per la disapplicazione del diritto nazionale, da effettuarsi direttamente da parte del giudice interno. Essa, com'è ovvio, non costituisce una novità (E la

Corte di Lussemburgo è favorevole: vd., tra le più recenti, la sentenza *Dansk Industri*: C. Giust. 19.4.2016, C-441/14, in *RGL*, 2016, II, 471 ss., con nota di Calafà), ma gli ultimi orientamenti della Consulta potrebbero limitarne la diffusione in certi casi.

La Cassazione motiva la propria opzione anche evidenziando come la pronuncia n. 269 (Pur sempre «la più rilevante novità giurisprudenziale nei rapporti fra diritto interno e diritto eurounitario dopo la sentenza *Granital* n. 170 del 1984», secondo Scaccia 2017, 1948) fosse di inammissibilità e dunque non vincolante per tutti i giudici (del resto il citato punto 5.2 costituisce un *obiter*). Pertanto – afferma l’estensore –, occorre fare riferimento più che altro alla sentenza C. cost. n. 211 del 2017 (In *RIDL*, 2017, II, 827 ss., con nota di Gottardi), che, poche settimane prima della n. 269, aveva dato indicazioni diverse sulla disapplicazione, confermando il potere del giudice ordinario di valutarla, anche prima di sollevare incidente di costituzionalità, in caso di contrasto con il diritto europeo.

7. — In conclusione, si conferma che il diritto del lavoro – e quello antidiscriminatorio in particolare – costituisce un terreno privilegiato per l’assetamento dei meccanismi di dialogo tra Corti (Cfr. Bronzini 2018, che è critico verso la svolta della Corte costituzionale). Si può essere certi che tali meccanismi subiranno ulteriori precisazioni e revisioni, senza dimenticare che «i diritti fondamentali non si traducono soltanto in un complesso di *limiti*, ma esprimono anche valori e fissano *principi di azione*. La loro piena tutela, quindi – non mi riferisco solo ai diritti sociali –, richiederebbe adeguate politiche economiche e fiscali; al pari della scelta della moneta unica, ben difficilmente sostenibile con la sola dura realtà del *Fiscal Compact*. Il sempre più intenso riconoscimento dei diritti fondamentali può favorire i processi di federalizzazione o di unità politica ma sono soprattutto i *processi di unità politica* che possono portare a sempre più intense forme di estensione e tutela dei diritti fondamentali» (Così Barbera 2018, 170-171, in un denso contributo sul ruolo della Consulta rispetto alla Carta di Nizza).

Riferimenti bibliografici

- Barbera A. (2018), *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *QC*, 149 ss.
- Biasi M. (2017), *Il licenziamento del lavoratore «pensionabile» in Italia, tra vincoli di bilancio e principi fondamentali dell’ordinamento multilevel*, in *VTDL*, 465 ss.
- Bin R. (2015), *L’interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista dell’Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 1, 1 ss.
- Bonardi O. (2017), *Povere vecchie. L’età pensionabile nella prospettiva di genere*, in *VTDL*, 113 ss.
- Bronzini G. (2018), *La Carta dei diritti nella crisi del processo di integrazione: la discutibile svolta della giurisprudenza costituzionale*, in *W.P. Csdle «Massimo D’Antona».IT*, n. 373.
- Calafà L. (2014), *Giudici quasi federali e diritto del lavoro recente*, in *LD*, 457 ss.
- Cerulli Irelli V. (2012), *Le fondazioni lirico-sinfoniche come organizzazioni pubbliche in forma privatistica*, in *Aedon*, in <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2012/3/cerulli.htm#4>.
- Ferrari F. (2017), *Quando confliggono diritto interno e diritto Ue: una sentenza della Corte*, in www.lacostituzione.info, 20 dicembre.
- Giampiccolo G. (1961), *Note sul comportamento concludente*, in *RTDPC*, 787 ss.
- Guazzarotti A. (2017), *Un «atto interruttivo dell’usucapione» delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sent. n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 dicembre.

- La Tegola O. (2018), *Il divieto di discriminazioni per età nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.
- Marinelli F. (2017), *Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito*, Giuffrè, Milano.
- Martellini L. (2017), *La rivolta delle ballerine: maschi in pensione più tardi*, in *www.corriere.it*, ed. di Roma, 17 marzo.
- Ravelli F. (2009), *Età pensionabile nel pubblico impiego e discriminazioni di sesso secondo la Corte di Giustizia (C-46/07)*, in Calafà L., Gottardi D. (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma, 141 ss.
- Scaccia G. (2017), *Giudici comuni e diritto dell'unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *GCost.*, n. 6, 2948 ss.

Simone D'Ascola
Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università di Verona

CASSAZIONE, 10.5.2018, n. 11322 – Pres. Napolitano, Est. Marotta, P.M. Celeste (diff.) – C.A. (avv. Sonnini) c. Ahid Spa (avv.ti Vesci, Buratti, Pugliese, Russo).
Cassa Corte d'Appello di L'Aquila, 26.11.2015.

Licenziamento individuale – Registrazione «occulta» dei colleghi – Privacy – Tutela giurisdizionale – Esercizio di un diritto – Prova costituita.

Licenziamento individuale – Esercizio di un diritto – Fatto materiale – Reintegra.

È illegittimo il licenziamento del lavoratore che registra e riprende le conversazioni con i colleghi a loro insaputa, se i dati non sono diffusi ma raccolti in vista di un eventuale procedimento giudiziario: non sussiste violazione della privacy, essendo la raccolta dei dati, nella fattispecie, utilizzata dal lavoratore al fine di preconstituire gli elementi di difesa per salvaguardare la propria posizione in azienda. (1)

L'insussistenza del fatto contestato, di cui all'art. 18 St. lav., come modificato dall'art. 1, c. 42, della l. n. 92 del 2012, comprende l'ipotesi del fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, sicché in tale ipotesi si applica la tutela reintegratoria, senza che rilevi la diversa questione della proporzionalità tra sanzione espulsiva e fatto di modesta illiceità. (2)

(1-2) LEGITTIMITÀ DELLE REGISTRAZIONI DEL LAVORATORE
PER RAGIONI DIFENSIVE

1. — Con la sentenza in epigrafe, la Cassazione torna a pronunciarsi sulla legittimità o meno del licenziamento irrogato per giusta causa al lavoratore che registri le conversazioni dei colleghi nel luogo di lavoro, a loro insaputa, per difendere un diritto in sede giudiziaria. La Cassazione cassa la sentenza resa in appello, ritenendo che il diritto alla tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost. prevalga su quello alla riservatezza alla luce del Codice della *privacy* (d.lgs. n. 196/2003) e dei principi processual-civilistici in materia probatoria.

Sull'eventuale rilevanza disciplinare della registrazione «occulta» dei colleghi si registrano a oggi pochi casi in giurisprudenza, il cui orientamento è stato oscillante alla luce sia del mutare della normativa di riferimento, sia delle finalità cui è preordinata la registrazione stessa.

Secondo un primo indirizzo interpretativo, risalente agli anni novanta, la condotta del prestatore integra una giusta causa di licenziamento, in quanto configura un'aperta violazione dell'art. 4 St. lav., posto che i controlli a distanza sono consentiti soltanto al datore di lavoro, nel rispetto delle finalità e delle procedure di cui al medesimo art. 4 (Cass. 3.5.1997, n. 3837, in *RIDL*, 1998, n. 1, II, 87 ss., con nota di Bellavista). Con tale orientamento la Corte – come opportunamente sottolineato dalla dottrina (Bellavista 1998, 88 ss.) – ha travisato la *ratio* della previsione statutaria, preordinata ad arginare il controllo del datore sul lavoratore quale contra-

ente economicamente e socialmente sottoprotetto: i giudici hanno infatti utilizzato i criteri ermeneutici previsti dalle preleggi non per allargare il perimetro dei divieti imposti al datore di lavoro, ma per creare una norma inespressa che vieta a chiunque di controllare il lavoratore.

La coeva giurisprudenza, abbandonata l'impervia strada dell'art. 4, ha ritenuto illegittima la registrazione all'insaputa dell'interessato alla luce degli obblighi di correttezza e diligenza *ex artt.* 1175 e 2104 c.c. che gravano sul lavoratore nell'esecuzione del contratto (Pret. Milano 11.5.1994, in *RIDL*, 1995, n. 2, II, 359 ss., con nota di Marra; T. Milano 17.5.1995, in *RIDL*, 1996, n. 1, II, 81 ss., con nota di Marino). Più precisamente, è stato ritenuto legittimo il licenziamento per giusta causa del dirigente che aveva registrato la conversazione intercorsa con una collega ai fini dell'esecuzione di un contratto; la condotta del dirigente, pur nell'interesse dell'azienda, aveva leso il diritto alla riservatezza dell'altro dipendente, desunto dall'art. 15 Cost., in materia di inviolabilità della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione.

Invero, la soluzione del caso in commento è stata anticipata da una pronuncia di merito sempre risalente agli anni novanta: una lavoratrice aveva registrato le *avances* e le allusioni a sfondo sessuale del proprio superiore per denunciare le odiose molestie di cui era stata vittima, salvo poi essere licenziata per giusta causa e citata in giudizio per diffamazione (Pret. Frosinone 11.8.1989, in *RIDL*, 1990, n. 3, II, 705 ss., con nota di Ghinoy). Alla luce dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti – secondo il giudice di prime cure –, la registrazione era prova ammissibile in sede di giudizio civile e penale. In un contesto storico-sociale e normativo diverso dall'attuale, nel quale difettava una disciplina codificata sulla protezione dei dati personali, all'esito del bilanciamento tra beni giuridici costituzionalmente meritevoli di tutela la registrazione era l'unico strumento di prova con cui la lavoratrice poteva difendersi dall'accusa di diffamazione e chiedere la reintegrazione nel posto di lavoro a fronte di un licenziamento ritorsivo.

2. — Nel caso in esame, la Cassazione ha ritenuto lecita la registrazione operata da un dipendente delle conversazioni intercorse coi propri colleghi nel posto e durante l'orario di lavoro, senza che questi ne fossero stati preliminarmente edotti: i *file* audio, copiati in una chiavetta Usb, venivano consegnati dal dipendente al datore di lavoro in sede di giustificazione orale di precedenti contestazioni disciplinari. Come risulta *per tabulas*, il lavoratore aveva effettuato ulteriori registrazioni audiovisive e foto per tutelare le proprie ragioni in sede di procedimento disciplinare, all'esito del quale veniva licenziato per giusta causa: la condotta veniva ritenuta dal datore di lavoro lesiva del vincolo fiduciario sotteso ai successivi adempimenti contrattuali.

I giudici di legittimità cassano la decisione della Corte d'Appello: quest'ultima aveva erroneamente applicato la tutela indennitaria di cui all'art. 18, comma 5, ritenendo il provvedimento espulsivo sproporzionato al fatto contestato, e non la tutela reale di cui al comma 4 in ragione di un fatto lecito e pertanto irrilevante in sede disciplinare. L'*iter* argomentativo della Cassazione poggia sul trinomio Codice della *privacy*-esercizio di un diritto-prove costituente nel processo civile, all'insegna di una lettura sistemica dell'ordinamento, che va al di là delle norme strettamente lavoristiche; in estrema sintesi, la Cassazione ha verificato se nel caso in esame il diritto di difesa prevalga o meno su quello alla riservatezza.

Il primo argomento poggia sul principio di specialità, quale criterio di risoluzione delle antinomie normative (Su tale principio, vd. Guastini 2004, 250), in relazione al Codice della *privacy*.

Le disposizioni citate dalla Cassazione sono state oggi abrogate dal d.lgs. n. 101/2018, essendo ormai vigente il Regolamento Ue n. 2016/679 in materia di protezione dei dati personali delle persone fisiche. In termini generali, l'art. 23 del d.lgs. n. 196/2003 prevede il consenso in-

formato dell'interessato al trattamento dei propri dati personali, quale proiezione del principio di inviolabilità della libertà personale nell'accezione di autodeterminazione informativa circa la propria sfera privata (Aimo 2003, 135-136; Patti 2007, 541; Trojsi 2013, 106 ss.). Tuttavia – come correttamente osservato dalla Corte –, subito dopo, l'art. 24 esclude l'obbligatorietà del consenso dell'interessato ove il trattamento dei dati sia prodromico alle investigazioni difensive e – ai fini del presente discorso – alla tutela giudiziaria dei diritti (Sulle ipotesi in cui non è richiesto il consenso, vd. Misserini 2007, 576 ss.); nel caso in esame, il lavoratore ingiustamente licenziato aveva effettuato le registrazioni per potersi difendere dagli addebiti mossigli dal datore di lavoro, e non certo per finalità illecite come, ad esempio, l'estorsione o la violenza privata, o per creare un clima di generale sospetto e reciproca sfiducia all'interno della comunità del personale.

Come se non bastasse, il trattamento delle informazioni contenute nella chiavetta Usb è stato improntato alla rigida osservanza delle modalità comuni al trattamento di tutti i dati, ivi compresi quelli giudiziari; sono infatti stati raccolti, conformemente all'art. 11 del d.lgs. n. 196/2003, secondo correttezza e per scopi legittimi; più in particolare, la registrazione non è stata divulgata o diffusa a terzi, ed è stata prodotta solo ed esclusivamente in sede di procedimento disciplinare e poi di giudizio civile.

Nel fare opportunamente leva sul Codice della *privacy*, la Cassazione si muove nel solco di una pronuncia del 2014 (Cass. 29.12.2014, n. 27424, in *GDir.*, 2015, n. 7, 61 ss.) e cambia definitivamente il proprio orientamento risalente a pochi anni or sono, in cui aveva ritenuto legittimo il licenziamento del medico che aveva registrato in sala operatoria il primario e gli altri colleghi, onde intentare una causa di *mobbing* (Cass. 21.11.2013, n. 26143, in *ADL*, 2014, n. 3, II, 781 ss., con nota di Cristofolini). In tal caso, la Cassazione aveva operato una lettura superficiale della normativa sul diritto alla riservatezza, ritenendo che la registrazione e la successiva diffusione (intesa quale documento depositato agli atti di causa) integrassero automaticamente una lesione del vincolo fiduciario e quindi una giusta causa, prescindendo del tutto dalla regola speciale di cui all'art. 24 del d.lgs. n. 196/2003.

L'ulteriore argomento a favore della liceità della condotta del lavoratore fa leva sulla scriminante dell'esercizio di un diritto *ex art.* 51 c.p. (regola generale di cui l'art. 24 del Codice della *privacy* costituisce puntuale specificazione in relazione al trattamento dei dati): è del tutto illogico e contraddittorio, nella sistematica dell'ordinamento giuridico, ritenere illecito e sanzionare col provvedimento espulsivo *ex art.* 2119 c.c. un comportamento che è invece consentito da un'altra disposizione di legge in quanto configura l'esercizio di un diritto (*qui suo iure utitur naeminem laedit*). Al riguardo, va precisato come la scriminante di cui all'art. 51 c.p. costituisce principio generale del diritto, che – secondo dottrina e giurisprudenza costanti – si applica a tutte le branche dell'ordinamento, e non soltanto quando lo Stato sia chiamato a esercitare la potestà punitiva (Fiandaca Musco 2004, 242; in giurisprudenza: Cass. 29.12.2014, n. 27424, in *DeJure*; Cass. 20.9.2013, n. 21612, S. I, in *DeJure*).

Nel caso in esame, viene soddisfatto l'ulteriore requisito che configura la sussistenza della scriminante: non basta rivendicare astrattamente un diritto, affinché l'attività posta in essere sia una corretta estrinsecazione delle facoltà sottese al diritto in questione. Dagli atti di causa, risulta pacifico come la registrazione sia stata effettuata solo ed esclusivamente per tutelare un diritto, adottando tutte le modalità necessarie a scongiurare la diffusione dei dati personali contenuti nella chiavetta al di là della sede giudiziaria e per il periodo strettamente necessario.

Da ultimo, la Cassazione deduce la liceità della condotta del lavoratore dai principi generali in materia di prove, che costituiscono la proiezione processuale della summenzionata

facoltà di esercizio di un diritto. Secondo la giurisprudenza, le registrazioni audiovisive rientrano nel novero delle riproduzioni meccaniche di cui all'art. 2712 c.c., ricomprese all'interno del Capo II del Libro VI del c.c., rubricato «Delle prove documentali» (Cass. 14.11.2008, n. 27157, in *DeJure*); prove documentali che, alla luce della dogmatica processual-civilistica, si configurano quali prove costituite, ovvero si formano fuori dal processo e vi entrano tramite un semplice atto di produzione o esibizione (Mandrioli, Caratta 2017, 178-179). Ritenere che la prova documentale, *sub specie* registrazione in chiavetta Usb, abbia rilevanza processuale solo con una valutazione di prognosi postuma equivarrebbe a negare il concetto stesso di prova costituita e il diritto costituzionale alla tutela di diritti e interessi legittimi a essa sotteso *ex art.* 24 Cost.; la Corte rivisita il proprio orientamento posto che, in un caso analogo a quello in esame, aveva ritenuto che la pertinenza dell'utilizzo della registrazione rispetto alla tesi difensiva andasse verificata in concreto, e non astrattamente *ex ante* (Cass. 21.11.2013, n. 26143, in *ADL*, 2014, n. 3, I, 781 ss., con nota di Cristofolini).

In ultima analisi, all'esito di un bilanciamento tra beni costituzionalmente meritevoli di tutela, la Cassazione adopera una lettura finalistica della normativa sulla tutela dei dati personali: la riservatezza del lavoratore non è un principio assoluto, ma è variabile dipendente dell'informazione cui è correlata in ragione «del contesto in cui viene inserita, degli obiettivi per cui viene adoperata e delle altre informazioni alle quali viene collegata» (Bellavista 1995, 139).

3. — Se la registrazione è lecita e utilizzabile in sede giudiziaria, ne consegue l'illegittimità del licenziamento irrogato per giusta causa. Trattandosi di unità produttiva con più di quindici dipendenti e di un rapporto di lavoro instaurato prima del 7.3.2015, la tecnica di tutela applicabile avverso il licenziamento disciplinare illegittimo è quella di cui all'art. 18, c. 4, St. lav. riformato dalla legge Fornero: più in particolare, il lavoratore ha diritto alla reintegra sia in caso di insussistenza del fatto contestato sia in presenza di condotta punibile con sanzione conservativa in ragione di quanto previsto dal codice disciplinare o dal contratto collettivo; pertanto, nell'accogliere le ragioni del ricorrente, la Cassazione ritiene che si configuri l'«insussistenza del fatto contestato» con conseguente reintegrazione nel posto di lavoro.

Il ragionamento della Cassazione è tecnicamente corretto, e offre utili spunti interpretativi anche in relazione alla normativa di cui all'art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23/2015, che prevede la tutela reale ove il giudice accerti l'insussistenza del «fatto materiale contestato al lavoratore» in relazione ai licenziamenti irrogati per giusta causa e giustificato motivo soggettivo.

Nel riprendere un consolidato orientamento (Cass. 26.5.2017, n. 13383, in *DeJure*; Cass. 25.5.2017, n. 13178, in *ilgiuslavorista.it*, 21 luglio 2017; Cass. 20.9.2016, n. 18418, in *DeJure*; Cass. 13.10.2015, n. 20540, in *DRI*, 2015, n. 4, 1128 ss., con nota di Pelusi), la Corte ritiene che nella nozione di fatto (materiale) insussistente vada ricompreso il fatto sussistente ma privo del carattere dell'illiceità: in relazione al caso in esame vero è che il fatto ha una sua caratterizzazione storico-fenomenica – la registrazione è sì stata effettuata –, ma l'ordinamento lo qualifica come lecito alla luce del principio di specialità (art. 24 d.lgs. n. 196/2003) e della scriminante di cui all'art. 51 c.p., facendone venire meno l'antigiuridicità e ogni rilevanza disciplinare; se l'art. 18, c. 4, dello Statuto venisse interpretato diversamente, si arriverebbe a una soluzione manifestamente irragionevole: si riconoscerebbe infatti maggiore tutela (ovvero la reintegra) a chi abbia commesso un fatto qualificato come lecito dal codice disciplinare rispetto a chi invece non ne ha commesso alcuno, essendo l'*agere* del lavoratore privo di rilevanza giuridica.

Riferimenti bibliografici

- Aimo M.P. (2003), *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Napoli.
- Bellavista A. (1995), *Il controllo sui lavoratori*, Torino.
- Bellavista A. (1998), *Registrazione delle conversazioni dei colleghi e licenziamento giustificato*, in *RIDL*, n. 1, II, 88 ss.
- Fiandaca G., Musco E. (2004), *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 1 ss.
- Guastini R. (2004), *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano.
- Mandrioli C., Caratta A. (2017), *Diritto processuale civile. II. Il processo ordinario di cognizione*, Torino, 1 ss.
- Misserini F. (2007), *Art. 24 (casi nei quali può essere effettuato il trattamento senza consenso)*, in Bianca C.M., Donato Busnelli F. (a cura di), *La protezione dei dati personali*, Padova, 576 ss.
- Patti S. (2007), *Art. 23 (consenso)*, in Bianca C.M., Donato Busnelli F. (a cura di), *La protezione dei dati personali*, Padova, 541 ss.
- Trojsi A. (2013), *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Torino.

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

CASSAZIONE, 23.2.2018, n. 4455, S. I civ., ord. – Pres. Tirelli, Est. Acierno, P.M. Ceroni (conf.) – Ministero dell'Interno (Avv. Stato) c. Y.M. (contumace). Cassa Corte d'Appello di Bari, 15.12.2016.

Stranieri (lavoratori) – Protezione umanitaria – Permesso di soggiorno – Immigrazione e lavoro – Integrazione socio-lavorativa – Art. 19, d.lgs. n. 286/1998 – Diritto di asilo.

Il riconoscimento della protezione per motivi umanitari al cittadino straniero che abbia realizzato un adeguato grado di integrazione socio-lavorativa nel nostro paese deve fondarsi su una valutazione comparativa effettiva tra la situazione di vulnerabilità per l'esercizio dei diritti umani che il rimpatrio forzoso potrebbe provocare e il livello di integrazione raggiunto nel paese di accoglienza. (1)

(1) L'INTEGRAZIONE SOCIO-LAVORATIVA E PERMESSO DI SOGGIORNO
PER MOTIVI UMANITARI

SOMMARIO: 1. Protezione internazionale e ingressi per lavoro: considerazioni generali e qualche dato numerico. — 2. La protezione umanitaria: una fattispecie aperta a formazione giurisprudenziale. — 3. La protezione umanitaria per motivi di integrazione socio-lavorativa: le precisazioni della Cassazione e alcune criticità. — 4. L'interpretazione del principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte nella prassi ministeriale e nella successiva giurisprudenza di merito.

1. — *Protezione internazionale e ingressi per lavoro: considerazioni generali e qualche dato numerico* — La sentenza in commento costituisce un'utile occasione per una più profonda riflessione sull'incidenza del fattore lavoro sulle dinamiche regolative dei fenomeni migratori, con particolare riguardo alle possibilità di rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari ai migranti che abbiano dimostrato di aver intrapreso un percorso di integrazione nel nostro paese, consistente (anche) nella regolare prestazione di un'attività lavorativa (1).

In effetti, la questione in oggetto, di particolare rilevanza anche politico-mediatica a seguito del recente intervento, sul punto, del ministero degli Interni, costituisce un interessante angolo visuale per indagare l'idoneità dell'attuale disciplina dell'ingresso nel territorio nazionale per motivi di lavoro e per sviluppare alcune riflessioni sulla razionalità dell'attuale sistema legislativo.

Si è affermato, sia sul piano dottrinale che su quello istituzionale, che il lavoro costituisce uno dei «*pull factor*» dell'immigrazione irregolare (2), e cioè rappresenta uno dei principali mo-

(1) Per ragioni di economia del presente lavoro, si restringerà l'analisi all'ordinamento italiano, pur consapevole di quanto siano rilevanti, sotto il profilo comparatistico, le scelte normative degli altri paesi dell'Ue rispetto ai fenomeni migratori che hanno investito l'intera Europa.

(2) Cfr. il Considerando 2 della Direttiva n. 2009/52/Ce, in cui si riconosce, per l'appunto, che «un fattore fondamentale di richiamo dell'immigrazione illegale nell'Unione europea è la possibilità di trovare lavoro pur non avendo lo *status* giuridico richiesto». Rilevano che l'esiguità delle quote rispetto alla reale richiesta di lavoro fa sì che il lavoro sia principalmente un *pull factor* (fattore di richiamo) dell'immigra-

tivi per i quali i cittadini extracomunitari scelgono un determinato paese quale destinazione del proprio progetto migratorio, pur essendo privi dello *status* giuridico richiesto per l'ingresso. L'ordinamento italiano, pur forte di un articolato sistema normativo che vincola l'accesso al territorio nazionale per motivi di lavoro alla titolarità di un contratto di lavoro e, dunque, alla stipula di un contratto di soggiorno (3), negli ultimi anni sembra aver, di fatto, rinunciato a regolare l'ingresso regolare in Italia per motivi di lavoro, in concomitanza del vistoso incremento delle richieste di protezione internazionale intervenute tra il 2011 e il 2017.

In effetti, secondo i dati statistici ufficiali messi a disposizione dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo (4), le richieste di asilo, che erano appena 8897 nel 2010, sono diventate 32.645 nel 2011 (anno in cui fu proclamata dal Governo la cosiddetta «Emergenza Nord Africa») (5), e il loro numero è sensibilmente cresciuto negli anni successivi, in particolare a partire dal 2014, sino alle 130.119 richieste presentate nel 2017.

Ebbene, l'ultimo vero «decreto flussi» – propedeutico, come noto, all'ingresso nel nostro paese per motivi di lavoro – è stato emanato nel 2010 (d.P.c.m. del 30.11.2010) per l'anno successivo e complessivamente ha messo a disposizione 98.080 «quote». Da allora, invece, il Governo non ha più elaborato il documento programmatico triennale richiesto dall'art. 3, c. 1, del Testo Unico sull'immigrazione (d.lgs. n. 286/1998, d'ora in poi T.U.) e ha sostanzialmente azzerato le quote per i nuovi ingressi (6).

Mentre, infatti, con l'art. 5 del d.lgs. n. 109/2012 è stata concessa la possibilità di regolarizzare i migranti che lavoravano irregolarmente in Italia da almeno tre mesi – il che ha consentito l'emersione di oltre centomila persone –, negli anni successivi si sono succeduti provvedimenti con numeri molto ridotti, e per l'ingresso, prevalentemente, di lavoratori stagionali del settore agricolo e del settore turistico-alberghiero, di lavoratori autonomi e per la conversione di permessi di soggiorno (7) (in particolare, da motivi di studio in motivi di lavoro).

Come ravvisato in dottrina, dunque, il numero di ingressi è stato di gran lunga inferiore alle effettive necessità del mercato del lavoro, e i decreti che si sono susseguiti con cadenza an-

zione irregolare e solo in un ridottissimo numero di casi condizione di legittimità dell'accesso sul nostro territorio dei migranti McBritton 2015, 594; Barbieri 2010, 88 e 99; Calafà 2012, 104 e 161 ss.

(3) Come noto, il contratto di soggiorno dev'essere sottoscritto, tra un datore di lavoro italiano o straniero, regolarmente soggiornante in Italia, e un prestatore di lavoro extracomunitario o apolide, entro otto giorni dall'ingresso del lavoratore in Italia, presso il competente Sportello unico per l'immigrazione. Esso deve contenere la garanzia, da parte del datore di lavoro, della disponibilità di un alloggio per il lavoratore che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica e l'impegno al pagamento da parte del datore di lavoro delle spese di viaggio per il rientro del lavoratore nel paese di provenienza. Sulla dibattuta natura del contratto di soggiorno vd., tra i tanti, Ludovico 2004, 758. Sull'ingresso per motivi di lavoro subordinato nel nostro paese, vd., più di recente, McBritton 2017, 587-592.

(4) Cfr. *Quaderno statistico per gli anni 1990-2017*, in http://www.libertacivilimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/quaderno_statistico_per_gli_anni_1990-2017_ok.pdf.

(5) Per un commento al d.P.c.m. 5 aprile 2011, relativo alle misure di protezione temporanea degli stranieri provenienti dai paesi nordafricani, vd. Palligiano 2011, 98 ss.

(6) Il report Istat «Permessi di soggiorno per asilo politico e protezione umanitaria», in www.istat.it, ha rilevato, oltre alla crescita dei permessi per protezione internazionale, che dal 2007 al 2015 il peso dei permessi rilasciati per motivi di lavoro è passato dal 56,1% al 9,1%.

(7) L'ultimo di questi decreti (d.P.c.m. del 15.12.2017) ha previsto 30.850 ingressi di cittadini extracomunitari per il 2018, di cui 18.000 per motivi di lavoro subordinato stagionale nei settori agricolo e turistico-alberghiero.

nuale, emanati con poca attenzione al funzionamento reale del mercato del lavoro (8), hanno assolto a una funzione sostanzialmente analoga a quella svolta dalle periodiche sanatorie degli irregolari che hanno caratterizzato l'ordinamento italiano ancora prima dell'introduzione della cd. «legge Martelli» (9).

Che le cd. «quote» per lavoro subordinato siano state sostanzialmente azzerate in coincidenza con il notevole incremento del numero di richiedenti asilo è un dato fattuale incontrovertibile; così come dalla mera lettura dell'art. 3 T.U. (10) appare evidente l'illegittimità di una tale omissione da parte degli Esecutivi: la norma, che impone l'emissione con cadenza annuale del «decreto flussi», attribuisce la possibilità di tener conto solo delle eventuali misure straordinarie di accoglienza per eventi eccezionali di cui all'art. 20 T.U., e non già dell'incremento (sia pur vortiginoso) delle richieste di asilo e della concessione della protezione umanitaria. Del resto, il circolo vizioso innestatosi in forza di tale *modus operandi* ha fatto sì che i migranti giunti irregolarmente in Italia si siano visti «costretti» a intasare l'unico canale rimasto aperto per il regolare ingresso sul territorio nazionale, vale a dire la richiesta di protezione internazionale (11), la quale però è disciplinata da un complesso normativo assolutamente inadeguato a regolare i flussi dei migranti «economici» (12).

In questo contesto, dai dati statistici rilasciati dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo (13) è possibile evincere un incremento progressivo della concessione del permesso di soggiorno per motivi umanitari da parte delle commissioni territoriali, cui vanno aggiunti i permessi concessi, dalla giurisprudenza, a seguito del diniego del riconoscimento dello *status*. Le percentuali di permessi umanitari concessi rispetto al totale delle richieste (14) sono passate dal 4% nel 2000 al 26% nel 2010, con un picco del 52% nel 2012, per poi attestarsi attorno al 25% negli anni successivi (15). Ma la misura dell'incremento non si coglie appieno se non si

(8) McBritton 2017b, 137-138.

(9) Ben prima del primo massiccio intervento normativo in materia di immigrazione, costituito dalla l. n. 39/1990, fu emanata una sanatoria delle situazioni di clandestinità esistenti al 31 dicembre 1981, in concomitanza con il provvedimento di chiusura delle frontiere italiane ai lavoratori extracomunitari avvenuto il 2 marzo 1982. Successivamente, interventi di sanatoria furono introdotti con l'art. 3, c. 13, l. n. 335/1995, e con l'art. 33, l. n. 189/2002 (e dal coevo intervento di correzione operato dalla l. n. 222/2002).

(10) Così, l'art. 3, c. 4, T.U., come modificato dalla l. n. 189/2002: «Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, sentiti il Comitato di cui all'art. 2-bis, comma 2, la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e le competenti commissioni parlamentari, sono annualmente definite, entro il termine del 30 novembre dell'anno precedente a quello di riferimento del decreto, sulla base dei criteri generali individuati nel documento programmatico, le quote massime di stranieri da ammettere nel territorio dello Stato per lavoro subordinato, anche per esigenze di carattere stagionale, e per lavoro autonomo, tenuto conto dei ricongiungimenti familiari e delle misure di protezione temporanea eventualmente disposte ai sensi dell'art. 20».

(11) Lo nota McBritton (2017b, 37), la quale rileva il tremendo stato di necessità alla base di tale scelta obbligata, non dettata da furbizia o dalla volontà di trovare delle scorciatoie.

(12) Sulla, in realtà, flebile distinzione tra migrazioni economiche e forzate nel mutato contesto economico-sociale globale, vd. McBritton 2017b, 34-37.

(13) Cfr. *Quaderno statistico per gli anni 1990-2017*, in http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/quaderno_statistico_per_gli_anni_1990-2017_ok.pdf.

(14) I dati sono relativi alla data di decisione delle commissioni, e quindi indipendentemente dalla data di presentazione della domanda.

(15) Questi i dati delle protezioni umanitarie accordate dalle commissioni territoriali rispetto al totale delle richieste: 24% nel 2013, 28% nel 2014, 22% nel 2015, 21% nel 2016, 25% nel 2017.

tiene in considerazione, da un lato, il vistoso aumento del numero complessivo delle richieste di asilo (*supra*) e, dall'altro, il contestuale incremento del numero di dinieghi rispetto al totale delle richieste, che dal 2010 è raddoppiato (dal 26% del 2010 al 52% del 2017) (16). Se ne deduce, dunque, che oltre la metà dei permessi per protezione internazionale concessi nell'ultimo anno di rilevazioni dalle commissioni territoriali per il riconoscimento dello *status* di rifugiato è costituita da permessi per motivi umanitari.

I dati confermano, dunque, che questa particolare forma di protezione internazionale, che dovrebbe avere un carattere residuale rispetto allo *status* di rifugiato e alla protezione sussidiaria (17), ha oramai assunto un'importante valenza, anche a seguito di un consistente orientamento giurisprudenziale (*infra*) che ha valorizzato una serie di fattori, tra cui pure l'aver intrattenuto un rapporto di lavoro in Italia, quali indici di integrazione sociale nel nostro paese.

2. — *La protezione umanitaria: una fattispecie aperta a formazione giurisprudenziale* — Per meglio comprendere il contesto normativo in cui si inserisce la sentenza in commento, è opportuno ricostruire brevemente la disciplina della protezione per motivi umanitari. Essa si rinviene per la prima volta nell'art. 19 T.U., in cui viene imposto un generale divieto di espulsione o di respingimento qualora lo straniero possa essere vittima di persecuzione o di tortura nel paese di origine (18), e dunque nasce nell'alveo della disciplina dell'immigrazione, e non già della protezione internazionale.

Il cambiamento avviene con l'attuazione delle direttive comunitarie, la prassi e la giurisprudenza, sicché oggi può ben dirsi che la protezione umanitaria è diventata una forma di tutela che si affianca a quelle tipiche della protezione internazionale (19), ma che formalmente non rientra nella loro sfera applicativa (20).

Difatti, a partire dalla Direttiva n. 2008/115/Ce (cd. «Direttiva rimpatri»), agli Stati è stato esplicitamente attribuito il potere di rilasciare un permesso di soggiorno al cittadino extracomunitario irregolare per «motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura».

Tale opportunità è stata recepita nell'ordinamento interno dal d.l. n. 89/2001 (convertito con modificazioni nella l. n. 129/2011), che ha trasposto la «Direttiva rimpatri» e ha aggiunto all'art. 5, c. 6, T.U. — secondo cui l'Italia non può rifiutare il permesso di soggiorno allo straniero, qualora ricorrano «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» —, la precisazione che «il per-

(16) Cfr. *Quaderno statistico per gli anni 1990-2017*, cit.

(17) A differenza della protezione umanitaria, lo *status* di rifugiato e la protezione sussidiaria sono rigorosamente disciplinate nella nozione e nei presupposti in norme specifiche (d.lgs. n. 251/2007, artt. 2, 7, 8, 14).

(18) Il c. 1.1 dell'art. 19, introdotto dall'art. 3, c. 1, l. n. 110/2017, ha ampliato le condizioni di riconoscimento del diritto alla protezione umanitaria, con l'aggiunta del fondato motivo di essere sottoposti a tortura e con la precisazione che si debba necessariamente tenere conto, nel giudizio da svolgere, delle «violazioni sistematiche e gravi dei diritti umani».

(19) Le figure tipizzate di protezione umanitaria riguardano le vittime di violenza domestica che decidano di sottrarsi a essa e denunciino la condizione in cui versano o collaborino alle indagini penali (art. 18-*bis*, T.U. introdotto dal d.l. n. 93 del 2013 convertito nella l. n. 119 del 2013), qualora sussista un pericolo attuale e concreto per la loro incolumità, e i lavoratori che subiscono un «particolare sfruttamento lavorativo» e che denunciino e collaborino alle indagini penali (art. 22, c. 12-*quater*, T.U., introdotto con l'art. 1, c. 1, lettera c, del d.lgs. n. 109 del 2012).

(20) Rileva il cambiamento Finocchi Ghersi (2011, 918).

messo di soggiorno per motivi umanitari è rilasciato dal questore secondo le modalità previste dal regolamento di attuazione». Di conseguenza, nel Regolamento di attuazione è stato inserito, all'art. 11, c. 1, l'ulteriore lettera «c-ter», che vincola il riconoscimento della protezione umanitaria da parte del questore al previo parere delle commissioni territoriali o all'acquisizione «dall'interessato di documentazione riguardante i motivi della richiesta relativi a oggettive e gravi situazioni personali che non consentono l'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale».

La nozione dei «seri motivi» che legittimano l'attribuzione della protezione umanitaria, di per sé estremamente ampia e generica, è stata meglio definita in sede applicativa e giurisprudenziale.

In particolare, nella circolare n. 3716 del 30 luglio 2015 stilata dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo, nell'esercizio delle sue funzioni di indirizzo e coordinamento delle commissioni territoriali (che, a sua volta, richiama la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16.12.1966, nonché la Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 10.12.1984), vengono tipizzate (21) alcune ipotesi di concessione della protezione umanitaria: esposizione alla tortura o a trattamenti inumani e degradanti in caso di rimpatrio del richiedente; gravi condizioni psico-fisiche o gravi patologie che non possono essere adeguatamente trattate nel paese di origine; temporanea impossibilità di rimpatrio a causa dell'insicurezza del paese o della zona di origine, non riconducibile alle previsioni dell'art. 14, lett. c, del d.lgs. n. 251/2007; gravi calamità naturali o altri gravi fattori locali ostativi a un rimpatrio in dignità e sicurezza; situazione familiare del richiedente asilo che deve essere valutata ai sensi di quanto previsto dall'art. 8 della Cedu concernente il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Con riferimento a tale ultima possibilità, la stessa circolare precisava che le commissioni territoriali avrebbero dovuto valutare la particolare significatività dei legami personali e familiari, in base alla loro durata nel tempo e alla loro stabilità; ed è proprio partendo da questa ipotesi tipizzata che la giurisprudenza ha elaborato un concetto di protezione umanitaria più ampio, arrivando a concedere il permesso di soggiorno ai migranti che avessero seguito un percorso di integrazione, anche lavorativa, in Italia.

La casistica nella giurisprudenza di merito è molto varia e dimostra come lo svolgimento di attività lavorativa sia stato considerato un indice particolarmente significativo dell'integrazione del cittadino straniero sul territorio nazionale.

È stato valutato positivamente, ad esempio, lo svolgimento di un tirocinio, correlato alla considerazione che l'eventuale espulsione «lo esporrebbe a una situazione di vulnerabilità e difficoltà» nel paese di origine (22), l'aver in corso un contratto a tempo indeterminato come *dog sitter*, unito ad attività di volontariato e allo studio della lingua italiana (23), il lavorare come apprendista metalmeccanico e aver frequentato corsi sulla sicurezza sui luoghi di lavoro (unitamente all'impossibilità di contare su una rete familiare di supporto) (24), l'aver prodotto in giudizio buste paga relative a un regolare contratto alle dipendenze di un'azienda agri-

(21) Si trattava, naturalmente, di una tipizzazione esemplificativa e non esaustiva.

(22) T. Bologna 3.6.2017, ord., in <https://www.dirittoimmigrazione cittadinanza.it/allegati/fascicolo-n-3-2017-1/umanitaria-1/147-5-trib-bo-3-6-2017/file>.

(23) T. Torino 24.7.2017, ord., in <https://www.dirittoimmigrazione cittadinanza.it/allegati/fascicolo-n-3-2017-1/umanitaria-1/153-trib-to-24-7-2017/file>.

(24) T. Milano 7.7.2017, ord., inedita a quanto consta.

cola in una situazione in cui il paese di provenienza (il Mali) venne riconosciuto non del tutto sicuro per i civili (25).

I giudici di merito, dunque, hanno valorizzato il «fattore lavoro» nella valutazione complessiva della situazione del richiedente protezione, nel senso che, ove il richiedente si fosse integrato nel tessuto socio-lavorativo italiano, il suo eventuale rimpatrio lo avrebbe esposto a una condizione di vulnerabilità che andava ad assommarsi a quella propria dello Stato di provenienza (26). In altri termini, la giurisprudenza generalmente non riconosceva la protezione umanitaria a quei richiedenti che avessero prodotto la prova dell'integrazione socio-lavorativa, ma che provenissero da paesi nei quali non poteva dubitarsi dell'effettivo godimento dei diritti umani e costituzionali e, sovente, la sola produzione dei prospetti paga o del contratto di lavoro bastava per provare la predetta integrazione. Ciò recava con sé il rischio della possibile fittizietà dei rapporti di lavoro, artatamente posti in essere al solo fine di favorire la concessione del permesso di soggiorno per motivi umanitari.

Una delle prime voci critiche rispetto a questo orientamento si rinviene in una giurisprudenza, sempre di merito, che, acutamente, ha rilevato la tendenza di valorizzare il fattore soggettivo della vulnerabilità e a slegarlo dalle condizioni di vita e insicurezza dello Stato di provenienza, tanto da diventare l'avvenuta integrazione quasi l'unico motivo che giustifichi la permanenza sul territorio italiano (27).

3. — *La protezione umanitaria per motivi di integrazione socio-lavorativa: le precisazioni della Cassazione e alcune criticità* — La pronuncia della Corte d'Appello di Bari, cassata dalla sentenza in commento, invece, si inseriva pienamente nell'orientamento prevalente nella giurisprudenza di merito, poiché aveva riconosciuto il diritto alla protezione umanitaria a un richiedente asilo gambiano sulla base della duplice considerazione che lo stesso era integrato nel tessuto sociale italiano, tant'è che lavorava stabilmente con un'adeguata retribuzione, e che il rimpatrio forzoso nel paese d'origine lo avrebbe esposto a una situazione di particolare vulnerabilità, stante la grave situazione di compromissione dei diritti umani ivi presente.

La Cassazione richiama i caratteri generali della tutela per motivi umanitari, evidenziando il suo carattere di residualità rispetto alle altre forme di protezione internazionale degli stranieri in Italia, sottolinea il riferimento presente nella già citata «Direttiva rimpatri» (*supra*) e poi si sofferma sulla nozione di «seri motivi di carattere umanitario oppure risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» e sulla valorizzazione dell'integrazione dello straniero nel tessuto sociale italiano, operata dalla giurisprudenza.

A proposito dei «seri motivi», la Suprema Corte richiama i propri precedenti che già avevano chiarito come il legislatore avesse costruito un «catalogo aperto» (28) di ipotesi, accomu-

(25) T. Milano 17.7.2017, ord., in <https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/allegati/fascicolo-n-3-2017-1/umanitaria-1/152-trib-mi-17-7-2017/file>.

(26) Vd., ad esempio, anche C. App. Bologna 22.11.2016 (inedita a quanto consta, ma di cui dà conto Prestinenzi 2017), che, nel riformare la prima ordinanza negatoria del Tribunale, riconosceva i presupposti per la tutela umanitaria ancorando la decisione alla città di provenienza del richiedente cittadino pakistano (Lahore), ove si erano succeduti una serie di attentati con vittime tra i civili, ma menzionava anche la lunga e regolare permanenza dello straniero in Italia (dall'anno 2001), unitamente alla ponderazione dell'esistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

(27) Così, T. Bologna 13.9.2017, ord. (inedita a quanto consta, ma di cui dà conto Prestinenzi 2017).

(28) Così, Cass. n. 26566/2013, in www.iusexplorer.it.

nate dalla finalità «di tutelare situazioni di vulnerabilità attuali o accertate, con giudizio prognostico, come conseguenza discendente dal rimpatrio dello straniero, in presenza di un'esigenza qualificabile come umanitaria, cioè concernente diritti umani fondamentali protetti a livello costituzionale e internazionale» (29).

Tuttavia, i giudici di Cassazione precisano che il parametro dell'inserimento sociale e lavorativo può essere valorizzato non già come fattore esclusivo, bensì come circostanza che può determinare una situazione di vulnerabilità personale meritevole di tutela attraverso il riconoscimento di un titolo di soggiorno. Il parametro di riferimento su cui ancorano la propria decisione è l'art. 8 Cedu, che sancisce il diritto di ogni persona al rispetto della propria vita privata e familiare e, quindi, corrispettivamente, il divieto di ingerenze dei pubblici poteri (30).

Al fine di verificare l'effettiva lesione dei diritti contenuti nell'art. 8 della Convenzione, la sentenza in commento prescrive di partire dalla situazione oggettiva del paese di origine del richiedente, da mettere in relazione con la condizione personale che ha determinato la ragione della partenza. In altri termini, la Suprema Corte richiede che si esamini la condizione di «vulnerabilità» da tutelare mediante la concessione della protezione umanitaria, con l'importante specificazione che la «vulnerabilità» può non essere collegata solo a situazioni di instabilità politico-sociale che espongono il richiedente a rischi per la sua incolumità personale, ma può anche avere a oggetto «la mancanza delle condizioni minime per condurre un'esistenza nella quale non sia radicalmente compromessa la possibilità di soddisfare i bisogni e le esigenze ineludibili della vita personale, quali quelli strettamente connessi al proprio sostentamento e al raggiungimento degli standard minimi per un'esistenza dignitosa».

Si tratta di un passaggio argomentativo di particolare importanza in quanto, evidentemente, estende la possibile concessione della tutela umanitaria al di fuori dei confini classici dei paesi in cui è a rischio l'incolumità fisica del richiedente, visto che tra i fattori di rischio per il godimento dei diritti umani e costituzionali del migrante vengono inclusi anche la povertà estrema o gli stravolgimenti climatici (31). La vulnerabilità dei diritti fondamentali, infatti, può derivare, secondo l'interpretazione della Suprema Corte, anche da una situazione geopolitica che non offre alcuna garanzia di vita all'interno del paese di origine, derivante da siccità, carestie, o situazioni di povertà inemendabili.

Il raggiungimento di un livello d'integrazione sociale, personale o lavorativa nel paese di accoglienza – aggiunge la Corte – può solo costituire un elemento di valutazione comparativa, al fine di verificare la sussistenza di una delle variabili della vulnerabilità, ma non può esaurirne il contenuto. Il Supremo Collegio richiede, dunque, che i giudici di merito operino una valutazione comparativa della vita privata e familiare del richiedente asilo in Italia con quella che ha vissuto e che si troverebbe a vivere nel caso di rimpatrio: ne consegue che «i seri motivi di ca-

(29) Cfr. Cass. n. 19393/2009, S.U., par. 3, in *GC*, 2010, n. 11, I, 2566 ss.

(30) Per un'analisi della giurisprudenza della C. Edu sull'art. 8, vd. Putaturo Donati 2015. Rileva, in particolare, che la norma ha avuto una vivace applicazione in materia di diritto degli stranieri, come limite al potere statale di allontanare lo straniero «indesiderato», e che presupposto dell'applicabilità dell'art. 8 è l'esistenza di una «vita privata e familiare», da accertare nel caso concreto e desumibile da svariate circostanze (C. Edu 21.6.1988, *Berrehab v. Netherlands*, ric. n. 10730/84; C. Edu 11.5.1982, *Abdulaziz, Cabalez e Balkandali v. UK*, ric. n. 9214/80), Favilli 2018.

(31) Rileva opportunamente che tali ipotesi di vulnerabilità erano già frequentemente emerse nella giurisprudenza di merito, ma con orientamenti altalenanti, Favilli (2018). Per una riflessione più approfondita sulla protezione internazionale dei migranti per cause ambientali, vd. Brambilla 2017.

rattere umanitario possono positivamente riscontrarsi nel caso in cui, all'esito di un tale giudizio comparativo, risulti un'effettiva e incolmabile sproporzione tra i due contesti di vita nel godimento dei diritti fondamentali che costituiscono presupposto indispensabile di una vita dignitosa (art. 2 Cost.)» (32).

Solo così opinando, secondo gli Ermellini, la tutela umanitaria conquista una sua autonomia e un proprio ambito applicativo distinto dalle altre forme di protezione internazionale, conservando il proprio peculiare carattere di misura temporanea, che non consente di ottenere il rilascio (al concorrere di altri requisiti) del permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo. Tale ultima circostanza conferma, a giudizio della Corte, l'inutilizzabilità del mero parametro dell'inserimento lavorativo che, invece, nell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza di merito, era ancorato a circostanze di carattere stabile e tendenzialmente permanenti.

Volendo tralasciare ogni considerazione circa il fondamento internazionalistico delle considerazioni operate dalla Suprema Corte (33), appare utile in questa sede qualche breve riflessione sui risvolti giuslavoristici dei principi di diritto enunciati.

In primo luogo, va rilevato che non sempre la giurisprudenza di merito, prima richiamata, richiedeva necessariamente un contratto a tempo indeterminato quale indice dell'integrazione lavorativa; tant'è che, come accennato in precedenza, anche un mero tirocinio era stato considerato sufficiente per contribuire alla valutazione dell'integrazione, poiché, più che la tipologia contrattuale stipulata – la cui scelta è generalmente operata dalla parte datoriale –, a venire in rilievo erano gli sforzi compiuti dai richiedenti di inserirsi nel mercato del lavoro locale.

La richiesta della Cassazione, rivolta ai giudici di merito, di accertare «un'effettiva e incolmabile sproporzione tra i due contesti di vita nel godimento dei diritti fondamentali» desta, poi, più di una perplessità. Il principio, infatti, desunto dalla giurisprudenza della C. Edu sull'art. 8 – che si è esercitata sull'allontanamento degli stranieri, valutando i legami familiari e della vita privata nel paese di origine e in quello di accoglienza –, male si attaglia, a giudizio dello scrivente, ai legami lavorativi instaurati a seguito della richiesta di asilo (34). Anzitutto, appare evidente che il confronto tra i paesi non possa essere effettuato unicamente su base reddituale, in termini monetari, ma il giudice dovrebbe essere in grado di operare una valutazione più complessa, che tenga conto dell'effettivo tenore di vita del paese di provenienza rispetto all'Italia (con ogni ulteriore complicazione data dal diverso tenore di vita nelle diverse aree della Penisola). La valutazione, poi, non dovrebbe fermarsi all'aspetto semplicemente retributivo, dovendosi mettere quest'ultimo in relazione alla qualità (oltre che alla quantità) del lavoro prestato nei due diversi contesti. Non è ben chiaro, infatti, a cosa si debba paragonare l'attività lavorativa intrapresa in Italia: se a quella precedentemente svolta dal richiedente (ammesso che nel paese di origine il richiedente lavorasse), ovvero se al reddito percepibile nella nazione di origine svolgendo la stessa attività lavorativa in cui il richiedente è impiegato in Italia, o ancora all'occupazione che il richiedente potrebbe conseguire in patria, utilizzando l'ordinaria diligenza. È noto, infatti, che sovente i richiedenti asilo, pur scolarizzati nel paese di origine, svolgano in Italia mansioni dequalificanti, non conformi al titolo di studio posseduto (spesso neanche riconosciuto in Italia) e vengano impiegati in settori marginali della nostra economia (35).

(32) In termini adesivi rispetto alle considerazioni della Suprema Corte, vd. Acierio 2018, 104.

(33) Su cui vd. Favilli 2018.

(34) Per un interessante *excursus*, vd. Favilli 2018.

(35) Rileva che gli immigrati svolgono le occupazioni più precarie e con i redditi più bassi, e che il lavoro povero degli immigrati è strutturalmente necessario per il lavoro ricco, Ambrosini (2017, 561).

In definitiva, i principi elaborati dalla Suprema Corte, seppure apprezzabili per la loro tenuta logico-giuridica e per la loro armonia con il sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – in quanto, peraltro, diretti a impedire la concessione generalizzata, e senza riguardo alla specifica situazione personale del richiedente, della protezione per motivi umanitari –, diventano praticamente inattuabili in sede giudiziale, laddove si affermi che il richiedente si sia integrato nel tessuto lavorativo italiano. Infatti, il giudice finisce per trovarsi nella concreta impossibilità di effettuare il confronto richiesto tra la condizione personale del soggetto nei paesi di partenza e di accoglienza, se non a costo di avvalersi di ulteriori generalizzazioni, come quelle che si volevano, in realtà, evitare (36).

Non solo. Un'ulteriore perplessità generata dalla pronuncia in esame è costituita dal paradosso che il confronto tra i contesti di vita nel godimento dei diritti fondamentali, quantomeno con riguardo alle condizioni di lavoro, finisce per premiare quei richiedenti che, per capacità personali o per mera buona sorte, siano titolari di un regolare contratto di lavoro con redditi medio-alti, e per penalizzare, invece, i lavoratori vittime di sfruttamento lavorativo, come quelli del comparto agricolo, afflitto, come noto, dalla piaga del lavoro sommerso o del lavoro grigio (37).

In altri termini, applicando rigidamente le indicazioni della Suprema Corte, potrebbe diventare complesso provare che, nei paesi di provenienza, gli stranieri vittime di sfruttamento possano godere di condizioni di lavoro notevolmente peggiori di quelle garantite in taluni contesti lavorativi italiani, caratterizzati da bassi salari, regolarizzazione assicurativo-previdenziale intermittente (se non assente) e contestuale violazione sistematica delle regole sugli orari di lavoro e sulla sicurezza sui luoghi di lavoro, ma che finanche le condizioni di vita nei cd. «ghetti», in cui vivono migliaia di migranti impegnati in agricoltura, siano molto migliori di quelle ottenibili nei paesi di provenienza (38).

Siffatta paradossale conclusione, che appare stridere con l'origine «caritatevole» della tutela che sembra trarsi dalla definizione fornita dalla «Direttiva rimpatri», non parrebbe essere smentita neanche dall'affermazione che, ai lavoratori vittime di particolare sfruttamento lavorativo,

L'Autore precisa che lavori faticosi a basso *status* sociale hanno richiesto un volume di manodopera immigrata che ha raggiunto un'incidenza dell'11,5%.

(36) Si badi, peraltro, che nei giudizi di protezione internazionale il principio dispositivo opera in forma attenuata, sicché l'autorità che esamina la domanda (e dunque sia l'autorità amministrativa che quella giurisdizionale) è tenuta a cooperare con il ricorrente, nell'accertamento del diritto fondamentale alla protezione. Cfr., sulla questione, Acierno, Flamini 2017, 1-20.

(37) Afferma che la diffusione del lavoro grigio proprio fra gli stranieri sia conseguenza della debolezza di questi lavoratori sia nei confronti dei datori di lavoro, sia sul versante istituzionale, Mc Britton (2017a, 596).

(38) È interessante notare che, secondo il report dell'Istat pubblicato il 23 dicembre 2016, in diverse province del Sud e delle isole, il peso degli extracomunitari presenti per asilo e protezione umanitaria supera il 20% dei permessi di soggiorno, e nelle province di Caltanissetta e Crotone rappresenta più della metà della presenza: rispettivamente il 55,5% e il 65,5%. Cfr. il report dell'Istat per gli anni 2015-2016 intitolato *Permessi di soggiorno per asilo politico e protezione umanitaria*, in www.istat.it. Ancor più chiaramente, la questione emerge dai dati del report di Medu (Medici per i diritti umani) di maggio 2018 *I dannati della Terra*, contenente un rapporto sulle condizioni di vita e di lavoro dei braccianti stranieri nella piana di Gioia Tauro, in cui si legge che il 92,6% dei pazienti incontrati dai medici era regolarmente soggiornante, il 45% era titolare di un permesso di soggiorno per motivi umanitari e il 33% risultava ricorrente presso il tribunale ordinario o la Corte d'Appello avverso l'esito negativo della loro richiesta di asilo.

l'ordinamento riconosce un particolare permesso di soggiorno per motivi umanitari, poiché, come noto, quello dell'art. 22, c. 12-*quater*, T.U. (introdotto con l'art. 1, c. 1, lettera c, del d.lgs. n. 109 del 2012), è un riconoscimento avente natura premiale, che consegue all'attivazione del lavoratore nella denuncia del datore di lavoro, alla sua cooperazione nel procedimento penale, e che è subordinato al parere favorevole del Procuratore della Repubblica (39).

In definitiva, appare quindi condivisibile l'opinione di chi, in dottrina (40), ha fatto notare come, più che i rapporti di lavoro realmente intrattenuti – l'accesso ai quali spesso dipende dal tipo di accoglienza ricevuta, dal luogo di residenza, dalla possibilità di accedere a corsi di lingua o di formazione, dal livello di istruzione, dall'età ecc. –, dovrebbe essere valutato favorevolmente l'impegno soggettivo all'integrazione, che passa dalla attiva ricerca di lavoro, dallo studio della lingua, dalla reale qualità delle relazioni sociali intessute nel paese di accoglienza.

4. — *L'interpretazione del principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte nella prassi ministeriale e nella successiva giurisprudenza di merito* — Con circolare del 4 luglio 2018, indirizzata ai questori, alle commissioni territoriali e alla Commissione nazionale per il diritto di asilo, il ministro dell'Interno, dopo aver sommariamente ripercorso il quadro normativo regolativo della protezione umanitaria, richiama proprio alcuni passaggi – tra quelli ritenuti più salienti – della sentenza in commento, con la seguente perentoria indicazione: «Sono questi i parametri ai quali va necessariamente ancorata ogni valutazione, così come per il riconoscimento della protezione internazionale, non potendo la stessa essere limitata a una mera constatazione di criticità benché evidenti e circostanziate».

L'argomento della sentenza che più viene valorizzato dalla circolare ministeriale è quello nel quale viene sottolineato come nessuna singola circostanza possa, in via esclusiva, costituire il presupposto per l'attribuzione del beneficio della protezione umanitaria, dovendosi avere riguardo alla condizione oggettiva del paese di origine e alle peculiarità della vicenda personale del richiedente, quale punto di partenza per l'accertamento da compiere nella verifica delle vulnerabilità oggetto di tutela.

La circolare, in più punti, evoca la necessità di restringere le maglie della protezione per motivi umanitari, richiamando – in maniera, invero, assai generica – «motivi di sicurezza» e «problematiche sociali» che sarebbero derivate dall'ampliamento delle ipotesi (anche per effetto dell'orientamento permissivo della giurisprudenza), sicché la «necessaria rigorosità dell'esame delle circostanze di vulnerabilità degne di tutela» si traduce, in realtà, nella richiesta di diminuire il numero di permessi per motivi umanitari concessi ai richiedenti.

Appare del tutto evidente l'illegittimità di una tale prassi, suscettibile di ledere l'autonomia e l'imparzialità delle commissioni territoriali (41), peraltro immediatamente oggetto di una ferma denuncia da parte dell'Asgi (42), che ha altresì evidenziato come la circolare presenti profili

(39) È stato rilevato, peraltro, che la partecipazione dell'Autorità giudiziaria è in funzione della qualità della denuncia e della collaborazione alle indagini penali. Così Acierio 2018, 103.

(40) Morozzo della Rocca 2018, 115.

(41) L'art. 8, d.lgs. n. 25/2008, prevede, infatti, che le domande di protezione siano decise a seguito di un «congruo esame», che deve essere «imparziale, obiettivo e individuale» e svolto alla luce di «informazioni precise e aggiornate circa la situazione generale esistente nel paese di origine», elaborate dalla Commissione centrale. Sul tema, vd. Finocchi Ghersi 2011, 939.

(42) *Protezione umanitaria: il commento dell'Asgi sulla circolare del ministro dell'Interno*, in www.asgi.it.

di erroneità anche nel merito, in quanto utilizza strumentalmente alcuni argomenti della sentenza di Cassazione, omettendo di considerare l'intero impianto giuridico della stessa pronuncia, secondo cui l'attuale condizione del richiedente protezione va comparata con la situazione in cui si troverebbe nel caso di rimpatrio e rapportata alla possibilità che la stessa comporti una lesione dei diritti umani.

La giurisprudenza di merito successiva all'enunciazione del principio di diritto nella pronuncia in commento non sembra, comunque, attenersi agli auspici formulati dal Ministro (43).

In via del tutto esemplificativa, infatti, si possono menzionare almeno due recenti arresti giurisprudenziali che, proprio richiamando testualmente la sentenza della Cassazione in commento, riconoscono il diritto alla protezione umanitaria in virtù dell'avvenuta integrazione socio-lavorativa nel contesto italiano.

Ci si riferisce, innanzitutto, all'ordinanza del Tribunale di Bologna (44), in cui il giudice ha comparato la situazione personale del richiedente in Marocco – da dove era fuggito per il timore di essere vittima di atti violenti per mano dei fratelli della sua fidanzata – con quella acquisita in Italia, ove lo stesso ha reperito in breve tempo un'attività di lavoro a tempo indeterminato e ha conseguito un buon livello di conoscenza della lingua italiana. Il Tribunale di Bologna richiama opportunamente l'art. 8 Cedu a proposito della circostanza, ritenuta non irrilevante, che il ricorrente, con i proventi della sua attività, è riuscito ad aiutare i genitori che si trovano in Marocco: situazione che ha a che fare proprio con il diritto fondamentale alla vita privata e familiare, oltre che con i diritti costituzionali di cui all'art. 2 Cost.

Altrettanto interessante è, poi, l'ordinanza del Tribunale di Trieste (45) che ha valutato favorevolmente la raggiunta situazione di stabilità e di integrazione del richiedente protezione, individuando il «diritto umano al lavoro [...] come requisito di dignità dell'essere umano», che va tutelato in base agli obblighi costituzionali di cui agli artt. 35 e 36 Cost.

La giurisprudenza, dunque, appare (giustamente) indifferente alle esigenze politiche di contenimento del numero di permessi per protezione umanitaria manifestate, irrualmente, dal ministro dell'Interno (46), attraverso un'interpretazione del principio di diritto affermato dalla Suprema Corte più rispondente alle esigenze reali del mercato del lavoro, che, invece, continua a richiedere forza lavoro immigrata e modalità di ingresso regolare nel nostro paese (47).

(43) Al contrario, le commissioni paiono aver risposto positivamente agli auspici del Ministro, atteso che dal 5 luglio 2018 al 31 agosto 2018 i permessi per motivi umanitari sarebbero calati del 30% rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente. Cfr. <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2018-09-15/migranti-permessi-protezione-umanitaria-calano-30percento-100042.shtml?uid=AE5ddDrF>. A questo proposito, ha sollevato polemiche la nota informale del 16.7.2018 (consultabile in <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2018/07/Nota-alle-Commissioni-Territoriali.pdf>) con la quale la presidente della Commissione nazionale per il diritto di asilo chiedeva alle commissioni territoriali di attenersi alla circolare del ministro dell'Interno e, conseguentemente, di ridurre il numero di permessi per motivi umanitari da concedere.

(44) T. Bologna 16.4.2018, ord., in www.meltingpot.org.

(45) T. Trieste 3.7.2018, ord., in www.meltingpot.org. In termini sostanzialmente analoghi, T. Trieste 24.8.2018, ord., e C. App. Trieste, sentenza 6.8.2018, entrambe in www.meltingpot.org.

(46) Del resto, come ampiamente noto, le circolari non sono fonti normative, bensì atti interni alle amministrazioni.

(47) Cfr. la missiva inoltrata alle istituzioni prefettizie e comunali da un gruppo di aziende torinesi che avevano ospitato alcuni richiedenti per dei tirocini formativi e che avevano dovuto interrompere il rapporto di tirocinio o di lavoro instaurato, a causa del rifiuto da parte delle autorità del rilascio del permesso di soggiorno. La vicenda, rimbalzata agli onori delle cronache, terminò proprio con la con-

Nel quadro attuale, in cui il Governo ha appena approvato un decreto legge (48) che restringe la concessione della protezione umanitaria al ricorrere di talune ipotesi tipizzate, diverrà nuovamente centrale il ruolo della giurisprudenza, anche costituzionale, costretta tra la necessità di garantire il diritto d'asilo e quella di tutelare la tenuta del principio di legalità, su cui si regge l'intera struttura dello Stato di diritto (49).

Riferimenti bibliografici

- Aa.Vv. (2018), *Protezione umanitaria: il commento dell'Asgi sulla circolare del ministro dell'Interno*, in *www.asgi.it*.
- Acierno M. (2018), *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, in *QG*, n. 2, 99 ss.
- Acierno M., Flamini M. (2017), *Il dovere di cooperazione del giudice, nell'acquisizione e nella valutazione della prova*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1.
- Ambrosini M. (2017), *Perché e come gli immigrati continuano a lavorare in Italia*, in *RGL*, n. 4, I, 557 ss.
- Barbieri M. (2010), *L'intervento comunitario di contrasto al lavoro nero alla luce dell'esperienza italiana*, in *RIDL*, III, 71 ss.
- Brambilla A. (2017), *Migrazioni indotte da cause ambientali: quale tutela nell'ambito dell'ordinamento giuridico e nazionale?*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2.
- Calafà L. (2012), *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, il Mulino, Bologna.
- Favilli C. (2018), *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di Cassazione n. 4455/2018*, in *www.questionegiustizia.it*.
- Ferrajoli L. (2016), *Contro la giurisprudenza creativa*, in *QG*, n. 4, 13 ss.
- Finocchi Gheri R. (2011), *Il diritto di asilo in Italia e in Europa*, in *RTDPub*, n. 4, 917 ss.
- Ludovico G. (2004), *Profili sostanziali: la disciplina del lavoro subordinato*, in Nascimbene B. (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 752 ss.
- Martini G. (2017), *Permesso di soggiorno speciale ai migranti che lavorano. La rivoluzione parte da Torino*, in *La Stampa*, 8 luglio, consultabile in <https://www.meltingpot.org/Permesso-di-soggiorno-speciale-ai-migranti-che-lavorano-La.html#.W46wEOgzaUk>.
- McBritton M. (2015), *Lavoro degli immigrati e lavoro sommerso: l'inadeguatezza della normativa*, in *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Bari, Cacucci, 593 ss.
- McBritton M. (2017a), *Lavoro extracomunitario, mercato del lavoro, contratti*, in *RGL*, n. 4, I, 582 ss.
- McBritton M. (2017b), *Migrazioni economiche e ordinamento italiano*, Cacucci, Bari.
- Morozzo della Rocca P. (2018), *Protezione umanitaria una e trina*, in *QG*, n. 2, 108 ss.
- Palligiano V. (2011), *La distribuzione del «carico territoriale» rischia di essere la strategia meno efficace*, in *GDir.*, n. 17, 98 ss.

cessione della protezione per motivi umanitari, costituiti dall'integrazione socio-lavorativa, ai richiedenti. Vd., Martini 2017.

(48) Il d.l. n. 113/2018, rubricato «Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del ministero dell'Interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata», è stato approvato nel Consiglio dei ministri n. 20 del 24 settembre 2018 e convertito in l. n. 132/2018.

(49) Sulla questione, vd. Ferrajoli 2016.

- Prestinenzi C. (2017), *Il permesso umanitario: «figlio minore» o «figliastro» della protezione internazionale?*, in <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/dirittoAmministrativo/2018-03-19/il-permesso-umanitario-figlio-minore-o-figliastro-protezione-internazionale-150109.php>.
- Putaturo Donati G. (2015), *Il diritto al rispetto della «vita privata e familiare» di cui all'art. 8 della Cedu, nell'interpretazione della Corte Edu: il rilievo del detto principio sul piano del diritto internazionale e su quello del diritto interno*, in www.europeanrights.eu.

Claudio de Martino
*Dottore di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Bari «Aldo Moro»*

CASSAZIONE, 19.1.2018, n. 1374 – Pres. Nobile, Est. Manna, P.M. Ceroni (conf.) – Nidec Asi Spa (avv.ti Pulsoni, Maresca, Marion) c. P.L. (avv. Ginaldi). Conf. Corte d'Appello di Trieste, 5.8.2015.

Licenziamento individuale – Licenziamento per giusta causa – Attività extra-lavorative – Violazione degli obblighi di correttezza e buona fede – Non sussiste.

È illegittimo il licenziamento del lavoratore sorpreso a giocare a tennis, sia pure al di fuori dell'orario lavorativo, in un periodo in cui aveva ottenuto dalla società datrice di essere adibito a mansioni meno gravose, allorché sia accertato che tale condotta non aveva aggravato o esposto a rischio di aggravamento le proprie condizioni di salute. (1)

(1) ILLEGITTIMO IL LICENZIAMENTO DEL LAVORATORE
SORPRESO A GIOCARE A TENNIS

1. — Con la decisione in commento, la Cassazione torna ad affrontare il delicato tema del contemperamento tra il diritto del dipendente a godere come meglio crede delle «ore di non lavoro» e quello del datore di lavoro che non venga pregiudicata l'attività lavorativa.

Il caso in esame riguarda un dipendente licenziato perché sorpreso a giocare a tennis, sia pure al di fuori dell'orario lavorativo, dopo aver ottenuto il diritto a essere adibito a mansioni meno gravose per via di una patologia alla colonna vertebrale.

La società datrice di lavoro lamentava, quindi, l'incompatibilità tra la patologia e l'attività sportiva praticata dal lavoratore, l'obbligo del lavoratore di comunicare all'azienda il miglioramento del proprio stato fisico tale da consentirne la riassegnazione delle originarie mansioni o di altre equivalenti, nonché la violazione dei doveri di correttezza e buona fede per aver praticato attività che potessero comportare un aggravio effettivo o potenziale di una malattia comune.

I giudici di legittimità hanno tuttavia confermato le decisioni del Tribunale di primo grado e della Corte territoriale che ordinavano la reintegra nel posto di lavoro, confermata la veridicità della patologia e la sua incompatibilità con le mansioni precedentemente svolte (che implicavano la movimentazione di carichi pesanti) e accertato che non era emerso che il giocare a tennis avesse aggravato o fosse suscettibile di aggravare la malattia del lavoratore.

2. — Il contemperamento tra l'interesse del lavoratore a godere appieno del proprio tempo libero e il contrapposto interesse del datore di lavoro affinché la condotta del dipendente non pregiudichi l'attività lavorativa non è un tema nuovo per la Cassazione.

I giudici di legittimità in più occasioni hanno affrontato la questione, anche se prevalentemente con riferimento a condotte del dipendente tenute durante un periodo di assenza dal lavoro per malattia.

Gli esempi sono molteplici (Cass. 5.8.2014, n. 17625, in *MGC*, 2014; Cass. 16.2.2011, n. 3822, con nota di Casciano 2012; Cass. 21.4.2009, n. 9474, con nota di Scorcelli 2009; Cass. 24.4.2008, n. 10706, in *Aran Newsletter*, 2008; Cass. 19.12.2006, n. 27104, in *Redazione Giuffrè*; T. Pisa 16.7.2005, con nota di Ichino 2006; Cass. 1.7.2005, n. 14046, in *MGC*, 2005, 6; Cass. 6.6.2005, n. 11747, in *MGC*, 2005, 6 ss.; Cass. 3.12.2002, n. 17128, in *Redazione*

Giuffrè, e Cass. 19.12.2000, n. 15916, in *NGL*, 2001, 294 ss.), e alcuni di essi contemporanei (Cass. 18.1.2018, n. 1173, in *Redazione Giuffrè*) o addirittura più recenti della sentenza in oggetto (Cass. 13.3.2018, n. 6047, in *D&G online*, 2018, 14 marzo).

L'orientamento giurisprudenziale è in tal caso assolutamente unanime.

Per la Cassazione non vi è dubbio che lo svolgimento di altra attività extralavorativa da parte del dipendente assente per malattia sia potenzialmente idoneo a giustificare il recesso del datore di lavoro per violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà. Il recesso è giustificato non solo nell'ipotesi in cui tale attività esterna sia di per sé sufficiente a far presumere l'inesistenza della malattia, dimostrando quindi una fraudolenta simulazione, ma anche nel caso in cui la medesima attività, valutata con giudizio «*ex ante*», possa pregiudicare o ritardare la guarigione e il rientro in servizio, o aggravare la patologia del dipendente.

Nel caso in esame, tuttavia, gli Ermellini prendono espressamente le distanze dai citati precedenti, e in particolare dalle sentenze n. 17625 del 2014 e n. 9474 del 2009 (evocate nel corso della discussione), ritenendole non conferenti in quanto «aventi a oggetto attività [...] svolte dal dipendente durante un periodo di assenza per malattia, mentre nel caso in esame risulta che l'attività ludico-sportiva [...] è stata svolta (al di fuori dell'orario di lavoro) in un periodo in cui non era assente per malattia, ma regolarmente in servizio».

La medesima obiezione, peraltro, potrebbe essere avanzata anche relativamente a un altro precedente della Cassazione (Cass. 25.1.2011, n. 1699, con nota di Cannati 2011 e Novella 2012), riguardante il licenziamento di un dipendente per essersi esposto più volte al rischio della malaria da lui sistematicamente contratta durante le proprie ferie in un paese africano, e quindi in un periodo di assenza dal lavoro.

A parer di chi scrive, tuttavia, le due casistiche, pur avendo indubbie peculiarità che le contraddistinguono (in un caso l'attività viene svolta in un periodo di assenza dal lavoro per malattia; nell'altro in un periodo in cui il lavoratore è regolarmente in servizio), sottendono il medesimo interrogativo, ossia se l'espletamento di altra attività, lavorativa o extralavorativa, durante le ore di non lavoro costituisca una violazione dei doveri contrattuali di correttezza e buona fede, e giustifichi quindi il recesso del datore di lavoro, laddove si riscontri che l'attività espletata costituisca indice di una scarsa attenzione del lavoratore alla propria salute e ai relativi doveri di cura.

Ciò detto, è equiparabile, nelle due ipotesi, l'interesse del datore di lavoro quantomeno a verificare o mettere in discussione l'effettiva esistenza della malattia, dimostrando quindi una sua fraudolenta simulazione, ovvero intervenire qualora sia dimostrato che l'attività stessa possa aggravare la patologia del lavoratore.

Alle stesse conclusioni, tuttavia, era giunta anche la Cassazione in un caso analogo a quello in commento (Cass. 9.1.2015, n. 144, in *D&G online*, 2015, 12 gennaio), che, sempre in riferimento a un lavoratore sorpreso a svolgere attività sportiva durante le ore di non lavoro nonostante fosse stato adibito a mansioni differenti da quelle originarie per ridotte capacità lavorative, confermò la scelta dei giudici di merito che sostanzialmente richiamavano quei principi applicabili alla diversa fattispecie del lavoratore assente per malattia.

Ciò che invece non è equiparabile, o meglio, non è detto che sia equiparabile, ma deve essere verificato caso per caso, è l'interesse del datore di lavoro affinché l'attività extralavorativa non ritardi la guarigione e il rientro in servizio del dipendente.

Al di là dell'idoneità o meno di una determinata condotta di aggravare una patologia preesistente, da verificarsi caso per caso solamente in un secondo momento, in primo luogo si do-

vrebbe fare una distinzione tra patologie croniche, o comunque non regressive, e patologie e/o sintomatologie potenzialmente soggette a guarigione.

Nel caso del dipendente assente per malattia è implicita la temporaneità della sospensione all'attività lavorativa (al limite garantita fino al termine del periodo di comporto), pertanto è più che giustificato l'interesse del datore di lavoro non solo affinché la condotta del dipendente non aggravi lo *status quo*, ma anche affinché non ritardi il ripristino dello *status quo ante*, ossia non pregiudichi i tempi di guarigione e di rientro in servizio.

Nell'ipotesi del dipendente assegnato a mansioni meno gravose a seguito di una determinata patologia, invece, l'interesse affinché non vengano pregiudicati i tempi di guarigione e di rientro in servizio sussiste solo nel caso in cui la malattia stessa abbiano natura reversibile.

Se l'assegnazione a mansioni differenti da quelle originarie è stata predisposta in quanto queste ultime risultavano incompatibili con una patologia dichiarata irreversibile (inidoneità permanente), il datore di lavoro non corre il rischio che un determinato comportamento possa ritardare la guarigione o la riassegnazione delle mansioni originariamente assegnate, perché per definizione ciò non potrà mai avvenire.

Se l'assegnazione a mansioni differenti da quelle originarie è stata invece predisposta in via momentanea (inidoneità temporanea), ossia fin quando sussiste la patologia del dipendente, allora è assolutamente comprensibile, e paragonabile al caso del lavoratore assente per malattia, l'interesse affinché l'attività extralavorativa non pregiudichi o ritardi la guarigione e quindi la riassegnazione delle mansioni originariamente assegnate.

Nel caso in esame, tuttavia, non ci è dato sapere se l'assegnazione a nuove mansioni sia conseguente a una inidoneità temporanea o permanente del lavoratore.

Da una prima lettura, il dipendente sembrerebbe affetto da una patologia irreversibile (spondilo-discoartrosi lombare di natura degenerativa con protrusioni discali e focalità erniaria in L4-L5).

Tuttavia, lo stesso si era impegnato a comunicare alla società un eventuale mutamento dello stato clinico (quindi della sua sintomatologia e non della patologia!) tale da consentirgli una reintegra nelle originarie mansioni o in altre equivalenti; il che farebbe presumere che l'inidoneità sia legata alla sintomatologia conseguente alla patologia accertata, e non alla patologia stessa, questa sì, reversibile e soggetta a guarigione.

Ciò detto, qualora l'inidoneità del lavoratore abbia avuto carattere temporaneo, a parer di chi scrive, ben si sarebbero potuti applicare anche nel caso di specie i principi consolidati dalla Cassazione nei citati precedenti.

Il fatto che l'attività sia stata svolta, al di fuori dell'orario di servizio, in un periodo in cui il lavoratore non era assente per malattia, ma regolarmente in servizio, non muta infatti l'interesse sottostante del datore di lavoro, né i doveri generali di correttezza e buona fede e gli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà, che il lavoratore deve tenere, anche se di tale aspetto si avrà modo di trattare più approfonditamente nei paragrafi successivi.

Qualora, invece, l'inidoneità del lavoratore abbia avuto carattere permanente, è assolutamente condivisibile la scelta della Corte di distaccarsi da quelle pronunce riferibili a ipotesi di assenza per malattia, quantomeno relativamente al potenziale pregiudizio sui tempi di guarigione e di rientro in servizio.

3. — Nel caso di specie, la Cassazione ha confermato quanto statuito dai giudici del merito, i quali, in assenza di dati concreti che consentano di individuare e quantificare un pregiudizio effettivo o anche solo potenziale alle condizioni di salute del dipendente derivante dalla suddetta

attività ludico-sportiva, così come da quest'ultimo praticata, hanno escluso *a priori* la prova di qualsivoglia ipotesi di responsabilità disciplinare derivante dalla violazione dei principi di correttezza e buona fede.

A ben vedere, i giudici di legittimità, benché prendano espressamente le distanze anche dalla citata Cass. n. 144 del 2015, in tema di violazione dell'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c., e dei principi di correttezza e buona fede di un lavoratore sorpreso a svolgere attività sportiva durante le ore di non lavoro, sembrerebbero invece confermarne il ragionamento alla base pur giungendo a una conclusione differente nel caso di specie.

Nella citata sentenza n. 144 del 2015, infatti, a differenza del caso in esame, l'istruttoria aveva accertato che l'attività sportiva svolta dal dipendente soggetto all'assegnazione di mansioni differenti da quelle originarie per ridotte capacità lavorative, non era compatibile con le sue condizioni fisiche, ed effettivamente suscettibile di aggravarne le condizioni stesse. Ciò aveva portato la Corte a ritenere tale comportamento contrario ai doveri di buona fede e correttezza, e talmente grave e irrimediabilmente lesivo del rapporto fiduciario con l'azienda da renderlo idoneo a giustificare un licenziamento.

La sentenza in commento, tuttavia, non si discosta da queste argomentazioni, peraltro per nulla scontate, ma semplicemente non le applica al caso di specie in quanto dall'istruttoria veniva rilevata l'incapacità dell'attività ludico-sportiva svolta di aggravare le condizioni fisiche del lavoratore.

Così facendo, la Cassazione ribadisce implicitamente, sulla scia di un orientamento giurisprudenziale consolidato (Cass. 16.2.2011, n. 3822, cit.; Cass. 18.6.2009, n. 14176, in *Redazione Giuffrè*; Cass. 1.2.2008, n. 2474, in *Redazione Giuffrè*; Cass. 19.12.2006, n. 27104, in *MGC*, 2006, 12; Cass. 6.10.2005, n. 19414, in *OGL*, 2005, I, 835 ss.; Cass. 4.4.2005, n. 6957, in *Redazione Giuffrè*; Cass. 3.12.2002, n. 17128, in *MGC*, 2002, 2103; Cass. 22.8.2002, n. 12414, con nota di Razzante 2003, e Cass. 9.5.1996, n. 4328, con nota di Calafà 1997 e Nicolai 1996; in senso contrario, Cass. 12.4.1985, n. 2434, in *GC*, 1985, I, 1913 ss.), il principio secondo il quale «l'obbligo di fedeltà a carico del lavoratore subordinato ha un contenuto più ampio di quello risultante dall'art. 2105 c.c., dovendo integrarsi con gli artt. 1175 e 1375 c.c., che impongono correttezza e buona fede anche nei comportamenti extralavorativi, necessariamente tali da non danneggiare il datore di lavoro, e che, in tema di licenziamento per violazione dell'obbligo di fedeltà, il lavoratore deve astenersi dal porre in essere non solo i comportamenti espressamente vietati dall'art. 2105 c.c., ma anche qualsiasi altra condotta che, per la natura e per le possibili conseguenze, risulti in contrasto con i doveri connessi al suo inserimento nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa, ivi compresa la mera preordinazione di attività contraria agli interessi del datore di lavoro potenzialmente produttiva di danno» (Cass. 9.1.2015, n. 144, cit.).

Al riguardo, tuttavia, la dottrina sembra essere divisa.

Una parte di essa (Riva Sanseverino 1986) sembra accogliere un'interpretazione estensiva dell'art. 2105 c.c. tale da riconoscere un obbligo per il lavoratore di fare tutto quanto il possibile nell'interesse dell'impresa.

Tale orientamento considera gli obblighi previsti dall'art. 2105 c.c. (concorrenza, divulgazione e uso di notizie segrete) come meramente esemplificativi di una più vasta e indefinita gamma di doveri collegati a un generico obbligo di fedeltà.

Un secondo orientamento, invece (Pisani 2005; Persiani 1966; Cessari 1969; Trioni 1982; Mancini 1957), è assolutamente propenso a identificare ed esaurire il contenuto dell'obbligo di fedeltà esclusivamente nei divieti espressamente contemplati nell'art. 2105 c.c. (Per un'attenta

analisi sul tema, vd. Pisani 2005 e Casciano 2012), e ricondurre i doveri di correttezza e buona fede del lavoratore (nel non compiere atti che possano cagionare danni nella sfera giuridica del datore di lavoro) nella categoria degli obblighi di protezione «atipici», in quanto non espressamente previsti dalla legge (Pisani 2005).

Riserve sulla possibilità di porre limitazioni sulla sfera privata del lavoratore furono invece sostenute da Mariani (1987).

4. — Da ultimo, la sentenza in esame, al di là degli esiti a cui è pervenuta, offre lo spunto per affrontare anche il tema dei carichi probatori relativi alla compatibilità tra lo stato patologico e l'attività extralavorativa.

La Cassazione, infatti, pur escludendo una responsabilità disciplinare del lavoratore, nel valutare l'operato dei giudici di merito riconosce espressamente che l'onere della prova grava sul datore di lavoro.

Tale principio si inserisce nel solco di un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato (Cass. 18.1.2018, n. 1173, in *Redazione Giuffrè*; Cass. 22.10.2014, n. 22386, inedita a quanto consta; Cass. 28.2.2014, n. 4869, in *D&G online*, 2014, 28 febbraio; Cass. 21.3.2011, n. 6375, con nota di Leverone 2011; Cass. 4.4.2005, n. 6957, cit., e Cass. 3.5.2001, n. 6236, con nota di Bartalotta 2002), anche se non sono mancate pronunce contrarie che attribuiscono al lavoratore l'onere di dimostrare la compatibilità dell'attività svolta con la malattia impeditiva della prestazione lavorativa – secondo il principio della «vicinanza della prova» – e al datore di lavoro l'onere di dimostrare il solo svolgimento di altra attività in costanza di malattia (C. App. Torino 26.11.2005, con nota di Milli 2016, e Cass. 19.12.2000, n. 15916, in *NGL*, 2001, 294 ss.).

Riferimenti bibliografici

- Bartalotta S. (2002), *Malattie «diplomatiche» e poteri di controllo del datore di lavoro*, in *RIDL*, n. 2, II, 345 ss.
- Calafà L. (1997), *Sull'uso processuale di documenti fotocopiati da dipendente bancario*, in *RIDL*, II, 106 ss.
- Cannati G. (2011), *La responsabilità disciplinare del dipendente che si ammala durante le ferie*, in *RIDL*, n. 4, II, 1068 ss.
- Casciano M.V. (2012), *Ancora un'eclissi dell'obbligo di fedeltà*, in *RIDL*, n. 1, II, 29 ss.
- Cessari A. (1969), *Fedeltà, lavoro, impresa*, Giuffrè, Milano.
- Ichino P. (2006), *Sulla dubbia credibilità della malattia ansioso-depressiva che si manifesta in istantanea concomitanza con un trasferimento contestato dal lavoratore*, in *RIDL*, n. 2, II, 460 ss.
- Leverone I. (2011), *Svolgimento di attività extralavorative durante l'assenza per malattia*, in *D&L - RCDL*, n. 2, 405 ss.
- Mancini F. (1957), *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Mariani M. (1978), *Accertamenti non sanitari sulla malattia del lavoratore*, in *GC*, I, 2576 ss.
- Milli F. (2016), *Stato di malattia, prestazione di attività extralavorativa e licenziamento*, in *RGL*, n. 3, II, 381 ss.
- Nicolai A. (1996), *Produzione di documenti aziendali e tutela della riservatezza*, in *MGL*, 596 ss.
- Novella M. (2012), *Il licenziamento del lavoratore malato*, in *DRI*, II, 514 ss.
- Persiani M. (1966), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova.
- Pisani C. (2005), *Sull'«uso improprio» dell'art. 2105 c.c. da parte della Cassazione*, in *RIDL*, n. 4, II, 920 ss.

- Razzante R. (2003), *Licenziamento per violazione delle norme antiriciclaggio*, in *GI*, 646 ss.
- Riva Sanseverino L. (1986), *Disciplina delle attività professionali. Impresa in generale. Artt. 2060-2134*, in Branca G., Scialoja A. (diretto da), *Commentario del codice civile*, Zanichelli - il Foro Italiano, Bologna-Roma.
- Scorcelli R. (2009), *Sulla rilevanza dei comportamenti del lavoratore durante l'assenza per malattia*, in *D&L - RCDL*, n. 2, 448 ss.
- Trioni G. (1982), *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.

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

CONSIGLIO DI STATO, 12.3.2018, n. 1571, S. III – Pres. Bulacani; Est. Pescatore – Ranstad Italia Spa e Assolavoro (avv. Brugnoletto) c. Azienda UsI Roma 6 (avv. Di Martino).

Appalto – Art. 29, d.lgs. n. 276/2003 – Requisiti – Acquisizione di ore di lavoro – Somministrazione di lavoratori – Sussiste.

Il contratto d'appalto si distingue dalla somministrazione di personale in ragione: a) del potere di organizzazione dei mezzi necessari allo svolgimento dell'attività richiesta; b) del potere direttivo sui lavoratori impiegati nella stessa; c) del rischio di impresa. Attraverso il contratto d'appalto, una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro, secondo lo schema dell'obbligazione di risultato; invece, nel contratto di somministrazione, l'agenzia invia in missione dei lavoratori, che svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore, secondo lo schema dell'obbligazione di mezzi. (1)

(1) ACQUISTO DI ORE DI LAVORO CON PROCEDURA A EVIDENZA PUBBLICA:
APPALTO DI SERVIZI O SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO?

1. — La sentenza in commento, muovendosi nell'accidentato confine tra istituti contermini (la somministrazione di lavoro e l'appalto per l'erogazione di prestazioni di lavoro), rappresenta una singolarità nel panorama giurisprudenziale in quanto non è frequente che il giudice amministrativo, nell'ambito tipico della propria giurisdizione, faccia applicazione, anche se in via incidentale, di istituti propriamente del diritto del lavoro.

Il caso è quello di un ente pubblico (azienda sanitaria) che ha avviato una procedura a evidenza pubblica per l'affidamento di attività di servizi consistenti nel supporto ai propri uffici; gara che gli operatori di categoria hanno ritenuto viziata in quanto, avendo a oggetto la mera fornitura di prestazioni lavorative, la stazione appaltante avrebbe fatto impropriamente ricorso all'appalto in luogo della somministrazione di lavoro.

Il caso in esame, in particolare, riguarda il fenomeno ben conosciuto della progressiva vacuità degli organici nella pubblica amministrazione per effetto del persistente e stringente blocco (totale o parziale) del *turnover*, soprattutto nei settori pubblici deputati a garantire i servizi essenziali e indispensabili per il godimento dei diritti civili e politici (art. 117 Cost.).

Il richiamo è, in maniera esemplificativa ma non esaustiva, al settore della sanità pubblica, nel quale spesso i servizi non si riescono a organizzare ed erogare con le risorse umane a disposizione, e allora si coprono le carenze di organico facendo ricorso a supporti esterni mediante esternalizzazione di servizi ausiliari, i quali vengono affidati in appalto: il ricorso a questo strumento, in sé lecito, pone però non pochi problemi in ordine ai limiti che gli derivano, sotto il profilo applicativo, dal compendio di disposizioni che regolano gli aspetti effettuali nell'ordinamento giuslavoristico in termini di divieto di interposizione e intermediazione nei rapporti di lavoro fuori dalle ipotesi consentite (somministrazione, distacco ecc.).

Il caso affrontato si pone lungo il solco del complesso fenomeno della irregolare utilizza-

zione della manodopera, ed è la riprova che «... il fenomeno della interposizione nel rapporto di lavoro si manifesta sotto aspetti diversi...» (Ghera 1994, 377), ma anche che il legislatore, per i fenomeni di confine, appresta gli strumenti tipici per riportarli all'interno di fattispecie regolate (appalto e somministrazione) senza alcuna promiscuità.

Se il problema è quello consueto, qualcosa di nuovo nella sentenza annotata si ravvisa, perché ciò che cambia è la prospettiva di osservazione: il giudice, procedendo con una operazione di ermeneutica secondo le regole valevoli per il diritto civile (Applicabili anche agli atti amministrativi, compresi i bandi di gara: vd. Cons. Stato 10.6.2016, n. 2497, S. III, in *Appalti & Contratti*, 2016, fasc. 7, 94 ss.; conf. Cons. Stato 2.9.2013, n. 4364, S. III, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 69 ss.), ha di fatto provveduto alla qualificazione della fattispecie, ritenendo realizzata l'ipotesi della somministrazione di lavoro in luogo di quella dell'appalto di servizi indicata negli atti di gara.

Questo è il problema affrontato nella sentenza in questione; cioè quello della demarcazione del punto di confine tra somministrazione e appalto: anche se l'elemento su cui ricade il *petitum* è, nello specifico, l'annullamento della procedura per l'esclusione dalla gara delle agenzie di somministrazione (con violazione dell'art. 40, d.lgs. n. 81/2015), interessante è la prospettiva con la quale i giudici amministrativi di primo e secondo grado, anche se con esiti diversi, hanno esaminato la questione, cioè qualificato la natura dell'affidamento sulla base dei tratti distintivi dell'appalto e della somministrazione così come tipizzati nella legislazione speciale (art. 29, d.lgs. n. 276/2003, e art. 30, d.lgs. n. 81/2015), divisandone in maniera chiara le differenze mediante una ricognizione degli omogenei principi posti dalla giurisprudenza formatasi in ambito privatistico (Vd. Cass. 7.2.2017, n. 3178, S. civ., inedita a quanto consta) e penalistico (Vd., *ex multis*, Cass. 27.1.2015, n. 18667, S. III pen., in *La giustizia penale*, 2015, II, 416 ss.).

Consequenziale è la ulteriore originale prospettiva con la quale il giudice ha affrontato la questione, perché la esatta individuazione della tipologia dello strumento applicabile ha comportato la necessità di procedere alla qualificazione del rapporto di lavoro sulla base del presupposto fattore di origine, cioè prima ancora non solo della fase funzionale (in cui la medesima valutazione è fatta dal giudice con riguardo al rapporto *in factum esse* o *in executivis*), ma anche della fase genetica, dunque a prescindere dall'aspetto patologico della non corrispondenza del *nomen verum* del rapporto, risultante dalla sua esecuzione, con il *nomen iuris* formalmente datogli dalle parti.

Ovviamente il dato normativo cui fare riferimento non poteva, come detto, che essere l'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003, il quale indica i connotati specifici dell'appalto e ne definisce la differenza con la somministrazione (In argomento, vd. Valente 2007, 1 ss.).

Seguendo la linea tracciata dalla norma, il ragionamento posto in essere dal Consiglio di Stato assume particolare importanza nella parte in cui è ancorato alla nota bipartizione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, cui sono riconducibili rispettivamente la somministrazione e l'appalto.

Nelle corrispondenti categorie generali (Secondo la tradizionale bipartizione operata da Mengoni 1954, 185 ss.), è pacifico che al contratto di appalto, così come regolato dagli artt. 1667 ss. c.c., conseguano obbligazioni di risultato (Vd. Rubino, *Iudica* 1992, 20), e a quello di somministrazione *ex art.* 1559 c.c. obbligazioni di mezzi (Vd. Nocera 2010, 190 ss.).

Tale schema non muta se riportato nei corrispondenti istituti giuslavoristici (Anche se la dottrina giuslavoristica preferisce inquadrare la distinzione nell'ambito categoriale più proprio alla sistematica dei contratti, riconducendo il contratto di somministrazione alle obbli-

gazioni di dare e quello dell'appalto alle obbligazioni di fare; vd. Imberti 2011, 9), in quanto gli snodi concettuali non sono modificati, né richiedono particolari interventi di adattamento per la loro operatività nella disciplina speciale, come testimonia il richiamo contenuto nell'art. 29 del d.lgs. n. 276 all'art. 1655 c.c.

Importante è tale richiamo in quanto con esso diviene chiaro che la figura dell'appalto valevole per l'ordinamento giuslavoristico è la stessa posta dall'ordinamento civilistico, da cui ne è mutuata la nozione, realizzandosi così nel complessivo sistema della interposizione e intermediazione nelle prestazioni di lavoro «... un coordinamento finalmente reso esplicito con la norma del codice civile che definisce il contratto di appalto [...] del quale viene così riconosciuta l'immediata contiguità con l'appalto di manodopera o somministrazione di lavoro che dir si voglia» (Del Punta 2004, 162).

Fondamentalmente, il legislatore, già con il d.lgs. n. 276/2003 (art. 20), ha posto la somministrazione quale fattispecie di comparazione, individuando rispetto a essa i caratteri differenziali costitutivi dell'appalto (art. 29); questo modello è rimasto valido anche dopo la novellazione apportata con il d.lgs. n. 81/2015.

Pertanto, al fine di individuare la linea di confine tra i due istituti è necessario fare riferimento ai requisiti posti dalla normativa settoriale (e ai conseguenti indici specificativi elaborati dalla giurisprudenza), al ricorrere o meno dei quali può ritenersi l'appalto genuino o non genuino.

La giurisprudenza ha rigorosamente circoscritto l'ambito dell'appalto, ritenendo sussistere questo istituto quando l'appaltatore: ha una effettiva organizzazione aziendale; fornisce, in riferimento allo specifico oggetto dell'appalto, un servizio determinato; si obbliga a conseguire un risultato produttivo autonomo; assume l'alea del risultato (C. App. Venezia 2.8.2008, in *IPrev.*, 2009, 184 ss.; C. App. Perugia 11.6.2008, in *Rassegna di giurisprudenza umbra*, 2008, 400 ss.).

Questi elementi sono stati declinati dalla giurisprudenza all'interno delle due fattispecie in esame, evidenziandone i tratti distintivi e, dunque, fornendo una chiave precisa di interpretazione: «L'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 ha ribadito i criteri distintivi tra la somministrazione di lavoro e l'appalto di opera o di servizio di cui all'art. 1655 c.c., prevedendo che sussiste l'appalto solo nel caso in cui l'organizzazione dei mezzi produttivi, la direzione dei lavoratori e l'assunzione del rischio d'impresa restano in capo all'appaltatore e non al committente o utilizzatore delle prestazioni» (Cass. 20.12.2004, S. III pen., in *LPO*, 2005, 519 ss.).

Il quadro giurisprudenziale appena delineato trova raffigurazione nella sentenza in commento nella inedita prospettiva – come detto – della irregolarità accertata prima ancora che il rapporto sorga, cioè nella cd. fase preparatoria del substrato giuridico da cui poi sorge il rapporto dal quale nasce la corrispettività delle prestazioni.

Accertare se la fattispecie realizzata è quella dell'appalto o della somministrazione non è cosa facile, stante la labilità dei confini tra i due istituti una volta riconosciuta la possibilità che l'appalto possa avere a oggetto l'attività di lavoro (Romei 2006, 177).

Questa operazione è stata posta in essere dal Consiglio di Stato, la cui decisione non è altro che, come già osservato, una indiretta qualificazione del rapporto di lavoro prima ancora che essa possa desumersi dai dati fattuali della sua concreta modalità di esecuzione, cioè una operazione cd. cartolare centrata non sul rapporto di lavoro in sé considerato (nella fase oggetto di valutazione giudiziale non vi è ancora evidenza della effettiva modalità di esecuzione delle prestazioni), ma sulla individuazione, tutta di natura civilistica, in base a una qualificazione in astratto, del rapporto che sorgerebbe all'esito dell'affidamento del servizio tra impresa aggiudicatrice e amministrazione appaltante (valutazione proiettiva).

Trasferendo gli effetti di tale operazione sugli aspetti funzionali, l'operazione di qualificazione del rapporto di lavoro appare particolarmente rilevante (C. App. Milano 23.5.2013, in *Rivista critica di diritto del lavoro pubblico e privato*, 2013, 216 ss.).

Infatti, il ricorso improprio all'appalto pone un problema di differenziazione di trattamento, poiché sottrae al lavoratore le tutele proprie della somministrazione in quanto, mentre «la disciplina della somministrazione di lavoro conserva ancora un principio di parità di trattamento tra lavoratori somministrati e lavoratori dipendenti dall'utilizzatore, all'opposto, la nuova disciplina dell'appalto (art. 29) non contempla più questa stessa regola» (Valente 2007, 14), prevista invece dal previgente art. 3, l. n. 1369/1960, nell'ambito della cd. cintura protettiva (Vd. Dell'Olio 1992, 11), cioè per gli appalti di servizi interni, sotto la cui vigenza «... il legislatore perseguiva l'obiettivo di estendere ai dipendenti delle imprese appaltatrici i trattamenti più favorevoli previsti dai contratti collettivi applicati nell'impresa committente (cd. uniformità di trattamento)», (Ghera 2006, 335).

Per cui «La concorrenza tra i due istituti, rischia [...] di innestare una concorrenza al ribasso dei trattamenti del lavoro dipendente, piuttosto che la specializzazione dell'apparato produttivo» (Valente 2007, 14).

In particolare lo sviamento si ravvisa in ordine alla comparabilità del trattamento normativo ed economico con quello degli omologhi dipendenti dell'utilizzatore, restando così violata la regola perequativa della parità posta dall'art. 23, d.lgs. n. 276/2003, e ribadita dall'art. 35, d.lgs. n. 81/2015, che, come chiaramente evidenziato in dottrina, è elemento strutturale della somministrazione (Chieco 2006, 161); il fatto che manchi nell'appalto un'analoga rete contrattuale pone in essere una distonia evocativa di effetti distorsivi nel sistema di protezione del lavoratore (Carcattera 2004, 139).

Non vi può essere, infatti, comparabilità, per diversa natura ontologica, tra il precetto della parità di trattamento, che vige nella somministrazione, e la misura di garanzia dell'obbligo in capo all'appaltatore di fare applicazione del contratto collettivo di settore postulabile ex art. 34, d.lgs. n. 50/2016, per l'appalto.

Perimetrata la questione nella sua stretta valenza privatistica all'interno del diritto del lavoro, rimane ora da rispondere al quesito fondamentale: perché il Consiglio di Stato è stato chiamato a pronunciarsi nella fattispecie in esame?

Il motivo immediato è perché la sua funzione è quella di garantire, nell'ambito dei contratti pubblici, in coerenza con i principi costituzionali di imparzialità e buona amministrazione (art. 97 Cost.), l'osservanza delle regole del corretto funzionamento del mercato (art. 86 del Trattato Ue, ora art. 106 TfUe); esigenza che impone di porre fuori dal meccanismo della concorrenza quanto ricadente nel sistema di tutela dei lavoratori.

Rispetto a ciò il punto di progressione fissato dalla sentenza in commento è che la neutralità negli appalti pubblici del trattamento economico e normativo dei lavoratori proietta la sua natura di variabile indipendente oltre il confine segnato dall'art. 30, comma 4, d.lgs. n. 50/2016 (limitato all'obbligo di applicazione del contratto collettivo vigente per il settore corrispondente all'oggetto dell'appalto), e si estende alla stessa qualificazione tipologica della fattispecie: la natura del rapporto di chi presta la propria attività per l'esecuzione del contratto con la p.a. non può essere condizionato dalla tipologia negoziale prescelta dall'amministrazione, ma deve rispondere a quella che emerge dall'effettivo regolamento contrattuale che le parti pongono in essere.

Da qui le forti ricadute sul regolamento dei rapporti di lavoro, i quali restano conformati nel loro regime disciplinare dal *nomen verum* della tipologia contrattuale *ex ante* accertata, per-

ché la sentenza in commento, pur se si muove direttamente nel perimetro del funzionamento del libero mercato, si incunea necessariamente nell'area propria della tutela del lavoro.

Una tale «invasione di campo» appare del tutto legittima, anzi necessitata in quanto, come si legge in dottrina, le scelte del legislatore (primariamente comunitario) sono orientate a «promuovere un modello di concorrenza tra le imprese che si basi su fattori competitivi diversi da quelli concernenti il trattamento economico e normativo dei lavoratori» (Chieco 2006, 162).

Ma altrettanto evidente è che quando il datore di lavoro è destinato a scomporsi in più soggetti, diviene centrale la individuazione e definizione delle tecniche di tutela (Corazza 2004, 145) nella pluralità delle forme di lavoro e dei contesti modali nei quali il rapporto si svolge, ovvero viene resa la prestazione, dovendo rendere adattabili alle singole fattispecie strumenti di garanzia già noti e costruirne dei nuovi laddove quelli tradizionali non abbiano piena idoneità a rispondere alla loro funzione di garanzia.

Pertanto, la vicenda presa in esame, pur nella sua specificità, è l'ennesima prova che lo studio e l'analisi delle conseguenze della frammentazione organizzativa (che può verificarsi artificiosamente anche nell'amministrazione pubblica) sul rapporto individuale è la nuova frontiera del diritto del lavoro (Garofalo 2017, 95), confermandone quel ruolo di tutela del lavoratore che, pur trasformato, ancora gli è proprio perché scolpito nel suo codice genetico.

Si parla del ruolo regolatorio nel quale il diritto del lavoro, dopo aver per tanti anni assolto alla «funzione regolativa classica, essenzialmente votata a un'uniformità di trattamento», ora e nel futuro deve assolvere a una funzione più consonante «con la declinazione giurisprudenziale del principio di uguaglianza, inteso come principio di ragionevolezza [...] che potremmo definire di ragionevole differenziazione» (Garofalo 2017, 102).

Riferimenti bibliografici

- Calcaterra L. (2004), *La tutela del lavoro negli appalti*, in De Luca Tamajo R. et al. (a cura di), *Il mercato del lavoro. Riforma e vincoli del sistema*, Esi, Napoli, 135 ss.
- Chieco P. (2006), *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in Curzio P. (a cura di), *Lavoro e diritti*, Cacucci, Bari, 105 ss.
- Corazza L. (2004), *Appalti di servizi, contraccual integration tra imprese, linee di riforma del decentramento produttivo*, in De Luca Tamajo R. et al. (a cura di), *Il mercato del lavoro. Riforma e vincoli del sistema*, Esi, Napoli, 141 ss.
- Del Punta R. (2004), *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in Aa.Vv., *Come cambia il mercato di lavoro*, Ipsoa, Milano, 161 ss.
- Dell'Olio M. (1992), voce *Lavoro (Intermediazione e interposizione nel)*, in *DDPComm.*, 170 ss.
- Garofalo D. (2017), *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, Relazione delle giornate Aidlass Cassino 17-18 maggio 2017, in <https://www.aidlass.it/wp-content/uploads/2017/04/GAROFALO-RELAZIONE-AIDLASS-9-5-2017.pdf>.
- Ghera E. (1994), *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.
- Ghera E. (2006), *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.
- Imberti L. (2011), *La tutela dei lavoratori negli appalti privati*, in Carinci M.T. et al. (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Utet, Torino, 63 ss.
- Mengoni L. (1954), *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzo*, in *RDComm.*, I, 185 ss.

Nocera R. (2010), *Il contratto di somministrazione*, Giuffrè, Milano.

Romei R. (2006), *L'esternalizzazione dell'impresa*, in Mariucci R. (a cura di), *Dopo la flessibilità cosa? Le nuove politiche del lavoro*, il Mulino, Bologna, 169 ss.

Rubino D., Iudica G. (1992), *Dell'appalto*, in Scialoja A., Branca G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 515 ss.

Valente L. (2007), voce *Appalto (Diritto del lavoro)*, in *DDPComm., Aggiornamento*, 48 ss.

Antonio Federici
Dottore di ricerca

TRIBUNALE BARI, 10.4.2018, S. lav. – Est. Ariola – M.A. più altri (avv.ti Augusto, Goffredo) c. Enel Spa, Enel Italia e Servizio elettrico nazionale Spa (avv.ti Maresca, Grassi).

Lavoro subordinato – Personale collocato a riposo – Riduzione tariffaria – Natura del beneficio economico – Contratto collettivo – Durata non predefinita – Facoltà di recesso unilaterale – Diritti quesiti – Insussistenza.

L'agevolazione della tariffa sul costo dell'energia elettrica riconosciuta dal contratto collettivo non può essere considerata elemento della retribuzione, sia pure di natura differita, non avendo i requisiti della corrispettività e non potendo assumere la consistenza di diritto quesito. (1)

Il contratto collettivo senza predeterminazione di un termine di efficacia non può vincolare per sempre le parti contraenti, perché finirebbe per vanificare la causa e la funzione sociale della contrattazione collettiva, la cui disciplina deve parametrarsi su una realtà socio-economica in continua evoluzione. (2)

(1-2) RECESSO DAL CONTRATTO COLLETTIVO E TUTELA DEI DIRITTI QUESITI:
IL CASO DELLE AGEVOLAZIONI TARIFFARIE

1. — La vicenda in esame riguarda la revoca delle agevolazioni tariffarie da parte di Enel sul costo dell'energia elettrica concesse ai dipendenti agli inizi degli anni settanta e poi progressivamente abolite dapprima per i nuovi assunti, poi per i dipendenti in servizio e infine per il personale in quiescenza e i loro superstiti.

I ricorrenti, tutti ex dipendenti di Enel Spa in pensione, contestano l'atto del datore di recesso unilaterale dal contratto collettivo che riconosce – a partire dagli anni settanta – il loro diritto alla riduzione tariffaria sul consumo dell'energia elettrica. Essi ritengono che il beneficio dello sconto sui consumi energetici abbia natura retributiva e dunque configuri un diritto quesito entrato definitivamente nel loro patrimonio; contestano l'accordo sindacale stipulato successivamente alla revoca – che prevede, in sostituzione dello sconto sull'energia, un importo lordo *una tantum* commisurato all'età anagrafica – in quanto sottoscritto da organizzazioni sindacali non rappresentative dei pensionati e chiedono il ripristino dello «sconto energia» nei loro confronti.

Il Tribunale di Bari – nel ritenere legittima la scelta aziendale di revocare lo sconto sulla bolletta elettrica agli ex dipendenti – ribadisce un consolidato orientamento in tema di recesso dal contratto collettivo a tempo indeterminato sulla base dei seguenti principi: a) la contrattazione collettiva di diritto comune, quale espressione di autonomia negoziale privata, è libera; b) a norma dell'art. 1375 c.c., in coerenza con il principio della temporaneità dei vincoli obbligatori, ciascuna delle parti contraenti può liberamente recedere dal contratto senza predeterminazione della durata; c) il recesso dal contratto collettivo senza predeterminazione della durata non può incidere negativamente sui diritti quesiti e non deve violare i principi di buona fede e cor-

rettezza; d) i diritti dei lavoratori sono intangibili solo se entrati a far parte del patrimonio del lavoratore.

2. — Le questioni sottoposte all'esame del Tribunale attengono a due temi: se sia possibile qualificare l'agevolazione tariffaria oggetto di causa come un elemento della retribuzione assumendo la consistenza di un «diritto quesito»; se un contratto collettivo senza predeterminazione di un termine di durata possa o no essere revocato da una delle parti contraenti.

Con riferimento alla prima questione, prima di stabilire se lo sconto energia configuri o no un diritto quesito è necessario affrontare un problema, particolarmente discusso in dottrina (Fra i tanti: Ghera 2002; Santoro Passarelli 2013) e in giurisprudenza (Cass. 23.3.2012, n. 4708, in *GC*, 2012, n. 3, 392 ss.; Cass. 25.11.2005, n. 24875, in *RIDL*, 2006, II, 870 ss.), relativo alla natura giuridica delle attribuzioni patrimoniali che possono essere qualificate come corrispettivo della prestazione di lavoro.

Nel nostro ordinamento non esiste una nozione unitaria di retribuzione-corrispettivo.

Un ruolo determinante per la definizione di siffatta nozione è affidato dalla legge (art. 2099 c.c.; art. 36 Cost.) alla contrattazione collettiva. L'accertamento della natura retributiva di un emolumento, la cui fonte è rinvenibile nell'accordo collettivo, impone di indagare la comune intenzione delle parti in relazione a siffatta previsione contrattuale.

L'agevolazione tariffaria sul consumo di energia elettrica, oggetto della sentenza in commento, è regolata nel contratto collettivo unitamente ad altri due *benefits*: l'alloggio e il vestiario (vd., ad esempio, art. 29 del Ccnl per i dipendenti elettrici dell'Enel del 1966 e successivi Ccnl). Si tratta degli istituti più risalenti nella contrattazione collettiva del settore elettrico (già presente nel Ccnl del 1963). Dalla lettura dei contratti collettivi succedutisi nel tempo si evince come in nessuno di essi lo «sconto energia» sia qualificato come retribuzione, ancorché in natura.

Con una disposizione comune, le parti convengono che «la concessione totalmente o parzialmente gratuita» dei suddetti *benefits* «non viene computata ad alcun effetto». Il principio è meglio specificato nei rinnovi successivi del Ccnl, dove si legge testualmente che siffatte agevolazioni non costituiscono neppure «base di computo ai fini degli istituti retributivi a corresponsione indiretta o differita ivi compreso il Tfr». Se, in relazione ai benefici riconosciuti in merito al vestiario e all'alloggio, è più agevole la riconducibilità del beneficio allo svolgimento dell'attività lavorativa, non può altrettanto dirsi per quello dello «sconto energia». Esso sembra inserito nel contesto delle trattative quale «contropartita» alle rivendicazioni salariali delle organizzazioni sindacali, ma ciò non prova che lo stesso abbia funzione di «corrispettivo».

Indagata la comune intenzione delle parti risultante dalla interpretazione del contratto collettivo, il Tribunale ritiene correttamente che «nella contrattazione collettiva di riferimento non vi [sia] alcun elemento che possa indurre a ritenere che la riduzione della tariffa abbia avuto una qualche incidenza sugli istituti retributivi previsti nel Ccnl o sull'entità della pensione, né tanto meno che essa sia parametrata alla prestazione lavorativa». L'esclusione della natura retributiva del beneficio tariffario è confermata «dall'assenza di proporzionalità rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato, alla durata del progresso rapporto di lavoro e alla posizione rivestita in azienda». L'assenza di un legame di corrispettività tra prestazione e sconto sull'energia elettrica è tanto più evidente ove si consideri che «il beneficio in questione era riconosciuto anche a vantaggio dei superstiti», dunque a soggetti estranei al rapporto di lavoro (Nello stesso senso, T. Milano 29.12.2016, n. 2953, e T. Roma 8.2.2018, n. 1021, entrambe consultabili *online* al sito www.dejure.it); ne deriva che l'agevolazione in esame non può essere neppure qualificata come diritto acquisito.

L'espressione «diritti quesiti» ricomprende quei diritti già entrati a far parte del patrimonio del lavoratore quale corrispettivo di prestazioni già rese e in relazione a un evento già maturato, e non con riferimento alla tutela di semplici pretese ovvero di aspettative sorte sulla base di regolamentazioni previgenti. Essi segnano una regola interna ai meccanismi di successione nel tempo delle leggi o dei contratti collettivi, secondo la quale fa fede il principio di intangibilità a favore di tutti quei diritti per i quali si è compiutamente realizzata la fattispecie idonea ad attribuirli al patrimonio del titolare [Ferraro (1995), secondo il quale esistono cinque diversi significati di diritti quesiti; Sartori 2010]. I diritti quesiti sono soggetti all'esclusivo potere dispositivo individuale e sottratti a quello collettivo (Cass. 29.9.2009, n. 20838, in *GC*, 2009, n. 9, 1370 ss.). Il principio per cui alla contrattazione collettiva non è consentito incidere, in relazione alla regola dell'intangibilità dei diritti quesiti, su posizioni già consolidate o su diritti già entrati nel patrimonio dei lavoratori in assenza di uno specifico mandato o di una successiva ratifica da parte degli stessi, non si applica alla distinta ipotesi, come quella in esame, in cui il contratto collettivo venga a incidere su posizioni non ancora qualificabili come di diritto soggettivo, ma soltanto a regolare le condizioni di acquisto di diritti futuri, venendosi in questo caso a porre, semmai, solo un problema di rapporti tra contratti di diverso o pari livello.

Da questa situazione giuridica va distinta la mera aspettativa (Occhino 2004; Bellocchi 2017), la quale racchiude tutte quelle posizioni soggette a un potere modificativo e di conseguenza non ancora consolidate. Come tale, fa riferimento a situazioni future per le quali il diritto non può dirsi acquisito e per questo disponibile.

Nella sentenza in commento, il Tribunale esclude che i benefici in questione possano rientrare nel novero dei diritti quesiti. Essi non hanno natura retributiva, non entrano nel sinallagma genetico del rapporto di lavoro e sono disponibili da parte della contrattazione collettiva.

3. — Con riferimento all'atto unilaterale di recesso, il Tribunale ritiene legittimo il recesso unilaterale dal contratto collettivo comunicato dalla società e accoglie il principio ormai consolidato della temporaneità dei vincoli obbligatori in mancanza di una espressa previsione convenzionale contraria (Ciucciovino 2007).

La dottrina prevalente ritiene che il potere di recesso unilaterale dai rapporti collettivi di durata indeterminata discende dai principi generali in materia di obbligazioni anche in relazione all'art. 12 disp. prel. c.c., che integra una delle cause di recesso ammesse dalla legge *ex art.* 1372 c.c. (Tiraboschi 1994; Rescigno 1993; Tursi 1993; Trifirò 1990; Sandulli 1990).

Altra dottrina sostiene invece che a norma dell'art. 1373, comma 1, c.c., tale facoltà debba essere «espressamente» attribuita alla parte recedente dalla legge o dalla clausola del contratto collettivo: in mancanza il recesso rimarrebbe impedito (Vallebona 2008).

La giurisprudenza è pacifica nel ritenere che, qualora un contratto collettivo venga stipulato senza l'indicazione di una durata secondo il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto *ex art.* 1375 c.c., e in coerenza con la naturale temporaneità dell'obbligazione, deve essere riconosciuta alle parti la possibilità di farne cessare unilateralmente l'efficacia, previa disdetta, anche in difetto di previsione legale. Non è a ciò di ostacolo l'art. 1373 c.c., che, regolando il recesso unilaterale nei contratti di durata quando tale facoltà sia stata prevista dalle parti, nulla dispone per il caso di mancata disciplina pattizia sul punto (Cass. 18.12.2006, n. 27031, con nota di Valente 2007).

Del resto, il contratto collettivo è lo strumento con il quale le parti compongono i loro interessi in relazione a situazioni che possono subire impreviste variazioni nel tempo: anche con-

nesse a situazioni di mercato, come nel caso della liberalizzazione dell'energia elettrica, che ha richiesto la disdetta dei benefici elettrici per il personale in quiescenza.

Il principio della libera recedibilità si arresta soltanto dinanzi a modalità e/o motivazioni del recesso stesso che siano palesemente pretestuose o contrarie ai principi di buona fede e correttezza (Maresca 1985; Cass. 22.4.2004, n. 7706, in *RIDL*, 2005, II, 65 ss.).

Nella pronuncia in commento, il Tribunale esclude che Enel Spa abbia agito in violazione di suddetti principi essendo la revoca intervenuta in un contesto socio-economico, caratterizzato dalla liberalizzazione dell'energia, completamente diverso da quello nel quale si erano formati gli accordi che avevano previsto lo sconto sulle tariffe. La sentenza fa propri i principi affermati dalla giurisprudenza prevalente secondo cui «il contratto collettivo, senza indicazione di un termine di efficacia, non può vincolare per sempre tutte le parti contraenti», sicché «a tale contrattazione va estesa la regola, di generale applicazione nei negozi privati, secondo cui il recesso unilaterale rappresenta una causa estintiva ordinaria di qualsiasi rapporto di durata a tempo indeterminato» (Cass. 18.12.2006, n. 27031, in *RGL*, 2007, II, 519 ss.).

L'accordo sottoscritto a seguito del recesso – nel tentativo di ricomporre gli interessi in gioco – disciplina le conseguenze sulle agevolazioni tariffarie demandando alla disponibilità delle parti l'accettazione della somma *una tantum* indipendentemente dall'iscrizione al sindacato dei beneficiari dello sconto: esso, secondo il Tribunale, rende irrilevante le questioni sollevate dai ricorrenti in ordine alla legittimità della suddetta disciplina sindacale.

4. — Il Tribunale di Bari si conforma ai precedenti analoghi resi dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 18.9.2007, n. 19351, in *GDir.*, 2007, n. 42, 77 ss., relativa all'erogazione di abbonamenti gratuiti, e Cass. 17.5.2005, n. 15517, inedita a quanto consta, in tema di conservazione della tessera di circolazione da parte della società di trasporti), ed è in linea con le recenti pronunce dei tribunali di merito chiamati a decidere sui ricorsi avviati dagli ex dipendenti Enel.

Altra questione affrontata dal Tribunale è quella fiscale, risolta nel senso che «qualificazione dello sconto come componente della retribuzione è da intendersi nell'ottica squisitamente tributaria». Secondo l'orientamento prevalente, lo sconto sui costi dell'energia elettrica (Vd.: Cass. 21.11.2018, n. 27713, S. trib.; Cass. 11.12.2015, n. 25024, S. trib., in consultabile *online* al sito *www.dejure.it*) è da qualificare come reddito di lavoro soggetto a Irpef a norma dell'art. 51 del Tuir. Il fatto che il beneficio in questione non abbia natura retributiva non esclude l'imponibilità dello stesso ai fini Irpef, poiché l'art. 51 Tuir ricomprende nel reddito da lavoro dipendente anche i valori percepiti «sotto forma di erogazioni liberali», purché correlati al rapporto di lavoro.

La questione relativa all'imponibilità delle riduzioni tariffarie pone ancora una volta il tema della corretta qualificazione di siffatti *benefits*. Il dibattito in corso induce a ritenere che le problematiche sottese alla natura di tali agevolazioni non è ancora risolto e che in futuro possa giungersi a una interpretazione alternativa a quella oggi maggiormente condivisa.

Riferimenti bibliografici

- Bellocchi P. (2017), *Efficacia del contratto collettivo sul contratto individuale*, in Amoroso G. et al. (a cura di), *Diritto del lavoro. La Costituzione, il codice civile e le leggi speciali*, vol. I, Giuffrè, Milano, 733 ss.
- Ciucciovino S. (2007), *Sulla libertà di recesso dal contratto collettivo a tempo indeterminato*, in *RIDL*, II, 616 ss.

- Ferraro G. (1989), voce *Diritti quesiti (Diritto del lavoro)*, in *EGT*, vol. XI, I, 237 ss.
- Ghera E. (2002), *Diritto del lavoro*, Cacucci, Padova.
- Maresca A. (1985), *Contratto collettivo e libertà di recesso*, in *ADL*, II, 35 ss.
- Occhino A. (2005), *L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*, Giappichelli, Torino, 55 ss.
- Rescigno P. (1993), *Contratto collettivo senza predeterminazione di durata e libertà di recesso*, in *MGL*, 576 ss.
- Sandulli P. (1990), *Disdettabilità di accordi collettivi e prestazioni pensionistiche complementari*, in *MGL*, 389 ss.
- Santoro Passarelli G. (2013), *Diritto dei lavori*, Giappichelli, Torino, 287 ss.
- Sartori A. (2010), *Aspettative e diritti quesiti nella successione tra contratti collettivi: un cammino giurisprudenziale ancora zoppicanti*, in *RIDL*, II, 931 ss.
- Tiraboschi M. (1994), *L'efficacia temporale del contratto collettivo di lavoro: atipicità dello schema negoziale, giuridicità del vincolo e cause di scioglimento*, in *DLRI*, 89 ss.
- Trifirò A. (1990), *Efficacia del contratto aziendale stipulato solo con alcune delle organizzazioni sindacali. Durata e disdetta dei contratti collettivi*, in *MGL*, 240 ss.
- Tursi A. (1993), *Contratto a tempo indeterminato e recesso ad nutum*, in *RIDL*, I, 449 ss.
- Valente L. (2007), *Recesso dal contratto collettivo senza predeterminazione della durata e tutela dei diritti individuali*, in *RGL*, II, 523 ss.
- Vallebona A. (2008), *Istituzioni di diritto del lavoro. Il diritto sindacale*, Cedam, Padova, 208 ss.

Giulia Sforza
Avvocata

I

TRIBUNALE MILANO, 3.4.2018, ord. – Est. Ravazzoni – M.R. (avv.ti Fezzi, Borali, Perego) c. Ikea Italia Retail Srl (avv.ti Failla, Cassaneti).

Licenziamento individuale – Licenziamento discriminatorio – Lavoratrice madre di figlio disabile – Turnistica in contrasto con esigenze familiari – Discriminazione per genere – Insussistente.

Licenziamento individuale – Contestazioni disciplinari – Autodeterminazione dell'orario di lavoro – Insubordinazione – Sussistenza della giusta causa.

Sussiste una discriminazione diretta quando, sulla base di uno dei fattori protetti, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stato o sarebbe trattato un terzo comparabile. La discriminazione rileva oggettivamente, sicché è del tutto irrilevante – ai fini del riconoscimento della discriminatorietà di un atto – l'intento soggettivo dell'agente: ciò che la legislazione prende in considerazione è l'effetto oggettivamente considerato del trattamento discriminatorio, che è anche ciò che intende evitare. L'onere della prova in punto di discriminazione grava sul lavoratore, che, nelle ipotesi di discriminazione diretta, è chiamato a dimostrare la ricorrenza di uno dei fattori di protezione (la cui elencazione è tipica e tassativa), il trattamento meno favorevole assunto nei suoi confronti, l'insussistenza del fattore di rischio in capo ai soggetti che avrebbero beneficiato del trattamento più favorevole, la compatibilità del trattamento meno favorevole con il fattore medesimo. (1)

Il rifiuto di seguire i turni stabiliti dall'azienda autodeterminandosi il turno di lavoro va considerato quale condotta ben più grave del semplice ritardo, assimilabile piuttosto alla insubordinazione e alla grave violazione dell'obbligo di attenersi alle direttive del datore di lavoro. (2)

II

TRIBUNALE VICENZA, 13.2.2018, ord. – Est. Campo – F.B. (avv.ti Lando, Allegro) c. Acciaierie Valbruna Spa (avv. B.).

Trasferimento del lavoratore – Insussistenza ragioni oggettive – Comparazione del personale – Tutela della maternità – Potere datoriale esercitato in modo discriminatorio – Nullità del trasferimento.

Licenziamento individuale – Licenziamento disciplinare – Rifiuto di ottemperare al trasferimento nullo – Legittimo esercizio dell'eccezione di inadempimento – Nullità del licenziamento.

Di fronte a una platea di possibili destinatari del provvedimento di trasferimento, l'assenza di qualsiasi ragione di carattere oggettivo e concretamente verificabile, tale da giustificare la scelta dell'unica dipendente madre di figlia minore e rientrata da pochi mesi in azienda, porta a ritenere l'esercizio del potere di trasferimento esercitato in modo discriminatorio. (3)

Il rifiuto della lavoratrice di prestare la propria attività presso la sede di destinazione del trasferimento ingiustificato risulta legittimo e proporzionato alla gravità del comportamento datoriale e alla tutela di valori costituzionalmente protetti. (4)

(1-4) IL «GRAN RIFIUTO» DEL LAVORATORE E
LE CONSEGUENZE SUL RAPPORTO DI LAVORO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Le fattispecie in commento. — 3. L'autotutela individuale del lavoratore subordinato. — 4. Il labile confine tra eccezione d'inadempimento e insubordinazione. — 5. Rilievi conclusivi.

1. — *Premessa* — Le pronunce in epigrafe prendono entrambe le mosse dal ricorso in giudizio (promosso secondo le forme sommarie del rito Fornero) di una lavoratrice avverso un provvedimento di licenziamento individuale, basato su motivi di carattere disciplinare. Pur se le condotte contestate, rispettivamente, all'una e all'altra lavoratrice ricorrente sono differenti, e diversa è la conclusione cui sono giunti i giudici, le ordinanze meritano una trattazione congiunta.

Entrambe, infatti, forniscono lo spunto per una riflessione più approfondita in merito a un tema troppo spesso considerato appannaggio del diritto civile, vale a dire l'utilizzo da parte del lavoratore di strumenti di natura propriamente contrattuale e stragiudiziale in caso di contrasto con il datore di lavoro. Il riferimento, in particolare, è all'autotutela individuale, che assume in questo caso i contorni dell'eccezione di inadempimento.

2. — *Le fattispecie in commento* — Nel primo caso in esame, che ha ottenuto una certa visibilità mediatica anche a causa delle proteste poste in essere nei confronti del provvedimento espulsivo da parte dei colleghi della dipendente licenziata, il Tribunale di Milano ha respinto le censure avanzate nell'atto introduttivo. Il giudizio riguardava una lavoratrice, madre separata di due figli minori, uno dei quali invalido al 100%, la quale, dopo aver lamentato formalmente l'assegnazione di due turni incompatibili con le proprie esigenze familiari, si era rifiutata di adattarsi alla nuova turnistica, dichiarando che avrebbe continuato a seguire il precedente orario fino a un nuovo confronto con il direttore del personale. La società aveva reagito contestando il rilievo disciplinare delle suddette condotte, che avevano causato problemi organizzativi all'interno del reparto, e infine licenziandola per giusta causa.

Il giudice adito, dopo un'istruttoria necessariamente sommaria, ha ribadito la legittimità del licenziamento. L'ordinanza citata, infatti, da un lato, ha accertato l'insussistenza del preteso carattere discriminatorio del licenziamento, in quanto la ricorrente non avrebbe assolto agli oneri probatori a suo carico, al fine di dimostrare di aver patito un trattamento discriminatorio in ragione della sua condizione di donna e di madre. D'altro canto, ha ritenuto integrata la fat-

tispecie della giusta causa, assimilando la condotta della lavoratrice a una vera e propria insubordinazione nei confronti del datore di lavoro.

La seconda pronuncia in commento, invece, ha tratto la sua origine dalla vertenza di un'altra lavoratrice, madre di una bambina di pochi mesi, la quale era stata licenziata a fronte del suo rifiuto di prestare la propria attività lavorativa presso una diversa sede della società, ben più lontana dalla propria residenza rispetto alla precedente.

In questo caso, il Tribunale di Vicenza si è espresso a favore della ricorrente. In particolare, il giudice del lavoro ha ribadito il principio di diritto per cui l'esercizio del potere del datore di trasferire i propri dipendenti in unità produttive differenti da quella indicata nel contratto di assunzione, infatti, dev'essere improntato alla correttezza e alla buona fede (specificazione fornita dalla giurisprudenza al principio generale che riguarda genericamente qualunque fase dell'esecuzione di un qualsivoglia contratto *ex artt.* 1175 e 1375 c.c.). Pertanto, anche se non sussiste un generale obbligo del datore di lavoro di effettuare una comparazione della manodopera per individuare il destinatario del trasferimento, le peculiari condizioni personali della ricorrente e l'importanza riconosciuta dall'ordinamento alla tutela della genitorialità avrebbero dovuto condurre la società resistente a effettuare un diverso esame della situazione esistente in azienda.

Viceversa, la semplice circostanza per cui il datore di lavoro non è stato in grado di fornire alcuna ragione di carattere oggettivo e concretamente verificabile a sostegno dell'individuazione della ricorrente – unica madre di figlia minore di meno di un anno e mezzo di età («età cioè in cui il rapporto genitoriale è più intenso e meritevole di protezione») su tutto il personale impiegato – quale lavoratrice da trasferire ha convinto il giudice della discriminatorietà del provvedimento traslativo e dunque della sua nullità.

Proprio la gravità del comportamento del datore e, d'altro canto, la natura costituzionalmente protetta dei valori di cui la lavoratrice era portatrice e che la società ha deliberatamente deciso di ignorare, hanno determinato la legittimità della condotta reattiva della ricorrente, consistente nel rifiuto di obbedire all'ordine di trasferimento. Il giudice del merito, a tal proposito, ha richiamato l'orientamento della Suprema Corte in forza del quale un lavoratore può legittimamente astenersi dalla prestazione lavorativa in via di autotutela, tutte le volte in cui l'inadempimento del datore di lavoro sia tanto grave da incidere in maniera irrimediabile sulle esigenze vitali del lavoratore medesimo.

Così, anche il licenziamento per giusta causa, che aveva seguito il rifiuto della lavoratrice di eseguire la disposizione del datore di lavoro successivamente rivelatasi illegittima, è stato ritenuto nullo in quanto discriminatorio.

Il confronto tra le due ordinanze in epigrafe, che hanno valutato in modo diametralmente opposto il tentativo di un lavoratore di contrastare in via di autotutela una direttiva del datore ritenuta ingiusta, consente di approfondire presupposti, ambito di operatività e limiti di un istituto rimediabile potenzialmente di grande efficacia all'interno dei rapporti di lavoro subordinato, eppure considerato spesso troppo rischioso e poco regolamentato per una reale diffusione.

3. — *L'autotutela individuale del lavoratore subordinato* — L'autotutela individuale è una categoria sistemica che comprende strumenti di protezione delle posizioni giuridiche soggettive del tutto coerenti e complementari rispetto al tradizionale sistema della giustizia civile. Tali strumenti non consistono in un esercizio arbitrario e violento delle proprie ragioni, bensì mirano a tutelare uno dei principi immanenti all'intero ordinamento giuridico, quello secondo il quale «*pacta sunt servanda*», e rappresentano una declinazione di giustizia proveniente dai singoli piuttosto che dallo Stato (secondo il Betti, sarebbe «il diritto di tutelare da sé i pro-

pri interessi») (1). Le più diffuse tecniche di autotutela si distinguono, generalmente, in tecniche «estintive», in quanto consentono di reagire all'altrui inadempimento ponendo fine al contratto e facendone cessare gli effetti (2), e «conservative», che permettono di minimizzare i danni derivanti dall'altrui inadempimento per il soggetto che vi ricorre e, al contempo, di mantenere in vita il rapporto contrattuale, che può così essere riportato a una dimensione di equilibrio e di vantaggio reciproco per le parti. Tra queste ultime, si annovera l'eccezione di inadempimento (3), che ha trovato spazio anche nell'ambito dei rapporti di lavoro subordinato.

Nel diritto del lavoro (4), tuttavia, hanno rappresentato un ulteriore ostacolo alla diffusione di comportamenti in autotutela i peculiari poteri riconosciuti all'imprenditore dal codice civile, gerarchicamente connotati e dotati di una naturale tendenza a prevalere anche a fronte di un'opposta volontà del lavoratore. Dai suddetti poteri direttivo, organizzativo, di vigilanza e controllo, nonché disciplinare, cui l'art. 41 Cost. assicura copertura costituzionale (seppur soggetta al temperamento con gli altri diritti di pari rango), discende, infatti, il particolare vincolo di assoggettamento che contraddistingue il prestatore di lavoro subordinato.

Nondimeno, proprio a causa di poteri imprenditoriali tanto pervasivi emerge l'esigenza di garantire una speciale tutela nei rapporti di lavoro, al fine di controbilanciare la posizione di debolezza contrattuale intrinsecamente connessa alla figura del prestatore di lavoro subordinato, resa ancor più delicata dal fatto che l'adempimento dell'obbligazione lavorativa coinvolge direttamente la persona stessa del lavoratore (Smuraglia, in proposito, afferma che, con l'avvento della Costituzione, la garanzia della personalità del prestatore è divenuta «il fondamento di tutto l'apparato protettivo e il criterio guida cui deve ispirarsi l'intera attività giuridica nel settore del lavoro») (5).

Ecco che, allora, si inizia a comprendere la rilevanza assunta anche nell'ambito giuslavoristico (posto che la dottrina maggioritaria ha infine optato, dopo un serrato dibattito, per l'origine negoziale del rapporto di lavoro) da un istituto tipicamente civilistico come l'eccezione di inadempimento, disciplinato nei suoi caratteri più generali dall'art. 1460 c.c. e fondato sul noto brocardo per cui «*inadimplenti non est adimplendum*».

L'eccezione di inadempimento si estrinseca nel rifiuto di eseguire l'obbligazione cui si sarebbe tenuti in virtù di un rapporto negoziale a prestazioni corrispettive, giustificato dal previo inadempimento (ovvero dalla mancata offerta di adempiere contemporaneamente) dell'altra parte negoziale. Per mezzo di tale strumento, la parte (che rivesta la doppia qualità di debitore e di creditore all'interno di un contratto sinallagmatico) può validamente resistere alla contestazione, mossagli dall'altro contraente, di non aver adempiuto alla propria prestazione a causa dell'inadempimento della controparte stessa. È un rimedio di carattere generale, rimesso all'inizia-

(1) Cfr. Betti 1959, 529.

(2) Esempio paradigmatico di tale categoria è la risoluzione per inadempimento, ex art. 1453 c.c.; fattispecie assai diffusa; sul tema, si rimanda a Iorio 2012, 17 ss.

(3) La Suprema Corte ha più volte affermato la natura di strumento di autotutela dell'istituto di cui all'art. 1460 c.c.; ex multis, cfr.: Cass. 5.7.2012, n. 11304, S. II, in *MGC*, 2012, n. 7-8, 886 ss.; Cass. 24.5.1996, n. 4780, S. II, in *MGC*, 1996, 765 ss.

(4) In merito alle specificità del diritto del lavoro e al suo rapporto dialettico con il diritto civile, cfr. Mazzotta 1994; e ancora, Mazzotta 2017, 10 ss.

(5) A tal punto che l'Autore in questione ha dedicato alla tematica un ampio e approfondito studio: cfr. Smuraglia 1967.

tiva e alla volontà delle parti, può essere sollevato in giudizio dal convenuto (6) oppure in via stragiudiziale, non richiede forme particolari affinché sia validamente esperito e si concretizza nel rifiuto legittimo di adempiere alla propria obbligazione.

Il comma 2 dell'art. 1460 c.c., laddove legittima il rifiuto di fare quanto pattuito purché lo stesso non sia contrario a buona fede (7), è meritevole di specifica trattazione in quanto il rinvio a tale clausola elastica (8) consente di evitare un utilizzo abusivo ed esorbitante dell'istituto: ove la condotta tenuta dall'eccepiante si riveli scorretta, infatti, l'inadempimento di quest'ultimo non verrà considerato «scriminato», ed egli dovrà pagarne le conseguenze risarcitorie alla controparte. La buona fede riveste un ruolo così importante all'interno dell'eccezione di inadempimento proprio perché, da un lato, risponde a tale principio reagire a un comportamento scorretto in modo tale da minimizzarne l'impatto negativo e da consentire di salvaguardare comunque il rapporto contrattuale originario; ma anche, dall'altro, in quanto ne costituisce al contempo il limite esterno, impedendo che si giustifichi il ricorso a tale istituto quando la parte che lo pone in essere intende approfittarsene e trarne un profitto illecito, pur non sussistendone i requisiti (9).

Di fatto, forme di autotutela sono state sovente poste in essere dai lavoratori proprio al fine di far valere in modo veloce ed efficace i propri diritti nei confronti di un esercizio arbitrario dei poteri imprenditoriali. Accade fin troppo sovente, purtroppo, che la dimensione giudiziaria non si dimostri in grado di garantire la tutela dei diritti fondamentali, limitando il proprio raggio d'azione al solo aspetto risarcitorio. Attraverso l'esercizio dell'autotutela, invece, si possono paralizzare nell'immediato gli effetti del potere del datore di lavoro, ottenendo – almeno temporaneamente – una protezione in forma specifica (10).

Il frangente in cui il dipendente è più esposto a possibili conseguenze dannose derivanti da un inadempimento del datore è, naturalmente, il momento dell'esecuzione della prestazione.

Per tale motivo, la configurazione che più di frequente assume l'autotutela individuale conservativa del lavoratore è quella del rifiuto di svolgere la mansione richiesta (per la violazione di una norma di legge che ne sarebbe conseguita, per l'illegittimità della richiesta, per il conflitto con altri interessi prevalenti ecc.), spesso nelle forme dell'eccezione di inadempimento.

L'exceptio inadimpleti contractus si traduce in una facoltà o un potere, attribuito al debito-

(6) L'eccezione di inadempimento potrà essere opposta dalla parte convenuta in giudizio non solo per controbattere all'eventuale richiesta di adempimento da parte dell'attore, ma altresì per neutralizzare l'eventuale domanda di risoluzione per inadempimento proposta da quest'ultimo. La rilevabilità dell'eccezione, coerentemente con la sua natura di mezzo di autodifesa, è rimessa all'iniziativa del soggetto convenuto, non potendo il giudice esaminarla d'ufficio. Cfr., a tale proposito, Cass. 29.9.1999, n. 10764, S. III, in *MGC*, 1999, 2028 ss.

(7) Il principio di buona fede cui fa riferimento la norma deve essere inteso in senso oggettivo come dovere di correttezza, quale criterio discrezionale in base al quale stabilire l'ammissibilità o meno dell'eccezione nel caso concreto. In questo senso Ferrante 2004, 147.

(8) Proprio la natura di clausola generale di tale principio ha determinato l'affermazione di una pluralità di applicazioni giurisprudenziali differenti: secondo un primo orientamento, solo nei casi in cui si accerti la gravità dell'inadempimento che legittima l'eccezione quest'ultima supererà il vaglio della buona fede (cfr. Cass. 4.5.2016, n. 8912, S. II, in *D&G online*, 5.5.2016); secondo un'altra linea interpretativa, tale valutazione consiste in un giudizio sulla proporzionalità tra gli inadempimenti, confrontando la prestazione non eseguita per prima e quella successivamente rifiutata (cfr. Cass. 8.6.2006, n. 13365, S. II, in *MGC*, 2006, 6 ss.).

(9) Cfr. Benedetti 2011, 50.

(10) Cfr., in questo senso, Riccobono 2010, 129.

re-creditore di un rapporto obbligatorio – a fronte di una situazione di attuale lesione o di pericolo tale da poter pregiudicarne la sfera soggettiva –, di provocare unilateralmente la temporanea paralisi dell'altrui pretesa e l'inesigibilità della propria prestazione, incidendo non sul vincolo, bensì sull'attuazione del rapporto stesso (11).

In generale, la prestazione di lavoro rappresenta la principale obbligazione che sorge a carico del lavoratore in forza della stipula del relativo contratto individuale e, per poter essere utilmente resa, deve rispettare i particolari requisiti dettati dagli artt. 2104 (12) e 2105 c.c.: è necessario che corrisponda a quella ordinata dal datore di lavoro; le caratteristiche e le modalità di esecuzione della stessa devono rispettare le istruzioni specifiche impartite dall'imprenditore; al fine di consentirne il miglior coordinamento con gli altri strumenti produttivi nell'organizzazione aziendale, il lavoratore deve porla in essere secondo la diligenza professionale richiesta e rispettando altresì l'obbligo di fedeltà. Perciò, il prestatore sarà ritenuto inadempiente ed esposto a responsabilità contrattuale, ai sensi dell'art. 1218 c.c., non solo quando abbia del tutto omesso, in modo ingiustificato, di effettuare la prestazione promessa, ma altresì quando l'abbia realizzata venendo meno a uno degli altri obblighi collaterali, ovvero in modo non conforme alle disposizioni impartitegli.

Tuttavia, la dottrina (13) e la giurisprudenza (14) giuslavoristiche sono concordi nel ritenere che, nel caso concreto, è necessario esaminare attentamente le circostanze fattuali al fine di distinguere l'inadempimento imputabile al prestatore e disciplinarmente rilevante (tale da giustificare una sanzione conservativa o, nei casi più gravi, un licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo, oltre a un risarcimento del danno) dall'inadempimento che non si può considerare tale, in quanto scriminato dal previo inadempimento del datore di lavoro a uno dei propri obblighi contrattuali.

4. — *Il labile confine tra eccezione d'inadempimento e insubordinazione* — Agendo in via di autotutela, il soggetto si espone anche a un rischio non indifferente: ove la misura posta in essere

(11) Cfr. Bigliuzzi Geri 1974, 205 ss.

(12) Cfr., *ex multis*, Cass. 28.3.1992, n. 3845, in *NGL*, 1992, 496 ss., ove si afferma che «l'obbligo di diligenza, imposto al lavoratore dall'art. 2104, comma 1, c.c., si sostanzia non solo nell'esecuzione della prestazione lavorativa secondo la particolare natura di essa (diligenza in senso tecnico), ma anche nell'esecuzione dei comportamenti accessori che si rendano necessari in relazione all'interesse del datore di lavoro a un utile prestazione», finendo così per trasformare il dovere del lavoratore a rendere la propria prestazione in favore del datore di lavoro in modo diligente in un dovere di fare tutto quanto in proprio potere per soddisfare in generale gli interessi produttivi dell'imprenditore.

(13) Cfr., *ex multis*: Dell'Olio 1988; Vallebona 1995; Ferrante 2004; Barbato 2007; Riccobono 2010; Isola 2010.

(14) A fronte di una cautela finanche eccessiva dimostrata dalla dottrina nell'accostarsi alle tematiche dell'autotutela individuale nel rapporto di lavoro, la giurisprudenza vi ha fatto spessissimo ricorso, anche con una qual certa libertà e spregiudicatezza, al fine di valutare la giustificabilità o meno di un inadempimento del prestatore di lavoro di cui il datore di lavoro chiedesse giustizia, ovvero – più spesso – di un preteso inadempimento posto alla base di un licenziamento disciplinare successivamente impugnato: cfr., tra le più recenti: Cass. 29.2.2016, n. 3959, in *MGC*, 2016; Cass. 19.1.2016, n. 836, in *D&G*, 2016, 5, con nota di Duilio; Cass. 19.1.2016, n. 831, in *MGC*, 2016; Cass. 3.11.2015, n. 22421, in *MGC*, 2015; Cass. 7.8.2015, n. 16592, in *RIDL*, 2016, n. 1, II, 138 ss., con nota di Scarano; Cass. 21.5.2015, n. 10468, in *D&G online*, 22.5.2016; Cass. 23.4.2015, n. 8300, in *GDir.*, 2015, n. 20, 76 ss.; Cass. 12.11.2013, n. 25392, in *D&G online*, 13.11.2013, con nota di Scofferi; Cass. 19.7.2013, n. 17713, in *D&G online*, 2013, con nota di Marino; Cass. 16.5.2013, n. 11927, in *MGC*, 2013, *D&G online*, 28.10.2011; Cass. 7.5.2013, n. 10553, in *D&G online*, 2013, con nota di Scofferi.

non realizzi la propria funzione di indiretta coazione all'adempimento e l'imprenditore persista nella propria condotta, il comportamento del lavoratore potrà essere tacciato di inadempimento o financo di insubordinazione (15) e provocare una sanzione disciplinare, licenziamento compreso. Toccherà allora al prestatore di lavoro intraprendere le vie giudiziali tradizionali per contestare tale ultimo provvedimento, che risulterà fondato o infondato a seconda della valutazione del giudice in merito al primo inadempimento del datore e alla giustificatezza o meno del mezzo di autotutela adottato dal lavoratore per difendersi.

Vi è poi da evidenziare come l'autorità giudiziaria si sia occupata di valutare la legittimità delle forme di autotutela poste in essere dai lavoratori quasi sempre in modo tangenziale e, in ogni caso, solo in conseguenza dell'impugnazione, da parte del lavoratore, del provvedimento posto in essere dal datore di lavoro in reazione all'autodifesa del primo: così, le pronunce sono volte a determinare la legittimità o l'illegittimità della sanzione disciplinare irrogata e l'esame relativo alla correttezza dell'autotutela è strumentale a tale conclusione (16).

Non solo, ma in più vi è anche un concreto pericolo di «rappresaglia» da parte del datore di lavoro che, anche ove non sfoci in un vero e proprio licenziamento, può condurre a una progressiva marginalizzazione del lavoratore all'interno dell'impresa, incidendo sulla sua retribuzione (quantomeno nella parte variabile) e sulle sue prospettive di carriera, ovvero a uno svuotamento delle mansioni formalmente assegnategli, contro cui potrebbe rivelarsi difficile lottare, considerato che non sempre tali manovre assumono la forma di provvedimenti ufficiali impugnabili e che, in ogni caso, l'onere della prova della ritorsività e del cd. «motivo illecito determinante» (17) grava su chi se ne dichiara vittima.

(15) L'insubordinazione è un concetto molto usato dalla giurisprudenza per etichettare quei comportamenti del prestatore di lavoro che violino il dovere di obbedienza e integrino un'inaccettabile ribellione nei confronti dell'imprenditore, minando il rapporto fiduciario tra le parti e spesso fornendo gli estremi per un licenziamento disciplinare per giusta causa; malgrado la nozione sia sovente precisata e circostanziata dalla contrattazione collettiva, i giudici vi ricorrono per sanzionare tanto l'essere venuti meno a veri e propri obblighi contrattuali (cfr., *ex multis*, Cass. 26.4.2016, n. 8236, in *D&G online*, 26.4.2016, ove si precisa che in tema di licenziamento per giusta causa tale nozione coincide con la condotta di chi rifiuta di ottemperare a una direttiva od ordine giustificato e legittimo, e Cass. 30.3.2012, n. 5115, in *D&G online*, 2012, che ritiene che integri insubordinazione l'abbandono del posto di lavoro e l'uscita dal lavoro in anticipo, pur se non previsti tra le cause di licenziamento per giusta causa tipizzate dal contratto collettivo) quanto gli atteggiamenti di aperta contestazione del volere datoriale (cfr., ad esempio, Cass. 11.5.2016, n. 9635, in *ilgiuslavorista.it*, 2016, con nota di Berti, ai sensi della quale la critica rivolta ai superiori con modalità esorbitanti dall'obbligo di correttezza formale dei toni e dei contenuti viene fatta rientrare nella nozione di insubordinazione, in quanto di per sé suscettibile di arrecare pregiudizio all'organizzazione aziendale che si fonda sull'autorevolezza di cui godono dirigenti e quadri). Da ultimo, cfr. Cass. 13.9.2018, n. 22382, in *GDir.*, 2018, n. 41, 50 ss., che propone una lettura particolarmente ampia del concetto di insubordinazione e legittima l'eccezione di inadempimento solo nel caso in cui l'inadempimento del datore di lavoro sia totale.

(16) Cfr., a tal proposito, Albi (2009, 551), il quale afferma che «Sul tema dell'eccezione di inadempimento sollevata dal lavoratore viene dunque a innestarsi prepotentemente l'esercizio del potere datoriale di recesso».

(17) In tali casi, infatti, il lavoratore deve dimostrare (anche mediante presunzioni) che il provvedimento impugnato è nullo in quanto fondato su un motivo illecito, vale a dire che l'intento di rappresaglia ha avuto efficacia determinativa esclusiva della volontà del datore di lavoro: cfr., *ex multis*: Cass. 27.2.2015, n. 3986, in *MGC*, 2015; Cass. 8.8.2011, n. 17087, in *D&G online*, 28.10.2011; Cass. 18.3.2011, n. 6282, in *MGC*, 2011, n. 3, 425 ss.; da ultimo, la Suprema Corte (in Cass. 5.4.2016, n. 6575, in *RIDL*, n. 3, II, 714 ss., con note di Carinci, Gottardi, Tarquini) ha inoltre effettuato una dove-

Se, dunque, gli strumenti di autotutela presentano dei notevoli vantaggi per i lavoratori dipendenti, consentendo di mantenere il proprio diritto alla retribuzione [secondo l'orientamento maggioritario, però, a patto di mettere previamente in mora l'imprenditore (18) comunicando il motivo del proprio rifiuto ad adempiere, quale concreto elemento su cui valutare la buona fede richiesta *ex art.* 1460, c. 2, c.c.] e, più in generale, permettendo di non far cessare definitivamente un rapporto che costituisce, normalmente, l'unica fonte di reddito, i medesimi strumenti devono essere utilizzati con ponderazione e consapevolezza, al fine di non aggravare la situazione innescando il meccanismo che condurrà all'insorgere della propria responsabilità contrattuale e alla rottura del rapporto.

La soluzione migliore per porsi al riparo da possibili effetti deteriori delle condotte da cui si cerca di difendersi, allora, sembrerebbe essere quella di cumulare l'immediata attivazione di misure di autotutela con il parallelo ricorso all'autorità giudiziaria (19) (la quale, ove adita nelle forme del rito d'urgenza e in via cautelare *ex art.* 700 c.p.c., può fornire una pronta risposta a questa esigenza di tutela). Così facendo, qualora all'esito del giudizio il giudice rilevi la legittimità del rifiuto opposto dal lavoratore, tale rifiuto non potrà più essere qualificato alla stregua di un inadempimento colpevole né fornire gli estremi per una responsabilità disciplinare, cristallizzandosi con il passaggio in giudicato della sentenza. Al più, anche nel malaugurato caso in cui tale riconoscimento non giunga o venga ribaltato in uno dei successivi gradi di giudizio,

rosa distinzione tra licenziamento discriminatorio e licenziamento ritorsivo, puntualizzando che «La discriminazione – diversamente dal motivo illecito di cui all'art. 1345 c.c. – opera obiettivamente, ovvero in ragione del mero rilievo del trattamento peggiore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta e a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro. Va perciò distinta l'ipotesi del licenziamento discriminatorio ai sensi dell'art. 4, l. n. 604 del 1966, e dell'art. 15, l. n. 300 del 1970, che, come disposto dall'art. 3, l. n. 108 del 1990, è nullo indipendentemente dalla motivazione adottata, dalla ipotesi del licenziamento ritorsivo per il quale è invece necessaria la prova del motivo illecito unico e determinante».

(18) Cfr., ad esempio, Cass. 29.1.1990, n. 577, in *MGL*, 1990, 174 ss., che sancisce espressamente il diritto del lavoratore a ricevere dal datore di lavoro la retribuzione per tutto il tempo in cui, rifiutando un illegittimo trasferimento, sia rimasto a sua disposizione senza essere riammesso al servizio nella sede originaria.

(19) Una parte minoritaria della dottrina e della giurisprudenza ha, tuttavia, contestato la possibilità di tale cumulo: vi è stato sia chi ha ritenuto che, a fronte di un ordine preciso ancorché ingiusto del datore di lavoro, il lavoratore non possa legittimamente rifiutarsi di adempiere e debba obbedirvi fino a quando un giudice non gli consenta espressamente di non farlo (in via cautelare o definitiva: cfr., ad esempio, Cass. 5.12.2007, n. 25313, in *RIDL*, 2008, n. 2, II, 470 ss., con nota di Cavallaro, ove si ripropone la massima già statuita da Cass. 23.12.2003, n. 19689, in *RIDL*, 2004, II, 277 ss., con nota di Covi); ma vi è altresì stato chi ha sostenuto che non sia possibile agire in giudizio *ex art.* 700 c.p.c. per carenza di interesse ad agire (da intendersi come sussistente quando, senza il processo e l'intervento del giudice, l'attore subirebbe un danno altrimenti non evitabile), a fronte di un demansionamento o di un trasferimento illegittimi, ogniqualvolta sia ancora esperibile il rimedio in via di autotutela (cfr. Cavallaro 2001). Queste ipotesi ricostruttive sono però state efficacemente smontate ribadendo: quanto alla prima, l'impossibilità di ravvisare una presunzione di legittimità che si accompagni alla disposizione datoriale, per cui non è corretto affermare che il lavoratore non possa opporvisi fino a quando non ottenga un provvedimento del giudice (cfr. Cass. 8.2.1999, n. 1074, in *MGC*, 1999, 288 ss.); quanto alla seconda, che il lavoratore ben potrebbe volere fin dall'inizio un accertamento giudiziale, consistente in un provvedimento suscettibile di passare in giudicato o meno, ma comunque fornito di una certa stabilità e autorevolezza: caratteri di cui il rimedio in autotutela è di certo sprovvisto. Per un esauriente riassunto delle posizioni sul tema, cfr. ancora Riccobono 2010, 129 ss.

agendo in questo modo il lavoratore potrà essere tenuto a restituire quanto percepito «a titolo retributivo o risarcitorio [...] senza rischiare il licenziamento per inadempimento» (20).

Tuttavia, è evidente che, operando come ora delineato, si annullino alcuni dei punti di forza che rendono l'autotutela appetibile per il prestatore d'opera, vale a dire la subitanità della tutela rispetto alla minaccia di lesione (21) e la gratuità del mezzo di difesa, a disposizione anche della parte meno sprovvista dal punto di vista patrimoniale. È vero che il ricorso a forme di autodifesa quale l'eccezione di inadempimento è, d'altronde, più frequente in quei rapporti di lavoro che ancora rientrano nell'area di operatività dell'art. 18 St. lav., dunque assistiti da tutela reale in caso di licenziamento disciplinare ritorsivo o, in ogni caso, illegittimo, in quanto tale circostanza consente ai lavoratori di affrontare con maggiore serenità l'alea insita nel ricorso all'autotutela (22). Cionondimeno, non risulta che, di fatto, l'esercizio dell'eccezione di inadempimento o degli altri strumenti di autotutela sia limitato ai soli rapporti di lavoro muniti di stabilità reale, anche perché in molte occasioni rappresenta l'unica forma di resistenza a disposizione del lavoratore davanti a talune forme di inadempimento datoriale, quali – come nei casi citati in epigrafe – l'adibizione forzata a orari incompatibili con le proprie esigenze familiari ovvero un demansionamento o un trasferimento del lavoratore illegittimi (23) (al fine di non prestare acquiescenza a un provvedimento che si reputa ingiusto), ovvero una violazione degli obblighi di sicurezza sul posto di lavoro cui è tenuto il datore di lavoro (per sottrarsi con effetto immediato a una situazione potenzialmente pericolosa).

In particolare, l'eccezione di inadempimento è stata sovente dichiarata legittima a fronte del mancato adempimento dell'obbligazione retributiva (*ex art. 2099 c.c.*), del mancato apprestamento delle misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro (*ex art. 2087 c.c.*), o comunque della violazione delle disposizioni imperative poste a protezione della salute e della sicurezza del lavoratore (si veda il T.U. di cui al d.lgs. n. 81/2008), ovvero di un trasferimento del lavoratore ordinato pur in assenza di ragioni giustificatrici (*ex art. 2103 c.c.*).

Il rifiuto del lavoratore di eseguire una determinata prestazione a causa dell'illegittimità dell'ordine del datore di lavoro, in particolare, è stato poi ricostruito e giustificato in vario modo

(20) In questi termini Brollo (1997, 278). Della stessa opinione è anche Vallebona (1995, 139), il quale ricorda che «è lo stesso principio di corrispettività che impedisce di gravare il datore vittorioso di qualsiasi onere con riferimento a una prestazione lavorativa correttamente richiesta e non fornitagli dall'obbligato».

(21) Cfr. Vallebona (1995, 138), il quale afferma che «l'autotutela tempestiva è per definizione rischiosa, potendo, alla fine del giudizio, risultare legittimo l'atto dell'imprenditore e, quindi, inadempiente la contraria condotta del lavoratore esposto, così, alla perdita della retribuzione e al licenziamento».

(22) Cfr. Vallebona (1995), il quale espone chiaramente come il fatto di godere del regime di tutela reale o meno possa costituire un discrimine fondamentale nella scelta del lavoratore di reagire a un esercizio scorretto dei poteri datoriali, tanto in via giudiziale (40 ss.) quanto in via di autotutela (124 ss.).

(23) In merito alla recente modifica apportata alla disciplina delle mansioni di cui all'art. 2103 c.c. dall'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015, si rinvia a Pisani (2015), il quale sottolinea come tale intervento del legislatore fosse volto a eliminare quei caratteri di rigidità e incertezza propri della precedente disciplina, considerati dall'Autore ormai incompatibili con gli attuali scenari produttivi. Tra le novità così introdotte si rammenta in particolare la cancellazione del riferimento all'equivalenza quale criterio legittimante la mobilità orizzontale, sostituito da quello delle mansioni riferibili allo stesso livello di inquadramento contrattuale e alla stessa categoria legale: si abbandona così un sistema fondato su un giudizio sostanzialistico, mirato a tutelare la professionalità in concreto del lavoratore, in favore di un sistema regolativo formale, costretto nei confini tracciati dalla contrattazione collettiva.

dalla dottrina e dalla giurisprudenza: alcuni hanno considerato pienamente operante il principio di cui all'art. 1460 c.c., qualificando l'ordine illegittimo alla stregua di un inadempimento; altri hanno ritenuto invece tale ordine inidoneo a produrre qualsivoglia effetto in quanto radicalmente nullo, a causa dell'utilizzo abusivo del potere direttivo; infine, altri ancora hanno sostenuto che la prestazione del lavoratore debba considerarsi in simili casi non dovuta, in quanto del tutto estranea all'obbligazione contrattuale (quale diritto a non fare ciò a cui non si è obbligati), ovvero hanno rinvenuto in tali ipotesi gli estremi della figura dell'*aliud pro alio*, tipica dell'istituto della vendita.

5. — *Rilievi conclusivi* — Il contrasto tra le soluzioni raggiunte dai Tribunali nei casi illustrati nel primo paragrafo rispecchia fedelmente l'incertezza che ancora, purtroppo, caratterizza il ricorso a strumenti rimediali di matrice civilistica, quale l'eccezione di inadempimento nel diritto vivente del lavoro.

È pur vero che il vaglio del giudice, come detto, è inscindibilmente legato all'esame e alla considerazione attribuita alle circostanze fattuali (peraltro espressamente richiamate dal comma 2 dell'art. 1460 c.c.) e sovente l'esito della controversia dipende dalla complessiva valutazione di numerosi fattori, quali la natura dell'obbligazione cui il datore di lavoro si sarebbe reso inadempiente, la gravità di tale inadempimento, l'interdipendenza tra le obbligazioni inadempite, la proporzionalità tra le prestazioni richieste, il carattere temporaneo dell'eccezione ecc. Per tale ragione, al di là dei principi di diritto che la Suprema Corte ha già avuto modo di enucleare (salvo propendere per la prevalenza dell'uno rispetto all'altro in modo non univoco), permane un ineliminabile margine di incertezza e di rischio oggettivo per il lavoratore che decida di avvalersi dell'*exceptio* quale reazione a un esercizio a suo parere illegittimo dei poteri datoriali.

Eppure, a fronte di una ricostruzione fattuale parimenti scrupolosa, appare maggiormente aderente allo spirito e alla lettera della norma di cui all'art. 1460 c.c. la pronuncia resa dal Tribunale di Vicenza, in ragione del ruolo centrale assegnato al concetto di buona fede contrattuale ai fini della risoluzione della questione. Se tale principio costituisce, come sopra riportato, il fondamento e il limite dell'eccezione di inadempimento, si ritiene quantomeno opportuno che il provvedimento decisorio espliciti le modalità con cui ha riempito di contenuto la suddetta clausola generale e la conseguente valutazione dei comportamenti delle parti.

Un simile approccio si inserirebbe, peraltro, nel più ampio filone interpretativo, affermatosi negli ultimi anni, ai sensi del quale la clausola generale di buona fede avrebbe assunto un rilevante ruolo non soltanto quale principale strumento per assicurare l'equilibrio contrattuale, ma avendo anche la funzione «di misurare il contenuto del contratto secondo criteri che tengano conto di valori socialmente rilevanti e costituzionalmente riconosciuti» (24). Si tratta di un approccio che ha trovato ampia diffusione nel diritto comparato, fino alla codificazione nei principi Unidroit, in cui il principio di buona fede si pone quale limite interno alla libertà contrattuale. Il ruolo della buona fede, quindi, sarebbe quello di «mantenere il regolamento contrattuale in sintonia non solo con le posizioni e i comportamenti concreti delle parti, ma con i principi ai quali l'ordine giuridico lega la legittimità stessa dell'agire privato» (25).

Per identificare il contenuto concreto dei parametri di correttezza e buona fede bisogna innanzitutto riferirsi ai principi costituzionali nella materia dei diritti e dei doveri dei soggetti pri-

(24) Cfr. Rodotà 1969, X.

(25) *Ivi*, XII-XIII.

vati, nonché ai principi di solidarietà di cui l'ordinamento costituzionale è permeato, con specifico riferimento agli articoli 2, 36, 37, 39, 41, 42 Cost.

Appare quindi ineludibile, nella moderna concezione civilistica, che il principio di correttezza possa considerarsi alla stregua di uno strumento di integrazione del contratto e che, nel determinare il contenuto della clausola di correttezza, sia necessario un riferimento diretto alle norme costituzionali (su cui già era intervenuto Mengoni) (26).

A mero titolo esemplificativo, si pensi a come, nei casi di adibizione a mansioni che – pur se formalmente rientranti nei nuovi e più ampi confini dello *ius variandi* orizzontale tracciati dall'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015 – si pongano in sostanziale violazione della professionalità acquisita dal lavoratore, ovvero nei casi in cui il datore di lavoro non assolva al doveroso onere formativo, un prudente ricorso all'eccezione di inadempimento (e in particolare al comma 2 dell'art. 1460 c.c.) potrebbe avviare al rischio di un vuoto di tutela a favore della dignità professionale (27) del lavoratore.

La correttezza e buona fede, quale criterio di integrazione contrattuale di effettività costituzionale, deve considerarsi un principio che permea l'intera materia contrattuale e si pone come limite sostanziale all'autonomia privata.

L'eccezione di inadempimento, quale principale strumento di tutela di una posizione giuridica soggettiva, è uno dei più rilevanti istituti in cui tale meccanismo può produrre i propri effetti. In particolare, un'accorta valorizzazione del dettato di cui al comma 2 dell'art. 1460 c.c. potrebbe consentire, attraverso il limite della buona fede riletto alla luce dei principi costituzionali, un più flessibile utilizzo dello strumento rimediabile, nei casi in cui il potere del datore, pur mantenendosi all'interno dei più labili limiti normativi introdotti, si ponga di fatto in condizioni di prevaricazione rispetto alla effettiva tutela dei principi di libertà e dignità del lavoratore costituzionalmente tutelati.

Riferimenti bibliografici

- Albi P. (2009), *Eccezione di inadempimento e obbligo di sicurezza*, in *RIDL*, n. 3, II, 551 ss.
- Alessi C. (2004), *Professionalità e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Barbato M.R. (2007), *Autotutela del lavoratore: rifiuto di prestazione non dovuta e eccezione di inadempimento*, in *MGL*, 281 ss.
- Benedetti A.M. (2011), *Le autodifese contrattuali: artt. 1460-1462*, in Schlesinger P. (fondato da), Busnelli F.D. (a cura di), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1 ss.
- Betti E. (1959), voce *Autotutela (diritto privato)*, in *ED*, IV, 529 ss.
- Bigliuzzi Geri L. (1974), *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Giuffrè, Milano.
- Brollo M. (1997), *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento: art. 2103*, in Schlesinger P. (fondato da), Busnelli F.D. (a cura di), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1 ss.
- Cavallaro L. (2001), *Rapporto di lavoro e provvedimenti d'urgenza. Un riesame critico*, in *RIDL*, n. 1, I, 63 ss.
- Dell'Olio M. (1988), voce *Autotutela (III. Diritto del lavoro)*, in *EGT*, IV.
- Ferrante V. (2004), *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino.

(26) Cfr. Mengoni 1986.

(27) Sul rilievo costituzionale di tale concetto, si rinvia ad Alessi 2004.

- Ferrara Santamaria M. (1937), *La giustizia privata*, Jovene, Napoli.
- Iorio G. (2012), *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, Giuffrè, Milano.
- Isola S. (2010), *L'autotutela nel diritto del lavoro*, in Gianniti P. (a cura di), *La disciplina dell'autotutela nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, Cedam, Padova, 277 ss.
- Mazzotta O. (1994), *Diritto del lavoro e diritto civile: i temi di un dialogo*, Giappichelli, Torino.
- Mazzotta O. (2017), *Nel laboratorio del giuslavorista*, in *Labor*, n. 1, 5 ss.
- Mengoni L. (1986), *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *RCDP*, 6 ss.
- Pisani C. (2015), *La nuova disciplina del mutamento di mansioni*, Giappichelli, Torino.
- Riccobono A. (2010), *Profili applicativi degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie: l'autotutela individuale del lavoratore*, in *RIDL*, n. 1, I, 121 ss.
- Rodotà S. (1969), *Le fonti di integrazione del contratto*, ed. 2004, Giuffrè, Milano.
- Smuraglia C. (1967), *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Vallebona A. (1995), *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale*, Cedam, Padova.

Giulia Negri
Dottoressa di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Milano «Bicocca»

I

TRIBUNALE ROMA, 22.3.2018 – Est. Consiglio – C.P. (avv. de Marchis) c. Fancs (avv.ti De Feo, M. Marazza, M. Marazza).

Controlli a distanza – Accertamento dell'utilizzabilità dei dati – Spetta al giudice – Decisione del Garante – Non preclude l'accertamento giudiziale.

Controlli a distanza – Art. 4 St. lav. – Campo di applicazione – Comportamenti illeciti del dipendente – Esclusione.

Poiché l'art. 160, c. 6, del Codice della privacy riserva alla disciplina processuale in materia civile e penale la questione della validità, efficacia e utilizzabilità dei dati personali, in mancanza di una specifica norma processuale, l'accertamento circa l'utilizzabilità da parte del datore dei dati personali del lavoratore raccolti tramite controlli a distanza compete al giudice e non è precluso dall'eventuale valutazione già espressa dal Garante. (1)

Ai sensi dell'art. 4 della l. n. 300 del 1970, è controllo a distanza l'attività che abbia a oggetto la prestazione lavorativa e il suo esatto adempimento, restando esclusa dal campo di applicazione della norma quella che sia volta a individuare la realizzazione di comportamenti illeciti da parte del dipendente, idonei a ledere il patrimonio aziendale sotto il profilo della sua integrità e del regolare funzionamento e della sicurezza degli impianti. (2)

II

TRIBUNALE ROMA, 13.6.2018, ord. – Est. Conte – G.P. (avv. Sampaolesi) c. P.P.I. (avv. Falasca).

Controlli a distanza – Art. 4 St. lav. – Condizioni di utilizzabilità dei dati.

Il nuovo testo dell'art. 4 della l. n. 300 del 1970 realizza normativamente il compromesso tra interesse al controllo e protezione della dignità e riservatezza dei lavoratori, per cui il lavoratore può ben essere controllato con mezzi a distanza, ma alle seguenti condizioni cumulative: a) l'impianto deve essere stato previamente autorizzato; b) l'impianto deve avere una o più delle finalità (diverse da quelle di controllare i lavoratori) previste dal comma 1 dell'art. 4; c) il datore deve aver previamente informato il lavoratore che l'impianto è stato installato e che vi si potranno esperire controlli; d) il controllo deve essere esperito in conformità al Codice della privacy. (3)

(1-3) CONTROLLI TECNOLOGICI E UTILIZZABILITÀ DEI DATI ACQUISITI

SOMMARIO: 1. Fatti di causa. — 2. Esigenze per l'acquisizione legittima del dato e controllo sull'attività dei lavoratori. — 3. Strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa. — 4. Utilizzabilità dei dati: adeguata informazione e rispetto dei principi della *privacy*. — 5. La (ir)rilevanza nel processo del lavoro della prova acquisita (il)legittimamente.

1. — *Fatti di causa* — La sentenza e l'ordinanza in epigrafe intervengono, tra le prime, sull'art. 4 St. lav. come modificato dall'art. 23 del d.lgs. n. 151/2015 (1), soffermandosi, in particolare, sul delicato tema dell'acquisizione, mediante controlli tecnologici, di dati inerenti al lavoratore e del loro utilizzo a fini connessi al rapporto di lavoro.

È bene soffermarsi, dapprima, sulle due fattispecie concrete, per poi indagare l'interpretazione normativa seguita dai giudici al fine di risolvere le controversie.

La prima causa prende le mosse dal propagarsi di un virus informatico sulla rete aziendale a seguito dell'apertura di un *link* da un *account* di posta elettronica. Costatato il fatto, il datore di lavoro aveva, tramite le strutture preposte, attivato la messa in sicurezza del sistema informatico e ricercato la causa del problema, individuando il PC infetto in quello dato in dotazione a una dipendente. Da un'analisi della cronologia di navigazione in internet, era emerso che la lavoratrice aveva effettuato svariati accessi ad *account* di posta elettronica privata, dai quali aveva avuto origine il virus sul sistema informatico aziendale, e, inoltre, aveva visitato più volte siti poco attinenti alla sua attività lavorativa. Il datore procedeva, così, alla contestazione disciplinare e al licenziamento per giusta causa.

Nella seconda decisione, un lavoratore era stato licenziato a seguito dell'acquisizione di dati, tratti dalla sua posta elettronica aziendale e dal sistema *software* utilizzato dall'impresa, dai quali risultava che il lavoratore aveva proposto, sulla base di falsa documentazione, la fatturazione in attivo di affari concernenti la ricerca di personale, in realtà non perfezionatisi con la conclusione del contratto tra cliente e lavoratore selezionato.

In entrambe le vicende, dunque, l'esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro si basa sui riscontri ottenuti a seguito dell'utilizzo dei dati raccolti mediante strumenti tecnologici. Si pongono, così, una serie di questioni, quali: l'individuazione del campo di applicazione della disciplina sui controlli a distanza; l'identificazione degli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa; la tutela della riservatezza dei lavoratori; la possibile utilizzabilità – anche sotto il profilo processuale – dei dati così acquisiti.

2. — *Esigenze per l'acquisizione legittima del dato e controllo sull'attività dei lavoratori* — È noto che la logica posta alla base dell'art. 4 St. lav., sin dalla sua originaria versione, è stata quella di vietare l'utilizzo di strumenti a distanza volti al controllo diretto sull'attività dei lavoratori (2), sul presupposto che il controllo attuato attraverso la macchina è particolarmente odioso in quanto espone il lavoratore a una possibile continuità di monitoraggio in forma anonima (3).

(1) Per un attento approfondimento sul tema, vd., da ultimo: Nuzzo 2018a; Ingrao 2018; Dessì 2017.

(2) Cfr. Bellavista (1995, 12), che sottolinea come la definizione di subordinazione in senso tecnico impedisce il realizzarsi nel corso del rapporto di alcuna lesione della libertà e della dignità del lavoratore, così come il potere di controllo non può oltrepassare tale ambito.

(3) Vd. Smuraglia 1960, 303 ss.; Ghezzi 1986, 360.

Ciò non ha escluso, però, che il controllo a distanza fosse ammesso per finalità specifiche legate al contesto produttivo aziendale, tant'è che anche rispetto al nuovo testo si configura il controllo sull'attività lavorativa quale effetto indiretto conseguente all'utilizzo di sistemi installati per altro fine (4). Il controllo a distanza sulla prestazione del lavoratore risponde pertanto a uno scopo ulteriore rispetto a quello che legittima l'impiego di strumenti di controllo, dovendosi così riscontrare la contemporanea presenza, nel potere di controllo del datore, di un fine necessario, quale quello funzionale al contesto aziendale, e di un fine connesso ed eventuale, legato al rapporto di lavoro (5).

Il potere di controllo a distanza del datore di lavoro nel nuovo testo normativo deve essere, quindi, ricostruito necessariamente su due piani: quello primario, in senso sia cronologico che legittimante, che risponde a esigenze organizzative e produttive, di sicurezza del lavoro e di tutela del patrimonio aziendale; e quello secondario, poiché ulteriore e specifico, volto ad attivare il potere disciplinare e incidere, così, sul singolo rapporto di lavoro. Ne deriva che i dati raccolti mediante impianti tecnologici sono sempre a «doppio contenuto» e, pertanto, occorre ricostruire quale percorso consente l'acquisizione e la conseguente utilizzazione legittima del dato concernente il lavoratore, in quanto rilevante ai fini del rapporto di lavoro (6).

Su questo versante, si apprezza, come si vedrà, il raffronto dei due differenti ragionamenti seguiti dai giudicanti per arrivare a dichiarare il dato utilizzabile, ovvero inutilizzabile, al fine dell'addebito disciplinare al dipendente.

I provvedimenti in commento, infatti, si soffermano sulla modalità di acquisizione dei dati aventi a oggetto condotte dei lavoratori passibili di sanzione disciplinare, ed entrambi si caratterizzano per il controllo effettuato dal datore di lavoro sul computer in dotazione al prestatore di lavoro.

Fermo restando quanto si dirà in prosieguo circa gli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa, va *in primis* evidenziato che attraverso il controllo della cronologia di navigazione in internet sul PC aziendale, o dell'*account* di posta elettronica aziendale, il datore di lavoro viene a conoscenza di taluni comportamenti scorretti dei lavoratori, ovvero di determinate condotte illecite. Il controllo sarebbe dunque legittimo, anche in assenza dell'accordo sindacale o dell'autorizzazione amministrativa, giacché avrebbe a oggetto non già la prestazione lavorativa, ma, appunto, condotte illecite.

Niente di nuovo, quindi, trattandosi della nota e annosa questione dei cd. controlli difensivi (7), se non fosse che questa teoria viene sostenuta e accolta rispetto alla nuova formulazione dell'art. 4 St. lav.

(4) Maresca (2016, 518) parla di «*controllo presupposto* – funzionale a interessi dell'attività imprenditoriale estranei all'ambito lavoristico – che costituisce la necessaria premessa e fonte di legittimazione del controllo sul dipendente».

(5) Cfr. Maio (2015, 1189 ss.), che ripercorre e conferma, anche per la nuova versione dell'art. 4 St. lav., la distinzione tra controlli intenzionali vietati e controlli preterintenzionali permessi.

(6) Nota Carinci (2016, IV) come, malgrado la logica dell'art. 4 St. lav., vecchio testo, fosse quella della «totale inutilizzabilità – prima di tutto a fini disciplinari – delle informazioni raccolte tramite i cd. controlli "indiretti"», non era tuttavia concepibile l'astensione del datore dal farne uso. Del resto, già la vecchia norma, così come la nuova, ne consentiva l'utilizzo purché i dati fossero stati acquisiti mediamente attraverso le finalità del comma 2 (esigenze organizzative e produttive ovvero relative alla sicurezza del lavoro).

(7) Sull'argomento, vd.: Gramano 2018, 266 ss.; Sitzia 2018, 517 ss.; Criscuolo 2017, 43 ss.; Favretto 2017, 445 ss.; Ingraio 2017, 49 ss.

Com'è noto, nella vigenza del testo precedente, la questione dei controlli difensivi aveva diviso la giurisprudenza, che si era sostanzialmente espressa secondo due orientamenti: il primo (8) volto a escludere dalle garanzie della disposizione statutaria il ricorso a controlli difensivi, aventi lo scopo di prevenire reati o accertare condotte illecite non direttamente connesse all'esatto adempimento della prestazione lavorativa; il secondo (9) inteso invece a ricondurre nella disciplina dell'art. 4 St. lav. anche i controlli diretti ad accertare illeciti commessi dai lavoratori, non potendo venir meno la garanzia alla dignità e alla riservatezza del prestatore di lavoro in presenza di strumenti tecnologici aventi potenzialità di controllo tali da richiedere una preventiva autorizzazione (sindacale ovvero amministrativa).

Con l'entrata in vigore del nuovo testo normativo e l'aggiunta della finalità di «tutela del patrimonio aziendale» a quelle già note («esigenze organizzative e produttive ovvero della sicurezza del lavoro»), la dottrina si è interrogata sul perdurare della fattispecie dei controlli difensivi che, come detto, servivano proprio a tutelare il datore di lavoro dagli atti illeciti commessi dai lavoratori contro il patrimonio aziendale.

Alcuni Autori (10), infatti, sulla scorta della nuova finalità tutelare contemplata nell'art. 4, comma 1, St. lav., ritengono la categoria dei controlli difensivi rientrante tra quelle contemplate nel testo normativo e, di conseguenza, suscettibili di trovare attuazione soltanto mediante la via sindacale o amministrativa.

Tale ragionamento, a mio avviso, non contempla, però, la natura difensiva del controllo tra quelle previste dalla norma che consentono l'installazione di strumenti tecnologici, poiché l'accordo sindacale, ovvero il provvedimento amministrativo, interverrebbe su altri fini, non potendo affermarsi altrimenti che l'atto di autorizzazione abbia specificamente a oggetto l'esigenza difensiva del controllo. Di guisa che la garanzia prestata dalla disposizione di legge sarebbe solo indiretta ed eventuale, dato che troverebbe applicazione unicamente nel caso in cui lo strumento tecnologico autorizzato sia anche in grado di espletare un controllo difensivo. Diversamente, nel caso di un apparato tecnologico volto all'esclusivo accertamento dell'illecito e, quindi, del tutto estraneo al controllo, anche eventuale, dell'attività lavorativa. Qui, infatti, il controllo è sì a distanza, ma non concerne affatto la verifica dell'adempimento della prestazione da parte dei lavoratori.

Va, allora, prospettata la distinzione tra controlli anche difensivi, per i quali trova applicazione l'art. 4 St. lav. e che richiedono una specifica autorizzazione riguardo alla reale finalità di installazione, e «controlli difensivi in senso stretto» (11), che, operando un accertamento specifico ed esclusivo sull'illecito, esulano dall'area della norma (12).

(8) Cfr.: Cass. 28.1.2011, n. 2117, in *ADL*, 2012, II, 136 ss.; Cass. 23.6.2011, n. 13789, in *NGL*, 2011, 605 ss.; Cass. 23.2.2012, n. 2722, in *RGL*, 2012, II, 740 ss.; Cass. 31.10.2013, n. 24580, inedita a quanto consta; Cass. 4.3.2014, n. 4984, in *RGL*, 2014, II, 444 ss.; Cass. 27.5.2015, n. 10955, in *RGL*, 2015, II, 587 ss.; Cass. 15.6.2017, n. 14862, in *NGL*, 2017, 641 ss.; Cass. 10.11.2017, n. 26682, in *LG*, 2018, 471 ss.; Cass. 28.5.2018, n. 13266, inedita a quanto consta; Cass. 5.7.2018, n. 17685, in *NGL*, 2018, 556 ss.

(9) Cfr.: Cass. 1.10.2012, n. 16622, in *RGL*, 2013, II, 32 ss.; Cass. 23.2.2010, n. 4375, in *RGL*, 2010, II, 462 ss.; Cass. 13.5.2016, n. 9904, in *GI*, 2016, 2451 ss.; Cass. 19.9.2016, n. 18302, in *GI*, 2017, 321 ss.

(10) Del Punta 2015, 77; Salimbeni 2015, 610; Lambertucci 2015, 9 ss.; Alvino 2016, 18; Balletti 2016, 129 ss.; Ricci 2016, 747 ss.; Santoni (2016, 144), che vede nella tutela del patrimonio aziendale la conferma della giurisprudenza sul tema.

(11) Vd. Maresca 2016, 525.

(12) Cfr.: Maio (2015, 1199 ss.), che sottolinea il bilanciamento con le «insopprimibili esigenze de-

Le decisioni in commento intervengono sulla *vexata quaestio* fornendo due interpretazioni in parte contrastanti.

La sentenza del Tribunale di Roma ritiene che anche nel nuovo quadro normativo, delineato dalla novella introdotta dal d.lgs. n. 151 del 2015, resta esclusa dal campo di applicazione dell'art. 4 St. lav. l'attività volta a individuare la realizzazione dei comportamenti illeciti da parte del dipendente idonei a ledere il patrimonio aziendale sotto il profilo della sua integrità e del regolare funzionamento e della sicurezza degli impianti. L'accesso ai dati personali contenuti nel PC del lavoratore deve quindi, precisa il Tribunale, ritenersi legittimo in quanto diretto non a verificare l'esatto adempimento della prestazione lavorativa, ma per finalità ulteriori resesi necessarie per tutelare il funzionamento del sistema informatico.

Di diverso avviso è l'ordinanza del Tribunale di Roma, che, muovendo dal «valore totalmente innovativo della novella», evidenzia come la logica giuridica sottesa alla configurabilità del controllo difensivo non possa più essere seguita nel testo dell'art. 4 St. lav. generato dalla riscrittura del *Jobs Act*. In particolare, il giudice, considerato che il nuovo testo dell'art. 4 non contiene più un comma 1 che vieta per principio generale il controllo a distanza dei lavoratori, ritiene che «non appare più necessario appellarsi a finalità difensive per superare un divieto totalitario di controllo a distanza che non esiste più». Ne risulta – sempre per il giudicante – che il lavoratore può ben essere controllato con mezzi a distanza, al ricorrere di determinate condizioni: a) l'impianto deve essere stato previamente autorizzato con accordo sindacale o dall'Ispettorato nazionale del lavoro; b) l'impianto deve avere una o più delle finalità (diverse da quelle di controllare i lavoratori) previste dal comma 1 dell'art. 4; c) il datore deve aver previamente informato il lavoratore che l'impianto è stato installato e che vi si potranno esperire controlli; d) il controllo deve essere esperito in conformità al Codice della *privacy*. Si precisa inoltre che le regole *sub a e b* non valgono per gli «strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa»; mentre le regole *sub c e d* valgono invece in ogni caso (13).

In base a tale ricostruzione, l'impianto installato in conformità al procedimento e alle finalità indicate nell'art. 4 St. lav. dal quale derivi anche il controllo sui lavoratori – come controllo ulteriore rispetto a quello per il quale è intervenuto l'accordo sindacale, ovvero l'autorizzazione dell'Ispettorato nazionale del lavoro – sarà legittimo secondo la norma.

Rispetto alla ricostruzione operata dall'ordinanza, significativamente con riferimento all'abrogazione del comma 1 del vecchio art. 4, che determinerebbe il venire meno del divieto assoluto del controllo a distanza dei lavoratori, va rilevato che siffatta interpretazione lascia perplessi giacché trascura il fatto che il legislatore ha introdotto, nel nuovo comma 1, l'avverbio «esclusivamente», che, a mio sommo avviso, non può non avere rilevanza.

A fronte del chiaro tenore letterale della norma – secondo cui gli impianti e gli strumenti possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale –, risulta infatti evidente che la *ratio* sottesa alla stessa è proprio quella di evitare l'utilizzo degli strumenti elettronici per finalità diverse da quelle esplicitamente indicate.

fensionali dell'impresa»; Marazza (2016, 499 ss.), che propone un aggiornamento della nozione di controllo difensivo; Proia 2016, 572 ss.

(13) Cfr. T. La Spezia 25.11.2017, in *LPO*, 2018, 223 ss., che ha ritenuto che, «con l'ingresso della tutela del patrimonio nel nuovo art. 4, è stata positivizzata la legittimità dei controlli difensivi, già riconosciuta dalla giurisprudenza, ma gli stessi sono stati sottoposti alle garanzie e alle limitazioni di cui ai commi 1 e 3».

Non solo: come si vedrà in seguito, il controllo è stato sottoposto a ulteriori condizioni, quali l'informazione ai lavoratori e il rispetto della disciplina sulla tutela dei dati personali.

In tal senso, del resto, si è espressa anche la giurisprudenza che ha riconosciuto che il divieto di controllo a distanza dei lavoratori non sarebbe venuto meno a seguito dell'abrogazione del comma 1 in quanto l'attuale formulazione – secondo cui «gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale» – ribadirebbe ancora il divieto di un controllo diretto in tal senso (14).

3. — *Strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa* — Entrambe le decisioni in rubrica muovono da controlli effettuati dal datore di lavoro su strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa. Ciò impone un'ulteriore riflessione, giacché tali strumenti sono stati testualmente disciplinati dal nuovo testo dell'art. 4, nel senso di escluderli, insieme con gli «strumenti per registrare gli accessi e le presenze», dalla disciplina di cui al comma 1, potendo essere installati e utilizzati a prescindere dall'accordo sindacale o dall'autorizzazione amministrativa (15).

Tale previsione è il risultato della constatazione che, nell'attuale contesto produttivo, l'utilizzo degli strumenti elettronici/informatici rappresenta una costante e una realtà in continuo divenire: da ciò l'esigenza di svincolare tali strumenti, anche in ragione del potere organizzativo posto in capo al datore di lavoro, da accordi o autorizzazioni genericamente intesi (16).

Tuttavia, ciò non significa che la norma abbia depotenziato la tutela dei lavoratori, sia sotto l'aspetto della dignità, che sotto quello della riservatezza, dal momento che l'utilizzo di tali strumenti è soggetto a particolari, stringenti e definiti limiti (17).

Va rilevato che la stessa nozione di strumenti di lavoro è stata oggetto di attenzione da parte dei vari soggetti legittimati a interpretarla, quali, oltre ovviamente ai giudici, l'Ispettorato nazionale del lavoro e il Garante per la protezione dei dati personali.

In generale, può evidenziarsi che le interpretazioni proposte sono molto rigorose, nel senso di qualificare quale «strumento di lavoro» soltanto ciò che fa parte della «cassetta degli attrezzi» del lavoratore, e cioè quegli strumenti indispensabili e necessari ai lavoratori per svolgere la loro prestazione lavorativa e non già quegli strumenti che, sebbene utilizzati per rendere la prestazione lavorativa, servono al datore di lavoro per ricavare informazioni sulla produttività.

Nei casi in esame, ad esempio, è stato ribadito che il computer utilizzato e la mail aziendale configuravano strumenti di lavoro, in conformità alla giurisprudenza precedente. In particolare, lo stesso Tribunale di Roma (18) aveva già chiarito che «ciò che rileva è che lo strumento sia nella disponibilità del dipendente e da questi effettivamente utilizzato nell'adempimento della prestazione, diversamente da quanto avviene con gli strumenti di controllo di cui

(14) Vd. T. Roma 24.3.2017, n. 29992, in *DRI*, 2018, II, 265 ss.

(15) Cfr. Zoli, Villa (2017, 135), che escludono per tali strumenti un vaglio preliminare in ragione di una «presunzione assoluta di sussistenza di ragioni oggettive» che ne legittimano l'impiego.

(16) Vd. Nuzzo (2018b, 309), che sottolinea come «l'impiego di un identico strumento necessiterà o meno dell'accordo sindacale sulla base della sua funzionalità al lavoro in relazione alle mansioni svolte dal lavoratore».

(17) Vd. Gamba 2016, 141; Alvino 2016, 17 ss.

(18) T. Roma 24.3.2017, n. 29992, cit.

all'art. 4, comma 1, rispetto ai quali il lavoratore è invece, sempre soggetto passivo. Pertanto, partendo dalla distinzione tra strumenti di lavoro e strumenti di controllo, l'uso degli strumenti informatici deve essere assimilato a un mero strumento di lavoro messo a disposizione del lavoratore per rendere la prestazione; quindi i computer, i tablet e i cellulari devono essere considerati come i moderni attrezzi di lavoro utilizzabili senza autorizzazione nel caso in cui vengano attribuiti al lavoratore per rendere la prestazione lavorativa oggetto del contratto di lavoro. Orbene, [...] il p.c. e la casella di posta elettronica non possono che essere considerati strumenti di lavoro necessari allo svolgimento della prestazione lavorativa; di conseguenza, devono ritenersi non necessari gli adempimenti di natura amministrativa e sindacale previsti dalla norma di cui all'art 4 cit.».

Sulla stessa linea si è espressa anche la Suprema Corte (19), la quale nella vigenza del vecchio testo ha precisato come «il datore di lavoro può effettuare dei controlli mirati (direttamente o attraverso la propria struttura) al fine di verificare il corretto utilizzo degli strumenti di lavoro (cfr. artt. 2086, 2087 e 2104 cod. civ.), tra cui i p.c. aziendali», fermo restando il rispetto, nell'esercizio di tale prerogativa, della libertà e della dignità dei lavoratori con specifico riferimento alle disposizioni in materia di protezione dei dati personali.

Occorre, infine, segnalare in materia sia un provvedimento del Garante della *privacy* (20) che ha chiarito che nella nozione di «strumenti di lavoro» rientrano il servizio di posta elettronica e la navigazione web, purché i servizi, il *software* e gli applicativi risultino strettamente funzionali alla prestazione lavorativa, anche sotto il profilo della sicurezza, sia una circolare dell'Ispettorato nazionale del lavoro (21) che ha riconosciuto che gli apparecchi di localizzazione satellitare Gps montati su autovetture aziendali costituiscono strumenti di lavoro ex art. 4, comma 2, soltanto nell'ipotesi in cui siano installati per consentire la concreta ed effettiva prestazione lavorativa (che non possa essere resa senza tali strumenti) o se l'installazione sia richiesta da specifiche normative di legge o regolamentari (ad esempio, per trasporto valori oltre 1,5 milioni di euro). Nel caso in cui, viceversa, tali apparecchi di localizzazione si configurino quali «elementi aggiunti» per esigenze assicurative, produttive o di sicurezza del lavoro sarà necessario l'accordo sindacale o, in mancanza, l'autorizzazione amministrativa ex art. 4, comma 1.

In argomento, va inoltre ricordato che la giurisprudenza è consolidata (22) nel dichiarare legittime le sanzioni disciplinari comminate ai lavoratori che abusano degli strumenti informatici aziendali che il datore di lavoro mette nella loro disponibilità per l'espletamento della prestazione lavorativa. In particolare, la Cassazione ha ritenuto in più occasioni che l'utilizzo improprio degli strumenti informatici aziendali configura una legittima causa di recesso, sul presupposto che il lavoratore, utilizzando il computer aziendale a fini privati, avesse sottratto costantemente e per lungo tempo ore alla sua prestazione lavorativa. La stessa Corte ha, tuttavia, precisato che il controllo mirato posto in essere dal datore di lavoro per verificare il corretto uso da parte dei dipendenti degli strumenti di lavoro, come i *personal computers* aziendali, non è assoluto e indiscriminato, giacché deve essere esercitato nel rispetto della libertà e dignità dei lavoratori, nonché dei principi di correttezza, pertinenza e non eccedenza, considerato che il con-

(19) Cass. 3.11.2016, n. 22313, in *ADL*, 2017, II, 441 ss.

(20) Provvedimento n. 303 del 13 luglio 2016. Vd. anche Provvedimento n. 547 del 22 dicembre 2016; Provvedimento n. 53 del 1° febbraio 2018.

(21) Circolare n. 2 del 7 novembre 2016.

(22) Cass. 7.11.2013, n. 25069, inedita a quanto consta; Cass. 6.12.2013, n. 27392, inedita a quanto consta; Cass. 2.11.2015, n. 22353, in *NGL*, 2016, 169 ss.; Cass. 15.6.2017, n. 14862, cit.

trolo può determinare il trattamento di informazioni personali di carattere sensibile (23), con la conseguenza che devono ritenersi illegittimi quei controlli in cui il sistema predisposto dal datore di lavoro, la registrazione e la conservazione dei dati, risultino particolarmente invasivi della sfera personale dei lavoratori (24).

4. — *Utilizzabilità dei dati: adeguata informazione e rispetto dei principi della privacy* — Le informazioni raccolte attraverso gli strumenti elettronici, siano essi utilizzati per finalità organizzative, produttive e di sicurezza del lavoro o di tutela del patrimonio aziendale (comma 1), siano essi strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa o per la registrazione degli accessi e delle presenze (comma 2), possono essere utilizzate, ai sensi del comma 3 dell'art. 4 St. lav., «a tutti i fini» inerenti al rapporto di lavoro.

Il campo di utilizzabilità è evidentemente molto vasto, comprendendo tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, ivi compresi, dunque, quelli disciplinari e valutativi. Questo ampio spettro, tuttavia, è soggetto alla ricorrenza di una duplice condizione: l'adeguata informazione «delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli» e il rispetto dei principi rivenienti dal d.lgs. n. 196 del 2003, ovvero Codice in materia di trattamento dei dati personali (25).

Tali condizioni devono ricorrere, nel rispetto del dettato legislativo, non alternativamente, ma congiuntamente: il che consente di respingere e ritenere superate tutte quelle interpretazioni che, al momento dell'entrata in vigore della norma, avevano ritenuto che il nuovo testo dell'articolo 4 aprisse la strada a controlli indiscriminati da parte del datore di lavoro.

Viceversa, deve ritenersi che l'attuale disciplina pone una serie di tutele a favore del lavoratore, riservando particolare attenzione alla conoscenza da parte del prestatore di lavoro degli strumenti elettronici posti a sua disposizione, nonché alla tutela della sua riservatezza (26).

Muovendo dal primo aspetto che si concreta nel primo elemento identificato dalla norma, va immediatamente rilevato che l'informazione richiesta dal legislatore in questa sede è diversa e distinta dall'informativa che, ai sensi dell'art. 13 del Regolamento (Ue) n. 2016/679, il datore di lavoro deve fornire al lavoratore (27). Gli elementi che compongono tale informativa divergono, infatti, da quelli richiamati dalla norma in esame, che riguarda, come detto, le modalità di uso degli strumenti e l'effettuazione dei controlli (28).

In altre parole, l'adeguata informazione è finalizzata a rendere il lavoratore consapevole delle modalità di utilizzo degli strumenti e, conseguentemente, consapevole delle potenzialità, ad esempio, del *software* installato sul computer da lui utilizzato per rendere la prestazione lavorativa. Di guisa che avrà contezza anche del controllo che potrà essere attivato e del perimetro entro il quale il controllo stesso potrà essere effettuato.

Circa le modalità di redazione dell'informazione e dei criteri per la sua determinazione, va rilevato che in assenza di indicazioni specifiche si potrebbe far riferimento – stante la comunan-

(23) Cass. 3.11.2016, n. 22313, cit.

(24) Cass. 19.9.2016, n. 18302, cit.

(25) Armonizzato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, al Regolamento (Ue) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

(26) Sulla tutela della *privacy* del lavoratore, benché precedente al Regolamento europeo, vd. Trojsi 2013.

(27) Di diverso avviso Nuzzo (2018b, 314), che ritiene l'informazione dell'art. 4, comma 3, St. lav. come aggiuntiva all'informativa degli artt. 12 e 13 del Regolamento (Ue) n. 2016/679.

(28) Cfr. Maresca *et al.* 2017, 365 ss.

za di *ratio* – a quanto indicato dal Garante per la protezione dei dati personali nelle Linee guida per posta elettronica e internet del 2007 (deliberazione n. 13 del 1° marzo 2007), laddove stabilisce che grava sul datore di lavoro «l'onere di indicare in ogni caso, chiaramente e in modo particolareggiato, quali siano le modalità di utilizzo degli strumenti messi a disposizione ritenute corrette e se, in che misura e con quali modalità vengano effettuati controlli» (29).

Per quanto riguarda poi il richiamo ai principi del Codice della *privacy*, è evidente che, allo stato, il riferimento deve essere attualizzato e integrato: attualizzato, in quanto il riferimento sarà al d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, che ha integrato la normativa italiana a quanto previsto dal Regolamento (Ue) n. 2016/679. In particolare, occorre tenere presente i principi di liceità, correttezza, trasparenza, esattezza, integrità e temporaneità di cui all'art. 5, che dovranno dunque essere rispettati per l'utilizzo dei dati raccolti.

Per mera completezza, si evidenzia che la base giuridica per il trattamento dei dati dei lavoratori non può, allo stato, essere rinvenuta nel consenso al trattamento fornito dal lavoratore. In proposito, occorre tener presente quanto rilevato nel Parere n. 2/2017 WP29, adottato l'8 giugno 2017 dal Gruppo di lavoro articolo 29 per la protezione dei dati, ai sensi del quale: «per la maggior parte delle attività di trattamento svolte sul posto di lavoro, la base giuridica non può e non dovrebbe essere il consenso dei dipendenti, in considerazione della natura del rapporto tra datore di lavoro e dipendente», caratterizzato da una disparità di posizione tra i soggetti in questione. Del resto, tale principio si rinviene nello stesso Regolamento (Ue) n. 2016/679, laddove disciplina il «legittimo interesse» quale condizione di liceità del trattamento. In particolare, l'art. 6, par. 1, lett. *f* stabilisce che il trattamento è lecito, tra l'altro, quando «è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali». Al riguardo, il Considerando 47 prevede che «potrebbero sussistere tali legittimi interessi quando esista una relazione pertinente e appropriata tra l'interessato e il titolare del trattamento, ad esempio, quando l'interessato è un cliente o *è alle dipendenze del titolare del trattamento*» (30).

5. — *La (ir)rilevanza nel processo del lavoro della prova acquisita (il)legittimamente* — Un ultimo aspetto da analizzare concerne la rilevanza in sede giudiziaria dei dati raccolti mediante strumenti tecnologici. Le due decisioni offrono due soluzioni opposte: la sentenza considera l'attività di raccolta e trattamento delle informazioni, operata dal datore di lavoro senza il previo consenso dell'interessato, legittima in quanto ammessa dalla legge (31) allo scopo di far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, rimanendo altresì escluso l'obbligo di preventiva informazione. L'ordinanza, invece, ritiene che il dato risulta utilizzabile anche in sede giudiziaria solamente se acquisito nel rispetto delle condizioni previste dalla norma (adeguata informazione e rispetto del Codice della *privacy*).

(29) Punto 3.1, secondo periodo.

(30) Corsivo mio.

(31) Art. 24, d.lgs. n. 196/2003, ora art. 9, par. 2, lett. *f*, del Regolamento (Ue) n. 2016/679, che ammette il trattamento di particolari dati (che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché il trattamento di dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona) per accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria. Va segnalato, però, che la stessa esimente non è stata prevista per i dati comuni.

Si pone, allora, la questione della rilevanza probatoria in giudizio dei dati raccolti mediante controlli a distanza e, in particolare, di quelli raccolti illegittimamente.

Sul primo versante, la regola dell'esclusione dell'informativa e del consenso dell'interessato al fine del trattamento del dato in sede giudiziaria viene confermata, come detto, anche dall'impianto del Regolamento (Ue) n. 2016/679, e, del resto, nel rapporto di lavoro la base giuridica del trattamento viene data dallo stesso art. 4 St. lav., che prevede una informativa speciale rispetto a quella prevista dell'art. 13 del Regolamento. La sentenza del Tribunale di Roma conferma la liceità dell'attività svolta dal datore e dei dati così raccolti affermando l'esclusiva competenza dell'autorità giudiziaria nel pesarne il valore probatorio in giudizio (32).

Sul secondo versante, emerge, come evidenziato dall'ordinanza del Tribunale di Roma, la questione del valore probatorio del dato acquisito in violazione di un precetto legale (la mancanza di adeguata informazione e il rispetto delle previsioni del Codice della *privacy*). Occorre notare che l'art. 191, comma 1, c.p.p. vieta l'utilizzo nel processo penale di prove acquisite in violazione dei divieti posti dalla legge. Tuttavia, nel processo del lavoro, così come in quello civile, è assente una norma analoga a quella del codice di procedura penale, con la conseguenza che anche il dato acquisito illegittimamente potrebbe assumere rilevanza probatoria ai fini della decisione della controversia. La questione non ha ricevuto ancora una chiara definizione né da parte della giurisprudenza né da parte della dottrina.

Va, dapprima, chiarito che per prova illecita si intende quel mezzo di prova che è stato acquisito in violazione di una norma di legge (33).

In giurisprudenza, appare rilevante quanto recentemente affermato dalla Corte di Cassazione (34) in una pronuncia in materia di separazione dei coniugi: statuendo l'inutilizzabilità nel processo civile della prova sottratta in maniera fraudolenta alla controparte che ne era in possesso. La Corte ha così chiarito che l'attività fraudolenta di acquisizione del mezzo di prova, rende la stessa illecita e, come tale, non utilizzabile in giudizio. Una parte della dottrina distingue l'illiceità della prova dalla utilizzabilità della stessa: non essendo automatico l'effetto della inutilizzabilità se il mezzo istruttorio è tale da provare i fatti oggetto di causa (35). Se la prova è idonea a rappresentare la verità materiale, è allora utilizzabile al di là della sua illecita formazione o acquisizione. Altra parte (36) sostiene, invece, che la prova illecita sulla scorta dei principi costituzionali (artt. 13, 14, 15 e 21 Cost.) deve essere esclusa in via generale dai mezzi probatori ammessi nel giudizio civile anche in assenza di una specifica norma processuale.

(32) Cfr. Cass. 8.2.2011, n. 3034, S.U., che ha affermato che: «In tema di protezione dei dati personali, non costituisce violazione della relativa disciplina il loro utilizzo mediante lo svolgimento di attività processuale giacché detta disciplina non trova applicazione in via generale, ai sensi degli artt. 7, 24, 46 e 47 del d.lgs. n. 196 del 2003 (cd. Codice della *privacy*), quando i dati stessi vengano raccolti e gestiti nell'ambito di un processo; in esso, infatti, la titolarità del trattamento spetta all'autorità giudiziaria e in tal sede vanno composte le diverse esigenze, rispettivamente, di tutela della riservatezza e di corretta esecuzione del processo, per cui, se non coincidenti, è il codice di rito a regolare le modalità di svolgimento in giudizio del diritto di difesa e dunque, con le sue forme, a prevalere in quanto contenente disposizioni speciali e, benché anteriori, non suscettibili di alcuna integrazione su quelle del predetto Codice della *privacy*».

(33) Diversa, quindi, dalla prova atipica (cfr. Chiarloni 1986, 819 ss.) e dalla prova illegittima, che si distingue per la contrarietà alle norme processuali.

(34) Vd. Cass. 8.11.2016, n. 22677, S. civ., ord. in *FI*, 2017, n. 5, I, 1689 ss.

(35) Cfr. Passanante 2017, 193 ss.

(36) Vd. Vigoriti 1968, 64 ss.; Graziosi 2016, 945 ss.

Per quanto concerne i dati acquisiti mediante controllo a distanza utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, bisogna sottolineare che l'utilizzo degli stessi è sottoposto a condizioni di liceità dalla stessa disposizione legale che riconosce tale forma di esercizio del potere di controllo del datore. Di guisa che ammettere l'utilizzo di un dato attinente alla persona del lavoratore, in assenza di preventiva adeguata informazione e di conformità alle disposizioni in materia di *privacy*, comporterebbe la piena ineffettività della protezione prevista dal legislatore italiano ed europeo, nonché la violazione della garanzia riconosciuta a livello costituzionale dall'art. 41, comma 2, alla libertà e alla dignità del lavoratore (37).

Riferimenti bibliografici

- Alvino I. (2016), *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in *LLI*, vol. 2, n. 1, 1 ss.
- Balletti E. (2016), *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, in Aidlass, *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Giuffrè, Milano, 67 ss.
- Bellavista A. (1995), *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, Torino.
- Carinci M.T. (2016), *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori dopo il «Jobs Act» (art. 23 d.lgs. 151/2015): spunti per un dibattito*, in *LLI*, vol. 2, n. 1, 1 ss.
- Chiarloni S. (1986), *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *RTDPC*, I, 819 ss.
- Colapietro C. (2017), *Tutela della dignità e riservatezza del lavoratore nell'uso delle tecnologie digitali per finalità di lavoro*, in *DLRI*, I, 439 ss.
- Criscuolo C. (2017), *Controlli difensivi e Codice della «privacy»*, in *RIDL*, II, 39 ss.
- Del Punta R. (2016), *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. n. 151/2015)*, in *RIDL*, I, 77 ss.
- Dessi O. (2017), *Il controllo a distanza sui lavoratori. Il nuovo art. 4 St. lav.*, Esi, Napoli.
- Favretto C. (2017), *Controlli difensivi sul PC aziendale: l'area grigia della libertà e della dignità del lavoratore quale limite al potere datoriale*, in *ADL*, II, 443 ss.
- Gamba C. (2016), *Il controllo a distanza delle attività dei lavoratori e l'utilizzabilità delle prove*, in *LLI*, vol. 2, n. 1, 120 ss.
- Ghezzi G. (1986), in Ghezzi G., Liso F., *Computer e controllo dei lavoratori*, in *DLRI*, I, 360 ss.
- Gramano E. (2018), *La rinnovata (ed ingiustificata) vitalità della giurisprudenza in materia di controlli difensivi*, in *RIDL*, II, 265 ss.
- Graziosi A. (2016), *Contro l'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile*, in *Il giusto processo civile*, n. 4, 945 ss.
- Ingrao A. (2017), *Il controllo disciplinare e la privacy del lavoratore dopo il Jobs Act*, in *RIDL*, II, 46 ss.
- Ingrao A. (2018), *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci, Bari.
- Lambertucci P. (2015), *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli a «distanza» tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014 (cd. Jobs Act)*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 255.

(37) Vd. Colapietro 2017, 457.

- Maio V. (2015), *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in *ADL*, I, 1186 ss.
- Marazza M. (2016), *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in *ADL*, I, 483 ss.
- Maresca A. (2016), *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, I, 513 ss.
- Maresca A. et al. (2017), *Regolamento Ue 2016/679 e rapporto di lavoro*, in Califano L., Colapietro C. (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento Ue 2016/679*, Esi, Napoli, 311 ss.
- Nuzzo V. (2018a), *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Esi, Napoli.
- Nuzzo V. (2018b), *I software che registrano la durata delle telefonate nei call center sono strumenti di lavoro?*, in *RIDL*, II, 307 ss.
- Passanante L. (2017), *La prova illecita nel processo civile*, Giappichelli, Torino.
- Proia G. (2016), *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, in *RIDL*, I, 547 ss.
- Ricci M. (2016), *I controlli a distanza dei lavoratori tra istanze di revisione e flessibilità «nel» lavoro*, in *ADL*, I, 740 ss.
- Salimbeni M.T. (2015), *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risoluzione del legislatore*, in *RIDL*, I, 589 ss.
- Santoni F. (2016), *Controlli difensivi e tutela della privacy dei lavoratori*, in *GI*, n. 1, 144 ss.
- Sitzia A. (2018), *Videosorveglianza occulta, «privacy» e diritto di proprietà: la Corte Edu torna sul criterio del bilanciamento*, in *ADL*, II, 499 ss.
- Smuraglia C. (1960), *Progresso tecnico e tutela della personalità del lavoratore*, in *RGL*, I, 303 ss.
- Trojsi A. (2013), *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, Torino.
- Vigoriti V. (1968), *Prove illecite e Costituzione*, in *Rivista di diritto processuale*, I, 64 ss.
- Zoli C., Villa E. (2017), *Gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 125 ss.

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

TRIBUNALE SAVONA, 1.3.2018, ord. – Est. Coccoli – T. (avv. Maglione) c. C. di A. (avv. Barilati).

Controlli sul lavoratore – Art. 4 St. lav. – Nozione di strumento di lavoro – Nozione di adeguata informativa – Rispetto del Codice della *privacy* – Legittimità del controllo.

*È elemento essenziale della nozione di strumento di lavoro ex art. 4, c. 2, St. lav., il comune utilizzo da parte del lavoratore dello strumento stesso. Ai fini della legittimità del controllo a distanza e dell'utilizzabilità dei dati raccolti a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, ex art. 4 St. lav., è necessario che venga fornita un'informativa adeguata al lavoratore in conformità ai principi sanciti nel Codice della *privacy*. (1)*

(1) LE NUOVE REGOLE DEL CONTROLLO A DISTANZA
SULLA PRESTAZIONE LAVORATIVA

1. — Il Tribunale di Savona, nell'ordinanza in commento, si pronuncia sulla legittimità di un licenziamento per giusta causa intimato da un Comune a un suo dipendente. Il datore di lavoro addebita al lavoratore di avere elaborato e salvato in orario lavorativo sul *server* di proprietà del Comune alcuni *files*, non attinenti alla prestazione lavorativa.

Il dipendente si difende sostenendo che le prove a suo carico sono state acquisite in violazione dell'art. 4 St. lav. e che, a ogni buon conto, il fatto contestato non è di una gravità tale da giustificare il recesso. Sulla base di tali motivi il lavoratore chiede di essere reintegrato ex art. 18 St. lav., testo originario, essendo egli un dipendente pubblico.

Il giudice non ravvisa violazione dell'art. 4 St. lav.: ciononostante, giudica illegittimo il licenziamento, non ritenendo che il fatto contestato al lavoratore sia di gravità tale da giustificare la cessazione del rapporto.

L'ordinanza in commento desta interesse per due distinti motivi. Anzitutto perché consente di ricapitolare la questione del regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi adottati dai datori di lavoro pubblici, ma soprattutto perché offre spunti di riflessione sulla novella dell'art. 4 St. lav.

2. — Per quanto riguarda il primo aspetto, nella pronuncia, il giudice afferma senza incertezze l'applicabilità del testo dell'art. 18 St. lav. precedente la l. n. 92 del 2012 ai licenziamenti illegittimi adottati dalle p.a. (Conformi: Cass. 1.12.2017, n. 28891; Cass. 25.10.2017, n. 25376; Cass. 6.10.2017, n. 23424, in *FI*, 2017, I, 3298 ss.; Cass. 4.4.2017, n. 8722, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, 2017, 583 ss., con nota di Tardivo; Cass. 8.10.2016, n. 20056; Cass. 9.6.2016, n. 11868, in *RGL*, 2017, II, 78 ss., con nota di Allamprese; difformi: Cass. 4.10.2016, n. 19774; Cass. 25.11.2015, n. 24157; T. S. Maria Capua Vetere 2.4.2013, S. lav., in *RGL*, 2013, II, 662 ss., con nota di Olivieri; T. Perugia 18.1.2013, in *GC*, 2013, I, 1256 ss.) e l'applicabilità del rito speciale previsto dalla riforma Fornero per l'impugnazione dei licenziamenti intimati dalle p.a. (In tale senso: Cass. 9.6.2016, n. 11868, cit.; T. Napoli 8.8.2017; T. Trento 13.3.2013, in *GC*, 2013, I, 1254; T. Catanzaro 28.2.2013, in *GC*, 2013, I, 1255; T.

Roma 23.1.2013, in *GC*, 2013, I, 1255; T. Perugia 15.1.2013, in *LPA*, 2012, 1122 ss., con nota di Boscari, Cavallaro) (Su entrambe le questioni, vd. Boscari 2016, 1140 ss.).

Di recente, il legislatore è intervenuto in materia stabilendo, all'art. 21, d.lgs. n. 75/2017 (che ha modificato l'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001), che la sanzione per il licenziamento illegittimo di un dipendente pubblico consiste nella reintegrazione e in una indennità risarcitoria (calcolata sulla retribuzione utile al calcolo del Tfr) non superiore alle ventiquattro mensilità (dedotto l'*aliunde perceptum*) (Sulla nuova disciplina: Nicolosi 2018, 117-124).

3. — Per quanto riguarda il secondo motivo di interesse dell'ordinanza, anzitutto, merita di essere segnalata la nozione di «strumento di lavoro» adottata nella pronuncia.

È bene, in proposito, premettere che il legislatore, al c. 2 dell'art. 4 St. lav., definendo gli strumenti di lavoro come quegli «strumenti che servono per rendere la prestazione lavorativa», lascia ampi margini di incertezza sull'esatto perimetro di tale nozione.

L'Autorità garante della *privacy* (prov. n. 303 del 13.7.2016) ritiene che la disposizione si riferisca ai soli strumenti «strettamente funzionali alla prestazione lavorativa, anche sotto il profilo della sicurezza». Secondo l'Ispettorato nazionale del lavoro – di seguito, Inl – (circolare n. 2/2016), rientrano nel c. 2 gli strumenti «utilizzati in via primaria ed essenziale per l'esecuzione dell'attività lavorativa». La dottrina e il ministero del Lavoro (comunicato del 18.6.2015) in proposito precisano che nell'eccezione prevista nel c. 2 rientrano solo gli strumenti di lavoro (cioè gli strumenti utilizzati per svolgere l'attività lavorativa) e non anche le eventuali modifiche apportate agli stessi per soddisfare altre finalità (tipicamente di controllo). La dottrina ritiene infatti che tali modifiche (ad esempio, l'installazione in un PC portatile a uso del lavoratore di un'applicazione di monitoraggio delle attività svolte dall'utente) determinerebbero la riconduzione della fattispecie nel campo di applicazione del c. 1 dell'art. 4 (Maresca 2017, 18; Maio 2017, 76-77; Tullini 2017b, 106-107; Del Punta 2016, 100-101; Marazza 2016, 21-23; Alvino 2016, 24; Salimbeni 2015, 609; Sitzia 2015, 679).

Sulla nozione di strumento di lavoro, sono pochi i giudici che, dopo le modifiche dell'art. 4, hanno avuto modo di esprimersi. Il Tribunale di La Spezia 25.11.2016 (In *RGL News*, n. 1/2017, 16-17), optando per un'interpretazione estensiva, ha ritenuto che «qualsiasi strumento utilizzato dal lavoratore nel rendere la propria prestazione», anche se non imprescindibilmente necessario o utilizzato occasionalmente, rientri nell'eccezione prevista dal c. 2 dell'art. 4 St. lav. Più di recente, il Tribunale di Roma 24.3.2017 (In *DRI*, 2018, 265 ss., con nota di Gramano) ha individuato un altro aspetto utile ai fini della integrazione dell'eccezione del c. 2: la necessità dell'effettivo utilizzo «attivo» da parte del dipendente dello strumento di lavoro. A parere di quest'ultimo giudice, qualora il dipendente fosse esclusivamente soggetto passivo rispetto allo strumento (e quindi non si servisse di esso, ma semplicemente fosse controllato dallo strumento stesso), la fattispecie sarebbe da ricomprendere non nel campo di applicazione del c. 2, ma in quello del c. 1. Sull'individuazione della nozione di «strumenti che servono per rendere la prestazione lavorativa» si può perciò affermare che a oggi, anche in ragione della prossimità della modifica legislativa, i (pochi) giudici che hanno avuto occasione di decidere a riguardo abbiano espresso opinioni non coincidenti.

Il Tribunale di Savona pare fornire sul punto una interpretazione allineata con quella dell'Inl: nonostante la differente terminologia utilizzata, tra le righe dell'ordinanza in commento si afferma infatti che possono essere considerati strumenti di lavoro quelli «comunemente utilizzati dal ricorrente» per rendere la prestazione lavorativa. Il giudice sembrerebbe riservare l'eccezione prevista dall'art. 4, c. 2, St. lav. ai soli strumenti di lavoro abitualmente utilizzati dai la-

voratori, con esclusione quindi degli strumenti occasionalmente utilizzati: il che, oltre a comportare incertezze applicative di non poco conto, significa interpretare in senso restrittivo una disposizione di legge che invece genericamente si riferisce agli strumenti di lavoro.

Nel caso di specie, i *file* oggetto di controllo erano accessibili ad altri dipendenti, essendo salvati non sul PC personale del ricorrente, ma sulla rete dell'amministrazione. La mera apertura degli stessi, secondo il giudice, non integra quindi una fattispecie di controllo a distanza, con conseguente inapplicabilità dei limiti di cui all'art. 4 St. lav. Al contrario, l'ulteriore estrazione dai *file* di «metadati» effettuata dal datore di lavoro per ricavare prove del comportamento illegittimo del dipendente è invece dal giudice ritenuta configurare un controllo sullo strumento di lavoro, con conseguente necessità della preventiva informazione del lavoratore ex art. 4, c. 3, St. lav.

Dalla lettura dell'ordinanza non emerge chiaramente se l'informativa sia ritenuta necessaria soltanto ai fini dell'utilizzabilità delle prove derivanti dal controllo o anche ai fini dell'effettuazione del controllo. È pur vero che, in un passaggio dell'ordinanza, si legge che il c. 3 dell'art. 4 St. lav. troverebbe applicazione solo nel caso in cui i dati fossero «in concreto utilizzati»: ma tale fuggevole passaggio probabilmente non è sufficiente per attribuire al giudice l'adesione alla tesi, sostenuta in dottrina, secondo cui l'informativa preventiva sarebbe dovuta non per il controllo degli strumenti di lavoro, ma solo per l'utilizzo successivo dei dati attraverso di essi raccolti (Maresca 2017, 8 e 20-21). La tesi, peraltro, lascia perplessi, poiché se è vero che l'attività di controllo e il successivo utilizzo dei dati sono due operazioni concettualmente separate (Proia 2016, 562), tuttavia, non pare ragionevole ritenere che l'informativa non sia necessaria ai fini della legittimità del controllo. Infatti, l'informativa, così come sancito dal c. 3, ha la finalità di rendere edotti i lavoratori riguardo alle modalità di utilizzo degli strumenti di lavoro quali mezzi di controllo della prestazione lavorativa. Pertanto, l'informativa in questione deve essere resa ai lavoratori prima dell'effettuazione del controllo.

4. — Dall'ordinanza oggetto di commento si può ricavare un esempio di informativa ritenuta adeguata, alla luce dei principi previsti nel Codice della *privacy* (d.lgs. n. 196/2003), nella versione vigente al momento del giudizio.

Nel caso di specie, a tutti i lavoratori, compreso il ricorrente, era stato consegnato un manuale aggiornato, recante le modalità di utilizzo degli strumenti informatici. Nel manuale era specificato che le unità di rete sarebbero state oggetto di regolari attività di controllo e *backup* da parte dell'Ufficio informatica. In particolare, era previsto che i controlli dovessero essere effettuati in modo graduale, ovvero, *prima facie*, essere «di tipo generico e basati su dati aggregati e impersonali». Solo ove questi controlli non fossero stati sufficienti, il manuale precisava che gli stessi sarebbero potuti «diventare progressivamente più specifici». Quanto previsto dal manuale è conforme al principio di necessità previsto dal d.lgs. n. 196/2003, ai sensi del quale i dati personali e identificativi devono essere utilizzati solo ove non sia possibile impiegare, per il raggiungimento di un determinato scopo, dati anonimi.

Il quadro normativo è tuttavia mutato a seguito dell'approvazione del Regolamento europeo n. 2016/679, inerente alla protezione dei dati personali, e dell'emanazione del d.lgs. n. 101/2018, attuativo del suddetto Regolamento. Il decreto delegato (art. 27) ha abrogato, tra le varie disposizioni, gli artt. 3 e 11 del Codice della *privacy*, inerenti ai principi di necessità, finalità, pertinenza, proporzionalità, liceità, correttezza e non eccedenza. Pertanto, d'ora in avanti, ai fini della valutazione dell'adeguatezza dell'informativa ex art. 4, c. 3, St. lav. dovranno essere impiegati i principi, direttamente applicabili, sanciti dal Regolamento europeo in materia di

privacy. Rilevano in materia i principi previsti nell'art. 5 del medesimo Regolamento: la liceità, la correttezza, la trasparenza, la finalità, la minimizzazione dei dati, l'esattezza, la limitazione della conservazione, l'integrità e la riservatezza. In particolare, il principio di necessità presente nella previgente disciplina interna pare trovare corrispondenza nel principio di «minimizzazione dei dati» di cui al c. 1, lett. *c*, del citato art. 5, il quale impone che i dati siano adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati, oltre che in quanto disposto dall'art. 25 del citato Regolamento, ai sensi del quale il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire che siano trattati, per impostazione predefinita, solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento.

Considerando la necessità di rispettare i principi in materia di riservatezza dei dati personali, merita infine chiedersi se il controllo della prestazione lavorativa possa essere considerato un controllo avente una finalità lecita (*ex art. 5, c. 1, lett. b*, del Regolamento). La risposta, positiva o negativa, a tale quesito dipende dal significato che si attribuisce al nuovo art. 4 St. lav. In dottrina si confrontano due interpretazioni contrastanti. Vi è chi sostiene che l'art. 4 contenga ancora oggi un divieto implicito di controllo della prestazione lavorativa: da ciò deriverebbe l'ovvia conseguenza di non potere ritenere lecita la finalità di controllo della prestazione lavorativa (Nuzzo 2018, 106-107; Maresca 2017, 4; Zoli, Villa 2017, 129; Del Punta 2016, 82, 96; Ricci 2016, 740 ss.; Lambertucci 2016, 769-770; Alvino 2016, 16; T. Roma 24.3.2017, cit.). Altri, al contrario, ritengono che la mancata riproposizione del divieto assoluto di controllo a distanza, unitamente alla possibilità di poter utilizzare le informazioni raccolte a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, implichi la legittimità, pur con alcuni limiti, del controllo a distanza dell'attività lavorativa (Tullini 2017a, 15; T. Roma 13.6.2018). A parere di chi scrive, alla luce della mancata riproposizione esplicita del divieto assoluto di controllo della prestazione lavorativa e in considerazione della possibilità di utilizzare i dati raccolti *ex art. 4* per tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, la finalità di controllo della prestazione lavorativa potrebbe essere considerata oggi lecita, pur nei limiti previsti all'art. 4, cc. 1 e 3.

Riferimenti bibliografici

- Alvino I. (2016), *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in *LLI*, 1 ss.
- Boscato A. (2016), *Articolo 18 dello Statuto dei lavoratori e lavoro pubblico contrattualizzato nella mutevole giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *DRI*, 1140 ss.
- Del Punta R. (2016), *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro*, in *RIDL*, I, 77 ss.
- Lambertucci P. (2016), *La disciplina dei controlli a distanza*, in *GI*, 769 ss.
- Maio V. (2017), *Il regime delle autorizzazioni del potere di controllo del datore di lavoro ed i rapporti con l'art. 8 della legge n. 148/2011*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 61 ss.
- Marazza M. (2016), *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 300.
- Maresca A. (2017), *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 1 ss.
- Nicolosi M. (2018), *Modifiche al licenziamento disciplinare e tutele contro il licenziamento illegittimo*, in Garilli A. et al., *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la «riforma Madia»*, Cedam, Milano, 101 ss.

- Nuzzo V. (2018), *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Editoriale scientifica, Napoli.
- Proia G. (2016), *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, in *RIDL*, I, 547 ss.
- Ricci M. (2016), *I controlli a distanza dei lavoratori tra istanze di revisione e flessibilità «nel» lavoro*, in *ADL*, I, 740 ss.
- Salimbeni M.T. (2015), *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risoluzione del legislatore*, in *RIDL*, I, 559 ss.
- Sitzia A. (2015), *I controlli a distanza dopo il «Jobs Act» e la Raccomandazione R(2015)5 del Consiglio d'Europa*, in *LG*, 671 ss.
- Tullini P. (2017a), *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, in Tullini P. (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, Torino, 3 ss.
- Tullini P. (2017b), *Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione possibile?*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 97 ss.
- Zoli C., Villa E. (2017), *Gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 125 ss.

Giulia Bandelloni
Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Genova

TRIBUNALE CIVITAVECCHIA, 1.3.2018 – Est. Abrusci – G.F.M. (avv. Pallini)
c. Cai Spa (avv.ti Clementi, Navarra, Di Peio, M. Marazza, M. Marazza) e Sai
Spa (avv.ti M. Marazza, M. Marazza, De Feo).

Trasferimento di azienda – Art. 2112 c.c. – Deroghe alla disciplina della cessione di ramo di azienda – Azienda in crisi – Reintegrazione della cessionaria – Interpretazione comunitariamente conforme – Direttiva n. 2001/23.

In caso di trasferimento di azienda per il quale sia stato accertato lo stato di crisi senza finalità liquidatorie, la reintegrazione del lavoratore licenziato precedentemente alla cessione va pronunciata nei confronti del cessionario, dovendosi escludere un trasferimento solo parziale del personale, sulla base della possibilità di derogare alla disciplina dell'art. 2112 c.c. solo per quanto riguarda aspetti di disciplina e non per quanto concerne la continuità del rapporto di lavoro. (1)

(1) IL TRASFERIMENTO DELL'AZIENDA IN CRISI E I LIMITI ALLE DEROGHE
ALLE TUTELE DEI LAVORATORI

SOMMARIO: 1. Introduzione — 2.1. Il contesto normativo e giurisprudenziale — 2.2. I riferimenti al diritto dell'Unione europea — 2.3. Lo stato di crisi aziendale e la tutela dei diritti.

1. — *Introduzione* — Con la sentenza che si commenta, emessa in seguito a un ricorso per licenziamento, il Tribunale ha avuto modo di pronunciarsi circa il carattere discriminatorio di un licenziamento intimato nel caso in cui il personale licenziato coincida quasi totalmente con quello precedentemente sospeso in cassa integrazione guadagni, nonché quanto all'invalidità della clausola contrattuale che esclude il passaggio dei lavoratori reintegrati nel posto di lavoro per effetto di provvedimenti giudiziali.

L'analisi che verrà condotta verterà tuttavia sulla determinazione del giudice, che, una volta accertato il diritto alla reintegrazione, ha trasferito tale diritto in capo alla cessionaria per effetto dell'articolo 2112 c.c., intervenendo quindi in materia di trasferimento di azienda e andando ad affrontare e risolvere una serie di questioni interpretative relative alle vicende traslative dell'impresa che si trovi in uno stato di crisi aziendale, nonché alla possibilità di un passaggio solo parziale dei dipendenti nell'entità risultante dai vari procedimenti posti in essere nel corso dell'accertamento della legittimità del licenziamento, in vista della tutela dei numerosi e potenzialmente contrastanti interessi coinvolti (1) e nell'ottica di un ulteriore allineamento dell'interpretazione della normativa nazionale alle indicazioni provenienti dall'ambito comunitario.

2.1. — *Il contesto normativo e giurisprudenziale* — Vanno preliminarmente sottolineati due aspetti che hanno caratterizzato l'analisi condotta dal Tribunale: un aspetto di natura procedurale e un secondo relativo ai principali elementi relativi al concreto svolgersi della vicenda.

(1) Vallauri 2014, 345 ss.

Per quanto riguarda le valutazioni di natura procedurale, è stato possibile per il giudice esaminare nel merito la questione della reintegra sul posto di lavoro in virtù delle caratteristiche della seconda fase di giudizio relativo al licenziamento (2), che, da un lato, non consente di proporre domande diverse dall'impugnazione del licenziamento (proposte quindi già nella prima fase) o dalla qualificazione del rapporto di lavoro, e, dall'altro, fa esplicito riferimento alla possibilità di proporre domande nei confronti di tutti quei soggetti rispetto ai quali la causa risulti comune (3).

Proprio per quel che concerne infatti il contesto fattuale nel quale si sono svolte le varie vicende oggetto di causa, non è stata messa in dubbio la natura di cessionaria dell'azienda presso la quale il ricorrente richiedeva la reintegrazione (4).

È stato inoltre possibile per il giudice determinare l'esistenza dello stato di crisi aziendale, accertato in linea con la normativa vigente (5), nonostante la contestazione sul punto da parte del lavoratore e desumendolo in particolare dai decreti di concessione del trattamento straordinario di integrazione salariale per le aziende coinvolte e le loro relative articolazioni su base territoriale (6).

La regolazione delle vicende traslative delle aziende in crisi rappresenta da tempo un tema di particolare rilievo in particolare quando si consideri la circostanza che il trasferimento dell'azienda (ovvero un suo ramo) può, da un lato, scongiurare la cessazione delle attività e della produzione e, dall'altro, contribuire a garantire la conservazione dell'occupazione.

Nel caso di specie, l'elemento principale della valutazione giudiziale è risultato essere la circostanza che il trasferimento intervenuto impedisse la reintegrazione nei confronti della cessionaria (7) sulla base, in particolare, dell'accordo tra le parti sociali, che escludeva dalla prosecu-

(2) Art. 1, comma 51, l. n. 92/2012.

(3) *Ivi*: «Salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi o siano svolte nei confronti di soggetti rispetto ai quali la causa è comune o dai quali si intende essere garantiti».

(4) Va accennato come il diritto alla reintegrazione del lavoratore licenziato in seguito a una procedura di licenziamento collettivo sia derivato dall'accertamento della natura discriminatoria del licenziamento stesso. Il giudice ha avuto infatti modo di sindacare la concreta applicazione dei criteri di scelta determinati dall'autonomia collettiva, che avrebbe comportato il licenziamento in maniera assolutamente preponderante di lavoratori già collocati in cassa integrazione (vd., sul punto, Cass. 13.10.2009, n. 21697): il Tribunale ha quindi avuto modo di stabilire, sulla base di tale valutazione relativa alla discriminazione «indiretta», la nullità del licenziamento derivante dalle determinazioni dell'autonomia collettiva; il giudice ha altresì sottolineato come il datore di lavoro non abbia provveduto a dimostrare l'infungibilità delle mansioni svolte dal ricorrente rispetto a quelle svolte da altri lavoratori non coinvolti dalle procedure di licenziamento, che avrebbero potuto controbilanciare il dato emergente dal caso di specie e relativo al fatto che la quasi totalità (oltre il 90%) del personale licenziato era interessato da strumenti di integrazione salariale. Particolarmente significative appaiono, oltre al richiamo a Cass. 3.12.2015, n. 24648, quanto all'interpretazione estensiva della nozione di licenziamento, anche i richiami alla Cedu e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea per approntare una tutela rispetto a qualsiasi forma di discriminazione oltre quelle non espressamente tipizzate.

(5) La disposizione fa riferimento all'art. 2, comma 5, lettera c, della l. 12 agosto 1977, n. 675: il procedimento da seguire per la concessione del trattamento straordinario di integrazione salariale per le cause di crisi aziendale è oggi disciplinato dall'art. 25 del d.lgs. n. 148/2015, mentre i criteri da seguire per l'accertamento dello stato di crisi aziendale vengono definiti dal d.m. 18.12.2002, n. 31826, del ministero del Lavoro (come modificato dal d.m. 15.12.2004, n. 35302, dello stesso ministero del Lavoro).

(6) Decreti del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 8 settembre 2014, n. 83908 (Alitalia Compagnia aerea italiana Spa), n. 83907 (Cai Second Spa) e n. 83909 (Cai First Spa).

(7) L'effetto estintivo del licenziamento illegittimo intimato in epoca anteriore al trasferimento di azienda comporta che il rapporto di lavoro ripristinato tra le parti originarie si trasferisce, ai sensi del-

zione del rapporto di lavoro tutti i rapporti di lavoro ai quali il predetto accordo non facesse esplicitamente menzione.

Nell'ambito dei trasferimenti di azienda, il principio generale che informa la volontà del legislatore è quello di definire una particolare tutela ai lavoratori, garantendo la continuità del rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto che, in virtù di un vincolo di derivazione giuridica, sia subentrato nella titolarità del complesso dei beni aziendali.

Oltre alla centralità dell'effetto della sostituzione nella titolarità di un'attività economica (8) – che può realizzarsi attraverso una pluralità di negozi traslativi – il paradigma (9) definito dal legislatore si concentra, da un lato, sulla tutela delle situazioni individuali dei lavoratori coinvolti e, dall'altro, sulla valorizzazione dell'autonomia collettiva che consenta una effettiva valutazione (10) dei potenziali effetti del trasferimento sui rapporti di lavoro in essere nonché del rispetto delle tutele previste.

l'art. 2112 c.c., in capo al cessionario, dovendosi escludere l'applicazione della Direttiva n. 77/187, la quale prevede, sulla base dell'interpretazione della Corte di Giustizia, che i lavoratori licenziati debbano essere considerati dipendenti alla data del trasferimento, senza pregiudizio per la facoltà degli Stati membri di applicare o di introdurre disposizioni più favorevoli ai lavoratori. Vd. Cass. n. 8641/2010. Si può altresì sottolineare come, anche in caso di fallimento dell'impresa datrice di lavoro a seguito del licenziamento di un suo dipendente, quest'ultimo abbia interesse a una sentenza di reintegra nel posto di lavoro, dalla quale possono scaturire una serie di utilità, quali la ripresa del lavoro, in particolare per quel che riguarda la ripresa dell'attività a seguito di esercizio provvisorio, amministrazione da parte del fallito a seguito di concordato fallimentare o di ritorno *in bonis*, ma anche, con specifico riferimento all'argomento trattato, nell'eventualità di una cessione dell'azienda. Cass. n. 2975/2017. Vd. anche Magnani 2017, 19 ss.

(8) La tutela codicistica in oggetto è stata progressivamente ampliata (vd. d.lgs. n. 276/2003 e d.lgs. n. 251/2004), incidendo, in particolare, da un lato, sulla nozione di «trasferimento» (comprensiva d'ogni operazione di mutamento nella titolarità dell'azienda, incluse quelle determinate da un provvedimento dell'autorità pubblica o intermedie dal passaggio in capo all'originario titolare: vd. Cass. n. 13949/2003), e, dall'altro, su quella di azienda (come originariamente definita nell'ambito del diritto commerciale *ex art. 2555 c.c.*), che viene a essere configurata come una «attività economica organizzata», che risulti essere «preesistente al trasferimento» e che conservi la propria identità. Per trasferimento d'azienda deve quindi intendersi qualsiasi operazione che comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento (sul punto, vd. Cass. n. 6131/2013, che stabilisce che «il trasferimento del pacchetto azionario di maggioranza di una società di capitali non integra gli estremi del trasferimento d'azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c., in quanto non determina la sostituzione di un soggetto giuridico a un altro nella titolarità dei rapporti pregressi, ma solo modifica gli assetti azionari interni sotto il profilo della loro titolarità, ferma restando la soggettività giuridica di ogni società anche se totalmente eterodiretta». L'attività aziendale, nel corso del processo di trasferimento, conserva in ogni caso la sua identità indipendentemente dalla tipologia negoziale o dello specifico provvedimento sulla base del quale è attuato il trasferimento (e quindi anche in caso di usufrutto o di affitto di azienda, che comportano un trasferimento temporaneo), senza che assuma alcuna rilevanza il mezzo tecnico utilizzato nel perseguimento di questo scopo. L'art. 2112 c.c., inoltre, estende espressamente la disciplina dettata anche al trasferimento del ramo di azienda, ovvero sia quella parte dell'azienda che costituisca un'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata (sul punto, vd. in particolare Cass. n. 9361/2014 e Cass. n. 1456/2013): analogamente, gli obblighi d'informazione e di esame congiunto previsti dalla normativa (vedi *infra*) devono essere assolti anche quando la decisione del trasferimento è presa da altra impresa controllante.

(9) Cfr. Gaudio 2017, 3.

(10) Cass. 13.12.2013, n. 3537.

Per quanto concerne il primo aspetto, nell'ottica di tutelare il diritto dei lavoratori trasferiti a mantenere il proprio rapporto lavorativo ed evitare che il trasferimento d'azienda comporti un peggioramento del trattamento economico normativo, vengono previste la prosecuzione automatica del rapporto di lavoro dei dipendenti afferenti all'azienda con il soggetto cessionario (11) nonché il mantenimento dei termini e delle condizioni del loro rapporto di lavoro (12); per ciò che concerne invece il coinvolgimento di tutti i vari soggetti coinvolti nelle procedure traslative si definisce il necessario esperimento, in via preliminare al trasferimento, di una procedura di consultazione sindacale (13).

La deroga alla disposizione contenuta nell'art. 2112 c.c. che prevede la continuazione del rapporto di lavoro con il cessionario caratterizza in maniera decisiva la disciplina relativa alla circolazione delle aziende in crisi rispetto alle situazioni nelle quali l'impresa non si trovi in una tale «certificata» situazione di profonda difficoltà economica (14) per le quali continua a prevalere il principio dell'insensibilità dei rapporti di lavoro quanto alla vicenda traslativa.

Le tutele normalmente accordate ai lavoratori impiegati nell'azienda ceduta risultano infatti derogabili, in virtù dell'art. 47, commi 4-*bis* e 5, l. n. 428/1990, per effetto di un accordo sindacale che garantisca la salvaguardia dei livelli occupazionali, sia pure in maniera anche solo parziale (15).

Se da un lato viene quindi confermata la necessaria funzione di garanzia e tutela dei diritti dei lavoratori e delle rappresentanze di parte sindacale svolta dall'art. 2112 c.c., il che comporta che prima di dare seguito alla cessione debba essere rispettata una precisa procedura sindacale (16), di modo che l'operazione possa essere soggetta al controllo dei lavoratori interes-

(11) L'art. 2112 c.c. continua quindi a perseguire il principio dell'indifferenza delle vicende soggettive dell'impresa per i rapporti lavorativi, in particolare attraverso la conservazione dei diritti (comma 1) con specifico riferimento ai crediti verso cui cedente e cessionario sono obbligati in solido (comma 2), tramite la conservazione del trattamento da contratto collettivo (comma 3) e stabilendo il divieto di licenziamento per effetto del trasferimento (commi 1 e 4).

(12) Tuttavia, Corazza (2014, 685) evidenzia come nel contesto italiano il contenzioso in tema di tutela dei lavoratori nelle varie ipotesi di esternalizzazione abbia assunto caratteristiche peculiari, essendosi potuto assistere a un capovolgimento di interessi, in cui una disciplina pensata per tutelare i lavoratori di fronte ai mutamenti del datore di lavoro è stata utilizzata in funzione «espulsiva» dal datore di lavoro, tanto da indurre i lavoratori a impostare la propria strategia difensiva nel senso del rigetto dell'applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda ai fenomeni di esternalizzazione.

(13) Tale procedura, regolamentata dall'art. 47 della legge n. 428/1990, si basa su obblighi di tempestiva comunicazione alle rappresentanze sindacali di tutte le informazioni rilevanti in merito al trasferimento, e in particolare quanto alle conseguenze (giuridiche, economiche e sociali) del trasferimento stesso per i lavoratori nonché relativamente alle eventuali misure previste nei confronti di questi: a questa fase preliminare può aggiungersi un esame congiunto da parte del cedente e del cessionario con i soggetti sindacali che ne facciano richiesta. Vale la pena sottolineare come il mancato rispetto di tali obblighi da parte di uno degli operatori economici coinvolti nel trasferimento di azienda integra un'ipotesi di condotta antisindacale, che tuttavia rappresenta l'unica ipotesi tipicizzata che non incide sulla validità del negozio traslativo. Vd., *amplius*, Pacchiana Parravicini 2017, 442 ss.

(14) In tal senso, vale la pena sottolineare come l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 47 coincida con quello dell'art. 2112 c.c.

(15) Nella decisione della Cassazione 4.11.2014, n. 23473, viene precisato che la deroga anche *in peius* del trattamento dei lavoratori «si giustifica con lo scopo di conservare i livelli occupazionali, quando venga trasferita l'azienda di un'impresa insolvente, e si legittima con la garanzia della conclusione di un accordo collettivo idoneo a costituire norma derogatoria della fattispecie».

(16) La disapplicazione dei meccanismi di tutela previsti dall'art. 2112 c.c. risulta legittima solo a

sati (17), dall'altro, questo obiettivo viene a essere bilanciato con quello di una prosecuzione dell'attività aziendale che risulti sostenibile a livello economico e commerciale, nell'ottica di scongiurare conseguenze negative sull'intera forza lavoro derivanti dalla potenziale estinzione del processo produttivo (18).

La vicenda oggetto di causa conferma però le criticità relative ai presupposti e alle condizioni stabilite dalla normativa attualmente in vigore ai fini dell'applicazione della disciplina derogatoria (19) prevista dalla predetta disposizione, il cui dettato non appare sufficiente a risolvere le incertezze, in particolare quanto alla sua compatibilità comunitaria, emerse già in sede di originaria formulazione.

Tali problematiche sono risultate essere oggetto di valutazione da parte dei giudici comunitari (20), e hanno comportato, in ambito nazionale, una serie di interventi di modifica (21) che, rimodulando l'art. 47, permettono oggi di distinguere tra due diverse fattispecie che permettono di derogare in maniera totale (22) o parziale (23) all'applicazione della disciplina protettiva dei lavoratori nell'ambito di trasferimenti d'azienda, in quest'ultimo caso nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo (24).

In particolare, il comma 4-bis prevede formalmente, in linea con quanto previsto dall'art. 5, commi 2 e 3, della Direttiva n. 2001/23 (25), che la disciplina protettiva trovi applicazione nel caso in cui il cedente risulti essere soggetto a una delle seguenti procedure concorsuali: amministrazione straordinaria (in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività), concordato preventivo (qualora vi sia già stata la dichiarazione di apertura), accordo di ristrutturazione dei debiti (con riferimento al quale vi sia già stata l'omologazione) ovvero, come nel caso di specie, nella circostanza in cui sia stato accertato lo stato di «crisi aziendale» ai fini della concessione del trattamento straordinario di integrazione salariale.

condizione che siano stati rispettati i requisiti e limiti sostanziali e i passaggi procedurali definiti dalla previsione in oggetto.

(17) Di conseguenza, indipendentemente dalla disciplina derogatoria concretamente applicata (e dai potenziali limiti al contenuto dell'accordo di cui si dirà *infra*), il presupposto indispensabile per poter ricorrere a una delle due fattispecie normative è comunque rappresentato dalla conclusione di un accordo collettivo tra cedente, cessionario e organizzazioni sindacali. Il venir meno di tale requisito comporterà, necessariamente, l'applicazione della disciplina generale ex art. 2112 c.c. Vd. Cass. 4.11.2014, n. 23473, dalla quale si evince in maniera estremamente chiara che, al fine di poter operare la deroga delle tutele individuali, è necessario rispettare la procedura di consultazione sindacale. È possibile altresì sottolineare brevemente come tale prospettiva, che fa soggiacere anche i trasferimenti operanti nell'ambito delle procedure concorsuali all'obbligo di tale accordo collettivo, impone un requisito ulteriore, rispetto a quanto previsto dall'art. 5, par. 1, Direttiva n. 2001/23/Ce, per poter attivare l'effetto derogatorio della relativa disciplina di tutela.

(18) Vallauri 2014, 344.

(19) Cfr. Cosio 2010.

(20) In particolare per quel che riguarda l'estensione delle possibili deroghe alla disciplina protettiva, con specifico riferimento all'ipotesi di «crisi aziendale» (C. Giust. 7.12.1995, C-472/93, *Spano*, e C. Giust. 11.6.2009, C-561/07, *Commissione c. Repubblica italiana*, punti 8, 39 e 47. Cfr. Cester 2010.

(21) La nuova versione dell'art. 47 della l. n. 428/1990 è stata introdotta – all'indomani della sentenza conclusiva della procedura d'infrazione nei confronti dello Stato italiano (C. Giust. 11.6.2009, C-561/07) – dall'art. 19-*quater*, comma 1, lett. a, d.l. n. 135/2009, conv. con modif. dalla l. n. 166/2009, di recente modificata dall'art. 46-*bis*, d.l. n. 83/2012, conv. con modif. dalla l. n. 134/2012.

(22) L. n. 428/90, art. 47, comma 5.

(23) L. n. 428/90, art. 47, comma 4-*bis*.

(24) Cfr.: Serrano 2010; Marazza 2015, 22.

(25) Gaudio 2017, 21.

2.2. — *I riferimenti al diritto dell'Unione europea* — Come accennato, nella causa in oggetto, la deroga alla disposizione contenuta nell'art. 2112 c.c. sarebbe derivata dall'applicazione alla fattispecie dell'art. 47, comma 4-*bis*, l. n. 428/1990, riguardo al quale permangono una serie di dubbi quanto alla sua compatibilità comunitaria, anche a seguito delle summenzionate interazioni con il quadro regolativo e gli interventi giurisprudenziali di provenienza comunitaria (26) che hanno prodotto una significativa evoluzione della normativa nazionale in questione, pur esplicitamente intesa a riportarla nell'ambito dei limiti della normativa di natura sovranazionale (27).

La lettura della norma da parte del giudice di merito non ha quindi potuto prescindere dall'analisi della Direttiva n. 2001/23/Ce (28) e, in particolare, dei principi enunciati dalla sentenza della Corte di Giustizia 11.6.2009, C-561/07 (29), in particolare per quel che riguarda le condizioni per la derogabilità dell'art. 2112 c.c., nonché i suoi potenziali riflessi in tema di contenuto degli accordi sindacali.

Di conseguenza, la soluzione da ultimo identificata dal giudice prende in considerazione alcuni dei principali criteri desumibili da una risalente elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, che ha stabilito l'ammissibilità delle deroghe all'applicazione della normativa a tutela dei lavoratori limitandola ai soli casi in cui sussista uno stato di dissesto esplicitato e nei quali l'accordo concluso sia finalizzato al mantenimento degli accordi occupazionali (30).

In primo luogo, ad assumere rilevanza è il criterio finalistico, che implica una valutazione dell'obiettivo perseguito dal procedimento in questione e ammette limitazioni alle tutele lavoristiche solo per il caso in cui il trasferimento avvenga nell'ambito di una procedura che sia diretta alla liquidazione di beni del cedente (31).

(26) Cfr. Gaudio (2017, 5), che sottolinea (facendo esplicito riferimento a Lecce 1999) come la materia dei trasferimenti d'azienda, in generale, e quella dei trasferimenti d'azienda nell'impresa in crisi, in particolare, possano essere ritenute un osservatorio privilegiato tramite il quale valutare l'evoluzione del rapporto tra l'ordinamento europeo e nazionale, nonché le modalità di dialogo multilivello tra Corte di Giustizia e Corti nazionali. Vd. anche Vallauri 2014, 357 ss.

(27) Vallauri 2014, 357.

(28) La verifica di conformità delle due disposizioni passa, nello specifico, attraverso una verifica parallela tra l'art. 5 della Direttiva n. 2001/23 e l'art. 47, comma 5, l. n. 428/90, da un lato, e tra l'art. 5, par. 2, Direttiva n. 2001/23, e l'art. 47, comma 4-*bis*, l. n. 428/90, dall'altro.

(29) Con i quali – come accennato – il giudice comunitario ha ritenuto in contrasto con il diritto comunitario l'art. 47 della l. n. 428/90, che consentiva, in presenza di trasferimenti riguardanti aziende o unità produttive in crisi, la deroga *in toto* delle tutele individuali previste dall'art. 2112 c.c., rispetto al quale è stata in seguito disposta la soppressione del riferimento alle aziende per le quali sia accertato lo stato di crisi aziendale che aveva dato origine alla censura comunitaria.

(30) Sulle possibilità alternative all'interpretazione conforme al diritto comunitario, ovvero sia la disapplicazione da parte del giudice della norma interna contrastante con il dettato comunitario o il potenziale rinvio alla Corte costituzionale o alla Corte di Giustizia, vd. Cosio 2018, 491 ss.

(31) In linea con quanto previsto nel testo dell'art. 5 della Direttiva n. 2001/23, che distingue tra le procedure d'insolvenza che mirano alla liquidazione dei beni del cedente (al par. 1), e che hanno come loro specifico obiettivo il soddisfacimento degli interessi creditorî, e quelle che invece appaiono finalizzate alla prosecuzione dell'impresa (nello specifico al par. 2), e che non giustificano la privazione (o il sacrificio: sul punto, vd. *infra*) dei diritti dei lavoratori. Tale interpretazione è stata poi confermata anche nelle varie pronunce della Corte di Giustizia susseguite in questo ambito specifico. Cfr.: C. Giust. 7.2.1985, C-135/83, *Abels*, punto 26; C. Giust. 25.7.1991, C-362/89, *D'Urso*, punti 23-25; da ultimo, C. Giust. 22.6.2017, C-126/16, *Smallsteps*, la quale ha escluso che in caso di prosecuzione dell'attività economica da parte del cessionario possa essere ammessa la privazione dei diritti riconosciuti ai lavoratori

Nel caso di specie, non è possibile evidenziare l'apertura di una procedura fallimentare o una procedura di insolvenza analoga (in vista in particolare della liquidazione dei beni del cedente), ma l'impresa, a seguito dell'accertamento dello stato di crisi aziendale preordinato a consentire alla Cai Spa di beneficiare della cassa integrazione guadagni, risulta invece essere l'oggetto di un procedimento che, lungi dal tendere alla liquidazione dell'impresa, mira al contrario a favorire la prosecuzione della sua attività nella prospettiva di una futura ripresa (32), e non appare quindi idoneo a giustificare una limitazione parziale o totale dei diritti conferiti ai lavoratori (33).

Sulla base di questa considerazione, assume rilevanza il secondo dei criteri menzionati, ovvero quello relativo all'estensione e all'intensità del controllo da parte della pubblica autorità sulle varie fasi della procedura in oggetto: in quest'ottica, l'accertamento dello stato di crisi aziendale potrebbe essere considerato come rientrante tra le specifiche ipotesi residuali di «grave crisi economica» la cui definizione viene lasciata dalla Direttiva n. 2001/24 (34) al diritto nazionale al fine della disapplicazione della disciplina di tutela.

Tuttavia, come viene sottolineato, la discrezionalità del legislatore nazionale nella determinazione di questo elemento costitutivo non risulta essere particolarmente ampia e viene invece sottoposta a dei limiti ben definiti: è infatti necessario che le situazioni di grave crisi economica identificate dall'ordinamento vengano dichiarate da un'autorità pubblica e risultino aperte a un costante controllo giudiziario (35).

Tali elementi non risultano essere caratterizzanti per quanto riguarda l'accertamento dello stato di crisi aziendale (36), contrariamente a quanto avviene con le procedure fallimentari: ad assumere particolare rilevanza è la circostanza che il controllo giudiziale risulta essere solo eventuale – e riferito quindi a specifiche ipotesi di mancato rispetto della procedura in particolare quanto all'informazione e consultazione delle rappresentanze dei lavoratori (37) –, e non invece collegato a tutte le varie fasi del procedimento sin dalla sua apertura (38).

Ne consegue che, sulla base dei parametri stabiliti dalla normativa comunitaria e dalla relativa elaborazione giurisprudenziale, le caratteristiche della disciplina interna implicano che le ipotesi di disapplicazione dell'art. 2112 c.c. possano riferirsi esclusivamente alle procedure di natura liquidatoria, mentre il dettato del comma 4-*bis* disciplina ogni altra situazione di azienda in stato di crisi.

dalla Direttiva n. 2001/23, in particolare sulla base della necessità di soddisfare i creditori. Nei casi di prosecuzione dell'attività economica, infatti, gli interessi dei creditori vengono a essere maggiormente soddisfatti attraverso una cessione del complesso aziendale che risulti economicamente vantaggiosa. Vallauri 2018, 150.

(32) Perrino 2007. Vd. anche Vallauri 2014, 358 ss. Cfr. C. Giust. 7.12.1995, C-472/93, *Spano*, punto 28.

(33) C. Giust. 25.7.1991, C-362/89, cit., punto 32.

(34) Direttiva n. 2001/23, art. 5, par. 1.

(35) C. Giust. 11.6.2009, C-561/07, cit., punto 47.

(36) Vd. Preteroti 2018, 438.

(37) Cfr. l'art. 9 della Direttiva n. 2001/23, che prescrive agli Stati di introdurre nei rispettivi ordinamenti un'adeguata tutela giurisdizionale azionabile qualora i lavoratori e/o i loro rappresentanti «si ritengano lesi dall'inosservanza degli obblighi» dettati dalla direttiva stessa. In linea con tale disposizione, l'art. 47 della l. n. 428 qualifica il mancato assolvimento degli obblighi di cui ai commi 1 e 2 della predetta legge quale condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28 della l. n. 300/1970.

(38) C. Giust. 7.12.1995, C-472/93, cit., punto 29.

In linea con le numerose decisioni (39) intervenute sul tema del trasferimento d'azienda, e con specifico riferimento alle vicende del settore aeronautico italiano, viene confermata la funzione generale di garanzia e tutela dei diritti dei lavoratori dell'art. 2112 c.c. (40); tale interpretazione della norma comporta la definizione di una disciplina nettamente diversa sulla base delle specifiche finalità liquidative o di risanamento/conservative delle procedure che coinvolgono l'azienda in crisi.

Tale distinzione può implicare significative conseguenze sul possibile contenuto dell'accordo derogatorio del comma 4-*bis*: la conclusione del giudice di merito procede nel senso che «è possibile che le parti sociali prevedano deroghe alle (sole) disposizioni contenute nell'art. 2112 c.c. che non costituiscono recepimento delle garanzie imposte dagli artt. 3 e 4 della Direttiva n. 2001/23, ma dettano regole che il legislatore comunitario ha lasciato alla valutazione discrezionale degli Stati membri», con la conseguente nullità della clausola volta a escludere la prosecuzione con la società cessionaria di rapporti di lavoro diversi da quelli espressamente ricompresi, che viene sostituita di diritto dalla norma imperativa.

2.3. — *Lo stato di crisi aziendale e la tutela dei diritti* — Posto che è possibile ammettere deroghe ai principi di automatica continuazione dei rapporti di lavoro in capo al cessionario solo nell'ambito delle procedure liquidative e ferma restando la necessità del raggiungimento di un accordo, la determinazione dei precisi termini e limiti di applicazione che modulino l'applicazione delle garanzie dell'art. 2112 c.c. rimane affidata alle parti coinvolte: la formulazione della norma non lascia intendere quali siano in concreto i diritti individuali dei lavoratori che possono venir meno a seguito di tale accordo (41), i cui spazi di operatività risultano però particolarmente limitati.

Oltre alla garanzia della continuità occupazionale derivante dal divieto di licenziamento determinato in maniera esclusiva dal trasferimento di azienda da parte del cedente e del cessionario, tale interpretazione sembra porre ulteriori limitazioni alla possibilità di prevedere modifiche alle condizioni di lavoro, attraverso l'applicazione alle procedure conservative della regola per cui il cessionario deve mantenere le condizioni di lavoro in essere.

L'espressione «mantenimento, anche parziale, dell'occupazione» risulterebbe in particolare priva di un contenuto precettivo effettivo nell'ambito delle procedure non liquidatorie, posto che, nei casi previsti dal comma 4-*bis*, la circostanza per cui l'accordo con il sindacato debba garantire la continuazione dei rapporti di lavoro con il cessionario rende la condizione *de qua* sempre soddisfatta (42).

A confermare tale opzione interpretativa contribuisce anche la circostanza che, per lo specifico caso delle procedure liquidatorie di cui all'art. 47, comma 5, della l. n. 428/1990, venga previsto che l'accordo sindacale possa prevedere che il trasferimento non riguardi il personale eccedentario e che quest'ultimo continui a rimanere, in tutto o in parte, alle dipendenze del cedente, con la conseguenza che il mantenimento dell'occupazione sarebbe quindi da intendersi come un elemento distinto e ulteriore rispetto alle possibilità o divieti riguardanti le limitazioni della forza lavoro.

(39) Per una diversa interpretazione, cfr. T. Roma 27.5.2015, ord., in *il giuslavorista.it*, 11 settembre.

(40) T. Milano 15.10.2015, in *Wikilabour*; T. Roma 15.1.2016, ord., in *www.europeanrights.eu*; T. Milano 6.6.2016 e T. Milano 5.9.2016, in *Pluris*.

(41) Preteroti 2018, 443.

(42) Gaudio 2017, 29.

Permangono dei dubbi, quindi, circa il possibile contenuto residuale del potere derogatorio dell'accordo raggiunto nell'ambito delle procedure di consultazione in particolare per quanto concerne due specifiche ipotesi. In primo luogo, va evidenziato come la possibilità di escludere la responsabilità solidale per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento (43) appare specificamente connessa alle ipotesi di procedure concorsuali non liquidatorie, ma comunque soggette al controllo dell'autorità pubblica competente, *ex art. 5, par. 2, Direttiva n. 2001/23* (44).

Per ciò che concerne poi le possibili modifiche peggiorative inerenti alle condizioni di lavoro o che comportino un sacrificio dei diritti fondamentali, è possibile ipotizzare interventi sostanzialmente marginali, circoscritti all'ambito delle materie disponibili dalle parti dell'accordo collettivo, dovendosi escludere ipotesi che consentano invece alle parti di operare mutamenti maggiormente significativi riguardanti in particolare l'anzianità di servizio dei lavoratori trasferiti, il loro inquadramento o le mansioni loro assegnate (45).

Dall'analisi condotta emerge che le opzioni a disposizione delle parti coinvolte nei procedimenti traslativi dell'azienda con riferimento alle procedure non liquidatorie e all'ipotesi di «crisi aziendale» di cui all'art. 47, comma 4-*bis*, l. n. 428 del 1990, e le possibilità di deroga dalla disciplina legale siano allo stato attuale estremamente limitate, facendo prevalere quindi la tutela dei livelli occupazionali e del mantenimento delle condizioni di lavoro rispetto alla valorizzazione del ruolo del sindacato nel ricercare la migliore sintesi delle varie istanze coinvolte con le esigenze tecnico-produttive ed economiche dell'impresa (46).

Appare in ogni caso possibile il ricorso a definizioni e rinunce individuali con i lavoratori nelle forme di cui agli accordi *ex artt. 410 e 411 c.p.c.*, che rappresentano il necessario strumento attraverso il quale incidere sui diritti assicurati al lavoratore dai commi 1 e 2 dell'art. 2112 c.c. nella fattispecie specifica del concordato preventivo con continuità aziendale (47) o tramite meccanismi come quello delle conciliazioni individuali plurime *ex art. 2113 c.c.* che comportino la rinuncia del lavoratore a proseguire il rapporto di lavoro con il cessionario (48).

(43) Vd. anche T. Milano 6.6.2016, cit.

(44) Cfr. Gaudio 2017, 26.

(45) Preteroti 2018, 443.

(46) Pizzoferrato 2004, 160.

(47) Sul punto, vd. T. Padova 27.3.2014, in *ilcaso.it*, in particolare laddove si conferma che l'accordo stipulato con le organizzazioni sindacali ai sensi dell'art. 47, comma 4-*bis*, lett. *b-bis*, l. n. 428, diversamente dall'accordo sindacale raggiunto ai sensi del comma 5 del medesimo art. 47, non possa affatto incidere né sulla continuazione del rapporto di lavoro, né sulla solidarietà tra cedente e cessionario previsti all'art. 2112, commi 1 e 2, c.c. (per i quali risulta appunto necessario l'accordo stipulato con il singolo lavoratore interessato), mentre la deroga all'art. 2112 c.c. consentita dal comma 4-*bis*, lett. *b-bis*, possa riguardare e incidere esclusivamente sulle modalità del rapporto di lavoro. La questione dell'efficacia soggettiva degli accordi collettivi rimane in ogni caso dibattuta in dottrina e tende a rappresentare un elemento disincentivante rispetto all'uso dello strumento, stante le attuali ambiguità e incertezze quanto all'applicazione degli specifici requisiti e presupposti nelle varie situazioni di difficoltà economica e crisi aziendale. Vallauri 2014, 349-352.

(48) Vd. Cass. 26.5.2014, n. 11723.

Riferimenti bibliografici

- Cester C. (2010), *Due recenti pronunzie 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'inadempiamento alla stessa da parte dello Stato italiano nelle ipotesi di deroga per crisi aziendale*, in *RIDL*, I, 236 ss.
- Corazza L. (2014), *L'equivoco delle esternalizzazioni italiane smascherate dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *RIDL*, II, 684 ss.
- Cosio R. (2010), *Il trasferimento della impresa in crisi: nell'art. 19-quater del d.l. n. 135/2009 conv. in l. n. 166/2009*, in *LG*, 2011, I, 77 ss.
- Cosio R. (2018), *Il trasferimento dell'impresa in crisi nell'ordinamento complesso*, in *RIDL*, I, 477 ss.
- Gaudio G. (2017), *Trasferimento d'azienda e crisi d'impresa: una eterogenesi dei fini da parte del legislatore italiano?*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 347.
- Leccese V. (1999), *Giudici italiani e Corte di Giustizia: un dialogo a più velocità?*, in *DLRI*, I, n. 81, 65 ss.
- Magnani M. (2017), *Crisi d'impresa tra diritto del lavoro e mercato*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 348.
- Marazza M. (2015), *La disciplina (speciale) del rapporto di lavoro nell'impresa insolvente*, in Marazza M., Garofalo D. (a cura di), *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, Giappichelli Torino, 107 ss.
- Orlandini G. (2004), *Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, in *DLRI*, 598 ss.
- Pacchiana Parravicini G. (2017), *Le complesse vicende del contratto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, in *DLM*, n. 2, 429 ss.
- Perrino A.M. (2007), *Le deroghe alle tutele dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda d'imprenditore in crisi o insolvente*, in *FI*, I, 2157 ss.
- Pizzoferrato P. (2004), *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi*, in *Aa.Vv.*, *Il trasferimento d'azienda*, in *QDLRI*, 159 ss.
- Preteroti A. (2018), *Il principio di continuità dei rapporti di lavoro nella disciplina del trasferimento d'azienda in crisi*, in *RIDL*, I, 437 ss.
- Serrano M.L. (2010), *Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?*, in *RGL*, I, 330 ss.
- Vallauri M.L. (2014), *Lavoratori e trasferimento di ramo nell'impresa in crisi*, in Aimo M., Izzi D. (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 342 ss.
- Vallauri M.L. (2018), *La Corte di Giustizia torna sulle condizioni per la disapplicazione delle tutele in caso di trasferimento d'impresa soggetta a procedura concorsuale*, in *RIDL*, n. 1, III, 148 ss.

Stefano Guadagno
Dottore di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Milano

TRIBUNALE PARMA, 12.2.2018 – Est. Orlandi – Esselunga Spa (avv. X.Y.) c. A.S. (avv. Y.Z.).

Licenziamento individuale – Licenziamento per giusta causa a seguito di contestazione disciplinare – Diritto di critica – Attività sindacale – Illegittimità del licenziamento – Sussiste.

Costituisce legittimo esercizio del diritto di critica e di libertà sindacale la pubblicazione sul proprio profilo Facebook di affermazioni anche dai contenuti particolarmente aspri, quando esse siano un commento a dei post di un partito politico relativi a una specifica iniziativa legislativa regionale che coinvolge anche il proprio datore di lavoro. Né il linguaggio utilizzato può essere considerato indice di insubordinazione, rientrando, al contrario, nella legittima modalità di manifestare la propria volontà di combattere sul piano politico-sindacale determinate attività ritenute lesive dei diritti dei lavoratori in generale. Deve, pertanto, considerarsi illegittimo il licenziamento comminato dalla società datrice all'autore della pubblicazione su Facebook per insussistenza di qualsiasi profilo disciplinare. (1)

(1) ANCORA SUI CONFINI DEL DIRITTO DI CRITICA DEL LAVORATORE

1. — Con la decisione in commento, il Tribunale di Parma rimarca il perimetro del diritto di critica del lavoratore, così come individuato dalla giurisprudenza in materia.

Il fatto alla base della causa consiste nella pubblicazione, da parte di un lavoratore impiegato nella grande distribuzione, sul proprio profilo Facebook, della seguente affermazione: «È un'offesa ai lavoratori che lavorano la domenica!! Tanto meritate solo disprezzo egregi padroni, ci costringete a lavorare di domenica con dei discorsi che sanno di ricatto. Anzi li costringete!».

Il datore di lavoro, ritenendo contraria a lealtà, correttezza e buona fede tale condotta, aveva elevato contestazione disciplinare adottando la successiva sanzione espulsiva.

Col provvedimento in questione, emesso *ex art. 1, c. 57, della l. n. 92/2012*, il giudice, riformando il precedente decreto favorevole al datore, ha dichiarato illegittimo il licenziamento intimato per insussistenza del fatto contestato. Conseguentemente ha ordinato, *ex art. 18 St. lav.*, il reintegro del lavoratore nel proprio posto di lavoro.

In primis, la motivazione evidenzia che «le affermazioni contestate al lavoratore non hanno natura diffamatoria, ma devono essere ascritte alla sfera della legittima critica sindacale», in quanto a «commento di un *post* della pagina Facebook del Movimento 5 Stelle Emilia Romagna, condiviso sulla propria bacheca, concernente l'annuncio della presentazione di un atto da parte di un consigliere regionale del M5S finalizzato a frenare la liberalizzazione degli orari di apertura dei negozi. Le frasi in questione costituiscono quindi il commento a un *post* che riportava un'iniziativa di politica legislativa in via di promozione, all'epoca, da parte di un esponente di un movimento politico».

In secondo luogo, si sottolinea «la formulazione testuale delle espressioni contestate che sono riportate al plurale»; il lavoratore, cioè, «indirizza il commento genericamente ai “padroni”, termine sovente utilizzato ancora adesso, sebbene non con la stessa frequenza di un passato non

così remoto, per indicare i datori di lavoro, controparte contrattuale dei lavoratori nell'ambito della dialettica sindacale».

Conclude, pertanto, il giudicante: «Orbene, nel caso di specie il linguaggio, pur aspro e polemico, non è indirizzato specificatamente nei confronti del datore di lavoro e non si traduce in un'inutile e gratuita aggressione nei confronti di quest'ultimo. Alla luce di tali motivazioni, il *post* scritto dal ricorrente sulla sua pagina Facebook, in quanto manifestazione del diritto di critica politico/sindacale tutelato dalla Costituzione, non può quindi ritenersi né giuridicamente diffamatorio né genericamente lesivo dei valori aziendali e dei principi di correttezza e buona fede nella relazione contrattuale, così come espliciti nelle disposizioni aziendali riguardanti i *social media*. Il fatto contestato a parte ricorrente non appare quindi connotato dal carattere dell'antigiuridicità e non può assumere, conseguentemente, alcuna rilevanza sul piano disciplinare».

Non di secondaria importanza è la puntualizzazione sul «progressivo mutamento del linguaggio – soprattutto a causa dell'intervenuta influenza del mezzo televisivo dapprima e dei *social network* poi –, che è divenuto sempre più disinvolto e aggressivo nei rapporti politico-sindacali», senza che ciò, tuttavia, possa costituire una limitazione al diritto di critica.

Partendo dal riferimento alla copertura costituzionale del diritto di critica effettuato in sentenza, occorre ribadire che esso costituisce specificazione del diritto fondamentale a manifestare liberamente il proprio pensiero (art. 21 Cost.). La sua definizione è avvenuta progressivamente per via giurisprudenziale (Cass. 25.2.1986, n. 1173, in *NGL*, 1986, 18 ss.), sul modello del diritto di cronaca giornalistica (Cass. 18.10.1984, n. 5259, S. I civ., in *FI*, 1984, I, 2711 ss.), in quanto entrambi riconducibili all'art. 21 Cost.

Due sono gli ordini di limiti alla estrinsecazione di tale diritto. Il primo, quello dei cd. «limiti esterni», è costituito dai diritti della personalità, i quali operano come rete di contemperamento al diritto di critica (Bettini 2008): questo cioè può essere esercitato, ma in accordo 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, 1508 ss.). Il secondo – quello dei cd. «limiti interni» – è direttamente derivato dal diritto di cronaca: veridicità dei contenuti (continenza sostanziale), sussistenza di un interesse rilevante (continenza materiale), adeguatezza delle espressioni usate (continenza formale).

Pur consapevole della comune matrice costituzionale, non è mancata dottrina che ha messo in dubbio la correttezza di una tale ricostruzione (Inglese 2014, Agnino 2013) ritenendo decisiva la differenza, sul piano ontologico, tra critica e cronaca.

Sotto un primo aspetto, 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: essa, in pratica si manifesta come un attacco nel senso che ha come fine quello di creare una contrapposizione e di sottolineare o rendere conosciuti errori o inadeguatezze altrui.

Sotto un secondo aspetto, quello più propriamente soggettivo, gli obblighi di diligenza e collaborazione nei confronti del proprio datore di lavoro gravanti sul lavoratore che manifesta la propria critica non sussistono in capo al giornalista nello svolgimento del proprio mestiere di informare.

Progressivamente nel tempo, anche la giurisprudenza 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. 5.3.2004, n. 19334, S. V pen., in *DG*, 2004, n. 27, 97 ss.). Lo stesso vale 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, proprio perché non neutra esposizione di fatti, 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. 6.11.2001, n. 13685, S. III civ., in *MGI*, 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, con 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 evidente 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 *MGI*, 2002, 2625 ss.; T. Ascoli Piceno 11.5.2009, 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.).

Ad esempio, la giurisprudenza ha ritenuto esente da responsabilità il sindacalista che aveva accusato il datore di essere un «mascalzone» (Cass. 5, 25.9.2013, n. 46242, S. pen., in *D&G online*, 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 *MGI*, 2002, 2625 ss.) 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 commento si uniforma a tale tradizione giurisprudenziale nel riconoscere le affermazioni legittime, non diffamatorie nei confronti del datore e, dunque, irrilevanti sotto il profilo disciplinare della condotta contestata al lavoratore.

Ciò in forza della contestualizzazione di tali affermazioni, inserite appunto in un *post* Facebook di un movimento politico che illustrava una iniziativa di legge regionale riguardante proprio gli orari di apertura delle aziende della grande distribuzione: settore nel quale il lavoratore ricorrente era impiegato.

Pertanto, anche nel caso di specie, i giudici hanno operato il bilanciamento tra il diritto di critica sindacale del lavoratore, 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, te-

nendo in debito conto il contesto in cui esse sono state esternate (Cass. 26.4.2016, n. 8236, e Cass. 11.5.2016, n. 9635, in *GI*, 2017, n. 1, 144 ss.; Cass. 9.2.2017, n. 3484, in *RGL*, 2017, n. 3, II, 388 ss.).

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 del licenziamento irrogato per insussistenza dell'addebito disciplinare.

Il lavoratore, quindi, ha visto riconoscersi il reintegro nel proprio posto di lavoro difforme da quanto deciso dal Tribunale di Parma con la decisione opposta.

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 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 nel vigente Statuto dei lavoratori, in cui all'art. 1 si sancisce la libertà di manifestazione del pensiero nei luoghi di lavoro senza ulteriori specificazioni.

Ciò, come detto, è dovuto fondamentalmente al fatto che il diritto di critica è frutto della elaborazione giurisprudenziale.

Tuttavia, un riscontro lessicale al processo di autonoma definizione del diritto di critica da quello di cronaca sembra ritrovarsi nell'art. 6 della «Carta dei diritti universali del lavoro. Nuovo Statuto di tutte le lavoratrici e di tutti i lavoratori» attualmente in discussione in Parlamento (Proposta di legge A.C. n. 4064).

In tale norma, a differenza di quanto sancito nell'art. 1 dell'attuale Statuto, non solo viene garantita la libertà di manifestazione del pensiero a tutti i lavoratori, sia autonomi che subordinati, ma viene anche espressamente stabilito che tale libertà «comprende quella di contribuire alla cronaca, nel rispetto del segreto aziendale, e alla critica relativa al contesto lavorativo e alla attività in esso svolta».

Espressamente distinguendo la cronaca dalla critica, senza tuttavia fornire una definizione dell'una e dell'altra, la proposta di legge sembra aver recepito il percorso della giurisprudenza quanto meno con riguardo all'autonoma dimensione attribuita alla seconda rispetto alla prima.

Con ciò sottolineando, per conseguenza, le peculiarità che la libertà di manifestazione del pensiero assume quando sia esercitata nel contesto lavorativo in una prospettiva di superamento dello schema, dimostratosi inadeguato, della cd. «sentenza decalogo» Cass. 18.10.1984, n. 5259, cit.

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
*Dottore di ricerca in Diritto costituzionale
presso l'Università di Parma*

TRIBUNALE PADOVA, 22.1.2018, S. I lav., ord. – Est. Dallacasa – D.C.M. (avv.ti Miazzi, Nardacchione, Rossi) c. Vodafone Italia Spa (avv.ti Scarpino, Tofacchi, Zuin).

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

I controlli difensivi sull'attività lavorativa del dipendente, in assenza delle garanzie procedurali previste dall'art. 4 St. lav., sono ammissibili solo in presenza di obiettivi e specifici indizi di un comportamento illecito del dipendente in danno del datore di lavoro o per il quale possa essere chiamato a rispondere lo stesso datore, reperiti aliunde e che non possano desumersi dagli stessi controlli a distanza. Al di fuori di tale ipotesi, devono escludersi, ai sensi del nuovo art. 4 St. lav., la liceità dei controlli e l'utilizzabilità dei dati raccolti anche ai fini disciplinari, in assenza della preventiva informazione al dipendente circa le modalità e gli strumenti di controllo, nonché del rispetto delle prescrizioni di cui al d.lgs. n. 196/2003. (1)

(1) SULLA LEGITTIMITÀ DEI CONTROLLI «DIFENSIVI» DEL DATORE DI LAVORO

SOMMARIO: 1. Il caso. — 2. La tipizzazione dei controlli difensivi nell'evoluzione normativo-giurisprudenziale dell'art. 4 St. lav. — 3. La residuale operatività dei controlli difensivi in assenza delle garanzie procedurali statutarie. — 3.1. La posizione della recente giurisprudenza di legittimità sui controlli atipici. — 3.2. I nuovi spunti interpretativi forniti dall'ordinanza del Tribunale di Padova. — 4. Le possibili ricadute applicative del Regolamento (Ue) n. 2016/679 sul tema del controllo a distanza.

1. — *Il caso* — Il provvedimento in commento esamina la legittimità di talune forme di controllo datoriale sull'attività lavorativa esercitate in assenza delle garanzie previste dal novellato art. 4 St. lav. e, contestualmente, l'utilizzabilità, ai fini disciplinari, dei dati raccolti all'esito dei predetti controlli.

Nel caso di specie, la lavoratrice di un'azienda di telefonia, con mansioni di operatore telefonico di *call center*, veniva licenziata a seguito di un procedimento disciplinare in cui le veniva addebitata l'illecita ricerca e visualizzazione del registro chiamate di due utenze telefoniche, senza che gli intestatari delle stesse avessero avanzato una specifica richiesta. Per effettuare tali operazioni la dipendente aveva utilizzato una *password* personale e i propri dati biometrici; il datore di lavoro era munito di un sistema di controllo capace di tracciare gli accessi effettuati dalla lavoratrice e associarli a quest'ultima.

La dipendente impugnava prontamente il recesso datoriale, contestando principalmente che i dati raccolti e posti a base della contestazione disciplinare erano stati acquisiti mediante delle forme di controllo indebite.

E invero, nel corso dell'istruttoria del procedimento giudiziario, non emergeva con chiarezza se le forme di controllo attivate fossero state realizzate mediante sistemi e applicativi informatici normalmente utilizzati dalla dipendente per lo svolgimento della sua prestazione lavora-

tiva ovvero con altri strumenti detenuti esclusivamente dal datore e dedicati al monitoraggio anche dell'attività lavorativa. Inoltre, sempre all'esito degli accertamenti giudiziari, risultava che la forma di controllo in contestazione non era stata regolamentata da alcun accordo intercorso con le organizzazioni sindacali né autorizzata dal competente Ispettorato del lavoro, come espressamente previsto dalle attuali prescrizioni dell'art. 4 St. lav.

Orbene, il controllo sull'attività della lavoratrice veniva qualificato, dalla stessa società datrice di lavoro, come di carattere cd. «difensivo», essendo scaturito da talune non precisate segnalazioni provenienti dalla Procura della Repubblica.

Tale qualificazione conferiva così al controllo effettuato un fine esclusivo: la censura di condotte illecite da parte del lavoratore (1). La legittimità del controllo e la meritevolezza dello scopo sotteso allo stesso sono state, per l'appunto, oggetto di cognizione da parte dell'autorità giudiziaria in commento.

2. — *La tipizzazione dei controlli difensivi nell'evoluzione normativo-giurisprudenziale dell'art. 4 St. lav.* — Il Tribunale di Padova si è interrogato sull'annoso bilanciamento in tema di attività di controllo tra le garanzie, entrambe costituzionalmente protette, volte a salvaguardare da un lato la dignità e la libertà del lavoratore nello svolgimento della sua prestazione, dall'altro il libero esercizio dell'attività imprenditoriale. L'anodino equilibrio tra le libertà delle parti contrattuali nell'ambito del rapporto di lavoro viene astrattamente alterato da un ulteriore fine posto a base dell'attività di controllo, ossia la repressione di condotte illegittime del dipendente, per lo più di natura extracontrattuale. Tali peculiari controlli comunemente noti come «difensivi» hanno da sempre occupato la giurisprudenza e, con l'introduzione dell'art. 23 del decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 151, il quale ha novellato l'art. 4 St. lav., hanno finalmente trovato riconoscimento legislativo nell'ordinamento (2).

Durante la vigenza del vecchio testo dell'art. 4 St. lav. si era avvertita l'esigenza di conferire il crisma della giuridicità a dei controlli posti in essere dal datore non per monitorare l'attività lavorativa, ma per accertare lo svolgimento di attività illecite poste in essere dal dipendente, anche non necessariamente connesse al rapporto contrattuale (3).

Tali forme di controllo, scaturenti dalla libertà di difesa del datore, in principio non rientrano negli schemi tipici regolamentati dall'originario testo dell'art. 4 e dalle altre norme statutarie disciplinanti le ulteriori forme del potere di controllo datoriale (4).

L'art. 4 dello Statuto, nella sua versione originaria, si attestava sulla contrapposizione tra un divieto assoluto di utilizzo di strumenti finalizzati al controllo a distanza dell'attività lavorativa e un divieto relativo di controllo, temperato da esigenze organizzative e produttive o dalla sicurezza del lavoro e sottoposto al vaglio negoziale delle rappresentanze sindacali ovvero, in assenza di accordo sindacale, all'esame dell'autorità amministrativa.

(1) L'esclusività dello scopo di tale forma di controllo viene affermata da Salimbeni 2017, 819.

(2) Sulla nuova versione della norma si rimanda ai contributi dottrinali di Levi 2013, 1 ss.; Levi 2016, 1 ss.; Maresca 2016, 516 ss., e Proia 2016, 547 ss.

(3) Per una ricostruzione dell'istituto vd. Barraco, Sitizia 2010, 991 ss.; Salazar, Faila 2017, 159 ss.; Recchia 2017, 346 ss.; Marazza 2017, 27 ss.

(4) Cass. 14.7.2001, n. 9576, in *NGL*, 2002, 34 ss., nonché Cass. 2.4.2002, n. 4746, in *RGL*, 2003, n. 1, II, 71 ss., con nota di D'Arcangelo. Anche la Sezione penale della Suprema Corte giungeva a un approdo similare: Cass. 8.10.1985, n. 8687, S. pen., in *OGI*, 1986, 318 ss., e Cass. 18.3.2010, n. 20722, S. pen., in *DRI*, 2010, 1153 ss., con nota di Dossi.

È evidente che la nascente giurisprudenza formatasi in tema di controlli difensivi rischiava di svuotare di contenuto le garanzie di cui all'art. 4 St. lav., rendendo il meccanismo concepito dal legislatore statutario obsoleto (5). Infatti, legittimare tali forme di controllo (che in via incidentale o diretta potevano monitorare lo svolgimento della prestazione lavorativa), senza attuare le prescrizioni allora dettate dalla norma statutaria, significava rendere ammissibile qualsivoglia controllo assertivamente difensivo se all'esito dello stesso fosse emersa la commissione di un illecito. Viceversa, il controllo sarebbe stato indebito se i dati raccolti dopo il monitoraggio non avessero riscontrato alcuna anomalia. In questi termini, però, ogni tipo di controllo poteva divenire astrattamente difensivo, rinviando il giudizio sulla sua legittimità solo *ex post*, all'esito dell'effettuazione del controllo (6).

Le possibili anomalie operative venivano colte anche dalla dottrina, la quale riteneva che i controlli difensivi non potevano costituire una *species* estranea allo Statuto, essendo riconducibili comunque all'area dei controlli preterintenzionali sull'attività lavorativa dei dipendenti (7).

L'aporia rilevata ha indotto la giurisprudenza, sulla scia delle critiche proposte dalla dottrina (8), a riconsiderare l'operatività dei controlli difensivi, riconducendoli anch'essi nell'alveo dell'art. 4 St. lav. e ancorandoli ai meccanismi di tutela esistenti per la generalità dei controlli a distanza. Il mutamento giurisprudenziale si fondava sul principio giuridico secondo cui l'esigenza di evitare condotte illecite da parte dei dipendenti non poteva assumere una portata tale da sottrarre agli stessi ogni forma di garanzia di libertà e riservatezza; la repressione di un illecito, quindi, non era in grado di derogare l'allora meccanismo di tutela predisposto dall'art. 4 nell'ipotesi in cui i controlli avessero a oggetto l'esatto adempimento dell'obbligazione lavorativa (9).

Secondo quest'ultimo orientamento, residuava una libertà incondizionata in capo al datore di lavoro di porre in essere controlli a distanza di carattere difensivo quando l'oggetto del controllo non investiva l'attività lavorativa ovvero il monitoraggio non era effettuato direttamente dal datore (10).

Gli approdi giurisprudenziali poc'anzi illustrati si sono sviluppati ovviamente sotto l'egida delle precedenti prescrizioni normative dell'art. 4 St. lav.

L'intervento riformatore, con la nuova formulazione dell'art. 4 della l. n. 300/1970, potrebbe fornire definitivamente un'adeguata soluzione al dibattito giurisprudenziale nazionale sorto nell'ambito dei cd. «controlli difensivi».

L'inserimento, tra le esigenze che giustificano i controlli a distanza dell'attività lavorativa,

(5) Sull'adeguatezza dell'art. 4 dello Statuto, nella sua versione originaria, a fronteggiare le nuove forme di controllo dell'attività lavorativa si veda Zoli 2009, 485 ss. Più recentemente, sempre Zoli (2016, 636 ss.) e Del Punta (2016, 77 ss.) hanno proposto per una marcata obsolescenza del vecchio art. 4 St. lav. rispetto alle nuove tecnologie.

(6) Cfr. Miscione 2013, 761 ss., nonché De Luca Tamajo 2002, 27.

(7) Tullini 2009, 329, nonché Bellavista 2010, 462.

(8) In questo senso Alvino 2016, 13, e Gamba 2016, 136.

(9) Cass. 17.7.2007, n. 15892, in *RGL*, 2008, II, 358 ss., con nota di Bellavista; Cass. 23.2.2010, n. 4375, in *RGL*, 2010, n. 3, II, 462 ss., con nota di Bellavista; Cass. 23.2.2012, n. 2722, in *RGL*, 2012, n. 4, II, 740 ss., con nota di Golisano; Cass. 8.11.2016, n. 226662, in *LG*, 2017, n. 4, 346 ss.

(10) Cass. 2.5.2017, n. 10636, in *LG*, 2017, n. 10, 863 ss., con nota di Silvestri; Cass. 9.11.2016, n. 9904, in *Pianeta lavoro e tributi*, 2016, n. 23, 55 ss., con nota di Gentile; Cass. 9.2.2016, n. 2531, in *MGL*, 2016, n. 5, 299 ss., nonché, seppur analizzando dei profili di responsabilità penale, Cass. 8.5.2017, n. 22148, S. pen., in *Pianeta lavoro e tributi*, 2017, n. 23, 50 ss., con nota di Putaturo.

della tutela del patrimonio aziendale sembra aver dato piena legittimità ai controlli difensivi, sottoponendoli alle prescrizioni dell'art. 4 St. lav. nella sua nuova formulazione: l'accordo sindacale o, in mancanza, l'autorizzazione amministrativa e le informazioni ai lavoratori. Di conseguenza, la portata innovativa della norma si riscontra proprio nell'aver inserito, tra le ragioni legittimanti l'attività di controllo, la «tutela del patrimonio aziendale».

Il patrimonio aziendale è stato concepito nella *mens legis* quale ipotetico contrattare alla persona del lavoratore nell'operazione di bilanciamento cui mira la norma statutaria; esso non viene inteso solo in senso materiale, ma anche in senso immateriale, ricomprendendosi al suo interno anche immagini, *know-how*, brevetti e tutto ciò che può essere inteso come funzionale allo svolgimento dell'attività produttiva (11).

È evidente che aver annoverato tra i filtri giustificativi di cui al comma 1 dell'art. 4 St. lav. il patrimonio aziendale ha sì conferito pienezza legislativa alla categoria dei controlli difensivi, ma ha anche irrigidito la loro predisposizione da parte del datore (12), il quale, per non incorrere in possibili violazioni normative, deve seguire una procedura di codeterminazione con le rappresentanze sindacali ovvero richiedere un'apposita autorizzazione amministrativa presso la sede territoriale competente dell'Ispettorato nazionale del lavoro, per poter adoperare gli strumenti di controllo di cui al comma 1 della norma statutaria (13).

La procedura poc'anzi descritta riduce notevolmente la libertà di manovra del datore in ordine alla repressione di condotte illecite perpetrate nell'ambito del rapporto di lavoro, poiché, anche nell'ipotesi di verifiche urgenti, egli non potrà discostarsi dal procedimento autorizzatorio tipizzato dalla norma, ragion per cui è lecito interrogarsi, come è avvenuto nell'ordinanza in commento, sull'esistenza di una residua facoltà del datore di porre in essere dei controlli difensivi «atipici» (14).

3. — *La residuale operatività dei controlli difensivi in assenza delle garanzie procedurali statutarie* — I controlli difensivi sin dalla loro genesi giurisprudenziale sono deputati a scongiurare la commissione di illeciti di natura penale, che implicano «una sorta di legittima difesa in ambito civile del datore di lavoro a fronte di necessità eccezionali non dilazionabili nel tempo» (15).

La procedura autorizzatoria di cui al comma 1 del nuovo art. 4 St. lav. potrebbe vanificare lo scopo essenziale del controllo difensivo in tutte quelle ipotesi in cui l'illecito sia in atto ovvero di imminente realizzazione. I tempi necessari per il completamento dell'*iter* negoziale o amministrativo sono comunque considerevoli e consentirebbero di fatto la realizzazione dell'illecito ovvero la sua reiterazione. Va aggiunto, altresì, che la procedura di informazione destinata ai lavoratori *ex* comma 3 dell'art. 4 St. lav. potrebbe allertare l'autore della condotta da reprimere in ordine all'esistenza del controllo, svelando, proprio a quest'ultimo, il contenuto dell'indagine difensiva e mettendo di fatto al bando i controlli occulti.

Di fronte a queste possibili «disfunzioni» connesse alla tipizzazione dei controlli difensivi, una parte della dottrina ha ritenuto tuttora concepibili ulteriori forme di controllo di natura difensiva non necessariamente sussumibili nello schema normativo del comma 1 del novellato art. 4 St. lav.

(11) Zoli 2016, 640, e Alvino 2016, 18.

(12) Si veda Maio 2015, 1195.

(13) Marazza 2016, 17, e Villa 2016, 712.

(14) Ancora Marazza 2016, 18, e Maio 2015, 1196.

(15) Zoli 2016, 641.

Infatti, è stata invocata la necessità di enucleare un'ulteriore forma di controllo difensivo – che si potrebbe definire, alla luce della novella legislativa del 2015, «atipico» – destinata a ricomprendere controlli su comportamenti di rilevanza penale, che implicano una sorta di legittima difesa nell'ambito del rapporto contrattuale del datore di lavoro a fronte di necessità eccezionali connotate dal carattere dell'urgenza (16).

Ovviamente tale tesi sarebbe foriera nuovamente dei dubbi applicativi già sorti all'epoca in cui la giurisprudenza considerava leciti i controlli difensivi non rispettosi delle prescrizioni statutarie preriforma, ossia il giudizio di legittimità del controllo sarebbe esprimibile solo *a posteriori* ove sia stata verificata la sussistenza dell'illiceità della condotta del lavoratore. Per tale ragione si registrano anche tesi assolutamente antitetiche a quella illustrata, che ritiene concepibili e legittimi solo i controlli difensivi tipici previsti dal nuovo comma 1 dell'art. 4 St. lav. (17).

Secondo tale posizione dottrinale le condotte illecite dei lavoratori sono degli eventi tutto sommato prevedibili da parte del datore di lavoro, il quale potrebbe effettuate *ex ante* una valutazione prognostica in ordine al loro verificarsi. La «prognosi» datoriale consentirebbe, quindi, di rendere compatibile e funzionale la programmazione strutturale imposta dalla procedura di autorizzazione sindacale o amministrativa con le «insopprimibili esigenze difensionali dell'impresa» (18).

3.1. — *La posizione della recente giurisprudenza di legittimità sui controlli atipici* —
Sull'esistenza di forme di controllo difensivo «non garantite» dalla norma statutaria si è espressa anche la recente giurisprudenza di legittimità, sebbene le vicende di fatto oggetto della materia del contendere e le garanzie procedurali da seguire fossero riferite al periodo di vigenza del vecchio art. 4 St. lav.

La Corte di Cassazione ha, infatti, affermato che le investigazioni di carattere difensivo nei confronti del proprio personale, non regolamentate dalle prescrizioni statutarie, sono legittime soltanto se promosse sul presupposto dell'esistenza di un atto illecito già compiuto o in corso (19). Con la specificazione, ovviamente, che tale attività non deve sconfinare in un controllo occulto sull'attività lavorativa.

Sempre in linea con tale principio, la Corte di legittimità (20) ha specificato con maggiore compiutezza, trattando il caso di un controllo effettuato anche sull'attività lavorativa del dipendente, che la normativa sui controlli a distanza è volta a contenere il potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro in una dimensione umana (21), rispettosa della dignità e della riser-

(16) Marazza 2017, 37 ss.

(17) Tale lettura restrittiva è fornita da Del Punta (2016, 77 ss.), che ritiene assorbiti nell'art. 4, comma 1, dello Statuto i controlli difensivi.

(18) Espressione questa riportata da Maio (2015, 1199). La compatibilità tra le prescrizioni di cui al comma 1, introdotte dall'art. 23, d.lgs. n. 23/2015, e le finalità sottese ai controlli difensivi è stata affermata da Balletti 2016, 133.

(19) Cass. 11.6.2018, n. 15094, in *BollettinoAdapt.it*.

(20) Cass. 28.5.2018, n. 13266, in *DeJure*.

(21) L'«umanizzazione» del diritto oggetto di tutela e, quindi, la sua riferibilità alla persona del lavoratore fu ribadita dalla Relazione ministeriale di accompagnamento allo Statuto, in cui si affermò che la vigilanza sul lavoro va «mantenuta in una dimensione umana e cioè non esasperata dall'uso di tecnologie che possono rendere la vigilanza stessa continua e anelastica». L'importanza chiarificatrice della Relazione ministeriale è stata ribadita sia in dottrina che in giurisprudenza di legittimità. Al riguardo, cfr. Pera 1972, 3 ss., e Cass. 17.6.2000, n. 8250, in *OGI*, 2000, n. 1, 613 ss.

vatezza del lavoratore (22). La predetta funzione di garanzia della normativa statutaria deve essere conservata anche in materia di controlli difensivi, finalizzati ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori, quando tali comportamenti riguardino l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto e non la tutela di beni estranei al rapporto (23). Il rispetto delle norme statutarie, però, può essere escluso quando i comportamenti illeciti dei lavoratori non riguardino esattamente l'adempimento delle obbligazioni lavorative, ma attentino a beni estranei al rapporto. La deroga al rispetto delle previsioni normative è consentita, dunque, solo all'esito di un bilanciamento tra le esigenze di protezione degli interessi aziendali e il rispetto della dignità e della riservatezza del lavoratore contemperamento che non può prescindere dall'analisi del caso concreto (24).

È evidente che alla luce di tali considerazioni le esigenze datoriali non potranno cedere il passo (ed essere normativamente «imbrigliate») di fronte a condotte illecite del dipendente sanzionabili penalmente, poiché, ragionando diversamente, si riserverebbe una maggiore tutela alla persona del lavoratore rispetto ad altri soggetti lesi dal comportamento indebito del dipendente stesso (25).

La Suprema Corte, dunque, considerava legittimi taluni controlli difensivi non rispettosi delle garanzie statutarie precedenti alle modifiche normative del 2015 solo all'esito di una valutazione comparativa, ispirata dai principi di ragionevolezza e proporzionalità, tra gli interessi datoriali e quelli personali del lavoratore, raccogliendo gli insegnamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo espressi con il caso *Bărbulescu c. Romania* (26).

Va precisato, però, che i contributi di natura giurisprudenziale erano intervenuti tutti su vicende sorte nell'ambito della vigenza del vecchio testo dell'art. 4 St. lav.

3.2. — *I nuovi spunti interpretativi forniti dall'ordinanza del Tribunale di Padova* — L'ordinanza in commento assume, in ogni caso, un carattere pionieristico poiché è una delle prime pronunce che considera legittima, recependo le spinte dottrinarie e giurisprudenziali, un'area di controlli difensivi non soggetti al rispetto delle condizioni dell'art. 4, comma 1, l. n. 300/1970, così come riformato dall'art. 23 del d.lgs. n. 151/2015.

Il giudice di merito, nell'ordinanza annotata, ritiene leciti i controlli volti ad acquisire indizi sul compimento di condotte illecite a carico di singoli dipendenti in danno al datore ovvero per le quali il datore potrebbe risponderne verso i terzi.

Il Tribunale effettua, però, un'importante precisazione: l'attività di controllo deve poggiarsi su di un preciso quadro indiziario ricavabile anche in via indiretta, ma non all'esito del controllo stesso, pena l'inutilizzabilità dei dati raccolti (27).

(22) Cass. 17.7.2007, n. 15982, in *Diritto dell'internet*; Cass. 27.5.2015, n. 10955, in *RGL*, 2015, II, 587 ss., con nota di Russo.

(23) Cass. 1.10.2012, n. 16622, in *RGL*, 2013, n. 1, II, 32 ss., con nota di Mattei; Cass. 5.10.2016, n. 19922, in *RGL*, 2017, n. 1, II, 28 ss., con nota di Mallace, Trojsi.

(24) Cass. 1.11.2017, 26682, in *LG*, 2018, n. 5, 471 ss., con nota di Levi.

(25) Cass. 2.5.2017, n. 10636, in *LG*, 2017, n. 10, 863 ss., con nota di Silvestri.

(26) La pronuncia della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo del 5.9.2017 è ritornata sul caso *Bărbulescu c. Romania*, in cui si denunciava la violazione della *privacy* del lavoratore ai sensi dell'art. 8 della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Per una ricostruzione dell'*iter* motivazionale adoperato dalla Grande Camera e delle ricadute interpretative di tale pronuncia nell'ambito dell'ordinamento italiano ci si permette di rinviare ad Ambrosino 2018, 257 ss.

(27) In senso contrario T. Roma 24.3.2017, in *DRI*, 2018, n. 1, 264 ss., con nota di Gramano, il

Invero, la pronuncia in commento esprime un principio non del tutto sconosciuto alla giurisprudenza di legittimità, ma che assume un carattere di novità – se non di coraggio – dopo la riforma legislativa del 2015, poiché la tipizzazione dei controlli difensivi di cui al comma 1 dell'art. 4 St. lav. sembrava aver sgombrato il campo da qualsivoglia dubbio sull'operatività di tali peculiari forme di controllo, avendone tracciato i limiti attraverso l'espressa regolamentazione.

Va precisato, in ogni caso, che il principio espresso non «sdogana» in senso assoluto i controlli difensivi cd. atipici, ma li condiziona, ai fini della loro legittimità, a un presupposto giustificativo e procedurale differente da quello di cui al comma 1: la preesistenza di un quadro indiziario ricavabile anche *aliunde* ovvero addirittura suggerito dalla autorità giudiziaria o di pubblica sicurezza nell'ambito di avviate indagini penali (28).

L'autorità giudiziaria in commento, però, illustra la possibilità di derogare, sulla base dei presupposti indiziari succitati, ai meccanismi procedurali di cui al comma 1 dell'art. 4 St. lav., ma nulla osserva – se non in un brevissimo e criptico passaggio motivazionale – in ordine all'onere informativo di cui al comma 3 del predetto articolo.

Appare ragionevole sostenere che il Tribunale non volesse liberalizzare in assoluto l'attività di controllo difensiva del datore, la quale deve fondarsi su concrete e precise esigenze di repressione di condotte illecite e rispettare, poi, la procedura informativa di cui al comma 3 della medesima norma, secondo cui tutte le informazioni raccolte sono sì utilizzabili per tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, tra cui indubbiamente spicca il fine disciplinare, ma a condizione che ai lavoratori sia stata data un'adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli; il tutto, poi, nel pieno rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (29).

La presunta liberalizzazione dei controlli «atipici», di natura difensiva e non solo, sarà mitigata, infatti, dai principi di finalità, liceità, legittimità e non eccedenza, previsti inizialmente dall'art. 11 del d.lgs. n. 196/2003 (30) ed essenzialmente richiamati dall'art. 5 del Regolamento (Ue) n. 2016/679, che ha condotto, per via del suo recepimento, all'abrogazione del predetto art. 11 e a una rivisitazione dell'intero Codice della *privacy* (31).

Tale approccio interpretativo si conforma ai «filtri» interpretativi illustrati dalla succitata pronuncia della Grande Camera della C. Edu sul caso *Bărbulescu*, tra cui spicca la necessità, ai fini delle legittimità del controllo, che il dipendente sia debitamente informato dell'esistenza, della natura e della portata del controllo attraverso qualsivoglia documento interno idoneo.

La combinazione tra la norma statutaria e il d.lgs. n. 196/2003, attraverso cui si condiziona il controllo alla sussistenza di specifici interessi datoriali, è speculare, poi, al principio, espresso sempre dalla Corte di Strasburgo nella predetta pronuncia, secondo il quale l'eventuale control-

quale ha ritenuto legittima una forma di controllo di natura difensiva non giustificata da un preciso e concreto quadro indiziario, e ha considerato utilizzabili ai fini disciplinari i dati raccolti in presenza di un'informativa sull'uso degli strumenti di lavoro, ma non sulle possibilità di controllo da essi derivanti.

(28) Ancora Zoli 2016, 641.

(29) Il rispetto della disciplina del Codice della *privacy* ai fini dell'utilizzabilità dei dati raccolti con forme di controllo di natura difensiva viene affermato anche da T. Roma 13.6.2018, in *Newsletter Wikilabour.it*.

(30) In tal senso Sitzia 2017, 829.

(31) Le ricadute normative e interpretative del Regolamento (Ue) n. 2016/679 sono analizzate nel par. 4 del presente scritto.

lo posto in essere dal datore di lavoro risulta giustificato nei limiti in cui è diretto alla verifica del raggiungimento degli interessi aziendali (32).

Nella fattispecie in esame, in definitiva, il giudice del lavoro del Tribunale di Padova, previo accertamento negativo delle altre condizioni di ammissibilità del controllo previste dalle disposizioni dell'art. 4 St. lav., tra cui figura l'informativa di cui al comma 3, non riscontrava l'esistenza di un quadro indiziario a carico della lavoratrice controllata e, poi, licenziata; pertanto, propendeva per l'annullamento del licenziamento stante l'inutilizzabilità dei dati assunti con l'attività di controllo in contestazione. L'autorità giudiziaria in commento ha, dunque, applicato, nella vigenza del nuovo testo dell'art. 4 St. lav., un principio già espresso dalla Suprema Corte con la sentenza n. 19922 del 2016 (33), formatasi nel periodo di efficacia del vecchio testo dell'art. 4, secondo cui non possono ritenersi «difensivi» i meccanismi di controllo a distanza generalizzati, che siano predisposti prima ancora dell'emergere di qualsiasi sospetto e che riguardino la prestazione lavorativa in sé. Tali forme di controllo vanno considerate illecite e le relative risultanze non possono costituire oggetto di prova in giudizio.

La preliminare presenza di indizi di una condotta illecita del lavoratore, dunque, assurge a ulteriore condizione di legittimità, affiancandosi all'informativa prevista dal comma 3 dell'art. 4 St. lav., esclusivamente per quei controlli difensivi atipici non riferibili né al comma 1 né al comma 2 della norma statutaria.

4. — *Le possibili ricadute applicative del Regolamento (Ue) n. 2016/679 sul tema del controllo a distanza* — Le argomentazioni sinora svolte e i risultati interpretativi illustrati dovranno misurarsi necessariamente con il Regolamento (Ue) n. 2016/679 al fine di verificare la loro attuale validità.

Il Regolamento (Ue) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, e che abroga la Direttiva n. 95/46/Ce (Regolamento generale sulla protezione dei dati), infatti, è applicabile direttamente nei paesi membri, ma, nonostante sia entrato in vigore 20 giorni dopo la pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea*, ha prodotto effetti giuridici vincolanti per gli Stati membri a partire da due anni dalla sua formale vigenza, ovvero a partire dal 25 maggio 2018: data entro la quale le disposizioni nazionali interne dovevano obbligatoriamente uniformarsi a quelle del Regolamento (34).

Il legislatore europeo, con l'art. 88 del Regolamento, affida alle fonti nazionali la disciplina in materia di protezione dei dati personali nel settore del lavoro, rinunciando a incidere in via diretta e precettiva sull'ordinamento interno (35). Il rinvio regolamentare di cui all'art. 88, pur lasciando degli ampi spazi a ogni Stato membro nell'elaborazione di un'autonoma disciplina in materia di trattamento dei dati personali del lavoratore, fornisce dei precisi limiti agli stessi. Invero, il comma 2 dell'art. 88 prevede che le norme introdotte dai singoli Stati devono comun-

(32) Cfr. nuovamente Ambrosino 2018, 280.

(33) Si veda ancora una volta Cass. 5.10.2016, n. 19922, in *RGL*, 2017, n. 1, II, 28 ss., con nota di Mallace, Trojsi.

(34) Sul Regolamento (Ue) n. 2016/679 si segnalano i seguenti commenti di Pizzetti 2016, 1 ss.; Ogriseg 2016, 29 ss.; Finocchiaro 2017a, 21 ss.; Finocchiaro 2017b, 2 ss.; del Federico 2017a, 629; ancora del Federico 2017b, 61, e Costantini 2018, 545.

(35) Cfr. Trojsi 2016a, 688.

que salvaguardare la dignità umana, gli interessi legittimi e i diritti fondamentali dei destinatari del trattamento dei dati; salvaguardia che non può prescindere dall'ulteriore elemento della trasparenza del trattamento.

Il principio di trasparenza del trattamento influenzerà non solo la *policy* aziendale in materia di protezione dei dati personali (36), ma, con ogni probabilità, anche quella in tema di controllo, trattandosi di ambiti differenti, ma, in ogni caso, contigui e dominati dai principi comuni dettati dalla normativa dell'Unione europea.

Le influenze derivanti dall'armonizzazione delle disposizioni interne con quelle sovranazionali saranno avvertite in diversi ambiti operativi, tra cui, ad esempio, il trattamento dei dati biometrici.

Invero, nella narrazione della vicenda di fatto oggetto della cognizione del Tribunale di Padova, si riferiva che le operazioni «controllate» riguardavano anche dei dati biometrici della lavoratrice, dati che, in virtù dell'entrata in vigore del Regolamento europeo, non potranno essere più trattati ai sensi dell'art. 9 dello stesso Regolamento. Il predetto divieto generalizzato viene, però, mitigato dal secondo paragrafo dell'art. 9, ove si afferma che tali dati possono essere trattati in peculiari ipotesi, tra cui figura la necessità di accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria od ogniqualvolta le autorità esercitino le loro funzioni giurisdizionali. La deroga succitata sembra esattamente ricalcare il filtro previsto dal Tribunale di Padova, che ammette le forme di controllo e l'utilizzabilità dei relativi dati raccolti in presenza di un quadro indiziario individuato dalla autorità giudiziaria nell'ambito di avviate indagini penali, in linea anche con quanto affermato negli ultimi anni dall'Autorità garante per la protezione dei dati personali (37).

Appare evidente, quindi, che il trattamento di tali peculiari dati sarà restrittivo e limitato alle sole ipotesi residuali previste dalle disposizioni regolamentari.

Le maglie del controllo posto in essere ai sensi dell'art. 4 St. lav. sono destinate, dunque, a stringersi – come poc'anzi osservato per il trattamento dei dati biometrici – in virtù dell'allineamento con le disposizioni del Regolamento che il legislatore nazionale è tenuto a effettuare (38); di conseguenza, possibili aree di controllo non precedute da procedure informative e/o autorizzative, come individuate dalla pronuncia in commento, saranno sempre più difficilmente ammissibili.

A tal proposito, infatti, la legge 25 ottobre 2017, n. 163, pubblicata il 6 novembre 2017 in *Gazzetta Ufficiale*, ha delegato il Governo al recepimento delle direttive europee e all'attuazione di altri atti dell'Unione europea (legge di delegazione europea 2016-2017). Tra le sue disposizioni, l'art. 13 ha demandato al Governo il compito di adottare i decreti legislativi per adeguare il quadro normativo nazionale al Regolamento (Ue) n. 2016/679. Il termine per l'adozione dei provvedimenti legislativi era di 6 mesi, poi prorogato ai sensi della legge 24 dicembre 2012, n. 234.

Il predetto articolo, tra i criteri direttivi affidati al Governo, ha contemplato, in particolare,

(36) Del Federico 2017, 69.

(37) Prov. gen. del 12.11.2014, n. 513; Prov. 15.9.2016, n. 357, ove il dato biometrico rilevava non per fini difensivi, bensì per assolvere gli obblighi ed esercitare i diritti specifici del titolare del trattamento o dell'interessato in materia di diritto del lavoro; Prov. 1.6.2016, n. 245; 22.10.2015, n. 552; 25.6.2015, n. 381. Per completezza si rinvia, infine, alla circolare Inl 22.2.2018, n. 5, contenente ulteriori indicazioni circa l'utilizzo dei dati biometrici.

(38) In tal senso Trojsi 2016b, 387.

di abrogare espressamente le disposizioni del codice in materia di trattamento dei dati personali, di cui al d.lgs. n. 196/2003, incompatibili con le disposizioni contenute nel Regolamento (Ue) n. 2016/679, nonché di modificare il Codice della *privacy* limitatamente a quanto necessario per dare attuazione alle disposizioni regolamentari non direttamente applicabili.

In ossequio all'art. 13 della legge n. 163/2017, è stato emesso il decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101 (39), contenente significative modifiche al codice in materia di protezione dei dati personali.

È evidente che tale percorso legislativo, tracciato dalla legge delega del 2017, è destinato a incidere anche sul nuovo sistema di controllo concepito dalla recente novella del d.lgs. n. 151/2015, poiché l'ultimo comma dell'art. 4 St. lav. condiziona l'utilizzabilità dei dati raccolti proprio al rispetto delle prescrizioni contenute nel Codice della *privacy*, da ultimo revisionato, per l'appunto, dal d.lgs. n. 101/2018.

I nuovi approdi normativi dovrebbero marcare ancor di più i limiti del potere di controllo datoriale, frenando possibili interpretazioni giurisprudenziali volte a enucleare ulteriori forme di controllo, anche di natura difensiva, non ancorate al rispetto dei precetti statutari, del Codice della *privacy* e del Regolamento europeo.

Tale assunto viene confermato, infatti, da alcune disposizioni del d.lgs. n. 101/2018 che smorzano essenzialmente qualsivoglia fuga in avanti in tema di controlli difensivi. In primo luogo, l'art. 2 del recente decreto inserisce, nel d.lgs. n. 196/2003, l'art. 2-*decies*, il quale, riprendendo quanto previsto dall'articolo 11 del codice nella versione previgente, prevede l'inutilizzabilità dei dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di dati personali (40). L'art. 11, infatti, è stato abrogato e sostituito dal art. 5 del Regolamento (Ue) n. 2016/679, il quale elenca i principi applicabili in tema di trattamento dei dati, tra cui figurano ovviamente la liceità e la correttezza del trattamento, nonché la trasparenza: principio su cui viene posta maggiore enfasi dalla norma regolamentare rispetto al pregresso codice.

In senso ancora più specifico, viene introdotto l'articolo 2-*undecies*, che disciplina, nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 23 del Regolamento, le «Limitazioni ai diritti dell'interessato» destinatario del trattamento dei dati per esigenze di tutela di interessi giuridici meritevoli di particolare protezione. Tra tali interessi, figura espressamente lo «svolgimento delle investigazioni difensive o all'esercizio di un diritto in sede giudiziaria».

Va osservato, però, che rispetto all'articolo 23 del Regolamento europeo, che concede la facoltà agli Stati membri di limitare la portata degli obblighi e dei diritti enunciati dal Regolamento stesso in tema di informazione, accesso e rettifica dei dati nonché di opposizione al trattamento degli stessi, il legislatore nazionale, con l'articolo 2-*undecies*, non si avvale della possibilità di limitare anche i diritti concernenti le comunicazioni e l'informativa preventiva al trattamento (artt. 12-14 del Regolamento), prediligendo nuovamente in tal modo il principio di trasparenza e di informazione preventiva.

Tali scelte rappresentano un deciso filtro da applicare anche in tema di controlli difensivi, la cui operatività diverrà presumibilmente più rigida rispetto alle passate esperienze giurisprudenziali.

(39) Pubblicato in *GU, Serie Generale*, n. 205 del 4.9.2018.

(40) La relazione tecnico-illustrativa, nella fase preparatoria del decreto, affermava che tale norma, unitamente alle sanzioni di natura amministrativa, rappresentava una tutela *ex post* per il soggetto interessato i cui dati fossero stati trattati in modo illecito.

Riferimenti bibliografici

- Alvino I. (2016), *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in *LLI*, n. 1, 1 ss.
- Ambrosino A. (2018), *Riflessioni sul potere datoriale di controllo alla luce delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso Bărbulescu c. Romania*, in *VTDL*, n. 1, 257 ss.
- Balletti E. (2016), *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, in *Aa.Vv., Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Giuffrè, Milano, 67 ss.
- Barraco E., Sitzia A. (2010), *Il problema dei «controlli difensivi» del datore di lavoro: estne saepe ius summum malitia?*, in *LG*, n. 10, 991 ss.
- Bellavista A. (2010), *La Cassazione e i controlli a distanza sui lavoratori*, in *RGL*, II, 462 ss.
- Costantini F. (2018), *Il Regolamento (Ue) 679/2016 sulla protezione dei dati personali*, in *LG*, n. 6, 545 ss.
- De Luca Tamajo R. (2002), *I controlli sui lavoratori*, in Zilio Grandi G. (a cura di), *I poteri del datore di lavoro nell'impresa*, Atti del Convegno di studi, Venezia, 12 aprile 2002, Cedam, Padova, 27 ss.
- Del Federico C. (2017a), *Trattamento dei dati nell'ambito dei rapporti di lavoro*, in Finocchiaro G. (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Zanichelli, Bologna, 629 ss.
- Del Federico C. (2017b), *Il trattamento dei dati personali dei lavoratori e il Regolamento 2016/679/Ue. Implicazioni e prospettive*, in Tullini P. (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, Torino, 61 ss.
- Del Punta R. (2016), *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. n. 151/2016)*, in *RIDL*, I, 77 ss.
- Finocchiaro G. (2017a), *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, in Finocchiaro G. (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Zanichelli, Bologna, 21 ss.
- Finocchiaro G. (2017b), *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *NLC*, n. 1, 2 ss.
- Gamba C. (2016), *Il controllo a distanza delle attività dei lavoratori e l'utilizzabilità delle prove*, in *LLI*, n. 1, 122 ss.
- Levi A. (2013), *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, Giappichelli, Torino.
- Levi A. (2016), *La ridefinizione dell'assetto regolativo dei controlli a distanza, quale tassello di una più complessiva riforma del diritto del lavoro*, in Levi A. (a cura di), *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza. Lo Statuto dei lavoratori dopo il Jobs Act*, Giuffrè, Milano, 1 ss.
- Maiò V. (2015), *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in *ADL*, n. 6, I, 1186 ss.
- Marazza M. (2016), *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 300, 14 ss.
- Marazza M. (2017), *I controlli a distanza del lavoratore di natura «difensiva»*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 27 ss.
- Maresca A. (2016), *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, I, 513 ss.
- Miscione M. (2013), *I controlli intenzionali, preterintenzionali e difensivi dei lavoratori in contesto continuo*, in *LG*, n. 8-9, 761 ss.

- Ogriseg C. (2016), *Il Regolamento Ue n. 2016/679 e la protezione dei dati personali nelle dinamiche giuslavoristiche: la tutela riservata al dipendente*, in *LLI*, n. 2, 29 ss.
- Pera G. (1972), *Sub art. 4*, in Assanti C., Pera G. (a cura di), *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova, 3 ss.
- Pizzetti F. (2016), *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Giappichelli, Torino.
- Proia G. (2016), *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli a distanza*, in *RIDL*, I, 547 ss.
- Recchia G.A. (2017), *Controlli datoriali difensivi; note su di una categoria in via di estinzione*, in *LG*, n. 4, 346 ss.
- Salazar P., Failla L. (2017), *Controlli difensivi: quali i limiti nel nuovo contesto dell'art. 4, l. 300/70*, in *LG*, n. 2, 159 ss.
- Salimbeni M.T. (2017), *Commento all'art. 4 St. lav.*, in De Luca Tamajo R., Mazzotta O., *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Milano, 819 ss.
- Sitzia A. (2017), *Personal computer e controlli «tecnologici» del datore di lavoro nella giurisprudenza*, in *ADL*, n. 3, II, 829 ss.
- Trojsi A. (2016a), *Controllo a distanza (su impianti e strumenti di lavoro) e protezione dei dati del lavoratore*, in *VTDL*, n. 4, 667 ss.
- Trojsi A. (2016b), *Controllo a distanza e protezione dei dati del lavoratore: legge, contratto collettivo e codice di deontologia*, in Aa.Vv., *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Giuffrè, Milano, 385 ss.
- Tullini P. (2009), *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, in *RIDL*, I, 323 ss.
- Villa E. (2016), *Accordo sindacale e procedura amministrativa nei controlli a distanza dei lavoratori*, in *VTDL*, n. 4, 707 ss.
- Zoli C. (2009), *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, l. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, in *RIDL*, n. 4, I, 485 ss.
- Zoli C. (2016), *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori e la nuova struttura dell'art. 4, legge n. 300/1970*, in *VTDL*, n. 4, 636 ss.

Antonio Ambrosino

*Dottore di ricerca in Diritto dell'economia
presso l'Università di Napoli «Federico II»*

I

TAR LOMBARDIA - MILANO, 6.4.2018, n. 936, S. IV – Pres. Gabbricci, Est. Quadri, Primo ref. Lombardi – R.I. Spa, M. Srl, G.G. Spa, A.I. Spa (avv. Brugnoletti) c. Asst Grande Ospedale metropolitano Niguarda (avv.ti D'Andrea, Finotti).

Appalto – Clausola sociale – Art. 50, d.lgs. n. 50/2016 – Art. 2 della legge della Regione Lombardia n. 26/2017 – Lex specialis – Obbligo di assorbimento di lavoratori a tempo indeterminato – Nullità della gara.

Una clausola sociale inserita nella lex specialis che, in sede di avvicendamento tra appaltatori, dovesse imporre, oltre all'obbligo di assorbimento, l'assunzione del personale transitato a tempo indeterminato è illegittima perché contraria alla libertà di iniziativa economica e alla concorrenza tra imprenditori. Una clausola siffatta non può neppure dirsi traduzione della legge della Regione Lombardia n. 26/2017, che contempla la necessaria armonizzazione della clausola sociale con la libera organizzazione dell'impresa prescelta dal subentrante e la gestione efficiente di lavori e servizi. (1)

II

TAR CAMPANIA - NAPOLI, 1.3.2018, n. 1334, S. I – Pres. Veneziano, Est. Corciulo, Cons. Di Vita – S.I. Srl (avv.ti Abbamonte, Lirosi, Martinelli, Padellaro) c. Società regionale per la Sanità (avv. Di Bonito).

Appalto – Clausola sociale – Art. 50, d.lgs. n. 50/2016 – Mancato inserimento nel bando – Effetti – Nullità della gara.

L'art. 50 del d.lgs. n. 50/2016 ha natura cogente per la stazione appaltante. L'assenza di ogni riferimento a clausole sociali nel bando, nel disciplinare di gara, nel capitolato e anche nello schema di convenzione, determina la violazione della disposizione dell'art. 50 del d.lgs. n. 50/2016 nonché dell'art. 23, c. 16, ultimo periodo, del medesimo d.lgs., da ciò derivando l'annullamento degli atti di gara e la condanna della stazione appaltante a predisporre correttamente la lex specialis conformemente agli artt. 50 e 23 del d.lgs. in discorso. (2)

(1-2) LA CLAUSOLA DI STABILITÀ OCCUPAZIONALE
PREVISTA DALL'ART. 50 DEL D.LGS. N. 50/2016

1. — Le sentenze in commento meritano attenzione perché rappresentano entrambe un'applicazione del nuovo istituto della cd. clausola sociale, nella sua specifica veste della clausola di

stabilità occupazionale, prevista dall'art. 50 del d.lgs. n. 50/2016 (cd. Codice degli appalti pubblici), così come modificato dal d.lgs. correttivo n. 56/2017. Entrambe le sentenze giungono alla conclusione di dover annullare la gara ma, come si vedrà, sulla base di premesse differenti.

Nel caso vagliato dal Tar Campania, i giudici amministrativi decidono di procedere all'annullamento della gara poiché, nonostante ne sussistessero i presupposti, la stazione appaltante non ha inserito nella documentazione di gara alcun riferimento alla clausola sociale ossia, per l'appunto, all'obbligo in capo al subentrante di assorbire il personale dipendente dell'appaltatore uscente. Tale omissione, ad avviso del giudicante, non avrebbe violato solo l'art. 50, d.lgs. n. 50/2016, ma anche, conseguentemente, l'art. 23, comma 16, del d.lgs. n. 50/2016, che impone all'offerente di indicare separatamente i costi della manodopera. Non essendo stati messi a conoscenza dell'esistenza di un obbligo di assorbimento del personale già dipendente dell'uscente, infatti, i concorrenti non avrebbero presentato un'offerta completa e ponderata ma inevitabilmente parziale.

La pronuncia del Tar Campania può essere apprezzata per la sua linearità poiché, apparentemente, sembra limitarsi a dare diretta attuazione del dato letterale previsto all'art. 50, d.lgs. n. 50/2016, a norma del quale, per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale – con particolare riguardo ai contratti ad alta intensità di manodopera –, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, 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'articolo 51, d.lgs. n. 81/2015.

Nell'interpretare la clausola sociale di cui all'art. 50, d.lgs. n. 50/2016, peraltro, il Tar Campania individua indirettamente quelli che ritiene essere i presupposti formali e sostanziali che ne impongono l'integrazione nel bando, senza margine di discrezionalità per la stazione appaltante.

Ci si riferisce, segnatamente, alla necessità che i servizi appaltati non siano intellettuali e siano qualificabili come *labour intensive*, nonché, sotto altro profilo, alla necessità che la clausola venga espressamente richiamata nel bando. A questo proposito, dalla lettura della sentenza si evince che la stazione appaltante sarebbe tenuta a dare conto, nella documentazione di gara, dell'istruttoria condotta al fine di appurare la sussistenza (o l'insussistenza) dei presupposti applicativi dell'art. 50, d.lgs. n. 50/2016.

Nessun riferimento viene, invece, fatto al nesso tra coerenza della clausola sociale e valore dell'appalto pubblico. Al fine di valutare se si rientri nell'ipotesi di obbligatorietà della clausola sociale, infatti, il Tar non entra nel merito del valore superiore o inferiore alla soglia europea ex art. 35, d.lgs. n. 50/2016, concentrando il proprio sindacato sulla natura intellettuale o meno del servizio appaltato e sull'alta intensità di manodopera richiesta dalla prestazione, nel caso di specie la rilevazione e gestione dei dati della spesa farmaceutica. In proposito è utile sin d'ora rammentare che con le linee guida del 14 maggio di quest'anno (Linee guida recanti «La disciplina delle clausole sociali») l'Anac sembra invece aver accolto un'interpretazione maggiormente restrittiva, secondo la quale, fermi i presupposti sostanziali, l'*obbligo* di integrare una clausola sociale sarebbe limitato agli appalti sopra soglia, restando invece ferma la discrezionalità della stazione appaltante di prevedere una clausola sociale in caso di appalto sotto soglia.

2. — Con la seconda pronuncia in rassegna il Tar Lombardia giunge alla medesima conclusione del Tar Campania, ossia annullare la gara, ma sulla base di presupposti antitetici. Nel caso vagliato dai giudici di Milano, infatti, si è ritenuto che la clausola sociale inserita nel bando

fosse illegittima perché tale da imporre in capo al subentrante un obbligo eccessivo e non giustificato dall'implementazione dell'art. 50, d.lgs. n. 50/2016, né dalla corrispondente e più specifica previsione regionale, ossia l'art. 2 della legge della Regione Lombardia n. 26/2017. Nel caso di specie, dovendo aggiudicare contratti per la somministrazione di lavoro a tempo determinato (suddivisa in due lotti: uno per il personale medico e uno per l'amministrativo), la stazione appaltante si è spinta sino a imporre che l'assunzione di tutto il personale inviato in missione presso gli Enti dal precedente aggiudicatore avvenisse a tempo indeterminato.

Ripercorrendo la giurisprudenza amministrativa prevalente, il Tar Lombardia ha statuito che detta imposizione avrebbe determinato una illegittima sostituzione nella libertà organizzativa del nuovo appaltatore tale da ledere l'art. 41 Cost. nonché i principi europei in materia di concorrenza. Secondo i giudici lombardi, infatti, la libertà di iniziativa economica implica, di necessità, che a ciascun imprenditore sia consentito, nei limiti segnati dall'ordinamento, «di organizzare la propria impresa come meglio ritiene, e ciò si oppone a un'interpretazione tale da compromettere la detta prerogativa e che privilegi una scelta fatta a monte, inevitabilmente generalizzata e avulsa dal contesto specifico della singola organizzazione aziendale».

Così decidendo, il Tar ha indirettamente sancito la legittimità di clausole che obblighino l'appaltatore ad assumere il personale dipendente dell'uscente, ma, contestualmente, ne ha delimitato i confini sostanziali. A tale scopo, il Tar ha per di più richiamato, da un lato, la giurisprudenza della Corte costituzionale pronunciata su una nota legge della Regione Puglia, e, da un altro lato, lo stesso contenuto della legge regionale lombarda, che, all'art. 2, sancisce espressamente la necessaria armonizzazione della stabilità occupazionale con la gestione efficiente dei lavori e servizi da affidare e con la libera organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante (cfr. art. 2, c. 2, lett. a, legge della Regione Lombardia 24.11.2017, n. 26).

Nella prospettiva dei giudici amministrativi, in definitiva, le clausole sociali sono strumenti meritevoli di essere tutelati per la loro utilità che devono, peraltro, essere necessariamente armonizzati con le esigenze aziendali.

3. — Entrambe le pronunce attingono ai confini applicativi della clausola sociale sancita dall'art. 50, d.lgs. n. 50/2016; la prima riserva maggiore attenzione agli effetti derivanti dal mancato inserimento della stessa nel bando; la seconda verte sul contenuto che la clausola può legittimamente assumere in sede di gara. L'art. 50 del d.lgs. n. 50/2016, così come l'intero Codice appalti, nasce dal recepimento della Direttiva n. 2014/24/UE, e, più in generale, dall'adozione, anche a livello nazionale, di un nuovo paradigma di appalto cd. «strategico» o sostenibile, non più regolato da norme volte a garantire unicamente la concorrenza tra operatori economici, ma anche a perseguire obiettivi più ambiziosi, quali la realizzazione di politiche cd. orizzontali, ambientali o sociali.

Ebbene, la clausola prevista dall'art. 50, d.lgs. n. 50/2016, contiene una delle possibili declinazioni dell'appalto strategico, o meglio delle cd. *social consideration* attraverso le quali tale modello può essere concretamente implementato e valorizzato. Segnatamente, l'art. 50, d.lgs. n. 50/2016, sancisce l'obbligo in capo alla stazione appaltante di richiamare nella documentazione di gara i contratti collettivi che dispongano il passaggio di personale in caso di avvicendamento tra appaltatori, sì da impedire che dalla successione tra aggiudicatari derivi un pregiudizio per il personale e, conseguentemente, per il tessuto territoriale e sociale coinvolto. Nel richiamare la fonte collettiva, la previsione allude alle numerose clausole – previste per l'appunto nei Ccnl relativi a settori connotati da un elevato livello di esternalizzazione – che, in modo più o meno articolato, hanno negli ultimi anni disciplinato gli aspetti procedurali e sostanziali del

predetto passaggio di personale: dalla previsione di una fase di informazione e consultazione sindacale, alla individuazione del trattamento economico e normativo applicabile al personale transitato (a titolo esemplificativo, si vedano gli artt. 4 Ccnl multiservizi e 37 Ccnl cooperative sociali).

4. — Si è già detto che il Tar Lombardia, con la sentenza qui commentata, ha assunto una posizione coerente con la (ricca) giurisprudenza amministrativa maggioritaria. Quest'ultima, pur manifestando una sensibilità crescente nei confronti delle cd. *social consideration*, continua tendenzialmente a dare priorità alla libertà di iniziativa economica intesa come libertà di organizzare autonomamente il proprio assetto produttivo. Secondo la lettura prevalente, quindi, a fronte di una clausola di riassorbimento imposta da un bando, il subentrante potrà intendersi vincolato alla sola assunzione in via «prioritaria» degli addetti dell'uscente «a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante». I lavoratori che non dovessero entrare nell'organigramma del subentrante né potessero essere ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori sarebbero pertanto «destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali» (Da ultimo: Cons. Stato 22.6.2018, n. 3861, S. III; Tar Umbria - Perugia 5.6.2018, n. 380, S. I). Se così non fosse, le clausole sociali non solo scoraggerebbero la partecipazione alla gara, limitando la platea dei partecipanti con violazione dei principi di libertà di iniziativa economica e concorrenza, ma, per di più, graverebbero gli operatori di obblighi riconducibili alle «politiche attive del lavoro e in modo potenzialmente del tutto svincolato dalle peculiarità e dai vantaggi connessi all'affidamento del singolo appalto» (Cons. Stato 8.6.2018, n. 3471, S. III; Cons. Stato 17.1.2018, n. 272; Cons. Stato 28.8.2017, n. 4079).

L'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere, pertanto, armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante (Cons. Stato 5.5.2017, n. 2078. Cfr. anche, *ex multis*: Cons. Stato 30.3.2016, n. 1255, S. III; Cons. Stato 9.12.2015, n. 5598, S. III).

Da tali considerazioni dovrebbe derivare la possibilità di inserire clausole sociali di riassorbimento non tra i requisiti di partecipazione – che limiterebbero l'accesso alla gara –, bensì tra le sole condizioni di esecuzione, delle quali sarà cura della stazione appaltante verificare il rispetto (Cons. Stato 27.11.2014, n. 5890; Cons. Stato 7.6.2016, n. 2433; Tar Campania 13.2.2017, n. 848).

5. — Si è, peraltro, dell'avviso che la lettura che vorrebbe limitare l'operatività della clausola di riassorbimento, interpretandola come mera assunzione prioritaria del personale dipendente dall'uscente, non possa non risentire delle rilevanti innovazioni introdotte con il d.lgs. n. 50/2016 e con il correttivo d.lgs. n. 56/2017.

Nell'attuale contesto normativo europeo e nazionale è, cioè, divenuto difficile negare che la successione del personale in caso di avvicendamento di contratti di appalto pubblici costituisca un «principio di carattere generale», di fatto non residuando più alcuna discrezionalità in capo alla stazione appaltante, seppure entro i limiti di cui allo stesso art. 50, d.lgs. n. 50/2016 (In senso contrario, Cons. Stato, sentenza 28.8.2017, n. 4079, S. V).

Eppure, va detto che la tesi giurisprudenziale maggioritaria sopra descritta ha resistito anche alle modifiche apportate dalla Direttiva del 2014 e dal Codice degli appalti (Cons. Stato 17.1.2018, n. 272, S. V). Si è infatti sostenuto che, anche successivamente alle più recenti modifiche, una clausola che imponga rigidamente la conservazione del personale resti illegittima.

Detta clausola, cioè, continua a dover essere concepita in termini di priorità del personale dipendente dell'uscente nella riassunzione presso il subentrante, nel rispetto delle esigenze occupazionali di quest'ultimo, sì da armonizzare il diritto alla stabilità occupazionale, tutelato dagli artt. 4 e 35 Cost., con l'organizzazione d'impresa prescelta dal nuovo aggiudicatario.

Secondo l'interpretazione dei giudici amministrativi, quindi, seppure nella nuova disciplina sia riscontrabile una specifica attenzione verso le esigenze sociali, cui anche le commesse pubbliche «possono essere funzionali», non pare tuttavia «che se ne possano ricavare indirizzi specifici»; pur riconoscendo «sicura importanza» alla direttiva e alle corrispondenti disposizioni contenute nel Codice appalti, non si può ritenere che tali provvedimenti arrivino a «giustificare o imporre una clausola sociale di tenore forte» (Tar Toscana 13.2.2017 n. 231). Le riforme del 2014 e del 2016, quindi, non solo non avrebbero innovato, ma si sarebbero limitate a recepire nel testo di legge i risultati cui era giunta la giurisprudenza, giacché la stabilità occupazionale, che è sicuramente un obiettivo normativo importante e un valore ordinamentale, deve essere «promossa» e non rigidamente imposta e comunque deve essere armonizzata con i principi europei della libera concorrenza e della libertà d'impresa, così da escludere un rigido obbligo di garanzia necessaria della stabilità» (Tar Toscana 13.2.2017, n. 231).

Pur nella consapevolezza che nasca dalla necessità di contemperare esigenze contrapposte ed entrambe dotate di rilievo costituzionale, l'orientamento giurisprudenziale descritto (cui il Tar Lombardia si è conformato) risulta alquanto sminuente delle novità (e delle potenzialità) insite nell'attuale quadro normativo in materia di appalti pubblici.

Riferimenti bibliografici

- Allamprese A., Orlandini G. (2014), *Le norme di rilievo lavoristico nella nuova Direttiva sugli appalti pubblici*, in *RGL*, I, 169 ss.
- Borgogelli F. (2016), *Le clausole sociali di equo trattamento negli appalti pubblici: problemi e possibili soluzioni. Rapporto Prin Destrutturazione dell'impresa e tutela dei lavoratori: strumenti di governance*, in www.regolazioneideimercati.it/sites/default/files/Report, 118 ss.
- Graells A.S. (2018), *Eu's shifting approach to enforcing labour standards*, in *European public law*, 229 ss.
- Izzi D. (2018), *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Giappichelli, Torino.
- Lo Faro A. (2018), *Le clausole sociali nel nuovo codice degli appalti pubblici: rinnovamento o continuità?*, in Calcaterra L. (a cura di), *Tutele del lavoro ed esigenze della produzione. Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*, Editoriale scientifica, Napoli, 1475 ss.
- Lo Faro A., Scarpelli F. (2017), *La regolarizzazione degli appalti tra normativa nazionale ed europea, giurisprudenza, prassi. Introduzione*, in *RGL*, I, 381 ss.
- Ratti L. (2018), *Autonomia collettiva e tutela dell'occupazione*, Giuffrè, Milano.
- Scarpelli F. (2006), *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *RGL*, I, 753 ss.
- Varva S. (2014), *Il lavoro negli appalti pubblici*, in Aimò M., Izzi D. (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 193 ss.

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

DIRITTO SINDACALE

CORTE COSTITUZIONALE, 13.6.2018, n. 120 – Pres. Lattanzi, Est. Coraggio – Assodipro e F.S. (avv. Saccucci), P.D.N., Silp Cgil, Ficiesse, F.P. Cgil, Cgil e S.D. (avv. Mazzola), P.C. (avv. Vaccarella), A.B. (avv. Lizza), c. Presidente del Consiglio dei ministri (avv.ti Greco, Sica).

Attività sindacale – Militari – Libertà sindacale – Rappresentanza sindacale militari – Art. 1475, c. 2, d.lgs. n. 66/2010 – Art. 117, c. 1, Cost. – Art. 11 Cedu – Art. 5 della Carta sociale europea – Art. 52, c. 3, Cost. – Bilanciamento – Illegittimo divieto assoluto di costituire associazioni professionali a carattere sindacale – Legittimo divieto di aderire ad altre associazioni sindacali.

Va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 1475, c. 2, del d.lgs. n. 66 del 2010 per contrasto con l'art. 117, c. 1, Cost., in relazione agli artt. 11 Cedu e 5, terzo periodo, della Carta sociale europea, nella parte in cui prevede che «I militari non possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale o aderire ad altre associazioni sindacali» invece di prevedere che «I militari possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale alle condizioni e con i limiti fissati dalla legge; non possono aderire ad altre associazioni sindacali». (1)

(1) L'ATTESO REVIREMENT DELLA CORTE COSTITUZIONALE
SULLA LIBERTÀ DI ASSOCIAZIONE SINDACALE DEI MILITARI

SOMMARIO: 1. Il *thema decidendum*. — 2. Il discusso precedente: la sentenza 17.12.1999, n. 49. — 3. La recente giurisprudenza della Corte Edu e del Comitato europeo dei diritti sociali sulla libertà di associazione sindacale dei militari. — 4. La decisione della Corte. — 5. Rilievi conclusivi.

1. — *Il thema decidendum* — Con la sentenza del 13.6.2018, n. 120, la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'articolo 1475, c. 2, del Codice dell'ordinamento militare (d.lgs. 15.3.2010, n. 66), nella parte in cui vietava a tutti i militari di «costituire associazioni professionali a carattere sindacale o aderire ad altre associazioni sindacali».

L'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato (4.5.2017, n. 2043) aveva rilevato un insanabile contrasto con l'art. 117, c. 1, della Costituzione, in relazione agli artt. 11 e 14 della Cedu e all'art. 5, terzo periodo, della Carta sociale europea. La Consulta ha operato un'interpretazione sistemica di bilanciamento della libertà di associazione sindacale con le esigenze di organizzazione, coesione, imparzialità e democraticità dell'ordinamento militare, e ha parzialmente accolto la questione, ritenendo sussistente la violazione dell'art. 117, c. 1, Cost. in relazione agli artt. 11 Cedu e 5, terzo periodo, della Carta sociale europea.

La pronuncia ben può dirsi di portata storica (1): sia perché risolve l'annosa questione della compatibilità della coesione organica dell'apparato militare con il riconoscimento di diritti associativi e collettivi, sconfessando definitivamente la concezione istituzionalistica del rapporto di impiego militare (2) e riconoscendo anche ai membri delle Forze Armate, seppur con significativi limiti, la titolarità della libertà di associazione sindacale quale fondamento irrinunciabile di ogni ordinamento democratico protetto a livello costituzionale, europeo e internazionale; sia perché, per la prima volta, chiarisce esplicitamente il ruolo e la rilevanza nel nostro ordinamento della Carta sociale europea e delle pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali, oltre a ribadire l'orientamento secondo cui, «poiché le norme della Cedu vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata» (3), ponendo un ulteriore tassello nel dialogo tra Corti Supreme nazionali, Corti costituzionali e Corte europea dei diritti dell'uomo (4).

2. — *Il discusso precedente: la sentenza 17.12.1999, n. 49* — L'approdo a cui sono giunti i giudici costituzionali non era affatto scontato, ed è frutto di un lungo e faticoso percorso giudiziario di messa in discussione del consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui in ambiti speciali come quelli delle Forze Armate e di Pubblica Sicurezza, caratterizzati dalla prevalenza delle esigenze di servizio su quelle di impiego, l'attività sindacale sarebbe *ex se* incompatibile con i fondamentali caratteri di coesione interna e neutralità dell'ordinamento militare (5). Tale interpretazione è frutto della particolare disciplina eteronoma degli organismi di rappresentanza collettiva del personale militare, sprovvisti del potere di contrattazione in quanto organi «interni» all'amministrazione e dotati unicamente di prerogative consultive/concertative interministeriali (6).

(1) Così la definisce Tullini 2018.

(2) Per una ricostruzione critica della concezione istituzionalistica dell'ordinamento militare, cfr.: Romano 1946, 176 ss.; Bachelet 1962, 25 ss.; Lombardi 1967, 273 ss.; Morbidelli 1970, 982 ss.; Caretti, Morbidelli 1970, 254 ss.; Pinto F. 1979, 47 ss.; Labriola 1979, 428 ss.; Modugno 1985, 238 ss.; Balduzzi 1988; Grisolia 1990, 333 ss.; Chiti 2006.

(3) Così C. cost. 24.10.2007, n. 348, in *RDI*, 2008, n. 1, 197 ss.

(4) Sul tema, cfr.: Borelli, Rocca 2018, 171 ss.; Barbera 2017; Ruggeri 2017; Patroni Griffi 2017; Ridolfi 2016; Bruun, Lörcher 2012, 397 ss.; Caruso, Militello (a cura di) 2011; Caruso 2010; Novitz 2010, 409 ss.; Bronzini 2009, 975 ss.; Giannelli 2009, 650; Marguénaud, Mouly 2009, 742 ss.; Merino 2007, 481 ss.; Zagrebelsky G. 2006, 297 ss.

(5) Si vd., per tutti, Cons. Stato, adunanza plenaria, 4.2.1966, n. 5, in *DL*, 1967, II, 77 ss., con nota di Acciarini, *GCost.*, 1966, 1912 ss., con nota di Cerri. Per una critica a tale orientamento, cfr.: Pera 1966, 30 ss.; Branca 1966, 62 ss.; Serra 1966, 371 ss.; Prosperetti 1971, 5 ss.; Pulitanò 1973, 544 ss.; Pedrazzoli 1975, 122 ss.; Mancini 1976, 257 ss.; Treu 1992, 353 ss.

(6) Il Titolo V, Libro IV, d.lgs. n. 66/2010, ribadendo quanto già previsto dalla previgente l. n. 382/1978, disciplina gli organismi rappresentativi del personale militare. In particolare, la rappresentanza

Un primo tentativo di messa in discussione di tale modello di rappresentanza è stato compiuto dal Consiglio di Stato nel 1998, allorché i giudici di palazzo Spada sollevarono questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, c. 1, l. n. 382/1978, con riferimento agli artt. 3, 39 e 52, c. 3, Cost. A parere dei giudici amministrativi, tale disposizione, analogamente a quanto previsto dal vigente art. 1475, c. 2, del Codice dell'ordinamento militare, vietando agli appartenenti alle Forze Armate di costituire associazioni professionali a carattere sindacale e, comunque, di aderire ad altri sindacati esistenti, negava irragionevolmente il principio della libertà sindacale in assenza di «motivi fondati su valori costituzionalmente preminenti» (7).

La Consulta, con la sentenza del 13.12.1999, n. 449, respinse le argomentazioni del Consiglio di Stato considerando pienamente legittimo il divieto di associazione sindacale per il personale militare e statuendo che la declaratoria di incostituzionalità della norma censurata avrebbe aperto «la via a organizzazioni la cui attività potrebbe risultare non compatibile con i caratteri di coesione interna e neutralità dell'ordinamento militare» (8).

Il percorso logico-argomentativo seguito dalla Corte può essere così sintetizzato: la compatibilità della compressione della libertà individuale di associazione sindacale con l'ordinamento militare a carattere democratico (ex art. 52, c. 3) è fondata sulla permanenza di ampi spazi di specialità del regime giuridico delle Forze Armate, che segnano uno sviluppo particolare del bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti. I motivi adottati dalla Consulta per

militari si articola su tre livelli: i Consigli di base della rappresentanza militare (Cobar), i consigli intermedi di rappresentanza (Coir) e il Consiglio centrale della rappresentanza militare (di seguito, Cocer) (artt. 1476 e ss.). I consigli della rappresentanza militare si configurano come un sottosistema dell'organizzazione militare. Essi sono organismi di natura pubblica, direttamente istituiti con legge, sprovvisti di indipendenza e titolarità negoziale. Il legame di tali organismi di rappresentanza con l'organizzazione militare è stringente, ed è confermato anche dal fatto che tali organismi si riuniscono nell'ambito dei luoghi militari o comunque destinati al servizio e che ai componenti dei Cocer spettano i compensi previsti dall'art. 1 del d.P.R. n. 5/1956, con la conseguenza che lo svolgimento di attività rappresentative è considerato a tutti gli effetti come «servizio», non come attività sindacale. L'art. 1478, c. 4, del Codice dell'ordinamento militare disciplina i compiti delle rappresentanze militari e in particolare le competenze del Cocer, attribuendogli la facoltà di formulare pareri, richieste e proposte riguardanti le materie oggetto di norme o regolamenti in merito alla condizione, al trattamento, alla tutela di natura giuridica, economica, previdenziale, sanitaria, culturale e morale dei militari. Nel medesimo articolo si precisa che i pareri, le proposte e le richieste vengono comunicati al ministro della Difesa che li trasmette per conoscenza alle Commissioni permanenti competenti per materia dei due rami del Parlamento. È inoltre previsto che le stesse Commissioni possano fare richiesta di audire l'organo centrale relativamente alle materie di pertinenza della rappresentanza militare. Inoltre, ai sensi dall'art. 878, c. 2, del d.P.R. n. 90/2010, sono espressamente escluse dalle competenze degli organismi rappresentativi le materie concernenti l'addestramento, l'ordinamento, le operazioni, il settore logistico-operativo, il rapporto gerarchico-funzionale, l'impiego del personale, ossia gli aspetti più salienti del rapporto professionale del personale militare. Infine, come è stato osservato in dottrina (Lambertucci, 2016, 629), «all'assenza di un "ruolo" negoziale, si accompagnano anche le difficoltà, per gli organi di rappresentanza militare, di disporre di canali di comunicazione con la base, di potersi interfacciare efficacemente con l'amministrazione militare, rimanendo una rappresentanza esclusivamente "interna" (inserita, pertanto, nel corpo di quest'ultima) senza neppure la possibilità di utilizzare, sotto il profilo normativo, strumenti per contrastare la violazione delle stesse procedure di concertazione». Sul punto, cfr.: Guella 2015, 4 ss.; Di Rollo 2000, 351 ss.; Menghini 1992, 396 ss.

(7) Così Cons. Stato 2.6.1998, n. 837, S. IV, ord., in *Nuovo diritto*, 1998, II, 813 ss., con nota di Nunziata.

(8) Così C. cost. 17.12.1999, n. 449, in *GCost.*, 1999, 3870 ss. Per un puntuale commento della sentenza, cfr.: D'Elia 2000, 550 ss.; Baldanza 2000, 257 ss.; Rollo 2000, 350 ss.; Lambertucci 2014, 622-629.

comprimere – nell'ambito dell'ordinamento militare – la libertà sindacale sarebbero riconducibili all'esigenza di non indebolire la disciplina militare e la coesione dei corpi militari, espresse nei valori della gerarchia. Nella visione della Corte, l'assetto legislativo censurato non determina un eccesso di tutela dell'apparato pubblico, a danno delle libertà fondamentali individuali e del carattere democratico dell'ordinamento militare stesso, in quanto le esigenze individuali e di democraticità dell'ordinamento militare sarebbero comunque assicurate mediante la specifica rappresentanza militare, nonostante il suo carattere non sindacale ma corporativo/istituzionale. In altre parole, i beni, prevalenti nel bilanciamento operato dal legislatore italiano e dalla Corte costituzionale, andrebbero individuati nelle esigenze di organizzazione, coesione interna e massima operatività che distinguono le Forze Armate dalle altre strutture statali. In conclusione, «se è fuori discussione il riconoscimento ai singoli militari dei diritti fondamentali, che loro competono al pari degli altri cittadini della Repubblica, è pur vero che in questa materia non si deve considerare soltanto il rapporto di impiego del militare con la sua amministrazione e, quindi, l'insieme dei diritti e dei doveri che lo contraddistinguono e delle garanzie (anche di ordine giurisdizionale) apprestate dall'ordinamento. Qui rileva nel suo carattere assorbente il servizio, reso in un ambito speciale come quello militare (art. 52, cc. 1 e 2, della Costituzione)» (9).

L'approdo a cui è giunta la Corte nel 1999 non solo è controvertibile alla luce degli orientamenti più recenti della stessa giurisprudenza costituzionale su proporzionalità e ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali (10), ma, soprattutto, si pone in diretta frizione con la codificazione a livello europeo e internazionale della libertà sindacale quale fondamento irrinunciabile di ogni ordinamento democratico, la cui parziale restrizione è ammissibile solo se prevista dalla legge e volta alla salvaguardia di beni primari di rilievo pubblicistico (11).

3. — *La recente giurisprudenza della Corte Edu e del Comitato europeo dei diritti sociali sulla libertà di associazione sindacale dei militari* — La frizione tra il bilanciamento operato dalla Consulta nel 1999 e le norme primarie europee e internazionali di protezione e garanzia della libertà sindacale, nell'interpretazione espansiva fornita dalle massime Corti europee, ha raggiunto negli ultimi anni un punto di non ritorno, tanto da sollevare, in dottrina e in giurisprudenza, nuovi e rilevanti dubbi di costituzionalità del divieto in commento, confluito nel Codice dell'ordinamento militare, in relazione all'art. 117, c. 1, Cost.

(9) Così C. cost. 17.12.1999, n. 449, cit. Su tali argomentazioni, si vd. le osservazioni critiche di Lambertucci (2016, 625-626), secondo il quale «è necessario separare l'ordinamento militare e la disciplina del rapporto di impiego, il quale, per quanto connotato da elementi di specialità, è pur sempre un rapporto di lavoro alle "dipendenze" dell'amministrazione dello Stato. [...] L'art. 39 Cost. non pone limiti (di carattere soggettivo) alla libertà di associazione sindacale e tali limiti non sono neppure ricavabili dalla disposizione che, specificamente occupandosi delle Forze Armate, nel richiedere l'adeguamento allo spirito democratico della Repubblica (ex art. 52, c. 3, Cost.) ne favorisce l'esercizio anche all'interno dei corpi militari».

(10) Cfr. C. cost. 9.5.2013, n. 85, in *GCost.*, 2013, n. 3, 1424 ss., ai sensi della quale «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre "sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto tra loro". Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona». Conforme C. cost. 28.11.2012, n. 264, in *GCost.*, 2012, n. 6, 4216 ss.

(11) Cfr.: art. 12 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; art. 5 della Carta sociale europea; art. 11 della Cedu; art. 2 della Convenzione OIL 9.7.1948, n. 87.

Il *quid novi* è rappresentato da due storiche sentenze emesse dalla Corte Edu contro la Francia con le quali si è dichiarata l'incompatibilità con l'art. 11 della Cedu del divieto generale di adesione a organizzazioni sindacali per gli appartenenti alle Forze Armate (12).

Nei casi *Matelly v. France* (13) e *Adefdromil v. France* (14), la Corte Edu ha riscontrato una violazione dell'art. 11 della Cedu della norma eteronoma francese, nonostante il divieto (assoluto) di sindacalizzazione militare vigente in Francia sia stato giustificato dal legislatore sulla base di meritevoli ragioni di coesione delle Forze Armate, che richiederebbero modalità alternative di tutela dei lavoratori. I giudici di Strasburgo hanno statuito che la creazione di un meccanismo di rappresentanza militare di tipo corporativo non è idoneo a sanare una proibizione assoluta di adesione e creazione di associazioni sindacali. Il c. 1 dell'art. 11 della Cedu dispone, infatti, che «ogni persona ha diritto alla libertà di riunione pacifica e alla libertà d'associazione, ivi compreso il diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire a essi per la difesa dei propri interessi», e ciò senza prevedere esclusioni soggettive dal campo di applicazione della norma, a carico di specifiche categorie di lavoratori. Tuttavia, a integrazione della previsione generale, al c. 2 si dispone che «l'esercizio di questi diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui», e soprattutto – a riconoscimento della specificità dell'ordinamento militare – si prevede che le garanzie dell'art. 11 non ostano «a che restrizioni legittime siano imposte all'esercizio di tali diritti da parte dei membri delle Forze Armate, della Polizia o dell'amministrazione dello Stato», assicurando quindi al legislatore nazionale un margine di discrezionalità particolarmente ampio nella regolamentazione dell'esercizio dalla rappresentanza sindacale degli apparati militari; margine di apprezzamento che, tuttavia, non può concretizzarsi in una compressione assoluta della libertà sindacale del personale militare.

A fronte di ciò, un divieto generale e inderogabile di associarsi per fini professionali mina – nell'interpretazione della Corte Edu – l'essenza della libertà di associazione, sostanziandosi in un'interferenza che non può essere considerata proporzionata e – quindi – non si pone come «necessaria in una società democratica». In generale, infatti, il diritto di formare e aderire a un sindacato è una delle espressioni principali della libertà di associazione (15), il cui nucleo fondamentale non può essere tutelato – nel bilanciamento con altri interessi – secondo modalità organizzative inidonee a garantire democraticità, indipendenza e pluralismo degli organismi di rappresentanza rispetto all'amministrazione militare. A parere dei giudici di Strasburgo, è legittimo e proporzionato imporre forme limiti di azione ed esercizio del diritto di associazione professionale tra militari, ma a condizione che tali restrizioni non privino i destinatari dello stesso diritto generale di associarsi. Il carattere assoluto e astratto del divieto è sintomatico di una misura eccessiva e sproporzionata, ma al contempo viene lasciato al legislatore nazionale un ampio

(12) Cfr. artt. da L. 4121-1 a L. 4121-8 del *Code de la défense*.

(13) C. Edu 2.10.2014, *Matelly v. France*, ricorso n. 10609/10, in cui un militare aveva ricevuto l'ordine di dimettersi da un'associazione di cui era membro, una volta riscontrato il suo potenziale carattere parasindacale.

(14) C. Edu 2.10.2014, *Adefdromil v. France*, ricorso n. 32191/09, in cui era stata negata la legittimazione ad agire a un'associazione professionale istituita tra militari.

(15) Per approfondire l'evoluzione della giurisprudenza della Corte Edu in materia di libertà di associazione sindacale, cfr. Fontana 2010, 97 ss.

marginale di apprezzamento nella regolamentazione e limitazione di tale libertà fondamentale. In altre parole, il divieto generale di associarsi a fini sindacali, anche se fondato da legittime esigenze di tutela della coesione delle Forze Armate, va oltre quanto necessario in una società democratica poiché incide illegittimamente sul momento fondativo (istitutivo) dell'associazione, e non sulle modalità successive di azione (esercizio) della stessa (16).

A seguito delle pronunce *Matelly e Adefdromil*, il legislatore francese ha adottato la legge n. 2015-917 del 28.7.2015 di modifica dell'art. L. 4121-4 del *Code de la défense*, stabilendo che i militari possono costituire liberamente un'associazione militare professionale nazionale, in presenza delle condizioni stabilite dalla disciplina contenuta negli artt. da L. 4126-1 a L. 4126-10, relativa alle «*Associations professionnelles nationales de militaires*», ma non possono aderire ad altre associazioni sindacali.

Tale modifica, se è indubbiamente rispettosa dell'art. 11 Cedu, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, potrebbe, tuttavia, non essere idonea a superare il vaglio di legittimità dell'art. 5 della Carta sociale europea, per lo meno nell'interpretazione fornita dal Comitato sociale europeo nei casi *Conseil Européen des Syndicats de Police (Cesp) c. Francia* (17) e *Organisation européenne des associations militaires (Euromil) c. Ireland* (18), con cui il Comitato di esperti ha dichiarato incompatibile con l'art. 5 della Carta sociale europea sia il divieto assoluto per i membri delle Forze Armate e della forze di polizia a ordinamento militare di costituire organizzazioni professionali sia quello, parimenti generale, di aderire ad altre associazioni sindacali. Il divieto di intrattenere relazioni organizzative con altre associazioni sindacali, infatti, porta alla creazione di un sindacato esclusivamente di mestiere, paracorporativo e, in quanto tale, strutturalmente inidoneo a farsi portatore di un interesse collettivo solidaristico, generale e intracategoriale che dovrebbe caratterizzare l'essenza dell'essere e dell'agire del sindacato (19).

4. — *La decisione della Corte* — Le pronunce dei giudici di Strasburgo e quelle del Comitato di esperti sopracitate hanno rappresentato l'indispensabile battistrada per l'ammissibilità di una nuova questione di costituzionalità da parte della Corte costituzionale (20). Prova ne è il fatto che il perno giuridico su cui si fonda il *revirement* della Consulta sulla libertà sindacale dei militari è rappresentato dall'art. 117, c. 1, Cost., che, imponendo alla Repubblica il rispetto dei trattati internazionali, rende questi ultimi fonti interposte rilevanti per il giudizio di costituzionalità.

Abilmente il Consiglio di Stato ha incentrato l'ordinanza di rimessione sulla «palese e insanabile contrarietà» della legislazione nazionale interdittiva della libertà sindacale per i militari rispetto sia alle «norme di diritto internazionale convenzionale come ricavate dall'esegesi della Corte europea dei diritti dell'uomo», sia all'art. 5, terzo periodo, della Carta sociale europea il quale, rimettendo al legislatore nazionale l'applicazione delle garanzie sindacali sancite, ricono-

(16) Per una puntuale analisi delle sentenze della Corte Edu citate, cfr. Guella 2015, 18 ss.

(17) Comitato europeo dei diritti sociali 27.1.2017, *Conseil Européen des Syndicats de Police (Cesp) c. Francia*, reclamo collettivo n. 101/2013.

(18) Comitato europeo dei diritti sociali 12.9.2017, *Organisation européenne des associations militaires (Euromil) c. Ireland*, reclamo collettivo n. 112/2014.

(19) Cfr.: Rusciano 1980, 19 ss.; Fois 1978, 172 ss.; Menghini 1992, 386 ss.

(20) Sulla possibilità di una possibile riapertura della questione di legittimità costituzionale del divieto di associazione militare alla luce delle sentenze della C. Edu anche nell'ordinamento spagnolo, cfr. Baylos 2018.

scendo «un nucleo essenziale di libertà sindacale che non può non essere riconosciuto anche a favore di tale categoria di lavoratori». Con tale raffinata argomentazione tecnica i giudici di palazzo Spada hanno costretto i giudici costituzionali a pronunciarsi sulla riconducibilità tra le fonti interposte non solo della Cedu, così come interpretata dalla giurisprudenza dei giudici di Strasburgo, ma anche e soprattutto della Carta sociale europea, così come riveduta nel 1996, contenente un ricco elenco di diritti sociali e del lavoro.

L'approdo a cui giunge la Corte è la dichiarazione di incostituzionalità parziale dell'art. 1475, c. 2, d.lgs. n. 66 del 2010, nella parte in cui vieta ai militari di «costituire associazioni professionali a carattere sindacale». Secondo la Consulta, «le fonti internazionali che concorrono a integrare l'art. 117, c. 1, Cost., riconoscono il diritto di associazione sindacale anche ai militari ed escludono per ciò stesso la possibilità per gli ordinamenti nazionali di negarlo o di prevedere restrizioni al suo esercizio tali da comportarne la sostanziale soppressione»; né gli organismi di rappresentanza militare previsti attualmente dall'ordinamento italiano possono essere considerati alla stregua di adeguate misure compensative idonee a garantire la democraticità dell'ordinamento militare. In particolare, rilevano quali parametri interposti l'art. 11, paragrafo 1, Cedu, nell'interpretazione fornita dalla Corte Edu, e l'art. 5 della Carta sociale europea, ai sensi dei quali la libertà sindacale costituisce un fondamento irrinunciabile di ogni ordinamento democratico da garantire a tutte le categorie di lavoratori, la cui regolamentazione non può incidere sugli elementi essenziali del diritto. Tuttavia, le peculiari esigenze di «coesione interna e neutralità» che caratterizzano le Forze Armate rispetto ad altre strutture dello Stato giustificano restrizioni alla portata del diritto fondamentale alla libertà di associazione professionale, in misura che non sarebbe ammissibile per altre tipologie di lavoratori. Ciò rende non fondata la questione di costituzionalità nella parte relativa al divieto di «aderire ad altre associazioni sindacali», in quanto la speciale configurazione costituzionale dell'ordinamento militare rende necessario che le associazioni di rappresentanza degli interessi professionali del personale militare siano esclusivamente rappresentanze di mestiere espressione unicamente degli interessi professionali dei lavoratori delle Forze Armate.

La Consulta non si limita a una semplice declaratoria di incostituzionalità parziale della norma censurata, ma opera un vero e proprio intervento manipolativo della normativa vigente e si spinge sino a ricostruire la disciplina applicabile attingendo ad altre norme dell'ordinamento (21). Ciò avviene in quanto «la corretta attuazione della disciplina costituzionale della materia impone a questa Corte un'ulteriore verifica; difatti, i valori che essa sottende sono di tale rilevanza da rendere incompatibile con la disciplina stessa un riconoscimento non specificamente regolamentato del diritto di associazione sindacale. La previsione di condizioni e limiti all'esercizio di tale diritto, se è infatti facoltativa per i parametri internazionali, è invece doverosa nella prospettiva nazionale, al punto da escludere la possibilità di un vuoto normativo; vuoto che sarebbe di impedimento allo stesso riconoscimento del diritto di associazione sindacale». Sulla base di tale assunto, i giudici costituzionali ritengono applicabile l'art. 1475, c. 1, del d.lgs. n. 66 del 2010, secondo cui «la costituzione di associazioni o circoli fra militari è subordinata al preventivo assenso del ministro della Difesa», in quanto espressione di un principio generale di necessario assenso degli organi di vertice di ciascun corpo militare per tutte le forme associative: principio valido *a fortiori* per quelle a carattere sindacale, sia perché *species* del genere considerato dalla norma, sia per la loro particolare importanza. A ciò consegue che gli statuti delle co-

(21) Per un puntuale commento, cfr. Tricomi 2018.

stituende associazioni andranno sottoposti agli organi competenti, il cui vaglio dovrà essere condotto alla stregua di criteri che il legislatore dovrà definire, ma che, nelle more dell'intervento eteronomo, possono essere desunti dall'assetto costituzionale della materia e consistono nel carattere democratico dell'organizzazione interna e nella trasparenza del sistema di finanziamento. Infine, la Corte ribadisce la legittimità del divieto del diritto di sciopero, sacrificabile in nome dell'esigenza di tutelare altri prevalenti interessi costituzionali, ed estende ai futuri sindacati delle Forze Armate i limiti generali previsti dalla disciplina degli organismi di rappresentanza istituzionale del personale militare, ai sensi dei quali le rappresentanze interne non hanno competenza su «materie concernenti l'ordinamento, l'addestramento, le operazioni, il settore logistico-operativo, il rapporto gerarchico-funzionale e l'impiego del personale» (22).

5. — *Rilievi conclusivi* — La rilevanza della sentenza in commento va oltre lo stretto ambito della materia oggetto del giudizio. Il profilo di maggior interesse è l'espreso riconoscimento della Carta sociale europea come fonte interposta nel giudizio di costituzionalità *ex art.* 117, c. 1, Cost. Tale assunzione è una novità di non poco conto nella giurisprudenza costituzionale, in quanto permette di arricchire in maniera significativa, visto il carattere maggiormente analitico dei diritti sociali sanciti dalla Carta sociale europea rispetto alla nostra Costituzione, il patrimonio delle fonti primarie di rilievo costituzionale a garanzia dei diritti fondamentali dei lavoratori (23). In particolare, risulta rilevante la statuizione secondo cui la Carta sociale europea costituisce «il naturale completamento sul piano sociale» della Cedu, garantendo «il carattere indivisibile di tutti i diritti dell'uomo». Tale complementarietà tra Cedu e Carta sociale europea ne giustifica la qualificazione di fonte di diritto internazionale ai sensi dell'art. 117, c. 1, Cost.

Tale riconoscimento, tuttavia, è temperato da due rilevanti puntualizzazioni che permettono alla Consulta di mantenere l'assoluta potestà interpretativa sulla portata delle disposizioni convenzionali nel nostro ordinamento costituzionale. Da un lato, la Corte ribadisce che la Carta sociale europea «è priva di effetto diretto e la sua applicazione non può avvenire immediatamente a opera del giudice comune, ma richiede l'intervento di questa Corte, cui va prospettata la questione di legittimità costituzionale, per violazione del citato c. 1 dell'art. 117 Cost., della norma nazionale ritenuta in contrasto con la Carta. Ciò tanto più in considerazione del fatto che la sua struttura si caratterizza prevalentemente come affermazione di principi ad attuazione progressiva, imponendo in tal modo una particolare attenzione nella verifica dei tempi e dei modi della loro attuazione»; dall'altro, statuisce il carattere non vincolante della giurisprudenza del Comitato europeo dei diritti sociali distinguendo significativamente la portata concreta della giurisprudenza della Corte Edu rispetto a quella del Comitato europeo nell'attuazione dei diritti sociali negli ordinamenti nazionali.

Significativa in tal senso è l'argomentazione secondo cui, «a differenza della Cedu, la Carta sociale europea non contiene una disposizione di effetto equivalente all'art. 32, paragrafo 1, secondo cui “La competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli che siano sottoposte a essa...”. A sua volta, il Protocollo addizionale alla Carta sociale europea, che istituisce e disciplina il sistema dei reclami collettivi, non contiene una disposizione di contenuto analogo all'art. 46 della Cedu, ove si afferma che “Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze de-

(22) Così art. 1478, c. 7, d.lgs. n. 66/2010.

(23) Così Orlandini 2018, 7. Sul valore giuridico e sulla portata dei diritti sanciti della Carta sociale europea, cfr. Panzera *et al.* 2016.

finitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti²⁴; disposizione che fonda l'autorità di *res iudicata* delle sentenze rese dalla Corte Edu relativamente allo/agli Stato/Stati in causa e alla controversia decisa dalla Corte stessa. Pertanto, rispetto alle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali, non può trovare applicazione quanto affermato da questa Corte nella sentenza n. 348 del 2007: «Poiché [...] le norme della Cedu vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata». Nel contesto dei rapporti così delineati fra la Carta sociale europea e gli Stati sottoscrittori, le pronunce del Comitato, pur nella loro autorevolezza, non vincolano i giudici nazionali nella interpretazione della Carta, tanto più se – come nel caso in questione – l'interpretazione estensiva proposta non trova conferma nei nostri principi costituzionali».

Tale distinzione permette alla Consulta di aggirare la più recente giurisprudenza del Comitato europeo dei diritti sociali, il quale in ben due occasioni ha sancito l'illegittimità anche del divieto di aderire ad altre associazioni sindacali imposto ai militari per violazione dell'art. 5 della Carta sociale europea (24).

L'inciso con il quale la Corte liquida la giurisprudenza del Comitato europeo è criticabile e inidoneo a fornire una risposta definitiva ed esauriente al complesso problema del dialogo tra Corti e del rapporto tra fonti interne e internazionali. Come è stato osservato da attenta dottrina, «non basta osservare che il Comitato europeo dei diritti sociali non è un organo giurisdizionale per poterlo semplicemente ignorare; né che le sue decisioni non sono sentenze, per negarne ogni valore. Nel richiamare le norme della Cedu che attribuiscono la natura di *res iudicata* alle sentenze della Corte di Strasburgo, la Consulta sembra ignorare il fatto che il Protocollo addizionale alla Carta sociale europea del 1991 conferisce espressamente al Comitato il compito di valutare da un punto di vista giuridico il rispetto degli obblighi derivanti dalla Carta. Aderendo alla Carta sociale europea l'Italia ha dunque attribuito espressamente al Comitato europeo dei diritti sociali il potere di interpretarla e di valutare l'adempimento degli obblighi che essa pone sugli organi statali. In altre parole, tener conto delle decisioni del Comitato è un obbligo di diritto internazionale che non può essere semplicemente ignorato, senza motivazione alcuna» (25). In altre parole, per quanto l'interpretazione dei giudici costituzionali sia autorevole non può essere considerata autoritativa al punto da tradursi in una riserva assoluta di giurisdizione sui diritti sociali fondamentali. Se è innegabile la tendenza della Consulta a ritagliarsi un intrinseco margine di apprezzamento nazionale quale giudice ultimo dei diritti fondamentali, è parimenti incontrovertibile che tale sovranità interpretativa non può concretizzarsi nella negazione della bidirezionalità del principio di sussidiarietà e della clausola di «massima espansione delle garanzie» sancita a livello internazionale ed europeo dagli artt. 53 Cedu, 53 Carta di Nizza, H (ex art. 32) della Carta sociale europea (26). Il rischio è quello di contraddire in con-

(24) Rispettivamente Comitato europeo dei diritti sociali 27.1.2017, *Conseil Européen des Syndicats de Police (Cesp) c. Francia*, reclamo collettivo n. 101/2013, e Comitato europeo dei diritti sociali 12.9.2017, *Organisation européenne des associations militaires (Euromil) c. Irland*, reclamo collettivo n. 112/2014.

(25) Così Orlandini 2018, 8. Sul punto, cfr. anche: Monaco 2018; Sturniolo 2018; Liberati 2017.

(26) Sulla clausola di «massima espansione delle garanzie», cfr.: Silvestri 2009, 13 ss.; Spadaro 2011, 12 ss.; D'Amico 2015, 17 ss. Sulla recente tendenza della Corte costituzionale ad assumere il ruolo di giudice ultimo dei diritti fondamentali, cfr.: C. cost. 22.10.2014, n. 238, in *RDI*, 2015, I, 237 ss.; C. cost. 26.3.2015, n. 49, in *RDI*, 2015, n. 3, 1022 ss.; C. cost. 14.12.2017, n. 269, in *GC*, 2017, n. 6, 2925 ss., con nota di Scaccia, Repetto, in *FI*, 2018, n. 2, I, 405 ss., con nota di Scoditti. Su tale ultima pronuncia, si vd. Bronzini 2018.

creto quanto statuito a livello teorico dalla stessa giurisprudenza costituzionale sul dialogo tra Corti, secondo la quale i trattati internazionali nell'interpretazione fattuale datane dagli organi giurisdizionali internazionali a ciò preposti sono vincolanti in ogni loro parte per il nostro ordinamento (27).

È, dunque, auspicabile un ripensamento della Corte sul punto per non vanificare, nella pratica, quella sintonia e complementarietà tra Cedu e Carta sociale europea meritoriamente affermata a livello teorico nella sentenza in commento.

Riferimenti bibliografici

- Bachelet V. (1962), *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Giuffrè, Milano, 25 ss.
- Baldanza A. (2000), *Il divieto gravante sui militari di aderire alle organizzazioni sindacali: termini della questione e precedenti giurisprudenziali*, in *GDA*, 257 ss.
- Balduzzi R. (1988), *Principio di legalità e spirito democratico nell'ordinamento delle Forze Armate*, Giuffrè, Milano.
- Barbera A. (2017), *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 4, 1 ss.
- Baylos A. (2018), *Reconocido a los militares el derecho a la libertad sindical... en Italia*, in *Según Antonio Baylos*, in <http://baylos.blogspot.com>.
- Borelli S., Rocca M. (2018), *E all'improvviso quel silenzio tra noi. Storie di dialoghi interrotti tra Corti nazionali e sovranazionali – «E all'improvviso quel silenzio tra noi»*, in *LD*, n. 1, 171 ss.
- Branca G. (1966), *Libertà sindacale, agenti di Pubblica Sicurezza, sindacati e partiti politici*, in *RDL*, II, 62 ss.
- Bronzini G. (2009), *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della Cedu: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *RIDL*, I, 975 ss.
- Bronzini G. (2018), *La Carta dei diritti nella crisi del processo di integrazione: la discutibile svolta della giurisprudenza costituzionale*, in *W.P. Csdlle «Massimo D'Antona», Collective Volumes*, n. 373, in <http://csdle.lex.unict.it>, 1 ss.
- Bruun N., Lörcher K. (2012), *Innovazione sociale: la nuova giurisprudenza della Corte di Strasburgo sui diritti fondamentali del lavoro*, in *RGL*, n. 2, 1, 397 ss.
- Caretti P., Morbidelli G. (1970), *Obbligo di prestare servizio militare e tutela delle posizioni soggettive*, in *FA*, n. 4-5, 254 ss.
- Caruso B. (2010), *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piove)*, in *WP Csdlle «Massimo D'Antona».INT*, n. 81, in <http://csdle.lex.unict.it>, 1 ss.
- Caruso B., Militello M. (a cura di) (2011), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, in *WP Csdlle «Massimo D'Antona». Collective Voluimes*, n. 1, in <http://csdle.lex.unict.it>, 1 ss.

(27) Cfr.: C. cost. 24.10.2007, n. 348, in *RDC*, 2009, n. 4, 1119 ss., con nota di Falcone; C. cost. 24.10.2007, n. 349, in *GCost.*, 2007, n. 5, 3535 ss., con nota di Cartabia *et al.* In dottrina, si vd. Spadaro 2015, 504 ss., spec. 515, secondo il quale stiamo assistendo «al paradosso di diritti internazionalmente riconosciuti, anche dall'Italia (essendo stati i relativi trattati ratificati regolarmente e in modo integrale nel nostro ordinamento) – che, per di più, ufficialmente costituiscono per la Corte “norme interposte” costituzionalmente compatibili (in assenza di violazioni esplicite di norme costituzionali) –, i quali (diritti) però, inspiegabilmente, non sono considerati meritevoli di protezione costituzionale in Italia, benché essi non violino la Costituzione, ma al contrario ne implementino positivamente la portata».

- Chiti E. (2006), *L'amministrazione militare tra ordinamento nazionale ed ordinamento globale*, Giuffrè, Milano.
- D'Amico G. (2015), *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in Pin A. (a cura di), *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, Editoriale scientifica, Napoli, 17 ss.
- D'Elia G. (2000), *Sotto le armi non tacciono le leggi: a proposito delle libertà sindacali dei militari*, in *GCost.*, 550 ss.
- Di Rollo (2000), *Rappresentanze delle Forze Armate e delle forze di polizia ad ordinamento militare*, in *LPA*, II, 350 ss.
- Fois S. (1978), *Appunti sul problema del «sindacato di Polizia»*, in Id., *Sindacati e sistema politico*, Giuffrè, Milano, 163 ss.
- Fontana G. (2010), *La libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 2, 97 ss.
- Giannelli A. (2009), *L'adesione dell'Unione europea alla Cedu secondo il Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 650 ss.
- Grisolia M.C. (1990), *Disciplina militare e diritti del soldato*, in *Nuove dimensioni dei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Cedam, Padova, 333 ss.
- Guella F. (2015), *Libertà di associazione sindacale e coesione delle Forze Armate: i margini di apprezzamento nel bilanciare diritti individuali e interessi pubblici, tra Corte costituzionale e Corte Edu*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 1, 1 ss.
- Labriola S. (1979), *Ancora sul tema e della posizione e della natura dell'ordinamento penale militare*, in *GC*, n. 6, 428 ss.
- Lambertucci P. (2016), *Verso la rappresentanza sindacale dei corpi militari?*, in *DLRI*, vol. 152, n. 4, 619 ss.
- Liberali B. (2017), *Un nuovo parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale: la Carta sociale europea a una nuova svolta?*, in *www.federalismi.it*, n. 7, 1 ss.
- Lombardi G. (1967), *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 273 ss.
- Mancini F. (1976), *Equivoci e silenzi sul sindacato di Polizia*, in Id., *Costituzione e movimento operaio*, il Mulino, Bologna, 249 ss.
- Marguénaud J.P., Mouly J. (2009), *L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux*, in *Recueil Dalloz*, n. 11, 742 ss.
- Menghini L. (1992), *Le articolazioni del «diritto sindacale separato»: polizie, Carabinieri, Forze Armate*, in *RGL*, I, 377 ss.
- Merino M. (2007), *Le renforcement de la protection de la liberté syndicale par la Cour européenne des droits de l'homme en question*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 70, 463 ss.
- Modugno F. (1985), *Legge. Ordinamento giuridico. Pluralità degli ordinamenti*, Giuffrè, Milano, 238 ss.
- Monaco G. (2018), *Il vincolo degli obblighi internazionali e l'utilizzo della Carta sociale europea come norma interposta nel giudizio di legittimità sulle leggi (sent. n. 120/2018)*, in *www.forumcostituzionale.it*.
- Morbidelli G. (1970), *Lo spirito democratico e il servizio militare*, in *FA*, n. 12, 982 ss.
- Novitz T. (2010), *Protection of Workers under Regional Human Rights System: an Assessment of Enduring and Divergent Practices*, in *Human Rights at Work*, Hart, Oxford and Portland, 409 ss.
- Orlandini G. (2018), *La Consulta riconosce la libertà sindacale dei militari, anche grazie alla Carta sociale europea*, in *D&L flash*, n. 5, 6 ss.

- Panzerà C. et al. (2016), *La Carta sociale europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, Esi, Napoli.
- Patroni Griffi F. (2017), *Convergenze tra le Carte e criticità tra le Corti nel dialogo tra giudici supremi*, in *www.federalismi.it*, n. 12, 1 ss.
- Pedrazzoli M. (1975), *L'autotutela con le stellette*, in *Critica del diritto*, 115 ss.
- Pera G. (1966), *Una grave decisione sul diritto di associazione sindacale del personale della Pubblica Sicurezza*, in *Bollettino della scuola di perfezionamento e di specializzazione in diritto del lavoro e della sicurezza sociale*, Università di Trieste, 30 ss.
- Pinto F. (1979), *Forze Armate e Costituzione*, Marsilio, Venezia, 47 ss.
- Prosperetti U. (1971), *La libertà sindacale*, in Mazzoni G., Riva Severino L. (diretto da), *Nuovo trattato di Diritto del lavoro*, I, Cedam, Padova, 5 ss.
- Pulitanò D. (1973), *Il sindacato di Polizia*, in *QG*, n. 3, 544 ss.
- Ridolfi A. (2016), *Giurisdizione costituzionale, Corti sovranazionali e giudici comuni: considerazioni a proposito del dialogo tra le Corti*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 3, 1 ss.
- Romano S. (1946), *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 176 ss.
- Ruggeri A. (2017), *Dialogo tra le Corti, tutela dei diritti fondamentali ed evoluzione del linguaggio costituzionale*, in *www.federalismi.it*, n. 18, 1 ss.
- Rusciano M. (1980), *Il sindacato di Polizia*, in *Contrattazione*, 19 ss.
- Serra G.P. (1966), *Osservazioni sull'applicabilità dell'art. 98 della Costituzione come limite alla libertà di associazione sindacale*, in *Sicurezza sociale*, 371 ss.
- Silvestri G. (2009), *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli.
- Spadaro A. (2011), *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo «modello sociale europeo»: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 4, 12 ss.
- Spadaro A. (2015), *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale (nota sulla discutibile «freddezza» della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la Cse e la Ceal)*, in *ConsultaOnline*, II, 504 ss.
- Sturniolo S. (2018), *Una porta prima facie aperta ma in realtà ancora «socchiusa» per la Carta sociale europea*, in *www.forumcostituzionale.it*.
- Treu T. (1992), *Carabinieri, Polizia e sindacato*, in *GC*, 353 ss.
- Tricomi I. (2018), *Complementarietà tra Cedu e Carta sociale europea: Principi costituzionali, parametri europei, proporzionalità e ruolo dei giudici. Il caso della libertà sindacale dei militari*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, n. 1, 1 ss.
- Tullini P. (2018), *Cade il divieto di costituire associazioni sindacali militari*, in *www.sicurezzaacs.it*.
- Zagrebelsky G. (2006), *Corti costituzionali e diritti universali*, in *RTDPub*, 297 ss.

Michele Forlivesi
Dottore di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Bologna

CASSAZIONE, 8.2.2018, n. 3095 – Pres. Napoletano, Est. Di Paolantonio, P.M. Finocchi (diff.) – Nursind - Sindacato delle professioni infermieristiche (avv. Figà) c. Azienda Ulss n. 4 Alto Vicentino.
Conf. Corte d'Appello di Venezia, 11.3.2011.

Attività sindacale – Lavoro pubblico – Diritto di assemblea – Spetta alla Rsu unitariamente – Divieto al singolo componente – Non costituisce condotta antisindacale.

Nel lavoro pubblico, il diritto di indire un'assemblea sindacale spetta a ciascuna Rsu unitariamente intesa e non al singolo componente di essa, non trovando applicazione all'impiego pubblico contrattualizzato l'Accordo interconfederale 20.12.1993. Ne consegue che non costituisce condotta antisindacale da parte del datore pubblico vietare al singolo componente della Rsu l'esercizio di tale diritto. (1)

(1) IL DIRITTO DI INDIRE L'ASSEMBLEA SINDACALE NEL PUBBLICO IMPIEGO SPETTA ALLA RSU COLLEGIALMENTE

1. — La sentenza in commento ha stabilito il principio per cui non costituisce condotta antisindacale, da parte del datore di lavoro pubblico, vietare al singolo componente della Rsu di indire l'assemblea sindacale.

Nella fattispecie, il sindacato aveva impugnato la sentenza della Corte d'Appello di Venezia che aveva respinto l'appello avverso la sentenza del Tribunale di Vicenza, che, confermando in sede di opposizione il decreto dello stesso Tribunale, aveva escluso che l'amministrazione convenuta avesse realizzato una condotta antisindacale nel vietare al singolo componente della Rsu l'indizione di un'assemblea nei locali di lavoro.

Com'è noto, il diritto di assemblea *ex art. 20 St. lav.* è compreso nel Titolo II dello Statuto, che riconosce a tutti i lavoratori la libertà sindacale nei luoghi di lavoro (diritto di costituire associazioni sindacali, divieto di discriminazioni ecc.), ispirandosi all'art. 39 Cost., espressione della libertà di organizzazione e attività sindacale a difesa dei diritti e interessi professionali (Biagi 2012, 399), con la specificazione che la l. n. 300/1970 allarga in modo esplicito tali garanzie anche all'interno dei luoghi di lavoro (Santoro Passarelli 2017, 57). Dal canto suo, il datore di lavoro è obbligato a subire la sospensione dell'attività lavorativa e a mettere a disposizione locali idonei allo svolgimento dell'assemblea.

Il nodo giuridico è stabilire a chi spetti il potere di convocazione di tale assemblea.

È indiscusso sia in dottrina che in giurisprudenza che titolari ne siano le Rsa, sia congiuntamente sia disgiuntamente tra loro (C. cost. 16.5.1995, n. 170, in *DeJure*), così come è altrettanto indiscusso che, qualora non venga previsto esplicitamente dai contratti collettivi, non siano legittimati all'esercizio di tale diritto organismi diversi dalle Rsa stesse (Cass. 10.9.1990, n. 9306, in *DeJure*; Cass. 26.2.2002, n. 2855, *ivi*); ciò al fine di evitare che un'eccessiva frammentazione della titolarità possa determinare un'artificiosa complicazione delle relazioni industriali (Scognamiglio 2005, 381).

L'incertezza – ed è qui che verte nello specifico la questione trattata nella sentenza in esame – è se il potere di indire un'assemblea sindacale spetti anche alle Rsu e con quali modalità.

Nel settore privato, la giurisprudenza ha mostrato posizioni diversificate sul punto. Parte di essa ritiene che solo le Rsu collegialmente intese, e non invece i singoli componenti di essa, ab-

biano il diritto di indire l'assemblea, e ciò perché gli artt. 4 e 5 dell'Accordo interconfederale (di seguito, A.I.) 20.12.1993 delegano l'esercizio dei diritti delle singole Rsa alle Rsu in qualità di organo collegiale (Cass. 10.1.2005, n. 269, in *DeJure*; Cass. 26.2.2002, n. 2855, in *DeJure*; T. Monza 23.3.2010). Secondo un altro orientamento, invece, anche i singoli componenti delle Rsu sono legittimati a indire l'assemblea in modo disgiunto in considerazione del persistente collegamento con la base elettorale al loro interno (Cass. 1.2.2005, n. 1892, in *DeJure*; T. Milano 10.1.2003).

Recentemente, la Suprema Corte a Sezioni Unite ha risolto il contrasto interpretativo facendo leva sugli artt. 4 e 5 dell'A.I. 20.12.1993, e ha affermato che nel settore privato il diritto di indire l'assemblea sindacale di cui all'art. 20 St. lav. compete non solo alla Rsu considerata collegialmente, ma anche a ciascun singolo componente di essa (Cass. 6.6.2017, n. 13978, S.U., in *FI*, 2017, I, 3066).

Parte della dottrina è concorde sul punto, ritenendo che la peculiare struttura rappresentativa delle Rsu conferisca a ciascun membro la rappresentatività dell'intera componente sindacale in azienda unitariamente intesa, con la conseguenza che il diritto conferito dall'art. 20 dello Statuto può essere esercitato anche dal singolo componente della Rsu (Gabriele 2017, 119).

Di avviso diverso è altra parte della dottrina, la quale ha apertamente criticato la richiamata sentenza delle Sezioni Unite osservando conclusivamente come «la tesi del carattere collegiale e unitario della Rsu è confermata a chiare lettere dal Testo Unico del 10 gennaio 2014, che espressamente sancisce (clausola 7) il carattere collegiale e maggioritario di ogni decisione della Rsu» (De Luca Tamajo 2017).

La sentenza in rassegna è la prima, a quanto consta, ad affrontare il problema della titolarità del potere di indizione dell'assemblea nel settore pubblico dopo la richiamata sentenza delle Sezioni Unite. Nel caso in esame, il sindacato aveva posto a base del ricorso proprio il disposto degli artt. 4 e 5 dell'A.I. 20.12.1993, unitamente all'art. 42 del d.lgs. n. 165/2001, all'art. 5 dell'Accordo quadro del 7.8.1998 in materia di costituzione delle Rsu nelle p.a., all'art. 2 del Ccnl quadro 7.8.1998 per l'esercizio delle prerogative sindacali nelle p.a., all'art. 8 del Ccnl per il comparto sanità. Tutti questi testi normativi, secondo la tesi della parte ricorrente, equiparando anche nel settore pubblico i singoli componenti delle Rsu ai dirigenti delle Rsa ai fini dell'esercizio dei diritti, attribuirebbero ai singoli membri della Rsu il potere di indire assemblee sindacali al pari dei dirigenti di Rsa.

La Cassazione ha respinto questa ricostruzione rigettando il ricorso. Essa, innanzitutto, ha ricordato come il d.lgs. n. 165/2001 costituisca un *corpus* normativo speciale rispetto allo Statuto dei lavoratori, sia perché considera la rappresentatività come espressione di un dato associativo e di forza elettorale delle singole associazioni, sia perché, pur richiamando le tutele *ex l.* n. 300/1970, obbliga le amministrazioni a seguire le disposizioni del medesimo decreto per la disciplina della rappresentanza delle prerogative sindacali. In particolare, per ciò che attiene le Rsu, l'art. 42, commi da 4 a 10, pur rinviando alla contrattazione collettiva nazionale la loro modalità di costituzione e di funzionamento, detta dei limiti esterni alla medesima contrattazione, prevedendo che alla competizione elettorale siano ammesse a partecipare le organizzazioni sindacali dotate di un proprio statuto e che abbiano aderito ad accordi e contratti collettivi disciplinanti l'elezione e il funzionamento dell'organismo, anche se privi dei requisiti *ex art.* 43. Tale sistema garantisce, secondo la Suprema Corte, una rappresentanza sindacale il più possibile pluralista e che si differenzia dalla disciplina legislativa e contrattuale del settore privato.

Per quanto riguarda specificamente l'equiparazione tra le Rsu e i dirigenti delle Rsa, il Supremo Collegio ha osservato come al settore pubblico non si applichi l'A.I. 20.12.1993, e

dunque nella fattispecie non rilevi il principio affermato dalla richiamata sentenza a Sezioni Unite n. 13978/2017, venendo di contro in rilievo le specifiche norme dettate dalla contrattazione collettiva di settore cui il d.lgs. n. 165/2001 attribuisce il compito di stabilire criteri e modalità del trasferimento delle prerogative spettanti alle Rsa ai componenti eletti delle Rsu.

In proposito, ribadendo quanto già affermato in un proprio precedente (Cass. 16.2.2005, n. 3072, in *DeJure*), la Cassazione ha rilevato, su un piano generale, come la natura unitaria della Rsu sia desumibile dall'art. 8 dell'Accordo quadro sulla costituzione delle Rsu alla luce dell'interpretazione autentica offerta dalle parti firmatarie con il Ccnl del 6.4.2004, allorquando venne precisato, tra l'altro, che «la Rsu è un organismo unitario di rappresentanza dei lavoratori» e che «la Rsu assume le proprie decisioni a maggioranza dei componenti». Inoltre, l'art. 5 dello stesso Accordo quadro, al comma 1, attribuisce alle Rsu e non ai soggetti che lo compongono (a differenza di quanto previsto dall'A.I. 20.12.1993) le prerogative spettanti alle Rsa e ai loro dirigenti. Anche l'elencazione contenuta al comma 4 del medesimo art. 5, ha proseguito la Corte, riferisce i diritti ivi previsti (tra cui il diritto a indire l'assemblea) all'organismo unitariamente inteso. Pertanto, è alla luce della chiara natura unitaria della Rsu che vanno lette anche le previsioni contenute nel contratto collettivo nazionale quadro sulle prerogative sindacali, stipulato in pari data dell'Accordo quadro (7.8.1998) e che a tale Accordo espressamente rinvia (art. 13).

Tanto premesso, la Corte si è quindi soffermata sull'art. 2, comma 2, del contratto collettivo quadro sulle prerogative sindacali. Tale norma stabilisce che «le assemblee [...] possono essere indette singolarmente o congiuntamente [...] dai soggetti indicati nell'art. 10». L'art. 10, a sua volta, attribuisce i permessi sindacali a una pluralità di soggetti, tra cui i componenti delle Rsu, i dirigenti delle Rsa delle associazioni rappresentative, i dirigenti sindacali delle articolazioni territoriali delle associazioni rappresentative aventi titolo a partecipare alla contrattazione collettiva, i dirigenti sindacali componenti di organismi direttivi confederali o nazionali di categoria. Secondo la Corte, il rinvio all'art. 10 contenuto nell'art. 2, comma 2, del contratto collettivo quadro ha l'effetto di attribuire il potere di indizione dell'assemblea alla pluralità di soggetti ivi previsti, espressione di diverse forme di rappresentatività sindacale, ma gli avverbi «singolarmente» e «congiuntamente» presenti nella norma vanno riferiti ai diversi soggetti titolari del potere (ossia la Rsu, i dirigenti delle Rsa, i dirigenti delle associazioni rappresentative) e non sono idonei a scalfire la natura unitaria della Rsu e la necessità che la volontà di quest'ultima si formi nel rispetto del principio maggioritario fissato nell'art. 8 dell'Accordo quadro. In questo senso, ha osservato conclusivamente la Corte, è significativo che, laddove i contratti collettivi dei singoli comparti hanno disciplinato espressamente la materia, essi hanno riferito il potere di indire l'assemblea alla Rsu nel suo complesso e non ai singoli componenti di essa.

Riferimenti bibliografici

- Biagi M. (2012), *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano.
De Luca Tamajo R. (2017), *La Cassazione dimentica la collegialità delle Rsu*, in *IlSole24Ore*, 6 giugno.
Gabriele A. (2017), *I diritti sindacali in azienda*, Giappichelli, Torino.
Santoro Passarelli G. (2017), *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Giappichelli, Torino.
Scognamiglio R. (2005), *Manuale di Diritto del lavoro*, Jovene, Napoli.

Elisa Zaccagnini

Praticante abilitata; specializzata in Diritto del lavoro

I

CORTE D'APPELLO BOSCODUCALE, 5.7.2018 – Giudici de Haan, Filippini, Voorink – X.Y. (avv. Klinkert) c. Ryanair Dac (avv.ti Croon, Hartman).

Personale di volo – Base di servizio in Olanda – Giudice competente – Legge applicabile – Licenziamento illegittimo.

Secondo il metodo indiziario elaborato dalla Corte di Giustizia dell'Ue nella sentenza resa nel caso Nogueira, competente a risolvere le controversie dei dipendenti Ryanair con base di servizio Eindhoven è il giudice olandese. Analogamente, tali rapporti di lavoro sono disciplinati dalla legge olandese. Deve, dunque, dichiararsi illegittimo il licenziamento di una lavoratrice che rifiutava di adempiere a una richiesta di trasferimento a Dublino, essendo tale trasferimento ingiustificato, e dunque illegittimo, secondo la legge olandese. (1)

II

TRIBUNALE PISA, 4.10.2018 – Giudice Piragine – Ryanair Dac (già Ryanair Ltd.), J.K., M.O. (avv.ti Avena, Bargellini) c. Ispettorato territoriale del lavoro di Livorno, sede di Pisa (avv.ti Liberatore, Baldacci, Lo Presti, Niccodemi).

Personale di volo – Base di servizio in Italia – Legge applicabile.

Una compagnia aerea che impiega lavoratori che hanno base di servizio in Italia ai sensi del Regolamento n. 3922/1991 è tenuta a rispettare gli obblighi previsti dall'art. 9-bis, cc. 1 e 2, del d.l. n. 510/1996, dall'art. 21, c. 1, della l. n. 264/1949, dall'art. 14, c. 2, del d.lgs. n. 38/2000, dall'art. 4-bis del d.lgs. n. 181/2000 e dall'art. 39, c. 2, del d.l. n. 112/2008. (2)

III

TRIBUNALE BERGAMO, 28.3.2018, ord. – Giudice Bertoncini – Filt-Cgil Bergamo (avv.ti Parpaglioni, De Marchis, Vacirca, Mattiozzi) c. Ryanair Dac (avv.ti Barozzi, Bargellini, Baldassarre).

Discriminazioni – Discriminazione per convinzioni sindacali – Personale di volo – Giudice competente – Legge applicabile.

Ai sensi dell'art. 7, n. 2, del Regolamento Ue n. 1215/2012 (cd. Bruxelles I-bis), competente a decidere le controversie relative a condotte discriminatorie che producono

o possono produrre effetti dannosi in Italia è il giudice italiano. A tali controversie si applica, ai sensi dell'art. 4, par. 1, del Regolamento Ue n. 864/2007 (cd. Roma II), la legge italiana. Il divieto di discriminazione per convinzioni sindacali impedisce la previsione di una clausola regolamentare che subordina la validità del contratto individuale di lavoro, e il riconoscimento di alcuni trattamenti retributivi e indennitari, al divieto di affiliazione sindacale e di azione collettiva. Tale clausola integra un'ipotesi di discriminazione diretta ai sensi dell'art. 3, c. 1, lett. a, d.lgs. n. 216/2003. (3)

IV

TRIBUNALE BUSTO ARSIZIO, 2.2.2018, decr. – Giudice Molinari – Filt-Cgil Varese (avv.ti Parpaglioni, De Marchis, Vacirca), Fit-Cisl Lombardia (avv.ti Vitali, Nappi), Uil Trasporti Lombardia (avv. Mezzina) c. Ryanair Dac (avv.ti Barozzi, Bargellini, Ambrosetti).

Condotta antisindacale – Personale di volo – Giudice competente – Legge applicabile.

Ai sensi dell'art. 7, n. 2, del Regolamento Ue n. 1215/2012 (cd. Bruxelles I-bis), competente a decidere le controversie relative a condotte antisindacali che producono o possono produrre effetti dannosi in Italia è il giudice italiano. A tali controversie si applica, ai sensi dell'art. 4, par. 1, del Regolamento Ue n. 864/2007 (cd. Roma II), la legge italiana. Il continuo silenzio mantenuto da una compagnia aerea di fronte alle numerose richieste di incontro, negoziazione e informazione inviate dal sindacato configurano una condotta antisindacale, vietata dall'art. 28 St. lav. (4)

(1-4) LA GUERRA AL RYANAIR BUSINESS MODEL

SOMMARIO: 1. Il *Ryanair business model*. — 2. Il giudice competente per le controversie relative al personale di volo. — 3. La legge applicabile alle controversie relative al personale di volo. — 4. I fatti oggetto delle quattro battaglie giudiziarie. — 4.1. La battaglia di Boscoduale. — 4.2. La battaglia di Busto Arsizio I. — 4.3. La battaglia di Bergamo. — 4.4. La battaglia di Pisa. — 5. Conclusioni.

1. — *Il Ryanair business model* — Ryanair è la più importante compagnia aerea *low cost* in Europa. Il suo *business model* è basato sulla riduzione dei costi del servizio di trasporto aereo e quindi sull'abbattimento del prezzo dei biglietti. L'abbassamento del costo della manodopera operante sui voli Ryanair si fonda su tre strategie: la scelta della legge applicabile ai contratti di lavoro e del giudice competente in caso di controversie; l'esclusione di ogni forma di contrattazione collettiva con i sindacati; la frammentazione dell'impresa in più società, tutte controllate dalla capogruppo (Ryanair Holding Plc). Ryanair registra i suoi aerei in Irlanda; per questo ritiene che il personale di volo, spesso assunto mediante società del gruppo, operi su suolo irlan-

dese e sia dunque soggetto alla legislazione fiscale, del lavoro e di sicurezza sociale irlandese (1); per lo stesso motivo, in caso di controversie relative ai contratti di lavoro del personale di volo, Ryanair ritiene competente il giudice irlandese. La complessa architettura del gruppo Ryanair consente poi di tenere indenne ciascuna società del gruppo dalle responsabilità gravanti sulle altre. La strategia della compagnia aerea arriva all'estremo nel caso dei piloti, i quali vengono talora impiegati come lavoratori autonomi, con sede in Irlanda o distaccati da altro paese in cui i regimi contributivi e fiscali sono particolarmente vantaggiosi per l'impresa.

Contro questo *business model*, da diverso tempo si sono schierati i sindacati dei paesi in cui Ryanair opera, appoggiati dall'*International Transport Worker's Federation* (di seguito, Itf) e dall'*European Transport Worker's Federation* (di seguito, Etf). Ryanair nega però qualunque forma di dialogo o di contrattazione con i sindacati e penalizza i dipendenti che partecipano a rivendicazioni collettive. La compagnia aerea ha creato una rappresentanza aziendale dei lavoratori (*Employee Representative Committee*, Erc), a cui possono partecipare solo lavoratori assunti da Ryanair, e a cui la società riconosce un'indennità annuale pari a euro 635. Come scritto nel regolamento aziendale (*Rough Guide to Ryanair*) e ribadito costantemente dall'amministratore delegato della società (Michael O'Leary), Ryanair non riconosce alcun altro sindacato ai fini della negoziazione collettiva.

Data l'impossibilità di contrattare con la compagnia aerea, i sindacati hanno operato su due diversi fronti: da un lato, hanno organizzato forme di mobilitazione (alcune sfociate in scioperi), prima a livello nazionale, poi concertate a livello europeo; dall'altro, hanno iniziato a contestare il *business model* di Ryanair di fronte alle Corti nazionali (2). Va detto che, spesso, le azioni di protesta dei sindacati non godono delle simpatie né dei Governi né dell'opinione pubblica. Ryanair opera infatti una diffusa campagna mediatica e di *lobbying* per giustificare il proprio operato in ragione dell'occupazione creata e delle maggiori opportunità di mobilità offerte alle persone. Appena i sindacati annunciano una mobilitazione, Ryanair minaccia la delocalizzazione; e ciò anche se la compagnia ha beneficiato di ingenti contributi pubblici nel territorio in cui opera.

Tre delle sentenze che qui si commentano sono l'esito di procedure attivate dai sindacati italiani e olandesi contro Ryanair per condotta antisindacale (Busto Arsizio I), discriminazione sindacale (Bergamo) e violazione della normativa in materia di lavoro subordinato (Boscoducale). La quarta sentenza (Pisa) riguarda invece l'opposizione alle ordinanze di ingiunzione emesse dalla Direzione territoriale del lavoro di Pisa per violazione di disposizioni relative all'amministrazione e al controllo sui rapporti di lavoro. Le decisioni circa il giudice competente e la legge applicabile costituiscono premesse necessarie di tutte le decisioni esaminate. Per questo, si è deciso di anteporre all'analisi delle condotte contestate a Ryanair una riflessione specifica sulle regole che, all'interno dell'Ue, disciplinano i conflitti di giurisdizione e di legge applicabile.

(1) L'applicazione della legge irlandese consente a Ryanair di utilizzare clausole che, in base alla legge di altri paesi, sarebbero nulle. Secondo la *Rough Guide*, la compagnia aerea ha il diritto di trasferire i propri dipendenti, senza alcun motivo e senza dovere pagare alcuna indennità; ha il diritto di modificare liberamente i turni e l'orario di lavoro; può imporre ai propri dipendenti periodi di congedo non pagato; deduce dal salario il costo dell'uniforme, della formazione, delle bevande e dei pasti in volo; ha il diritto di effettuare ispezioni sulla persona del dipendente e sui suoi oggetti personali; può effettuare visite mediche in qualunque momento. Inoltre, il personale Ryanair è retribuito solo per il tempo di volo effettivo tra il decollo o l'atterraggio.

(2) Sulle battaglie giudiziarie di lavoratori e sindacati contro Ryanair vd.: Barnier *et al.* 2018; Borelli 2014, 99 ss.; Buschmann 2016, 35 ss.; Calvellini *et al.* 2018; Frosecchi 2016, 104 ss.; Kerr 2018, 72 ss.; Mattei 2013, 451 ss.; Orlandini 2018; Vandewattyne 2016.

2. — *Il giudice competente per le controversie relative al personale di volo* — Il conflitto di giurisdizioni in materia civile nei paesi dell'Ue (con esclusione della Danimarca) è disciplinato dal Regolamento n. 1215/2012 (cd. Bruxelles I-bis), che ha abrogato il Regolamento n. 44/2001 il quale, a sua volta, aveva sostituito la Convenzione di Bruxelles del 1968 (art. 68). Il Regolamento in questione stabilisce una regola generale secondo cui «le persone domiciliate nel territorio di un determinato Stato membro sono convenute [...] davanti alle autorità giurisdizionali di tale Stato membro» (art. 4). Il Regolamento fissa poi, in maniera tassativa, le eccezioni a tale regola generale (art. 5), tra cui figura quella in materia di illeciti civili dolosi o colposi; in tale ambito, una persona può essere convenuta «davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire» (art. 7, n. 2). Altra regola che rileva, dato che Ryanair ha basi di servizio nei paesi in cui opera, è l'art. 7, n. 5, secondo cui, «qualora si tratti di controversia concernente l'esercizio di una succursale, di un'agenzia o di qualsiasi altra sede d'attività», il ricorso può essere proposto «davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui essa è situata».

Esiste poi una regola specifica quando un lavoratore chiama in giudizio il suo datore di lavoro (art. 21); regola che si giustifica in ragione della necessità di «tutelare la parte più debole con norme in materia di competenza più favorevoli ai suoi interessi rispetto alle regole generali» (Considerando 18) (3). Il lavoratore può chiamare in giudizio il datore di lavoro davanti al giudice dello Stato in cui è domiciliato o davanti al giudice del luogo in cui o da cui il lavoratore svolge (o ha svolto) abitualmente la propria attività. Quando poi il lavoratore non svolge abitualmente la propria attività in un solo paese, può convenire il datore di lavoro davanti al giudice del luogo in cui è situata la sede d'attività presso cui è stato assunto (art. 21).

Va segnalato che il criterio del domicilio del datore di lavoro e quello della sede di assunzione possono essere *scelti* dal datore di lavoro. Ai sensi dell'art. 63 del Regolamento Bruxelles I-bis, una persona giuridica è domiciliata nel luogo in cui si trova la sua sede statutaria, la sua amministrazione centrale o il suo centro d'attività principale. Per una multinazionale come Ryanair, che svolge la propria attività in più Stati, è molto difficile stabilire un centro d'attività principale. In questi casi, sarà competente il giudice del luogo ove si trova l'amministrazione centrale o la sede statutaria, che per l'Irlanda è il «*registered office*», il «*place of incorporation*» (luogo di acquisizione della personalità giuridica) o il luogo di costituzione (art. 63, c. 2). Ciò consente all'impresa di scegliere il luogo della propria sede statutaria e dunque il giudice competente in caso di controversia. Analogamente, un datore di lavoro può decidere l'ufficio in cui procedere all'assunzione del lavoratore.

Non a caso, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla Convenzione di Bruxelles, sul Regolamento n. 44/2001 e ora sul Regolamento Bruxelles I-bis, il luogo di svolgimento abituale del lavoro acquista un rilievo centrale per la tutela del lavoratore, e deve essere interpretato estensivamente (4). In particolare, la Corte di Giustizia ha sempre ribadito che, quando il lavoro

(3) C. Giust. 13.7.1993, C-125/92, *Mulox*, par. 18; C. Giust. 22.5.2008, C-462/06, *Glaxosmithkline*, par. 17; C. Giust. 19.7.2012, C-154/11, *Mahamdia*, par. 44; C. Giust. 10.9.2015, C-47/14, *Holterman*, par. 43; C. Giust. 14.9.2017, C-168/16 e C-169/16, *Nogueira*, par. 49.

(4) A parere della Corte di Giustizia, il luogo in cui il lavoratore svolge abitualmente la sua attività è il luogo in cui egli «può, con minor spesa, rivolgersi ai giudici o difendersi dinanzi a essi» (C. Giust. 13.7.1993, C-125/92, *Mulox*, par. 19; C. Giust. 9.1.1997, C-383/95, *Rutten*, par. 17 e 24; C. Giust. 27.2.2002, C-37/00, *Weber*, par. 40; C. Giust. 10.4.2003, C-437/00, *Pugliese*, par. 18; C. Giust. 14.9.2017, C-168/16 e C-169/16, *Nogueira*, par. 58). Va segnalato che, per garantire la continuità tra la

viene svolto in più Stati, tale luogo deve essere inteso come quello «a partire dal quale» il lavoratore svolge la propria attività (5).

Per individuare il luogo a partire dal quale il lavoratore svolge abitualmente la sua attività, occorre valutare tutte le circostanze del caso. Come affermato dalla Corte di Giustizia nel caso *Nogueira*, relativo proprio a lavoratori assunti da Ryanair Ltd e Crewlink Ireland Ltd, il «metodo indiziario consente non soltanto di rispecchiare meglio la realtà dei rapporti giuridici, in quanto deve tener conto di tutti gli elementi che caratterizzano l'attività del lavoratore, ma altresì di evitare che una nozione come quella di "luogo nel quale, o a partire dal quale, il lavoratore svolge abitualmente la propria attività" sia strumentalizzata o contribuisca alla realizzazione di strategie di elusione» (6). Tra gli indizi che il giudice deve considerare figurano: il luogo a partire dal quale il lavoratore effettua le sue missioni e dove ritorna dopo le sue missioni, il luogo ove il lavoratore riceve le istruzioni e organizza il suo lavoro (7), il luogo in cui si trovano gli strumenti lavorativi (nel caso Ryanair, il luogo in cui sono stazionati gli aerei a bordo dei quali viene abitualmente svolta l'attività), il luogo in cui il datore di lavoro ha un ufficio (nel caso Ryanair, la *crew room*), il luogo in cui il lavoratore è tenuto a risiedere, il luogo in cui i lavoratori si recano in caso di incapacità al lavoro o problemi disciplinari (8). Per determinare il luogo di esecuzione abituale del lavoro, la nozione di base di servizio (vd. par. 3) costituisce poi «un indizio significativo»: solo nell'ipotesi in cui, tenuto conto degli elementi di fatto del caso, la controversia presenti nessi più stretti con un luogo diverso da quello della «base di servizio» verrebbe meno la rilevanza di quest'ultima (9).

Al contrario, per determinare il luogo in cui il personale di volo svolge abitualmente la propria attività, non ha alcuna rilevanza la nazionalità degli aerei, ossia lo Stato in cui essi sono registrati (art. 17 Convenzione di Chicago) (10). Invero, «nessuna disposizione della Convenzione di Chicago prevede che il lavoro effettuato a bordo di un aereo debba essere considerato come effettuato sul territorio dello Stato del quale l'aereo ha la nazionalità» (11). Questa afferma-

Convenzione di Bruxelles e il Regolamento n. 44/2001, la Corte di Giustizia, nell'interpretare il Regolamento Bruxelles I-bis, deve prendere in considerazione la propria precedente giurisprudenza in riferimento a tali atti (Considerando 34, Regolamento Bruxelles I-bis; C. Giust. 9.1.1997, C-383/95, *Rutten*, par. 22; C. Giust. 14.9.2017, C-168/16 e C-169/16, *Nogueira*, par. 46).

(5) Oltre a garantire un'adeguata tutela al lavoratore, tale interpretazione evita la moltiplicazione dei fori competenti (e dunque la possibilità di decisioni contrastanti) e permette di designare il giudice che si trova nella migliore posizione per decidere la controversia sorta dal contratto di lavoro (C. Giust. 27.2.2002, C-37/00, *Weber*, par. 49; C. Giust. 14.9.2017, C-168/16 e C-169/16, *Nogueira*, par. 58).

(6) C. Giust. 14.9.2017, C-168/16 e C-169/16, *Nogueira*, par. 62 (corsivo mio). Nel momento in cui si scrive (ottobre 2018), il caso che ha dato origine alla sentenza *Nogueira* è ancora pendente di fronte alla *Cour de travail* di Mons. Per un commento alla sentenza *Nogueira*, vd.: Carta 2017, 675 ss.; Diverio 2017, 872 ss.; Signorini 2018, 129 ss.

(7) Come affermato dall'Avvocato Generale nelle conclusioni del caso *Nogueira* (27.4.2017, C-168/16 e C-169/16, parr. 100-101), rileva il luogo in cui il lavoratore riceve le istruzioni e non quello a partire dal quale il datore di lavoro impartisce le istruzioni. Se così non fosse, i lavoratori sarebbero esposti «al rischio di *forum shopping* [e di *law shopping*] da parte del datore di lavoro», dato che questo può scegliere il luogo a partire dal quale inviare le istruzioni.

(8) C. Giust. 14.9.2017, C-168/16 e C-169/16, *Nogueira*, parr. 63-64.

(9) *Ivi*, par. 73.

(10) *Ivi*, parr. 75-76. Ciò è stato confermato dalla Commissaria europea all'occupazione in un comunicato del 26 settembre 2018.

(11) Conclusioni dell'Avvocato Generale, 27.4.2017, C-168/16 e 169/16, *Nogueira*, par. 124.

zione è particolarmente importante perché rovescia un orientamento diffuso nella giurisprudenza italiana, secondo cui la prestazione lavorativa del personale di volo «è svolta prevalentemente a bordo degli aeromobili» (12).

L'esigenza di tutelare il lavoratore in quanto contraente debole ha altresì ispirato la regola secondo cui le disposizioni sul foro competente in materia di contratti di lavoro possono essere derogate solo da un accordo «posteriore al sorgere della controversia» o «che consenta al lavoratore di adire un'autorità giurisdizionale diversa da quelle indicate» nell'art. 21 (art. 23) (13). Ai rapporti di lavoro subordinato non si applica dunque la regola secondo cui le parti possono decidere liberamente il foro competente a conoscere le controversie nate o che possono nascere da un determinato rapporto giuridico (art. 25). La Corte di Giustizia ha pertanto affermato che la clausola contrattuale con cui Ryanair stabilisce la competenza del giudice irlandese «non è opponibile» ai lavoratori, in quanto non soddisfa le condizioni fissate dall'art. 21 del Regolamento n. 44/2001 e ora dall'art. 23 del Regolamento Bruxelles I-bis (14).

Va infine ricordato che il Regolamento Bruxelles I-bis non si applica alle controversie in materia di sicurezza sociale (art. 1, c. 2, lett. c, per le quali è competente il giudice dello Stato la cui legislazione di sicurezza sociale è applicabile: *Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgements in civil and commercial matters*, 27.9.1968).

3. — *La legge applicabile alle controversie relative al personale di volo* — Per determinare la legge applicabile alle controversie relative al contratto di lavoro del personale di volo occorre fare riferimento al Regolamento Roma I (Regolamento n. 593/2008), il quale stabilisce che «un contratto individuale di lavoro è disciplinato dalla legge scelta dalle parti» (art. 8, par. 1). Tuttavia, tale scelta non priva i lavoratori «della protezione assicurategli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente in virtù della legge che, in mancanza di scelta, sarebbe stata applicabile» a norma dell'art. 8, par. 2, 3 e 4 (art. 8, par. 1). Anche in questo caso si tratta di una regola introdotta per tutelare il lavoratore (15). Pertanto, a prescindere dalla legge scelta dalle parti (o in mancanza di scelta), il contratto di lavoro «è disciplinato dalla legge del paese nel quale o, in mancanza, a partire dal quale il lavoratore, in esecuzione del contratto, svolge abitualmente il suo lavoro» (art. 8, par. 2). Qualora tale luogo non possa essere determinato, il contratto di lavoro è disciplinato dalla legge del paese in cui si trova la sede che ha assunto il lavoratore (art. 8, par. 3).

Anche in questo caso, la Corte di Giustizia ha interpretato in maniera estensiva il criterio di collegamento del «luogo di esecuzione abituale del lavoro». A parere della Corte di Giustizia, per garantire il principio del *favor laboratoris*, la legge dello Stato in cui il lavoratore svolge la sua attività professionale «deve essere, per quanto possibile, garantita» (16). Al contrario, il criterio della sede del datore di lavoro (criterio che – lo ripetiamo – consente al datore di scegliere

(12) Cass. 29.4.2011, n. 9517, S.U., in *RDIPP*, 2012, 186 ss.; Cass. 7.7.2009, n. 18509, S.U., in *RIDL*, 2010, n. 3, II, 655 ss. In materia di legge applicabile, vd. T. Roma 7.2.2017, ord., in <http://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2018/01/Trib.-Roma-7-febbraio-2017.pdf>, e T. Bologna 24.9.2015, n. 21081, in *RGL*, 2016, II, 104 ss.

(13) C. Giust. 19.7.2012, C-154/11, *Mahamdia*, par. 64.

(14) C. Giust. 14.9.2017, C-168/16 e C-169/16, *Nogueira*, par. 54.

(15) Considerando 23 e 35 del Regolamento Roma I; C. Giust. 15.3.2011, C-29/10, *Koelzsch*, par. 40. La legge scelta dalle parti continua infatti ad applicarsi al lavoratore se a lui più favorevole.

(16) C. Giust. 15.3.2011, C-29/10, *Koelzsch*, par. 42.

la legge applicabile al contratto di lavoro) si applica solo se il giudice non è in grado di determinare il luogo di esecuzione abituale del lavoro (17).

Nel caso in cui la prestazione lavorativa sia eseguita in più Stati, il giudice «deve tener conto di tutti gli elementi che caratterizzano l'attività del lavoratore» per stabilire il luogo in cui o a partire dal quale il lavoratore adempie la parte sostanziale delle sue obbligazioni nei confronti del datore di lavoro (18). In particolare, nel settore dei trasporti internazionali, il giudice deve stabilire «il luogo a partire dal quale il lavoratore effettua le sue missioni di trasporto, riceve le istruzioni sulle sue missioni e organizza il suo lavoro, nonché il luogo in cui si trovano gli strumenti lavorativi», «i luoghi in cui il trasporto è principalmente effettuato, i luoghi di scarico della merce nonché il luogo in cui il lavoratore ritorna dopo le sue missioni» (19).

Le controversie che hanno a oggetto un'obbligazione extracontrattuale derivante da fatto illecito sono regolate dal Regolamento Roma II (n. 864/2007), secondo cui si applica la legge del paese in cui il danno si verifica, indipendentemente dal paese nel quale è avvenuto il fatto che ha dato origine al danno (art. 4, par. 1). Esiste poi una regola specifica per l'attività sindacale secondo cui «la legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale per quanto concerne la responsabilità di una persona in qualità di lavoratore, datore di lavoro od organizzazione che rappresenta i loro interessi professionali per danni causati da un'attività sindacale, prevista o conclusa, è quella del paese in cui tale attività è destinata a svolgersi o si è svolta» (art. 9) (20). Va sottolineato che, opportunamente, l'art. 9 del Regolamento Roma II non lega la legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali per i danni causati dall'attività sindacale alla legge applicabile al contratto di lavoro dei lavoratori coinvolti. È infatti possibile che l'attività sindacale coinvolga persone che non sono né lavoratori né datori di lavoro, lavoratori che si trovano solo temporaneamente nello Stato in cui ha luogo l'attività sindacale, lavoratori che operano in Stati diversi, datori di lavoro che stipulano contratti di lavoro che si svolgono in uno o più Stati diversi da quello in cui è avvenuta l'attività sindacale.

Va poi ricordato che le disposizioni dei Regolamenti Roma I, Roma II e Bruxelles I-bis devono essere interpretate in modo coerente (21). Nell'interpretare l'uno o l'altro atto normativo, la Corte di Giustizia deve pertanto prendere in considerazione la propria giurisprudenza relativa agli altri Regolamenti (22).

(17) *Ivi*, par. 43; C. Giust. 15.12.2011, C-384/10, *Voogsgeerd*, par. 35.

(18) C. Giust. 15.3.2011, C-29/10, *Koelzsch*, par. 48 e 50. Come risulta dai lavori preparatori del Regolamento Roma I, la locuzione «paese [...] a partire dal quale» il lavoratore svolge abitualmente la sua prestazione è stata inserita al fine di applicare l'art. 8, par. 1, «al personale che lavora a bordo di aerei, se esiste una base fissa dalla quale il lavoro è organizzato e nella quale questo personale esegue altre obbligazioni nei confronti del datore di lavoro»: Com(2005)650, p. 7.

(19) C. Giust. 15.3.2011, C-29/10, *Koelzsch*, par. 49; C. Giust. 15.12.2011, C-384/10, *Voogsgeerd*, par. 40.

(20) Sull'applicazione dell'art. 9, Regolamento Roma II, vd. la decisione del Tribunale del lavoro di Copenaghen del 1.7.2015, che ha ritenuto applicabile la legge danese alle azioni sindacali intraprese dal sindacato danese per indurre Ryanair a stipulare un contratto collettivo per il personale con base di servizio Copenaghen e ha respinto la richiesta di quest'ultima di risarcimento dei danni causati dagli scioperi.

(21) Considerando 7 del Regolamento Roma I; C. Giust. 15.3.2011, C-29/10, *Koelzsch*, par. 33; C. Giust. 21.1.2016, C-359/14, *Ergo*, par. 43.

(22) C. Giust. 15.3.2011, C-29/10, *Koelzsch*, par. 45; C. Giust. 14.9.2017, C-168/16 e C-169/16, *Nogueira*, par. 55.

La legge applicabile in materia di sicurezza sociale viene invece determinata in base al Regolamento n. 883/2004, che, dal 2012 (Regolamento n. 465/2012), prevede una regola specifica per «gli equipaggi di condotta e di cabina addetti a servizi di trasporto aereo passeggeri o merci», a cui si applica la legge del paese in cui si trova «la base di servizio, quale definita all'Allegato III del Regolamento (Cee) n. 3922/91» (art. 11, par. 5). Il Regolamento da ultimo citato definisce la base di servizio quale «il luogo designato dall'operatore per ogni membro d'equipaggio dal quale il membro d'equipaggio solitamente inizia e dove conclude un periodo di servizio o una serie di periodi di servizio» (Ops 1.1095, punto 1.7) (23).

4. — *I fatti oggetto delle quattro battaglie giudiziarie* —

4.1. — *La battaglia di Boscoducale* — La controversia decisa dal giudice di Boscoducale (Olanda) riguardava una lavoratrice polacca assunta, nel gennaio 2012, da Ryanair come hostess di volo con base di servizio Stoccolma, poi trasferita a Eindhoven dal 1° aprile 2014. Nel maggio 2017, Ryanair comunicava alla lavoratrice che, a partire dal 1.7.2017, avrebbe operato a Dublino, anche a causa dei suoi insufficienti risultati nella vendita dei prodotti sugli aerei. Con lettera del 12.6.2017, la lavoratrice si opponeva al trasferimento, in quanto ingiustificato, e dunque illegittimo, secondo la legge olandese. A seguito del rifiuto della lavoratrice di prendere servizio a Dublino, il 25.7.2017 Ryanair le comunicava il licenziamento in tronco.

La Corte distrettuale di Eindhoven, dopo avere riconosciuto la competenza del giudice olandese, riteneva applicabile il diritto irlandese e considerava dunque legittimo il licenziamento.

La Corte d'Appello di Boscoducale ritiene invece che la questione del giudice competente e della legge applicabile non possano essere scisse in quanto i Regolamenti Bruxelles I-bis e Roma I devono essere interpretati in maniera coerente (vd. par. 3). Il giudice olandese applica quindi il metodo indiziario elaborato dalla Corte di Giustizia in *Nogueira* e conclude che il luogo di lavoro abituale è Eindhoven: luogo dove la lavoratrice iniziava e finiva il proprio turno di lavoro, riceveva le istruzioni, svolgeva le attività preparatorie, doveva risiedere, e dove Ryanair ha una base di servizio e i suoi aerei stazionano. Nel caso di specie, poi, la lavoratrice pagava le tasse in Olanda ed era iscritta al sistema di sicurezza sociale olandese.

La Corte d'Appello di Boscoducale si ritiene dunque competente a risolvere il caso e, in applicazione delle norme inderogabili della legge olandese, ritiene il licenziamento della lavoratrice ingiustificato. In particolare, il giudice ritiene ingiustificato (e dunque illegittimo) il trasferimento a Dublino della lavoratrice in quanto Ryanair non aveva dimostrato né che vi fosse un'effettiva carenza di personale a Dublino, né il nesso di causalità tra le ragioni organizzative adottate e il trasferimento della lavoratrice, né aveva preso in dovuta considerazione le esigenze personali di quest'ultima (che era madre *single* di un bambino di due anni e viveva a Eindhoven in un alloggio sociale). L'applicazione del diritto olandese ha poi consentito di ritenere nulla la clausola contenuta nel contratto di lavoro secondo cui Ryanair può trasferire liberamente il proprio personale in altra base di servizio, senza dovere pagare alcuna indennità (*Rough Guide to Ryanair, Location of Employment*).

Il giudice ritiene altresì che non possa essere imputata alla lavoratrice la violazione della procedura disciplinare descritta nella *Rough Guide*. La lavoratrice si era infatti presentata al primo

(23) La disposizione in questione è rilevante al fine della determinazione della durata minima del riposo per il personale di volo (Ops 1.1110, punti 1.1 e 1.2).

incontro, contestando il trasferimento imposto da Ryanair. A seguito di tale incontro, la compagnia aerea non aveva minimamente preso in considerazione le ragioni addotte dalla lavoratrice; non vi erano pertanto motivi per cui questa si sarebbe dovuta presentare ai successivi incontri. Di conseguenza, il giudice ritiene illegittimo il licenziamento e condanna Ryanair al pagamento, a favore della lavoratrice, di una somma pari a circa euro 35.000, più le spese legali.

4.2. — *La battaglia di Busto Arsizio I* — Il decreto pronunciato dalla giudice del lavoro di Busto Arsizio il 2 febbraio 2018 chiude la prima fase del procedimento contro la condotta antisindacale di Ryanair, proposto da Filt-Cgil (Uil Trasporti e Fit-Cisl sono intervenute in giudizio, aderendo alle richieste di Filt-Cgil).

Anche nel caso di specie, la giudice deve risolvere, in primo luogo, la questione del foro competente. Come sopra illustrato, il Regolamento Bruxelles I-*bis* non prevede una regola specifica per le condotte antisindacali. La giudice applica dunque la norma generale sulla responsabilità per fatto illecito (art. 7) e conclude che, essendo l'evento dannoso avvenuto in Italia, il foro competente è quello italiano.

Per legittimare la propria competenza, la giudice richiama anche l'art. 35 del Regolamento Bruxelles I-*bis*, secondo cui «i provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge di uno Stato membro possono essere richiesti all'autorità giurisdizionale di detto Stato membro anche se la competenza a conoscere del merito è riconosciuta all'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro». E non vi è dubbio che il procedimento *ex art. 28 St. lav.* sia da ascrivere «alla generale categoria cautelare cui la norma fa riferimento» (C. App. Roma n. 9583/2012).

Coerentemente con quanto statuito in merito al foro competente, la giudice determina poi la legge applicabile in base all'art. 4, par. 1, Regolamento Roma II. La giudice ritiene pertanto applicabile la legge italiana, dato che è in Italia che le condotte di Ryanair hanno prodotto la «lesione dell'immagine, del ruolo e dell'azione dei sindacati». La giudice non menziona invece l'art. 9 del Regolamento Roma II, che pure avrebbe consentito di applicare la legge italiana (paese in cui l'attività sindacale si è svolta).

Una volta determinata l'applicabilità della legge italiana, la giudice valuta nel merito la condotta di Ryanair. Il sindacato ricorrente contesta a Ryanair una pluralità di condotte offensive: le dichiarazioni di disprezzo e disconoscimento del sindacato rese dall'amministratore delegato della compagnia; la clausola risolutiva espressa contenuta nel *Cabin Crew 5 Year Agreement 2016-2021*, secondo cui, se Ryanair o altra società del gruppo sarà obbligata a riconoscere un sindacato o vi saranno azioni collettive, il contratto di lavoro si ritiene annullato o inefficace; il rifiuto della compagnia di negoziare, informare e collaborare con il sindacato. La giudice ritiene fondata solo quest'ultima contestazione. Le dichiarazioni di O'Leary sarebbero infatti risalenti nel tempo e comunque riconducibili «a un atteggiamento meramente antagonista che non limita l'esercizio delle attività sindacali e non danneggia l'immagine del sindacato più di quanto danneggi quella della compagnia».

Quanto alla clausola risolutiva espressa, la giudice rigetta la richiesta del sindacato in quanto il *Cabin Crew 5 Year Agreement* non è richiamato nel contratto dei lavoratori Ryanair, ove è invece menzionata la *Rough Guide to Ryanair*. In quest'ultimo documento, Ryanair rispetta il diritto dei suoi dipendenti di essere iscritti a un sindacato, ma dichiara di non volere contrattare con alcun sindacato. È evidente che una regola di questo tipo è antisindacale, ma la giudice, consapevole che sul punto pende una causa di fronte al Tribunale di Bergamo (vd. par. 4.3), preferisce non pronunciarsi. Atteggiamento che non pare condivisibile, dato che il giudizio *ex art. 28 St. lav.* è diretto a tutelare l'interesse collettivo alla libertà sindacale, mentre il giudizio

pendente di fronte al giudice bergamasco riguardava la violazione del diritto a non subire discriminazioni in ragione delle convinzioni sindacali.

Come detto, la giudice riscontra una condotta antisindacale nel continuo silenzio mantenuto da Ryanair di fronte alle numerose richieste di incontro, negoziazione e informazione inviate dal sindacato ricorrente. Ryanair rifiutava, infatti, ogni forma di negoziazione collettiva e contrattava solo con l'Erc: rappresentanza sindacale fortemente sostenuta dal datore di lavoro, come messo in luce nel ricorso dell'*Irish Congress of Trade Unions* al Comitato Oil per la libertà sindacale (caso n. 2780 – Irlanda –, par. 742 ss.). Nell'accogliere la denuncia del sindacato irlandese, il Comitato menzionava l'art. 2 della Convenzione n. 98, che vieta ogni interferenza del datore di lavoro nell'esercizio dei diritti sindacali (par. 809), e l'art. 5 della Convenzione n. 135, che obbliga gli Stati ad adottare misure adeguate per evitare che la presenza di rappresentanze sindacali aziendali indebolisca i sindacati (cfr. analogamente l'art. 3, par. 2, della Convenzione n. 154).

La giudice di Busto Arsizio ritiene poi che Ryanair abbia violato l'art. 4 del d.lgs. n. 25/2007 in quanto non ha mai fornito informazioni ai sindacati, nonostante i numerosi solleciti. I diritti di informazione e consultazione di cui al d.lgs. n. 25/2007 si applicano infatti alle imprese o alle unità produttive stabilite in Italia (art. 1). Nell'aeroporto di Malpensa, Ryanair ha una base di servizio in cui svolge, in modo stabile, un'attività economica (24). Per questo è tenuta a rispettare quanto prescritto dal d.lgs. n. 25/2007.

La giudice omette di precisare che, ai fini del calcolo delle soglie di cui all'art. 3, c. 1, d.lgs. n. 25/2007, devono essere computati tutti i lavoratori che svolgono abitualmente la loro attività a Malpensa, a prescindere dalla legge scelta dalle parti per regolare tali rapporti di lavoro.

Quanto ai destinatari dei diritti di informazione e consultazione, è vero che il d.lgs. n. 25/2007 rinvia al contratto collettivo e alle rappresentanze dei lavoratori nei luoghi di lavoro, e che Ryanair non applica alcun contratto collettivo, né ha Rsa o Rsu. Ciò dipende, tuttavia, dal continuo rifiuto della compagnia aerea di aprire un qualunque tavolo di contrattazione e non può dunque giustificare il mancato rispetto degli obblighi di informazione e consultazione.

Analogamente, Ryanair ha violato l'art. 36, d.lgs. n. 81/2015, che obbliga l'utilizzatore a comunicare alle rappresentanze sindacali informazioni circa l'utilizzo di contratti di lavoro in somministrazione, e l'art. 46, d.lgs. n. 198/2006 che obbliga le imprese con più di 100 dipendenti a pubblicare un rapporto biennale sulla situazione del personale di sesso maschile e femminile. In entrambi i casi, la normativa italiana si applica in quanto Ryanair ha una base di servizio a Malpensa.

Lo stesso ragionamento deve infine applicarsi alle regole del d.lgs. n. 81/2008 sui rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza. L'art. 47, d.lgs. n. 81/2008, fa riferimento ad «aziende o unità produttive»; avendo Ryanair una base di servizio in Italia, è tenuta a rispettare tale normativa; e anche in questo caso Ryanair non ha tenuto un atteggiamento collaborativo nei confronti del sindacato.

(24) A Malpensa, Ryanair ha aree di parcheggio per i suoi aeromobili, una *crew room* in cui il personale di volo riceve le istruzioni e in cui opera il personale di coordinamento della compagnia, una sala *briefing* per la preparazione del volo, la presentazione degli equipaggi e la distribuzione dei relativi compiti. A Malpensa vengono svolte le attività di controllo e preparazione prima del volo, il riassetto dell'area passeggeri e le operazioni di *debriefing* prima della cessazione dell'impiego. I lavoratori con base di servizio Malpensa ivi iniziano e terminano le proprie attività, sono tenuti a risiedere nelle vicinanze dell'aeroporto e a essere disponibili entro 60 minuti per eventuali sostituzioni.

A seguito della pronuncia con cui la giudice di Busto Arsizio ordinava la cessazione della condotta antisindacale, Ryanair ha continuato a rifiutare ogni trattativa con i sindacati confederali e, il 5 marzo 2018, ha sottoscritto con Anpac un Protocollo che riconosce Anpac quale «esclusivo organismo rappresentativo per i piloti diretti dipendenti di Ryanair in Italia» (art. 2); Ryanair si impegna inoltre a versare ai rappresentanti dei piloti che partecipano al tavolo di negoziazione, e che devono essere dipendenti della compagnia, un'indennità annuale di euro 635; Ryanair non applica poi agli iscritti Anpac la clausola risolutiva espressa prevista nel *Cabin Crew Agreement*. Analogo Protocollo è sottoscritto con Anpav per gli assistenti di volo. A tale modello di negoziazione ha poi aderito Fit Cisl. In sostanza, anche dopo la pronuncia di Busto Arsizio, Ryanair continua a scegliere i propri interlocutori sindacali e afferma di rispettare la normativa italiana adempiendo, solo nei loro confronti, agli obblighi di informazione, consultazione e negoziazione.

Nell'agosto 2018, Ryanair ha poi firmato con Anpac un Accordo collettivo a cui ha aderito Fit-Cisl. Tale Accordo disciplina i rapporti di lavoro dei piloti assunti direttamente da Ryanair con base di servizio in Italia, senza tuttavia contestare l'applicazione della legge irlandese (25). Con la firma dell'Accordo, Anpac rinuncia a qualsiasi azione conflittuale per qualunque disaccordo che dovesse sorgere con Ryanair (26).

Chiamati a esprimersi sull'Accordo nel referendum organizzato nel settembre 2018, l'82% dei lavoratori votanti esprimeva voto negativo. Pertanto, mentre Ryanair proponeva ricorso in opposizione contro il decreto che ha chiuso la prima fase del giudizio *ex art. 28 St. lav.*, Filt-Cgil e Uil Trasporti depositavano un secondo ricorso contro Ryanair per condotta antisindacale consistente nel rifiuto di ammettere tali sindacati alla trattativa per la stipula del contratto aziendale e nel sostegno illegittimo ad altri sindacati ai sensi dell'art. 17 *St. lav.*

4.3. — *La battaglia di Bergamo* — Il 28.3.2018, il Tribunale di Bergamo pronunciava un'ordinanza che chiudeva la prima fase del procedimento *ex art. 28 del d.lgs. n. 150/2011* attivato dalla Filt-Cgil contro la condotta discriminatoria di Ryanair (27). Il giudizio verteva sulla clausola risolutiva espressa contenuta nel *Cabin Crew Agreement for Crew Operation*.

Anche in questo caso, la giudice deve risolvere, in primo luogo, la questione del giudice competente. E anche in questo caso, la giudice ritiene applicabile l'art. 7, n. 2, del Regolamento Bruxelles I-bis. In particolare, la giudice cita la giurisprudenza della Corte di Giustizia secondo cui «soltanto un'obbligazione giuridica assunta liberamente da una parte nei confronti di un'altra e su cui si fonda l'azione del ricorrente rientra nella "materia contrattuale"», ai sensi dell'art. 7, n. 1, Regolamento Bruxelles I-bis. Ne consegue che l'art. 7, n. 2, del Regolamento Bruxelles I-bis riguarda «tutte le azioni dirette a stabilire la responsabilità del convenuto e che non riguardano detta "materia contrattuale"» (28). L'azione del sindacato contro una presunta condotta

(25) Secondo l'Accordo, la legge italiana dovrebbe applicarsi ai contratti di lavoro dei piloti a partire dal 2022. Ciò tuttavia è subordinato all'accordo tra Anpac e Ryanair sui costi della transizione dalla legge irlandese a quella italiana (*id est*: Ryanair vuole essere sicura che i lavoratori rinuncino ai diritti acquisiti).

(26) Analoga strategia è stata seguita da Ryanair in Irlanda, ove la compagnia ha siglato, con il sindacato Fórsa, un Accordo per il personale di volo assunto direttamente. In tale Accordo, Ryanair riconosce Fórsa quale unico sindacato rappresentativo e ribadisce che i membri dell'*Irish In-Flight (Ryanair) Company Council* devono essere dipendenti della compagnia.

(27) La decisione è commentata da Petrone 2018, 14 ss.; Rota 2018, 512 ss.

(28) C. Giust. 21.1.2016, C-359/14 e C-475/14, *Ergo Insurance*, par. 44-45.

discriminatoria che ha luogo in Italia, e che produce o può produrre effetti dannosi in Italia, rientra dunque nella fattispecie di cui all'art. 7, n. 2, del Regolamento Bruxelles I-bis e può essere promossa davanti al giudice italiano. Tale interpretazione è peraltro in linea con l'obbligo di garantire una tutela processuale effettiva previsto dall'art. 9 della Direttiva n. 2000/78. Invero, il giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire «è generalmente il più idoneo a pronunciarsi, in particolare per ragioni di prossimità alla controversia e di facilità di assunzione delle prove» (29).

Il medesimo ragionamento viene ripetuto per determinare la legge applicabile: non sussistendo alcun legame contrattuale tra ricorrente e convenuta, si verte in tema di responsabilità extracontrattuale, ed è applicabile, ai sensi dell'art. 4, par. 1, Regolamento Roma II, la legge del luogo in cui si è verificato l'evento dannoso, cioè la legge italiana.

La giudice ritiene quindi che la clausola risolutiva espressa configuri una discriminazione diretta in quanto idonea «a dissuadere determinati soggetti dal presentare le proprie candidature a Ryanair o a renderlo maggiormente difficoltoso»; ciò che integra «una limitazione delle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro». Tale effetto dissuasivo era peraltro rafforzato dalle dichiarazioni rese dall'amministratore delegato della società in occasione degli scioperi organizzati dal personale di volo della compagnia, con cui si minacciavano sanzioni (ad es., la perdita di futuri incrementi salariali o promozioni, il peggioramento dei turni di lavoro, il trasferimento) a chi aderiva a tali scioperi. È evidente che la discriminazione non riguardava il solo accesso all'impiego (come afferma la giudice bergamasca), ma anche le condizioni di lavoro (art. 3, c. 1, lett. a e b, d.lgs. n. 216/2003).

Richiamando la sentenza *Asociația Accept* (30), la giudice esclude poi che sia necessario identificare un lavoratore vittima di tale discriminazione. Va evidenziato che, in base alla *Rough Guide*: i dipendenti Ryanair sono tenuti a consultare i loro dirigenti prima di rilasciare qualsiasi dichiarazione pubblica; la diffusione di qualsiasi notizia ritenuta riservata da Ryanair (come le informazioni sul personale) configura un grave illecito disciplinare, sanzionato con il licenziamento in tronco; analoga sanzione è prevista nel caso in cui i dipendenti facciano video o registrazioni delle attività svolte da Ryanair. È pertanto comprensibile che nessun lavoratore Ryanair abbia voluto rischiare di perdere il lavoro, esponendosi a un'azione giudiziale.

Rilevata la condotta discriminatoria, la giudice avrebbe potuto dichiarare che la clausola risolutiva espressa contenuta nel regolamento aziendale è nulla e pertanto non può essere opposta ai lavoratori Ryanair che svolgono abitualmente la propria attività in Italia. Inoltre, la giudice avrebbe potuto ordinare alla compagnia di non inserire tale clausola in alcun futuro contratto di lavoro che si svolge nel nostro paese. Al contrario, in maniera un po' formalistica e in contraddizione con quanto sostenuto sulla discriminazione collettiva, la giudice non dichiara la nullità della clausola risolutiva espressa in quanto Filt-Cgil non ha prodotto in giudizio alcun contratto di lavoro del personale di cabina, «per cui non è possibile stabilire se tali rapporti siano soggetti al diritto italiano o a quello irlandese».

La giudice condanna invece Ryanair a pagare a Filt-Cgil una somma pari a euro 50.000 a titolo di risarcimento del danno. L'importo si giustifica in quanto, in caso di violazione del diritto antidiscriminatorio, le sanzioni devono essere proporzionate, effettive e dissuasive (art. 17 della Direttiva n. 2000/78). Le S.U. della Cassazione (7.2.2017, n. 16601), argomentando sulla

(29) C. Giust. 10.9.2015, C-47/14, *Holterman*, par. 74.

(30) C. Giust. 25.4.2013, C-81/12, par. 36.

polifunzionalità della responsabilità civile, hanno poi ammesso il cd. «danno punitivo», per cui la condanna al risarcimento del danno può essere superiore all'effettivo pregiudizio patito in quanto diretta a sanzionare l'autore dell'illecito.

4.4. — *La battaglia di Pisa* — L'ultima pronuncia in esame è la sentenza n. 380 del 4.10.2018, con la quale il Tribunale di Pisa ha ritenuto infondata l'opposizione di Ryanair contro l'ordinanza di ingiunzione emessa dalla Dtl della stessa città per violazione dell'art. 9-bis, cc. 1 e 2, del d.l. n. 510/1996 (obbligo del datore di lavoro di dare comunicazione all'autorità amministrativa competente dell'instaurazione di un rapporto di lavoro), dell'art. 21, c. 1, l. n. 264/1949 (obbligo di comunicare la cessazione del rapporto di lavoro), dell'art. 14, c. 2, del d.lgs. n. 38/2000 (obbligo di comunicare all'Inail il codice fiscale dei lavoratori assunti o cessati dal servizio), dell'art. 4-bis del d.lgs. n. 181/2000 (obbligo del datore di lavoro di consegnare al lavoratore, all'atto di assunzione, una comunicazione relativa alle condizioni di lavoro), e dell'art. 39, c. 2, d.l. n. 112/2008 (obbligo di annotare determinate informazioni nel Libro unico del lavoro).

Anche nel caso di specie, Ryanair contestava l'applicazione della legge italiana (31). Per risolvere tale questione, il giudice ritiene irrilevante la Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (all'epoca dei fatti non era ancora entrato in vigore il Regolamento Roma I), trattandosi di «obblighi datoriali di natura pubblicistica». Occorre, tuttavia, constatare che le violazioni contestate dalla Dtl di Pisa riguardano obblighi che sorgono in capo a un datore di lavoro che instaura un rapporto di lavoro regolato dalla legge italiana. Tutte le disposizioni sopra menzionate possono annoverarsi fra le «norme imperative» che devono applicarsi, a prescindere da quale sia la legge scelta dalle parti per regolare il rapporto di lavoro (art. 6, par. 1, della Convenzione di Roma del 1980). Peraltro, l'aver ritenuto applicabile la Convenzione di Roma avrebbe rafforzato l'interpretazione sistematica operata dal giudice, dato che – come detto – i Regolamenti Roma I, Roma II, Bruxelles I-bis, così come gli atti che li hanno preceduti, devono essere interpretati in modo coerente (vd. *supra*, par. 3).

Per individuare la legge applicabile al caso, il giudice fa riferimento, in via analogica, al Regolamento n. 1408/71 (regolamento applicabile, all'epoca dei fatti, ai regimi di sicurezza sociale), come aveva già fatto il Tribunale di Bologna (sentenza n. 21081 del 24.6.2015) in un caso simile riguardante Ryanair. L'analogia sarebbe giustificata in quanto «in entrambi i casi si tratta di coordinare le disposizioni di rilevanza pubblicistica previste nelle legislazioni nazionali al fine di assicurare la più ampia tutela dei diritti dei lavoratori e delle lavoratrici» (T. Bologna n. 21081/2015).

L'applicazione del metodo indiziario elaborato in *Nogueira* consente tuttavia al giudice pisano di arrivare a conclusioni opposte a quelle cui era giunto il Tribunale bolognese. In particolare, tale metodo permette al giudice pisano di valorizzare il riferimento alla «nozione di base di servizio» e di ignorare lo Stato di bandiera degli aeromobili. Il giudice conclude, dunque, che il lavoro è svolto stabilmente in Italia e che pertanto Ryanair era tenuta a rispettare la legge italiana, a nulla rilevando il fatto che la legge irlandese prevedesse obblighi analoghi.

(31) Non si poneva la questione del giudice competente, dato che l'opposizione contro le ordinanze di ingiunzione della Dtl (ora Ispettorato territoriale del lavoro) dev'essere proposta davanti al tribunale del luogo in cui ha sede l'autorità che ha emesso l'ordinanza (art. 22, l. n. 689/1981).

5. — *Conclusioni* — Le quattro pronunce esaminate segnano quattro vittorie contro il *business model* di Ryanair. Tuttavia, dopo ogni sconfitta Ryanair reagisce, trovando soluzioni per contenere il costo della manodopera, quali la delocalizzazione delle basi di servizio o la selezione di sindacati compiacenti negli Stati in cui opera.

Le battaglie giudiziarie condotte dai sindacati nazionali, europei e internazionali hanno però permesso di fissare alcuni capisaldi: in primo luogo, il giudice competente e la legge applicabile non possono essere liberamente scelti da Ryanair, ma devono essere determinati secondo criteri oggettivi che permettano la tutela del lavoratore; a tal fine, viene riaffermata la centralità del principio di territorialità nel diritto del lavoro. Altro risultato importante è la solidarietà tra i lavoratori di diversi Stati e il coordinamento transnazionale delle lotte sindacali (32). Ciò è particolarmente rilevante a fronte delle minacce di delocalizzazione di Ryanair: quando, nel settembre 2018, Ryanair ha annunciato lo spostamento di aeromobili e personale in Polonia, veniva creata, all'interno del sindacato polacco Nszz Solidarność, la *Cwr Cabin Crew Union*; i lavoratori rifiutavano così il sistema di relazioni sindacali creato dalla compagnia aerea e chiedevano la negoziazione con il sindacato confederale; in risposta a tali richieste, Ryanair Sun (controllata polacca di Ryanair) offriva ai propri dipendenti contratti di lavoro autonomo, minacciando il licenziamento in caso di rifiuto della proposta. Da notare che, in Polonia, i lavoratori autonomi non hanno diritto a iscriversi a un sindacato e alla contrattazione collettiva. E da notare che, nella delocalizzazione, Ryanair ignora totalmente le regole comunitarie in materia di trasferimento di impresa. Altri due capitoli che meritano di essere indagati nella guerra al *Ryanair business model*.

Riferimenti bibliografici

- Barnier L.-M. et al. (2018), *Le low cost dans le secteur aérien*, in *La nouvelle revue du travail*, n. 12, in <https://journals.openedition.org/nrt/3527>.
- Borelli S. (2014), *Parlando di welfare e barbarie, oggi*, in *Ragion Pratica*, n. 42, 99 ss.
- Buschmann R. (2016), *Ryanair in Dänemark*, in *Arbeit und Recht*, 35 ss.
- Calvellini G. et al. (2018), *The Ryanair Case in the Italian and European Framework*, paper presentato al XXII Isssl World Congress.
- Carta C. (2017), *Ryanair e le regole di diritto internazionale privato nello spazio europeo: certezza processuale, carenza di tutela sostanziale?*, in *Labor*, n. 6, 675 ss.
- Diverio D. (2017), *Dalla Corte di Giustizia un'importante precisazione sulla giurisdizione nelle controversie relative al personale di cabina*, in *RIDL*, n. 4, II, 872 ss.
- Frosecchi G. (2016), *La legge previdenziale applicabile ai lavoratori di compagnie aeree internazionali. I casi Ryanair*, in *RGL*, n. 1, II, 104 ss.
- Kerr A. (2018), *Jurisdiction and Choice of Law Issues in Transnational Employment Rights Disputes*, in *Irish Employment Law Journal*, vol. 15, n. 3, 72 ss.

(32) Il 3 e 4.7.2018, i sindacati di 12 paesi europei, coordinati dall'If e dall'Etf, si sono incontrati a Dublino e hanno stipulato la *Ryanair Crew Charter*, in cui si chiedono alla compagnia: aumenti salariali; il riconoscimento dell'anzianità aziendale; il pagamento dei giorni di malattia; la fornitura gratuita di uniformi, pasti in volo e formazione. Ma soprattutto i sindacati richiedono che «i contratti di lavoro di tutto il personale riconoscano espressamente l'applicazione della legge e la competenza del giudice dello Stato della base di servizio».

- Mattei A. (2013), *La legge applicabile al lavoro transnazionale a partire da un caso recente*, in *LD*, n. 3, 451 ss.
- Orlandini G. (2018), *Il Tribunale di Busto Arsizio condanna Ryanair per condotta antisindacale*, in <http://www.europeanrights.eu>.
- Petrone I. (2018), *Ancora una condanna per Ryanair: la stagione dell'impunità è definitivamente tramontata?*, in *Diritti & Lavoro. Flash*, n. 4, 14 ss.
- Rota A. (2018), *Sul divieto di conflitto e affiliazione sindacale: il «modello Ryanair» sotto la lente del diritto antidiscriminatorio*, in *Labor*, 512 ss.
- Signorini E. (2018), *Il lavoro della gente dell'aria: laboratorio di tutele*, in *LG*, n. 2, 129 ss.
- Vandewattyne J. (2016), *Ryanair ou le refus du dialogue social institutionnalisé*, in *La nouvelle revue du travail*, n. 8, in <https://journals.openedition.org/nrt/2609>.

Silvia Borelli
*Professoressa associata di Diritto del lavoro
presso l'Università di Ferrara*

TRIBUNALE ROMA, 8.5.2018 – Est. Canè – Ministero dell’Istruzione dell’Università e della Ricerca (Avv. Stato) c. D.S. (avv. Angelozzi).

Lavoro pubblico – Aspettative e permessi – Diritto all’aspettativa non retribuita ex art. 31 St. lav. – Dirigente di sindacato non rappresentativo – Sussiste.

Aspettative e permessi – Aspettativa non retribuita ex art. 31 St. lav. – Inderogabilità.

Nel lavoro pubblico, i rappresentanti sindacali appartenenti ai sindacati sprovvisti della rappresentatività necessaria per partecipare alla contrattazione nazionale godono anch’essi dei benefici previsti dall’art. 31 della l. n. 300 del 1970, secondo cui i lavoratori chiamati a ricoprire cariche sindacali provinciali e nazionali possono essere collocati in aspettativa non retribuita per tutta la durata del loro mandato, in quanto le norme dello Statuto dei lavoratori, non escluse quelle sulle garanzie e prerogative sindacali, sono di generale applicazione anche nel rapporto di pubblico impiego. (1)

L’art. 31 St. lav. è norma di carattere imperativo attinente a diritti indisponibili, e quindi non derogabile dalla contrattazione collettiva trattandosi di un diritto riconosciuto a tutela della libertà sindacale del lavoratore e dalla libera applicazione delle relative attività, costituzionalmente garantito (artt. 39 e 51 Cost.), che non è suscettibile di limitazioni o discriminazioni. (2)

(1-2) APPLICABILITÀ DELL’ART. 31 DELLO STATUTO NEL PUBBLICO IMPIEGO

1. — Con la sentenza in commento, il Tribunale di Roma conferma l’indirizzo già espresso dalla Suprema Corte 9.5.2005, n. 9567, e afferma che l’istituto dell’aspettativa sindacale prevista dall’art. 31, comma 2, St. lav., trova generale applicazione anche nel pubblico impiego in riferimento ai dirigenti di organizzazioni sindacali non rappresentative.

Nel caso oggetto della sentenza, un dipendente, dirigente del sindacato di base, si era visto negare la richiesta di aspettativa sindacale non retribuita ex art. 31 St. lav. poiché, ad avviso del Miur, i titolari del diritto a permessi, aspettative e distacchi sindacali sarebbero unicamente i dirigenti dei sindacati ammessi alla contrattazione collettiva nazionale in quota proporzionale alla loro rappresentatività in base al combinato disposto degli artt. 43 e 50, d.lgs. n. 165/2001.

Il Tribunale di Roma, investito della vicenda, rigetta le pretese avanzate dal Miur e fa proprio l’orientamento della Suprema Corte secondo il quale il dirigente di un sindacato non ammesso alla contrattazione nazionale gode, comunque, dei benefici previsti dall’art. 31, comma 2, della l. n. 300/1970, in quanto le norme dello Statuto dei lavoratori sono da considerarsi di generale applicazione. Né può ritenersi il contrario sulla base della normativa dettata specificamente per il rapporto di lavoro pubblico.

2. — Per comprendere le conclusioni del Tribunale, appare utile approfondire l’istituto dell’aspettativa sindacale ex art. 31 St. lav., non affrontata compiutamente dalla sentenza in esa-

me (Assanti 1972; Ghezzi 1972; Lattanzi 1975; Del Punta 1991; Di Cerbo, Simeoli 2017; Galardi 2018).

In via generale, l'istituto dell'aspettativa indica una serie di situazioni eterogenee che l'ordinamento non definisce, ma che sono disciplinate nelle loro manifestazioni particolari dalla legge e dalla contrattazione collettiva (Per una ricostruzione dell'istituto dell'aspettativa nel diritto del lavoro, vd. Vallauri 2015).

In particolare, l'art. 31 St. lav., quale diritto potestativo a sospendere l'obbligazione lavorativa per il tempo del mandato e a veder conservato il proprio posto di lavoro, dispone al comma 1 che al lavoratore spetti un periodo di aspettativa quando venga eletto membro del Parlamento nazionale o del Parlamento europeo (ipotesi, quest'ultima, aggiunta dalla l. 19.6.1979, n. 348), o di assemblee regionali, o quando sia chiamato ad altre funzioni pubbliche elettive.

Tale disposizione viene considerata quale attuazione del comma 3 dell'art. 51 Cost., il quale prevede che «Chi è chiamato a funzioni pubbliche elettive ha diritto di disporre del tempo necessario al loro adempimento e di conservare il posto di lavoro».

Il comma 2 dell'art. 31, invece, disciplina l'ipotesi del lavoratore che sia stato chiamato a ricoprire cariche sindacali provinciali e nazionali.

In tal caso, la norma contribuisce a dare attuazione al principio di libertà sindacale sancito dall'art. 39, comma 1, Cost., in quanto consente al lavoratore di poter espletare il proprio mandato senza pregiudizio della propria posizione lavorativa.

Quanto all'ambito oggettivo di applicazione, l'istituto dell'aspettativa ex art. 31, comma 2, St. lav., è inteso quale diritto potestativo di esercitare l'incarico sindacale provinciale o nazionale a tempo pieno e senza retribuzione.

Sotto il profilo soggettivo, invece, nonostante sia stata sostenuta la mancanza di una chiara indicazione (Santucci 2010, 870; Zilio Grandi, 1998, 107), ne risulta titolare ogni lavoratore che venga chiamato a ricoprire le predette cariche, trattandosi di un diritto del singolo e non del sindacato. L'associazione sindacale, infatti, potrà essere lesa in via indiretta in caso di un'eventuale negazione dell'aspettativa al lavoratore, risolvendosi in un comportamento antisindacale ex art. 28 St. lav. (Salvo il rispetto del requisito della «diffusione nazionale» ovvero dello svolgimento di una effettiva azione sindacale su gran parte del territorio nazionale: così Cass. 14.3.2018, n. 6322, in *Banca dati Pluris*).

La disposizione richiamata, infatti, trovando come detto il proprio fondamento nell'art. 39 Cost., è posta a tutela della libertà sindacale del lavoratore e della libera esplicazione delle relative attività, assumendo in tal modo una valenza generalizzata: estesa cioè a ogni lavoratore chiamato a ricoprire cariche sindacali in ogni organizzazione sindacale (T. Milano 15.12.1999; Pret. Milano 19.8.1991; Pret. Milano 31.10.1991, in *Banca dati Pluris*).

Tale assunto, inoltre, consente di precisare e distinguere all'interno delle norme dello Statuto dei lavoratori quelle disposizioni inerenti il rapporto di lavoro e quelle concernenti diritti e libertà le quali, in quanto attuazione di precetti costituzionali, non possono che trovare generale applicazione, pena la violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. (Morcavallo, 2005, 379).

Si tratta, pertanto, di una norma di carattere imperativo, non derogabile da parte della contrattazione collettiva come già chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, che ha motivato la suddetta inderogabilità osservando che l'art. 31 St. lav. è posto a tutela di un *munus publicum*, in funzione del pubblico interesse a esso collegato (Cass. 7.2.1985, n. 953, *NGL*, 1985, 247 ss.).

Anche il Tribunale di Roma nel caso in esame afferma, con interpretazione condivisibile nonché costituzionalmente necessitata, il carattere imperativo della disposizione in quanto avente a oggetto diritti indisponibili.

Una interpretazione restrittiva del diritto si porrebbe altrimenti in contrasto con il dettato dell'art. 31 St. lav., e sarebbe altresì lesiva del divieto di discriminazione (Cass. 5.8.2004, n. 15135, in *MGL*, 200, 790 ss.; Cass. 9.5.2005, n. 9567, in *RCDL*, 2005, n. 2-3, 379 ss., con nota di Morcavallo).

3. — Così precisato l'ambito soggettivo di applicazione della norma, occorre ora addentrarsi più da vicino nel quesito sottoposto al Tribunale, e cioè se un dirigente sindacale appartenente a un sindacato non rappresentativo per partecipare alla contrattazione collettiva possa o no usufruire dell'aspettativa non retribuita di cui all'art. 31, comma 2, St. lav.

Applicando i canoni esegetici dettati dall'ordinamento (art. 12 disp. prel. c.c.), tra i presupposti previsti dall'art. 31, comma 2, St. lav. per poter godere dell'aspettativa sindacale non emerge, a differenza di quanto sostenuto dall'amministrazione, alcun riferimento circa la necessaria rappresentatività del sindacato di appartenenza del lavoratore.

In tal senso depone anche la collocazione sistematica della norma, posta al di fuori delle norme di cui al Titolo III dello Statuto dei lavoratori. L'art. 31 non richiama, infatti, l'art. 19 della l. n. 300 del 1970, che accorda una tutela privilegiata alle associazioni più rappresentative nello svolgimento dell'azione sindacale all'interno dell'impresa (T. Milano 15.12.1999, in *RIDL*, 2000, 117 ss.).

Già questo sembrerebbe di per sé dirimente alla soluzione della questione. Ma si potrebbe obiettare, come in effetti è stato sostenuto dalle amministrazioni, che la normativa del pubblico impiego integri quell'inciso «salvo che la materia sia diversamente regolata», di cui all'art. 37 St. lav., che sancisce l'applicabilità delle norme dello Statuto anche ai rapporti di impiego degli altri dipendenti pubblici.

Si fa in particolare riferimento agli artt. 43 e 50 del d.lgs. n. 165/2001 (Luciani, Lombardo, 2011), i quali richiederebbero, per poter godere di permessi e aspettative, un necessario collegamento con il concetto di rappresentatività (Per una ricostruzione, vd. De Marco 2006, 304).

Tali disposizioni affidano un ruolo centrale alla contrattazione collettiva, alla quale sono attribuite due funzioni: quella di individuare i limiti massimi di permessi e aspettative fruibili in tutta l'area e i comparti della p.a., attraverso un accordo quadro tra l'Aran e le confederazioni sindacali rappresentative, e quella di determinare le modalità di utilizzo e di distribuzione delle prerogative sindacali tra le confederazioni e le organizzazioni sindacali aventi titolo secondo i criteri espressamente previsti dall'art. 43, comma 6, del d.lgs. n. 165/2001 (proporzionalità rispetto al grado di rappresentanza di ogni organizzazione e confederazione; diffusione territoriale; consistenza delle strutture organizzative nel comparto o nell'area).

A ciò si era aggiunto l'intervento chiarificatore dell'Aran, che a più riprese aveva affermato che le prerogative sindacali nascenti dall'accordo sono riconosciute unicamente alle organizzazioni sindacali rappresentative, mentre viceversa le organizzazioni non rappresentative non sono titolari di alcuna prerogativa (Nota 27.5.2004, Protocollo n. 4260, in www.aranagenzia.it).

Tuttavia, le considerazioni che precedono vengono disattese dalla giurisprudenza ormai unanime sul punto. Infatti, il richiamo al requisito della rappresentatività fatto valere dal Miur viene richiesto, come si vince direttamente dalla rubrica della disposizione, ai fini dell'ammissibilità alla contrattazione nazionale (Cass. 9.5.2005, n. 9567, in *Banca dati Pluris*).

In particolare, neanche la lettera del comma 6 dell'articolo 43 – secondo cui «Agli effetti

dell'accordo tra l'Aran e le confederazioni sindacali rappresentative, previsto dal comma 1 dell'art. 50, e dai contratti collettivi che regolano la materia, le confederazioni e le organizzazioni sindacali ammesse alla contrattazione collettiva nazionale ai sensi dei commi precedenti hanno titolo ai permessi, aspettative e distacchi sindacali, in quota proporzionale alla loro rappresentatività ai sensi del comma 1, tenendo conto anche della diffusione territoriale e della consistenza delle strutture organizzative nel comparto o nell'area» – può dirsi dirimente.

I permessi e le aspettative oggetto delle disposizioni citate sono soltanto quelle oggetto dell'accordo.

Soltanto una interpretazione di tal fatta risulterebbe costituzionalmente conforme.

A ciò si aggiunga che la normativa dettata specificamente per il pubblico impiego ha avuto come fine precipuo il contenimento della spesa e la razionalizzazione delle prerogative sindacali preesistenti nel settore pubblico, che comportavano oneri diversi e maggiori di quelli derivanti per il datore di lavoro dalla l. n. 300/1970, senza intaccare in alcun modo l'art. 31 St. lav.

L'originaria disciplina pubblicistica, invero, che prevedeva per le organizzazioni sindacali del settore pubblico una disciplina di favore rispetto a quella del settore privato, consisteva nella possibilità per i dipendenti pubblici di fruire dei soli permessi e aspettative retribuite, nella possibilità di cumulare i permessi, nonché nell'assenza di controllo da parte delle amministrazioni pubbliche sulla quantità e sulle modalità di organizzazione delle prerogative (Per una ricostruzione, vd. De Marco 2006, 304).

Tutto questo comportava un costo rilevante per il bilancio dello Stato e si avvertiva perciò l'esigenza di un'ampia rivisitazione della normativa, al fine di trovare un equilibrio tra esigenze (anche finanziarie) dell'organizzazione e strumenti di esercizio delle libertà e attività sindacali.

E infatti, l'art. 54, d.lgs. n. 29/1993, in attuazione della legge delega n. 421/1992 sulla razionalizzazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, aveva affidato alla contrattazione collettiva il compito di individuare il limite massimo di godimento delle prerogative sindacali mediante apposito accordo. Inoltre, con l'accordo in parola sarebbero stati anche definiti tempi e modi per l'applicazione della l. 20 maggio 1970, n. 300, facendo dunque salve le disposizioni in esame.

Ciò dimostra che la disposizione di cui all'art. 31 St. lav. non è oggetto neanche marginalmente di tali interventi normativi, e né peraltro avrebbe potuto esserlo alla stregua delle garanzie costituzionali.

Chiarito il profilo letterale e sistematico delle disposizioni intervenute sul pubblico impiego, ne discende l'irrelevanza dell'appartenenza del dirigente al sindacato rappresentativo ai fini della contrattazione nazionale quale requisito ai fini del godimento dell'aspettativa sindacale.

Riferimenti bibliografici

Assanti C. (1972), *Sub art. 31*, in Assanti, C., Pera, G. (a cura di), *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 375 ss.

De Marco C. (2006), *Sul diritto di un dirigente di un sindacato non rappresentativo, in un ente pubblico non economico, di esercitare le prerogative previste dall'art. 31 St. lav.*, in *RIDL*, n. 2, II, 304 ss.

Del Punta R. (1991), voce *Aspettativa e permessi*, in *EGT*, Roma, 10 ss.

Di Cerbo V., Simeoli D. (2017), *Sub art. 31 St. lav.*, in Amoroso G. et al. (a cura di), *Lo Statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, 2, 1336 ss.

- Galardi R. (2018), *Sub art. 50 d.lgs. 165/2001*, in De Luca Tamajo R., Mazzotta O. (diretto da), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 1834 ss.
- Ghezzi G. (1972), *Sub art. 31*, in Ghezzi G. et al., *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in Scialoja A., Branca G. (a cura di), *Commentario del codice civile*.
- Lattanzi G. (1975), *Sub art. 31*, in Prosperetti U. (diretto da), *Commentario allo Statuto dei lavoratori*, Milano, 1060 ss.
- Luciani V., Lombardo C. (2011), *Sub art. 50*, in Amoroso G. et al. (a cura di), *Il Diritto del lavoro*. III. *Il lavoro pubblico*, 806 ss.
- Morcavallo U. (2005), *L'aspettativa non retribuita dei dipendenti pubblici sindacalisti «non rappresentativi»*, in *D&L - RCDL*, n. 2-3, 383 ss.
- Russo C. (2004), *Aspettative e permessi sindacali*, in Carinci F., Zoppoli L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 278 ss.
- Santucci R. (2010), *Caratura costituzionale dell'aspettativa per cariche pubbliche e sindacali*, in *DLM*, n. 3, 870 ss.
- Vallauri M.L. (2015), voce *Aspettativa del lavoratore*, in *Treccani online*.
- Zilio Grandi G. (1998), *Aspettativa sindacale o per mandato elettorale e tutela della posizione del lavoratore*, in *RIDL*, n. 1, II, 107 ss.

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

CONTROVERSIE DI LAVORO

CORTE COSTITUZIONALE, 20.11.2017, n. 241 – Pres. Grossi, Est. Prosperetti – Inps (avv. Caliulo) c. M.D.D.A.; interv. Presidente del Consiglio dei ministri (Avv. Stato Rocchitta).

Controversie di lavoro e previdenza – Giudizi per prestazioni previdenziali – Dichiarazione del valore della prestazione – Omissione – Inammissibilità del ricorso – Irragionevolezza – Incostituzionalità – Violazione degli artt. 3 e 117 Cost.

È costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 3 e 117 Cost., l'art. 152, ultimo periodo, disp. att. c.p.c., come modificato dall'art. 38, c. 1, lett. b, n. 2, d.l. 6.7.2011, n. 98, conv. con modif. in l. 15.7.2011, n. 111, il quale prescrive che, nelle controversie previdenziali, la parte attrice debba indicare il valore della prestazione dedotta in giudizio, a pena di inammissibilità del ricorso, nelle conclusioni dell'atto introduttivo. La sanzione dell'inammissibilità è, infatti, irragionevolmente sproporzionata rispetto allo scopo della norma di scongiurare il proliferare del contenzioso bagatellare, essendo a tal fine di per sé sufficiente la previsione del capoverso immediatamente precedente, che stabilisce che il giudice, all'esito della lite, non può liquidare spese, competenze e onorari superiori al valore della prestazione dedotta in giudizio. (1)

(1) INCOSTITUZIONALE LA INAMMISSIBILITÀ DEL RICORSO PER OMESSA INDICAZIONE DEL VALORE

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Ricostruzione storica e *ratio* dell'art. 152 disp. att. c.p.c. — 3. La decisione della Corte costituzionale. — 4. I limiti interni e sovranazionali al potere discrezionale del legislatore di prevedere sanzioni processuali.

1. — *Premessa* — La Corte d'Appello di Torino, con ordinanza del 6 marzo 2015 (1), sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 152, ultimo periodo, disp. att. c.p.c. Questa disposizione, al fine di scongiurare il rischio che nei giudizi previdenziali venissero liqui-

(1) C. App. Torino 6.3.2015, in *FI, Le banche dati*, archivio *Merito ed extra*, 2015, 640 ss.

date spese processuali di importo superiore al valore della prestazione dedotta in giudizio, imponeva alla parte attrice, a pena di inammissibilità del ricorso, di indicare il valore della medesima prestazione nelle conclusioni dell'atto introduttivo.

La Corte rimettente era stata investita della questione dall'Inps, che aveva proposto gravame avverso la sentenza di primo grado del Tribunale di Torino, in cui era stato riconosciuto il diritto alla pensione di reversibilità del nonno materno in favore del nipote convivente, sebbene i genitori del ragazzo non risultassero totalmente privi di reddito. L'istituto previdenziale aveva impugnato la sentenza di prime cure eccependo, in via preliminare, l'inammissibilità del ricorso per mancata indicazione del valore della prestazione dedotta in giudizio nelle conclusioni dell'atto introduttivo, così come richiesto proprio dall'ultimo periodo dell'art. 152 disp. att. c.p.c. Tale dichiarazione, infatti, pacificamente mancava nel ricorso introduttivo del giudizio di primo grado.

Secondo il giudice *a quo*, tuttavia, la sanzione prevista dalla norma in esame si palesava del tutto iniqua e, comunque, sproporzionata rispetto al fine perseguito dal legislatore di garantire un'equa liquidazione delle spese giudiziali e scongiurare il rischio del proliferare di contenzioso di modestissimo valore e dalle finalità precipuamente lucrative. Costituendo tale dichiarazione un vero e proprio presupposto processuale della domanda giudiziale, tuttavia, la sua carenza, in base al dato letterale della norma, avrebbe privato automaticamente il giudice della sua *potestas iudicandi*, impedendogli di entrare nel merito della pretesa azionata in via giudiziale, così finendo per limitare in maniera del tutto irragionevole e sproporzionata l'accesso dei cittadini alla tutela giurisdizionale. Tale effetto sarebbe stato, poi, ancor più grave avuto riguardo alla natura delle controversie previdenziali, notoriamente caratterizzate da un elevato valore sociale.

Per questi motivi, sosteneva la Corte rimettente, la norma si poneva in insanabile contrasto con il disposto degli artt. 3 e 117, c. 1, Cost., anche in relazione all'art. 6, c. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che, come noto, mira ad assicurare a tutti i cittadini dell'Unione un equo processo.

La manifesta irragionevolezza della sanzione prevista dalla norma, secondo la Corte, risultava ancor più evidente in casi, quale quello in esame, in cui la liquidazione delle spese era comunque avvenuta correttamente, vale a dire senza superare il valore della prestazione richiesta in giudizio dall'attore e, quindi, in maniera del tutto conforme a quanto prescritto dall'art. 152 disp. att. Nel caso *de quo*, infatti, persino l'Inps nulla aveva eccepito in merito a tale aspetto, mancando nell'atto di appello uno specifico motivo di gravame inerente il capo della sentenza di primo grado relativo alla liquidazione delle spese di lite e, anzi, comparendovi una espressa dichiarazione del valore (indeterminato) della causa.

Secondo il giudice *a quo*, inoltre, la norma in questione non sarebbe stata neanche suscettibile di un'interpretazione costituzionalmente orientata che ne garantisse la conformità al dettato costituzionale, in quanto ciò sarebbe risultato escluso dal suo stesso tenore letterale, che prescrive inequivocabilmente una dichiarazione esplicita e non altrimenti desumibile dal contesto complessivo dell'atto introduttivo. Riteneva, peraltro, la Corte rimettente che, poiché la relativa eccezione è sempre sollevabile, anche d'ufficio, in qualsiasi stato e grado del procedimento, il giudice, una volta accertata la violazione del precetto legislativo, anche in grado di appello, si trova obbligato a dichiarare l'inammissibilità del ricorso senza poter procedere all'esame del merito della controversia né valutare se quella omissione sia risultata o meno rilevante rispetto al perseguimento del fine dichiarato dalla legge (2).

(2) Vd. C. App., cit., che afferma testualmente: «Ritiene il Collegio che l'art. 152 disp. att. c.p.c. così come formulato, nel prevedere una sanzione così grave e inemendabile nel corso dello stesso processo, an-

Sottolineava, invece, la Corte che le limitazioni all'accesso alla tutela giurisdizionale per motivi formali non possono in ogni caso pregiudicare il diritto riconosciuto dall'ordinamento nazionale e che, diversamente, esse sono da considerarsi incompatibili con l'art. 6, c. 1, Cedu, qualora non perseguano uno scopo legittimo, ovvero non vi sia una ragionevole relazione di proporzionalità tra il mezzo impiegato e lo scopo perseguito (3).

Alla luce di queste considerazioni, la Corte d'Appello di Torino riteneva opportuno sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma in esame.

2. — *Ricostruzione storica e ratio dell'art. 152 disp. att. c.p.c.* — L'art. 152 disp. att. c.p.c. ha introdotto nel nostro ordinamento un particolare regime di esonero del lavoratore soccombente nei giudizi per prestazioni previdenziali dal rischio di condanna alla rifusione delle spese di lite.

Grazie a questa norma, la disciplina delle spese nelle controversie previdenziali si differenzia in maniera sostanziale rispetto a quella del processo ordinario, nel quale, ai sensi dell'art. 91, c. 1, c.p.c., esse seguono la soccombenza.

La *ratio* che si è sempre attribuita alla norma è quella di evitare che il timore della soccombenza sulle spese impedisca, soprattutto ai soggetti meno abbienti, l'esercizio di diritti riconosciuti dalla Costituzione e la realizzazione della piena parità processuale tra i lavoratori e gli Istituti previdenziali e assistenziali (4). La piena legittimità di tale diversità di trattamento è stata più volte riconosciuta dalla Corte costituzionale (5), che ha, anzi, affermato come essa serva a ristabilire l'uguaglianza sostanziale in questo particolare tipo di giudizi in cui il lavoratore rischia di essere distolto dalle sue, pur fondate, pretese allo scopo di non sopportare il rischio del costo del processo (6).

Nonostante la finalità perseguita fosse, dunque, ampiamente acclarata e condividibile, la storia di questa disposizione negli anni è stata particolarmente travagliata, essendo stata oggetto di ripetuti interventi da parte del legislatore (7).

Nella sua formulazione originaria, la norma prevedeva un regime generalizzato di esenzione, operante in tutti i casi in cui il lavoratore fosse risultato soccombente nei giudizi per prestazioni previdenziali e con la sola eccezione dell'eventualità che la pretesa avanzata in giudizio fosse «manifestamente infondata e temeraria». Con riguardo all'ambito di applicazione di tale unica eccezione, la dottrina e la giurisprudenza si mostrarono, peraltro, particolarmente tolleranti, ritenendo che l'utilizzo da parte del legislatore, tra i due requisiti della domanda menzionati della norma, della congiunzione semplice li rendesse necessari entrambi contemporaneamente (8). Ciò com-

che in caso di raggiungimento dello scopo di una corretta liquidazione delle spese a carico dell'Inps, abbia superato il limite posto dalla Corte e risulti così viziato da manifesta irragionevolezza».

(3) C. App., cit. Nella giurisprudenza della C. Edu, vd., tra le altre: C. Edu 26.7.2007, *Walchli c. Francia*; C. Edu 15.5.2008, *Faltejssek c. Repubblica Ceca*.

(4) Nodari 2004, 565.

(5) Vd., *ex plurimis*: C. cost. 20.3.1998, n. 71, in *GCost.*, 1998, 728 ss.; C. cost. 18.4.1997, n. 98, in *GCost.*, 1997, 965 ss.; C. cost. 13.4.1994, n. 134, in *FI*, 1994, I, 1303 ss.; C. cost. 1.3.1973, n. 23, in *FI*, 1973, I, 959 ss.

(6) Nodari 2004, 566.

(7) Per una ricostruzione in chiave diacronica della norma in esame, vd. Montesano, Mazzotti 1974, 274. Per una compiuta ricostruzione dell'evoluzione normativa e delle modifiche apportate alla disposizione in esame, vd. anche Gentile 2018, 450.

(8) Cass. 19.3.2003, n. 4052, in *MGL*, 2004, n. 6, 259 ss. Su questo specifico aspetto, vd. anche, in dottrina, Federico, Foglia 1973, 207 ss., nonché Gentile 2018, 450 ss.

portò che l'operatività della stessa eccezione fosse ridotta esclusivamente ai casi in cui la domanda risultasse assolutamente e *prima facie* infondata (9), fosse accertata la malafede o la colpevole leggerezza dell'attore nell'instaurazione o prosecuzione del giudizio (10) e risultasse la coscienza dell'attore circa l'assoluta infondatezza della domanda instaurata (11). L'effetto agevolatorio della norma risultò, quindi, notevolmente amplificato dalla estrema specificazione e dal carattere necessariamente binario dell'eccezione, ben più ristretto del corrispondente presupposto della «mala fede o colpa grave» richiesto nelle altre controversie civili per l'aggravio del risarcimento dei danni da lite temeraria (12). Come se non bastasse, un intervento della Consulta e altri della giurisprudenza ne estesero l'ambito di applicazione anche dal punto di vista soggettivo (13).

Sebbene l'apprezzabile intento di questa esegesi estensiva fosse probabilmente quello di consentire a una platea più ampia possibile di usufruire dell'effetto agevolatorio dell'art. 152, essa finì ovviamente anche per favorire il proliferare del contenzioso previdenziale, provocando l'aumento vertiginoso del numero delle relative controversie.

Per fronteggiare il fenomeno, il legislatore, con l'art. 4, c. 2, del d.l. 19.9.1992, n. 384, conv. in l. 14.11.1992, n. 483, operò la scelta radicale di abrogare *in toto* l'art. 152 disp. att. c.p.c. Questa operazione, tuttavia, non fu condivisa dalla Corte costituzionale, che, infatti, la dichiarò costituzionalmente illegittima (14). La Consulta ritenne che l'abrogazione dell'art. 152 disp. att. c.p.c. avrebbe ripristinato una situazione di disparità sostanziale del processo previdenziale, limitando di fatto le possibilità di tutela dei diritti della parte più debole e non proteggendo adeguatamente la condizione di inabile al lavoro. Questo intervento della Consulta, secondo le opinioni espresse nella maggioritaria giurisprudenza di legittimità, pose rimedio alla scelta incostituzionale del legislatore e ripristinò integralmente la vigenza dell'art. 152 disp. att. c.p.c. (15). Nella stessa pronuncia, tuttavia, la Consulta già faceva un cenno alla possibilità di restringere per altra via il campo di applicazione della norma in questione, introducendo una sbarramento di natura reddituale che ne consentisse l'operatività solo per soggetti realmente bisognosi, scongiurando così l'ingiustificato proliferare del contenzioso previdenziale (16).

Questa ipotizzata modifica dell'art. 152 disp. att. c.p.c., tuttavia, divenne realtà solo dieci anni dopo, quando l'art. 42, c. 11, del d.l. 30.9.2003, n. 269, conv. in l. 24.11.2003, n. 326, introdusse il criterio della «non abbienza» quale condizione per la deroga al principio della soccombenza mediante la previsione di un requisito di natura reddituale per fruire del beneficio: in base a tale norma, avrebbe potuto godere dell'esonerazione dalla condanna alle spese processuali unicamente quel lavoratore che fosse risultato titolare, nell'anno precedente a quello della pronuncia, di un reddito imponibile ai fini Irpef, risultante dall'ultima dichiarazione, pari o inferiore a due volte l'importo del reddito stabilito per il patrocinio a spese dello Stato. Il possesso di tale requisito

(9) Cass. 5.7.1978, n. 3320, in *RFI*, 1978, 548 ss.

(10) Cass. 13.4.2006, n. 8672, in *FI*, 2006, n. 12, I, 3399 ss., con nota di Gentile.

(11) Cass. 8.1.2003, n. 73, in *MGL*, 2004, n. 6, 259 ss.

(12) Gentile 2017, 391.

(13) C. cost. 26.7.1979, n. 85, in *FI*, 1979, I, 2294 ss., ad esempio, vi ricomprese espressamente gli invalidi civili, ritenendo la loro esclusione dall'ambito di applicazione della norma una violazione del principio di uguaglianza e parità di trattamento; Cass. 10.4.1997, n. 3097, in *RFI*, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, 216 ss., ne riconobbe, invece, l'applicabilità anche agli eredi e beneficiari del lavoratore che agiscano per il riconoscimento di una prestazione cui aveva diritto il dante causa.

(14) Vd. C. cost. 13.4.1994, n. 134, in *GI*, 1995, I, 216 ss.

(15) Vd., *ex plurimis*, Cass. 21.9.1995, n. 10017, in *IPrev.*, 1995, 1314 ss.

(16) Gentile 2018, 451.

avrebbe dovuto essere attestato da apposita dichiarazione sostitutiva di certificazione, formulata nelle conclusioni dell'atto introduttivo. L'avvento del criterio di selezione basato sul reddito, di carattere oggettivo e predeterminato, si affiancò comunque a quello precedente, ancorato, invece, alle caratteristiche della singola controversia e alla valutazione, da parte del giudice, circa la natura pretestuosa dell'azione: la norma riformata faceva, infatti, «salvo comunque quanto previsto dall'art. 96, comma 1, del codice di procedura civile», vale a dire il caso di mala fede o colpa grave dell'attore, nel qual caso l'esonero non avrebbe ricevuto applicazione.

Le innovazioni complessivamente apportate all'art. 152 disp. att. c.p.c. dalla riforma del 2003 furono, tuttavia, giudicate insufficienti da parte della dottrina, che lamentò soprattutto l'eccessiva capienza della categoria dei non abbienti ed espresse forti dubbi sulla reale portata restrittiva della disposizione (17).

Le ultime modifiche cui è stata sottoposta la norma in esame sono state apportate dapprima dall'art. 52, c. 6, l. 18.6.2009, n. 69, che ha previsto che «le spese, competenze e onorari liquidati dal giudice nei giudizi per prestazioni previdenziali non possono superare il valore della prestazione dedotta in giudizio», e, due anni dopo, dall'art. 38, c. 1, lett. *b*, n. 2, del d.l. 6.7.2011, n. 98, conv. nella l. 15.7.2011, n. 111, che vi ha aggiunto l'ulteriore ultimo periodo: «A tal fine la parte ricorrente, a pena di inammissibilità del ricorso, formula apposita dichiarazione del valore della prestazione dedotta in giudizio, quantificando l'importo nelle conclusioni dell'atto introduttivo».

La *ratio* di entrambi questi ultimi interventi legislativi, da leggere in stretta correlazione, è da ricercare, ancora una volta, nel tentativo del legislatore di ridurre il numero dei processi previdenziali e, segnatamente, di porre un freno alla proliferazione del cd. contenzioso bagatellare (18), rappresentato da un elevatissimo numero di controversie, sovente di modestissimo valore e spesso intenzionalmente frammentate al fine di lucrare proprio sulle spese legali, costituente una delle maggiori cause dell'enorme mole di contenzioso previdenziale pendente soprattutto nelle Sezioni lavoro dei tribunali del Mezzogiorno (19).

La modifica introdotta dalla l. n. 69/2009 è stata accolta con un certo favore da una parte della dottrina, che ne ha riconosciuto il forte impatto, non senza rivolgere aspre critiche ai responsabili di quei fenomeni di strumentalizzazione del processo previdenziale (20). Altri commentatori, tuttavia, ne hanno rilevato l'eccessiva severità e la dubbia costituzionalità, soprattutto in ragione delle difficoltà che avrebbe potuto creare nell'esercizio delle azioni a tutela dei diritti minori e della necessità di sviluppare, di volta in volta, calcoli precisi circa il valore della controversia (21).

(17) Vd. Gentile (2006, 3400), che ha lamentato sia la cedevolezza dell'argine della pretestuosità della lite sia l'eccessiva capienza dello sbarramento di natura reddituale.

(18) Questo obiettivo emergeva anche nella Relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione del d.l. n. 98/2011, laddove si chiariva che l'obbligo di dichiarare il valore della prestazione oggetto del giudizio aveva lo scopo di commisurare a esso il valore massimo delle spese processuali liquidabili in favore della parte vittoriosa, con l'obiettivo di scoraggiare fenomeni elusivi consistenti nella prassi di non definire il *quantum* della pretesa giudiziale azionata al fine di ottenere liquidazioni in termini di spese processuali ben più lucrative.

(19) Vianello 2013, 869.

(20) Chiarloni 2014, 1281.

(21) Gentile 2015, 700. Più in generale, sulle critiche all'intera riforma processuale predisposta dalla l. n. 69/2009, vd. Proto Pisani (2009, 226), e, sul rischio specifico di pregiudicare il ricorso alla tutela giurisdizionale, si veda anche D'Onghia (2014, spec. 127 ss.).

Atteggiamento ancor più critico ha assunto la dottrina in riferimento alle modifiche introdotte dal d.l. n. 98/2011, sebbene esse avessero, almeno sulla carta, il medesimo e apprezzabile intento. Inserendo quale ulteriore appendice dell'art. 152 disp. att. c.p.c. la regola della dichiarazione del valore, infatti, il legislatore ha inteso evidentemente evitare che il giudice sia costretto ad accollarsi, di volta in volta, calcoli eccessivamente complicati (22). Le critiche, tuttavia, hanno investito soprattutto la sanzione di inammissibilità del ricorso prevista in caso di omissione della dichiarazione e i suoi possibili ed eccessivi effetti, che hanno fatto sorgere diffusi sospetti di illegittimità costituzionale (23).

Nel diritto processuale civile, la sanzione dell'inammissibilità colpisce di solito un vizio di gravità tale da impedire al giudice di esaminare il merito della richiesta avanzata dalla parte, poiché l'atto risulta carente dei requisiti minimi previsti dall'ordinamento per la sua stessa esistenza. In considerazione del vizio genetico e gravissimo dell'atto, l'ordinamento prevede che per l'inammissibilità sia esclusa qualsivoglia sanatoria e che essa sia rilevabile, anche d'ufficio, senza termine alcuno, in qualsiasi stato e grado del procedimento. Per la sua straordinaria gravità, la dottrina ha, da sempre, ritenuto questa sanzione di applicazione assolutamente eccezionale, in considerazione del fatto che il processo di cognizione deve tendere quanto più possibile a concludersi con pronunce di merito. Per questo motivo, l'ordinamento appresta tutta una serie di strumenti atti a depurare il processo da vizi formali ed extraformali in modo da consentire, nel maggior numero di casi possibili, di stabilire, alla fine del processo, a chi spetti la ragione giuridica (24).

Una sanzione di tale gravità è scomparsa dal diritto previdenziale già dall'entrata in vigore della l. n. 533/1973, che ha modificato l'art. 443 c.p.c. trasformando il procedimento amministrativo da condizione di ammissibilità a condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria.

L'abnormità della sanzione di cui all'ultimo periodo dell'art. 152 disp. att. c.p.c. appare ancor più evidente laddove si consideri che esso costituisce una mera appendice della statuizione contenuta nel periodo immediatamente precedente, della quale mira semplicemente a rafforzare il precetto fornendo al giudice un parametro di riferimento ai fini della liquidazione delle spese. Esso, dunque, non rappresenta minimamente un requisito fondamentale di validità dell'atto introduttivo del giudizio suscettibile di impedire la regolare proposizione del procedimento giudiziario (25). In particolare, si è sottolineato che una tale sanzione contrasta almeno con tre norme costituzionali: l'art. 3 Cost., sia dal punto di vista della ragionevolezza delle conseguenze derivanti dalla mancata indicazione di un mero elemento formale che del principio di uguaglianza, apertamente violato se si ammette l'applicazione, per i soli giudizi previdenziali, di una sanzione talmente grave da non essere prevista in nessun altro tipo di procedimento giudiziario; l'art. 24 Cost., in quanto l'inammissibilità del ricorso si traduce, di fatto, in una lesione della possibilità di accesso alla giustizia e, conseguentemente, in una palese violazione del diritto di difesa; l'art. 38 Cost., poiché l'esito del giudizio avente a oggetto la pretesa previdenziale finisce con l'essere influenzato da una circostanza, meramente formale, del tutto estranea alla verifica della sussistenza dei presupposti legittimanti la tutela, per cui la pronuncia sul merito (26).

(22) Le modalità di calcolo del valore della prestazione previdenziale e assistenziale sono stabilite dall'art. 13 c.p.c. Per un approfondimento di natura giurisprudenziale sul tema, vd. anche Cass. 18.9.2012, n. 15656, in *Ced Cass.*, 2012, nonché Cass. 21.5.2015, n. 10454, S.U., in *Ced Cass.*, 2015.

(23) Carratta 2018, 83; Vianello 2013, 874 ss.

(24) Proto Pisani 1996, 237.

(25) Vianello 2013, 874.

(26) Carratta 2018.

L'ordinamento giuridico, del resto, ha sempre assunto reazioni ben più tolleranti in tutti gli altri casi di mancata indicazione del valore della controversia nell'atto introduttivo del giudizio. L'art. 9, c. 5, l. n. 488/1999, ad esempio, nella sua formulazione originaria, stabiliva che, in caso di mancata indicazione del valore della lite nelle conclusioni dell'atto introduttivo, la sanzione applicabile fosse quella dell'improcedibilità. Con le modifiche apportate dall'art. 1, l. n. 28/2002, dalla norma è stato poi persino eliminato il riferimento all'improcedibilità, per cui oggi la mancata indicazione del valore della controversia comporta semplicemente l'applicazione del «valore di cui allo scaglione della lett. g del comma 1 della tabella allegata alla presente legge».

In altre parole, in fattispecie del tutto simili, il legislatore ha ritenuto di non dover incidere sull'ammissibilità o proponibilità della domanda, ma di intervenire esclusivamente con l'applicazione dello scaglione di contributo unificato più gravoso, corrispondente ai procedimenti di valore più elevato. Questo orientamento del legislatore è stato confermato anche con il d.P.R. n. 115/2002.

3. — *La decisione della Corte costituzionale* — Nella pronuncia in commento, il punto di partenza del ragionamento della Corte costituzionale è costituito innanzitutto dai limiti del proprio intervento: vertendosi, infatti, in materia di istituti processuali, per la cui conformazione il legislatore gode di ampia discrezionalità, il controllo di costituzionalità deve necessariamente limitarsi alla verifica del superamento o meno del limite di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte compiute. Ciò deve avvenire, secondo la Corte, necessariamente attraverso la verifica che il bilanciamento degli opposti interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato compiuto in modo tale da comprimerne uno in misura eccessiva, quindi incompatibile con il dettato costituzionale (27).

Secondo la Consulta, dunque, il giudizio di costituzionalità deve limitarsi a verificare se i mezzi prescelti dal legislatore, nella sua insindacabile discrezionalità, siano o meno proporzionali rispetto alla finalità che egli si prefigge di perseguire, tenuto anche conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti.

Sulla scorta di queste necessarie premesse, la Corte costituzionale passa poi a esaminare nel merito le singole doglianze, accogliendo *in toto* i rilievi del giudice *a quo* e concludendo per l'illegittimità costituzionale dell'ultimo periodo dell'art. 152 disp. att. c.p.c.

Analizzando nel suo complesso il contenuto dell'articolo, la Corte ha ritenuto, in primo luogo, che esso raggiunga pienamente il suo scopo anche senza l'ultimo periodo aggiunto nel 2011. La sanzione dell'inammissibilità ivi prevista è, infatti, strettamente collegata alla previsione, contenuta nel comma immediatamente precedente, secondo cui nei giudizi per prestazioni previdenziali l'importo delle spese e competenze liquidabili non può, in ogni caso, superare il valore della prestazione dedotta in giudizio. Quest'ultima è, tuttavia, da sola ampiamente sufficiente a conseguire il conclamato obiettivo di deflazionare il contenzioso bagatellare, mentre l'ultimo periodo mira esclusivamente a fornire al giudice un mero parametro per la quantificazione delle spese processuali. La loro liquidazione, tuttavia, avviene normalmente alla fine del giudizio, quando cioè il giudice conosce perfettamente il valore della prestazione oggetto della controversia al quale rapportare le spese processuali.

In secondo luogo, i giudici costituzionali hanno ritenuto che l'obiettivo di evitare la strumentalizzazione del processo, attraverso la sanzione dell'inammissibilità, vada in ogni caso bi-

(27) Tale orientamento della Corte è stato sottolineato da Trapuzzano 2017.

lanciato con la garanzia dell'accesso alla tutela giurisdizionale e della sua effettività. Un'eventuale declaratoria di inammissibilità della domanda, invece, nuocerebbe gravemente proprio a tale diritto: la potenziale definizione in rito, infatti, costituisce un ostacolo alla giustiziabilità nel merito delle pretese, il cui vaglio di fondatezza verrebbe irrimediabilmente precluso da una valutazione preliminare e di natura meramente formale (28). Sebbene, infatti, questa sanzione non impedisca la riproposizione del ricorso, essa preclude comunque di ottenere in prima battuta la decisione del giudizio e la soddisfazione del diritto azionato, traducendosi in un notevole aggravio per la parte, che dovrà ricominciare *ex novo* il giudizio. Senza contare che una nuova iniziativa giudiziaria potrebbe risultare persino definitivamente preclusa qualora siano maturate *medio tempore* prescrizioni o decadenze previste dalla legge (29).

La sanzione dell'inammissibilità si traduce, dunque, in un aggravio del tutto irragionevole e sproporzionato rispetto al fine, pure legittimo, perseguito dalla norma, non essendo la stessa adeguatamente bilanciata dall'interesse di evitare l'abuso del processo previdenziale. Tanto più che, come correttamente rilevato nell'ordinanza di rimessione, il tenore letterale della norma in questione richiede obbligatoriamente una dichiarazione esplicita da formularsi nelle conclusioni del ricorso introduttivo, sicché la sanzione dell'inammissibilità andrebbe comminata anche nell'ipotesi in cui il valore della prestazione dedotta in giudizio sia, comunque, desumibile dal contenuto complessivo dell'atto.

In ultimo, la Consulta ha ritenuto assorbito l'ulteriore motivo di censura dedotto dal giudice *a quo*, con riferimento all'art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 6, c. 1, Cedu.

La decisione della Corte costituzionale in commento si innesta, dunque, in un percorso di faticosa ricerca di equilibrio tra esigenze deflattive del contenzioso e garanzia del diritto di difesa in cui si sono succeduti interventi legislativi o interpretazioni giurisprudenziali (30) particolarmente orientati a contrastare l'abuso del processo, il più delle volte poi (necessariamente) temperati da esegesi successive volte a ripristinare un atteggiamento più moderato, che tenesse in maggior considerazione tutti i fondamentali diritti coinvolti (31).

(28) *Ivi*.

(29) Carratta 2018, 85.

(30) Vd. Cass. 15.11.2007, n. 23726, S.U., in *RDC*, 2008, 3, 2, 335 ss., che, in relazione alla fattispecie di indebito frazionamento del credito, ne aveva fatto discendere l'inammissibilità della domanda, sostenendo che «è contraria alla regola generale di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., e si risolve in abuso del processo (ostativo all'esame della domanda), il frazionamento giudiziale (contestuale o sequenziale) di un credito unitario».

(31) Ad esempio, sempre in tema di condanna alle spese di lite, è intervenuta anche la recente C. cost. 19.4.2018, n. 77, in *LG*, 2018, n. 8-9, 791 ss., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 92, c. 2, c.p.c., come modificato dall'art. 13, c. 1, d.l. 12.9.2014, n. 132, nella parte in cui non prevede che il giudice, in caso di soccombenza totale, possa comunque compensare le spese tra le parti qualora sussistano altre gravi ed eccezionali ragioni distinte da quelle tassativamente indicate dalla norma; sulla diversa ma connessa questione del frazionamento del credito, vd. anche Cass. 19.3.2015, n. 5491, in *Banca dati Pluris*, in *pluris-cedam.uter.giuridica*, che ha successivamente ritenuto che, ferma restando la natura abusiva della parcellizzazione giudiziale del credito, la sanzione di tale comportamento non possa consistere nella inammissibilità delle relative domande giudiziali, essendo illegittimo non lo strumento adottato, ma la modalità della sua utilizzazione. Il rimedio agli effetti distorsivi del fenomeno della fittizia proliferazione della cause autonomamente introdotte dal creditore, secondo questa pronuncia, deve individuarsi, applicando gli istituti processuali ordinari, nella riunione delle medesime o sul piano della liquidazione delle spese di lite, da effettuare come se il procedimento fosse stato unico fin dall'origine.

4. — *I limiti interni e sovranazionali al potere discrezionale del legislatore di prevedere sanzioni processuali* — Secondo parte della dottrina, questa pronuncia della Corte costituzionale presenta profili di grande interesse anche perché individua dei limiti di carattere generale al potere discrezionale del legislatore ordinario di introdurre nell'ordinamento «sanzioni processuali» (32).

In linea generale, con il termine «sanzione», nella teoria generale del diritto, si individuano tutte quelle misure predisposte dall'ordinamento giuridico al fine di rafforzare l'osservanza delle proprie norme ed, eventualmente, porre rimedio agli effetti della loro inosservanza (33). Il presupposto è che, in qualunque ordinamento, ogni norma può astrattamente essere violata, e, anzi, la maggior parte delle norme, di fatto, lo è già. L'ordinamento giuridico, infatti, proprio perché svolge, all'interno della società civile, la complessa funzione di organizzare la vita di un gruppo sociale al fine di permetterne la sopravvivenza e la continuità, consta, per sua natura, di norme il cui contenuto risulta spesso gravoso per gli individui e la cui osservanza è sovente infranta. La sanzione ha, dunque, la finalità di contrastare la violazione delle norme poste dall'ordinamento giuridico e di incentivarne, *a contrario*, l'osservanza.

Per «sanzioni processuali» si intendono, invece, quelle specifiche conseguenze negative che l'ordinamento pone a carico di quella parte che, nel corso del procedimento giudiziario, si sottragga a un determinato onere imposto dal legislatore (34).

La dottrina ha ricondotto a tale tipologia di sanzioni tre distinte categorie (35): quelle di natura «risarcitoria» dell'abuso processuale commesso dalla parte (quale, ad esempio, quella prevista dall'art. 96 c.p.c. in caso di frode processuale); quelle «invalidanti gli atti di parte» che colpiscono, invece, l'atto processuale realizzato in violazione della norma processuale; quelle, infine, di natura disciplinare, dirette a colpire il difensore della parte in questione (quale, ad esempio, quella comminata dall'art. 88 c.p.c. in caso di violazione dei doveri di lealtà e probità nel corso del processo).

La sanzione prevista dall'ultimo periodo dell'art. 152 disp. att. c.p.c. rientra, senz'altro, nel secondo gruppo di sanzioni processuali, vale a dire quelle invalidanti gli atti di parte, in quanto colpisce direttamente il ricorso introduttivo del giudizio che manchi di un requisito ritenuto indispensabile dalla norma processuale al fine di contrastare uno specifico fenomeno di abuso del processo. Nel caso specifico, il legislatore ha previsto che la mancanza di tale requisito configuri un vizio così grave da poter essere rilevato, anche d'ufficio, in qualsiasi stato e grado del procedimento e tale da impedire che il giudicante possa pronunciarsi sul merito della lite. L'estrema gravità di questa sanzione rende, secondo la dottrina, di per sé evidente la grave sproporzione tra l'obiettivo perseguito dal legislatore e il mezzo prescelto per raggiungerlo (36).

Come riconosciuto da copiosa giurisprudenza, infatti, la Corte costituzionale, pur considerando l'ampio margine di discrezionalità di cui gode il legislatore in materia di istituti processuali, ha il fondamentale compito di verificare che non venga mai superato il limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte legislative e che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non venga realizzato con modalità tali da determinare l'ingiustificato sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva rispetto al fine

(32) Carratta 2018, 83.

(33) Bobbio 1969, 530 ss.

(34) Allorio 1956, 139 ss.; Carnelutti 1955, 237 ss.

(35) Carratta 2018, 85, con riferimenti a Taruffo 1999, 3 ss., e Ghirga 2012, 45 ss.

(36) Carratta 2018, 85.

perseguito (37). Secondo questa giurisprudenza, tale verifica deve essere compiuta mediante ponderazioni aventi a oggetto la proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore, nella sua insindacabile discrezionalità, rispetto alle esigenze obiettive che egli intende soddisfare o alle finalità da perseguire, tenuto anche conto delle circostanze e delle limitazioni sussistenti in ciascun caso concreto (38). La ragionevolezza della sanzione processuale comminata deve essere quindi valutata avendo riguardo non solo allo scopo che il legislatore intende perseguire, ma anche alle conseguenze processuali che la sua applicazione determina, nel singolo caso concreto, per la parte che ne viene colpita. Nel caso in cui, da tale analisi, emerga la sproporzione della sanzione rispetto a questi due parametri, se ne dovrà dedurre l'irragionevolezza dell'operato del legislatore e l'abuso dello strumento sanzionatorio configurato (39).

Nel caso in esame, nel compiere questa analisi comparatistica, la Consulta ha attribuito particolare rilievo alla garanzia dell'accesso alla tutela giurisdizionale e alla sua effettività, così uniformandosi all'indirizzo espresso dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di effettività della tutela giurisdizionale. Quest'ultima ha, infatti, più volte ribadito che le limitazioni all'accesso alla tutela giurisdizionale per vizi meramente formali non possono pregiudicare «l'intima essenza di tale garanzia», impedendo ingiustificatamente all'autorità giudiziaria l'accertamento sul merito della pretesa azionata in giudizio, così violando apertamente il disposto di cui all'art. 6, c. 1, Cedu (40).

Secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, qualora il giudice investito della controversia ravvisi profili di incompatibilità tra la norma interna e quella europea dovrà, come accaduto nel caso di specie, sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma, salvo che quest'ultima non sia comunque suscettibile di una interpretazione compatibile con i precetti costituzionali e con l'ordinamento sovranazionale. A tal proposito, la Corte europea ha raccomandato ai giudici nazionali, il cui ruolo è riconosciuto come fondamentale nella verifica della compatibilità e della coerenza del sistema normativo inteso nel suo complesso, di non assumere né un atteggiamento eccessivamente formalistico né, al contrario, uno ingiustificatamente flessibile, in modo tale da assicurare un valido argine alla discrezionalità del legislatore nazionale nella conformazione delle sanzioni processuali e garantire la certezza e l'uniformità del diritto interno (41).

L'intervento del giudice costituzionale e di quello sovranazionale svolgono, dunque, una fondamentale funzione di doppio argine alla discrezionalità del legislatore ordinario di prevedere sanzioni di natura processuale, in modo da scongiurare l'abuso, sempre più diffuso, dello strumento sanzionatorio e garantire, quanto più possibile, la soddisfazione degli interessi coinvolti (42).

(37) C. cost. 20.1.2011, n. 17, in *Corriere giuridico*, 2011, n. 4, 472 ss.; C. cost. 24.6.2010, n. 229, in www.cortecostituzionale.it; C. cost. 18.2.2010, n. 50, in www.cortecostituzionale.it; C. cost. 20.6.2008, n. 221, in *FI*, 2009, n. 5, I, 1336 ss.

(38) C. cost. 22.12.1988, n. 1130, in *FI*, 1990, I, 68 ss.; C. cost. 30.4.2015, n. 71, in *FI*, 2015, n. 9, I, 2629 ss.

(39) Carratta 2018, 87.

(40) Vd. C. Edu 13.7.2017, *Shuli c. Grecia*, ricorso n. 71891/2010.

(41) C. Edu 26.7.2007, *Walchli c. Francia*, ricorso n. 35787/2003.

(42) Carratta 2018, 87.

Riferimenti bibliografici

- Allorio E. (1956), *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *RDC*, II, 1 ss.
- Bobbio N. (1969), voce *Sanzione*, in *NDI*, XVI, 530 ss.
- Carnelutti F. (1955), *Il valore della sanzione nel diritto*, in *RDC*, X, 237 ss.
- Carratta A. (2018), *Corte costituzionale e «sanzioni» processuali – La Corte costituzionale e l'abuso della «sanzione» processuale*, in *GI*, n. 1, 83 ss.
- Chiarloni S. (2014), *Etica, formalismo processuale, abuso del processo*, in *RTDPC*, 1281 ss.
- D'Onghia M. (2014), *I rimedi all'inefficienza della giustizia del lavoro: tutela processuale versus tutela sostanziale*, in Crocetta C. (a cura di), *La situazione della giustizia in Italia: analisi e prospettive*, FrancoAngeli, Milano, 123 ss.
- Federico P., Foglia R. (1973), *La disciplina del nuovo processo del lavoro*, Pirola, Milano.
- Gentile S.L. (2006), *Contenzioso previdenziale in piena e spese processuali: dall'argine cedevole della pretestuosità della lite all'inefficiente sbarramento reddituale*, in *FI*, I, 3400 ss.
- Gentile S.L. (2015), *Il processo previdenziale*, Giuffrè, Milano.
- Gentile S.L. (2017), *Le controversie in materia di previdenza e assistenza*, in Curzio P. et al. (a cura di), *Processo del lavoro*, Giuffrè, Milano, 293 ss.
- Gentile S.L. (2018), *L'accesso alla giurisdizione previdenziale tra «favor», strette e correzioni*, in *FI*, I, 444 ss.
- Ghirga M.F. (2012), *Abuso del processo e sanzioni*, Giuffrè, Milano.
- Montesano L., Mazziotti F. (1974), *Le controversie di lavoro e della sicurezza sociale*, Jovene, Napoli.
- Nodari P. (2004), *Applicabilità del nuovo regime di esenzione dalle spese in caso di soccombenza nei giudizi per prestazioni previdenziali*, in *LG*, n. 6, 565 ss.
- Proto Pisani A. (1996), *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli.
- Proto Pisani A. (2009), *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *FI*, V, 221 ss.
- Taruffo M. (1999), *General Report Abuse of Procedural Rights: Comparative standards of Procedural Fairness*, in *International Association of Procedural Law, Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, Taruffo, The Hague London-Boston, 3 ss.
- Trapuzzano C. (2017), *Illegittima l'inammissibilità dell'azione previdenziale per omessa indicazione del valore della causa*, in *Quotidiano giuridico*, 29 novembre.
- Vianello R. (2013), *Processo previdenziale e inammissibilità del ricorso per omessa dichiarazione del valore della prestazione dedotta in giudizio*, in *LG*, n. 10, 969 ss.

Adriana Stolfa
Avvocata e cultrice di Diritto del lavoro
presso l'Università di Bari «Aldo Moro»

SICUREZZA SOCIALE

CASSAZIONE, 14.6.2018, n. 15643 – Pres. D’Antonio, Est. Ponterio, P.M. Visonà (conf.) – Cassa italiana di previdenza e assistenza geometri liberi professionisti (avv.ti Sconocchia, Cinelli) c. R.E. (avv.ti D’Amore, Gialloredo). Conf. Corte d’Appello di L’Aquila, 13.6.2012.

Pensione – Pensione di vecchiaia – Casse di previdenza – Anzianità contributiva – Annualità non coperte da contribuzione integrale – Principio di automaticità delle prestazioni – Art. 2114 c.c. – L. n. 335/1995 – L. n. 773/1982 – Regolamento della Cassa italiana di previdenza e assistenza dei geometri liberi professionisti – Prescrizione – Art. 2941 c.c.

In materia di pensione di vecchiaia dei geometri, anche gli anni non coperti da integrale contribuzione concorrono a formare l’anzianità contributiva, e vanno inseriti nel calcolo della stessa, in quanto l’aggettivo «effettiva», di cui all’art. 2 della l. n. 773 del 1982, che non è sinonimo di «integrale», si riferisce alla contribuzione, senza alcun riferimento alla misura della stessa, sancendo la commisurazione della pensione alla contribuzione effettivamente versata, con esclusione di ogni automatismo delle prestazioni in assenza di contribuzione. (1)

(1) SULL’ANZIANITÀ CONTRIBUTIVA DEI GEOMETRI

1. — La sentenza in commento interviene sul delicato tema dell’applicabilità del trattamento pensionistico di vecchiaia dei geometri, in presenza della non integralità dei contributi versati, e il pagamento degli annessi ratei arretrati.

Il sig. R., un geometra libero professionista, aveva richiesto al giudice di prime cure che la propria Cassa previdenziale concedesse, come di consueto, una volta raggiunti i requisiti per l’elargizione, il trattamento pensionistico spettante.

La Cassa previdenziale si era rifiutata di concedere il trattamento pensionistico, atteso che il richiedente, a suo avviso, non era in possesso dei requisiti necessari.

In base alla ricostruzione della Suprema Corte, oltre quanto statuito dai precedenti gradi di giudizio, l’iscritto alla Cassa di previdenza dei geometri matura l’anzianità contributiva (Cairolì 2015, 582) anche negli anni in cui versa parzialmente i contributi dovuti. In base all’art. 2 della

l. n. 773/1982 di riforma della Cassa nazionale di previdenza e assistenza a favore dei geometri (Cipag), la pensione di vecchiaia si consegue con almeno 65 anni di età «dopo almeno trenta anni di effettiva contribuzione alla Cassa in relazione a regolamentare iscrizione all'albo». Al c. 2 pattuisce che: «La pensione annua è pari, per ogni anno di effettiva iscrizione e contribuzione, al 2 per cento della media dei più elevati dieci redditi annuali professionali rivalutati, dichiarati dall'iscritto ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche, risultanti dalle dichiarazioni relative ai quindici anni solari anteriori alla maturazione del diritto a pensione». Il fulcro della questione riguarda, appunto, la presenza dei requisiti minimi per la corresponsione della pensione dei geometri, e il quesito al quale la giurisprudenza intende rispondere è se possano essere ritenuti ugualmente effettivi i contributi corrisposti in modalità parziale. Viene così rilevata una diversità sostanziale tra effettività e integralità dei contributi.

Il punto è già stato affrontato dalla giurisprudenza (Cfr. Cass. n. 5672/2012, in *FI*, 2012, n. 5, I, 1363 ss.; Cass. n. 26962/2013, in *D&G online*, 2013, 1734; Cass. n. 7621/2015, in *FI*, 2015, n. 11, I, 3632 ss.), la quale non ritiene, come invece potrebbe apparire da una lettura poco attenta della l. n. 773/1982, che l'aggettivo «effettivo» debba intendersi come tale da esigere che la contribuzione debba essere integrale, in quanto esso non contiene alcun riferimento alla misura della contribuzione stessa, né tantomeno quale sinonimo di regolare, ovvero di effettiva contribuzione versata e quindi di effettiva iscrizione.

La prima sentenza che si è pronunciata sul tema (Cass. n. 5672/2012, in *FI*, 2012, n. 5, I, 1363 ss.) ha espresso il generale principio che il versamento di un contributo previdenziale, anche se non completo, fosse ugualmente idoneo a integrare il compunto degli anni di anzianità necessari per maturare il diritto al trattamento pensionistico di anzianità previsto dalla propria Cassa previdenziale, nel caso di specie quella forense. Tale sentenza, infatti, aveva previsto che, «in relazione al sistema che regola la Cassa di previdenza forense, anche gli anni non coperti da integrale contribuzione concorrono a formare l'anzianità contributiva e vanno inseriti nel calcolo della pensione, prendendo come base il reddito sul quale è stato effettivamente pagato il contributo».

Proprio per queste motivazioni l'uso dell'aggettivo «effettiva» solo per la contribuzione induce ad attribuire a esso un significato diverso da «regolamentare», impiegato a proposito dell'iscrizione, dovendosi intendere l'espressione adoperata nel c. 2 come riassuntiva di quanto più dettagliatamente descritto nel c. 1. Il principio enunciato dalla Suprema Corte sancisce che la norma in oggetto non richiede l'integralità della contribuzione, bensì l'effettività della stessa.

Ecco, allora, che la questione oggetto del presente giudizio attiene al problema di fondo: quello del riconoscimento delle annualità di contribuzione, ai fini della pensione di vecchiaia (Cinelli 2018, 444 ss.), ove i versamenti contributivi siano stati non integrali, seppure in piccola parte, e i relativi crediti siano prescritti.

Su questo versante, il «nocciolo duro» della questione può essere risolto tramite un'approfondita intersezione tra la regolamentazione normativa dettata per il riconoscimento e il calcolo della pensione che fa leva non sulla integralità della contribuzione, bensì sulla effettività della stessa (Cinelli 2012, 45).

A tal proposito, è interessante una decisione emessa dagli Ermellini (Cass. n. 10431/2017, in *D&G*, 2017, n. 74, 10 ss.) secondo cui, confermando che nel regime previdenziale proprio dei liberi professionisti non trova applicazione il principio di automaticità delle prestazioni *ex art.* 2116 c.c. (Canavesi 1992, 469), è diretta conseguenza il fatto che «l'erogazione delle provvidenze non è collegata solo alla maturazione dei presupposti per il sorgere dell'obbligazione contributiva, ma al suo integrale adempimento».

Il caso riguardava principalmente la distinta questione della rilevanza delle annualità per le quali l'assicurato aveva estinto l'obbligazione contributiva e l'annesso debito per le sanzioni civili, non saldato, ai fini del riconoscimento dell'anzianità contributiva, utile per maturare il trattamento pensionistico di anzianità. In questo contesto, la Suprema Corte ha ritenuto che l'esigenza di integralità dell'adempimento contributivo sia stata affermata in ragione del vincolo di dipendenza funzionale e accessorio delle sanzioni civili rispetto all'obbligazione principale; quindi, il riconoscimento della pensione di anzianità necessita che sia adempiuta tanto l'obbligazione contributiva quanto l'eventuale annessa sanzione civile.

In ogni caso, questo orientamento prevalente viene confermato anche dalla sentenza in commento tramite la dimostrazione dell'infondatezza del secondo motivo di ricorso, mediante il quale la Cassa previdenziale ha dedotto violazione e falsa applicazione dell'art. 2 della l. n. 773/1982 e dell'art. 2 del Regolamento in relazione all'art. 360 c.p.c., c. 1, n. 3, soprattutto in riferimento alla corretta interpretazione dell'aggettivo «effettivo». Inoltre, sempre la l. n. 773 non prevede la perdita o la riduzione dell'anzianità contributiva e dell'effettività di iscrizione alla Cassa a fronte del versamento parziale dei contributi.

Rispetto alle questioni affrontate nella sentenza annotata, occorre, altresì, analizzare gli artt. 2114 e 2116 c.c., il primo dei quali rubricato «Previdenza ed assistenza obbligatorie» e il secondo «Prestazioni». Nonostante gli articoli, così come rubricati, siano già molto espliciti, è opportuno approfondire l'analisi del contenuto degli stessi: soprattutto delle cd. «prestazioni».

L'art. 2114 c.c. prevede che, in materia di previdenza e assistenza, il codice civile ponga soltanto alcune norme generali, rinviando alla legislazione speciale.

Il secondo articolo in analisi pattuisce che l'inadempimento contributivo del datore di lavoro produce una responsabilità e delle conseguenze sia nei confronti dell'istituto assicuratore, sia del lavoratore (Pessi 2012, 407 ss.).

Proprio per tutelare il lavoratore, interviene l'art. 2116 c.c. sancendo il principio dell'automaticità delle prestazioni (Persiani 2006, 45 ss.; Miscione 1987, 357), nel rapporto fra lavoratore subordinato e datore di lavoro, da un lato, ed ente previdenziale, dall'altro, il quale, però, non trova applicazione nel rapporto fra lavoratore autonomo (e, specificamente, libero professionista, come nella specie) ed ente previdenziale, con la conseguenza che il mancato versamento dei contributi obbligatori impedisce, di regola, la stessa costituzione del rapporto previdenziale e, comunque, la maturazione del diritto alle prestazioni (Cfr. Cass. n. 7602/2003, in *FI*, 2004, n. 1, I, 197 ss.; Cass. n. 11895/1995, in *NGCC*, 1996, I, 664 ss.; Cass. n. 6340/2005, in *LG*, 2005, n. 7, 689 ss.; Cass. n. 9525/2002, in *Archivio civile*, 2003, 567 ss.).

È incontestabile, infatti, che l'art. 2116 c.c. (Nicolini 2014, 287) indichi i soli rapporti di lavoro subordinato, come ribadito anche dalla Suprema Corte a più riprese, ma, al contempo, enunci un principio di ordine generale nell'ambito del sistema della previdenza sociale, così come sostiene anche la Corte costituzionale: «il principio di automaticità delle prestazioni, con riguardo ai sistemi di previdenza e assistenza obbligatorie, trova applicazione non già, come afferma il remittente, “solo in quanto il sistema delle leggi speciali vi si adegui”, ma salvo diverse disposizioni delle leggi speciali» (C. cost. 5.12.1997, n. 374, in *RGL*, 1998, II, 390 ss.). In sostanza, l'estensione dell'automaticità al lavoro autonomo sembrerebbe essere esclusa da motivazioni intrinseche all'assetto normativo delle responsabilità nel versamento della contribuzione obbligatoria.

Nei rapporti di lavoro autonomo, a parere di chi scrive, l'esclusione appare coerente, perché l'obbligo di pagamento grava sul prestatore, il quale ha la responsabilità di curare il pagamento dei propri contributi obbligatori e sul quale non può che ricadere l'eventuale omesso versamento.

Tuttavia, proprio per questa ragione, può dubitarsi della correttezza di concedere valenza distintiva alla natura giuridica del rapporto di lavoro. Ad esempio, per evitare questo eventuale *misunderstanding* che potrebbe sorgere, alcuni istituti e/o enti hanno ipotizzato come discriminie dell'applicazione dell'automaticità non la natura del rapporto in sé e per sé considerata, ma la configurazione giuridica del meccanismo di versamento della contribuzione obbligatoria (Casale 2017, 247 ss.).

In ogni caso, con riferimento al principio dell'automatismo delle prestazioni, il ragionamento finora effettuato è da tenere ben distinto dalla questione attinente all'applicabilità del medesimo principio ai lavoratori con contratto coordinato e continuativo (e a progetto), in gestione separata Inps, per i quali vale un altro ragionamento, elaborato dalla giurisprudenza tramite una pronuncia del Tribunale di Bergamo 12.12.2013 (Canavesi 2014, 439). Tale pronuncia esprime un principio di ordine generale nell'ambito del sistema della previdenza sociale, in base al quale anche ai collaboratori coordinati e continuativi e a quelli a progetto, iscritti alla gestione separata dell'Inps, si applica l'accREDITAMENTO automatico dei contributi previdenziali non versati dal committente (D'Onghia 2014, 1114). Il giudice di prime cure ha ritenuto che il regime previdenziale dei lavoratori con rapporti di collaborazione coordinata e continuativa o a progetto è assimilabile a quello dei lavoratori dipendenti, atteso che è a carico del committente. Ulteriormente, sul piano strettamente giuridico, il giudice ribadisce che l'esclusione dalla prestazione previdenziale automatica deve essere prevista da una norma esplicita, che nel nostro ordinamento non è presente. La vera soluzione, infatti, non può che essere legislativa, e l'intervento è da considerarsi doveroso per garantire l'effettività di una tutela previdenziale debole nella sua configurazione legislativa e nell'entità della prestazione.

Alla luce di quanto detto, può affermarsi che le annualità di contribuzione vengono riconosciute anche se i debiti contributivi del professionista sono stati parzialmente saldati, e quindi non è richiesto l'integrale versamento dei contributi, ma la loro effettività, per il riconoscimento del trattamento pensionistico di anzianità.

Partendo da questo presupposto, la sentenza annotata è coerente con la l. n. 773, poiché in caso di irregolarità contributiva è solo previsto il versamento di una somma aggiuntiva per l'assicurato, non certamente la perdita del diritto alla prestazione previdenziale, ove non sussista alcuna norma che sanzioni l'assicurato, né con la perdita della prestazione, né con la riduzione dell'anzianità contributiva.

Nella legge professionale dei geometri, per l'appunto, non è presente alcuna norma che preveda l'annullamento dei contributi versati e delle annualità, cui si riferiscono in caso di parziale inadempimento dell'assicurato. Ciò premesso, si deve aggiungere che questo *iter* ha una sua logica, in quanto l'ente previdenziale, in teoria e in pratica, è dotato di tutti gli strumenti necessari per svolgere controlli sui versamenti e sulle comunicazioni inviate dagli iscritti.

Inoltre, il sistema logico-funzionale di autotutela insito nella Cassa previdenziale, al pari della normativa che regola la Cassa previdenziale dei geometri, era presente, a dimostrazione della sua effettiva funzionalità, anche nel caso specifico del 2012. Infatti, la Suprema Corte (Cass. n. 5672/2012, in *FI*, 2012, n. 5, I, 1363 ss.) aveva sempre eccepito che «nessuna norma della previdenza forense prevede che la parziale omissione del contributo determini la perdita o la riduzione dell'anzianità contributiva e dell'effettività di iscrizione alla Cassa, giacché la normativa prevede solo il pagamento di somme aggiuntive. Nessuna norma quindi prevede che venga annullata l'annualità in cui vi siano stati versamenti inferiore al dovuto» (Cfr. Galligani 1992, 2113-2117).

Infine è rilevante sottolineare anche che l'iscritto all'ente di previdenza dei geometri aveva

almeno 30 anni di contributi «parziali», ma la Cassa previdenziale si è espressamente opposta, in quanto per alcune annualità il professionista non aveva versato tutti i contributi richiesti e i crediti erano prescritti; passaggio anche questo oltremodo specificato dalla Corte d'Appello.

La stessa ha poi confermato che la decorrenza della prescrizione (Montuschi 1996, 35) coincidesse con la trasmissione alla Cassa della dichiarazione del debitore sull'ammontare del reddito professionale dichiarato, anche nell'ipotesi di denuncia incompleta o infedele nel regime precedente la delibera del 25.11.1998 modificativa del Regolamento della Cassa.

Per di più, la Corte ha sottolineato come la Cassa non potesse invocare il termine di prescrizione decennale. Com'è noto, infatti, la legge n. 335/1995 prevede la possibilità, in questo caso, in capo alla Cassa di invocare il termine di prescrizione decennale, ma quest'ultimo sarebbe stato applicabile esclusivamente nel caso di atti interruttivi già compiuti o di procedure finalizzate al recupero dell'evasione contributiva (Rossi 2017, 1400 ss.), iniziate durante la previdente disciplina. Tuttavia, non potendosi considerare come una «procedura» la richiesta della Cassa di informazioni al ministero delle Finanze in quanto priva di contraddittorio col debitore, e non essendovi prova, quanto all'atto interruttivo costituito dalla missiva del 18.1.1999, della ricezione da parte dell'assicurato, la Cassa non ha potuto esperire l'utilizzo del termine decennale di prescrizione (Nicolini 1996, 295).

In conclusione, va pertanto condivisa la soluzione, offerta dalla Suprema Corte, concorde con la precedente giurisprudenza, che ammette, valorizzando l'assenza di una norma che sanzioni l'assicurato o con la perdita della prestazione, o con la riduzione dell'anzianità contributiva, ai fini del calcolo, e dell'elargizione, del trattamento pensionistico di anzianità, le annualità di contribuzione parzialmente saldate, esprimendo non la necessità dell'integrale versamento dei contributi, ma la loro effettività.

Riferimenti bibliografici

- Cairolì S. (2015), *Innovazioni concrete e mere riformulazioni nella «nuova» assicurazione sociale per l'impiego*, in *LG*, n. 6, 582 ss.
- Canavesi G. (1992), *Contribuzione prescritta e automaticità delle prestazioni nell'ordinamento italiano e nella dimensione comunitaria*, in *RGL*, I, 469 ss.
- Canavesi G. (2014), *L'automaticità delle prestazioni previdenziali per i lavoratori a progetto. Dalla giurisprudenza un segnale importante, ma insufficiente*, in *RIDL*, II, 439 ss.
- Casale D. (2017), *L'automaticità delle prestazioni previdenziali. Tutele, responsabilità e limiti*, Bologna, 247 ss.
- Cinelli M. (2012), *La riforma delle pensioni del «governo tecnico». Appunti sull'art. 24 della legge n. 214 del 2011*, in *RIDL*, n. 1, III, 45 ss.
- Cinelli M. (2018), *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 444 ss.
- D'Onghia M. (2014), *Automaticità delle prestazioni e lavoro parasubordinato: un eloquente riconoscimento giurisprudenziale*, in *ADL*, n. 4-5, II, 1114 ss.
- Galligani G. (1992), *Il risarcimento del danno da omissioni contributive nell'attuale ordinamento italiano*, in *LPO*, 2113 ss.
- Miscione M. (1987), *L'automaticità delle prestazioni*, in *LD*, 357 ss.
- Montuschi L. (1996), *Sulla prescrizione dei contributi previdenziali (un profilo singolare della riforma pensionistica)*, in *ADL*, n. 1, III, 35 ss.
- Nicolini C.A. (1996), *Prescrizione dei contributi, automaticità delle prestazioni e tutela dell'anzianità previdenziale dopo la legge n. 335 del 1995*, in *RIDL*, n. 3, I, 295 ss.

- Nicolini C.A. (2014), *Ma davvero i collaboratori continuativi e coordinati possono invocare il principio di automaticità delle prestazioni?*, in *RDSS*, n. 2, 288 ss.
- Persiani M. (2006), *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 45 ss.
- Pessi R. (2012), *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 407 ss.
- Rossi S. (2017), *Lavoro e previdenza, Evasione contributiva – quando ricorre l'ipotesi dell'evasione contributiva*, in *GI*, n. 6, 1400 ss.

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

CASSAZIONE, 15.3.2018, n. 6428 – Pres. Mammone, Est. Calafiore, P.M. Visonà (conf.) – Gcdt di A.M. (avv.ti Petrarota, Bailo) c. Inps (avv.ti Sgroi, D'Aloisio, Maritato), Equitalia Sud Spa (avv.ti Carso, Fiorini).
Cassa Corte d'Appello di Bari, 17.1.2012.

Contribuzione previdenziale – Apprendistato – Contratto collettivo nazionale di lavoro – Retribuzione inferiore – Durc negativo – Benefici contributivi – Esclusione – Aliquota contributiva ridotta – Applicazione.

L'integrale rispetto da parte del datore di lavoro dei contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali e imprenditoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, mentre condiziona l'accesso ai benefici contributivi, non assume rilievo ai fini dell'applicazione delle aliquote contributive ridotte che caratterizzano specifiche tipologie contrattuali quali l'apprendistato. (1)

(1) APPRENDISTATO E CONTRIBUZIONE PREVIDENZIALE

1. — La vicenda affrontata dalla sentenza in commento origina dall'opposizione proposta avverso una cartella esattoriale con cui Inps richiedeva il pagamento della contribuzione omessa in ragione della mancata corresponsione a due lavoratrici, assunte con contratto di apprendistato, delle retribuzioni previste dalla contrattazione collettiva di categoria. In particolare, il riconoscimento di una retribuzione inferiore a quella prevista dal Ccnl escludeva, secondo Inps, l'esistenza dei presupposti e delle ragioni giustificatrici dell'applicazione dell'aliquota contributiva ridotta prevista per tale tipologia di rapporto. L'Inps richiedeva, quindi, il pagamento della differenza tra la contribuzione versata e quella dovuta sulla base della retribuzione stabilita dalla contrattazione collettiva comparativamente più rappresentativa e con l'applicazione dell'aliquota intera.

Il Tribunale di Trani rigettava l'opposizione, confermando la cartella esattoriale. Il datore di lavoro impugnava la sentenza innanzi alla Corte d'Appello di Bari, che, a sua volta, respingeva l'appello, confermando la decisione di primo grado. Il datore di lavoro ricorreva, quindi, innanzi alla Corte di Cassazione, che, con la sentenza in commento, cassava la decisione di secondo grado, rinviando il giudizio alla medesima Corte d'Appello di Bari.

Per comprendere le ragioni che hanno portato la Suprema Corte alla decisione che si commenta occorre esaminare, innanzitutto, la disciplina dettata in materia di contribuzione previdenziale per gli apprendisti. Essendosi il rapporto svolto tra l'ottobre 2004 e il giugno 2007, la normativa applicabile *ratione temporis* è quella contenuta, rispettivamente, nella l. 19.1.1955, n. 25 (così come modificata, da ultimo, dal d.lgs. n. 276/2003), e nell'art. 1, c. 773, l. 27.12.2006, n. 296 (cd. legge finanziaria 2007).

In particolare, il d.lgs. n. 276/2003, pur intervenendo su vari aspetti della disciplina relativa al contratto di apprendistato, con l'art. 53, c. 4, ha mantenuto ferma la disciplina previdenziale e assistenziale prevista dagli artt. 20 ss., l. n. 25/1955, e la notevole e generalizzata riduzione dei contributi previdenziali di cui beneficiavano i rapporti di apprendistato. Nella medesima legge, inoltre, con riferimento agli imprenditori artigiani, era previsto un esonero dal versamento della contribuzione per gli apprendisti, tanto che la previdenza sociale per tale categoria di soggetti era sostituita da una forma di assistenza sociale a carico del fondo per l'addestramento profes-

sionale (l. 29.4.1949, n. 264), che provvedeva in maniera forfettaria ai versamenti nei confronti degli enti previdenziali.

La disciplina di cui alla l. n. 25/1955 è stata sostituita a far data dal 1.1.2007 dall'art. 1, c. 773, l. n. 296/2006, che ha introdotto un sistema unitario di contribuzione per i rapporti di apprendistato (e, quindi, applicabile anche alle aziende artigiane), differenziato a seconda del numero degli addetti. In particolare, per gli apprendisti è stata prevista una contribuzione a carico dei datori di lavoro pari al 10% della retribuzione imponibile ai fini previdenziali per i primi tre anni. Per le aziende con un numero di dipendenti inferiori a 10, tale aliquota veniva ulteriormente ridotta e fissata all'1,5% per il primo anno e al 3% per il secondo anno. Un ulteriore vantaggio discende dalla circostanza che, per gli apprendisti, l'aliquota contributiva ridotta deve essere applicata sulla retribuzione effettivamente corrisposta, senza l'osservanza dei minimali contributivi.

Da quanto sopra emerge chiaramente come il trattamento contributivo previsto per il contratto di apprendistato si sia sempre differenziato da quello applicabile alla generalità dei lavoratori.

La previsione di aliquote contributive inferiori non configura, però, l'unica modalità di sgravio del carico contributivo. L'obbligazione a carico dei datori di lavoro ha, infatti, fruito anche di ulteriori e differenti riduzioni, che prescindono dalla tipologia contrattuale in essere. Il legislatore in più occasioni, al fine di incentivare l'occupazione in determinati settori produttivi e/o in determinati territori, ha, infatti, adottato misure volte a riconoscere l'applicazione di sgravi contributivi ovvero la fiscalizzazione degli oneri sociali, che si sono sovrapposte alla regolamentazione generale del finanziamento del sistema contributivo.

Con riferimento a tali ultime misure è intervenuto l'art. 10, l. 14.2.2003, n. 30, che, modificando l'art. 3, d.l. 22.3.1993, n. 71, ha stabilito che «Per le imprese artigiane, commerciali e del turismo rientranti nella sfera di applicazione degli accordi e contratti collettivi nazionali, regionali e territoriali o aziendali, laddove sottoscritti, il riconoscimento di benefici normativi e contributivi è subordinato all'integrale rispetto degli accordi e contratti citati, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

Il Tribunale di Trani e la Corte d'Appello di Bari, confermando la legittimità della cartella esattoriale emessa dall'Inps, hanno ritenuto che la previsione di un'aliquota contributiva ridotta per i lavoratori apprendisti a opera della l. n. 25/1955 e della l. n. 296/2006 sia da far rientrare tra i «benefici normativi e contributivi» di cui all'art. 10, l. n. 30/2003. Per tale ragione, a parere degli stessi, ove non vi sia stato, come nel caso in esame, l'integrale rispetto dei contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, il datore di lavoro non avrebbe potuto beneficiare della minore aliquota contributiva.

Tali argomentazioni sono state, però, ritenute erranee dalla Corte di Cassazione. Secondo la Suprema Corte, i giudici di merito sono, infatti, incorsi in errore, confondendo la disciplina relativa al finanziamento della previdenza sociale applicabile agli apprendisti – che, seppur differente da quella generale, è la regola per quella determinata categoria di lavoratori – con la normativa (contingente) in materia di sgravi contributivi e di fiscalizzazione degli oneri sociali. L'art. 10, l. n. 30/2003, laddove subordina il godimento dei «benefici normativi e contributivi» all'integrale rispetto dei contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, a parere della Corte di Cassazione, non trova applicazione alle ipotesi in cui l'aliquota contributiva ridotta sia la «regola», bensì esclusivamente con riferimento ai benefici ulteriori derivanti da misure contingenti.

A fondamento di tale conclusione, la Suprema Corte ha richiamato l'art. 1, c. 1175, l. n. 296/2006, così come interpretato dalla circolare 30.1.2008, n. 5, del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali. Tale disposizione prevede, infatti, che, fermi restando gli altri obblighi di legge e il rispetto dei contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali e dalle associazioni datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, il godimento dei benefici normativi e contributivi previsti dalla normativa in materia di lavoro e legislazione sociale è subordinato, a decorrere dal 1.7.2007, anche al possesso del Documento unico di regolarità contributiva (di seguito, Durc).

La circolare n. 8/2015 ha chiarito come il concetto di beneficio contributivo debba essere ricondotto a un rapporto regola/eccezione e che, pertanto, l'esistenza di un beneficio si possa configurare esclusivamente quando, a fronte di una disciplina generale, venga previsto, in presenza di specifici presupposti, un trattamento agevolato teso a ridurre o eliminare totalmente tali oneri. I benefici contributivi devono, quindi, essere individuati in quegli sgravi che rappresentano una deroga all'ordinario regime contributivo previsto per quella categoria di soggetti; regime che, peraltro, può essere di per sé già ridotto. Di conseguenza, non rientrano in tale nozione i regimi di contribuzione ridotta che caratterizzano specifiche tipologie contrattuali (tra cui l'apprendistato) e che costituiscono, per quella platea di destinatari, non un'eccezione, bensì la regola. L'accesso a tale contribuzione ridotta, pertanto, non configurando un beneficio, non è soggetta al necessario rilascio del Durc.

Differentemente, laddove – rispetto al regime generale di contribuzione ridotta – siano previste ulteriori agevolazioni legate a specifici presupposti e/o condizioni, queste dovranno essere considerate, a tutti gli effetti, benefici contributivi, con la conseguenza che per goderne il datore di lavoro dovrà essere in possesso del Durc e, quindi, applicare integralmente i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Gianluca Bonanomi

*Dottore di ricerca in Diritto del lavoro e relazioni industriali
presso l'Università «Cattolica del Sacro Cuore» di Milano*

INDICE

ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

APPALTO

Art. 29, d.lgs. n. 276/2003 – Requisiti – Acquisizione di ore di lavoro – Somministrazione di lavoratori – Sussiste. 539

Clausola sociale – Art. 50, d.lgs. n. 50/2016 – Art. 2 della legge della Regione Lombardia n. 26/2017 – *Lex specialis* – Obbligo di assorbimento di lavoratori a tempo indeterminato – Nullità della gara. 605

Clausola sociale – Art. 50, d.lgs. n. 50/2016 – Mancato inserimento nel bando – Effetti – Nullità della gara. 605

ASPETTATIVE E PERMESSI

Aspettativa non retribuita *ex art.* 31 St. lav. – Inderogabilità. 641

ATTIVITÀ SINDACALE

Lavoro pubblico – Diritto di assemblea – Spetta alla Rsu unitariamente – Divieto al singolo componente – Non costituisce condotta antisindacale. 623

Militari – Libertà sindacale – Rappresentanza sindacale militari – Art. 1475, c. 2, d.lgs. n. 66/2010 – Art. 117, c. 1, Cost. – Art. 11 Cedu – Art. 5 della Carta sociale europea – Art. 52, c. 3, Cost. – Bilanciamento – Illegittimo divieto assoluto di costituire associazioni professionali a carattere sindacale – Legittimo divieto di aderire ad altre associazioni sindacali. 611

CONDOTTA ANTISINDACALE

Personale di volo – Giudice competente – Legge applicabile. 627

CONTRIBUZIONE PREVIDENZIALE

Apprendistato – Contratto collettivo nazionale di lavoro – Retribuzione inferiore – Durec negativo – Benefici contributivi – Esclusione – Aliquota contributiva ridotta – Applicazione. 665

CONTROLLI A DISTANZA

Accertamento dell'utilizzabilità dei dati – Spetta al giudice – Decisione del Garante – Non preclude l'accertamento giudiziale. 562

Art. 4 St. lav. – Campo di applicazione – Comportamenti illeciti del dipendente – Esclusione. 562

Art. 4 St. lav. – Condizioni di utilizzabilità dei dati. 562

CONTROLLI SUL LAVORATORE

Art. 4 St. lav. – Nozione di strumento di lavoro – Nozione di adeguata informativa – Rispetto del Codice della *privacy* – Legittimità del controllo. 574

Divieto di controllo a distanza – Controlli difensivi – Garanzie procedurali – Inutilizzabilità dei dati acquisiti. 593

Guardie giurate e personale di vigilanza – Diritti e doveri delle parti – Diligenza – Fedeltà – Licenziamento individuale. 485

Guardie giurate e personale di vigilanza – Diritti e doveri delle parti – Diligenza – Licenziamento individuale. 485

CONTROVERSIE DI LAVORO E PREVIDENZA

Giudizi per prestazioni previdenziali – Dichiarazione del valore della prestazione – Omissione – Inammissibilità del ricorso – Irragionevolezza – Incostituzionalità – Violazione degli artt. 3 e 117 Cost. 647

DISCRIMINAZIONI

Discriminazione per convinzioni sindacali – Personale di volo – Giudice competente – Legge applicabile. 626

Lavoratori dello spettacolo – Età pensionabile – Permanenza in servizio – Limite di età diversificato in base al sesso – Discriminazione diretta – Sussistenza – Norma interna – Disapplicazione – Obbligo preventivo di incidente di costituzionalità – Esclusione. 509

Lavoratori dello spettacolo – Età pensionabile – Permanenza in servizio – Opzione – Esercizio – Limiti di età distinti per uomini e donne – Raggiungimento – Licenziamento – Discriminazione diretta di genere – Sussistenza – Nullità del licenziamento – Reintegra. 509

LAVORO PUBBLICO

Aspettative e permessi – Diritto all'aspettativa non retribuita *ex art.* 31 St. lav. – Dirigente di sindacato non rappresentativo – Sussiste. 641

LAVORO SUBORDINATO

Personale collocato a riposo – Riduzione tariffaria – Natura del beneficio economico – Contratto collettivo – Durata non predeterminata – Facoltà di recesso unilaterale – Diritti quesiti – Insussistenza. 545

LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

Contestazioni disciplinari – Autodeterminazione dell'orario di lavoro – Insubordinazione – Sussistenza della giusta causa. 550

Esercizio di un diritto – Fatto materiale – Reintegra. 515

Giustificato motivo oggettivo per manifesta insussistenza del fatto – Art. 18, c. 7, St. lav. – Nozione. 472

Giustificato motivo oggettivo per manifesta insussistenza del fatto – Art. 18, c. 7, St. lav. – Nozione. 472

Periodo di comperto – Mancato superamento – Nullità. 496

Licenziamento disciplinare – Rifiuto di ottemperare al trasferimento nullo – Legittimo esercizio dell'eccezione di inadempimento – Nullità del licenziamento. 550

Licenziamento discriminatorio – Lavoratrice madre di figlio disabile – Turnistica in contrasto con esigenze familiari – Discriminazione per genere – Insussistente. 550

Licenziamento per giusta causa a seguito di contestazione disciplinare – Diritto di critica – Attività sindacale – Illegittimità del licenziamento – Sussiste. 589

Licenziamento per giusta causa – Attività extralavorative – Violazione degli obblighi di correttezza e buona fede – Non sussiste. 533

Procedimento disciplinare – Diligenza – Fedeltà. 477

Procedimento disciplinare – Diligenza – Fedeltà – Sindacati. 477

Procedimento disciplinare – Diligenza – Fedeltà – Sindacati – Diritto alla riservatezza. 478

Registrazione «occulta» dei colleghi – *Privacy* – Tutela giurisdizionale – Esercizio di un diritto – Prova costituita. 515

PENSIONE

Pensione di vecchiaia – Casse di previdenza – Anzianità contributiva – Annualità non coperte da contribuzione integrale – Principio di au-

tomaticità delle prestazioni – Art. 2114 c.c. – L. n. 335/1995 – L. n. 773/1982 – Regolamento della Cassa italiana di previdenza e assistenza dei geometri liberi professionisti – Prescrizione – Art. 2941 c.c.	659
PERSONALE DI VOLO	
Base di servizio in Italia – Legge applicabile.	626
Base di servizio in Olanda – Giudice competente – Legge applicabile – Licenziamento illegittimo.	626
STRANIERI (LAVORATORI)	
Protezione umanitaria – Permesso di soggiorno – Immigrazione e lavoro – Integrazione socio-lavorativa – Art. 19, d.lgs. n. 286/1998 – Diritto di asilo.	520
TRASFERIMENTO DEL LAVORATORE	
Abuso del diritto – Unità produttive disagiate – Verbale di conciliazione sindacale – Messa in mobilità – Licenziamento disciplinare.	490
Insussistenza ragioni oggettive – Comparazione del personale – Tutela della maternità – Potere datoriale esercitato in modo discriminatorio – Nullità del trasferimento.	550
TRASFERIMENTO DI AZIENDA	
Art. 2112 c.c. – Deroghe alla disciplina della cessione di ramo di azienda – Azienda in crisi – Reintegrazione della cessionaria – Interpretazione comunitariamente conforme – Direttiva n. 2001/23.	579

