



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale di Civitavecchia, Sezione Lavoro, in persona della Dott.ssa Irene Abrusci, ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nella causa iscritta al n. 1949 RG degli Affari Contenziosi Lavoro dell'anno 2015 e vertente

**TRA**

G. F. M., domiciliato elettivamente in Roma, viale dei Prestinari n. 13, nello studio dell'Avv. M. Pallini, che lo rappresenta e difende in virtù di procura alle liti

**OPPONENTE- OPPOSTO**

**E**

COMPAGNIA AEREA ITALIANA S.P.A., domiciliata elettivamente in Civitavecchia, via A. Cialdi n. 4, nello studio dell'Avv. C. Arcadi, rappresentata e difesa dagli Avv.ti D. Clementi, G. Navarra, F. Di Peio, Maurizio e Marco Marazza in virtù di procura alle liti

**OPPOSTO- OPPONENTE**

**NONCHE'**

ALITALIA SOCIETA' AEREA ITALIANA S.P.A. in Amministrazione Straordinaria, domiciliata elettivamente in Roma, via Delle Tre Madonne, n. 8, nello studio degli Avv.ti Marco e Maurizio Marazza e dell'Avv. D. De Feo, che la rappresentano e difendono in virtù di procura alle liti

## FATTO E DIRITTO

Con ricorso depositato il 2.09.2015 ed iscritto al N. RG 1949/2015 G.F.M. ha proposto opposizione, ai sensi dell'art. 1, comma 51, l. n. 92/2012, avverso l'ordinanza del 4 agosto 2015 con la quale il Tribunale di Civitavecchia aveva accolto parzialmente il ricorso da lui proposto avverso il licenziamento comminatogli dalla CAI s.p.a., dichiarando risolto il rapporto di lavoro intercorso tra le parti alla data del licenziamento e condannando la società al pagamento in favore del lavoratore di una indennità risarcitoria. Il ricorrente chiedeva, dunque, al Tribunale di accertare la nullità e/o l'illegittimità e/o l'inefficacia del licenziamento intimatogli nonché l'invalidità della clausola contrattuale che esclude il passaggio dei lavoratori reintegrati nel posto di lavoro per effetto di provvedimenti giudiziali e di disporre la reintegra nel posto di lavoro alle dipendenze della Alitalia SAI s.p.a. nella qualità di cessionaria ovvero in subordine alle dipendenze di CAI s.p.a.

La CAI s.p.a. e la Alitalia SAI s.p.a. si costituivano in giudizio contestando le avverse pretese.

Con ricorso depositato il 3.09.2015 la CAI s.p.a. proponeva opposizione avverso la medesima ordinanza chiedendo al Tribunale di riformarla, dichiarando la legittimità del licenziamento intimato al lavoratore; in subordine, domandava l'accertamento del diritto a procedere alla risoluzione del rapporto di un altro lavoratore, senza dover esperire una nuova procedura; con vittoria di spese di entrambe le fasi di giudizio.

G.F.M. si costituiva in giudizio, contestando le avverse pretese.

Alla luce delle evidenti ragioni di connessione, le cause venivano riunite all'udienza del 6.10.2016.

Nelle more del giudizio la Alitalia SAI s.p.a. veniva sottoposta alla procedura di amministrazione straordinaria ma l'interruzione del giudizio veniva evitata in ragione del preventivo deposito del ricorso in riassunzione da parte della CAI s.p.a. a seguito del quale si costituiva in giudizio (in data 20.12.2017) la Alitalia SAI in a.s., ribadendo le precedenti difese.

Ritenuta superflua l'attività istruttoria per le ragioni che in seguito verranno chiarite, previa concessione di un termine per il deposito di note difensive, all'udienza odierna la causa veniva discussa e decisa.

Stante la decisività ed il carattere assorbente delle considerazioni che seguono occorre prendere le mosse dall'esame del motivo di opposizione attraverso il quale il G.F.M. deduce la nullità del licenziamento comminatogli da CAI s.p.a., nell'ambito della procedura di licenziamento collettivo avviata con comunicazione del 3.10.2014, in quanto adottato per

ragioni discriminatorie: in particolare, il ricorrente sostiene che l'individuazione della sua persona quale destinatario del recesso datoriale sarebbe avvenuta esclusivamente in ragione della appartenenza ad una “*categoria di cui l'azienda voleva disfarsi*” (costituita dai lavoratori collocati in cassa integrazione).

Vale premettere, innanzitutto, che il fattore discriminante denunciato dal G.F.M. non rientra tra quelli espressamente previsti dall'art. 3 della l. 11 maggio 1990 n. 108 (al quale l'art. 18, comma 1, St. Lav. rinvia per la definizione del licenziamento discriminatorio). Ed, infatti, l'art. 3 cit. sanziona con la nullità il “*licenziamento determinato da ragioni discriminatorie ai sensi dell'articolo 4 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dall'articolo 13 della legge 9 dicembre 1977, n. 903*” ovvero il licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali o ad uno sciopero oppure frutto di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali.

Tuttavia, come chiarito in più occasioni dalla Corte di Cassazione, l'ordinamento non tutela il lavoratore soltanto a fronte di queste specifiche ipotesi di licenziamento discriminatorio, ma appresta una tutela più ampia, volta a reprimere anche le discriminazioni dovute a fattori non tipizzati.

Afferma, infatti, la S.C. che “*In ordinamenti come il nostro che già prevedono a livello costituzionale norme di tutela dei diritti fondamentali del lavoratore, il suindicato elenco di fattori discriminatori e/o vessatori non è da considerare tassativo (ed è anzi destinato ad acquisire particolare rilevanza ai fini dell'applicazione della speciale forma di tutela prevista dalla L. n. 92 del 2012 in caso di licenziamento discriminatorio)*” (sentenza n. 18927 del 2012) e che “*il canone preferenziale dell'interpretazione conforme a Costituzione, rinforzato dal concorrente canone dell'interpretazione non contrastante con la normativa comunitaria, la quale vincola l'ordinamento interno, porta a ritenere che, laddove vengano in considerazione eventuali profili discriminatori o ritorsivi nel comportamento datoriale, il giudice nazionale non possa fare a meno di tenerne conto sia in base all'art. 3 Cost. sia in considerazione degli esiti del lungo processo evolutivo che si è avuto in ambito comunitario, sulla scorta della giurisprudenza della Corte di giustizia, in materia di diritto antidiscriminatorio e antivessatorio, in genere e in particolare nei rapporti di lavoro, a partire dalla introduzione dell'art. 13 nel Trattato CE, da parte del Trattato di Amsterdam del 1997. Processo, che è poi proseguito in sede comunitaria e nazionale ed ha portato, nel corso del tempo e principalmente per effetto del recepimento di direttive comunitarie, alla*

*conseguenza che anche nel nostro ordinamento condotte potenzialmente lesive dei diritti fondamentali di cui si tratta abbiano ricevuto una specifica tipizzazione - pur non necessaria, in presenza dell'art. 3 Cost. - (Corte cost. sentenza n. 109 del 1993) - come discriminatorie (in modo diretto o indiretto), soprattutto a partire dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 215 e D.Lgs. n. 216 del 2003 con la previsione di un particolare regime dell'onere probatorio" (sentenza n. 10834 del 2015).*

Particolarmente significativa, per l'esame della fattispecie al vaglio, risulta, poi, la sentenza della Cassazione civile, sez. lav., 03/12/2015, n. 24648, la quale esplicitamente dichiara che *"il divieto di licenziamento discriminatorio - sancito dalla L. n. 604 del 1966, art. 4, dalla L. n. 300 del 1970, art. 15, e dalla L. n. 108 del 1990, art. 3, - è suscettibile di interpretazione estensiva"*.

Del resto, a voler ragionare diversamente (ritenendo, cioè, che solo le discriminazione derivanti dai fattori espressamente previsti dal legislatore siano tutelate nel nostro ordinamento), si determinerebbe un insanabile contrasto sia con l'art. 3 della Costituzione, come affermato dalle citate sentenze di legittimità, sia con l'art.14 CEDU e con l'art. 21 della Carta di Nizza (i quali stabilendo, rispettivamente che *"Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione"* e che *"È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale"* rimarcano il carattere non tassativo dei fattori discriminanti espressamente menzionati e l'esistenza di un generale divieto di discriminazione ad ampio spettro).

Con riferimento allo specifico fattore discriminante denunciato dal ricorrente (collocazione dei lavoratori in CIGS), poi, va evidenziato che la giurisprudenza di legittimità già in un'altra fattispecie ha riconosciuto la tutela prevista dall'ordinamento per il licenziamento discriminatorio proprio in ipotesi di licenziamento collettivo *"diretto ad evitare il reinserimento effettivo nell'organizzazione produttiva dei lavoratori che rientrano da un periodo di sospensione per ricorso alla cassa integrazione guadagni straordinaria"* (Cassazione civile, sez. lav., 13/10/2009, n. 21697).

Né vale a sostenere il contrario rispetto a quanto fin qui affermato in ordine alla assenza di tipicità dei fattori di discriminazione tutelati dall'ordinamento, la circostanza che la S.C., nelle recenti pronunce che hanno posto l'accento sulla distinzione tra discriminazione e ritorsione, abbia evidenziato come nelle ipotesi di licenziamento discriminatorio *“La nullità derivante dal divieto di discriminazione discende invece direttamente dalla violazione di specifiche norme di diritto interno ed Europeo, senza passare attraverso la mediazione dell'art. 1345 c.c.”* (Cassazione civile, sez. lav., 05/04/2016, n. 6575; nei medesimi termini Cassazione civile, sez. lav., 09/06/2017, n. 14456). Tale considerazione, a ben vedere, non confligge con l'eventualità che le specifiche norme di diritto interno – nella specie l'art. 3 della l. 11 maggio 1990 n. 108, l'art. 4 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e l'art. 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300 – vengano interpretate estensivamente in un'ottica costituzionalmente orientata. Si consideri, infatti, che l'affermazione della S.C. secondo cui *“La ricerca dell'intento illecito è tuttavia rilevante al solo fine di estendere l'area di protezione delineata da specifiche disposizioni di legge”* (sentenza n. 6575/2016) risulta, non a caso, riferita alle ipotesi di licenziamento ritorsivo, fattispecie che, differenziandosi dal licenziamento discriminatorio in quanto il recesso datoriale costituisce non il frutto di una discriminazione bensì una indebita reazione rispetto ad un comportamento lecito del lavoratore, non potrebbe ricevere tutela attraverso una interpretazione estensiva delle norme che vietano il licenziamento discriminatorio.

Assodato, dunque, in forza di tutte le argomentazioni che precedono, che la tutela del lavoratore vittima di un licenziamento discriminatorio non può ritenersi limitata alle sole ipotesi in cui ricorrano i fattori di rischio espressamente indicati dal legislatore, va richiamata l'attenzione sul peculiare regime del riparto degli oneri probatori che vige in materia: l'art. 28, comma 4, d.lgs. 150/2011 stabilisce che *“Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione”*.

La norma – significativamente diversa da quella contenuta nell'art. 40 d.lgs. 198/2006 che contiene un esplicito riferimento alla precisione e concordanza degli indizi – mira ad introdurre una agevolazione probatoria ancor più favorevole al lavoratore, consentendo al Giudice di ammettere presunzioni semplici anche non connotate dai requisiti della gravità, della precisione e della concordanza, come richiesto dalla regola generale dettata dall'art. 2729 c.c.

Sulla scorta delle considerazioni sopra svolte in ordine alla tutela costituzionale e sovranazionale apprestata a tutte le forme di discriminazione, appare contrastante con l'art. 3 Cost. un'interpretazione volta a sostenere che la regola di agevolazione probatoria appena analizzata operi solo con riferimento alla specifiche ipotesi di discriminazione enunciate nell'art. 28, comma 1, d.lgs. 150/2011.

Anche a voler ragionare diversamente, tuttavia, l'inapplicabilità dell'art. 28, comma 4, cit. alle discriminazioni "atipiche" non varrebbe comunque ad impedire l'utilizzo del meccanismo delle presunzioni semplici, ovviamente nei limiti consentiti dall'art. 2729 c.c. (per la considerazione secondo cui, in tema di discriminazioni, va attribuito precipuo rilievo alla prova presuntiva cfr. Cassazione civile, sez. lav., 05/11/2012, n. 18927).

Tanto premesso, applicando al caso di specie i principi appena ricordati, si osserva che nel ricorso introduttivo della prima fase del giudizio il G.F.M. si era soffermato su considerazioni di principio in ordine alla nozione di discriminazione e sul riparto degli oneri probatori in materia per poi limitarsi, in concreto, a sostenere che l'individuazione della sua persona quale destinatario del recesso datoriale era avvenuta esclusivamente in ragione della appartenenza ad una "categoria di cui l'azienda voleva disfarsi" (costituita dai lavoratori collocati in cassa integrazione) senza dedurre, con specifico riferimento al motivo di ricorso in esame, precise circostanze di fatto o puntuali dati statistici dai quali poter desumere, anche in via presuntiva, la sussistenza della discriminazione denunciata.

Proprio in ragione di tale carenza assertiva, l'ordinanza conclusiva della prima fase ha respinto il motivo di censura di cui si tratta.

Nel ricorso in opposizione, tuttavia, il G.F.M. ha delineato con maggior precisione la domanda – integrazione consentita dalla struttura bifasica del procedimento speciale ex art. 1, commi 47 e ss l. n. 92/2012, in quanto le preclusioni ex artt. 414 e 416 c.p.c. si maturano soltanto al momento del deposito degli atti introduttivi della seconda fase del giudizio – chiarendo, innanzitutto, che egli non intende contestare i criteri di scelta (stabiliti dalle parti sociali nell'accordo del 24 ottobre 2014) bensì ritiene che si sia verificata una discriminazione indiretta in quanto l'applicazione di criteri a prima vista imparziali ha condotto ad una discriminazione a danno di una particolare categoria di lavoratori (costituita da coloro che erano stati precedentemente collocati in cassa integrazione).

A sostegno di tale assunto il lavoratore ha fornito un preciso dato statistico, di portata particolarmente significativa: il 90% del personale licenziato corrisponde a quello oggetto delle precedenti procedure di CIGS.

Tale dato percentuale non è stato specificamente contestato dalla CAI s.p.a. che, nella memoria difensiva nel procedimento di opposizione, si è limitata a generiche considerazioni in ordine all'onere delle prova in tema di licenziamento discriminatorio (in particolare cfr. punto 27). Pertanto, il suddetto dato deve essere posto a fondamento della decisione ex art. 115, comma 1, c.p.c.

Si tratta, senza dubbio, di un grave e preciso indizio dal quale presumere che il G.F.M. è stato individuato come soggetto da licenziare nell'ambito della procedura di licenziamento collettivo avviata con comunicazione del 3 ottobre 2014, esclusivamente in ragione della appartenenza alla categoria dei lavoratori collocati in cassa integrazione.

Altro grave e preciso indizio in tal senso proviene dalle stesse affermazioni della CAI s.p.a. (punti 15.1 e 15.2 della memoria difensiva nel procedimento di opposizione instaurato dal lavoratore; punti 5.3 e 5.4 del ricorso in opposizione della società): la società afferma, invero, che il G.F.M. aderiva volontariamente alla CIGS e, durante il periodo di cassa integrazione, non veniva sostituito da alcuna altra risorsa e l'attività lavorativa in cui era impiegato non veniva più svolta dalla società; pertanto, egli è stato licenziato ai sensi del criterio g) ovvero senza alcuna comparazione con gli altri lavoratori *“in quanto la specifica posizione di lavoro è stata soppressa ed era inattiva”*.

Proprio l'adesione del G.F.M. alla CIGS e la conseguente soppressione della sua specifica posizione di lavoro hanno, dunque, costituito – per ammissione della società convenuta – il motivo dell'individuazione del lavoratore quale destinatario del licenziamento. Ciò senza che la CAI s.p.a. procedesse ad alcuna comparazione del ricorrente con gli altri lavoratori sulla scorta dei criteri individuati dalle parti sociali (ovvero il possesso di certificazioni/abilitazioni o abilità professionali su specifici apparati, l'anzianità di servizio, i carichi di famiglia).

Trattasi, a ben vedere, di indizi che non solo integrano pienamente gli “elementi di fatto presuntivi” richiesti dall'art. 28 d.lgs. 150/2011 per far sorgere, in capo al datore di lavoro, l'onere di provare l'assenza di discriminazione, ma appaiono, altresì, connotati dai caratteri di gravità, precisione e concordanza necessari ex art. 2729 c.c. per l'ammissione delle presunzioni semplici. Ne consegue che i dati di fatto acquisiti al giudizio consentono di presumere che la individuazione del G.F.M. quale destinatario del licenziamento sia avvenuta per ragioni discriminatorie, anche qualora non dovesse operare (a fronte della ipotesi “atipica” di discriminazione di cui si tratta) il meccanismo di agevolazione probatoria stabilito dall'art. 28 cit.

Trattandosi, come si è detto, di discriminazione indiretta, la presunzione di discriminatorietà poteva essere superata attraverso la dimostrazione, da parte della CAI s.p.a., circa l'esistenza di una giustificazione di carattere oggettivo sottostante alla scelta del G.F.M. quale soggetto destinatario del licenziamento.

Ovviamente non può aver alcun rilievo, al fine di integrare tale dimostrazione, la circostanza – stigmatizzata dalla CAI s.p.a. a pagina 35 della memoria difensiva – che la procedura di licenziamento collettivo è dipesa dalla crisi che ha colpito il settore aereo e la società in particolare. Ed, infatti, con il motivo di ricorso al vaglio non è stata denunciata la discriminatorietà della scelta datoriale di procedere al licenziamento collettivo bensì la discriminazione indiretta che si è verificata nel momento della individuazione dei nominativi dei lavoratori da licenziare e che ha portato a selezionare il G.F.M. (in luogo di un altro lavoratore) solo in ragione del precedente collocamento in CIGS.

Tanto chiarito, osserva il Giudice che la CAI s.p.a. non ha fornito la dimostrazione in ordine alle ragioni oggettive (lecite e diverse dal precedente collocamento in CIGS) che avrebbero condotto al licenziamento del G.F.M..

Non può essere condivisa, invero, la tesi della società resistente – esposta nel ricorso in opposizione, non per difendersi in ordine alla censura di discriminatorietà ma a fondamento della richiesta di riforma dell'ordinanza conclusiva della prima fase – secondo cui l'individuazione del ricorrente come destinatario del recesso senza comparazione con alcun altro lavoratore costituirebbe attuazione dei criteri di scelta concordati con le organizzazioni sindacali.

Come rilevato dall'ordinanza conclusiva della prima fase (che ha accolto la doglianza del lavoratore relativa alla illegittima restrizione della platea dei licenziandi), infatti, nelle procedure di licenziamento collettivo – come quella per cui è causa - che interessano grandi società ove prestano servizio lavoratori dotati di professionalità tra loro anche molto diversificate sia l'individuazione del numero degli esuberanti che la selezione dei lavoratori da licenziare non può avvenire indistintamente nell'ambito dell'intera platea dei dipendenti aziendali, dovendo venir ovviamente articolate nell'ambito delle distinte professionalità.

A ciò non osta la circostanza che l'art. 5 l. 223/1991 riferisca espressamente le esigenze tecnico produttive all'intero complesso aziendale.

Tale indicazione legislativa è dettata in ragione dell'esigenza di ampliare al massimo l'area in cui operare la scelta dei lavoratori da licenziare, onde approntare idonee garanzie contro il pericolo di discriminazioni a danno del singolo lavoratore, in cui tanto più facilmente si può incorrere quanto più si restringe l'ambito della selezione.

Tuttavia, siffatta indicazione di massima va temperata, nel caso concreto, con le segnalate esigenze di diversificazione delle diverse professionalità esistenti all'interno dell'azienda. La elaborazione giurisprudenziale intervenuta sul tema ha, infatti, chiarito che la platea dei lavoratori interessati al licenziamento ben può essere limitata agli addetti ad un determinato reparto o settore, anche se, al fine di evitare i rischi insiti in una simile operazione, la delimitazione stessa può avvenire solo sulla base di oggettive esigenze aziendali, in relazione al progetto di ristrutturazione aziendale. In ogni caso, il datore di lavoro non può limitare la scelta dei lavoratori da porre in mobilità ai soli dipendenti addetti ad un reparto o settore se essi siano idonei ad occupare le posizioni lavorative di colleghi addetti ad altri reparti, *“con la conseguenza che non può essere ritenuta legittima la scelta di lavoratori solo perché impiegati nel reparto operativo soppresso o ridotto, trascurando il possesso di professionalità equivalente a quella di addetti ad altre realtà organizzative”*(Cassazione civile sez. lav. 12/01/2015 n. 203; tra le tante conformi v. anche Cass., Sez. L, Sentenza n. 17177 del 11/07/2013).

Deve, dunque, dirsi che il frazionamento della platea dei licenziabili è ben possibile all'interno di realtà aziendali complesse, con il limite però della necessità di comparare tutti i lavoratori che possiedano un profilo professionale tra di loro fungibile. E tale fungibilità può apprezzarsi guardando non certo alla specifica attività alla quale il singolo lavoratore è stato da ultimo adibito all'interno dell'organizzazione aziendale, bensì alla sfera di compiti che rientrano nel suo bagaglio professionale e che, dunque, legittimamente possono venirgli richiesti dal datore di lavoro nell'ambito dell'art. 2103 c.c. – con riguardo dunque anche alla classificazione del personale contenuta nella contrattazione collettiva di riferimento ma con la precisazione che occorre dare preminente rilievo al profilo professionale, potendo la categoria d'inquadramento constare, appunto, di più e distinti profili professionali – .

Proprio in ragione di tale necessità di tener conto dei diversi profili professionali dei lavoratori in forza presso la Alitalia CAI s.p.a., nella definizione dei criteri di scelta da utilizzare nella seconda procedura di licenziamento collettivo qui in esame, le parti sociali hanno indicato, nell'accordo del 24 ottobre 2014, con riferimento al criterio delle esigenze organizzative e produttive, che per il personale di terra, *“ a parità di posizioni di lavoro, si procederà con la collocazione in mobilità del personale con minor numero di certificazioni/abilitazioni ...etc...”*.

Ebbene la locuzione “posizioni di lavoro”, a dir la verità poco tecnica, se interpretata secondo il canone della buona fede ed alla luce delle considerazioni che precedono, non può che ritenersi coincidente proprio con i profili professionali.

Nella concreta applicazione del criterio in questione, dunque, la Alitalia CAI s.p.a. doveva procedere a raggruppare le professionalità fungibili – anche sulla scorta della classificazione contenuta nel contratto collettivo applicato e tenuto conto dei principi dettati dall’art. 2103 c.c. – e procedere nell’ambito delle stesse alla applicazione degli altri criteri indicati nell’accordo citato (possessiono di certificazioni/abilitazioni, abilità professionali su specifici apparati, anzianità di servizio, carichi di famiglia).

Invece, dalla lettura della comunicazione ex art. 4, comma 9, l. 223/91 si evince che tale operazione non è stata compiuta, poiché la società resistente – con riferimento al personale di terra ed al criterio delle esigenze organizzative e produttive – ha dato atto di aver applicato i criteri di scelta relativi alle certificazioni/abilitazioni e/o abilità professionali *“in presenza di concorso di più lavoratori sulle posizioni di lavoro eccedenti così come individuate nella tabella allegata alla comunicazione 3 ottobre”*, ovvero nella tabella, allegata alla comunicazione di avvio della procedura di licenziamento ex art. 4, comma 2, l. n. 223/91, attraverso la quale veniva individuato il personale in esubero.

La CAI s.p.a. ha dunque sostituito il criterio di delimitazione dell’ambito di comparazione – concordato con le parti sociali – costituito dalla parità di posizioni di lavoro (*rectius* profili professionali) con il criterio della *“presenza di concorso di più lavoratori sulle posizioni di lavoro eccedenti così come individuate nella tabella allegata alla comunicazione 3 ottobre”*. In altri termini, la società ha ritenuto che le singole posizioni di lavoro indicate nella comunicazione di apertura della procedura di licenziamento (suddivise in modo molto dettagliato, così da ottenere gruppi costituiti anche da uno solo o da pochissimi lavoratori) coincidessero con i profili professionali da utilizzare, secondo quanto pattuito nell’accordo del 24 ottobre 2014, per delimitare gli ambiti di comparazione.

Invece, a ben vedere, tale coincidenza è solo eventuale perché si verifica unicamente nell’ipotesi in cui i lavoratori collocati in una posizione di lavoro indicata come eccedente nella comunicazione di apertura della procedura abbiano una professionalità infungibile con quella di tutti gli altri colleghi.

Sul punto, deve essere richiamata la sentenza n 26376 del 03/11/2008 nella quale la S.C. ha evidenziato come non si possa individuare in ogni caso *“una necessaria corrispondenza tra il dato relativo alla “collocazione del personale” indicato dal datore nella comunicazione di cui all’art. 4, e la precostituzione dell’area di scelta. Il datore infatti segnala la collocazione del personale da espungere (reparto, settore produttivo ecc), ma ciò non comporta automaticamente che l’applicazione dei criteri di scelta coincida sempre con il medesimo ambito e che i lavoratori interessati siano sempre esclusi dal concorso con tutti gli*

*altri, giacchè ogni delimitazione dell'area di scelta è soggetta alla verifica giudiziale sulla ricorrenza delle esigenze tecnico produttive ed organizzative che la giustificano”.*

Ed infatti, nel licenziamento collettivo, a differenza di quanto avviene nell'ipotesi di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, non è richiesta la corrispondenza tra le posizioni lavorative soppresse (indicate nella comunicazione di avvio della procedura) ed i lavoratori da licenziare, poiché i criteri di scelta (individuati dalle parti sociali o, in via sussidiaria, dal legislatore) sono di carattere oggettivo (esigenze tecnico produttive, anzianità, carichi di famiglia, ecc...) e non soggettivo (titolari dei posti da sopprimere).

Di qui l'infondatezza della tesi sostenuta dalla CAI s.p.a. secondo cui non vi sarebbe alcun obbligo in capo al datore di lavoro, in fase di applicazione dei criteri di scelta, di tener conto del bagaglio professionale dei lavoratori licenziabili ma sarebbe sufficiente far riferimento alle mansioni da ultimo svolte in quanto la comunicazione di avvio della procedura richiede l'indicazione del numero, della collocazione aziendale e dei profili professionali del personale eccedente (elementi che non possono non essere riferiti alle posizioni presenti in azienda al momento di avvio della procedura perché altrimenti verrebbe meno il nesso di causalità tra gli esuberanti e le motivazioni della crisi). Evidentemente tale interpretazione non tiene conto della differenza tra l'individuazione delle posizioni lavorative da sopprimere (che deve essere contenuta nella comunicazione di avvio della procedura, ovviamente avendo riguardo alla situazione esistente al momento del licenziamento, e deve porsi in correlazione con le motivazioni della crisi) e la, successiva, individuazione dei lavoratori da licenziare (che deve avvenire sulla scorta di criteri oggettivi diversi dalla mera collocazione del lavoratore, al momento del licenziamento, nella posizione di lavoro soppressa).

Le considerazioni che precedono portano, altresì, a ritenere infondata la tesi della CAI s.p.a. secondo cui il criterio di scelta che nella comunicazione ex art. 4, comma 9, l. n. 223/91 viene contrassegnato con la lettera g) e che riguarda “la collocazione in mobilità di risorse assegnate a posizioni di lavoro senza concorrenza di altri lavoratori”, sarebbe stato concordato con le organizzazioni sindacali e, dunque, non sarebbe sindacabile in sede giudiziaria.

Ed, infatti, come si è visto, le parti sociali non hanno concordato di adottare quale criterio di scelta quello costituito dalla collocazione dei lavoratori sulle posizioni di lavoro eccedenti così come individuate nella tabella allegata alla comunicazione ex art. 4, comma 2, l. n. 223/91, ma hanno – soltanto – indicato che l'ambito di comparazione doveva venir selezionato guardando alla parità di posizioni di lavoro (*rectius* profili professionali).

La definizione del criterio contraddistinto dalla lettera g), dunque, è avvenuta in fase di applicazione dei criteri di scelta, attraverso una decisione unilaterale della società resistente, che ben può essere oggetto di contestazione da parte del lavoratore e di controllo da parte del Tribunale (specialmente quando, come nel caso di specie, tale decisione ha condotto ad una discriminazione di portata così significativa da determinare il licenziamento del 90% del personale preventivamente collocato in CIGS).

Avendo il lavoratore dedotto – fin dal ricorso introduttivo della prima fase di giudizio – che egli aveva una professionalità fungibile con quella di altri colleghi e, dunque, doveva essere con loro comparato (sulla scorta dei criteri concordati dalle parti sociali, costituiti dalle abilitazioni/certificazioni, dall'anzianità di servizio e dai carichi di famiglia), la CAI s.p.a. doveva dimostrare che, nel caso specifico, la delimitazione dell'area di scelta operata (come si è sopra detto la stessa società afferma che il G.F.M. non è stato comparato con nessuno dei colleghi) sia giustificata dall'infungibilità del lavoratore, da ultimo assegnato alla posizione di lavoro soppressa denominata “tecnico specialista innovazione IT”, rispetto agli altri lavoratori. Sul punto – anche a non voler considerare che, come sopra rilevato, trattasi di dimostrazione funzionale a provare il motivo oggettivo lecito sottostante alla individuazione del G.F.M. quale destinatario del recesso (ed a superare le presunzione di discriminatorietà sopra evidenziata) e, quindi, soggetto onerato in tal senso è il datore di lavoro – è comunque principio consolidato quello per cui *“ove sorga contestazione sull'ampiezza del criterio di scelta indicato, è onere del datore provare il fatto che determina l'oggettiva limitazione di queste esigenze, e giustificare il più ristretto spazio nel quale la scelta è stata effettuata”* (Cass. n. 14612 del 2006; dello stesso tenore v, tra le tante, Cass. n. 25353 del 2009; Cass. n. 26376 del 2008; Cass. n. 6112/2014).

L'assolvimento di tale onere implicava la dimostrazione della infungibilità del G.F.M. rispetto a tutti i colleghi.

Sul punto, la CAI s.p.a. ha contestato l'ordinanza opposta – che aveva accolto parzialmente la domanda del lavoratore proprio in ragione della mancata dimostrazione, da parte della datrice di lavoro, della infungibilità del G.F.M. – ritenendo di aver svolto idonee allegazioni, tali da rendere ingiustificata la decisione di non procedere ad istruttoria “dalla quale sarebbero evidentemente emerse le specifiche mansioni del lavoratore e di conseguenza l'infungibilità con le altre posizioni” (punto 16 del ricorso in opposizione).

Senonchè, la difesa della società resistente è fondata sull'erroneo presupposto che la non fungibilità del profilo professionale del ricorrente rispetto a quello degli altri lavoratori

discenda, automaticamente, dalla circostanza che le mansioni in concreto assegnate a ciascuno fossero differenti.

Richiamando le riflessioni sopra svolte sul punto, deve, invece, dirsi che la collocazione di un lavoratore presso un reparto/settore aziendale e la sua adibizione in concreto ad una o ad un'altra mansione non possono assumere alcun rilievo. Ragionando altrimenti, si consentirebbe al datore di lavoro di sottrarre alcuni lavoratori al licenziamento collettivo e di includerne altri solo adibendoli – a parità di qualifica professionale – ad un compito piuttosto che ad un altro. Ciò che rileva, allora, è il profilo professionale di ciascun lavoratore e soltanto rispetto a questo deve essere compiuta la valutazione di fungibilità.

Tanto acclarato, risulta evidente che, per assolvere all'onere probatorio sulla stessa incombente, la CAI s.p.a. avrebbe dovuto delineare con precisione i profili professionali richiesti per l'espletamento delle singole mansioni, palesando così le ragioni della presunta infungibilità del profilo professionale del G.F.M.. Con la precisazione che, in mancanza di puntuali deduzioni contrarie, è possibile presumere – come già sopra accennato – che vi sia completa fungibilità tra i lavoratori inquadrati nel medesimo livello e profilo professionale sulla base della contrattazione collettiva di riferimento (sulla presunzione di fungibilità basata sull'inquadramento nel medesimo profilo e livello cfr. Tribunale Torino, 12/08/2017).

Invece, la società si è limitata ad elencare le differenti mansioni ed a descrivere le attività svolte dai singoli gruppi di lavoratori, omettendo di allegare quali fossero i requisiti professionali richiesti per lo svolgimento di ciascuna di esse. Soprattutto, nulla è stato precisato in merito alla necessità di una professionalità specifica con riferimento ai lavoratori, citati anche dal G.F.M. nel ricorso introduttivo della prima fase e nel ricorso in opposizione, che, pacificamente, avevano il medesimo inquadramento del G.F.M. stesso.

In mancanza di una allegazione in ordine a tale profilo, sarebbe stato del tutto superfluo svolgere attività istruttoria perché la circostanza che altri lavoratori fossero stati adibiti allo svolgimento di mansioni in concreto diverse da quelle alle quali era stato adibito di G.F.M. non può certamente dimostrare che questo ultimo non fosse in grado di svolgere anche le mansioni affidate ai primi.

Alla luce delle considerazioni che precedono, deve allora concludersi che la Alitalia CAI s.p.a. non ha assolto, neppure nella presente fase di giudizio, all'onere di dimostrare la legittimità della restrizione dell'area di scelta operata, in fase di applicazione dei criteri di scelta, con riferimento alla posizione del G.F.M..

Ne deriva che non è emersa alcuna ragione oggettiva e lecita idonea a giustificare la decisione di licenziare proprio il G.F.M. (in luogo di un altro lavoratore) e, quindi, a superare la presunzione di discriminatorietà del licenziamento al vaglio.

Alla luce di tutte le considerazioni che precedono va, dunque, dichiarata la nullità del licenziamento ai sensi dell'art. 18, comma 1, St. Lav. in quanto discriminatorio, con conseguente diritto del G.F.M. alla reintegrazione nel posto di lavoro ed al pagamento di una indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, oltre al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali, con interessi e rivalutazione al saldo. La retribuzione globale di fatto va determinata, sulla scorta delle buste paga in atti, in euro 2.771,39 (= 2.375,48 x 14/12) mensili.

Le considerazioni che precedono rendono superfluo l'esame di tutte le ulteriori censure mosse dalle parti nei confronti dell'ordinanza conclusiva della prima fase, che ha riconosciuto al lavoratore la tutela indennitaria, dovendo tale statuizione essere sostituita con quella appena indicata.

Risulta, pure, assorbita la necessità di riflettere sulle ulteriori domande del lavoratore, in quanto la loro analisi non potrebbe mutare le conclusioni raggiunte in ordine alla tutela concretamente spettante al ricorrente.

Va, invece, esaminata la domanda con la quale la CAI s.p.a. ha chiesto, in caso di accertamento del diritto del G.F.M. alla reintegra nel posto di lavoro, di essere autorizzata a risolvere il rapporto di lavoro di un lavoratore per poter reintegrare il ricorrente.

La domanda si basa, invero, sul disposto dell'art. 17 della l. 223/1991, che riconosce al datore di lavoro, in caso di reintegra di lavoratori, la possibilità di risolvere, sempre nel rispetto dei criteri di scelta di cui all'articolo 5, comma 1, il rapporto di lavoro di un numero di lavoratori pari a quello dei reintegrati senza dover esperire una nuova procedura, dandone previa comunicazione alle rappresentanze sindacali aziendali.

Ritiene, tuttavia, il Giudice che si tratti di una domanda inammissibile, giacché le ragioni che possono essere poste a fondamento del licenziamento sono comunque rimesse alla esclusiva scelta datoriale di risoluzione del rapporto – che, concretandosi nell'esercizio del diritto, appunto, di recesso, deve essere esercitata nel rispetto delle norme che la disciplinano – e non possono, pertanto, essere rimesse al Giudice; nel sistema delineato dalla legge, in altri termini, i motivi che potrebbero, in astratto, costituire il fondamento del licenziamento presuppongono pur sempre che il datore di lavoro eserciti la facoltà di recesso, non potendo egli, viceversa, chiedere un'autorizzazione preventiva al licenziamento stesso.

L'aver accertato la nullità del licenziamento comminato al G.F.M. dalla CAI s.p.a. impone, sotto altro profilo, di passare ad esaminare la domanda avanzata dal lavoratore nei confronti della SAI s.p.a. - cessionaria dell'azienda presso la quale il G.F.M. lavorava prima del recesso datoriale - al fine di ottenere, ex art. 2112 c.c., la condanna della società da ultimo citata al ripristino del rapporto di lavoro ed al pagamento, in solido con la CAI s.p.a., dell'indennità ex art. 18 St. Lav.

Va premesso che, nonostante questo Tribunale abbia più volte dichiarato inammissibile tale domanda (che non è limitata al solo accertamento del trasferimento di azienda ma richiede altresì di valutare la legittimità della pattuizione in forza della quale la società cedente e la cessionaria, unitamente alle organizzazioni sindacali, hanno previsto una espressa deroga alla disciplina di cui all'art. 2112 c.c., sulla base del disposto dell'art. 47, comma 4bis della legge n. 428/90) nelle prime fasi dei procedimenti ex art. 1, commi 47 ss l. 92/12 aventi analogo oggetto, il più ampio limite oggettivo previsto per la seconda fase del giudizio dall'art. 1, comma 52, l. n. 92/2012 (che espressamente consente di proporre domande "nei confronti di soggetti rispetto ai quali la causa è comune") permette, in questo giudizio, di esaminare nel merito la questione.

Ebbene, la Alitalia SAI s.p.a. non ha contestato di essere cessionaria della azienda presso la quale lavorava il G.F.M. prima del licenziamento; ciò nonostante, la società ha sostenuto che la domanda di reintegra avanzata nei suoi confronti del lavoratore ex art. 2112 c.c. sarebbe infondata in quanto la cessione del compendio aziendale di CAI s.p.a. è avvenuta ai sensi dell'art. 47, comma 4-bis, l. n. 428/1990 e, dunque, l'art. 2112 c.c. trova applicazione con le limitazioni previste dall'accordo medesimo: in particolare, sottolinea la Alitalia SAI s.p.a., l'accordo stipulato dalle parti sociali in data 26 novembre 2014 ai sensi della norma di legge appena citata prevede che resta esclusa "*la prosecuzione con la cessionaria di ogni ulteriore rapporto di lavoro non espressamente ricompreso nell'elenco allegato al presente verbale*" (punto 4) e che nell'elenco non è menzionato il ricorrente.

Osserva, innanzitutto, il Giudice che può ritenersi pacifica la ricorrenza della fattispecie prevista dall'art. 47, comma 4-bis, lett. a) l. n. 428/1990 ovvero la circostanza che "*sia stato accertato lo stato di crisi aziendale, ai sensi dell'articolo 2, quinto comma, lettera c), della legge 12 agosto 1977, n.675*". Se è vero, infatti, che nel ricorso in opposizione il lavoratore ha dedotto, alquanto genericamente, che nel caso di specie difetterebbe tale accertamento (pag. 30), è altresì vero che a fronte della produzione, da parte della SAI s.p.a., dei decreti del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 8 settembre 2014 nn. 83908, 83907,83909 il ricorrente non ha puntualmente e specificamente dedotto i motivi per i quali ritiene tali

provvedimenti non idonei a costituire il presupposto per l'applicabilità dell'art. 47, comma 4-bis, lett. a) cit.

Tanto acclarato, ritiene il Tribunale che una interpretazione del testo normativo nel senso voluto dalla Alitalia SAI s.p.a. – tale cioè da consentire alle parti sociali di stabilire una deroga alla disposizione, contenuta nell'art. 2112 c.c., che prevede, in caso di trasferimento di azienda, la continuazione del rapporto di lavoro con il cessionario – si porrebbe in irrimediabile contrasto con il diritto comunitario (in particolare con la direttiva 2001/23/CE e con i principi enunciati dalla sentenza della Corte di Giustizia 11 giugno 2009 C-561/07) e quindi anche con l'art. 117 Cost.

Ed, infatti, la direttiva 2001/23/CE ha stabilito, all'art. 3, che *“1. I diritti e gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento sono, in conseguenza di tale trasferimento, trasferiti al cessionario. Gli Stati membri possono prevedere che il cedente, anche dopo la data del trasferimento, sia responsabile, accanto al cessionario, degli obblighi risultanti prima della data del trasferimento da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento.*

*2. Gli Stati membri possono adottare i provvedimenti necessari per garantire che il cedente notifichi al cessionario tutti i diritti e gli obblighi che saranno trasferiti al cessionario a norma del presente articolo, nella misura in cui tali diritti e obblighi siano o avessero dovuto essere noti ai cedente al momento del trasferimento. Il fatto che il cedente ometta di notificare al cessionario tali diritti e obblighi non incide sul trasferimento di detto diritto o obbligo e dei diritti di qualsiasi lavoratore nei confronti del cessionario e/o del cedente in relazione a detto diritto o obbligo.*

*3. Dopo il trasferimento, il cessionario mantiene le condizioni di lavoro convenute mediante contratto collettivo nei termini previsti da quest'ultimo per il cedente fino alla data della risoluzione o della scadenza del contratto collettivo o dell'entrata in vigore o dell'applicazione di un altro contratto collettivo. Gli Stati membri possono limitare il periodo del mantenimento delle condizioni di lavoro, purché esso non sia inferiore ad un anno”*

A ciò si aggiunge la previsione di cui all'art. 4: *“Il trasferimento di un'impresa, di uno stabilimento o di una parte di impresa o di stabilimento non è di per sé motivo di licenziamento da parte del cedente o del cessionario. Tale dispositivo non pregiudica i licenziamenti che possono aver luogo per motivi economici, tecnici o d'organizzazione che comportano variazioni sul piano dell'occupazione”.*

Tali garanzie a favore dei lavoratori, operanti nelle ipotesi di trasferimento di azienda, – che sono state recepite dal legislatore italiano nell'art. 2112 c.c. – possono, sulla scorta dell'art. 5 della citata direttiva, subire alcune limitazioni in peculiari fattispecie.

In particolare l'art. 5 prevede che *“1. A meno che gli Stati membri dispongano diversamente, gli articoli 3 e 4 non si applicano ad alcun trasferimento di imprese, stabilimenti o parti di imprese o di stabilimenti nel caso in cui il cedente sia oggetto di una procedura fallimentare o di una procedura di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso e che si svolgono sotto il controllo di un'autorità pubblica competente (che può essere il curatore fallimentare autorizzato da un'autorità pubblica competente).*

*2. Quando gli articoli 3 e 4 si applicano ad un trasferimento nel corso di una procedura di insolvenza aperta nei confronti del cedente (indipendentemente dal fatto che la procedura sia stata aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso) e a condizione che tali procedure siano sotto il controllo di un'autorità pubblica competente (che può essere un curatore fallimentare determinato dal diritto nazionale), uno Stato membro può disporre che:*  
*a) nonostante l'articolo 3, paragrafo 1, gli obblighi del cedente risultanti da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro e pagabili prima del trasferimento o prima dell'apertura della procedura di insolvenza non siano trasferiti al cessionario, a condizione che tali procedure diano adito, in virtù della legislazione dello Stato membro, ad una protezione almeno equivalente a quella prevista nelle situazioni contemplate dalla direttiva 80/987/CEE del Consiglio, del 20 ottobre 1980, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro (1); e/o b) il cessionario, il cedente o la persona o le persone che esercitano le funzioni del cedente, da un lato, e i rappresentanti dei lavoratori, dall'altro, possano convenire, nella misura in cui la legislazione o le prassi in vigore lo consentano, modifiche delle condizioni di lavoro dei lavoratori intese a salvaguardare le opportunità occupazionali garantendo la sopravvivenza dell'impresa, dello stabilimento o di parti di imprese o di stabilimenti.*

*3. Uno Stato membro ha facoltà di applicare il paragrafo 2, lettera b), a trasferimenti in cui il cedente sia in una situazione di grave crisi economica quale definita dal diritto nazionale, purché tale situazione sia dichiarata da un'autorità pubblica competente e sia aperta al controllo giudiziario, a condizione che tali disposizioni fossero già vigenti nel diritto nazionale il 17 luglio 1998”.*

Ebbene, nel caso di cui si tratta, non vi è stata una procedura fallimentare o una procedura di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente, circostanza che esclude la possibilità di ascrivere la fattispecie al vaglio nell'ambito di quelle sottratte, ai sensi dell'art. 5, comma 1, cit., al campo di applicazione degli artt. 3 e 4 della direttiva.

Neppure ricorre l'ipotesi prevista dall'art. 5, comma 2, cit. dovendo escludersi l'esistenza di una procedura di insolvenza aperta nei confronti del cedente, la CAI s.p.a.

Nel caso di specie, invero, è intervenuto – soltanto – l'accertamento dello stato di crisi aziendale preordinato a consentire alla CAI s.p.a. di beneficiare della cassa integrazione guadagni (decreti del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 8 settembre 2014 nn. 83908, 83907, 83909, sopra citati), circostanza che potrebbe indurre a ritenere ascrivibile la fattispecie alla *“situazione di grave crisi economica quale definita dal diritto nazionale”* contemplata dall'art. 5, comma 3, cit.

Senonchè, il legislatore comunitario ha espressamente stabilito che non tutte le *“situazioni di grave crisi economica”* sono idonee a consentire agli Stati membri di applicare il paragrafo 2, lettera b) (e cioè di prevedere che il cessionario, il cedente o la persona o le persone che esercitano le funzioni del cedente, da un lato, e i rappresentanti dei lavoratori, dall'altro, possano convenire modifiche delle condizioni di lavoro dei lavoratori intese a salvaguardare le opportunità occupazionali garantendo la sopravvivenza dell'impresa, dello stabilimento o di parti di imprese o di stabilimenti) ma soltanto quelle dichiarate da un'autorità pubblica competente ed aperte al controllo giudiziario.

Ebbene, la dichiarazione dello stato di crisi preordinata alla cassa integrazione evidentemente difetta di tale ultimo requisito, come affermato dalla Corte di Giustizia (sentenza 11 giugno 2009 C-561/07), chiamata a pronunciarsi proprio sull'inadempimento dello Stato Italiano rispetto alla direttiva 2001/23/CE derivante dal mantenimento in vigore delle disposizioni di cui all'art. 47, comma 5 e 6, l. n. 428/1990 in caso di crisi aziendale a norma dell'art. 2, quinto comma, lett. c) della l. 12 agosto 1977 n. 675.

La Corte ha, in questa occasione, significativamente affermato che *“l'applicazione dell'art. 5, n. 3, della direttiva 2001/23 è subordinata alla possibilità di controllo giudiziario della procedura in questione. La Repubblica italiana ha precisato in proposito che le parti hanno il diritto di adire l'autorità giudiziaria competente nell'ipotesi di mancato rispetto della procedura prevista. Tale diritto non può essere considerato come costitutivo del controllo giudiziario previsto dall'articolo citato, dal momento che quest'ultimo presuppone*

*un controllo costante dell'impresa dichiarata in situazione di grave crisi economica da parte del giudice competente*".

Stando così le cose, appare evidente che il vigente testo dell'art. 47, comma 4-bis, l. n. 428/1990, coniato dal legislatore del 2009 (d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito con modificazioni dalla L. 20 novembre 2009, n. 166) proprio per adeguare la normativa interna al diritto comunitario a seguito della sentenza appena citata, non può che essere interpretato tenendo conto di quanto affermato dalla Corte di Giustizia e, cioè, dell'impossibilità di invocare – nel caso di accertamento dello stato di crisi preordinato alla cassa integrazione – la parziale deroga agli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23/CE consentita dall'art. 5, comma 3, della direttiva stessa.

Ne consegue che – effettuando una interpretazione del diritto interno conforme al diritto comunitario, alla quale, come noto, il giudice nazionale è obbligato – l'accordo stipulato dalle parti sociali ai sensi dell'art. 47, comma 4-bis cit. nell'ipotesi contemplata dalla lett. a) può prevedere che l'art. 2112 c.c. trovi applicazione “nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo”, senza però derogare alle garanzie imposte dagli artt. 3 e 4 della direttiva (ovvero alla regola per cui i diritti e gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento sono trasferiti al cessionario, alla regola per cui il cessionario deve mantenere le condizioni di lavoro in essere e alla regola per cui il trasferimento non può costituire motivo di licenziamento da parte del cedente e del cessionario).

In altre parole, la locuzione utilizzata dal legislatore (“termini e limitazioni”) deve essere interpretata, in conformità con il diritto comunitario, nel senso che le parti sociali sono abilitate – soltanto – a derogare al disposto dell'art. 2112 c.c. nella parte in cui stabilisce che il cedente ed il cessionario sono obbligati in solido per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento e nella parte in cui stabilisce per un periodo superiore ad un anno l'obbligo in capo al cessionario di mantenimento delle condizioni di lavoro.

Tale interpretazione non risulta preclusa dalla circostanza che l'art. 47 comma 4-bis cit. condizioni l'operatività delle deroghe all'art. 2112 c.c. al raggiungimento di un “accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione”, locuzione che, secondo l'impostazione difensiva della resistente, espressamente consentirebbe all'accordo sindacale di cui si tratta di stabilire che non tutti i rapporti di lavoro in essere con la società cedente vengano trasferiti in capo alla società cessionaria.

Ed, infatti, ricordando che quando la norma interna è suscettibile di una pluralità di interpretazioni deve essere prescelta quella maggiormente conforme al diritto dell'Unione, la

misura di salvaguardia dell'occupazione indicata dal legislatore ben può essere riferita ad obblighi del cessionario di mantenere per un certo tempo (futuro) i rapporti in essere.

Milita in tale senso, del resto, il confronto con il comma 5 del medesimo art. 47, l. n. 428/1990 ove viene previsto, nella diversa ipotesi in cui il trasferimento riguardi imprese nei confronti delle quali vi sia stata dichiarazione di fallimento, omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria, che *“nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata nel corso della consultazione di cui ai precedenti commi sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione, ai lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con l'acquirente non trova applicazione l'articolo 2112 del codice civile, salvo che dall'accordo risultino condizioni di miglior favore. Il predetto accordo può altresì prevedere che il trasferimento non riguardi il personale eccedentario e che quest'ultimo continui a rimanere, in tutto o in parte, alle dipendenze dell'alienante”*.

L'evenienza che il legislatore, dopo aver menzionato “un accordo circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione” abbia sentito la necessità di precisare che tale accordo “può altresì prevedere” che il trasferimento non riguardi tutto il personale alle dipendenze del cedente, induce a ritenere che il “mantenimento anche parziale dell'occupazione” sia qualcosa di differente dalla limitazione della platea di lavoratori che ex art. 2112 c.c. devono passare alle dipendenze del cessionario.

In conclusione, dunque, la corretta esegesi della norma al vaglio appare la seguente: a fronte dell'assunzione da parte del cessionario di un obbligo di mantenimento, anche parziale, dell'occupazione successivamente alla cessione 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 2001/23/CE ma dettano regole che il legislatore comunitario ha lasciato alla valutazione discrezionale degli Stati membri.

Sulla scorta di tale interpretazione dell'art. 47, comma 4-bis cit., conforme al diritto comunitario e costituzionalmente orientata, è possibile concludere che la clausola, contenuta nell'accordo del 26 novembre 2014 (in atti), volta ad escludere la prosecuzione con la società cessionaria di rapporti di lavoro diversi da quelli espressamente ricompresi nell'elenco allegato risulta nulla, in quanto in contrasto con la norma imperativa contenuta nell'art. 2112, comma 1, c.c., norma non derogata, con riferimento alla specifica ipotesi di crisi aziendale al vaglio, dall'art. 47, comma 4-bis cit.

La clausola nulla non comporta ex art. 1419 c.c. la nullità dell'accordo in quanto è sostituita di diritto dalla norma imperativa secondo cui *“in caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano”* (art. 2112, comma 1., c.c.).

Ne consegue che, avendo sopra accertato la nullità del licenziamento intimato da CAI s.p.a. al G.F.M. ed il diritto di questo ultimo alla reintegrazione nel posto di lavoro, l'ordine di reintegra deve essere rivolto alla società cessionaria dell'azienda, Alitalia SAI s.p.a. (risulta principio consolidato, invero, quello per cui *“In tema di trasferimento d'azienda, l'effetto estintivo del licenziamento illegittimo intimato in epoca anteriore al trasferimento medesimo, in quanto meramente precario e destinato ad essere travolto dalla sentenza di annullamento, comporta che il rapporto di lavoro ripristinato tra le parti originarie si trasferisce, ai sensi dell'art. 2112 c.c., in capo al cessionario”* Cassazione civile, sez. lav., 16/12/2014, n. 26401).

L'Alitalia SAI s.p.a. va, altresì, condannata in solido con la CAI s.p.a. al pagamento dell'indennità ex art. 18, comma 1, St. Lav. (sopra quantificata) posto che, in mancanza di una espressa deroga nell'accordo ex art. 47, comma 4-bis cit. volta ad escludere la responsabilità solidale del cedente e del cessionario per i crediti maturati dal lavoratore, trova applicazione la regola stabilita dall'art. 2112, comma 2, c.c.

Le spese della presente fase di giudizio, liquidate in dispositivo, seguono come di norma la soccombenza e devono essere poste a carico della CAI s.p.a. e della Alitalia SAI s.p.a. in solido tra loro.

#### PQM

Ogni altra istanza disattesa, riformando l'ordinanza impugnata, accerta la nullità del licenziamento intimato dalla CAI s.p.a. al G.F.M. e condanna la Alitalia SAI s.p.a., cessionaria dell'azienda, a reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro.

Condanna CAI s.p.a. e Alitalia SAI s.p.a., in solido tra loro, al pagamento in favore del ricorrente di una indennità risarcitoria commisurata dall'ultima retribuzione globale di fatto (pari ad euro 2.771,39 mensili) dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, oltre al versamento dei relativi contributi previdenziali e assistenziali.

Condanna CAI s.p.a. e Alitalia SAI s.p.a. al pagamento in favore del G.F.M. delle spese della presente fase di giudizio che liquida in complessivi euro 4.040 di cui € 3.513 per compensi ed € 527 per spese generali, oltre iva e c.p.a.

Civitavecchia, 1.03.2018

Il Giudice  
Dott.ssa Irene Abrusci