

PARTE II
GIURISPRUDENZA

IL CASO 1

Federico Roselli (*)

FUNZIONE RIPARATORIA E FUNZIONE SANZIONATORIA DELLA CONDANNA CONSEQUENTE AL LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO

SOMMARIO: 1. Il licenziamento come atto illecito. — 2. Indennizzo «di natura sanzionatoria ibridata da una funzione indennitaria». — 3. La sanzione civile preventiva (dissuasione). — 4. Presenza nel nostro ordinamento del risarcimento-sanzione. — 5. Riserva di legge relativa. — 6. Irretroattività della pena. — 7. Risarcibilità del danno non patrimoniale. — 8. Esigenza dell'uniformità di trattamento.

1. — *Il licenziamento come atto illecito* — Con la sentenza 8.11.2018, n. 194, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 3, c. 1, del d.lgs. 4.3.2015, n. 23 (sia nel testo originario, sia in quello modificato dall'art. 3, c. 1, d.l. 12.7.2018, n. 87, convertito in l. 9.8.2018, n. 96), nella parte in cui determinava in misura soltanto proporzionale all'anzianità di servizio, vale a dire con esclusione di ogni altro criterio di calcolo, l'indennizzo economico dovuto al lavoratore illegittimamente licenziato. La sentenza, oggetto di commenti numerosi e di orientamento diverso ma con la prevalenza di opinioni favorevoli, concerne, tra le altre, una questione attualmente oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina civilistica non soltanto italiana.

Tra le ragioni della dichiarata incostituzionalità della disposizione impugnata sta – secondo la Corte – il contrasto con il principio d'eguaglianza, inteso come divieto di parificazione di situazioni diverse, ossia come esigenza di «una calibrata modulazione del risarcimento dovuto [al lavoratore] entro una soglia minima e massima», e più precisamente «di personalizzazione del danno subito» in relazione alle peculiarità e alle vicende del licenziamento (par. 11 della motivazione).

La sentenza aggrava così la posizione del datore di lavoro, considerando implicitamente che qualificare un rapporto di lavoro come a tempo indeterminato, come fa il legislatore del 2015, ossia manifestare l'intenzione di tutelarne la stabilità, ma d'altra parte comprimere troppo il costo del licen-

(*) Già presidente titolare della Sezione lavoro della Corte di Cassazione

ziamento illegittimo equivale a una contraddizione (1), in contrasto anche con il principio costituzionale di ragionevolezza.

Il licenziamento di cui alla disposizione censurata – nota inoltre la Corte nel par. 10 della motivazione della sentenza del 2018 –, anche se efficace a estinguere il rapporto di lavoro, costituisce pur sempre un atto illecito perché privo di giustificato motivo, e perciò comporta il risarcimento di un danno di entità dipendente da una pluralità di fattori, e non solamente dall'anzianità di servizio. Fattori sempre valorizzati dalla legislazione anteriore al 2015 e non tutti direttamente riferibili alla persona offesa, quali, tra gli altri, il numero dei dipendenti occupati nell'impresa, le dimensioni di essa, le condizioni di entrambe le parti del rapporto (art. 8 della l. n. 604/1966 e art. 18 St. lav.).

2. — *Indennizzo «di natura sanzionatoria ibridata da una funzione indennitaria»* — La non esclusiva riferibilità di questi fattori alla persona offesa dimostra come l'indennità dovutale abbia una funzione non soltanto di ristoro del pregiudizio da lei subito, ma anche di «adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare illegittimamente» (parr. 12 e 12.2 della motivazione).

Qui sta la parte della sentenza su cui mi pare opportuno richiamare maggiormente l'attenzione.

La funzione punitiva (vedi *infra*, par. 3) fu estranea all'intenzione del legislatore del 2015, così che la condanna giudiziale potrà avere ora, dopo la sentenza n. 194/2018, una «natura sanzionatoria ibridata da una funzione indennitaria», per usare le espressioni contenute nella successiva sentenza n. 139 del 2019, resa in materia di condanna della parte soccombente nel processo, ai sensi dell'art. 96, c. 3, c.p.c.

La Corte, valutando la norma impugnata nell'ambito del sistema, le attribuisce con la sua pronuncia una *ratio* più estesa di quella soggettivamente voluta dal legislatore.

Ora, se il principio d'eguaglianza richiede un trattamento diverso di fattispecie diverse e se la diversità dev'essere ravvisata in relazione alla ragion d'essere della norma, allora la norma in questione lede il principio in quanto non considera la detta finalità punitiva: in altre parole, la disposizione oggetto del giudizio è caratterizzata da «un tenore letterale an-

(1) Lo rileva Speciale 2019, 7; Mazzotta (2018, 629) osserva che, di fronte alla non eliminabilità del rischio economico – caratteristica naturale dell'attività d'impresa –, sembra eccessivo pretendere un costo del licenziamento, a carico dell'imprenditore, «rigidamente prevedibile e calcolabile in misura millimetrica».

gusto» (2), ossia tale da impedirle di espandersi in conformità alla sua obiettiva ragione giustificativa. In questi casi, l'eguaglianza non può essere restaurata che attraverso una pronuncia additiva: con la sentenza in esame, la Corte restituisce all'indennità in questione la funzione punitiva già sottrattale dalla disposizione dichiarata incostituzionale (3).

3. — *La sanzione civile preventiva (dissuasione)* — Nessun dubbio che una condanna con finalità dissuasiva debba essere considerata come inflittiva di una punizione, la quale in sede di teoria generale viene giustificata non solo dallo scopo retrospettivo, ossia rivolto al passato, secondo la concezione retributiva (pena inflitta *quia peccatum est*), ma anche guardando al futuro (*ne peccetur*), secondo la concezione preventiva (4).

Già alcuni decenni or sono si notava come l'art. 18 St. lav., con la comminatoria di una sanzione non legata all'ammontare di un danno effettivamente sopportato e di ammontare calcolabile, costituisse «un'anomalia della reazione rispetto allo schema tipico del risarcimento», e come la condanna imposta al datore di lavoro autore dell'atto illecito assolvesse anche a «una funzione intimidatrice nei confronti degli altri consociati, nel senso che il timore di incorrere in una sanzione risarcitoria costituirebbe una remora a commettere nuove e più gravi violazioni» (5).

Più in generale, si pone oggi – non soltanto in Italia – la questione della *finalité de la responsabilité*, tendendosi a negare che alla funzione riparatrice possa aggiungersi quella preventiva (6), realizzabile con strumenti diversi, come – ad esempio – quello della condanna a risarcire in forma specifica o per equivalente, accompagnata da una comminatoria di sanzione per il caso di inottemperanza (7). Si nota tuttavia l'inclinazione, attuale e costante nel quantificare il danno ingiusto, a tener conto del grado della colpa, dell'eventuale debolezza economica e sociale della vittima, del carattere reiterato dell'illecito ecc. (8), e ciò anche per influsso del diritto angloameri-

(2) Cerri 1976, 44.

(3) Sul contenuto additivo della sentenza vd. Carinci 2018, 1059.

(4) Cattaneo 1982, 702.

(5) Moscati 1982, 779 e 781. Oggi, *ex multis*, Cester 2019, 168.

(6) «*La fonction préventive apparaît comme un leurre*»: Larroumet 2018, 11. Da noi, vd. Castronovo 2008, 327 ss., e Montanari 2019, 446-447. Vd. anche Sangermano (2019, 219 e 221), il quale, pur negando una generale funzione sanzinatoria del risarcimento nel nostro ordinamento, pone fra i singoli casi già ammessi la materia degli inadempimenti del datore di lavoro.

(7) Come avviene, ad esempio, nella previsione dell'art. 614-bis c.p.c. Vd. anche Frignani 1974, cap. VI.

(8) Mallet-Bricout 2018, 160.

cano, in cui la prospettiva risarcimento-punizione trova le sue origini nella storia, e non in classificazioni logico-sistematiche (9).

La detta tendenza del diritto europeo continentale viene contrastata da alcuni nostri lavoristi, per cui il danno da illegittima interruzione del rapporto di lavoro non può essere calcolato, ad esempio, con riferimento alle condizioni locali del mercato, ossia alla maggiore o minore probabilità di trovare una nuova occupazione (10), al livello e al tipo di professionalità della persona interessata, alla sua età e ai carichi di famiglia o al suo impegno nella ricerca del nuovo lavoro: questi elementi di calcolo genererebbero infatti gli «effetti macroeconomici paradossali conseguenti a un apparato sanzionatorio idoneo ad aumentare il *severance cost* [in questi discorsi la lingua itanglese è di rigore] ovvero il costo di separazione del dipendente dall'impresa, conseguente alla maggiore vischiosità del tessuto produttivo» (11). Come si dirà tra breve, questa posizione negativa è condivisa da coloro che temono la plurifunzionalità della responsabilità civile quale strumento di paternalismo giudiziario (12).

Altri lavoristi insistono, di contro, sulla necessità di una sanzione contro l'atto illecito che sia legata anche alla funzione intimidatrice: la prospettiva delle teorie di «diritto ed economia» (*law and economics*), fatta propria dagli Autori sopra citati, sarebbe anzi «dirompente sul piano dei princìpi» (13).

La valorizzazione della sanzione s'inserisce – secondo una dottrina francese – nel moto di avvicinamento delle responsabilità penale e civile: la prima non si restringe più alla difesa dell'interesse generale, mentre la seconda aspira anche alla protezione di interessi superindividuali, ossia all'applicazione di misure giudiziali volte alla cessazione o non reiterazione dell'illecito, attraverso l'esemplarità, ossia la prevenzione generale, rivolta non soltanto al responsabile, ma anche all'insieme dei suoi concittadini (14) o, nel diritto del lavoro, agli appartenenti alla categoria dei datori.

(9) Frignani 1974, 185 e 188-189; De Menech 2019, cap. I, con riferimento al diritto inglese e statunitense. Di «fuga dalla logica» parla Castronovo (2008, 327).

(10) Bianciardi (1963, 77), usa l'ironia amara parlando della situazione del licenziato nel mercato del lavoro.

(11) Ichino 2018, 1054.

(12) Benatti 2019, 7.

(13) Carinci 2018, 1059; Speciale 2019, 17-19; Grondona 2019, 64; Cester 2019, 164. Vd. anche Giubboni (2019, 93), il quale addebita al legislatore del 2015 di aver ridotto il giudice a «una singolare miscela di legolatria neoilluministica e di pedagogia *law and economics* a prezzi di ribasso, a un contabile, più che alla *bouche de la loi* di montesquieuana memoria».

(14) Dubois 2016, 19, 25, 44, 45, 52; Perriello 2018, 437; Salvi 2018, 2510.

La più recente civilistica concorda nel ritenere che la responsabilità civile debba concorrere con quella penale al fine di rafforzare la difesa contro l'illecito «sia in una prospettiva di potenziamento della sanzione, sia in quella di un maggior effetto deterrente». La tesi trova appoggio anche in quella giurisprudenza comunitaria che predica l'effettività delle condanne nella materia lavoristica, e in particolare nella disciplina dei contratti collettivi, nella quale alle violazioni procedurali deve conseguire un «risarcimento adeguato» e insieme «un mezzo di pressione» sull'imprenditore (15).

Dovremmo perciò «rassegnarci all'idea che la valutazione della gravità del fatto illecito costituisca il modo per determinare la componente sanzionatorio-afflittiva del danno non patrimoniale, nel senso che quest'ultimo può essere liquidato in ragione della gravità del fatto illecito, misurata non tanto come indice dei suoi effetti lesivi quanto come segno del suo disvalore socio-giuridico» (16).

4. — *Presenza nel nostro ordinamento del risarcimento-sanzione* — Questa dottrina assai recente rileva altresì come l'accentuazione del carattere sanzionatorio della condanna, specie quando si tratti di danno non patrimoniale, ossia di fatto non misurabile direttamente in quantità monetaria, non introduca nel nostro ordinamento norme o istituti nuovi, come per contro sarebbe necessario se si volesse attribuire ai giudici il potere di infliggere i *punitive damages*, propri del sistema americano ma estranei al nostro. «Si tratta piuttosto di registrare un fenomeno già esistente, e da tempo, nella giurisprudenza nazionale, sottraendo il danno non patrimoniale dall'orbita delle “perdite” per recuperarne l'appartenenza all'area delle “offese”» (17), e così sottoponendo l'attività dei privati, quando leda interessi costituzionalmente rilevanti, al controllo privato invece che pubblico (18).

La questione preliminare sta perciò nella necessità di stabilire se la funzione punitiva della responsabilità civile, aquiliana o – per quel che qui più interessa – contrattuale, possa ritenersi già esistente nel nostro ordinamento di diritto privato oppure se occorra un intervento del legislatore che, nel rispetto del principio di legalità tanto delle sanzioni (art. 25, c. 2, Cost., esteso oltre i limiti del diritto penale) quanto delle prestazioni patrimoniali

(15) C. Giust. 10.4.1984, C-14/83, *von Colson e Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, richiamata da Cosio 2019.

(16) Benedetti 2019, 229-230.

(17) *Ivi*, 233.

(18) Salvi 2018, 2510.

(art. 23 Cost.), vi provveda espressamente, ancorché la riserva dell'art. 25 non debba ritenersi assoluta. Riserva di legge affermata dalla Cassazione civile, con riguardo alla «multa giudiziale», già prima dell'entrata in vigore della Costituzione, e ricondotta all'art. 1 c.p. estensivamente interpretato (19), e poi, in materia di azione di responsabilità promossa dal curatore del fallimento di una società di capitali contro l'amministratore e con riguardo agli artt. 25 Cost. e 7 Cedu, dalle Sezioni Unite della Cassazione (sentenza 6.5.2015, n. 9100) (20).

Con la sentenza n. 194 del 2018, la Corte costituzionale risponde alla questione, quanto al diritto del lavoro, in senso positivo, richiamando – come s'è ricordato – gli artt. 8 della l. n. 604/1966 e 18 St. lav. Con la sentenza n. 139 del 2019, essa precisa poi che la «ibridazione» di una condanna indennitaria con una punitiva toglie all'obbligazione il carattere di «sanzione in senso stretto, espressione di un potere sanzionatorio» (par. 3 della motivazione); la Corte esclude inoltre tanto il carattere assoluto della riserva di legge quanto la riconducibilità all'art. 23 Cost.

In altre pronunce, essa parla, con riferimento a un'indennità posta a carico del datore e a favore del prestatore di lavoro, di «funzione deterrente» (21) e, con riferimento alla responsabilità da soccombenza processuale, di tutela di un interesse pubblico, come quello al contenimento del contenzioso civile, che si aggiunge all'interesse privato (22).

Con riguardo al diritto civile generale, la dottrina è orientata nello stesso senso, basandosi sulla disciplina del danno non patrimoniale, e più precisamente sulla lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. offerta dalle sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione n. 26972 e n. 26973 del 2008, per cui la condanna al risarcimento del danno ora detto – possibile quando l'interesse leso riceva una protezione costituzionale – può attribuire al danneggiato una somma maggiore di quella che gli sarebbe dovuta se l'interesse leso fosse privo di analoga copertura. In tal modo – come già osservato dalla dottrina francese poco sopra citata –, la responsabilità civile si avvicina a quella penale quanto a effetto deterrente (vd. anche C. cost. n. 184/1986) (23). Vi sono poi numerose ipotesi speciali di sanzioni civili indirette già indicate dalla Cassazione nell'ordinanza 16.5.2016, n. 9978, cui ha fatto seguito Cass. 5.7.2017, n. 16601, S.U. (di

(19) Cass. 13.12.1946, riportata da Frignani (1974, 548-551).

(20) Invoca in generale gli artt. 23 e 25 Cost. Castronovo (2008, 331).

(21) C. cost. n. 303 del 2011.

(22) C. cost. n. 152 del 2016 e n. 77 del 2018.

(23) Benedetti 2019, 228-231; Lamorgese 2018, 335.

cui tra breve si dirà), nonché dalla dottrina (24). Nel diritto romano, l'illecito che colpisse interessi non patrimoniali dava talvolta luogo ad azione popolare. La sua gravità qualitativa si rifletteva dunque e anzitutto sul regime della legittimazione (25).

Nel nostro sistema, un nuovo intervento del legislatore non è dunque necessario, poiché lo stesso art. 2059 c.c. autorizza l'interprete ad assegnare al risarcimento del danno non patrimoniale un carattere afflittivo, e tanto basta per ritenere rispettata la riserva relativa di legge in materia di sanzioni civili (26).

Diversa – avverte la dottrina italiana richiamata nel paragrafo precedente – sarebbe la soluzione della questione ove si volessero inserire nell'ordinamento istituti nuovi, quali i *punitive damages* statunitensi oppure l'*amende civile*, proposta dalla dottrina francese e il cui ricavato sarebbe destinato non alla persona danneggiata, ma a un apposito fondo statale (27).

Questa distinzione, tra azione a tutela di un interesse superindividuale con condanna a favore dell'attore e azione con condanna a favore di una cassa pubblica, è presente già nel diritto antico (28).

Ancora diversa è la questione della compatibilità fra l'ordinamento italiano e il testé detto istituto straniero dei danni punitivi, e quindi della possibilità di dare esecuzione in Italia alla sentenza straniera (statunitense) che condanna al pagamento di quei «danni».

Qui non si tratta di chiedere al giudice italiano, adito per la delibazione, di constatare l'estraneità della disciplina posta alla base della sentenza da delibare rispetto al nostro ordinamento, ma di verificare se gli effetti della sua applicazione superino il vaglio della liceità alla luce dei principi di ordine pubblico, ossia se l'istituto straniero contrasti in modo inaccettabile con il nostro sistema, in quanto lesivo di un principio fondamentale, o addirittura con un complesso di principi cardine caratterizzanti la stessa struttura etico-sociale della comunità nazionale (29). La questione è stata risolta dalla già citata Cass. n. 16601/2017, S.U., in senso positivo, proprio in ba-

(24) Franzoni 2018, 289-291.

(25) Casavola (1991, 20, 50 e 162), il quale cita anche il passo di *DDPCComm.* (47.12.3) in cui si afferma che la misura della pena deve tenere conto non solo del danno arrecato, ma anche del lucro realizzato dal reo e della sua *temeritas*.

(26) Benedetti 2019, 237; Sesta 2018, 309; De Menech 2019, 253. Perriello (2018, 451) indica l'art. 2043 c.c.

(27) Benedetti 2019, 239.

(28) Casavola 1991, 2.

(29) Parole di Cass. 15.4.2015, n. 7613, in *GI*, 2016, 562, con note di Mendola, Di Majo.

se alla possibile concorrenza – nel nostro sistema – della funzione di deterrenza e di quella riparatoria, di cui s'è detto or ora.

Non senza ricordare che questa sentenza delle S.U. è stata bensì accolta in senso favorevole dalla maggior parte degli annotatori (30), ma ha anche suscitato le riserve di chi teme che un'eventuale disparità di trattamento della responsabilità civile nei diversi ordinamenti nazionali possa alla fine nuocere alle imprese italiane (31).

5. — *Riserva di legge relativa* — S'è detto come l'affermazione della presenza nell'ordinamento civilistico del risarcimento-sanzione e la negazione di un suo contrasto con la riserva non assoluta di legge nella materia punitiva non penale trovino la loro base nella tesi per cui la riserva deve ritenersi rispettata quando la norma venga costruita dal legislatore con una disposizione elastica e, insieme, dalla giurisprudenza costituzionale e comune attraverso l'interpretazione-specificazione di questa disposizione. Tesi a cui finisce per aderire per «imprescindibile necessità» anche chi ritiene che la nostra tradizione ci impedisca di punire sulla base di «una norma in bianco o di una norma talmente elastica da sconfinare in clausola generale» (32).

La pena privata, in quanto rimedio diretto a colpire «*comportements tant moralement choquants, que socialement blâmables*», presenta un aspetto «*protéiforme, tantôt judiciaire et tantôt contractuelle*» (33).

La rimessione del legislatore alla discrezionalità giudiziale è necessaria anche per evitare, con riferimento a specifici casi, che la condotta illecita procuri al suo autore un profitto che ecceda il danno prodotto dalla sanzione (34).

La questione s'inserisce nel dibattito concernente la preferibilità di una legislazione per astratte definizioni, da attuare attraverso l'automatismo dei sillogismi, oppure di un legislatore che attraverso disposizioni elastiche lasci le definizioni all'organo competente ad applicarle. Dibattito antico e la cui inesauribilità dimostra come la giusta soluzione dipenda dal tempo e dalle contingenze concrete in cui il legislatore (o la

(30) Ferrari 2018, 276; Franzoni 2018; Lamorgese 2018; Perriello 2018; Speciale 2019; Romeo 2018, 2710.

(31) Consolo 2017, 1055, ripreso da Sesta 2018, 316. Ma vd. Perriello 2018, nota 51.

(32) Franzoni 2018, 296.

(33) Dubois 2016, 199.

(34) Perriello 2018, 435; Romeo (2018, 2713 e 2715), con riferimento specifico al licenziamento illegittimo.

Corte costituzionale) si trova a operare (35). È questione di prudenza politica, insomma.

Dunque, ben può il legislatore confidare in una giurisprudenza che, nell'attività di formazione del diritto vivente, anzitutto a opera della Cassazione, possa specificare il precetto legale (36).

Il diritto privato – s'è detto in definitiva – costituisce un ordine complesso e decentrato, che mal si adatta al continuo appello al legislatore (37).

La ricorrente doglianza di eccesso di discrezionalità, concessa al giudice da un legislatore incline a interventi «disordinati e improvvisati», può essere in astratto condivisa, ma si scontra con una realtà fatta di «esigenze politiche contingenti», di mutevoli realtà quotidiane e di conseguente affollamento e avvicendamento di leggi, speciali rispetto al codice civile, che vengono segnalati da più di cent'anni (38).

Anche nel diritto penale, dove la riserva di legge è assoluta, si ritiene irrinunciabile la discrezionalità giudiziale per lo meno nella determinazione della pena, stante l'impossibilità per il legislatore di fissare in forma astratta i differenti significati di valore o di disvalore del fatto, tali da condizionare un certo trattamento giuridico-penale: la determinazione della fattispecie non va confusa con la sua formulazione in chiave rigorosamente descrittiva (39). Si aggiunge che la discrezionalità, ossia «l'adeguamento alle peculiari caratteristiche del caso concreto nella determinazione quantitativa della sanzione, è necessaria al rispetto del principio d'eguaglianza, inteso come proporzionalità». Può perciò parlarsi, caso mai, di incostituzionalità della previsione di una pena fissa onde «l'esigenza di una pena elastica ha carattere generale e assoluto» (40).

Tutto ciò considerato, non paiono persuasive le critiche (41) di influenza dei criteri indicati dalla Corte con riferimento all'art. 8 della l. n. 604/1966 circa l'entità del danno sopportato dal lavoratore licenziato, considerato che quei criteri riducono l'indeterminazione della norma – puni-

(35) Si pensi soltanto ai dubbi circa l'opportunità di definizioni nel diritto internazionale convenzionale, sui quali vd. Kelsen 1957, 3. Vedi anche Kelsen 1921 e *Id.* 1929.

(36) C. cost. n. 139 del 2019, cit.; Lamorgese 2018, 435; Perriello 2018, 445 e 449. L'appello a un nuovo intervento del legislatore è in Albi (2019, 178).

(37) Monateri 2017, 2564.

(38) La doglianza è di Ichino (2018, 1050); più recentemente, vd. Sangermano 2019, 214. Si può anche risalire a Vassalli 1960, 341.

(39) Bricola 1965, 42, 99 e 167.

(40) *Ivi*, 354-358.

(41) Ichino 2018, 1052 ss.

tiva oltreché riparatoria – dettata dall'art. 3, c. 1, d.lgs. n. 23/2015, e risultante dalla sentenza n. 194. *Idem* quanto alla critica riguardante ancora una volta l'«eccessiva discrezionalità giudiziale» (42). Non risulta, del resto, che alcuno abbia criticato il dispositivo della pronuncia costituzionale con riferimento al principio di tipicità delle fattispecie sanzionatorie civili, riconducibile all'art. 25 o, se si vuole, all'art. 23 Cost.

6. — *Irretroattività della pena* — Sembra però che la sentenza n. 194/2018 ponga una questione di diritto intertemporale. L'originaria previsione contenuta nella norma impugnata, attribuendo all'indennizzo commisurato solamente all'anzianità di servizio una funzione esclusivamente riparatoria, innovò rispetto alla legislazione precedente, e in particolare rispetto all'art. 18 St. lav., anche nel testo più volte modificato e in cui era ravvisabile anche una funzione dissuasiva, oltreché riparatoria, dell'indennizzo. La sentenza, attribuendo di nuovo all'indennizzo la funzione sanzionatoria e così tornando all'antico, innova a sua volta.

Si pone perciò la questione se per i licenziamenti illegittimi, intimati dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015 ma prima della data di pubblicazione della sentenza, questa possa essere applicata. La risposta pare debba essere negativa, giacché il principio di irretroattività delle punizioni vale oltre il diritto penale, e l'affidamento riposto dal datore di lavoro sulla norma del d.lgs. n. 23 prevale sull'interesse del lavoratore licenziato al maggiore indennizzo. Ciò secondo il criterio che sta a base del *prospective overruling* (43), per cui un'innovazione non legislativa ma giurisprudenziale esplica effetti sfavorevoli nei confronti del singolo soltanto per il futuro.

Rimane l'obiezione secondo cui l'impossibilità di dare efficacia alla sentenza d'accoglimento (art. 136 Cost.) nel giudizio di provenienza, a causa dell'irretroattività del diritto punitivo eventualmente risultante da una pronuncia caducatoria, avrebbe dovuto indurre la Corte a una pronuncia d'inammissibilità per irrilevanza. Ma quest'obiezione è superabile in base alla sentenza n. 148 del 1984, resa in materia di impugnazioni aventi a oggetto norme penali di favore. In questa sentenza, la Corte superò il proprio orientamento, negativo dell'ammissibilità di questioni incidentali aventi a oggetto norme penali di favore, essenzialmente considerando assurdo («assai grave») che quelle questioni sfuggissero in ogni caso al sindacato di costituzionalità. Né è qui necessario soffermarsi sull'ampia motivazione della sentenza.

(42) *Ivi*, 1058.

(43) De Franchis 1984; Cass. 11.7.2011, n. 15144, S.U.

7. — *Risarcibilità del danno non patrimoniale* — Da quanto s'è detto nel par. 5, risulta chiaro che la tesi non recepita dalla Corte costituzionale è quella che ritiene necessaria una maggiore precisione del legislatore nella descrizione della fattispecie e nella determinazione degli effetti, vale a dire una riduzione della discrezionalità giudiziale: il tutto a fini di certezza del diritto (44).

L'indennizzo dovuto dall'autore del licenziamento dovrà dunque riguardare non soltanto la perdita economica inflitta al licenziato, ma anche il danno non patrimoniale, sulla base della considerazione del rapporto di lavoro non solo quale scambio di prestazioni patrimoniali, bensì di posizione fortemente coinvolgente la persona umana, con la conseguente qualificazione del diritto al lavoro come «diritto fondamentale, cui il legislatore deve guardare per apprestare specifiche tutele» (par. 9.1 della motivazione della sentenza n. 194) (45).

8. — *Esigenza dell'uniformità di trattamento* — Certo, esiste il rischio dell'arbitrio giudiziale, specialmente con riguardo all'eventuale sanzione dissuasiva sproporzionata: reprimere l'illecito attraverso la condanna riparatoria «è relativamente semplice, ma il comandamento “non devi” è difficilmente efficace senza il pericolo di restringere oltre il lecito la libertà degli individui» (46).

Questo rischio sarà superato attraverso la congrua motivazione della sentenza (47), che farà riferimento, oltretutto all'anzianità di servizio, al livello e al tipo di professionalità acquisita dal lavoratore, all'età, ai carichi di famiglia, al mercato del lavoro nella zona in cui egli ha operato (48).

(44) La tesi è sostenuta ora da N. Irti in contributi apparsi in riviste civiliste e in Irti 2015. Essa è contrastata tra gli altri da N. Lipari e da G. Zaccaria. L'ampio dibattito è richiamato, con specifico riferimento all'argomento qui in esame, da Novella 2019, 285-295. «Si tratta di un timore riconducibile, ancora una volta, all'affascinante (e sempre attuale) tema dell'espansione del potere decisorio del giudice, e quindi del controllo argomentativo di quest'ultimo» (Grondona 2019, 65).

(45) «... *la pensée juridique italienne demeure en Europe celle qui a perçu avec peut-être le plus d'acuité et de finesse la complexité de la notion juridique de relation de travail, en la situant au confluent du droit des biens et du droit des personnes*» (Supiot 2015, 20).

(46) Iliffe 1974. Di «senso di smarrimento» parla De Luca (2019, 473).

(47) Bricola 1965, 8; Carinci 2018, 1064; Benedetti 2019, 241

(48) Sulla necessità, nel giudizio discrezionale, di un'argomentazione giustificativa specifica vd. Cass. 30.7.2008, n. 20598, S.U., richiamata da C. cost. n. 77 del 2018.

Potrebbe rilevare anche il comportamento processuale delle parti (49). Né sembra possibile un ordine gerarchico di questi criteri (50).

Quanto al danno patrimoniale, la necessità di tener conto della perdita effettivamente subita porterà alla detrazione dell'*aliunde perceptum* (51).

La Corte costituzionale ha, per contro, scelto di tenere ferme le soglie, minima e massima, stabilite dal legislatore prima del 2015 e poi nel 2018, e la scelta è stata nettamente censurata da una parte degli annotatori soprattutto per omissione di motivazione (52).

Effettivamente, alla base di quest'ultima opzione sembrano stare non ragioni logiche, ma la scelta di non sconvolgere tutto l'impianto di base del legislatore, inteso alla moderazione della condanna e a una limitazione della discrezionalità giudiziale. Prudenza politica, ancora una volta (53).

Entro quelle soglie, la somma sarà liquidata tenendo conto della documentazione del danno patrimoniale fornita dalle parti (54).

Quanto al danno non patrimoniale, esso pare ora risarcibile, poiché nella sentenza n. 194 la Corte non solo non pone limitazioni in proposito, ma parla di «forte coinvolgimento della persona umana» nel rapporto di lavoro, «a differenza di quanto accade in altri rapporti di durata» (par. 9.1), e di «adeguato temperamento di interessi in conflitto» (par. 12.1) (interessi dunque non solo patrimoniali) così come di «comportamento e condizioni delle parti», delle quali il giudice dovrà tenere conto nella liquidazione (par. 11), dando così rilievo a valori anche extraeconomici. Trattandosi poi di situazioni soggettive protette a livello costituzionale, la risarcibilità sembra dover essere ammessa anche alla stregua delle suddette sentenze emesse dalle S.U. della Cassazione nel 2008 (55).

Quanto all'ammontare di questo genere di danno, esso sarà proporzio-

(49) De Luca 2019, 468.

(50) Speciale 2019, 19; Carinci 2018, antepone l'anzianità di servizio.

(51) *Contra*, Cester 2019, 172.

(52) Carinci 2018, 1067; Magnifico 2019, 276.

(53) Sull'uso della prudenza politica da parte della Corte, ossia sulla progressiva (ancorché il movimento non sia uniforme) vanificazione dell'art. 28 della l. n. 87 del 1953, valgono sempre le diffuse considerazioni di Luciani 1984, 148, 165-201 e 257-259, che parla di influenza del numero di cause da definire (il cd. arretrato) sul tipo di decisioni processuali (di inammissibilità o di merito). Più in generale, Luciani parla di fattori politici, economici, sociali e istituzionali, con le relative situazioni più o meno provvisorie di emergenza. Oggi vedi Cassese 2015, 17 e 85.

(54) Romeo 2018, 2716.

(55) Sul fondamentale criterio di proporzionalità: D'Alessandro 2017, 2641; *Cour de Cassation* francese 1.12.2010, n. 09/13303, S. I, in *Bulletin des arrêts. Chambre civile de la Cour*, 2010, I, n. 248.

nale anche all'eventuale carattere offensivo, non necessariamente ingiurioso, del comportamento tenuto dal datore di lavoro.

Qui non sarà necessaria la prova di una perdita sopportata, ma basterà l'allegazione dell'antigiuridicità della condotta (56): allegazione non generica, ma debitamente circostanziata, ossia tale da permettere al giudice l'esercizio della prudenza.

La condizione delle parti, e in particolare stato di famiglia e condizioni patrimoniali generali del lavoratore licenziato, non può concernere soltanto «aspetti assistenziali che non dovrebbero trovare accesso in una logica fondata sull'effettività del risarcimento» (57); quella logica in realtà risolve il problema in questione anche in termini morali, e più in generale in termini di «ricadute sull'esistenza della persona offesa» (58).

Ai giudici spetta di curare che situazioni simili siano trattate egualmente.

L'«incertezza essenziale circa l'entità della pena», paventata da una parte della dottrina (59), può essere combattuta non solo attraverso la motivazione esauriente, ma anche e soprattutto con la considerazione dei precedenti, costituiti non solo dalle sentenze di merito, ma anche di quelle di legittimità, tra l'altro secondo l'indicazione fornita da C. cost. n. 139 del 2019, cit., per cui il criterio equitativo non sottrae la decisione al sindacato di legittimità, anzitutto in base al criterio della proporzionalità (60).

Affrontare la questione della sottoponibilità del giudizio equitativo al controllo della Cassazione (legittimità ed equità sembrano termini antitetici) richiederebbe una separata trattazione. Qui basta ricordare che il giudizio di quantificazione del danno di ammontare non provabile viene reso secondo equità (art. 1226 c.c.) integrativa ossia limitata dalle norme costituzionali o eurounitarie, ovvero da principi regolatori della materia (qui lavoristica), dovendo così generalizzarsi la prescrizione contenuta nell'art. 339, c. 3, c.p.c. quanto al giudice di pace. È la stessa Corte a osservare come i criteri di valutazione debbano essere desunti in chiave sistematica dall'evoluzione della disciplina relativa ai licenziamenti (61). Il giudizio in discorso è quindi in parte di diritto e perciò assoggettato al controllo di legittimità, al pari del giudizio discrezionale.

(56) Perriello 2018, 443.

(57) Romeo 2018, 2716; Di Gregorio 2018, 128.

(58) Poletti 2009, 413.

(59) Sesta 2018, 309.

(60) Di Gregorio 2018, 201; Donzelli 2019, 409.

(61) Mazzotta 2018, 630.

Da tempo si reclama l'uniformità della giurisprudenza soprattutto quando i giudici esercitano poteri discrezionali, «come se essi fossero tenuti a osservare la *rule of stare decisis*» (62). Nella materia dell'art. 1226 c.c., cit., la Cassazione esercita talvolta il potere di censura nel tentativo di dare uniformità alle decisioni rese dai giudici di merito (63).

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

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

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

L'art. 3, c. 1, del d.lgs. 4.3.2015, n. 23, sia nel testo originario, sia nel testo modificato dall'art. 3, c. 1, del d.l. n. 87/2018 (conv. nella l. n. 96/2018), limitatamente alle parole «di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio», è costituzionalmente illegittimo per violazione dell'art. 3 Cost. in quanto la misura fissa del risarcimento correlata all'anzianità di servizio omologa ingiustificatamente situazioni diverse non consentendo la personalizzazione del danno subito dal lavoratore, impedisce che il risarcimento svolga la funzione di adeguato ristoro del concreto pregiudizio subito e di dissuasione del datore di lavoro dal licenziare senza valida giustificazione e, per tale ragione, non garantisce l'interesse alla stabilità dell'occupazione in violazione degli artt. 4, c. 1, e 35, c. 1, Cost. e alla luce del particolare valore che la Costituzione attribuisce al lavoro per realizzare un pieno sviluppo della personalità umana. (1)

(62) Frignani 1974, 528. Vedi, fra gli Autori più recenti, Di Gregorio 2018, 37-44.

(63) Cass. 7.6.2011, n. 12408, e Cass. 24.2.2014, n. 4447; Proia 2018, 197; Albi 2019, 175.

Nel rispetto dei limiti minimo e massimo previsti dall'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23/2015, il giudice, nel definire l'ammontare dell'indennità risarcitoria calcolata in base all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr, terrà conto innanzitutto dell'anzianità di servizio – criterio che è prescritto dall'art. 1, c. 7, lett. c, della l. n. 184/2014 e che ispira il disegno riformatore del d.lgs. n. 23/2015 –, nonché di altri criteri desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati; dimensioni dell'attività economica; comportamento e condizioni delle parti). (2)

Riferimenti bibliografici

- Albi P. (2019), *Giudici, legislatori e piccole imprese dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018*, in *RIDL*, II, 175 ss.
- Benatti P. (2019), *I danni punitivi: origini e funzioni*, in *Aa.Vv., I danni punitivi*, Tavola rotonda, Cagliari 9.5.2018, a cura di Cicero C., Napoli, 7 ss.
- Benedetti A.M. (2019), *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *RDC*, 222 ss.
- Bianciardi L. (1963), *La vita agraria*, Milano.
- Bricola F. (1965), *La discrezionalità nel diritto penale. I. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano.
- Carinci M.T. (2018), *La Corte costituzionale ridisegna le tutele del licenziamento ingiustificato nel Jobs Act: una pronuncia destinata ad avere un impatto di sistema*, in *RIDL*, II, 1059 ss.
- Casavola F.P. (1991), *Studi sulle azioni popolari romane. Le «actiones populares»*, Fondazione «Nuove Proposte», Martina Franca (ed. originale, 1958, Jovene, Napoli).
- Cassese S. (2015), *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna.
- Castronovo C. (2008), *Danno non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, cd. perdita di chance, danni punitivi, danno cd. esistenziale*, in *Europa e diritto privato*, 327 ss.
- Cattaneo M.A. (1982), voce *Pena (filosofia del diritto)*, in *ED*, XXXII, Milano, 702 ss.
- Cerri A. (1976), *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano.
- Cester C. (2019), *Il Jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale*, in *LG*, n. 2, 168 ss.
- Consolo C. (2017), *Riconoscimento di sentenze, specie Usa e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità (che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto con il, di norma presente, “due process of law”)*, in *Corriere giuridico*, 1055 ss.
- Cosio R. (2019), *Il controllo sindacale sui licenziamenti collettivi. Il problema della sanzione dissuasiva*, relazione tenuta a Caltanissetta il 13.5.2019 nel convegno organizzato dalla Struttura decentrata della Scuola superiore della magistratura su «Carte e Corti».

- D'Alessandro E. (2010), *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piove*, in *FI*, I, 2641 ss.
- de Franchis F. (1984), voce *Overruling*, in *Dizionario giuridico inglese-italiano*, Milano.
- De Luca G. (2019), *Alla ricerca della discrezionalità perduta: quando il legislatore non può sostituirsi al giudice*, in *NGCC*, I, 468 ss.
- De Menech C. (2019), *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, Padova.
- Di Gregorio V. (2018), *La calcolabilità del danno non patrimoniale*, Torino.
- Donzelli R. (2019), *Sanzioni civili pecuniarie punitive e giusto processo*, in *GC*, 409 ss.
- Dubois C. (2016), *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, Parigi.
- Ferrari F. (2018), *Il riconoscimento delle sentenze straniere sui danni punitivi. Brevi cenni comparatistici all'indomani della pronunzia italiana del 5.7.2017*, in *RDC*, 276 ss.
- Franzoni M. (2018), *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *RDC*, 289 ss.
- Frignani A. (1974), *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Giuffrè, Milano.
- Geraci C. (a cura di) (1982), *Il primato del Parlamento*, con introduzione di Petta P., Milano.
- Giubboni S. (2019), *Il licenziamento nel contratto di lavoro a tutele crescenti dopo la sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale*, in *FI*, I, 93 ss.
- Grondona M. (2019), *Sull'apparente novità dei risarcimenti e sul ritorno della funzione sanzionatoria della responsabilità civile*, in *Aa.Vv., I danni punitivi*, Tavola rotonda, Cagliari 9.5.2018, a cura di Cicero C., Napoli, 64 ss.
- Ichino P. (2018), *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della Consulta*, in *RIDL*, II, 1050 ss.
- Iliffe A. (1974), *Presentazione del libro di Frignani A., L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Giuffrè, Milano.
- Irti N. (2015), *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2015.
- Kelsen H. (1921), *Demokratisierung in der Verwaltung*, trad. it., *La democrazia nell'amministrazione*, in Geraci (a cura di) 1982, 61 ss.
- Kelsen H. (1929), *Justiz und Verwaltung*, trad. it., *Giurisdizione e amministrazione*, in Geraci (a cura di) 1982, 121 ss.
- Kelsen H. (1957), *È possibile e desiderabile definire l'aggressione?*, in *Studi in onore di Tomaso Perassi*, II, Padova.
- Lamorgese A. (2018), *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *RDC*, 317 ss.
- Larroumet C. (2018), *La responsabilité civile: questions actuelles*, in *Aa.Vv., La responsabilité civile: questions actuelles*, Parigi, 11 ss.
- Luciani M. (1984), *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova.
- Magnifico S. (2019), *Prime soluzioni giurisprudenziali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018*, in *RGL*, II, 276 ss.

- Mallet-Bricout B. (2018), *La fonction de sanction de la responsabilité civile*, in Aa.Vv., *La responsabilité civile: questions actuelles*, Parigi, 160 ss.
- Mazzotta O. (2018), *Cosa ci insegna la Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *Labor*, 629 ss.
- Monateri P.G. (2017), *I danni punitivi al vaglio delle Sezioni Unite*, in *FI*, I, 2564 ss.
- Montanari A. (2019), *Del «risarcimento punitivo» ovvero dell'ossimoro*, in *Europa e diritto privato*, 377 ss.
- Moscato E. (1982), voce *Pena (diritto privato)*, in *ED*, XXXII, Milano, 770 ss.
- Novella M. (2019), *Il ritorno della discrezionalità giudiziale dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, in *LD*, 285 ss.
- Perriello L.E. (2018), *Polifunzionalità della responsabilità civile e atipicità dei danni punitivi*, in *Contratto e impresa/Europa*, 437 ss.
- Poletti D. (2009), *Il danno risarcibile*, in Aa.Vv., *Diritto civile*, diretto da Lipari N., Rescigno P., IV, III, Milano, 413 ss.
- Proia G. (2018), *Le tutele contro i licenziamenti dopo la pronuncia della Corte costituzionale*, in *MGL*, 197 ss.
- Romeo C. (2018), *La Consulta e la rivoluzione sulla misura dell'indennità per il licenziamento illegittimo*, in *GI*, 2710 ss.
- Salvi C. (2018), *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, in *FI*, I, 2510 ss.
- Sangermano F. (2019), *Riflessioni sull'obbligazione risarcitoria con funzione sanzionatoria tra crisi della fattispecie e concezione polifunzionale della responsabilità civile*, in *RDCComm.*, II, 214 ss.
- Sesta M. (2018), *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in *RDC*, 309 ss.
- Speziale V. (2019), *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *RGL*, II, 1 ss.
- Supiot A. (2015), *Critique du droit de travail*, Puf Quadrige, Parigi, III ed.
- Vassalli F. (1960), *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 341 ss.

IL CASO 2

Antonino Sgroi (*)

LA CORTE COSTITUZIONALE E IL PAGAMENTO DEL TRATTAMENTO DI FINE SERVIZIO

SOMMARIO: 1. La fattispecie. — 2. Le disposizioni legislative. — 3. La soluzione accolta dalla Corte costituzionale. — 4. Considerazioni conclusive e prospettive.

1. — *La fattispecie* — La Corte costituzionale, con la sentenza in commento, salva le disposizioni che il legislatore tempo per tempo ha introdotto per il pagamento dapprima differito e poi rateizzato dei trattamenti di fine servizio (di seguito, Tfs) dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni così come individuate nell'art. 1, c. 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001 (1).

Il caso di specie sul quale si è innestato il giudizio incidentale di costituzionalità atteneva a una ex dipendente del ministero della Giustizia, che fruiva di pensione di anzianità dal 1° settembre 2016 e lamentava sia il pagamento dilazionato e rateizzato dell'indennità di buona uscita, sia il mancato riconoscimento degli interessi legali dal dovuto al saldo (2).

La Corte dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Roma con ordinanza del 12.4.2018, n. 136 (3),

(*) Avvocato. Avvocatura centrale Inps.

(1) Si ricordi che, il c. 2 dell'art. 2 del d.P.c.m. del 20.12.1999, n. 495700, nel testo modificato dall'art. unico del d.P.c.m. del 2.3.2001, n. 14481, prevede che ai dipendenti pubblici assunti a partire dal 31.12.2000 si applica il regime del trattamento di fine rapporto tipico del rapporto di lavoro privato (di seguito, Tfr). Lo stesso istituto si applica anche nei confronti di quei lavoratori pubblici che, anche se assunti prima di tale data, hanno optato per la trasformazione del precedente Tfs in Tfr regolato dall'art. 2120 c.c. (si vd., per l'affermazione di tale principio, da ultimo, T. Roma 4.5.2017, n. 4058, e, in generale sull'applicazione del Tfr per i lavoratori pubblici assunti dopo il 1° gennaio 1996, C. App. Catania 28.3.2019, entrambe in *DeJure*).

(2) Si ricordi, con riguardo al diritto agli oneri accessori, che si applica la regola fissata dall'art. 16, c. 6, della l. 30.12.1991, n. 412, anche agli emolumenti di natura retributiva, pensionistica e assistenziale spettanti ai dipendenti pubblici, in forza del dettato dell'art. 22, c. 36, della l. 23.12.1994, n. 724.

(3) La si vd. in *GU*, 2018, prima serie speciale, n. 40, 33-36.

con riferimento al caso di specie, ovvero sia alla fruizione di pensione di anzianità da parte della ricorrente. Mentre nella parte conclusiva la stessa Corte, da un verso, precisa che la medesima soluzione non può estendersi alla diversa fattispecie di pensionato di vecchiaia e, da altro verso, segnala al Parlamento «l'urgenza di ridefinire una disciplina non priva di aspetti problematici, nell'ambito di una organica revisione dell'intera materia».

Il ragionamento utilizzato dalla Corte costituzionale, una volta individuate le disposizioni legislative delle quali il giudice *a quo* predicava la possibile illegittimità costituzionale, si impernia su tre assi portanti.

Il primo riguarda la non completa assimilabilità del rapporto di lavoro pubblico con il rapporto di lavoro privato e quindi la non predicabile integrale equiparazione del Tfs con il Tfr.

Il secondo riguarda il carattere di retribuzione differita che accomuna il Tfs e il Tfr e la funzione svolta da entrambi gli istituti.

Il terzo riguarda la puntuale individuazione del caso di specie – pensionata di anzianità – al quale applicare la disciplina legislativa sottoposta al vaglio di costituzionalità.

2. — *Le disposizioni legislative* — Per comodità espositiva e nei limiti dell'odierna esposizione, si seguirà il modello argomentativo utilizzato dalla Corte costituzionale, e pertanto si prenderanno le mosse dal dato legislativo.

Nel lontano 1997, il legislatore introdusse la novità del pagamento, decorsi ventiquattro o dodici mesi dalla cessazione del rapporto di lavoro, del Tfs, comunque denominato (4). Termine al quale si aggiunge il termine dilatorio, di ulteriori tre mesi, riconosciuto all'ente per il pagamento del Tfs; solo una volta decorso questo trimestre sono riconosciuti gli interessi sulle somme liquidate in ritardo all'ex lavoratore (art. 3, c. 2, d.l. 28.3.1997, n. 79, convertito con modificazioni dalla l. 28.5.1997, n. 140).

L'eventuale rateizzazione delle somme dovute a titolo di Tfs, ferma restando la traslazione temporale del 1997, è stata introdotta nel 2010 (art.

(4) Il termine di ventiquattro mesi decorrente dalla cessazione del rapporto di lavoro ha valenza generale; mentre il termine di dodici mesi, sempre decorrente dalla cessazione del rapporto di lavoro, si applica nei casi espressamente previsti di cessazione dal servizio per raggiungimento dei limiti d'età o di servizio, per collocamento a riposo d'ufficio a causa del raggiungimento dell'anzianità massima di servizio. Siffatta disciplina pone pertanto, con riguardo al riconoscimento degli oneri accessori, un'ulteriore regola da connettere con la disciplina a valenza generale, ancorché anch'essa derogatoria della regola, questa sì generale, fissata dall'art. 429, u.c., c.p.c., introdotta con l'art. 22, c. 36, della l. n. 724/1994 (si vd. *retro*, nota 2).

12, d.l. 31.5.2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 30.7.2010, n. 122). Il pagamento rateizzato riguarda solo indennità di buonuscita superiori a cinquantamila euro, e in tale ipotesi il pagamento sarà effettuato o in tre o in due annualità. Il legislatore si premura anche di confermare la permanenza nell'ordinamento della regola della traslazione temporale del pagamento delle somme a tale titolo dovute, conseguendone pertanto la giustapposizione dell'istituto della rateizzazione a quello della traslazione, con ulteriore aggravio della posizione del pensionato. Infatti, il legislatore specifica che il termine dilatorio di pagamento di uno o due anni del 1997 si applica a ciascuna delle rate con le quali è effettuato il pagamento tempo per tempo dell'indennità dovuta (5).

3. — *La soluzione accolta dalla Corte costituzionale* — A fronte di questo quadro legislativo, l'occasione dell'intervento della Corte costituzionale, si ripete, è costituito da una pensionata di anzianità del ministero della Giustizia che si doleva dell'applicazione, in sede di pagamento dell'indennità di buona uscita a lei spettante, sia dell'istituto della traslazione temporale, sia dell'istituto della rateizzazione, sia del mancato riconoscimento degli interessi e della rivalutazione sulle somme erogate a *tranche*, inferendosi dalla lettura della stessa decisione che l'indennità di buona uscita aveva un importo superiore a 50.000,00 Euro, in considerazione del pagamento in tre rate della predetta.

Sul caso di specie così individuato, la Corte ha *ritagliato* la sua decisione:

– con il richiamo di propria precedente giurisprudenza ove si è giustificato l'agire del legislatore teso a disincentivare i pensionamenti di anzianità e, in pari tempo, promuovere la prosecuzione dell'attività lavorativa mediante adeguati incentivi a chi rimanga in servizio e continui a mettere a frutto la professionalità conseguita;

– con l'affermazione del carattere di retribuzione differita comune a tutte le indennità di fine rapporto: carattere che le attira nella sfera dell'art. 36 della Costituzione e che si sostanzia, così testualmente, non soltanto nella

(5) Non è rilevante, come constatato dalla stessa Corte costituzionale, ai fini dell'odierna disamina, la novità legislativa costituita dall'introduzione dell'istituto dell'anticipazione del Tfs. Istituto che non si sostituisce, come espressamente affermato dallo stesso legislatore (si vd. art. 23, c. 1, d.l. n. 4/2019, convertito con modificazioni dalla l. n. 26/2019), agli istituti dei quali si discute, ma che si affianca a essi, costituendo uno strumento di tipo finanziario che consente agli ex lavoratori di avere un anticipo del Tfs spettante, nell'importo massimo di 45.000 Euro, erogato da banche o intermediari finanziari che aderiscono a un apposito accordo quadro che, allo stato, non consta essere stato sottoscritto.

congruità dell'ammontare concretamente corrisposto a tale titolo, ma anche nella tempestività dell'erogazione delle somme a tale titolo dovute, in considerazione della circostanza che tali indennità sono legate a una particolare e più vulnerabile stagione dell'esistenza umana (6);

– con l'affermazione che le indennità di fine rapporto (per il significato di tale sintagma nel pubblico impiego si vd. le note 5 e 7) sono corrisposte al momento della cessazione del servizio e allo scopo precipuo di agevolare il superamento delle difficoltà economiche che possono insorgere nel momento in cui viene meno la retribuzione, e in questo aspetto si coglie la funzione previdenziale che coesiste con la natura retributiva e rappresenta l'autentica ragion d'essere dell'erogazione delle indennità dopo la cessazione del rapporto di lavoro: funzione che potrebbe essere vanificata da una liquidazione in tempi irragionevolmente lunghi (7).

(6) Il giudice delle leggi sorregge il suo argomentare, fra l'altro, con il richiamo a un proprio precedente costituito dalla sentenza del 27.3.2003, n. 82. In questa decisione, nella parte motiva, si afferma, richiamando la sentenza della medesima Corte del 2.11.2000, n. 459, che la materia concernente le conseguenze del ritardato adempimento dei crediti di lavoro non è estranea alla garanzia costituzionale della giusta retribuzione, giacché la puntualità della corresponsione del dovuto concorre, insieme alla congruità del suo ammontare, ad assicurare al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa attraverso il soddisfacimento delle quotidiane esigenze di vita. L'affermazione che il trattamento di fine rapporto costituisca retribuzione differita la si rinviene, quale costante, nelle decisioni della Corte di Cassazione: si vd., da ultimo, Cass. 4.6.2019, n. 15157, ord., in *DeJure*, ove con riferimento all'individuazione del termine di prescrizione da applicare al Tfr si afferma che si tratta di una retribuzione differita. La dottrina ritiene che, benché il Tfr conservi ancora una rilevante funzione previdenziale in quanto il beneficio è corrisposto sia alla conclusione del rapporto di lavoro, e quindi in connessione con i bisogni che conseguono a tale evento, sia in occasione delle esigenze poste a base delle richieste di anticipazione, l'istituto può considerarsi un segmento della retribuzione già maturato dal lavoratore e accantonato quanto alla sua erogazione. Il Tfr non è più retribuzione differita, ma accantonata (si vd. Bettini 2017, in specie 1284, e ivi ulteriori riferimenti bibliografici). Con riferimento all'impiego pubblico e antecedentemente all'odierna situazione di passaggio al Tfr, erano previste varie forme di trattamenti, generalmente denominati di fine servizio o di buonuscita, anch'esse assimilate, in via generale, al Tfr per natura e finalità (si vd. Garilli 1983). La giustizia amministrativa ha affermato che l'indennità di fine servizio dei dipendenti del disciolto Inam è correlata in maniera diretta e automatica con la prestazione di un'attività lavorativa ed è assimilabile, in sostanza, all'indennità di anzianità prevista dall'art. 2120 c.c. per i dipendenti privati, e come questa ha quindi natura retributiva e costituisce credito di lavoro automaticamente rivalutabile (si vd. Cons. Stato, adunanza plenaria, 26.3.1985, n. 8, in *GI*, 1985, n. 1, III, 412; più recentemente, Tar Sicilia, Catania, 4.12.2014, n. 3152, in *DeJure*).

(7) L'affermazione, oltre che sulla natura di retribuzione differita, sulla funzione latamente previdenziale è giustificata da parte della dottrina, in forza della circostanza

Una volta delineati i percorsi motivazionali che sorreggono la decisione, la Corte conclude che i principi di ragionevolezza e di proporzionalità non sono stati travalicati dal legislatore né con la disciplina legislativa che fissa la traslazione in avanti del pagamento del Tfs, né con la disciplina legislativa che fissa il pagamento rateizzato della stessa.

Con riguardo al primo aspetto, la Corte, pur affermando che la disposizione travalica l'obiettivo contingente di conseguire immediati e cospicui risparmi, ritiene che l'istituto del pagamento differito del Tfs in favore dei dipendenti pubblici si raccorda, in una prospettiva di più ampio respiro, a una consolidata linea direttrice della legislazione, che ha il fine di scoraggiare le cessazioni del rapporto di lavoro in un momento antecedente al raggiungimento dei limiti di età o di servizio.

La Corte giustifica anche la disciplina in tema di rateizzazione del pagamento del Tfs, agganciandola alla particolare fattispecie concreta, e osserva altresì che il meccanismo introdotto prevede, inoltre, una graduale progressione delle dilazioni, via via più ampie con l'incremento dell'indennità, ed è pertanto calibrato in modo da favorire i trattamenti più modesti.

Una volta dichiarate non fondate le questioni di legittimità costituzionale della menzionata disciplina legislativa, la Corte avrebbe potuto fermarsi, e invece, con uno specifico paragrafo finale, ha tenuto a precisare espressamente che restano impregiudicate le medesime questioni di legittimità costituzionale della normativa esaminata in sentenza, con riferimento alle ipotesi di lavoratori che abbiano raggiunto i limiti di età e di servizio o di lavoratori posti a riposo d'ufficio a causa del raggiungimento dell'anzianità massima di servizio.

In tal modo, la Corte non solo delimita l'efficacia della sentenza emessa ai soli pensionati di anzianità o di vecchiaia anticipata, ma sigilla la sentenza con un monito al Parlamento, segnalando l'urgenza di ridefinire una disciplina problematica, che progressivamente dilatando i tempi di erogazione delle prestazioni ha smarrito un orizzonte temporale definito e l'iniziale connessione con il consolidamento dei conti pubblici che l'aveva giustificata. E ciò con particolare riferimento alle ipotesi di pensionamento per raggiunti limiti di età e servizio. In tal modo, la du-

che l'importo accantonato è erogato solo in determinate circostanze, quali la cessazione del rapporto o i bisogni del lavoratore che giustificano le anticipazioni (Vallebona, Pozzaglia 2017, in specie 1663). Altro Autore parla di funzione previdenziale nei confronti dello stato di bisogno che normalmente si verifica all'atto della risoluzione del rapporto di lavoro che svolgono le indennità di natura retributiva che, sia nel settore privato sia nel settore pubblico, spettano al lavoratore al momento della cessazione del rapporto di lavoro (Cinelli 2010, 313).

plice funzione retributiva e previdenziale delle indennità di fine rapporto rischia di essere compromessa, in contrasto con i principi costituzionali che, nel garantire la giusta retribuzione anche differita, tutelano la dignità della persona umana (8).

4. — *Considerazioni conclusive e prospettive* — Delineate nei limiti dell'odierno scritto le ragioni che hanno condotto la Corte costituzionale, da un verso, a ritenere rispettati i parametri costituzionali degli artt. 3 e 36 da parte della legislazione in tema di pagamento differito e rateizzato del Tfs limitatamente alle ipotesi di fruizione della pensione di anzianità e, da altro verso, a sollecitare l'intervento legislativo con riferimento all'applicazione della stessa disciplina ma nei confronti di pensionati di vecchiaia, è da chiedersi se la soluzione fatta propria dalla Corte nei termini e modalità delineati sia ragionevole e giustificata e se la stessa soluzione possa essere in futuro applicata nei confronti di un ex lavoratore pubblico che fruisce di pensione di vecchiaia.

Il vaglio pare possa prendere le mosse dall'equiparazione di tutti i trattamenti economici di fine rapporto riconosciuti ai lavoratori, sia pubblici che privati. Per poi verificare, sulla scorta dell'attuale quadro di legislazione previdenziale, quale possa essere la funzione previdenziale del predetto trattamento. Per poi ancora chiedersi se esigenze, strutturali e non contingenti,

(8) In tale passaggio argomentativo si rinviene altresì il richiamo alla sentenza della stessa Corte costituzionale del 4.4.1996, n. 106, cit. Sentenza ove, ai fini dell'odierno commento, si reitera quel che è da ritenere affermazione costante e univoca (si vd., *ante*, C. cost. 31.7.1989, n. 471, cit.), ovvero sia che i trattamenti di quiescenza nell'ambito del pubblico impiego rientrano nella categoria generale dei trattamenti di fine rapporto nel settore pubblico, riconoscendosi a tutti questi trattamenti – in stretta analogia con quelli del settore privato – l'essenziale natura di retribuzione differita, pur se legata a una concorrente funzione previdenziale. Tutte le indennità di fine rapporto, continua il suo ragionamento la Corte, costituiscono parte del compenso dovuto per il lavoro prestato, la cui corresponsione è differita – appunto in funzione previdenziale – onde agevolare il superamento delle difficoltà economiche che possono insorgere nel momento in cui viene meno la retribuzione. Ciò spiega, sempre secondo la Corte costituzionale, perché sia stata ritenuta contrastante con l'art. 36 della Costituzione ogni disposizione che privi, per qualsiasi ragione, il lavoratore o i suoi aventi causa del Tfr, facendosi applicazione del risalente principio secondo cui «la retribuzione dei lavoratori – tanto quella corrisposta nel corso del rapporto di lavoro, quanto quella differita, ai fini previdenziali, alla cessazione di tale rapporto, e corrisposta, sotto forma di trattamento di liquidazione o di quiescenza, a seconda dei casi, allo stesso lavoratore o ai suoi aventi causa – rappresenta nel vigente ordine costituzionale un'entità fatta oggetto, sul piano morale e su quello patrimoniale, di particolare attenzione» (sentenze n. 208 del 24.7.1986, cit., e n. 3 del 13.1.1966, cit.).

di politica economica possano giustificare disposizioni quali quelle odierne e infine se il tipo di trattamento pensionistico riconosciuto possa, per altri versi, giustificare le predette disposizioni, ancorché le stesse non rinvengano anche una giustificazione di carattere economico.

Si può pianamente affermare che tutti i benefici economici riconosciuti ai lavoratori subordinati, pubblici e privati, alla fine della loro attività lavorativa siano ormai da annoverare nella categoria «trattamento di fine rapporto» delineata, con norma a valenza generale, nell'art. 2120 c.c. Ovviamente, siffatta affermazione non porta con sé, quale esito necessitato, la conseguenza che siano precluse discipline di settore che, nel rispetto del quadro legislativo codicistico e dell'art. 36 Costituzione, prevedano modalità di attuazione dell'istituto diverse.

L'esistenza di una categoria unica denominata «trattamento di fine rapporto» è depotenziata, allo stato della legislazione e della giurisprudenza, dall'affermazione, che si rinviene anche nella sentenza in commento, che il lavoro pubblico e il lavoro privato non possono essere in tutto e per tutto assimilati, e le differenze, pur attenuate, permangono anche in seguito all'estensione della contrattazione collettiva a una vasta area del lavoro prestato alle dipendenze della pubblica amministrazione. Da tale assunto, connesso per lo più e ormai a esigenze economiche di finanza pubblica, ne discende pertanto che qualsivoglia regola derogatoria alla disciplina a valenza generale introdotta dal legislatore nei confronti dei lavoratori pubblici non è di per sé irragionevole o sproporzionata, o, più in generale, non è lesiva del diritto vantato dal lavoratore pubblico a vedersi riconosciuto ed erogato il beneficio economico alla fine del rapporto di lavoro.

Siffatta affermazione può esemplificativamente così concretizzarsi:

- a) certamente illegittima è una disposizione che disconosce autoritativamente il diritto al Tfr o che prevede sempre autoritativamente la sua destinazione a finanziamento della previdenza complementare;
- b) certamente illegittima è una disposizione che riduce autoritativamente l'importo del Tfr in una misura che non consenta al lavoratore il superamento delle difficoltà economiche che possono insorgere nel momento in cui viene meno la retribuzione (9);

(9) Si osservi però che, mentre tale prospettiva è preclusa al legislatore, non è preclusa al lavoratore. Egli può, durante lo svolgimento del rapporto di lavoro, rinunciare al Tfr e destinare l'accantonamento mensile al finanziamento della propria posizione previdenziale presso un fondo complementare ai sensi del decreto legislativo del 5.12.2005, n. 252, al fine di garantirsi al momento del pensionamento, oltre a una pensione erogata dal sistema di previdenza obbligatorio, anche una pensione erogata dal fondo di previdenza complementare ove si è volontariamente

c) certamente legittime sono disposizioni che traslano temporalmente e rateizzano il pagamento del Tfr (10), garantendo al datore di lavoro pubblico uscite economiche minori per ciascun anno e dilatate nel tempo, ancorché gravate degli interessi (11).

Altra questione attiene al tasso di resistenza della soluzione prospettata dalla Corte nella sentenza in commento e che trova il suo punto di forza nel tipo di pensione alla quale si applica la legislazione sottoposta al vaglio di legittimità costituzionale. La Corte, come evidenziato nelle pagine precedenti, ha ritenuto che le disposizioni legislative delle quali si paventava

iscritto. Siffatta possibilità pare a chi scrive che evidenzi come la funzione di garanzia di godimento di un determinato reddito periodico, una volta cessato il rapporto di lavoro, non la possa strutturalmente svolgere il Tfr, ma la possa e debba svolgere unicamente il trattamento pensionistico. Il Tfr, come si evince anche dalla lettura delle ipotesi delineate in seno all'art. 2120 c.c. che giustificano una sua parziale erogazione nel corso del rapporto di lavoro, non è chiamato a svolgere una funzione di tutela economica della situazione ordinaria in cui vive il lavoratore/pensionato, ma è chiamato a sopperire a esigenze economiche non ordinarie per le quali non è bastevole il reddito periodicamente percepito o a titolo di retribuzione o a titolo di pensione.

(10) La legittimità in via teorica di uno spostamento in avanti del termine di pagamento del Tfr, unito al pagamento rateale dello stesso, ovviamente deve trovare un punto di equilibrio. Punto di equilibrio che passa nell'individuazione dei tempi di pagamento. Tempi che, quanto più sono in là nel tempo e dilatati, tanto più spostano l'asse in favore della p.a. debitrice, a danno del lavoratore/pensionato creditore. Con l'ulteriore aumento delle probabilità che il lavoratore/pensionato, con il trascorrere del tempo, vada incontro a esigenze straordinarie di tipo economico; esigenze alle quali avrebbe ben potuto far fronte con le somme antecedentemente erogategli dal suo datore di lavoro debitore a titolo di Tfr. Pare pertanto che il punto mediano di assestamento di una disciplina di tal fatta possa essere quello che minimizzi, secondo regole statistiche, il rischio economico in capo al creditore lavoratore/pensionato discendente dal ritardo dell'adempimento da parte del proprio datore di lavoro; e, come detto, tale rischio, aumenta in progressione geometrica allorquando i tempi di pagamento si fanno sempre più lunghi.

(11) Con riguardo agli interessi, pare si possa ritenere applicabile anche agli spezzoni di Tfr liquidati dopo il primo la regola fissata dal legislatore con l'ultimo periodo del c. 2, dell'art. 3 del d.l. 28.3.1997, n. 79, convertito con modificazioni dalla l. 28.5.1997, n. 140. Ovviamente, predicare l'applicabilità di tale disposizione non comporta predicarne la sua legittimità costituzionale, e a tal fine basti osservare che dalla sua piana applicazione, in ipotesi di un'amministrazione virtuosa che liquidi le ulteriori rate di Tfr nel rispetto del termine di tre mesi, non sorgerà alcun diritto agli interessi in capo al pensionato/creditore. Ne consegue, pertanto, che lo stesso riceverà la quota parte della sorte capitale fissata al momento del riconoscimento del diritto, in un momento risalente nel tempo, senza il riconoscimento degli interessi collegati alla naturale fruttuosità del denaro come previsto dall'art. 1282, c. 1, c.c.

l'illegittimità costituzionale trovano la loro ragion d'essere nella politica previdenziale di disfavore nei confronti delle pensioni di anzianità (12).

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte e con riguardo al monito della Corte, che sottintende una probabile declaratoria di illegittimità delle medesime disposizioni, qualora le stesse dovessero essere applicate a un pensionato di vecchiaia, pare opportuno, al fine di prefigurare un ragionevole componimento dell'interesse del pensionato ex lavoratore pubblico di ricevere immediatamente e in un'unica soluzione il trattamento di fine rapporto dovuto dalla p.a. e dell'interesse di quest'ultima di non aggravare le situazioni del bilancio statale, bipartire fra applicazione dell'istituto della traslazione temporale e dell'istituto della rateazione del pagamento e chiedersi, per entrambi, se sia giustificabile una scelta legislativa sbilanciata a favore delle esigenze collettive.

In considerazione del fatto che i menzionati istituti sono stati introdotti dal legislatore con motivazione connessa a esigenze finanziarie caratterizzate dall'urgenza, non si può ragionevolmente ritenere che tali esigenze restino ferme per lunghi periodi, senza che, via via che ci si allontani nel tempo dal momento di promulgazione, il legislatore non rappresenti il persistere delle ragioni d'urgenza. Nel caso odierno, le rappresentate ragioni di urgenza, esplicitate nel lontano 1997 per l'introduzione del pagamento differito del Tfr, e nel 2010 per l'introduzione del pagamento rateizzato, non pare possano giustificare, a distanza rispettivamente di ventidue e di nove anni, la permanenza di disposizioni di tal fatta, che ledono la posizione dei lavoratori pubblici creditori di somme di denaro accanto-

(12) Tale affermazione, condivisibile in una visione di lungo periodo della previdenza obbligatoria e allo stato dell'odierna legislazione e di come la stessa per grandi linee disciplina l'istituto delle pensioni di anzianità e di vecchiaia anticipate, diventa però non conciliabile con le ultime scelte legislative di introduzione di ulteriori fattispecie di pensioni di anzianità (*recte*, di pensione anticipata), introdotte dagli artt. 14, 15, 16, 17, del d.l. 28.1.2019, n. 4, convertito con modificazioni dalla l. 28.3.2019, n. 26. Appare evidente ancora una volta che le scelte legislative in materia previdenziale risolvono esigenze di breve periodo, mentre l'autorità giudiziaria è poi chiamata a dare una lettura di tali scelte che garantisca la tutela dei diritti non solo dei lavoratori/pensionati di oggi, ma anche di quelli di domani. Pertanto, in tale quadro, una lettura come quella operata dalla Corte costituzionale nella sentenza in commento appare conforme alla tenuta di medio e lungo periodo del sistema previdenziale, con un sacrificio adeguato di tipo economico posto a carico di soggetti che volontariamente e fruendo di un istituto previdenziale regressivo, quale deve essere catalogato l'istituto dell'accesso al trattamento pensionistico, senza il raggiungimento del requisito anagrafico previsto per l'accesso alla pensione di vecchiaia, hanno deciso di accedere anticipatamente a tale tipo di trattamento pensionistico.

nate a loro favore dal proprio datore di lavoro nel corso dello svolgimento dell'attività lavorativa.

Una volta esclusa la legittimità della permanente lesione del diritto di credito vantato dal pensionato sulla scorta di esigenze temporanee di finanza pubblica, è allora da chiedersi, in una valutazione di ordine strutturale e di tenuta del sistema previdenziale, quali istituti di sistema possano prefigurarsi sia del pagamento differito, sia del pagamento rateizzato del Tfr dei lavoratori pubblici. In via teorica, tale possibilità è predicabile a condizione che il sacrificio imposto al creditore, per esigenze pubbliche, non sia irragionevole e sproporzionato e non giunga all'effetto di espropriare per lunghi periodi dalla disponibilità delle somme a lui dovute dalla p.a. debitrice.

Il bilanciamento fra interesse del creditore a disporre delle somme dovute immediatamente e nella loro interezza e interesse del datore di lavoro pubblico a non aggravare la propria situazione finanziaria con il pagamento immediato e in unica soluzione del proprio debito, come accade per il datore di lavoro privato, pare possa solo passare nell'individuazione di un termine massimo che non possa andare al di là dell'anno (13) e debba in ogni caso prevedere fattispecie tassative (ad esempio, pensioni anticipate per invalidità) per le quali, ai fini della tutela della posizione del pensionato creditore, la p.a. sia tenuta a pagare immediatamente e in un'unica soluzione il Tfr dovuto. All'interno di tale soluzione, che consente un differimento del pagamento, si deve, da un verso, escludere la concessione di un ulteriore termine dilatorio per il pagamento del dovuto, ben potendosi prefigurare da parte del datore di lavoro debitore l'apprestamento di tutto quanto necessario per il pagamento delle somme durante l'anno di differimento, e, da altro verso, riconoscere il diritto agli interessi nella misura fissata dall'art. 1282 c.c. sin dal momento della cessazione del rapporto di lavoro, non potendosi porre a carico del creditore pensionato anche l'onere di finanziare con gli interessi il proprio datore di lavoro, mentre nelle ordinarie transazioni economiche accade esattamente l'opposto.

(13) Come detto nelle precedenti pagine, si può ragionevolmente ritenere che solo un termine breve possa garantire la posizione creditoria, limitando il rischio/le probabilità del sorgere in capo al pensionato di un'esigenza non ordinaria per la quale avrebbe potuto intervenire con risorse economiche nella sua disponibilità e ulteriori a quelle derivanti dalla pensione.

CORTE COSTITUZIONALE, 25.6.2019, n. 159 – Pres. Lattanzi, Est. Sciarra – A.C. (avv. Mirra) c. Inps (avv. Incletolli).

Lavoro pubblico – Trattamento di fine servizio – Pagamento differito e dilazionato in favore di lavoratore pubblico che gode di pensione di anzianità – Non fondatezza della questione di legittimità costituzionale.

Non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3, c. 2, del d.l. n. 79 del 1997, come convertito nella l. n. 140 del 1997, nella parte in cui prevede che alla liquidazione dei trattamenti di fine servizio, comunque denominati, l'ente erogatore provveda «decorsi ventiquattro mesi dalla cessazione del rapporto di lavoro», e dell'art. 12, c. 7, del d.l. n. 78 del 2010, come convertito nella l. n. 122 del 2010, nella parte in cui prevede il pagamento rateale delle indennità spettanti a seguito di cessazione dall'impiego nelle ipotesi diverse dalla «cessazione dal servizio per raggiungimento dei limiti di età o di servizio previsti dagli ordinamenti di appartenenza, per collocamento a riposo d'ufficio a causa del raggiungimento dell'anzianità massima di servizio prevista dalle norme di legge o di regolamento applicabili nell'amministrazione». (1)

Riferimenti bibliografici

- Bettini M.N. (2017), *Sub art. 2120 c.c.*, in *Diritto del lavoro*, Amoroso G. et al. (a cura di), *La Costituzione, il codice civile e le leggi speciali*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1281 ss.
- Cinelli M. (2010), *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino.
- Garilli A. (1983), *Il trattamento di fine rapporto fra impiego pubblico e privato*, FrancoAngeli, Milano.
- Leone M. (2018), *La previdenza dei lavoratori pubblici*, in Curzio P. et al. (diretto da), *Lavoro*, Giuffrè, Milano, vol. IV, 513 ss.
- Vallebona A., Pozzaglia P. (2017), *Trattamento di fine rapporto*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, Torino, 1659 ss.

Rosa Casillo (*)

SULLA LEGITTIMITÀ DEL DIFFERIMENTO E RATEIZZAZIONE DEI TRATTAMENTI DI FINE SERVIZIO

SOMMARIO: 1. La liquidazione dei trattamenti di fine servizio al vaglio della Corte. — 2. La natura retributiva dell'indennità, nel lavoro pubblico e privato. — 2.1. La funzione previdenziale. — 3. Gli effetti sulle modalità di liquidazione e la legittima disparità di trattamento pubblico/privato. — 4. La ragionevolezza della perdurante misura restrittiva. — 5. I persistenti dubbi della Corte e il monito al legislatore. — 5.1. La connessione tra giusta retribuzione, anche differita, e dignità.

1. — *La liquidazione dei trattamenti di fine servizio al vaglio della Corte* — Nell'ambito di diverse «Misure urgenti per il riequilibrio della finanza pubblica», il d.l. n. 79/1997 (convertito con l. n. 140/1997) ha previsto, all'art. 3, c. 2, il differimento della liquidazione dell'indennità spettante al lavoratore pubblico alla cessazione del rapporto di lavoro, comunque denominata. Per effetto della disposizione, poi modificata dall'art. 1, c. 22, d.l. n. 138/2011 (convertito con l. n. 148/2011), oggi le indennità sia di buonuscita, sia di premio di servizio, sia di anzianità, e per i lavoratori assunti dopo il 31.12.1995 il trattamento di fine rapporto *ex art.* 2120 c.c. (1), sono corrisposte dopo 24 mesi dalla cessazione del rapporto (2). Il differimento è ridotto a 12 mesi in tre casi: per coloro che cessano dal servizio «per raggiungimento dei limiti di età previsti dagli ordinamenti di appartenenza» (la cd. età ordinamentale, che per quasi tutte le amministrazioni è 65 anni) (3), d'ufficio (e perciò con i requisiti

(*) Professoressa associata di Diritto del lavoro presso l'Università di Napoli «Federico II»

(1) Esteso ai dipendenti pubblici dalla l. n. 335/1995, art. 2, c. 5: Cinelli 2018, 668 ss.

(2) Prima del d.l. n. 79/1997, solo l'indennità di buonuscita era differita: dopo 3 mesi dalla cessazione del servizio, *ex art.* 26, c. 3, d.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1032, e successive modifiche.

(3) Il limite (art. 4, d.P.R. n. 1092/1973, e art. 12, l. n. 70/1975) non risente dell'elevazione dell'età di pensione *ex l.* n. 214/2011: circolare dipartimento della Funzione Pubblica (di seguito, Dfp) n. 2/2012; circolare Inps n. 73/2014.

di pensione) (4) o volontariamente (e perciò anche in assenza dei medesimi) (5); per coloro che cessano dal lavoro per «limiti di servizio» (6); infine, per coloro che sono collocati «a riposo d'ufficio a causa del raggiungimento dell'anzianità massima di servizio prevista dalle norme di legge o di regolamento applicabili nell'amministrazione» (7). Il differimento subisce un'ulteriore riduzione a 3 mesi (e 15 giorni, per le comunicazioni tra l'amministrazione e l'Ente erogatore) nei casi di decesso o inabilità del lavoratore per ogni causa (art. 3, c. 5, d.l. n. 79/1997).

Il tempo tra la cessazione del rapporto e la percezione dell'indennità si dilata ulteriormente con l'art. 12, c. 7, d.l. n. 78/2010 (convertito con l. n. 122/2010), il quale, «a titolo di concorso al consolidamento dei conti pubblici attraverso il contenimento della dinamica della spesa corrente», dispone la rateizzazione delle somme dovute a titolo di Tfs comunque denominato, graduandola in ragione dell'importo. Così, oggi, l'indennità di buonuscita, di premio di servizio, di anzianità, il Tfr e ogni altra indennità corrisposta anche *una tantum*, è riconosciuta: in un unico importo annuale fino a 50.000 Euro (lett. *a*); in due rate annuali se compresa tra 50.000 e 100.000 Euro (lett. *b*); in tre rate annuali se uguale o superiore a 100.000 Euro (lett. *c*) (8).

Su questo sistema si esprime, per la prima volta a quanto consta, la Corte costituzionale, con sentenza del 17.4.2019, n. 159, valutandolo in rapporto agli art. 3, 36 e 38 Cost. (9). Infatti, sebbene le disposizioni oggetto dello scrutinio siano circoscritte all'art. 3, c. 2, d.l. n. 79/1997, nella sola parte in cui prevede il termine di liquidazione in via generale (quello di 24 mesi), e all'art. 12, c. 7, d.l. n. 78/2010, nella sola lett. *b* (che prevede

(4) L'amministrazione cessa dal rapporto con il lavoratore che ha raggiunto l'età ordinamentale e anche i requisiti di pensione, anticipata od ordinaria. Se detti requisiti non sono verificati, il rapporto prosegue a quel fine, fino al massimo a 71 anni (oggi): circolari Dfp n. 2/2014 e n. 2/2015; C. cost. 27.2.2013, n. 33.

(5) Caso in cui il lavoratore ha diritto a un'indennità *una tantum* (artt. 42 e 45, d.P.R. n. 1092/1973).

(6) I limiti connaturati alla natura temporanea del rapporto: circolare Inpdap n. 30/2002.

(7) È il caso *ex art.* 72, c. 11, d.l. n. 112/2008 (conv. con l. n. 133/2008), che abilita l'amministrazione a risolvere il rapporto col lavoratore che non ha l'età ordinamentale ma ha perfezionato il requisito di pensione anticipata: circolare Dfp n. 2/2012.

(8) Vd. circolare Inps n. 73/2014.

(9) In un'altra occasione è stata sottoposta alla Corte la disciplina della sola rateizzazione del Tfs *ex art.* 12, c. 7, d.l. n. 78/2010, tuttavia con un difetto di rilevanza che ne ha determinato l'inammissibilità: C. cost. 23.1.2014, n. 7.

la rateizzazione triennale per importi di Tfs superiori a 100.000 Euro lordi) (10), la Corte si spinge oltre l'argomentazione di non fondatezza dell'illegittimità delle disposizioni impugnate, osservando la disciplina prevista per gli altri casi di cessazione del rapporto.

La conclusione a cui giunge la Corte e le manifestazioni di dubbio sul sistema nel suo insieme sono condivisibili, nei termini che ora si chiariranno.

2. — *La natura retributiva dell'indennità, nel lavoro pubblico e privato* — Preliminarmente, la Corte conferma la natura di retribuzione differita con funzione previdenziale del Tfr come del Tfs. Di essa, in effetti, oggi quasi più nessuno ha dubbi, benché nell'ambito del lavoro pubblico l'approdo sia stato più problematico che nell'ambito del lavoro alle dipendenze di datore privato.

Nel lavoro privato, come noto, l'indennità ha definitivamente assunto la configurazione di retribuzione differita con l'art. 9, l. n. 604/1966. La disposizione estese a ogni caso di risoluzione del rapporto l'indennità di anzianità prevista dall'allora vigente art. 2120 c.c., che dal 1942 dava nuova veste giuridica all'antica indennità di licenziamento (11), mantenendone, però, l'esclusione nei casi di cessazione del rapporto per licenziamento e dimissioni. Una volta esteso universalmente il diritto all'indennità, ne fu inequivoca la natura retributiva, acquisita in dottrina e presso la stessa Corte, che l'affermò per la prima volta proprio ad argomento della dichiarazione di illegittimità *a posteriori* della limitazione contenuta nell'art. 2120 c.c., mai mutando la sua tesi (12). La contrattazione collettiva e il legislatore, poi, non l'hanno smentita quando, per le vicende inflazionistiche degli anni settanta alle quali l'istituto aveva contribuito a causa del meccanismo dell'indennità di contingenza, esso fu completamente riformato, nel *nomen* e nella disciplina, con l. n. 297/1982, che riscrisse l'art. 2120 c.c. intitolandolo al Tfr, strettamente connesso alla retribuzione anche per il sistema di calcolo, come rileva la Corte sin dal 1993 (13). Né la natura retributiva è

(10) La Corte le ricostruisce, ai sensi dell'art. 27, l. n. 87/1953, partendo dall'esame del caso che ha dato luogo alla remissione del Tribunale ordinario di Roma 12.4.2018, ord., in *GU*, 2018, prima serie speciale, n. 40, 33 ss. (ai punti 3.2-3.4 dei Considerando in diritto).

(11) Con cui il r.d.l. n. 1825/1924 aveva codificato la prassi collettiva del cd. premio di fedeltà: Santoro Passarelli 2009, 3-12.

(12) C. cost. 20.6.1968, n. 75. In seguito: C. cost. 11.12.1993, n. 401; C. cost. 24.5.1999, n. 195; C. cost. 23.10.2000, n. 459; C. cost. 25.10.2006, n. 366; C. cost. 23.12.2005, n. 458. Per il dibattito dottrinale: Gambacciani 2011, 60-75.

(13) C. cost. 5.5.1993, n. 243; Gambacciani 2011, 73 ss.

venuta meno quando, con l'art. 8, d.lgs. n. 252/2005, il Tfr è stato convogliato verso le pensioni complementari (14): ciò, infatti, non ha cancellato il legame genetico dell'indennità col contratto di lavoro – il suo essere elemento della retribuzione come «obbligazione corrispettivo» (15) –, confermandone piuttosto l'ampiezza della funzione previdenziale (lo si dirà tra poco).

Nel rapporto di lavoro pubblico, invece, solo per l'indennità di anzianità (spettante ai dipendenti degli enti pubblici non economici: art. 13, l. n. 70/1975) è stato agevole il riconoscimento della natura retributiva: più simile al Tfr *ex* art. 2120 c.c., essa pure è (da sempre) a totale carico dell'Ente datore di lavoro e dallo stesso corrisposta per ogni causa di cessazione dal servizio (16). Al contrario, l'indennità di buonuscita (spettante a tutti i dipendenti statali, civili e militari: d.P.R. n. 1032/1973) e l'indennità premio di servizio (spettante ai dipendenti degli Enti locali, Regioni e Ssn: l. n. 152/1968) sono finanziate anche da contribuzione del lavoratore ed erogate non dal datore di lavoro, ma dall'Ente previdenziale (oggi Inps) (17): ciò che è stato ritenuto, in passato, anche dalla Corte, indice della natura previdenziale dei due istituti (18). Ma proprio la Corte ha contribuito a ricondurre tutte le forme di Tfs, ancorché diversamente disciplinate, a unità di natura (e funzione), considerando rilevante, per la qualificazione giuridica, non la tecnica di finanziamento né il soggetto erogatore, bensì la sola connessione dell'indennità col rapporto di lavoro (e la sua destinazione) (19). Conseguente è stata l'affermazione della comune natura retributiva del Tfs e Tfr (20), che la Corte oggi ribadisce.

La natura retributiva dell'istituto, si può ancora precisare, appare ancor più chiaramente ricostruendo gli indici che ne escludono la natura previdenziale. Ne escludono, cioè, la configurazione di istituto preordinato all'attuazione di un diritto di sicurezza sociale previdenziale, che, come tale: ha fondamento (non nel contratto interprivato di lavoro, bensì) nell'art.

(14) De Simone 2008, 605-632.

(15) Zoppoli L. 1991, 239 s.

(16) C. cost. 11.2.1988, n. 220, che muta la precedente tesi sulla natura previdenziale anche di questa indennità: C. cost. 12.6.1973, n. 82.

(17) Per il dettaglio di questi istituti: Cinelli 2018, 316 ss.

(18) C. cost. 11.2.1988, n. 220; C. cost. 25.7.1979, n. 115; C. cost. 7.5.1981, n. 110.

(19) Tra le sentenze più significative: C. cost. 21.6.1988, n. 763; C. cost. 4.7.1988, n. 821; C. cost. 2.2.1992, n. 439; C. cost. 5.5.1993, n. 243; C. cost. 26.3.1996, n. 106; C. cost. 18.7.1997, n. 243.

(20) A partire da C. cost. 5.5.1993, n. 243.

38, c. 2, Cost.; è finalizzato all'adempimento (non di un obbligo contrattuale, bensì) di un dovere pubblico di solidarietà; ha la funzione di sollevare il lavoratore da un bisogno economico conseguente a eventi impeditivi o limitativi della capacità di lavoro o di guadagno, che è responsabilità (non del datore di lavoro, bensì) dello Stato.

In questa prospettiva – di sicurezza sociale –, alla cessazione del rapporto, il diritto alla prestazione: sorge solo nell'ipotesi in cui la cessazione medesima – e la mancanza di lavoro che ne segue – è involontaria, così integrando l'evento protetto «disoccupazione involontaria» oppure «inabilità al lavoro per età»; attribuisce una tutela (i mezzi adeguati) che, ferma la discrezionalità legislativa sui modi di attuazione del diritto sociale, perdura per tutto il tempo dello stato di bisogno determinato dal non lavoro; e, nel caso della disoccupazione, si esaurisce al sopraggiungere di un nuovo impiego. Ed è facile, allora, la conclusione: non risponde alla finalità previdenziale *ex art. 38, c. 2, Cost.* il diritto che attribuisce un'indennità la quale, come il Tfr e il Tfs, è indifferente sia alla causa di cessazione del rapporto (volontarietà-involontarietà, spettando l'indennità in ogni caso) sia alla sussistenza dello stato di bisogno determinato dal non lavoro (spettando l'indennità anche nel caso di contestuale nuovo impiego o di accesso alla tutela di vecchiaia).

Né rileva la circostanza che il finanziamento dell'indennità, nella specie di buonuscita e premio di servizio, è a carico anche del lavoratore. La contribuzione di ambo le parti del rapporto non è indice della natura previdenziale di un istituto, che deriva invece dalla *ratio* (esattamente, dal suo essere strumento attuativo della funzione sociale dello Stato), rispetto al quale nulla dice, di per sé sola, la tecnica di finanziamento. Peraltro, il nostro sistema previdenziale ben conosce misure coperte da contribuzione non bilaterale ma solo datoriale: è il caso della tutela per infortunio e malattie professionali, della cui natura previdenziale, non invece retributiva, nessuno ha mai dubitato (almeno nel tempo postcostituzionale).

2.1. — *La funzione previdenziale* — Se il carattere previdenziale non si rinviene nella natura dell'indennità, pervade, però, la sua funzione, configurandosi, essa, come una provvista, alimentata nel corso del rapporto da quote retributive, la quale, fuori dalle logiche della sicurezza sociale, ha la funzione di garantire il lavoratore contro i rischi economici connessi alla fine del lavoro (21).

(21) Con effetti sulla disciplina dell'istituto anzitutto ai fini di imposizione contributiva, dalla quale il Tfr/Tfs è escluso proprio in ragione della rilevanza sociale della

Per la verità, la dottrina, anche recente, ha dubitato che ai fini della qualificazione giuridica della retribuzione, quando differita, avesse rilevanza la sua destinazione a copertura di bisogni futuri (22). La Corte, al contrario, ne ha affermato sempre più chiaramente la funzione previdenziale a partire dagli anni ottanta, e la ribadisce oggi, riconducendo il Tfr/Tfs allo «scopo di agevolare il superamento delle difficoltà economiche che possono insorgere nel momento in cui viene meno la retribuzione» (23).

In effetti, si può senz'altro dire, da una parte, che il carattere corrispettivo non esaurisce la funzione della retribuzione, ma lascia spazio alla sua destinazione in senso lato previdenziale (la retribuzione come obbligazione sociale) (24), e, dall'altra, che l'esclusione della natura previdenziale per l'indennità non contrasta con l'attribuzione a essa di una funzione previdenziale. Questa esclusione significa soltanto che l'indennità di fine lavoro non ha la finalità di soddisfare interessi previdenziali pubblici che hanno gli istituti deputati alla tutela *ex art. 38, c. 2, Cost.* Ciò che non contrasta con la finalità, sua propria, di soddisfare interessi (la soluzione di bisogni futuri) che, collocati sul piano nel contratto, hanno natura privata.

Di quest'ultima è difficile dubitare. Anzitutto, perché alla cessazione del rapporto non sono necessariamente verificati gli interessi di tutela pubblica connessi alla disoccupazione e alla vecchiaia – questi eventi, e i connessi bisogni sociali, solo eventualmente seguono alla cessazione del rapporto, che, invece, dà diritto al Tfr/Tfs in ogni caso –, e poi perché, quand'anche la cessazione del rapporto avviene per una causa integrante l'evento previdenziale, il Tfs/Tfr, al quale il lavoratore ha diritto, rimane autonomo dall'indennità previdenziale: non ne segue modalità e non si annulla in essa a testimonianza l'unicità della natura, pubblica, del bisogno.

Per queste ragioni si può escludere che il Tfr/Tfs costituisca una forma di previdenza privata integrativa della tutela pubblica di disoccupazione, e sia a essa funzionalizzata come lo è la previdenza complementare rispetto alla tutela di vecchiaia (25). Piuttosto, il solo Tfr può essere funzionalizzato esso pure alla previdenza pubblica di vecchiaia: quando, optando per la fa-

funzione che assolve: artt. 12, c. 2, n. 3, e 4, l. n. 153/1969, mod. dall'art. 6, d.lgs. n. 314/1997.

(22) Tursi 2018.

(23) C. cost. 26.3.1996, n. 106. Tra le prime sentenze più espressive della tesi: C. cost. 12.4.1989, n. 182; C. cost. 10.7.1991, n. 319; C. cost. 23.12.2005, n. 458.

(24) Vd. Zoppoli L. 1991, 239 ss.

(25) Vd. la diversa tesi di Gambacciani 2011, 75 s.

coltà prevista dall'art. 8, d.lgs. n. 252/2005, il lavoratore, anche pubblico nei limiti dell'applicazione dell'istituto (26), destina le quote maturande, in tutto o in parte, al fondo pensione a cui aderisce. Solo in questo caso l'indennità rimane vincolata allo scopo pensionistico (almeno sino a eventuale ripensamento del lavoratore) con sovrapposizione-coincidenza dei bisogni pubblici e privati di vecchiaia: l'indennità, infatti, perde la sua autonomia e si annulla nella rendita complementare, per essere percepita solo alla maturazione dei requisiti di pensione, e non più alla cessazione del rapporto di lavoro qualunque ne sia la causa.

3. — *Gli effetti sulle modalità di liquidazione e la legittima disparità di trattamento pubblico/privato* — Dalla natura di retribuzione differita con funzione previdenziale è facile, poi, per la Corte, derivare anche per il Tfr/Tfs il requisito di tempestività dell'erogazione, il quale, come essa dice, inverte i «canoni di proporzionalità e adeguatezza di cui all'art. 36 Cost.» (Considerando in diritto, punto 7.2, cpv. 1 e 4). Anche se, si può precisare, più che alla proporzionalità (alla qualità e alla quantità del lavoro prestato), il requisito appare necessario a integrare, della retribuzione anche differita, la sufficienza (rispetto alle esigenze di vita dignitosa). Vero è che la Corte non impiega il termine «sufficienza», ma «adeguatezza»: lo fa però, sembra, per una scelta puramente stilistica, e non invece per richiamarne il significato tecnico giuridico, che rimanda alla qualità non della retribuzione, bensì della prestazione previdenziale *ex art. 38, c. 2, Cost.*

È facile, altresì, sottrarre al dubbio di non arbitrarietà (di non conformità all'art. 3 Cost.) la discriminazione tra lavoratori pubblici e privati che il legislatore compie circoscrivendo la restrizione del carattere temporale alla sola liquidazione del Tfs.

Sebbene la posizione giuridica del lavoratore rispetto alla titolarità (formale e sostanziale) del diritto alla retribuzione differita non risenta della natura, pubblica o privata, del datore di lavoro – gli interessi sottesi al diritto sono i medesimi –, rileva, ai fini della giustificazione della disparità di trattamento, il risalente e a tutt'oggi immutato orientamento (27) che, considerando l'impatto che il lavoro pubblico ha «sul generale equilibrio tra entrate e uscite del bilancio statale», ne afferma le differenze col lavoro privato, che fanno, del controllo sulla spesa pubblica, un'esigenza

(26) Vd. Cinelli 2018, 668 ss.

(27) A cui la stessa Corte si riferisce, richiamando: C. cost. 7.5.2012, n. 120; C. cost. 7.5.2018, n. 146; C. cost. 23.7.2015, n. 178.

«connaturata all'intera disciplina del rapporto di lavoro pubblico ed estranea all'ambito del lavoro privato» (Considerando in diritto, punto. 6). Esigenza, questa, riconducibile al valore sostanziale dell'equilibrio di bilancio *ex art.* 81 Cost., che pure la Corte richiama (sempre al punto 6) (28), e che, in effetti, in un contesto finanziariamente critico possono senz'altro legittimare, se non anche imporre, un bilanciamento tra diritti (29) al cui esito il godimento pieno della retribuzione differita del dipendente pubblico, non anche del dipendente privato, risulta recessivo (30).

4. — *La ragionevolezza della perdurante misura restrittiva* — È più complicato, invece, il ragionamento che la Corte svolge per ricondurre a ragionevolezza e proporzionalità la restrizione del diritto in sé. L'impostazione che segue può essere ricondotta al giudizio di «proporzionalità in senso stretto»: quello che richiede di rilevare la *ratio* «concreta, situata» della disposizione scrutinata attraverso «una conoscenza del dato dell'esperienza reale che la legge disciplina, che supera di gran lunga il dato giuridico positivo, strettamente inteso» (31).

L'argomentazione, infatti, non si limita al richiamo dell'esigenza di razionale programmazione dell'impiego di risorse scarse nella gestione del lavoro pubblico, e all'accertamento della criticità del contesto finanziario che, nel 1997 e nel 2010, ha dato luogo alle disposizioni recessive (32). Peraltro, così circoscritta, la tesi si sarebbe scontrata col principio di temporaneità della compressione del diritto per ragioni di costi (33), perché,

(28) Sulla rilevanza del vincolo *ex art.* 81 Cost. nella giurisprudenza della Corte: Guazzarotti 2018.

(29) Sul punto, la Corte è sempre stata chiara: Scagliarini 2019; Pinardi 2019; Massa 2017.

(30) O anche il godimento pieno del diritto *ex art.* 36 nel corso del rapporto: è accaduto con il blocco degli aumenti stipendiali *ex d.l.* n. 78/2010 e d.l. n. 98/2011, sul quale si è pronunciata C. cost. n. 178/2015 (Zoppoli L. 2015); vd. anche C. cost. 11.10.2019, n. 200.

(31) Le espressioni sono di Cartabia (2013, 5 e 16). Con questo procedere, la sentenza in commento si differenzia dalla più nota pronuncia sul contratto a tutele crescenti in C. cost. 8.11.2018, n. 194: vd. l'analisi di Zoppoli A. (2019).

(32) «Puntualmente stimati dalla relazione tecnica allegata al disegno di legge di conversione del d.l. n. 138/2011», continua la Corte (Considerando in diritto, punto 8.1), in coerenza con la tendenza inaugurata da C. cost. 10.3.2015, n. 70.

(33) Un principio emerso tra i parametri del giudizio della Corte soprattutto a partire da C. cost. 3.11.2010, n. 316 (Massa 2018, 83), e che appare insistentemente nelle più recenti pronunce sui diritti sociali (C. cost. 8.10.2012, n. 223; C. cost. 6.7.2013, n. 173; C. cost. 10.3.2015, n. 70; C. cost. 18.11.2015, n. 245; C. cost. 11.1.2017, n. 7).

destinate «all'obiettivo di conseguire immediati e cospicui risparmi» nel contesto dei conti pubblici del 1997 (quando si dispone il differimento del Tfs col d.l. n. 79/1997) e del 2010 (quando se ne dispone la rateizzazione col d.l. n. 78/2010), le due disposizioni recessive permangono ancor'oggi immutate.

Invece, allargando l'osservazione alle conseguenze pratiche delle due disposizioni nel contesto economico e normativo sia del tempo in cui sono maturate sia del tempo attuale (34), la Corte rileva che tanto l'art. 3, c. 2, d.l. n. 79/1997, nella parte in cui prevede il differimento della liquidazione del Tfs di 24 mesi, quanto la speculare disciplina del pagamento rateale, di cui all'art. 12, c. 7, d.l. n. 78/2010, riguardano le sole cessazioni del rapporto che intervengono prima del raggiungimento del limite di età o di servizio, cioè prima della maturazione dei requisiti di pensione *ex l. n. 214/2011*. Per questo, realizzano anche effetti di disincentivo ai prepensionamenti e «travalicano l'obiettivo di conseguire immediati e cospicui risparmi» raccordandosi con la linea di politica legislativa che proprio in quegli anni si confrontava con la più evidente manifestazione della crisi del sistema pensionistico dopo gli anni novanta procedendo con misure di contenimento della spesa per pensioni, poi sfociate nella riforma *ex l. n. 214/2011* (Considerando in diritto, punto 8.1).

Questa duplice natura delle esigenze sottese alla legislazione regressiva, finalizzata sia a conseguire immediati risparmi nella gestione del lavoro pubblico sia a frenare le uscite anticipate dal lavoro per l'equilibrio delle gestioni pensionistiche, consente alla Corte di non imbattersi nel principio di temporaneità del sacrificio affermando la persistente attualità dell'esigenza di più lungo periodo a essa sottesa: quella pensionistica (Considerando in diritto, punto 8.1).

Certo è che affermare l'attualità dell'esigenza di scoraggiare i prepensionamenti costringe la Corte a fare i conti con un legislatore che, anche nel lavoro pubblico, continua a combinare strumenti che obblighino al pensionamento ordinario e agevolano il prepensionamento per esigenze (dichiarate) di *turn over* (35) con strumenti che invece li disin-

(34) Su questo profilo del test di proporzionalità: Zoppoli A. 2019, 226; Pinardi 2019, 328 ss.

(35) Dei pensionamenti cd. forzati sono esempi: l'abolizione del trattenimento in servizio (l'art. 1, d.l. n. 90/2014); il divieto di incarichi a lavoratori in quiescenza (art. 5, c. 9, d.l. n. 95/2012; art. 17, c. 3, l. n. 124/2015); la risoluzione unilaterale del rapporto (art. 11, c. 72, d.l. n. 112/2008). Quanto agli incentivi ai prepensionamenti, sebbene non abbia avuto seguito la cd. staffetta generazionale *ex l. n. 124/2015*, molto più efficace è, oggi, la pensione Quota 100 (l. n. 26/2019).

centivano (36). Su questo versante, però, soccorre alla Corte il richiamo alla discrezionalità legislativa (37); discrezionalità, sulla quale arretra il suo sindacato diretto *ex art.* 28, l. n. 87/1953 (38), che si conferma decisiva anche nella giurisprudenza costituzionale della crisi (39).

5. — *I persistenti dubbi della Corte e il monito al legislatore* — Il ragionamento della Corte, però, non si esaurisce qui. Prosegue, mostrando che anche per i giudici la questione non può dirsi risolta definitivamente in questo modo.

La dimostrata finalità pensionistica delle regole restrittive, perciò coerenti con le necessità dei conti pubblici anche attuali, ancora non le rende immuni dall'operare del principio di temporaneità del sacrificio, perché, disposto dal d.l. n. 79/1997 e dal d.l. n. 78/2010, esso comunque permane da circa dieci anni. Né il fatto che il conseguimento della finalità *ex art.* 38, c. 2, Cost. si apprezza, per sua natura, solo nel lungo periodo rende congrua la protrazione del sacrificio: che non si valuta in rapporto al conseguimento dello scopo della limitazione, ma alla salvaguardia del (nucleo essenziale del) diritto che ne è oggetto (*infra*).

È questo dubbio sulla sistematicità della limitazione ciò che appare in chiusura del ragionamento della Corte, laddove riconosce che «La disciplina che ha progressivamente dilatato i tempi di erogazione delle prestazioni dovute alla cessazione del rapporto di lavoro ha smarrito un orizzonte temporale definito e la iniziale connessione con il consolidamento dei conti pubblici che l'aveva giustificata» (Considerando in diritto, punto 9, cpv. 3). Vero è che la Corte non ne deriva le necessarie conseguenze. Ma se si osservano le sue più recenti decisioni sui diritti sociali, questo non appare né un'incoerenza argomentativa né un'impiego scorretto del principio di temporaneità delle norme recessive, bensì un'impiego sostanziale del medesimo.

È dal tempo *post* crisi del 2008, infatti, che la Corte non è nuova a ragionamenti che, come in questo caso, la conducono ad assolvere dispo-

(36) Che sono i medesimi per il lavoro pubblico e privato: l'invarianza del coefficiente di trasformazione dai 71 anni, e la non applicabilità, al lavoratore ultrasettante, dell'art. 18 St. lav.

(37) E ai suoi più prossimi precedenti: C. cost. 21.3.2018, n. 104; C. cost. 6.2.2018, n. 39; C. cost. 6.12.2017, n. 23.

(38) Ma non indiretto, ossia, come dimostra la Corte a partire da C. cost. 10.3.2015, n. 70, il sindacato sulla verifica di coerenza intrinseca delle scelte politiche sui diritti sociali: Morrore 2008.

(39) Massa 2017, 75 s.

sizioni recessive di diritti sociali rifuggendo dall'impiego rigorosamente formale delle variabili di ragionevolezza e proporzionalità. Recenti studi ne colgono il segnale della maturazione di una «idea dell'incostituzionalità come *extrema ratio*» (40), con il conseguente articolarsi del giudizio di ragionevolezza in «vari gradi di rigore», o anche l'affermarsi di un diverso, e più attenuato, giudizio di «mera non irragionevolezza» (41). Sono entrambi esiti dell'esigenza di conciliare le istanze dei diritti con quelle della ristrettezza delle risorse nello scenario costituzionale innovato dal *Fiscal Compact* (con il nuovo art. 81 Cost.): un'esigenza che, quando (come qui) si accoglie la tesi del «bilanciamento ineguale» (42), non esclude, ma anzi impone, che nell'operare il bilanciamento (tra diritti, sullo sfondo delle risorse scarse) la Corte debba tenere in conto le conseguenze delle sue decisioni (dirette, sui conti e sul bilancio; indirette, sulla garanzia di questi stessi e di altri beni sociali) (43).

Sebbene la Corte non espliciti una tale preoccupazione nelle sue argomentazioni (44), è netta l'impressione che sia stata proprio questa a indurla a non dichiarare la sistematicità del sacrificio con la conseguente caducazione delle disposizioni impugnate. Una sistematicità che in ogni caso essa intravede, dal momento che, seppure assolve le disposizioni che ne sono affette, «non può esimersi dal segnalare al Parlamento l'urgenza di ridefinire una disciplina non priva di aspetti problematici, nell'ambito di una organica revisione della materia, peraltro indicata come indefettibile nel recente dibattito parlamentare» (Considerando in diritto, punto 9, cpv. 2).

Non sembra azzardato cogliere, qui, un annuncio di quello che potrebbe essere l'esito di un eventuale futuro scrutinio sulle medesime disposizioni: un monito al legislatore non nei termini di mero auspicio, bensì di prescrizione della revisione di una normativa restrittiva che, nata in una situazione di emergenza, è legittima solo nella misura in cui è transitoria, non escludendosi, perciò, che l'eventuale inerzia del legislatore possa condurre a una successiva declaratoria di accoglimento. La decisione, si vuol dire, sembra presentare tutti i caratteri di una pronuncia monitoria cd. di costituzionalità provvisoria (45), quasi contraltare a una

(40) Ruotolo 2019, 644 ss.

(41) Vd. l'analisi di Scagliarini 2019.

(42) Luciani 1995, 127.

(43) Vd.: Casillo 2016, 53 ss.; Luciani 2016, 12; Pinardi 2019, 322. Vd. però Scagliarini 2019, 340.

(44) Come invece ha fatto in C. cost. 13.1.2015, n. 10.

(45) Grisolia 1982; Pinardi 1993, 53 ss.

pronuncia di accoglimento inibita dalla necessità sia di rispettare la discrezionalità legislativa sull'allocazione di risorse scarse (46), sia di operare un equilibrio tra tutti i valori rilevanti per l'unità (giuridica ed economica) nazionale, aprendo i giudizi sui diritti di eguaglianza sostanziale (i diritti sociali che costano) alle ricadute sull'art. 81 Cost.

Un monito al legislatore si coglie anche in ciò che la Corte dice sulle parti dell'art. 3, c. 2, d.l. n. 79/1997, e dell'art. 12, c. 7, d.l. n. 78/2010, estranee al *thema decidendum* (le si è richiamate in apertura). Le questioni di legittimità costituzionale di queste disposizioni, dice la Corte, «restano impregiudicate»; ma, dopo aver segnalato l'urgenza di rivedere tutta disciplina, in coerenza col percorso lungo cui sviluppa la conclusione di non arbitrarietà delle regole scrutinate (o in sua prosecuzione), sottolinea che, «con particolare riferimento ai casi in cui sono raggiunti limiti di età e di servizio, la duplice funzione retributiva e previdenziale delle indennità di fine rapporto [...] rischia di essere compromessa, in contrasto con i principi costituzionali che, nel garantire la giusta retribuzione, anche differita, tutelano la dignità della persona umana» (Considerando in diritto, punto 9).

Anche qui si legge un chiaro invito al legislatore con valore prescrittivo, per la correzione del differimento e rateizzazione del Tfs prevista nei casi in cui, non giustificandosi, la compressione del diritto, per ragioni (ancora attuali) di stabilità del sistema pensionistico, rileva in tutti i suoi effetti, di non ragionevolezza e proporzionalità, la protrazione a tempo chiaramente (ma non dichiaratamente) indeterminato del sacrificio imposto per ragioni di equilibrio finanziario nella gestione del lavoro pubblico (all'epoca contingenti). Una dubbia costituzionalità della quale la Corte offre anche un argomento: il collegamento tra la garanzia di una giusta retribuzione, anche differita, e la tutela della dignità umana, ossia tra limitazione del diritto e rischio di *vulnus* alla dignità.

5.1. — *La connessione tra giusta retribuzione, anche differita, e dignità* — L'argomento è giuridicamente efficace, perché il richiamo alla dignità qui non è una formula di stile (47). La sua connessione con la retribuzione si rinviene, com'è a tutti noto, nel dato testuale dell'art. 36, c. 1, Cost., il

(46) Ruotolo 2019, 648 s.

(47) Non è possibile addentrarsi nella questione «dignità» per spiegare in quali termini si condivide l'affermazione della Corte con il necessario approfondimento. Lo spazio limitato costringe a considerazioni minime, con la consapevolezza che possono apparire inquinate da soggettivismo.

quale, indicando tra i caratteri costituzionalmente necessari della retribuzione giusta anche il suo essere sufficiente a garantire un'esistenza libera e dignitosa, dichiara il collegamento tra il diritto fondamentale e il bene individuale (valore/diritto/principio, a seconda dell'idea che si ha sulla sua traduzione nell'ordinamento positivo).

Tuttavia, si può precisare, il bene individuale a cui si riferisce la garanzia retributiva non è esattamente la dignità umana, come invece dice la Corte. Il discorso etico, anche contemporaneo (48), riferisce quest'ultima alla dimensione individuale della dignità (che attiene cioè all'uomo *uti singuli*) nell'accezione di qualità ontologica (dignità della natura umana), cd. intrinseca e inerente all'uomo, universale e indifferente (anche allo *status* di lavoratore; e, in questa accezione, essa è il valore (non fondato ma) fondante le prerogative giuridiche con cui sono universalmente riconosciuti (non attribuiti) i beni attraverso cui si esprime la persona (personalità) *tout court*, indicate nell'elenco (aperto) degli artt. 13 ss. Cost. e nella sintesi dell'art. 2 Cost. (49). Al contrario, l'esistenza libera e dignitosa rimanda alla dimensione sociale della dignità (riferita cioè all'uomo *uti socius*) nell'accezione di dignitosità delle condizioni di vita: una condizione non intrinseca all'uomo ma acquisibile con l'agire sociale, verificata, secondo il discorso metanormativo, con l'assenza del bisogno che impedisce l'accesso ai beni essenziali alla vita secondo la percezione che ne ha la comunità storicamente contestualizzata. E non è difficile cogliere questa accezione dignitaria sul piano metapositivo, dove, con i contenuti che vi trasferisce l'etica repubblicana (artt. 1-4 Cost.), si esprime nell'esistenza libera dal bisogno che ostacola (non la sopravvivenza o la sussistenza, ma, di più) la partecipazione sociale nei modi e nei termini che la comunità storicamente contestualizzata considera minimi. Si esprime, cioè, in quell'istanza in cui, nel discorso giuridico, si rinviene l'origine di tutti i diritti sociali, dei quali essa è la trama e dai quali si rileva: quelli universali (che danno l'opportunità di partecipazione sociale) e quelli selettivi (di eguaglianza sostanziale nella partecipazione sociale, che richiedono l'esposizione solidale della comunità per l'universalità della partecipazione). E in questa dimensione la dignità è il valore fondante anche il diritto, dei lavoratori, a che la retribuzione sia sufficiente ad assicurare una vita libera (dal bisogno economico) e (socialmente) dignitosa: che assicuri, cioè, la disponibilità dei mezzi strumentali a una partecipazione sociale (almeno) sufficiente (almeno minima), secondo la

(48) Vd. almeno: Dworkin 2007; Hofmann 1999; Pomarici 2019.

(49) Vd. almeno: Rodotà 2010; Blandini 2013; Ruggieri 2014.

valutazione sociale, in relazione alla qualità e quantità del lavoro, oltre la quale si apre lo spazio all'autonomia negoziale.

La conseguenza di una così stretta connessione tra la dignitosità delle condizioni di vita e la sufficienza della retribuzione (in costanza del rapporto e, quando differita in funzione previdenziale, alla cessazione di esso) è, ovviamente, che una limitazione del diritto *ex art.* 36, c. 1, con effetti sulla sufficienza ricade in un *vulnus* alla garanzia di vita dignitosa: un rischio che la Corte, appunto, vede nella protrazione a tempo non definito del differimento e nella rateizzazione del Tfs.

La preoccupazione dei giudici è pienamente condivisibile, e si può esplicitare partendo da due considerazioni che molto attingono proprio dalle sentenze della Corte.

La prima è che la tutela (delle dimensioni) della dignità si realizza con la garanzia dell'inviolabilità dei diritti che in base al valore fondante sono riconosciuti e/o attribuiti (50), ossia la garanzia del loro nucleo essenziale (51). La seconda è che il nucleo essenziale dei diritti può essere ricostruito teleologicamente (52) come il fascio delle posizioni giuridiche soggettive che, tra tutte quelle in cui si articola il godimento di un diritto, a fronte della limitazione (legittima) ne preservano, formalmente e sostanzialmente, l'idoneità a realizzare la *ratio* di positivizzazione: lo scopo, la funzione e la finalità per le quali esso è posto.

È facile, a questo punto, la conclusione. Sottoposto alla limitazione *ex d.l.* n. 79/1997 e *d.l.* n. 78/2010, e corrisposto sistematicamente in difetto di tempestività, il trattamento di fine servizio/rapporto di lavoro rischia di non essere più idoneo né allo scopo di assicurare una indennità alla cessazione del rapporto, né alla funzione di sollevare il lavoratore dai più diversi bisogni di quella fase della vita, né alla finalità, propria del reddito da lavoro (qui subordinato), di garantire un'esistenza libera e dignitosa sempre (in qualsiasi momento venga corrisposto).

(50) C. cost. 3.12.2008, n. 417, ord.; C. cost. 11.6.2008, n. 219.

(51) C. cost. 23.7.1991, n. 366; C. cost. 19.12.1991, n. 467; C. cost. 7.7.1999, n. 309; C. cost. 22.10.2008, n. 345; C. cost. 12.1.2010, n. 10; C. cost. 20.3.2018, n. 78.

(52) Partendo sempre dalle sentenze della Corte: Casillo 2016, 66 ss.

CORTE COSTITUZIONALE, 25.6.2019, n. 159 – Pres. Lattanzi, Est. Sciarra – A.C. (avv. Mirra) c. Inps (avv. Incletolli).

Lavoro pubblico – Trattamento di fine rapporto – Dilazione e rateizzazione per i lavoratori che non hanno raggiunto i limiti di età o di servizio previsti dagli ordinamenti di appartenenza – Questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3, 36 e 38 Cost. – Infondatezza.

L'art. 3, c. 2, d.l. n. 79/1997 (conv. con l. n. 140/1997), nella parte in cui prevede che alla liquidazione dei trattamenti di fine servizio, comunque denominati, l'ente erogatore provveda «decorsi ventiquattro mesi dalla cessazione del rapporto di lavoro», e l'art. 12, c. 7, d.l. n. 78/2010 (conv. con l. n. 122/2010), nella parte in cui prevede il pagamento rateale delle indennità spettanti a seguito di cessazione dall'impiego nelle ipotesi diverse dalla «cessazione dal servizio per raggiungimento dei limiti di età o di servizio previsti dagli ordinamenti di appartenenza, per collocamento a riposo d'ufficio a causa del raggiungimento dell'anzianità massima di servizio prevista dalle norme di legge o di regolamento applicabili nell'amministrazione», non sacrificano in modo irragionevole e sproporzionato i diritti tutelati dagli artt. 36 e 38 Cost. ai quali il trattamento di fine servizio si connette quale retribuzione differita con funzione previdenziale, in quanto travalicano l'obiettivo contingente di conseguire risparmi di spesa e si raccordano a una consolidata linea direttrice della legislazione che scoraggia le cessazioni del rapporto in un momento antecedente al raggiungimento dei limiti massimi di età o di servizio. Questa Corte non può esimersi dal segnalare al Parlamento l'urgenza di ridefinire una disciplina che ha progressivamente dilatato i tempi di erogazione delle prestazioni dovute alla cessazione del rapporto di lavoro e ha smarrito un orizzonte temporale definito e la iniziale connessione con il consolidamento dei conti pubblici che l'aveva giustificata. Con particolare riferimento ai casi in cui sono raggiunti i limiti di età e di servizio, la duplice funzione retributiva e previdenziale delle indennità di fine rapporto rischia di essere compromessa, in contrasto con i principi costituzionali che, nel garantire la giusta retribuzione, anche differita, tutelano la dignità della persona umana. (1)

Riferimenti bibliografici

- Blandini A. (2013), *La dignità umana tra approcci teorici ed esperienze interpretative*, in www.rivistaaic.it.
- Cartabia M. (2013), *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it.
- Casillo R. (2016), *La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione*, Esi, Napoli.
- Cinelli M. (2018), *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino.
- De Simone G. (2008), *Riforma del Tfr e previdenza complementare, tra neopaternalismo pubblico e autonomia privata*, in *LD*, n. 4, 605 ss.
- Dworkin R. (2007), *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, Feltrinelli, Milano.
- Gambacciani M. (2011), *L'evoluzione della previdenza sociale tra previdenza complementare e trattamento di fine rapporto*, Jovene, Napoli.
- Grisolia M.G. (1982), *Alcune osservazioni sulle «sentenze comandamento» ovvero il «potere monitorio» della Corte costituzionale*, in *GCost.*, n. 1, 493 ss.
- Guazzarotti A. (2018), *Giustizia costituzionale e regime economico: fluidificare o resistere?*, in *LD*, n. 1, 55 ss.
- Hofmann H. (1999), *La promessa della dignità umana*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, n. 4, 620 ss.
- Luciani M. (1995), *Sui diritti sociali*, in *Scritti in onore di M. Mazzotti di Celso*, II, Cedam, Padova, 97 ss.
- Luciani M. (2016), *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in www.rivistaaic.it.
- Massa M. (2017), *Discrezionalità, sostenibilità, responsabilità nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 73 ss.
- Massa M. (2018), *Previdenza, assistenza, e vincoli di bilancio. Tre tesi sulla giurisprudenza costituzionale degli anni della crisi*, in *LD*, n. 1, 77 ss.
- Morrore A. (2008), voce *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, in *ED, Annali*, Giuffrè, Milano, 19 ss.
- Pinardi R. (1993), *La Corte, i giudici e il legislatore*, Giuffrè, Milano.
- Pinardi R. (2019), *Diritti e risorse finanziarie: il ruolo della Corte costituzionale*, in *RDSS*, n. 2, 307 ss.
- Pomarici U. (2019), *Dignità a venire. La filosofia del diritto alla prova del futuro*, Es, Napoli.
- Rodotà S. (2010), *L'antropologia dell' homo dignus*, in *RCDP*, 2010, n. 3, 547 ss.
- Ruggieri A. (2014), *Appunti per una voce di Enciclopedia sulla Dignità dell'uomo*, in www.dirittifondamentali.it.
- Ruotolo M. (2019), *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in www.rivistaaic.it.
- Santoro Passarelli G. (2009), *Il trattamento di fine rapporto (art. 2120-2022 c.c.)*, Giuffrè, Milano.

- Scagliarini S. (2019), *Il bilanciamento tra diritti e risorse finanziarie nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *RDSS*, n. 2, 331 ss.
- Tursi A. (2018), *Retribuzione, previdenza, welfare: nuove variazioni sul tema*, Relazione al Congresso Aidlass, Palermo.
- Zoppoli A. (2019), *La Consulta interviene sul Jobs Act ma ne evita il cuore: il nuovo bilanciamento nella disciplina del licenziamento*, in *DLM*, n. 2, 219 ss.
- Zoppoli L. (1991), *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Esi, Napoli.
- Zoppoli L. (2015), *La Corte finalmente costituzionalizza la contrattazione per il lavoro pubblico. E la retribuzione?*, in *DLM*, n. 2, 377 ss.

Alessandra Raffi (*)

IL NUOVO CONTESTO NORMATIVO DEI LICENZIAMENTI ILLEGITTIMI E I «TORMENTI» GIURISPRUDENZIALI (Parte I)

SOMMARIO: 1. Introduzione: il doppio regime dei licenziamenti per «vecchi» e «nuovi» assunti. — 2. Licenziamenti per giustificato motivo oggettivo. — 2.1. La torsione neoliberista della disciplina legale. — 2.2. Nuovi percorsi interpretativi di tutela: la reintegra per mancato *repêchage*. — 2.3. Segue: l'applicazione analogica dei criteri di scelta. — 3. I licenziamenti collettivi. — 3.1. La dubbia legittimità del doppio regime e l'eccesso di delega. — 3.2. Vizi sostanziali e procedurali dei licenziamenti collettivi nella legge Fornero. — 3.3. Il discusso criterio della fungibilità professionale.

1. — *Introduzione: il doppio regime dei licenziamenti per «vecchi» e «nuovi» assunti* — Anche questo tentativo di rappresentare novità e tendenze giurisprudenziali nell'evoluzione della ormai intricatissima disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi deve partire da una «*summa divisio*» e dalla consequenziale articolazione del sistema sanzionatorio.

La «*summa divisio*» rinvia a un dato cronologico. Esistono e convivono (male) due diverse discipline del licenziamento: quella per i rapporti di lavoro sorti prima del 7.3.2015, incentrata sulla «novellazione» dell'art. 18 St. lav., recata dalla l. 28.6.2012, n. 92 (cd. legge Fornero); e l'altra applicabile ai rapporti insorti dopo tale data, sottoposti, invece, alle disposizioni del d.lgs. 4.3.2015, n. 23. La prima legge, quella del 2012 – si può dire –, ha segnato l'avvento vittorioso della visuale e dell'ideologia neoliberista contro il sistema di tutele della stabilità (e della dignità) del lavoro; la seconda, il d.lgs. n. 23, il suo trionfo e l'effettiva instaurazione di una libertà di licenziamento, a mala pena corretta da un'indennizzazione economica minimale, quasi irrisoria, almeno fino alla correzione apportata dalla sentenza della Corte costituzionale 28.9.2018, n. 194.

Naturalmente, negli anni che sono seguiti al marzo 2015, i giudici hanno continuato a occuparsi soprattutto del primo regime, perché i licenziamenti di lavoratori titolari di un contratto di lavoro «a tutele crescenti» era-

(*) Professoressa aggregata presso l'Università di Milano.

no pochissimi, ma è ovvio che, ora, le cose stiano rapidamente cambiando, e in modo esponenziale, così da far prevedere che, tra un lustro o poco più, i lavoratori della legge Fornero assunti prima del 2015, e quindi destinatari anche di una tutela reale della stabilità (seppur già manomessa), saranno ormai una minoranza, destinata a ridursi progressivamente a semplice «riserva indiana».

A meno che, ovviamente, non si produca, politicamente anzitutto, un «ritorno di garantismo» di cui si è già intravisto qualche timido segno.

Le due discipline si differenziano, come è ovvio, anzitutto e soprattutto per l'apparato sanzionatorio da loro rispettivamente previsto, e che sia nell'uno e nell'altro caso può essere definito e schematizzato come «quadripartito», ossia composto da fattispecie di: a) tutela reintegratoria «forte»; b) tutela reintegratoria «debole»; c) tutela economico-indennitaria «forte»; d) tutela economico-indennitaria «debole», ma con una grande differenza riguardante numero e tipologia delle fattispecie stesse sussunte all'uno o all'altro tipo di sanzione. In specifico, le fattispecie di licenziamento illegittimo con sanzione di reintegra («forte» o «debole») diventano con il d.lgs. n. 23/2015 molto poche, con un ruolo, in sostanza, solo residuale.

Si tratta di un evidente «*pis aller*» che, alla fine, potrebbe anche rivoltarsi contro i neoliberalisti, per così dire «bulimici», ai quali non è bastato lo «sfondamento» delle tradizionali garanzie di stabilità che permeavano la costruzione statutaria e hanno voluto, invece, a soli tre anni di distanza dalla l. n. 92/2012, portare a fondo, con il *Jobs Act*, l'opera di destrutturazione delle tutele.

Ma proprio la coesistenza temporale dei due regimi nello stesso luogo di lavoro e nella medesima vicenda (si pensi a un licenziamento collettivo) potrebbe mettere in crisi – per una evidente insopportabilità della differenza di trattamento tra persone che lavorano fianco a fianco – il piano di graduale e pacifica discesa verso il pieno recupero del licenziamento libero e arbitrario. Conseguendo da questa premessa che un'illustrazione dei principali nuclei tematici visitati dalla recente giurisprudenza in tema di licenziamenti comprende una parte, per così dire, «comune» ai due regimi, e riguardante il «fondo» della disciplina, come ad esempio i concetti stessi di giustificato motivo oggettivo o di giusta causa, e una parte – quella delle sanzioni per il licenziamento illegittimo –, invece, variamente articolata, tra i due regimi, e all'interno di ognuno di essi. È evidente – a nostro avviso – la necessità, più ancora che l'opportunità, di una riunificazione della disciplina; sperabilmente, però, in senso neogarantista e non, come programmato dagli autori del *Jobs Act*, nel senso della concreta eliminazione della tutela.

2. — *Licenziamenti per giustificato motivo oggettivo* —

2.1. — *La torsione neoliberista della disciplina legale* — L'interpretazione giurisprudenziale – e, dunque, la regolamentazione effettiva – della disciplina dei licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo (g.m.o.) e dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale è stato, come ovvio, il terreno di elezione, e quello di maggior successo, delle teorie neoliberiste negli ultimi tre lustri.

Si è assistito a una «torsione» delle laconiche, ma precise, disposizioni legislative – e dunque, anzitutto, di quella di cui all'art. 3 della l. n. 604/1966 –, che è sconfinata, come subito diremo, in un vero e proprio stravolgimento.

Conviene ricordare questo disposto normativo, all'apparenza difficilmente equivocabile: è licenziamento per g.m.o. quello «determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al funzionamento di essa». È innegabile che questa espressione implichi la sussistenza di un rapporto tra una causa e un effetto, di una sopravvenienza rispetto a una situazione data che la rende non più soddisfacente, inducendo l'imprenditore, seppur in modo non meccanico, ad adottare misure consequenziali, comportanti anche l'abolizione di uno o più posti di lavoro.

Che le «ragioni» di cui parla il disposto legislativo vadano intese come obiettive ed esterne alla volontà del datore di lavoro, che si forma sotto il loro influsso, è, dal punto di vista aziendale, semplicemente innegabile, eppure proprio questo è stato in concreto negato dall'evoluzione giurisprudenziale di impronta neoliberista, che ha rivendicato la piena discrezionalità, e anzi – per esser sinceri – il libero arbitrio del datore di lavoro, di conformare quantitativamente e qualitativamente l'organico aziendale e di modificarlo senza possibilità, in nessun caso, di sindacato giudiziale, dovendosi ritenere questo (illimitato) potere tutelato e riconosciuto dall'art. 41 Cost. La consistenza – tutta ideologica – di questa tesi o imposizione neoliberista ha anche trovato un «manifesto» e un vessillo nella previsione dell'art. 30 della l. n. 183/2010, la quale proclama l'inibizione al giudice di qualsiasi controllo «di merito» sulle scelte organizzative dell'imprenditore.

Dal punto di vista logico-interpretativo la questione è chiara e molto semplice: se la scelta organizzativa del datore deve intendersi come assolutamente libera, allora un'eventuale ragione «a monte» non ha più rilevanza, esista o non esista, e la decisione organizzativa sfociante nel licenziamento individuale di uno o più lavoratori semplicemente si «autogiustifica».

Si considerino, in proposito, le due fattispecie concrete che hanno suscitato il più acceso dibattito: quelle in cui il datore riduce il numero di la-

voratori addetti a una certa mansione, ad esempio, da quattro a tre senza che null'altro cambi nella produzione, ma semplicemente per incrementare l'intensità del carico lavorativo sui tre superstiti, risparmiando il costo del quarto licenziato; oppure il caso in cui quel quarto lavoratore venga licenziato perché sostituito da «lavoro esterno» o «in *outsourcing*», ritenuto più economico.

Si comprende agevolmente che sono situazioni ben diverse da quelle in cui, ad esempio, una caduta della domanda di clientela renda esuberante un'unità lavorativa o quest'ultima sia resa inutile da un'innovazione tecnologica. In questi ultimi due casi esiste una «ragione» obiettiva ed esterna; al contrario, questa non sussiste nei due primi esempi, semplicemente perché si tratta di ricercare un maggior margine di profitto, seppur con il sacrificio delle esigenze esistenziali del lavoratore licenziato. Questo è stato, per l'appunto, l'approdo delle sentenze della Cassazione più intrise di teorie neoliberiste (1).

La giurisprudenza, insomma, non si è arrestata avanti all'enormità di una sovrapposizione tra «*ratio*» e «*voluntas*» (che gli autori latini consideravano paradossale e inammissibile, condannando come assurdo e capriccioso il detto «*sit pro ratione voluntas*»), fino al traguardo, però, di trasformare, allora, in licenziamento «*ad nutum*» – ancora previsto dall'art. 2118 c.c. – la fattispecie legale, per definizione diversa, del licenziamento per g.m.o.; quest'ultima deve esser diversa – occorre dire – per il semplice fatto di esser prevista dalla norma a sé stante dell'art. 3 della l. n. 604/1966.

Anche i mentori della teoria giurisprudenziale neoliberista si sono accorti ben presto, in altri termini, del pericolo «di dimostrare troppo» e di andare oltre il segno, così da screditare l'intera loro costruzione, e hanno pertanto coniato uno pseudocriterio distintivo, affermando che il g.m.o. si distingue dalla semplice volontà di recesso «*ad nutum*» perché presuppone la deduzione di una modifica organizzativa causativa della espulsione di forza lavoro, di cui il giudice può e deve controllare l'effettiva sussistenza legittimamente contestabile dal lavoratore con impugnazioni di licenziamento. Si veda, in proposito, la motivazione della già citata sentenza di Cassazione 7.12.2016, n. 25201, e la «*excusatio*» finale circa la permanenza della possibilità di controllo giudiziario sull'effettiva sussistenza delle ragioni addotte dal datore, se, occorre però dire, tanto

(1) Come quella, assai nota, di Cass. 7.12.2016, n. 25201, in *RGL*, 2017, II, 257 ss., con nota di Natullo, seguita da diverse altre: Cass. 20.10.2017, n. 24882, in *D&G online*, 23 ottobre 2017; Cass. 2.5.2018, n. 10435, in *MGC*, 2018; e, recentemente, Cass. 18.7.2019, n. 19302, in *www.altalex.com*.

«sprovvveduto» da non rifugiarsi, ormai, dietro ogni generica finalità di migliorare il conto economico.

Si tratta di una mera illusione concettuale, e basta por mente agli esempi sopra ricordati per rendersene pienamente conto: se è invocata una caduta di ordini o l'obsolescenza di un macchinario vi è ancora un fatto «a monte» di licenziamento che può essere contestato, ma se si tratta di ridurre il personale (interno) per ampliare il margine di profitto, non vi sono «fatti a monte», bensì solo la volontà, comunque, della modifica organizzativa, che, dunque, effettivamente si «autogiustificherebbe».

Tutti gli osservatori sono essenzialmente concordi, in dottrina, con la denunciata «torsione» interpretativa dell'art. 3 della legge n. 604/66, ma una buona parte, concordando ideologicamente con la teoria «neoliberista», preferisce che essa abbia ulteriore corso, proponendo, semmai, qualche premio di consolazione, sotto forma di *bonus* economico o di assistenza a un *outplacement*, al licenziamento per mera volontà datoriale travestita da giustificato motivo oggettivo.

Va, però, aggiunto che, recentemente, quale prevedibile conseguenza dell'impovertimento progressivo dei lavoratori e dell'aumento della disoccupazione e delle diseguaglianze prodotte dalle politiche neoliberiste (2), la giurisprudenza, già con esse sintonica, mostra ora dei dissensi e degli scricchiolii, e sta nuovamente ponendo la questione se la «ragione» inerente all'organizzazione possa ridursi a una decisione discrezionale dell'imprenditore o non debba piuttosto consistere in un significativo fatto esterno, come ritenuto da Cass. 21.8.2018, n. 20876 (3).

2.2. — *Nuovi percorsi interpretativi di tutela: la reintegra per mancato repêchage* — Certo è, comunque, che in questo lungo periodo di «traversata del deserto», nel quale è valso il criterio, pur assurdo, della autogiustificazione delle decisioni organizzative, il «focus» della possibile tutela del lavoratore nella ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo si è spostato sulla tematica del dovere del datore di lavoro di perseguire, finché possibile, il *repêchage* del lavoratore in altra posizione lavorativa all'interno dell'azienda.

Si tratta, sicuramente, di una problematica «a valle» della questione principale e che può apparire, pertanto, solo subalterna a un principio neoliberista, ma l'esperienza ne ha dimostrato la forte valenza di tutela del lavoratore, accresciuta, come subito si dirà, sia dalla incidenza indi-

(2) Stiglitz 2013.

(3) Cass. 21.8.2018, n. 20876, in *DeJure*.

retta di una modifica legislativa (quella dell'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015) con tutt'altra finalità, sia da elaborazione giurisprudenziale di sicuro interesse.

L'elaborazione giurisprudenziale in tema di obbligo di *repêchage* si è concentrata sulla questione «strutturale» attinente alla fattispecie stessa del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, che può essere così riassunta: la fattispecie è composta solo dalla consequenzialità tra una esigenza o modifica economico-organizzativa a monte e l'abolizione di uno o più posti di lavoro, oppure di questo elemento appaiato, però, da quello della insussistenza di una diversa posizione lavorativa cui possa essere adibito il lavoratore?

Che il datore di lavoro abbia il dovere di tentare, finché possibile, il *repêchage* del lavoratore esuberante è acquisizione antica e indiscussa, ma si tratta di stabilire se si tratti di un obbligo «a sé stante», *esterno* alla fattispecie, o di un elemento *interno*, ossia di una circostanza negativa (insussistenza di possibile collocazione sostitutiva) equiordinata strutturalmente alla circostanza positiva della sussistenza di una ragione organizzativa di abolizione della primitiva posizione lavorativa.

Non si era di fronte a una questione accademica perché la differenza concreta, nei risultati, è grande. Se si ritiene che il giustificato motivo, in sé, consista solo nella sussistenza della ragione organizzativa obiettiva giustificante l'esubero e che la ricerca di un *repêchage*, ossia di un posto sostitutivo, sia bensì oggetto di un obbligo del datore di lavoro, ma di un «obbligo *a latere*», esterno, allora la conseguenza della violazione di quest'ultimo onere non può che dare luogo a un semplice risarcimento, appunto per inadempimento di quell'obbligo «*a latere*».

Se si ritiene, invece, che accanto alla componente positiva della fattispecie faccia parte di essa anche la componente negativa della mancanza di un posto di lavoro alternativo per il *repêchage* del lavoratore, allora la mancata attribuzione del posto, ovvero la mancata prova della sua impraticabilità, comporta la insussistenza del «fatto» posto alla base del licenziamento, e quindi la tutela reale di reintegra.

Ed è appunto in questo senso che si è pronunziata la Corte di Cassazione, una prima volta con sentenza 2.5.2018, n. 10435 (4), la quale, però, ha ritenuto bene di «riequilibrare» l'indiscutibile passo avanti così compiuto nella tutela dei lavoratori, con una assolutamente inedita affermazione limitativa della applicabilità della tutela reale di reintegra, che

(4) Cass. 2.5.2018, n. 10435, in *MGC*, 2018; e, recentemente, Cass. 18.7.2019, n. 19302, cit.

va addirittura ben al di là della materia del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Ha ritenuto, cioè, che il giudice debba valutare, ai sensi dell'art. 2058, comma 2, c.c., se la reintegra, benché astrattamente dovuta, costituisca per caso (a suo giudizio equitativo) un «risarcimento in forma specifica» eccessivamente oneroso e da sostituire, quindi, equitativamente, con una sanzione «per equivalente» meramente economica.

Il minimo che sembra doversi dire è che con questa pronuncia la Corte di Cassazione ha fatto «un passo avanti e uno indietro», ma con l'aggravante che il «passo avanti» era, a ben guardare, sicuramente dovuto sulla base di riflessioni giuridiche piuttosto semplici, e il «passo indietro» (il carattere solo eventuale *ex art.* 2058, comma 2, c.c.) consiste, invece, in un clamoroso errore o fraintendimento, la cui spiegazione è, a nostro giudizio, del tutto «politica», di favore verso il datore di lavoro «vittima», per così dire, di un nuovo orientamento garantistico.

Prescindendo da queste valutazioni, che non sono però un fuor d'opera, occorre dire, per quanto riguarda il «passo avanti» che la inerenza del *repêchage* alla fattispecie del giustificato motivo oggettivo doveva ritenersi indubbia alla luce di quanto praticato per venti anni almeno nella disciplina antecedente la l. n. 92/2012 e consequenziale riscrittura dell'art. 18 St. lav.

In effetti, non vi era dubbio fino alla legge n. 92/2012 che un licenziamento per giustificato motivo oggettivo attuato in spregio di qualsiasi tentativo di *repêchage* fosse *illegittimo*, e alla illegittimità conseguiva, allora, sicuramente la reintegra. Eppure anche, allora, se il *repêchage* avesse costituito un «obbligo *a latere*» sarebbe stato giuridicamente possibile solo una sanzione risarcitoria: quindi se si applicava la reintegra era perché, allora come ora, la fattispecie di licenziamento per giustificato motivo oggettivo è fattispecie complessa.

Si ha giustificato motivo oggettivo quando ragioni obiettive di carattere economico-organizzativo hanno efficacia causale del licenziamento *senza che* sussista la possibilità di applicare il lavoratore ad altra mansione equivalente o (dopo l'art. 3, d.lgs. n. 81 del 2015) anche inferiore.

Il «passo indietro», invece, è del tutto ingiustificato, nel senso che l'art. 2058, comma 2, c.c., è semplicemente invocato in maniera incongrua e giuridicamente erranea.

La reintegra nel posto di lavoro, in effetti, altro non è che il risultato della caducazione di un negozio di recesso invalido e non un risarcimento seppure «in forma specifica»: allo stesso modo se viene annullato un contratto di compravendita viziato da violenza o dolo, la parte vittoriosa recupera il bene oggetto della vendita non a titolo di risarcimento in forma spe-

cifica, ma perché ritorna a esserne proprietario, con effetto *ex tunc* in grazia dell'efficacia retroattiva dell'annullamento.

Per altro verso, «l'equivalenza» di cui parla l'art. 2058, comma 2, c.c., ha diretto riguardo al patrimonio del danneggiato, che deve risultare quantitativamente uguale nel suo valore, sia che la reintegra avvenga in forma specifica che per equivalente. Ma questa parità di strumenti e modalità risarcitorie non ha nulla a che vedere con il sistema delle sanzioni per licenziamento ingiustificato, che è, con ogni evidenza, ispirata a una gerarchia, di talché la reintegra è data per le illegittimità più gravi (licenziamento illecito o discriminatorio) e le sanzioni monetarie risarcitorie per quelle più lievi (licenziamento semplicemente ingiustificato).

Va, peraltro, segnalato che la stessa Cassazione ha recentemente dimostrato di non credere per prima a un potere equitativo del giudice di disporre o non disporre la reintegra, attribuendo, invece, solo un risarcimento monetario: ad esempio, Cass. 13.3.2019, n. 7167 (5), ha ribadito il dovere del giudice di applicare la sanzione di reintegra sulla base del semplice accertamento della fattispecie di illegittimità che, ai sensi di legge, la comporta («manifesta» insussistenza del fatto posto a base del licenziamento).

Occorre ancora dire, passando alla seconda positiva linea di sviluppo della tutela discendente dall'obbligo di *repêchage* del datore di lavoro, che essa è stata notevolmente rinforzata, per così dire «di rimbalzo» dalla nuova disciplina della adibizione a mansioni e qualifiche introdotta dall'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015.

Si è in presenza, a parer nostro, di un evidente caso di «eterogenesi dei fini»: la nuova disposizione dell'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015, in sé osservata, è una delle peggiori dell'intero *Jobs Act* nei riguardi del diritto del lavoratore alla stabilità o addirittura al progresso professionale, perché autorizza il datore di lavoro ad adibirlo a mansioni di qualifica inferiore «in caso di *modifica degli assetti organizzativi aziendali* che incide sulla posizione del lavoratore». È evidente l'intenzione legislativa di favorire il datore, consentendogli una «elasticità» di utilizzo della forza lavoro prima sconosciuta, ma, guardando la questione in funzione della materia dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, la norma finisce per tutelare, invece, proprio il lavoratore, perché impone al datore, in presenza di un «modifica di assetti organizzativi», consistenti addirittura nell'abolizione di uno o più posti di lavoro, di ricercare il «*repechage*» non soltanto tra le posizioni lavorative equiordinate in qualifica, ma anche quelle inquadrature dal Ccnl in livelli di qualifica inferiori.

(5) Cass. 13.3.2019, n. 7167, in *RIDL*, 2019, n. 3, II, 379 ss.

Così la «prova liberatoria» a carico del datore di lavoro si appesantisce di molto e la tutela del lavoratore (che, come visto, è tutela reale di reintegra) si rafforza di altrettanto.

2.3. — Segue: *l'applicazione analogica dei criteri di scelta* — Resta da dire, con riguardo agli sviluppi giurisprudenziali della tematica dei licenziamenti individuali per motivo oggettivo, che si è aperta una via di comunicazione abbastanza sorprendente – e certamente non priva di rischi – tra la disciplina dei detti licenziamenti e quella dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale.

In effetti, orientamenti giurisprudenziali recenti nell'intento evidente di migliorare la tutela per i lavoratori maggiormente esposti alle conseguenze negative del licenziamento per motivo oggettivo, hanno introdotto il criterio di una applicazione analogica dei criteri di scelta predisposti dalla legge per il licenziamento collettivo che, per essere tale, deve coinvolgere almeno cinque lavoratori al licenziamento con un numero minore di licenziati.

Anche ove si tratti, pertanto, della necessità o della decisione comunque di chiudere una piccola area aziendale con due o tre dipendenti, bisogna privilegiare il lavoratore più anziano o quello con maggior carico familiare.

La questione è quella dell'applicabilità anche ai licenziamenti individuali per motivo oggettivo (riguardanti, quindi, meno di 5 lavoratori) dei criteri di scelta previsti dall'art. 5 della legge n. 223 del 1991, e in particolare di quelli consistenti nell'anzianità di servizio e del carico familiare.

L'applicabilità è stata riconosciuta, ad esempio, da Cass. 6.12.2018, n. 31652 (6), e da Cass. 30.8.2018, n. 21438 (7), perché si trattava di mansioni e posizioni lavorative perfettamente fungibili tra loro, e ricondotta al principio di buona fede e correttezza nell'esecuzione contrattuale. Viene così confermata un'opinione già ripetutamente affacciata in tempi precedenti e sulla cui accoglibilità sicuramente ha inciso l'antica *querelle* riguardante la netta separazione tra la fattispecie del licenziamento collettivo e quella del licenziamento individuale multiplo per motivo oggettivo.

In ogni caso, anche ammettendo un'applicabilità «per analogia» dei criteri legislativamente previsti per i licenziamenti collettivi alla fattispecie dei licenziamenti individuali multipli per motivo oggettivo, permangono evidenti criticità quando sussista una diversità di collocazione geografica dei posti di lavoro, pur omogenei nei loro contenuti mansionistici. Di talché,

(6) Cass. 6.12.2018, n. 31652, in *D&G online*, 10 dicembre 2018.

(7) Cass. 30.8.2018, n. 21438, in *GDir.*, 2018, n. 38, 36 ss.

ad esempio, la chiusura di un negozio di una catena di esercizi commerciali analoghi presenti in varie città, dovrebbe comportare – visto che il mestiere di commessa è uguale e fungibile in tutti i negozi – il licenziamento di una commessa meno anziana e con un minor carico familiare rispetto a quella già adibita al negozio chiuso e che, quindi, manterrebbe il lavoro seppur a prezzo del trasferimento.

Si tocca, in realtà, un punto delicatissimo, forse il più delicato tra quelli riguardanti l'applicazione dei criteri di scelta dei licenziandi perché la regola legislativamente testuale sembra essere quella secondo cui tali criteri si applicano con riguardo «all'intero complesso aziendale», come recentemente ribadito da Cass. 22.2.2019, n. 5373 (8).

Per il vero, secondo autorevole dottrina, tale regola andrebbe temperata dal rispetto di un criterio di consequenzialità causale che, muovendo dalle causale economica dichiarata dall'imprenditore all'apertura della procedura, e passando attraverso l'identificazione geografico/professionale degli esuberanti che da quella derivano (passaggio ricavabile dal primo riferimento alle «esigenze tecnico-produttive, e organizzative del complesso aziendale» contenuto nell'*incipit* dell'art. 5), potrebbe condurre alla fine all'applicazione della selezione (da effettuarsi sulla base dei tre criteri dello stesso art. 5) alla sola unità produttiva specificamente investita dalla decisione imprenditoriale (9).

In realtà, si può osservare, in senso difforme, che se si abbandona la dimensione del complesso aziendale, inteso come comprendente tutte le unità produttive, le quali sono comunque componenti di una unica azienda, è poi facile procedere sul piano inclinato della distensione tra ambiti aziendali anche costituiti da semplici reparti, perché investiti direttamente dalla ristrutturazione.

Basta, in proposito, ricordare tutta la polemica giurisprudenziale sui cd. accordi fotografia ossi di accordi sindacali di esubero in cui, appunto, i licenziati coincidevano con la persona di chi coprisse il posto abolito reparto per reparto, indipendentemente, ad esempio, dal fatto che le stesse mansioni venissero svolte da altro soggetto meno socialmente fragile in un reparto confinante.

A nostro avviso, proprio in questo si coglie la differenza tra il regime dei licenziamenti collettivi e quello dei licenziamenti individuali, perché mentre nel licenziamento individuale per motivo oggettivo la *ratio* del licenzia-

(8) Cass. 22.2.2019, n. 5373, in *MGC*, 2019.

(9) Carabelli 2006, 375 ss. Si fa altresì rinvio all'amplissimo e variegato panorama dottrinale ivi richiamato.

mento è anzitutto l'inutilità sopravvenuta di quello specifico posto di lavoro, nel licenziamento collettivo prevale un criterio di salvaguardia sociale dei soggetti socialmente più fragili da preferire, quindi, a colleghi più giovani e ricollocabili, ancorché sui posti aboliti fossero collocati proprio i più anziani e con maggior carico familiare.

Ci sembra si possa dire che, in definitiva, nel panorama giurisprudenziale fa riscontro a un indebolimento dell'elemento centrale costituito dalle ragioni, da dedurre e dimostrare, che rendono fondato il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, un parallelo rafforzamento invece delle tutele «a valle» o «di contesto», quali l'obbligo di *repechage* rivalutato a elemento caratterizzante della fattispecie e allargato alla riutilizzabilità in mansioni inferiori, o l'applicazione dei criteri di scelta di cui all'art. 5, legge n. 223 del 1991.

Non può comunque essere sottaciuto che, a ben guardare, sulla fondamentale antinomia tra «*ratio*» e «*voluntas*» che occupa il cuore della nozione di giustificato motivo oggettivo, un dato normativo di tipo positivo è intervenuto, nonostante tutto, quando al comma 7 del riscritto art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, il legislatore ha previsto la tutela di reintegra in caso di manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento.

È davvero difficile negare che la parola «fatto» indichi una evenienza esterna alla semplice volontà e discrezionalità organizzativa del datore di lavoro, che la condiziona e quasi la costringe ad adottare il provvedimento di licenziamento; una evenienza che va denunciata dal datore di lavoro, e proprio perché denunciata suscettibile di un controllo di fondatezza o insussistenza anche «manifesta».

E questo riterremo possa essere un punto di partenza innegabilmente solido per lo sviluppo di quella tendenza neogarantista sulla nozione stessa di giustificato motivo oggettivo, che è ora ai primi passi.

Resta da dire delle sanzioni previste per il caso di illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, e bisogna, dunque, distinguere tra il regime valido per i rapporti di lavoro nati prima del 7 marzo 2015 e quello per i rapporti sorti posteriormente, sotto la vigenza del d.lgs. n. 23 del 2015.

Per il primo regime, discendente dalla legge n. 92/2012, di novellazione dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, l'alternativa passa tra la sanzione di reintegra, seppur attenuata (ovvero con previsione di un indennizzo economico, ulteriore rispetto alla tutela di reintegra, limitato a 12 mensilità) ai sensi dell'art. 18, comma 4, e la sanzione meramente economica di importo compreso tra le 12 e le 24 mensilità.

La prima è riservata alla ipotesi di «manifesta insussistenza del fatto» posto a base del licenziamento, da intendersi, come già detto, comprensivo del mancato *repêchage* (che, dunque, dà luogo a sanzione di reintegra) e probabilmente (ove si creda alla applicabilità anche al licenziamento per giustificato motivo oggettivo dell'art. 5, della legge n. 223 del 1991) anche dei criteri di scelta del lavoratore licenziando, ove la loro violazione sia intesa come interruzione del nesso causale tra evento e sua affermata conseguenza.

Per ogni altra illegittimità si applica la tutela risarcitoria cd. «forte» (ossia l'indennizzo compreso tra le 12 e le 24 mensilità).

Nel regime del d.lgs. n. 23 del 2015 il *decalage* delle sanzioni, ossia, al converso, delle tutele accordate al lavoratore, è macroscopico, e nell'intento del legislatore del *Jobs Act* tale da segnare il trionfo non solo del neoliberismo, ma di un inedito «tariffario» dell'illegittimità, perché non soltanto la sanzione di reintegra è sempre esclusa, ma è (o era) preventivamente limitata a due mensilità di retribuzione per ogni anno di anzianità lavorativa. Lo scopo (addirittura dichiarato nella pubblicistica neoliberista) è quello di far conoscere al datore di lavoro il costo economico del licenziamento ingiusto che si appresti a compiere.

A questa vera e propria «caduta etica» la Corte costituzionale ha posto, come meglio si dirà in seguito, un parziale rimedio con la sentenza n. 194 del 2018.

Non meraviglia, allora, che la reazione più frequente e comprensibile a questa involuzione normativa, sia quella di invocare, sforzandosi di dimostrarla, la natura discriminatoria o ritorsiva di certi licenziamenti per motivo oggettivo poco comprensibili, così da attingere, in un solo balzo, la «tutela reintegratoria forte» prevista sia dalla legge n. 92/2012 sia dal d.lgs. n. 23 del 2015 per il caso di licenziamento nullo per discriminatorietà, reazione, illiceità per cause espressamente nominate (ad esempio, maternità); prevista, va aggiunto, con una certa «*nonchalance*» dal legislatore neoliberista, proprio per la ritenuta estrema difficoltà dell'onere della prova incombente, in tal caso, per il lavoratore.

Previsione che, però, potrebbe rivelarsi errata a fronte di ulteriori sviluppi della giurisprudenza in tema di discriminazione.

3. — *I Licenziamenti collettivi* —

3.1. — *La dubbia legittimità del doppio regime e l'eccesso di delega* —
Anche la disciplina garantista in tema di licenziamenti collettivi ha naturalmente subito un evidente processo di indebolimento e ristrutturazione in due diverse fasi: con la legge n. 92/2012 (all'art. 1) e poi con il d.lgs. n.

23/2015 che ha realizzato, almeno nelle intenzioni, il fatidico obiettivo del «mai più reintegra, a dispetto di qualsiasi illegittimità».

Si può dire, in presentazione e sintesi degli interventi legislativi, che essi hanno riguardato non già il robusto impianto della disciplina strutturale e sindacale conferito alla materia dei licenziamenti collettivi dagli artt. 5 ss. della l. n. 223/1991, bensì le sanzioni per la sua violazione. Restano tutti gli obblighi di informazione e negoziazione sindacale, resta la previsione di applicazione dei criteri di scelta (legali o stabiliti sindacalmente) dei lavoratori licenziandi, e l'obbligo di dettagliare, con metodo comparativo tra i singoli lavoratori, le ragioni della scelta (e la conseguente «classifica»), ma già con tutta la legge Fornero, ossia con l'art. 1, comma 46, della l. n. 92/2012 la tutela di reintegra veniva limitata all'ipotesi (scolastica) di inosservanza della forma scritta e a quella di inosservanza dei criteri di scelta, legali o stabiliti sindacalmente, applicandosi, invece, la tutela *solo risarcitoria* prevista dal comma 5 (riformato) dell'art. 18 della l. n. 300/1970 alla violazione delle «procedure richiamate dall'art. 4, comma 12, della l. n. 223/1991».

E va subito avvertito, prima di esaminare le serissime questioni sollevate dalla regressiva disciplina della legge Fornero, che, a breve distanza di tempo, con l'art. 10 del d.lgs. n. 23/2015, la possibilità di reintegra veniva eliminata, per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015, *anche* nel caso di violazione dei criteri di scelta.

È diffusa, però, l'opinione che in tal modo il legislatore «neoliberista» abbia posto il piede in fallo e per due diverse ma concorrenti ragioni: da un lato, perché un disposto come quello dell'art. 10 sembra davvero *eccedere la delega* della legge 10 dicembre 2014, n. 183, nella quale l'espressione assolutamente univoca e di uso comune «licenziamenti collettivi» non è affatto contenuta, e dall'altro perché si determina una macroscopica disparità di trattamento tra lavoratori operanti fianco a fianco in caso di violazioni dei criteri di scelta, visto che quelli assunti prima del 7 marzo 2015 sarebbero reintegrati *ex art. 1, comma 46, della legge n. 92/2012*, e quelli assunti successivamente perderebbero comunque, e ingiustamente, il lavoro.

Il nodo sta venendo al pettine, come dimostra il doppio rinvio della Corte d'Appello di Napoli, con l'ordinanza del 18.9.2019 (10), sia alla Corte costituzionale sia alla Corte di Giustizia dell'Ue, investita di una questione pregiudiziale anche dal Tribunale di Milano con ordinanza del 5.8.2019 (11).

Sul primo profilo, a nostro avviso, i dubbi di costituzionalità per eccesso

(10) In www.europeanrights.eu.

(11) In www.dirittoegiustizia.it.

di delega sono perfettamente comprensibili e anche condivisibili perché l'art. 1, comma 7, della legge parla solo di licenziamenti «economici», ossia individuali, e non si vede perché, se lo avesse voluto, il legislatore non abbia adottato la dizione, comunissima e inconfondibile, di licenziamenti collettivi.

Naturalmente, si può anche sostenere che il termine licenziamenti economici comprenda anche i licenziamenti collettivi, ma in sede di delega legislativa una tale imprecisione e incompletezza si tradurrebbe semplicemente in una eccessiva «mano libera» al legislatore delegato, arbitro in definitiva di stabilire lui stesso l'ampiezza della delega ricevuta.

Quanto al secondo profilo è bene mettere in guardia rispetto a un passo, alquanto infelice, della sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018, laddove, a proposito della differenza di trattamento nella disciplina del licenziamento, tra lavoratori assunti prima e dopo il 7 marzo 2015, la Corte ha affermato che «il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche». L'equivoco in cui è caduta la Corte costituzionale è stato quello di riferirsi in realtà non alle situazioni giuridiche, che sono contemporanee in un licenziamento collettivo, ma soltanto ai soggetti.

È del tutto comprensibile, invero, che un licenziamento ingiustificato possa essere sanzionato oggi diversamente da come un analogo licenziamento veniva sanzionato venti anni or sono, perché durante i 20 anni è mutata (in senso garantista o in senso opposto) la considerazione sociale del fenomeno «licenziamento ingiusto», ma se i licenziamenti avvengono ambedue «oggi», il giudizio di disvalore non può che essere il medesimo, e conseguentemente la sanzione adeguata deve essere identica.

3.2. — *Vizi sostanziali e procedurali dei licenziamenti collettivi nella legge Fornero* — Anche la previsione dell'art. 1, comma 46, della legge n. 92/2012 (legge Fornero) si è rivelata fonte di gravi incertezze proprio per la equivocità della citazione «delle procedure richiamate dall'art. 4, comma 12, della legge n. 223 del 1991», che, a sua volta, non distingue i diversi atti che confluiscono in un procedimento di mobilità, ma li evoca nel loro insieme. Il vero è che nella disciplina dei licenziamenti collettivi distinguere fra vizi formali e vizi sostanziali è quasi impossibile, dal momento che la tutela sostanziale «vive» essenzialmente della completezza e congruenza di atti di comunicazione e, quindi, di formalità.

Il caso più vistoso è stato quello della omissione da parte del datore di lavoro della comunicazione dei criteri di scelta dei lavoratori licenziati (la cd. griglia) e dei dati riguardanti gli organici e le caratteristiche dei singoli lavoratori (anzianità, carichi familiari ecc.).

È apparso subito evidente che una tale omissione costituisce in sé violazione di una procedura, ma nel concreto impedisce di controllare il rispetto dei criteri (non comunicati), e, quindi, ogni controllo sostanziale, con il risultato paradossale che mentre la violazione dei criteri comunicati dà luogo a reintegra, la loro mancata comunicazione darebbe luogo solo a un risarcimento monetario, anche piuttosto contenuto (da 12 a 24 mensilità).

Sono così occorsi diversi anni e ripetute consumazioni di quel paradosso, perché venisse riconosciuto, con l'ordinanza della Corte di Cassazione 6.9.2019, n. 22366 (12), che la mancata indicazione dei criteri di scelta costituisce una violazione sostanziale della disciplina, con conseguente applicazione della tutela di reintegra (cd. «attenuata») di cui all'art. 18, comma 4, della legge n. 223 del 1991. Ma non ogni dubbio risulta risolto, se si ha riguardo alla successiva ordinanza della Corte di Cassazione 26.11.2019, n. 30865 (13), la quale concorda, bensì, sul principio che i vizi presentati dalle comunicazioni di inizio e chiusura della procedura diano luogo a sanzioni di reintegra, ma in quanto abbiano comportato in qualche modo violazione dei criteri di scelta. Il che non avviene, ad esempio (era il caso di specie), quando il licenziamento sia causato da chiusura totale dell'attività con conseguente perdita di tutti i posti di lavoro.

Il rischio è che, generalizzando indebitamente il concetto, si finisca con il riversare sul lavoratore, il quale lamenta il mancato invio delle comunicazioni, l'onere della prova di una violazione dei criteri legali di scelta, non comunicati dal datore di lavoro con riguardo a tutti i lavoratori e a ognuno di essi.

Nei fatti la questione investe la fondamentale comunicazione di cui all'art. 4, comma 9, della l. n. 223/1991, con la quale viene dato conto dell'applicazione in concreto dei criteri di scelta, con la comparazione tra i lavoratori e formazione della graduatoria dei licenziandi. Comunicazione che costituisce, ovviamente, la base per ogni contestazione giudiziaria del mancato rispetto dei criteri, e il cui mancato invio o deficiente formulazione è sempre stata sanzionata (*ante* legge n. 92 del 2012) con l'annullamento del licenziamento e la reintegra nel posto di lavoro, e, in linea di principio, lo è tuttora, come precisato (*ex multis*), ad esempio, da Cass. 19.9.2016, n. 18306, e anche con Cass. 2.11.2018, n. 28034, Cass. 24.10.2018, n. 27025 (14). Tuttavia, non poche pronunzie aggiungono che l'applicazione della tutela di reintegra è dovuta quando la carenza totale o l'incompletezza

(12) Cass. 6.9.2019, n. 22366, in *www.lavoroediritto.it*.

(13) Cass. 26.11.2019, 30865, in *www.lavoroediritto.it*.

(14) Cass. 19.9.2016, n. 18306, in *www.cortedicassazione.it*, e anche con Cass. 2.11.2018, n. 28034, in *DeJure*; Cass. 24.10.2018, n. 27025, in *DeJure*.

della comunicazione *ex art. 4*, comma 9, della legge n. 223 del 1991, riguardante le modalità di applicazione dei criteri di scelta, si sia risolta nell'accretata illegittima applicazione di tali criteri (Cass. 28.10.2019, n. 27501, Cass. 17.7.2018, n. 19010, Cass. 2.2.2018, n. 2587) (15).

La precisazione, che come detto, rischia di riversare sul lavoratore licenziato l'onere di prova della violazione dei criteri di scelta (ancorché non comunicati) è davvero illogica, atteso che, per unanime riconoscimento, la funzione della comunicazione di cui all'art. 4, comma 9, della l. n. 223/1991, è quella di «far comprendere al lavoratore per quale ragione lui e non altri colleghi sia stato posto in mobilità o licenziato e, quindi, di poter contestare il recesso datoriale» (*ex multis*, Cass. 24.10.2017, n. 25152) (16). Pertanto, sarebbe logicamente contraddittorio che egli, senza essere stato adeguatamente informato di quelle ragioni ossia delle modalità di applicazione dei criteri che lo ha visto soccombente, debba e possa comprovare in giudizio che altri e non lui dovesse essere licenziato, così dimostrando di conoscere già le ragioni di cui lamenta la mancata o deficiente comunicazione!

Per sfuggire a questo paradosso e infortunio logico, si potrebbe ipotizzare che l'onere della prova rimanga, invece, comunque, a carico del datore di lavoro, nel senso che quest'ultimo, pur non avendo adempiuto correttamente all'obbligo di cui all'art. 4, comma 12, della l. n. 223/1991, sia ammesso, in giudizio, a provare che, in base al corretto utilizzo dei criteri, contestualmente esposto e dimostrato, il lavoratore sarebbe stato comunque correttamente licenziato.

Sarebbe, però, un «aggiustamento» inaccettabile sotto il profilo della violazione del diritto di difesa, in quanto il lavoratore sarebbe costretto a impugnare giudizialmente il licenziamento «al buio», pur essendo, per legge, titolare di un diritto a una completa informazione preventiva proprio allo scopo di valutare convenienza e praticabilità di un'impugnazione.

3.3. — *Il discusso criterio della fungibilità professionale* — La principale problematica di merito dibattuta dalla giurisprudenza riguarda l'utilizzo del criterio di scelta dei lavoratori licenziandi che la legge connota come «esigenze tecnico-produttive e organizzative», ma che nell'applicazione pratica è conosciuto, invertendo, per così dire, l'ottica, come «fungibilità» delle mansioni o piuttosto attitudine professionale del lavoratore. Invero, quanto più questa è ampia e multiforme, tante meno ragioni sussistono di

(15) Cass. 28.10.2019, n. 27501, in *DeJure*; Cass. 17.7.2018, n. 19010, in *DeJure*; Cass. 2.2.2018, n. 2587, in *MGC*, 2018.

(16) Cass. 24.10.2017, n. 25152, in *MGC*, 2017.

ricorrere al licenziamento, in caso di abolizione della posizione lavorativa, stante la larga possibilità di *repêchage* in altre posizioni.

Si ripete, pertanto, il già rilevato fenomeno della dislocazione delle tutele «a valle» della causale della riduzione di organico, che è ormai considerata valutazione insindacabile del datore di lavoro, ma con accentuazione, allora, dei controlli sulle conseguenze di quella decisione sui singoli rapporti di lavoro.

In particolare, la circostanza di essere attualmente adibito a una posizione lavorativa in corso di eliminazione, non significa per nulla esser destinati al licenziamento se il lavoratore ha la possibilità di essere reimpiegato in altre attività per cui sia idoneo, e per altro verso, può vantare maggiore anzianità aziendale e maggior carico familiare dei colleghi, operanti nell'intero complesso aziendale. Il riferimento a un determinato reparto – ha precisato fra le tante la Corte d'Appello di Milano 5.6.2019, n. 981 (17) – è ammissibile solo quando esso sia pienamente autonomo e caratterizzato dalla presenza di specifiche professionalità, non fungibili, per l'appunto, rispetto a quelle di altri settori.

Si comprende che il criterio della «fungibilità» apre ampie possibilità e probabilità di contenzioso, che la giurisprudenza e, indirettamente, anche le modifiche legislative in tema di adibizione mansionistica del lavoratore, hanno confermato: invero, secondo la Corte di Cassazione, ordinanza 4.10.2019, n. 24882 (18), per valutare la fungibilità occorre tener conto non solo delle mansioni affidate al lavoratore al momento di apertura della procedura di esubero, ma del loro *background* professionale, delle esperienze pregresse, della formazione e del bagaglio di conoscenze acquisito.

Per altro verso, poiché, per così dire, il «più contiene il meno», deve tener conto della verisimile capacità del lavoratore di occupare anche mansioni di qualifica inferiore, ma rientranti nello stesso «filone» di attività professionale. Invero, questa mobilità interna *in peius*, ma a tutela concreta del posto di lavoro, era già prevista dall'art. 4, comma 11, della legge n. 223 del 1991, come possibile oggetto di accordi sindacali di salvaguardia, ma ora è stata generalizzata dall'art. 3 del d.lgs. n. 81 del 2015.

La comparazione tra lavoratori sotto il profilo della «fungibilità», ossia del terzo criterio legale delle esigenze tecnico-produttive e organizzative, diviene così ardua e di incerto risultato, con implicita tendenza alla stessa elisione e inapplicabilità del criterio.

Invero, se tutti i lavoratori tra cui occorre operare la scelta sono, per una

(17) In *DeJure*.

(18) Cass. 4.10.2019, n. 24882, in *DeJure*.

via o per l'altra, comunque tra loro fungibili, allora in concreto, la scelta sarà in pratica determinata dai residui criteri dell'anzianità di servizio e dal carico familiare, applicati nell'intero ambito aziendale, in mancanza di diversi criteri convenzionali stabiliti con accordo sindacale ai sensi della legge n. 223 del 1991.

Riferimenti bibliografici

- Carabelli U. (2006), *La disciplina sui licenziamenti collettivi contenuta nella l. n. 223 del 1991: alcuni problemi ancora aperti*, in Garofalo D., Ricci M., *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 375 ss.
- Stiglitz J.E. (2013), *Il prezzo della disuguaglianza*, Einaudi, Torino.

ABSTRACT

Le modifiche peggiorative apportate alla disciplina dei licenziamenti dagli interventi normativi succedutisi negli ultimi venti anni (prima la cd. legge Fornero e poi il Jobs Act) hanno segnato il «trionfo» dell'ideologia neolibera contro il sistema di tutele della stabilità e della dignità del lavoro. In definitiva, si è verificata una sostanziale instaurazione della libertà di licenziamento, a mala pena corretta da un'indennizzazione economica minimale, specie a fronte del ricorso frequente al licenziamento per (apparente) giustificato motivo oggettivo o ai licenziamenti collettivi. Tutto questo ha comportato un inesorabile e progressivo impoverimento dei lavoratori, nonché l'aumento della disoccupazione e delle disuguaglianze prodotte dalle politiche neoliberiste. In questo scenario, una parte della giurisprudenza prova però a costruire delle linee successive di resistenza, talvolta realizzando dei progressi sulle teoriche tradizionali. Ne discende un quadro quanto mai articolato e anche contraddittorio, che è necessario potere abbracciare nel suo insieme per poter intravedere le linee di una futura ripresa garantista.

INDIVIDUAL DISMISSAL FOR JUSTIFIED OBJECTIVE REASON AND COLLECTIVE REDUNDANCIES BETWEEN THE EMPLOYER'S POWERS AND THE PROVEN EXTERNAL REASONS

The changes made to the discipline of dismissal from the legislative reforms in the last twenty years (the so-called «Fornero Law» and the Jobs Act) have marked the «triumph» of the neo-liberal ideology against the system of protection of the stability and the dignity of work. Ultimately, there was a substantial confirmation of the freedom of dismissal, barely corrected by minimal economic compensation, especially in the case of frequent recourse to dismissal for (apparent) justified objective reason or collective redundancies. All this has led to an inexorable and progressive impoverishment of workers, as well as the increase in unemployment and inequalities. In this highly articulated scenario, however, part of the jurisprudence tries to build lines of resistance, sometimes promoting a new interpretation of traditional theories to guarantee more effective protection for workers.

RAPPORTO DI LAVORO

CORTE DI GIUSTIZIA, 26.9.2019, C-63/18, S. Quinta – Avv. Gen. Campos Sánchez Bordona – Vitali Spa c. Autostrade per l’Italia Spa.

Appalto – Subappalto – Direttiva n. 2014/24 – Disciplina nazionale – Limite del 30 per cento – Incompatibilità con il diritto dell’Unione europea.

La Direttiva n. 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26.2.2014, sugli appalti pubblici e che abroga la Direttiva n. 2004/18, come modificata dal Regolamento delegato (Ue) n. 2170/2015 della Commissione del 24.11.2015, deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa che limita al 30 per cento la parte dell’appalto che l’offerente è autorizzato a subappaltare a terzi. (1)

(1) QUALE FUTURO PER LA DISCIPLINA NAZIONALE IN MATERIA DI SUBAPPALTO?

1. — Con la sentenza in commento, la Corte di Giustizia conferma il suo orientamento in materia di subappalto, dichiarando l’incompatibilità con la Direttiva n. 2014/24 della normativa italiana stabilita all’art. 105, commi 2 e 5, d.lgs. n. 50/2016 (cd. Codice degli appalti), che limita al 30% la parte dell’appalto che può essere affidata a terzi (Sulla disciplina del subappalto e della compatibilità con il diritto Ue si vd., *ex multis*, Realfonzo 2016). Una conclusione che si inserisce nel filone di pronunce con cui la Corte ha dichiarato l’incompatibilità con il diritto dell’Ue, e in particolare con la previgente Direttiva n. 2004/18, di talune discipline di diritto interno che prevedevano analoghe restrizioni al subappalto (Si vd. C. Giust. 5.4.2017, C-298/15, *Borta c. Klaipėdos*; vd. altresì C. Giust. 14.7.2016, C-406/14, *Wróclaw c. Miastonaprawachpowiatu*).

La domanda pregiudiziale sollevata dal Tar Lombardia riguarda una controversia sorta tra Vitali Spa e Autostrade per l’Italia Spa a causa dell’esclusione della prima dalla procedura di aggiudicazione di un appalto per l’affidamento di lavori autostradali, per aver superato il limite del 30 per cento al ricorso al subappalto stabilito all’art. 105, comma 2, d.lgs. n. 50/2016.

Nella decisione in esame, dopo una prima parte dedicata alla ricostruzione della

normativa italiana che, a partire dalla l. n. 55/1990, ha disciplinato la materia del subappalto, il Tar prende in considerazione taluni rilevanti apporti giurisprudenziali e consultivi che muovono in favore dell'introduzione di tale limite del 30 per cento al subappalto. Si tratta, in particolare, della sentenza n. 218 del 1993 della Corte costituzionale, in cui si afferma che la già citata l. n. 55/1990 si inseriva nel filone della cd. legislazione antimafia ed era diretta alla difesa di interessi ed esigenze dell'intera collettività nazionale, nonché dei pareri n. 855 del 2016 e n. 782 del 2017 del Consiglio di Stato: con essi i giudici amministrativi difendono la scelta del legislatore italiano di recepire le direttive europee in materia di appalti introducendo, con il cd. Codice degli appalti, una disciplina di maggior rigore rispetto a quella comunitaria, in quanto giustificata da pregnanti ragioni di ordine pubblico, di tutela della trasparenza e del mercato del lavoro, nonché dalla salvaguardia di interessi e valori costituzionali, enunciati nell'art. 36 TfUe.

Tale ricostruzione interpretativa elaborata dal Consiglio di Stato non ha però convinto i giudici del Tar Lombardia. Nell'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia vengono infatti posti in rilievo due profili di possibile incompatibilità con il diritto dell'Ue. Da un lato, i giudici ritengono che l'attuale disciplina di restrizione al subappalto possa rendere più difficoltoso l'accesso agli appalti pubblici delle imprese, in particolar modo di quelle di piccole e medie dimensioni, ostacolando così l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché il regolare sviluppo della concorrenza. Dall'altro lato, pur riconoscendo come legittime le giustificazioni adottate dal Consiglio di Stato, il Tar Lombardia rileva che il limite del 30 per cento al subappalto sembra non rispettare il principio di proporzionalità, poiché eccede quanto necessario per il raggiungimento degli scopi anzidetti. Ai fini di tale valutazione, il Tar fa riferimento al contesto normativo all'interno del quale si inserisce la restrizione al subappalto: infatti, la normativa italiana già prevede una serie di obblighi informativi e di adempimenti procedurali, per effetto dei quali l'impresa subappaltatrice può oggi ritenersi assoggettata a controlli analoghi a quelli svolti nei confronti dell'impresa aggiudicataria; inoltre attribuisce un incisivo potere interdittivo in capo ai prefetti, che possono escludere dalle gare d'appalto quelle imprese in relazione alle quali vi sia anche soltanto il pericolo di infiltrazione mafiosa.

La Corte di Giustizia ha pienamente avallato i dubbi di compatibilità espressi dal Tar Lombardia. Pur ammettendo che con la Direttiva n. 2014/24 il legislatore dell'Unione ha inteso disciplinare la materia del subappalto in maniera più specifica (Si vd., ad esempio, quanto previsto ai Considerando 41 e 100, nonché al par. 7 dell'art. 71, Direttiva n. 2014/24), secondo il giudizio della Corte il limite stabilito all'art. 105, commi 2 e 5, d.lgs. n. 50/2016, eccede quanto necessario al raggiungimento dell'obiettivo di contrastare l'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti. A sostegno di tale interpretazione, la Corte afferma che il ricorso al subappalto può favorire l'accesso delle Pmi agli appalti pubblici, consentendo così all'amministrazione di ricevere offerte più numerose e diversificate: si tratterebbe di uno strumento funzionale al raggiungimento degli obiettivi della Direttiva n. 2014/24, ovvero garantire il rispetto delle libertà fondamentali e dei principi che ne derivano – tra cui, specialmente, quelli di proporzionalità e di trasparenza –, nonché favorire l'apertura del bando di gara alla concorrenza più ampia possibile.

I giudici europei rilevano inoltre che la restrizione di cui all'art. 105, commi 2 e 5, d.lgs. n. 50/2016, si applica indipendentemente dal settore economico interessato

dall'appalto, dalla natura dei lavori e/o dall'identità dei subappaltatori, e non lascia spazio ad alcuna valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore, il quale dovrà escludere l'offerente anche qualora ritenga che non sia necessario applicare il vincolo al caso di specie. Tale carattere di generalità e astrattezza risulta decisivo ai fini del giudizio di proporzionalità: secondo la Corte, potrebbero essere infatti adottate misure meno restrittive per il raggiungimento del medesimo obiettivo. Per di più, come indicato dal Tar Lombardia nell'ordinanza di rinvio, il diritto italiano già prevede numerosi strumenti diretti a impedire l'accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamento mafioso. In relazione a ciò, la Corte ha respinto l'argomento dedotto dal Governo italiano secondo cui i controlli di verifica che l'amministrazione aggiudicatrice deve effettuare in forza del diritto nazionale sarebbero inefficaci, poiché, secondo i giudici europei, si tratta di una circostanza irrilevante ai fini della valutazione della compatibilità della misura in oggetto.

Occorre sottolineare che tale sentenza si inserisce in un contesto già particolarmente problematico: rilevanti dubbi di compatibilità con il diritto dell'Ue della restrizione quantitativa al subappalto erano già stati sollevati da una parte della dottrina (Vd., *ex multis*: Mazzeo 2017; Fedrizzi 2018).

Inoltre, la decisione dei giudici europei è stata preceduta da due lettere inviate dalla Commissione europea all'Italia. Con la prima (Lettera del 23.3.2017, n. 1572232), la Commissione ha accolto i dubbi sollevati dall'Associazione nazionale delle imprese edili (Ance) con un esposto del marzo del 2017, in ordine alla non coincidenza di numerose norme contenute nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) con il diritto dell'Ue. Con la seconda è stata invece formalizzata l'apertura di una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia in ragione della «mancata conformità del quadro giuridico italiano alle direttive del 2014 in materia di contratti pubblici» (Lettera di costituzione in mora – infrazione n. 2018/2273; per un approfondimento, vd. Carucci 2019). Si noti che già nella lettera del 2017 la Commissione aveva fatto richiesta all'Italia di recepire nel testo finale del d.lgs. n. 56/2017 (cd. decreto correttivo) talune modifiche alla disciplina del subappalto al fine di renderla compatibile con i principi del diritto dell'Ue. In particolare, viene suggerito al legislatore italiano di consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di limitare il diritto degli offerenti di ricorrere al subappalto, ma solo ove siffatta restrizione sia giustificata dalla particolare natura delle prestazioni da svolgere; pertanto, in linea di principio, agli offerenti deve essere consentito di ricorrere ai subappaltatori nell'esecuzione dei contratti. Analoghe indicazioni sono state espresse nell'ambito della successiva procedura di infrazione, a cui il legislatore italiano ha tentato di dar risposta con le modifiche al Codice dei contratti pubblici introdotte con il cd. decreto «Sblocca cantieri» (d.l. n. 32/2019, convertito con modificazioni dalla l. n. 55/2019).

Un ulteriore spunto di valutazione in materia di limiti per il ricorso al subappalto è stato sviluppato dal Consiglio di Stato nell'ordinanza n. 3553 dell'11.6.2018, con cui i giudici amministrativi hanno rinviato alla stessa Corte di Giustizia una questione analoga a quella sollevata dal Tar Lombardia, seppure in relazione al previgente art. 118, comma 2, d.lgs. n. 163/2006, in quanto disciplina applicabile, *ratione temporis*, al caso di specie.

In particolare, il Collegio rileva che l'eventuale abolizione del limite del 30% per il ricorso al subappalto fissato con tale disposizione possa mettere in pericolo lo stesso

corretto adempimento della commessa oggetto dell'appalto, in quanto, come avvenuto nel caso di specie, risulterebbe molto difficile per la stazione appaltante effettuare adeguati controlli sui subappaltatori e rilevare l'eventuale anomalia dell'offerta. Tale considerazione vale certamente anche per il limite del 30% stabilito ai commi 2 e 5 dell'art. 105, d.lgs. n. 50/2016.

Per ulteriori approfondimenti sarà utile attendere la risposta dei giudici europei.

Dalla declaratoria di incompatibilità espressa dalla Corte di Giustizia con la sentenza in esame derivano conseguenze di assoluta rilevanza, sia per la necessità di disapplicare la norma dichiarata incompatibile, sia per quanto riguarda l'immediato futuro dell'intero assetto normativo italiano in materia di subappalto. Relativamente a questo secondo aspetto, il legislatore dovrà interrogarsi sulla prospettiva di un ripensamento dell'intera disciplina al fine di individuare nuovi equilibri fra le diverse esigenze interessate. A parere di chi scrive, non sembra potersi ritenere risolutivo il recente innalzamento al 40 per cento del limite per il ricorso al subappalto, fissato, in via peraltro temporanea (fino al 31.12.2020), con il decreto cd. «Sblocca cantieri»: infatti, tale modifica non incide affatto sui caratteri di generalità e astrattezza del limite in oggetto, giudicati dalla Corte come parametri determinanti nella valutazione di incompatibilità della misura nazionale con il diritto europeo.

A tal fine, una possibile risposta è stata fornita dall'Autorità nazionale anticorruzione (Anac), che nell'atto di segnalazione n. 8 del 13.11.2019 ha raccomandato talune modifiche dirette a realizzare «una rivisitazione dei meccanismi di regolazione del subappalto mediante una opportuna compensazione tra i diritti di libertà riconosciuti a livello europeo e le esigenze nazionali di sostenibilità sociale, ordine e sicurezza pubblica». In tale documento, l'Anac ha opportunamente evidenziato che la Corte, pur dichiarando l'incompatibilità della restrizione *ex* art. 105, d.lgs. n. 50/2016, non sembra aver sancito la possibilità di ricorrere illimitatamente al subappalto: circostanza che peraltro porterebbe a snaturare il senso dell'affidamento al contraente principale. Infatti, ciò che i giudici europei ritengono eccedente rispetto all'obiettivo del contrasto alla criminalità organizzata sono i caratteri di generalità e astrattezza propri della limitazione in oggetto. Pertanto, il legislatore italiano dovrebbe adeguare la disciplina nazionale introducendo «alcuni accorgimenti e “contrappesi”», di cui l'Anac propone un'elencazione (Vd. atto di segnalazione n. 8/2019, 6 e 7). Per ciò che qui interessa, pare utile menzionare la proposta di introdurre un obbligo di motivazione per la stazione appaltante che intenda stabilire un limite per il ricorso al subappalto: una misura che si accompagnerebbe all'abolizione dell'attuale limite generale e che consentirebbe di dare risposta all'esigenza, espressa dalla Corte di Giustizia, di lasciare spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Tuttavia, come già rilevato da una prima dottrina di commento alla sentenza in oggetto (Vd. Ponte 2019), occorre far presente che una misura di questo genere potrà risultare efficace soltanto se tutte le stazioni appaltanti siano effettivamente capaci di controllare l'intero ammontare dei lavori in subappalto (che in questa ipotesi potrebbe variare in un *range* da 0 a 100 per cento).

Tale norma comporterebbe peraltro un eccessivo aggravio burocratico per il lavoro dell'amministrazione, che mal si concilia con le risorse a sua disposizione e con le tempistiche delle gare d'appalto. Inoltre potrebbe darsi adito a pericolosi effetti indiretti, quali l'emersione di discordanze nella fase applicativa della norma, nonché l'aumento di comportamenti elusivi da parte delle imprese, in relazione a uno strumento, quello

del subappalto, già riconosciuto come un canale privilegiato all'ingresso della criminalità organizzata nell'economia pubblica.

In conclusione, dopo questa netta presa di posizione della Corte, il legislatore italiano si trova di fronte alla necessità di rimodulare in breve tempo una disciplina estremamente delicata come quella del subappalto (Sulle prospettive di sviluppo di tale disciplina si legga Dugato 2019). A tal proposito, nel suo giudizio la Corte di Giustizia sembra aver posto in secondo piano un aspetto che, a parere di chi scrive, appare invece decisivo, ovvero il condizionamento della criminalità organizzata rispetto alla partecipazione delle Pmi alle gare d'appalto. È infatti opportuno evidenziare che uno dei principali obiettivi dell'impresa criminale è quello di estromettere dal mercato quegli operatori economici che non fanno parte del sodalizio criminale, esercitando sugli stessi pressioni indebite e illegali tramite l'utilizzo della violenza e della minaccia, ovvero intavolando accordi di spartizione delle commesse pubbliche con gli operatori economicamente più rilevanti. Il subappalto costituisce un canale di ingresso nell'economia legale privilegiato per la criminalità organizzata in quanto: da un lato, con il subappalto viene parcellizzata la prestazione oggetto dell'appalto principale, il che comporta un notevole aggravio dell'attività di controllo delle stazioni appaltanti sulla regolarità delle imprese subappaltatrici; dall'altro lato, i lavori che di norma vengono subappaltati (come, ad esempio, il movimento terra o il trasporto dei rifiuti) fanno parte di mercati particolarmente appetibili per la criminalità, essendo connotati da basse barriere all'ingresso e non necessitando di un particolare *know-how* (Vd. Mete 2018). Pertanto, non sembra potersi riconoscere, di fatto, un rapporto di diretta proporzionalità tra la maggiore partecipazione delle imprese, Pmi in particolare, alle gare d'appalto pubbliche e l'abrogazione della restrizione quantitativa al ricorso al subappalto.

Riferimenti bibliografici

- Carucci V. (2019), *Codice dei contratti pubblici. La Commissione Ue apre una procedura di infrazione contro l'Italia*, in *www.giustamm.it*, n. 5.
- Dugato M. (2019), *Il subappalto*, in *GDA*, n. 6, 737 ss.
- Fedrizzi F. (2018), *I limiti italiani al subappalto (finalmente) al vaglio della Corte di Giustizia Ue*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, n. 3, 871 ss.
- Mazzeo L. (2017), *Il subappalto*, in Garofalo D. (a cura di), *Appalti e lavoro*, I, Giappichelli, Torino, 585 ss.
- Mete V. (2018), *Le mafie nell'autotrasporto. Il caso di Reggio Emilia*, in Borelli S., Mete V. (a cura di), *Mafie, legalità, lavoro*, Centro Stampa Regione Emilia-Romagna, Bologna, 11 ss.
- Ponte D. (2019), *Illegittimo il limite del 30% nei subappalti pubblici: per i giudici Ue c'è contrasto con il principio della concorrenza*, in *GDir.*, n. 43, 100 ss.
- Realfonzo U. (2016), *I contratti di concessione*, in Caringella F. et al. (diretto da), *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al d.lgs. n. 50/2016*, Dike Giuridica, Roma, 374 ss.

Riccardo Tonelli
Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Ferrara

I

CASSAZIONE, 23.9.2019, n. 23583 – Pres. Nobile, Est. Blasutto, P.M. Mastroberardino (conf.) – C.I. Srl (avv.ti Riganò, Voce, La Spina) c. F.S. (avv.ti Circi, Del Rosso).
Conf. Corte d'Appello di Firenze, 28.11.2017.

Licenziamento individuale – Licenziamento ritorsivo – Motivo illecito, unico e determinante – Onere della prova – Criteri di valutazione giudiziale.

È ritorsivo il licenziamento, ancorché formalmente giustificato da un motivo organizzativo, intimato al lavoratore al rientro in servizio dopo un lungo periodo di malattia. Indipendentemente dal motivo formalmente addotto, occorre che l'intento ritorsivo del datore di lavoro sia determinante ed esclusivo, dovendosi escludere la necessità di procedere a un giudizio di comparazione fra le diverse ragioni causative del recesso. Il giudice, ai fini della valutazione del carattere ritorsivo del licenziamento, ben può valutare tutto il complesso degli elementi acquisiti al giudizio, ivi inclusi quelli già valutati per escludere il giustificato motivo oggettivo, nel caso in cui questi elementi, da soli o nel concorso con altri, nella loro valutazione unitaria e globale consentano di ritenere raggiunta, anche in via presuntiva, la prova del carattere ritorsivo del recesso: questi, in una valutazione globale e unitamente alla circostanza della contiguità temporale tra rientro in azienda e intimazione del recesso, debbono portare a ritenere – secondo una valutazione dell'id quod plerumque accidit – che l'iniziativa del datore non trovi altra plausibile e ragionevole spiegazione se non la rappresaglia per il lungo periodo di assenza giustificata. (1)

II

TRIBUNALE MILANO, 23.8.2019 – Giudice Colosimo – X.Y. (avv. Imberti) c. S.C. (avv. Riccio, Toschi).

Licenziamento individuale – Mancato superamento del periodo di prova – Licenziamento ritorsivo – Rispetto dell'onere probatorio in capo al lavoratore.

Deve considerarsi nullo il licenziamento intimato per mancato superamento del periodo di prova qualora la ritorsività del recesso del datore di lavoro sia conseguenza delle reiterate richieste formulate dal lavoratore al fine di ottenere l'in-

tegrale e corretto pagamento di tutte le ore di lavoro svolte, ivi incluse le maggiorazioni dovute in ragione delle previsioni di cui al contratto collettivo applicato al rapporto. Al di là della fondatezza o meno delle doglianze avanzate dal dipendente, la successione temporale tra le richieste e la comunicazione del recesso appalesa la natura ritorsiva quale ingiusta reazione a una pretesa del tutto legittima del lavoratore. (2)

(1-2) PRESUPPOSTI, LIMITI E TUTELE DEL LICENZIAMENTO «RITORSORIVO»

1. — Le due pronunce oggetto di nota sono intrinsecamente connesse, poiché rendono evidente come la *contiguità temporale*, intercorrente tra l'esercizio di una legittima pretesa del lavoratore e la conseguente reazione del recesso datoriale, sia elemento dotato di una considerevole efficacia probatoria ma, *in re ipsa*, incapace di palesare il motivo illecito, unico e determinante.

Preliminarmente, per meglio comprendere entrambi gli approdi giurisprudenziali, è opportuno tracciare i tratti salienti della fattispecie del licenziamento per motivo illecito, entro cui rientra senza dubbio quello determinato da un «intento ritorsivo o di rappresaglia» in termini di ingiusta reazione datoriale a un comportamento e/o pretesa del tutto legittimi del dipendente (Cass. 27.2.2015, n. 3986, in *FI*, 2015, I, 3890 ss.; Cass. 8.8.2011, n. 17087, in *RGL*, 2012, II, 326 ss., con nota di Cannati): l'espulsione cagionata dalla domanda o dalla fruizione di congedi parentali, familiari o formativi, nonché l'instaurazione di un'azione giudiziale a propria tutela sono solo alcuni dei possibili esempi in tal senso (Vallebona 2017, 516).

L'onere della prova, in applicazione della regola generale sulla ripartizione dello stesso positivizzata all'art. 2697 c.c., non trovando applicazione l'art. 5 della l. n. 604/1966, grava sul lavoratore che lo allega a fondamento della domanda di reintegrazione, tenendo conto, tuttavia, che tale onere può essere assolto anche attraverso presunzioni che, per poter assurgere al rango di prova, debbono essere «gravi, precise e concordanti» (Cfr.: Cass. 4.3.2013, n. 6501, in *FI*, 2013, I, 1455 ss.; Cass. 9.3.2011, n. 5555, in *MGL*, 2011, 665 ss.).

In altri termini, a fronte di una oggettiva difficoltà per il lavoratore di provare qualcosa che attiene al momento della formazione dell'intento risolutorio (*rectius*, motivazione psicologica), piuttosto che alla sua esternazione, che presenta solitamente connotazioni formalmente legittime (nel caso di specie trattasi di un g.m.o. di licenziamento), l'allegazione di elementi fattuali – che posseggano le caratteristiche anzidette – può permettere di ritenere sussistente il fatto ignoto come conseguenza ragionevolmente possibile e verosimile secondo «regole di comune esperienza» (Cass. 27.2.2012, n. 2958, in www.leggegiustizia.it).

Senonché, l'intento illecito o vendicativo deve presentare un'efficacia, oltre che determinativa, anche esclusiva rispetto ad altri fatti rilevanti ai fini della configurazione della giusta causa o del giustificato motivo, tale che l'eventuale concorrenza di quest'ultimi rende inevitabilmente irrilevante l'accertamento del carattere ritorsivo dell'atto espulsivo (Tatarelli 2015, 410).

Le sentenze oggetto di nota, giacché afferenti rapporti di lavoro sorti in costanza di differenti normative sanzionatorie (Art. 18, *post* Fornero, St. lav. e d.lgs. n. 23/2015

per il rapporto di lavoro esaminato dal Tribunale di Milano), offrono anche all'interprete uno spunto di riflessione quanto alle tutele da riconnettere a questo tipo di atto illegittimo.

Ebbene, il comma 1 dell'art. 18 St. lav., nel prevedere espressamente il vizio della nullità per il licenziamento determinato da un motivo illecito determinante, ai sensi dell'art. 1345 c.c., riconduce all'effetto sanzionatorio della tutela reale piena che si estrinseca nella reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro «indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro» (limitatamente agli effetti vi è assimilazione con il licenziamento discriminatorio).

Invece, dubbi in ordine alla tutela applicabile insorgono per gli assunti dopo il 7.3.2015, in quanto la disciplina del contratto a tutele crescenti, omettendo di menzionare l'art. 1345 c.c., ha relegato l'ambito d'efficacia della nullità «ai casi espressamente previsti dalla legge», facendo sorgere una disputa dottrinale: secondo taluni, l'avverbio «espressamente» porterebbe a limitare l'ambito di applicazione della tutela reale ai soli casi di nullità cd. «testuale» (Cfr. art. 1418, comma 3, c.c.; si rimanda a Cataudella 2018, 88 ss., e a Treu 2015, 14 ss.). La conseguenza pratica più importante è la non riconducibilità all'area dei licenziamenti nulli proprio del licenziamento ritorsivo, la cui mancata riproduzione nell'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015 gli impedirebbe di ricadere nel proprio raggio di applicazione.

Per altri, invece, varrebbe la tesi (accolta dal Tribunale di Milano oggetto di nota) secondo cui il quadro previgente sostanzialmente non sarebbe mutato, poiché la nullità cd. «virtuale» (Cfr. art. 1418, comma 3, c.c.) del licenziamento può altrimenti ricavarsi dalle regole generali dell'ordinamento in applicazione dei rimedi ordinari del diritto civile (Si rimanda a: Santoro Passarelli 2017, 344; Scarpelli 2015, 1 ss.).

Sicché, pur non essendo espressamente più menzionato nell'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015, il licenziamento viziato da motivo illecito sarebbe anch'esso un'ipotesi di nullità, essendo a tal fine autosufficiente la normativa codicistica, in forza del combinato disposto degli artt. 1418, comma 2, 1345 e 1324 c.c. (Bellocchi 2017, 1576 ss.).

2. — Le premesse sin qui svolte consentono di analizzare in modo più dettagliato le due sentenze in commento.

Nella sentenza di legittimità in commento, il lavoratore, operaio incisore pantografista in un'azienda orafa, aveva ricevuto, al momento del suo rientro in servizio dopo circa sette mesi a causa di una malattia, una lettera di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Nell'impossibilità asserita di adibire il lavoratore nell'ambito dell'organizzazione aziendale, il motivo del recesso consisteva nella chiusura, cagionata da un calo di commesse, del settore a cui esso era addetto (bigiotteria, argenteria e ottone).

Il suddetto licenziamento, per i giudici di legittimità, aderendo alla pronuncia della Corte territoriale, è nullo in quanto espressivo della volontà di rappsaglia per la prolungata assenza del dipendente. Questo si può ritenere dimostrato per presunzioni allorquando, all'esito di una valutazione complessiva della vicenda, secondo il principio dell'*id quod plerumque accidit*, l'iniziativa datoriale non può trovare altra spiegazione plausibile e ragionevole.

Di talché, la sola circostanza della contiguità temporale tra rientro in servizio e intimazione del recesso, al pari dell'infondatezza del motivo oggettivo alla base del li-

enziamento, non è sufficiente a dimostrare il suddetto intento datoriale, ma occorre una valutazione complessiva della vicenda in applicazione delle comuni regole di esperienza.

Quanto al carattere ritorsivo, inoltre, per accordare la tutela che l'ordinamento riconosce a fronte di tale violazione, occorre che il motivo illecito abbia avuto efficacia determinante ed esclusiva, dovendosi escludere la necessità di procedere a un giudizio di comparazione fra le diverse ragioni causative del recesso, ossia quelle riconducibili a una ritorsione, e quelle connesse, oggettivamente, ad altri fattori idonei a giustificare il licenziamento.

In altri termini, occorre che il provvedimento espulsivo sia stato determinato esclusivamente da esso, per cui la necessità deve essere esclusa se con lo stesso concorra un motivo lecito come una giusta causa (Art. 2119 c.c.) o un giustificato motivo (*Ex art. 3, l. n. 604/1966*).

La successione temporale dei fatti – documentalmente provata – è stata l'elemento cardine avvalorato anche dal Tribunale di Milano per concludere circa la ritorsività del recesso datoriale per mancato superamento del periodo di prova.

In tal senso, il brevissimo lasso temporale intercorso tra le reiterate richieste avanzate, a mezzo *e-mail* e messaggistica WhatsApp, dal lavoratore alla dipendente addetta al pagamento delle retribuzioni e l'interruzione anticipata dal periodo di prova (quattro giorni intercorsi tra l'ultima richiesta del dipendente e la comunicazione del licenziamento) svela la natura ritorsiva del recesso.

Il licenziamento è, dunque, diretta e univoca conseguenza delle richieste formulate al fine di ottenere l'integrale e corretto pagamento di tutte le ore di lavoro svolte, ivi incluse le maggiorazioni dovute in ragione delle previsioni di cui al contratto collettivo applicato al rapporto.

Il giudice, pertanto, ha rilevato che la prova dell'intento ritorsivo, unico e determinante, sia stata presuntivamente raggiunta dal lavoratore in quanto «risulta oltremodo significativa la successione temporale – documentalmente provata – tra le richieste reiterate dal lavoratore e la comunicazione di licenziamento inoltrata».

3. — La fattispecie del licenziamento ritorsivo, a seguito dell'entrata in vigore del contratto a tutele crescenti, ha assunto fondamentale importanza, giacché rappresenta una delle residue vie di accesso alla tutela reale (Delogu 2019, 19 ss.), e i casi oggetto della presente nota offrono lo spunto per una riflessione circa i presupposti e i limiti di questa illegittima forma di recesso.

Come si evince dal paragrafo che precede, in entrambi i casi il breve lasso temporale tra «azione e reazione» finisce per essere un elemento da cui presumere il carattere ritorsivo, seppur necessariamente da valutare alla stregua di tutti gli elementi fattuali che compongono la vicenda.

Sennonché, il grado di decisività di questo argomento probatorio rispetto al caso di specie, comunque dal carattere fortemente indiziario, non può essere stabilito *a priori* poiché diretta conseguenza di una valutazione complessiva della vicenda alla stregua e in applicazione delle comuni regole di esperienza.

In tal guisa, a fronte di un licenziamento *ad nutum* quale quello del lavoratore in prova (*Ex art. 10 della l. n. 604/1966*), la successione temporale può finire per soddisfare l'onere probatorio posto a carico del lavoratore perché, non essendo richiesta dal

legislatore una espressa specificazione dei motivi che lo hanno determinato, appare più agevole evincere il carattere unico e determinante del motivo ritorsivo in termini di «ingiustificata vendetta datoriale» (Cass. 8.8.2011, n. 17087, cit.).

Viceversa, in altri tipi di licenziamento, su tutti quello formalmente a carattere economico-organizzativo, in cui le ragioni poste alla base del licenziamento devono essere esplicitate alla risoluzione, la decisività del solo argomento della *contiguità temporale* affievolisce a «comprimario» rispetto ad altre e necessarie allegazioni del ricorrente circa il carattere «vendicativo» del provvedimento datoriale.

In conclusione, è opportuno rimarcare che, per quanto attiene alla disciplina delle sanzioni applicabili a questo tipo di licenziamenti, la sentenza del Tribunale lombardo, che aderisce al prevalente orientamento giurisprudenziale e dottrinale, ha il pregio di ritenere applicabile la tutela di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015 al licenziamento ritorsivo; una scelta che, seppur non motivata in sentenza, permette di riconnettere una tutela particolarmente efficace a fronte di un licenziamento che intrinsecamente contiene «un *quid pluris* di odioso rispetto alla semplice carenza di giustificazione» (T. Bologna 19.11.2012, in *RIDL*, 2013, II, 271 ss., con nota di Scarpelli).

Riferimenti bibliografici

- Bellocchi P. (2017), *Il regime del licenziamento nel contratto a tutele crescenti*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, Vicenza, 1576 ss.
- Cannati G. (2012), *La ritorsione indiretta*, in *RGL*, II, 326 ss.
- Cautadella A. (2018), *Nullità testuali e virtuali al tempo del Jobs Act*, in G. Santoro Passarelli *giurista della contemporaneità, Liber Amicorum*, I, Giappichelli, Torino.
- Delogu A. (2019), *Il licenziamento ritorsivo: inquadramento sistematico e apparato sanzionatorio dopo il Jobs Act*, in Galli G. (a cura di), *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali dopo il Jobs Act*, Sapienza Università Editrice, Roma, 19 ss.
- Santoro Passarelli G. (2017), *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Giappichelli, Torino.
- Scarpelli F. (2013), *Giustificato motivo di recesso e divieto di licenziamento per rifiuto della trasformazione del rapporto a tempo pieno*, in *RIDL*, II, 271 ss.
- Scarpelli F. (2015), *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 252.
- Tatarelli M. (2015), *Il licenziamento individuale e collettivo*, Wolters Kluwer, Vicenza.
- Treu T. (2015), *Jobs Act: prime riflessioni sui decreti attuativi*, in *GLav.*, 32 ss.
- Vallebona A. (2017), *Istituzioni di Diritto del lavoro*, II, *Il rapporto di lavoro*, Cedam, Padova.

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

CASSAZIONE, 22.8.2019, n. 21615 – Pres. Di Cerbo, Est. Pagetta, P.M. Fresa (conf.) – Seus Spa (avv. Marazza) c. R.L.M. (avv. Basile). Cassa Corte d'Appello di Catania, 3.1.2017.

Trasferimento di azienda – Disciplina *ex art.* 2112 c.c. – Applicabilità – Condizioni – Società partecipate.

In caso di successione in un appalto di servizi, non esiste un diritto dei lavoratori licenziati dall'appaltatore cessato al trasferimento automatico nei confronti del subentrante, ma occorre accertare in concreto che vi sia stato un trasferimento di azienda, ai sensi dell'art. 2112 c.c., mediante il passaggio di beni di non trascurabile entità, nella loro funzione unitaria e strumentale all'attività di impresa, o almeno del «know-how» o di altri caratteri idonei a conferire autonomia operativa a un gruppo di dipendenti, altrimenti ostandovi il disposto dell'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 276 del 2003. (1)

(1) IL PERDURANTE EQUIVOCO SUL CONFINE

TRA SUCCESSIONE NELL'APPALTO E TRASFERIMENTO DI AZIENDA

SOMMARIO: 1. Il caso di specie: alla ricerca dei confini della fattispecie del trasferimento di azienda. — 2. L'irrelevanza del titolo giuridico del trasferimento nell'art. 2112 c.c. — 3. Il rapporto tra l'art. 2112 c.c. e la normativa speciale del settore pubblico. — 4. L'oggetto del trasferimento: la nozione di azienda tra dato legale e applicazione giudiziale. — 5. L'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003: una certiera difettosa?

1. — *Il caso di specie: alla ricerca dei confini della fattispecie del trasferimento di azienda* — La pronuncia che si annota, per quanto estremamente sintetica, offre lo spunto per tornare a riflettere su un tema caldo della nostra materia, ovvero il confine tra le fattispecie contigue dell'appalto e del trasferimento d'azienda e la stessa definizione del perimetro applicativo di quest'ultima. Si tratta di questioni che conosco, specialmente in tempi di scomposizione e ricomposizione dell'organizzazione imprenditoriale, nel settore privato come in quello pubblico, numerose occasioni di sollecitazione della disciplina legale, ma anche un'instancabile attività interpretativa, ancora lontana dal giungere a posizioni univoche.

Il caso sottoposto all'attenzione dei giudici riguardava l'impugnazione di un licenziamento, avvenuto nel contesto di una procedura di mobilità *ex l.* n. 223/1991, per effetto della successione nell'affidamento del servizio regionale di emergenza «118» da una società *in house* della Croce Rossa italiana (Sise Spa) a una società consortile di nuova costituzione a capitale interamente pubblico (Seus Spa). Il lavoratore, che chiedeva la riconfigurazione giuridica del passaggio tra le due società in termini di trasferimento di azienda anziché di concessione di servizio, e di conseguenza l'illegittimità del licenziamento e il riconoscimento della continuità del suo rapporto alle dipenden-

ze della cessionaria, era risultato vittorioso in primo e secondo grado, sulla scorta della prova di una «identità del complesso trasferito e la sostituzione di un altro soggetto nella titolarità dello stesso». In Cassazione, però, la lettura dei fatti di causa viene ribaltata: i giudici ricordano come ai fini del riconoscimento delle tutele dell'art. 2112 c.c. sia necessario individuare il «passaggio di beni di non trascurabile entità, nella loro funzione unitaria e strumentale all'attività di impresa, o almeno del "know-how" o di altri caratteri idonei a conferire autonomia operativa a un gruppo di dipendenti», rimanendo, nella sua assenza, all'interno della mera successione di attività, cui dovrà applicarsi la norma «esonerativa» (1) dell'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003 (2). Il ricorso della società subentrata nella gestione del servizio viene perciò accolto, determinando la cassazione senza rinvio della sentenza d'appello.

L'*iter* argomentativo è sbrigativo, e quasi assertivo, ma probabilmente giustificato dal fatto che gli Ermellini si fossero già occupati (3) di una vicenda foriera di notevole contenzioso lavoristico (e non solo) (4) e che si trovassero perciò a reiterare osservazioni già formulate. E tuttavia, in alcuni passaggi si continuano a rivelare aporie nel rapporto tra cambio appalto e trasferimento di azienda e nella lettura che ne forniscono rispettivamente i giudici italiani e la Corte di Giustizia, e che in questa sede si intende mettere in evidenza.

Appare opportuno preliminarmente riassumere, pur brevemente, i fatti all'origine della controversia. Con la legge regionale n. 5/2009, la Regione Siciliana aveva rimodulato il servizio regionale di emergenza e urgenza, sino ad allora gestito mediante convenzione dalla Croce Rossa italiana, disponendone autoritativamente l'affidamento a un organismo a totale partecipazione pubblica, costituito poi con la deliberazione della giunta regionale n. 538/2009 e denominato «Sicilia Emergenza Urgenza Sanitaria Spa»; le partecipazioni societarie venivano ripartite tra la Regione, socio di maggioranza con il 53,25% delle quote, le Aziende sanitarie provinciali, le Aziende ospedaliere e le Aziende ospedaliero-universitarie del Servizio sanitario regionale.

Alla nuova società *in house providing* venivano conferiti alcuni immobili da parte dei soci e mobili da reperire sul mercato, mentre il personale dipendente veniva assunto, superando anche i vincoli assunzionali in quel momento vigenti (5), a seguito di un complesso negoziato con le organizzazioni sindacali, chiamate a gestire la fase di transizione della conclusione della convenzione con il vecchio gestore e a garantire comunque la continuità del servizio. In particolare, con gli accordi collettivi siglati nel marzo 2010, si prevedeva l'assunzione del personale già dipendente della Sise, che nel frattempo aveva dato l'avvio alla procedura di licenziamento collettivo di tutti i dipen-

(1) Così Garofalo 2018, 73.

(2) Qui invocato nella versione antecedente alle modifiche introdotte dall'art. 30, comma 1, l. n. 122/2016.

(3) Vd.: Cass. 20.10.2015, n. 21220; Cass. 10.4.2017, n. 9150 (richiamata nella pronuncia in commento); Cass. 28.3.2019, n. 8663; Cass. 29.3.2019, n. 8913, tutte disponibili in *DeJure*.

(4) Cfr. C. conti Sicilia 12.1.2012, n. 44, in *DeJure*, a proposito di varie ipotesi di responsabilità amministrativa nella gestione del servizio di emergenza.

(5) Cfr. art. 1, comma 10, l. regionale Sicilia n. 25/2008, e art. 20, comma 6, l. regionale Sicilia n. 11/2010.

denti prima di essere posta in liquidazione. L'assunzione veniva però subordinata alla sottoscrizione di un doppio atto transattivo, nei confronti dell'originario datore di lavoro, per ogni possibile rivendicazione direttamente o indirettamente riconducibile all'intercorso rapporto di lavoro, e nei confronti della neocostituita società consortile, per qualunque pretesa connessa con la costituzione del nuovo rapporto di lavoro anche ai sensi dell'art. 2112 c.c.

È stato proprio il mancato perfezionamento di alcune assunzioni, a seguito del rifiuto di sottoscrivere le necessarie transazioni, a determinare l'impugnativa da cui prende le mosse il caso che qui si osserva.

2. — *L'irrelevanza del titolo giuridico del trasferimento nell'art. 2112 c.c.* — La distinzione tra gli istituti dell'appalto e del trasferimento di azienda, in teoria assai netta, ha conosciuto, come è noto, un progressivo avvicinamento per via dell'elaborazione dei concetti di «trasferimento» e di «azienda» fornita dalla Corte di Giustizia e recepita, seppur con qualche tratto di peculiarità, dalla giurisprudenza italiana.

Quanto al primo aspetto, la più risalente e accreditata tesi della necessità di una relazione (contrattuale) diretta tra cedente e cessionario, giustificata nella versione originaria dell'art. 2112 c.c., che parlava esplicitamente di «alienante» e «acquirente» (6), ha dovuto fare i conti innanzitutto con l'approccio pragmatico dei giudici di Lussemburgo: nel condivisibile obiettivo di assicurare adeguate garanzie ai lavoratori interessati, hanno allargato le maglie di applicazione della Direttiva n. 77/187/Cee e della Direttiva n. 2001/23/Ce – pure formulate in termini di «trasferimenti [...] in seguito a cessione contrattuali o fusione» (7) – a qualsiasi successione soggettiva in senso ampio (8).

A questo processo di espansione interpretativa si è poi aggiunta la stessa riscrittura della norma nazionale, a opera del d.lgs. n. 18/2001, che ha «circostritto» l'endiadi della direttiva nell'inciso di una definizione omnicomprensiva che individua oggi il titolo del trasferimento in «qualsiasi operazione» che comporti il mutamento della titolarità «a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato».

Seppure con qualche voce dissenziente in dottrina (9), anche la nostra Suprema Corte ha finito per allinearsi alle indicazioni europee nel ritenere che «la disciplina dell'art. 2112 c.c. si applica ogni qualvolta, rimanendo immutata l'organizzazione aziendale, vi sia la sostituzione della persona del titolare del rapporto di lavoro e il suo su-

(6) Cfr. Cass. 18.3.1996, n. 2254, in *RIDL*, 1997, II, 395 ss., con nota di Romei.

(7) Va notato però come la versione inglese del testo dell'art. 1 di entrambe le Direttive utilizzi piuttosto l'espressione più aperta «*legal transfer*»: cfr. Rainone 2018, 311.

(8) Vd., *ex plurimis*: C. Giust. 19.10.2017, C-200/16, *Securitas*; C. Giust. 6.9.2011, C-108/10, *Scattolon*, in *FI*, 2011, IV, 503 ss.; C. Giust. 20.11.2003, C-340/01, *Abler*, in *RIDL*, 2004, II, 463 ss.; C. Giust. 24.1.2002, C-51/00, *Temco*, in *FI*, 2002, IV, 142 ss.; C. Giust. 11.3.1997, C-13/95, *Süzen*, in *RIDL*, 1998, II, 651 ss. Sulla giurisprudenza dell'Ue a favore della irrilevanza dell'assenza di un rapporto contrattuale diretto, vd., da ultimo, Faleri 2018, 1051 ss.

(9) Cfr.: Cester 2004, 46; Ichino 2004, 327; più di recente, Gagnoli 2019, 142. E proprio l'argomentazione della necessità di un «elemento volitivo» quale elemento discrezionale nella configurabilità del trasferimento di azienda era stata avanzata dalla società nel ricorso in Cassazione.

bentro nella gestione dei beni ai fini dell'esercizio dell'impresa indipendentemente dallo strumento tecnico giuridico adottato e dalla sussistenza di un vincolo contrattuale diretto tra cedente e cessionario» (10). In tal modo, trasferimento e successione nell'appalto (specialmente nella forma dell'appalto di servizi) sono apparsi giuridicamente meno lontani, e al primo potrebbero essere ricondotte vicende circolatorie realizzate anche in due fasi per effetto dell'intermediazione di un terzo; naturalmente, l'avvicinamento non rappresenta una sovrapposizione nella misura in cui venga valorizzato l'ulteriore requisito dell'oggetto del trasferimento, e cioè laddove la triangolazione tra appaltatore uscente e subentrante riguardi o meno il subentro in un complesso organizzato di persone ed elementi che consentono l'esercizio in modo stabile di un'attività economica.

In più, il riferimento nell'art. 2112, comma 5, c.c. a un possibile atto autoritativo (il «provvedimento») non ha potuto arrestare una interpretazione assai pervasiva del fenomeno successorio, capace di includervi anche l'ipotesi in cui il provvedimento di trasferimento abbia fonte giudiziale (11) o in cui il cedente sia un soggetto pubblico (12).

3. — *Il rapporto tra l'art. 2112 c.c. e la normativa speciale del settore pubblico* — Con particolare riguardo alle vicende circolatorie che interessano le pubbliche amministrazioni, va ricordato come l'art. 2112 c.c. sia stato affiancato dall'art. 31 del d.lgs. n. 165/2001, che ha mutuato, senza modifiche, il contenuto dell'art. 19 del d.lgs. n. 80/1998.

Benché si tratti di una norma che opera un rinvio diretto alle tutele e alle procedure previste per il settore privato («al personale che passa [...] si applicano l'articolo 2112 del codice civile e si osservano le procedure di informazione e di consultazione di cui all'articolo 47, commi da 1 a 4, della legge 29 dicembre 1990, n. 428»), la diversa formulazione del suo campo di applicazione («trasferimento o conferimento di attività, svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati») tanto rispetto alla norma codicistica quanto rispetto alla indicazione sovranazionale (13) ha creato più di un problema interpreta-

(10) Così Cass. 23.10.2018, n. 26808, citata in sentenza, e ancora, *ex plurimis*: Cass. 12.4.2016, n. 7121; Cass. 16.5.2013, n. 11918; Cass. 13.4.2011, n. 8460; Cass. 15.10.2010, n. 21278; Cass. 8.10.2007, n. 21023; Cass. 13.1.2005, n. 493; Cass. 27.4.2004, n. 8054, tutte disponibili in *DeJure*.

(11) Cfr., diffusamente, Carchio 2016.

(12) A partire da Cass. 20.9.2003, n. 13949, in *MGL*, 2003, 914 ss.; e, proprio sull'introduzione di un'espressione capace di far rientrare nel campo di applicazione dell'art. 2112 c.c. l'ipotesi in cui due imprenditori si succedono in una concessione amministrativa, cfr. Speciale 2006, 23.

(13) Ai sensi dell'art. 1, par. 1, lett. c, della Direttiva n. 2001/23/Ce, infatti, essa «si applica alle imprese pubbliche o private che esercitano un'attività economica, che perseguano o meno uno scopo di lucro», restando invece esclusi «una riorganizzazione amministrativa di enti amministrativi pubblici o il trasferimento di funzioni amministrative tra enti amministrativi pubblici». La giurisprudenza eurounitaria da tempo ritiene assoggettata alla direttiva la circostanza che il cessionario sia una persona giuridica di diritto pubblico, ferma restando la «qualità» economica dell'entità organizzata oggetto del trasferimento: cfr. la già citata sentenza *Scattolon*; e ancora: C. Giust. 26.11.2015, C-509/14, *Aira Pascual*; C. Giust. 20.7.2017, C-416/16, *Piscarreta*; C. Giust. 13.6.2019, C-317/18, *Correia Moreira*.

tivo (14). E più ancora ha sollevato «il dubbio che effettivamente l'art. 31, d.lgs. n. 165/2001, non persegua affatto la finalità di tutelare i lavoratori, ma solo quella di favorire le esigenze di riorganizzazione del datore di lavoro pubblico» (15).

Ai fini che qui rilevano, peraltro, un ulteriore elemento di complicazione è da individuarsi nell'incerto ambito soggettivo dell'art. 31, laddove si prevede che le attività oggetto del trasferimento possano anche essere «svolte da [...] aziende o strutture» della pubblica amministrazione e dell'ente pubblico, senza ulteriore specificazione della natura e del regime dei rapporti di lavoro del personale coinvolto, con la possibilità dunque di poterne invocare gli effetti in senso bidirezionale (dal privato al pubblico, oltre che dal pubblico al privato). E tuttavia, almeno da questo punto di vista, ogni rischio di «eccedenza» della norma è stato recuperato da una lettura costituzionalmente orientata dei processi di riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni, che ne ha circoscritto il raggio di azione «al passaggio di funzioni e dipendenti da enti pubblici ad altri soggetti (pubblici o privati), non richiama[ndo] la predetta garanzia per le ipotesi in cui il passaggio di funzioni avvenga [...] da soggetti privati a enti pubblici» (16). In altri termini, la natura privatistica del soggetto cedente, seppure inquadrato in una nozione allargata di pubblica amministrazione, dovrebbe escludere l'applicabilità della norma del d.lgs. n. 165/2001 (17).

E tale è proprio la fattispecie concreta oggetto del giudizio, configurabile non solo come un'occasione di razionalizzazione della gestione del servizio pubblico, ma più ancora come una reinternalizzazione *ante litteram*, seppure operata attraverso

(14) Si sono contrapposte posizioni a favore di una maggiore ampiezza della fattispecie, sia per quanto riguarda l'oggetto trasferito che l'atto traslativo (cfr.: Casale 2003, 952 ss.; Chieco 2008, 279 ss.), e letture più restrittive che, basandosi sull'*incipit* della disposizione che fa salve altre (e, si deve ritenere, più favorevoli) discipline, attribuiscono all'art. 31 un carattere meramente sussidiario, così da poter essere «soggiogato» ai medesimi presupposti dell'art. 2112 c.c. (in questo senso, Giaconi, Scarpelli 2014, 378 ss.). La questione naturalmente finisce per investire l'efficacia del dissenso del lavoratore trasferito, del tutto irrilevante quanto più è ampio l'ambito di applicazione della norma che riguarda il settore pubblico; in giurisprudenza, vd. Cass. 31.1.2013, n. 2281, e Cass. 25.11.2014, n. 25021, entrambe in *DeJure*.

(15) Così Borgogelli 2018, 402; *contra*, Tullini 2019, 48.

(16) Così C. cost. 1.7.2013, n. 167; vd. anche C. cost. 23.7.2013, n. 227, entrambe in *FI*, 2014, n. 5, I, 1391 ss. Come è intuibile, una tale lettura è stata fondata sul possibile conflitto con la regola costituzionale dell'accesso per concorso agli impieghi pubblici (cfr. C. cost. 6.2.2018, n. 40, inedita a quanto consta). Esula certamente dall'economia di questo contributo la disamina delle questioni legate al vincolo del pubblico concorso come condizione ulteriore di accesso per il trasferimento all'interno del perimetro della pubblica amministrazione (sul punto si rinvia, tra i contributi più recenti, a Ferrante 2019 e, in una prospettiva di compatibilità con l'ordinamento europeo, ad Altimari 2019). È però il caso di osservare come potrebbe avere un effetto dirompente la recentissima e già menzionata decisione della Corte di Giustizia nel caso *Correia Moreira*, che ha statuito come «la Direttiva n. 2001/23, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 2, TUE, deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale la quale preveda che, in caso di trasferimento ai sensi di tale direttiva, e per il fatto che il cessionario è un Comune, i lavoratori interessati debbano, da un lato, partecipare a una procedura di concorso pubblico e, dall'altro, costituire un nuovo rapporto contrattuale con il cessionario».

(17) *Contra*, e proprio con riferimento a una vicenda analoga a quella che si annota, T. Catania 24.4.2018, n. 1714, inedita a quanto consta.

l'attribuzione di un servizio dalla società *in house* di un ente pubblico terzo (18) ad altra società, sempre *in house*, dell'ente locale titolare di quella funzione. Se l'art. 31, interpretato come da alcuni Autori suggerito, può essere strumento di passaggio *ex lege* alle dipendenze del cessionario *senza* i presupposti dell'art. 2112 c.c., esso vale tuttavia solo nel momento, per così dire, espulsivo dell'esternalizzazione operato dal soggetto pubblico, ma non in quello inverso del ritorno, e tantomeno nell'affidamento tra diverse società controllate (19).

Per dovere di completezza, è il caso di ricordare come il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs. n. 175/2016) abbia disciplinato una particolare ipotesi di reinternalizzazione – quella di funzioni o servizi già affidati alle stesse società, e poi direttamente assunti dalle pubbliche amministrazioni –, prevedendo «il riassorbimento delle unità di personale già dipendenti a tempo indeterminato da amministrazioni pubbliche e transitate alle dipendenze della società [...] nel rispetto dei vincoli in materia di finanza pubblica e contenimento delle spese di personale» nonché «nei limiti dei posti vacanti nelle dotazioni organiche dell'amministrazione interessata e nell'ambito delle facoltà assunzionali disponibili» (20). Nei limiti di questo contributo (21), si può solo osservare come la previsione appaia eccessivamente ossequiosa del contenimento della spesa pubblica e del principio concorsuale – anche a rischio della incompatibilità con il quadro europeo (22) – ma lasci inalterato il quadro complessivo delle regole. In altri termini, non incide sull'ambito di applicazione dell'art. 31, né può escludere, per le ragioni che si sono evidenziate, che al di fuori del suo ambito, e particolarmente per l'ipotesi di affidamento tra diverse società controllate, come nel caso in parola, non possa comunque applicarsi l'art. 2112 c.c. (23).

(18) Tale era infatti la natura giuridica della Croce Rossa italiana al tempo dei fatti di causa; soltanto con il d.lgs. n. 178/2012 essa è stata trasformata in ente di diritto privato.

(19) Cfr. Tullini 2019, 49.

(20) Art. 9, comma 8.

(21) Per un approfondimento sulla disposizione, e più in generale sulla disciplina dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico, cfr.: Pinto 2017; Ferrara 2018; Falsone 2018; Mainardi 2019.

(22) Vd., in tal senso, le posizioni della Corte di Giustizia sul caso *Scattolon* nella vicenda del personale Ata.

(23) Una conferma indiretta viene dal successivo art. 24, comma 9, d.lgs. n. 175/2016, che, nel regolare i processi di revisione straordinaria delle partecipazioni, obbliga, in occasione della prima gara successiva alla cessazione dell'affidamento in favore della società a controllo pubblico interessata da tali processi, a un'applicazione secca dell'art. 2112 c.c., per cui il rapporto di lavoro del personale già impiegato nell'appalto o nella concessione continuerà con il subentrante. Si tratta di una disposizione *una tantum*, e certamente dettata dalla necessità di una tutela occupazionale per i lavoratori interessati, che «forza» i limiti tanto dell'art. 2112 c.c. quanto dell'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, nella misura in cui garantisce la continuità del rapporto a prescindere dal fatto che la successione nell'appalto e l'acquisizione del personale in questo già impiegato configuri o meno un trasferimento d'azienda. In questo, tuttavia, la norma può considerarsi come un ampliamento del raggio di applicazione della nozione di ramo d'azienda, pienamente compatibile con la Direttiva n. 2001/23/Ce, come evidenziato in C. Giust. 6.3.2014, C-458/12, *Amatori* (punto 36).

4. — *L'oggetto del trasferimento: la nozione di azienda tra dato legale e applicazione giudiziale* — Il passaggio essenziale ai fini della delimitazione dell'ambito oggettivo di applicazione della disciplina del trasferimento di azienda torna allora a essere, ancora una volta, la definizione della nozione stessa di azienda e di parte di essa.

È noto come la norma codicistica, a differenza della direttiva europea di cui è attuazione, non contenga una fattispecie «unitaria» (24) ma abbia finito per distinguere, al suo comma 5, l'ipotesi del trasferimento di azienda («attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità») da quella della cessione del suo ramo («articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento»).

La divaricazione, frutto di una stratificazione normativa che ha dapprima reso autonoma la fattispecie («Ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo») rispetto alla definizione di azienda contenuta nell'art. 2555 c.c., e ne ha poi disallineato i criteri identificativi (25), ha di certo provocato un intenso dibattito sulla possibile eterogeneità dei fini dell'istituto (26), se non proprio di un suo utilizzo «capovolto» (27). Tuttavia, le critiche e, più in generale, le attenzioni della dottrina, così come quelle della giurisprudenza sollecitate dalle tante operazioni di esternalizzazione e dalle loro ricadute in termini occupazionali e di tutela, sembrano essersi appuntate piuttosto sull'ampiezza della nozione di ramo di azienda (28), lasciando in ombra quella di azienda, rimasta all'indomani della riforma del 2003 di fatto immutata, salvo che per l'espunzione dell'inciso «al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi».

La maggiore indeterminatezza della definizione del ramo di azienda – cui viene sottratto, checché ne dica l'orientamento giudiziale prevalente (29), tanto il carattere della preesistenza, quanto quello della continuità – non può tuttavia far sottovalutare le asperità interpretative dei due criteri definitori dell'azienda, ovvero l'essere una entità economica organizzata (30) e la sua identità nel passaggio ad altro titolare. La su-

(24) L'art. 1, par. 1, lett. *a*, della Direttiva n. 2001/23/Ce considera infatti quale trasferimento «quello di un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria», ma ne definisce garanzie e tutele con riferimento al trasferimento che riguardi un'impresa, uno stabilimento o una parte di impresa o di stabilimento.

(25) È stato infatti l'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003 a introdurre il diverso riferimento temporale in base al quale misurare l'autonomia del ramo d'azienda, sulla scorta della delega contenuta nell'art. 1, comma 2, lett. *p*, n. 2, della l. n. 30/2003.

(26) Cfr., tra gli altri: Santoro Passarelli 2004; Corazza 2014. In giurisprudenza, vd.: Cass. 7.2.2008, n. 2874, in *RGL*, 2008, II, 554 ss., con nota di Gragnoli; Cass. 26.1.2012, n. 1085, in *DR*, 2012, 1150 ss., con nota di Scanni; più di recente, sulla possibilità che la cessione sia finalizzata al licenziamento dei lavoratori ceduti, aggirando le garanzie apprestate dalla l. n. 223/1991, e dunque concretizzandosi in un contratto in frode alla legge, Cass. 21.11.2019, n. 30415, inedita a quanto consta.

(27) È l'espressione utilizzata da Cester (2014).

(28) Con specifico riferimento alle questioni interpretative legate alla nozione di ramo d'azienda, e senza pretesa di esaustività, si rinvia a: Novella 2014; Bavaro 2016; Treu 2016; Alvino 2018; Marazza 2018.

(29) Cfr., da ultimo, Romei 2019, 242.

(30) Si preferisce in questa sede utilizzare il termine «entità» anziché quello di «attività», in

perata coincidenza dell'art. 2112 c.c. con l'art. 2555 c.c. libera invero l'interprete da un'obbligata ricostruzione del perimetro aziendale nei più rigidi termini di un «complesso di beni organizzati dall'imprenditore», ma costringe a un faticoso esercizio di valutazione dell'attività economica e del complesso strumentale e funzionale necessario a realizzarla. Una cosa è certa: ammesso che mai la previsione sul trasferimento d'azienda abbia disegnato di questa una nozione «statica», la sua attuale formulazione guarda a essa in maniera dinamica, riassumendo nel requisito della sua identità organizzativa una valutazione complessiva, di cui il giudice deve farsi carico, che guardi all'attività svolta, alla sua organizzazione, al personale che vi è addetto (31) nonché anche agli altri mezzi necessari per la sua realizzazione.

Ne è certamente consapevole la Cassazione, almeno nel suo orientamento prevalente (32), quando afferma che «ai fini dell'accertamento dell'identità dell'entità economica trasferita va preso in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione, tra le quali rientrano il tipo di impresa, la cessione o meno di elementi materiali, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno delle parti più rilevanti del personale a opera del nuovo imprenditore, il grado di somiglianza delle attività esercitate prima e dopo la cessione» (33). Essa fa di fatto eco alla elaborazione dei giudici Ue, che, seppure in un approccio assai pragmatico e *case-by-case* (34), hanno affermato la necessità di «prendere in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione [...], fra le quali rientrano [...] il tipo di impresa o di stabilimento [...], il trasferimento o meno di elementi materiali, quali gli edifici e i beni mobili, il valore degli elementi immateriali al momento del trasferimento, la riassunzione o meno della parte più rilevante del personale a opera del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, il grado di somiglianza delle attività esercitate prima e dopo il trasferimento, nonché la durata di una eventuale sospensione di queste ultime. Resta inteso che tali elementi costituiscono soltanto aspetti parziali della valutazione complessiva cui si deve procedere e non possono [...] essere considerati isolatamente» (35). L'importanza da attribuire a ciascuno di questi elementi varia naturalmente in funzione dell'attività esercitata, ma ancor più dei metodi di produzione o di gestione utilizzati nell'impresa.

linea con la definizione contenuta nella Direttiva n. 2001/23/Ce, da un lato, per evitare di incorrere in confusioni terminologiche – ma anche concettuali – con riferimento alla «successione nell'attività» (come si ricorderà, si trattava della impostazione eccessivamente dilatata assunta dalla Corte di Giustizia, nella vigenza della Direttiva n. 77/187/Cee, sino alla già citata sentenza *Süzen*; su alcuni possibili «ritorni», cfr. Cavallini 2016) e, dall'altro, per superare le difficoltà di poter ritenere trasferibile un'attività, nel significato dell'art. 2082 c.c. (cfr. Villa 2016, 70-71, e ivi per ulteriori riferimenti bibliografici).

(31) Cfr. Cester (2004, 40), che parla di un ritorno «a una nozione di azienda che incorpora anche – e talora soltanto – l'organizzazione dei rapporti di lavoro».

(32) Per una dettagliata ricostruzione della complessa, e non sempre lineare, giurisprudenza sul tema, vd. Colosimo 2019.

(33) Così Cass. 6.12.2016, n. 24972, in *DeJure*.

(34) Cfr. Ratti 2018, 101.

(35) C. Giust. 20.7.2017, *Piscarreta*, cit., punto 41; l'argomentazione si ripete peraltro in molte decisioni: vd. almeno le già citate sentenze *Aira Pascual* (punto 32) e *Temco* (punto 24).

Una tale prospettiva – idonea peraltro a riavvicinare la nozione di ramo d'azienda, apprezzandone maggiormente il criterio dell'autonoma funzionalità e contenendo le possibili fughe opportunistiche di una identificazione contestuale al suo passaggio – si ritrova non solo perfettamente in linea con la *ratio* della disciplina europea (36), ma anche ad abbracciare le più diverse modalità organizzative dell'attività economica. In tal modo si consente di ritenere configurabile un trasferimento d'azienda (o, più frequentemente, di un suo ramo) (37) in una successione in un appalto cd. *labour intensive* (38), ma anche di attrarvi l'impresa (più genericamente) dematerializzata, laddove «la cessione abbia a oggetto anche solo un gruppo di dipendenti dotati di particolari competenze che siano stabilmente coordinati e organizzati tra loro, così da rendere le loro attività interagenti e idonee a tradursi in beni e servizi ben individuabili» (39). Non solo. Addirittura, si ribalta solo in apparenza il ragionamento, nella ipotesi in cui «l'attività si basa sostanzialmente sulle attrezzature», sicché «il fatto che gli ex dipendenti di una impresa non siano rilevati dal nuovo imprenditore per l'esercizio di tale attività [...] non è sufficiente a escludere l'esistenza di un trasferimento di una entità economica che mantenga la sua identità, ai sensi della Direttiva n. 2001/23» (40).

Ciononostante, non mancano pronunce (41), cui certamente si aggiunge quella in commento, che disegnano una nozione di azienda che includa necessariamente tanto l'organizzazione del lavoro quanto la presenza di «beni di non trascurabile entità». Se è vero che la semplice circostanza di un esercizio successivo, da parte di due imprese, della medesima attività produttiva, magari anche utilizzando (gran parte del) personale già impiegato, non sia di per sé sufficiente a configurare un trasferimento *ex art.* 2112 c.c., l'aprioristica invocazione di una ineludibile necessità dell'alienazione del complesso dei beni rischia di mortificare il livello di tutela dei lavoratori coinvolti, se non addirittura di fornire una interpretazione circolare e tautologica dell'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003.

A voler mutuare modelli interpretativi utilizzati per la qualificazione del rapporto di lavoro, i due diversi orientamenti ricordano la contrapposizione tra il metodo tipologico (il primo) e quello sussuntivo (il secondo). Nel caso di specie, invero, la Suprema Corte si è limitata a osservare come «le *intrinseche* caratteristiche del servizio “118” [...] postulano quale elemento imprescindibile dell'organizzazione aziendale l'utilizzo delle ambulanze» e che, poiché queste ultime sono state acquisite dalla società regionale *in house* per mezzo di un contratto di *leasing* – diverso da quello stipulato, pure con la medesima fornitrice, dal precedente gestore del servizio di emergenza –,

(36) Cfr. Novella, Vallauri 2005, 179 ss.

(37) Vd. Carinci, Avogaro 2017, 415 ss.

(38) Vd.: Marino 2017; Lamberti 2016.

(39) Così Cass. 12.4.2016, n. 7121, in *DeJure*, su cui si rimanda a Carinci 2016, 742 ss., ed Esposito 2016, 755 ss.; più in generale, sul concetto di impresa dematerializzata, cfr. De Luca Tamajo, Salimbeni 2012.

(40) C. Giust. 19.10.2017, *Securitas*, cit., punto 30.

(41) Cfr.: Cass. 29.3.2019, n. 8922, in *RIDL*, 2019, II, 473 ss., con nota di Spinelli, in un caso di successione nell'appalto di pulizia dell'arredo e raccolta dei rifiuti di un Comune; Cass. 6.12.2016, n. 24972, relativa alla successione nell'affidamento dell'appalto della gestione di parcheggi comunali; Cass. 16.5.2013, n. 11918, in *GI*, 2014, 1165 ss.; Cass. 1.10.2012, n. 16641, in *RIDL*, 2013, II, 343 ss., con nota di Ingraio.

tanto basterebbe a «spezzare ogni continuità con il complesso organizzato» di quest'ultimo. Si tratta di una lettura che finisce per anteporre alla concreta organizzazione d'azienda del caso concreto l'*ideale* modello di organizzazione di quella determinata attività, senza ragionare ulteriormente – ovvero bilanciare nella valutazione dell'attività economica considerata nel suo complesso strumentale e funzionale – degli ulteriori possibili conferimenti intercorsi tra le due aziende (strumentazione medica per le ambulanze, apparecchiature d'ufficio per il lavoro di *back office*) o del *know-how* specificamente posseduto dal personale impiegato nel servizio (42).

5. — *L'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003: una cerniera difettosa?* — In questo già non agevole quadro si inserisce l'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, ai sensi del quale «l'acquisizione di personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore [...], in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto di appalto, [...] non costituisce trasferimento di ramo d'azienda», con le modifiche apportate con la legge comunitaria 2016 (43), che ha specificato che il nuovo appaltatore debba essere «dotato di propria struttura organizzativa e operativa» e che debbano essere «presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa».

Al di là della contorta formulazione (in negativo) della fattispecie (44) e della circostanza che essa sembra essere più utile a distinguere un appalto genuino da una illecita interposizione di manodopera (45), la norma dovrebbe avere la funzione di contribuire a confermare il contenuto dell'art. 2112, comma 5, c.c. e in più a testimoniare la vicinanza fattuale e insieme la distinzione giuridica tra contratto di appalto e trasferimento d'azienda.

Ciononostante, si tratta di una norma cerniera non solo imprecisa, ma che rischia di ribaltare i termini del ragionamento, nella misura in cui pretende di identificare *a contrario* i tratti caratteristici del trasferimento d'azienda guardando non al soggetto che dell'azienda (o del suo ramo) è titolare, ma al suo ricevente (46). Le precisazioni apportate nel 2016 non hanno nulla a che vedere con l'individuazione del perimetro applicativo dell'art. 2112 c.c., ben potendo individuarsi un trasferimento d'azienda nei confronti di un cessionario dotato di una propria struttura organizzativa e operativa, e tanto più quando a quella cessione segua una discontinuità nella gestione dell'attività.

Più ancora, la formulazione della norma induce a una pericolosa tentazione: ritenere che il reimpiego (di tutto o di parte) del personale disposto per adempiere a una

(42) La specificità delle competenze dei lavoratori addetti al servizio di emergenza era ricavabile dall'art. 24, comma 7, l. regionale Sicilia n. 5/2009, secondo cui il personale da assegnare al Servizio emergenza dovesse essere scelto tra coloro i quali siano in possesso dei requisiti formativi e di addestramento previsti dalla normativa vigente relativa ai servizi di emergenza-urgenza e in via prioritaria dal personale in servizio già utilizzato nelle ambulanze medicalizzate attive nel territorio regionale e in possesso dei requisiti previsti.

(43) Legge n. 122/2016.

(44) Cfr. Ratti 2018, 123.

(45) Cfr.: Carinci 2016, 744; Villa 2016, 77.

(46) Cfr. Garofalo 2018, 78.

clausola di riassunzione escluda di per sé la sussistenza del trasferimento. Se è vero che la mera assunzione di tutti o di parte dei lavoratori già impiegati nell'appalto non sia da sola sufficiente a rendere applicabile l'art. 2112 c.c., è altrettanto vero che essa non è neppure idonea a escluderlo.

Ebbene, ancora una volta, è l'organizzazione dell'attività d'impresa l'elemento chiave da verificare.

Riferimenti bibliografici

- Alvino I. (2018), *La nozione di trasferimento di ramo d'azienda alla prova del fenomeno dei «cambi di appalto»: un cantiere ancora aperto?*, in *DRI*, n. 2, 556 ss.
- Altimari M. (2019), *The re-internalization of public services: Which rights for the workers in the light of the European legal system?*, in Bellomo S., Preteroti A. (a cura di), *Recent labour law issues. A multilevel perspective*, Giappichelli, Torino, 190 ss.
- Bavaro V. (2006), *Il trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda*, in Curzio P. (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 223 ss.
- Borgogelli F. (2018), *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, in Aidlass, *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro (Cassino, 18-19 maggio 2017), Giuffrè, Milano, 329 ss.
- Carchio C. (2016), *Persistenti dubbi interpretativi sulle nozioni di trasferimento e di azienda ex art. 2112 c.c.*, in *GI*, 2465 ss.
- Carinci M.T. (2016), *Processi di ricomposizione e di scomposizione dell'organizzazione: verso un datore di lavoro «à la carte»?*, in *DLRI*, 733 ss.
- Carinci M.T., Avogaro M. (2017), *Appalto, somministrazione di lavoro e trasferimento di ramo d'azienda tra giurisprudenza e prassi delle commissioni di certificazione*, in *RGL*, I, 412 ss.
- Casale D. (2003), *Le esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni tra trasferimento di funzioni e gestione delle eccedenze*, in *LPA*, n. 5, 945 ss.
- Cavallini G. (2016), *Trasferimento d'azienda, «effetto Lazzaro» e ruolo giocato dalla continuazione dell'attività nel sistema della Direttiva 2001/23/Ce*, in *DRI*, n. 3, 888 ss.
- Cester C. (2004), *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d'azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, in *DLRI*, n. 28, 27 ss.
- Cester C. (2014), *Il trasferimento del ramo d'azienda ancora alla prova della Corte di Giustizia fra uso capovolto della normativa di tutela e disciplina di maggior favore*, in *RIDL*, II, 470 ss.
- Chieco P. (2008), *I contratti di lavoro dei dipendenti pubblici alla prova dei processi di privatizzazione ed esternalizzazione*, in *Aa.Vv., Studi in onore di E. Ghera*, tomo I, Cacucci, Bari, 267 ss.
- Colosimo C. (2019), *Il trasferimento d'impresa: casistica giurisprudenziale*, in Cosio R., Vidiri G. (a cura di), *Il trasferimento d'impresa in Italia nel quadro del diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 31 ss.
- Corazza L. (2014), *L'equivoco delle esternalizzazioni italiane smascherate dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *RIDL*, II, 684 ss.
- De Luca Tamajo R., Salimbeni M.T. (2012), *Il trasferimento d'azienda*, in Persiani M., Carinci F. (a cura di), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, vol. VI, 1454 ss.

- Esposito M. (2016), *La Cassazione disegna i confini (mobili) dell'impresa: nuove e vecchie frontiere della dissociazione datoriale*, in *DLRI*, 749 ss.
- Faleri C. (2018), *Ciò che appalto non è. A proposito dell'intervento riformatore in materia di successione di appalti e trasferimento di azienda*, in *GComm.*, n. 6, 1044 ss.
- Falsone M. (2018), *I rapporti di lavoro nelle imprese esercitate da enti pubblici*, Giuffrè, Milano.
- Ferrante V. (2019), *Re-internalizzazione e successione di appalto nella gestione dei servizi pubblici*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 385.
- Ferrara M.D. (2018), *Organizzazione e gestione del personale nelle società in controllo pubblico e in house tra mercato e interessi generali*, in Zoppoli L. et al. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 463 ss.
- Garofalo D. (2018), *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, in *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, in Aidlass, *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro (Cassino, 18-19 maggio 2017), Giuffrè, Milano, 17 ss.
- Giaconi M., Scarpelli F. (2014), *Trasferimento di attività nelle pubbliche amministrazioni e rapporti di lavoro*, in Aimo M., Izzi D. (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 373 ss.
- Gragnoles E. (2019), *Ancora su contratti di appalto di servizi e trasferimento di azienda*, in Tremolada M., Topo A. (a cura di), *Le tutele del lavoro nelle trasformazioni dell'impresa*. Liber Amicorum Carlo Cester, Cacucci, Bari, 139 ss.
- Ichino P. (2004), *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in Pedrazzoli M. (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 317 ss.
- Lamberti F. (2016), *Il trasferimento d'azienda nei settori labour intensive*, in *RGL*, II, 322 ss.
- Mainardi S. (2019), *Società a controllo pubblico e diritto del lavoro*, in *LPA*, n. 3, 1 ss.
- Marazza M. (2018), *Contributo allo studio della fattispecie del ramo di azienda (art. 2112, comma 5, cod. civ.)*, in *ADL*, n. 2, I, 388 ss.
- Novella M. (2014), *Il trasferimento di ramo d'azienda: la fattispecie*, in Aimo M., Izzi D. (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, Torino, 237 ss.
- Pinto V. (2017), *Sui rapporti di lavoro alle dipendenze delle società in controllo pubblico e delle società in house*, in Fortunato S., Vessia F. (a cura di), *Le «nuove» società partecipate e in house providing*, Giuffrè, Milano, 243 ss.
- Rainone S. (2018), *Labour rights in the making of the EU and in the CJEU case law: A case study on the Transfer of Undertakings Directive*, in *European Labour Law Journal*, n. 9(3), 299 ss.
- Ratti L. (2018), *Autonomia collettiva e tutela dell'occupazione*, Cedam, Padova.
- Romei R. (2019), *Spunti sulla definizione di azienda*, in Tremolada M., Topo A. (a cura di), *Le tutele del lavoro nelle trasformazioni dell'impresa*. Liber Amicorum Carlo Cester, Cacucci, Bari, 233 ss.
- Santoro Passarelli G. (2004), *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino.
- Speziale V. (2006), *Appalti e trasferimento d'azienda*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 41.

-
- Treu T. (2016), *Cessione di ramo d'azienda: note orientative e di metodo*, in *RIDL*, I, 43 ss.
- Tullini P. (2019), *Processi organizzativi e continuità del lavoro nelle società partecipate*, in *RIDL*, I, 35 ss.
- Villa E. (2016), «*Subentro*» *nell'appalto labour intensive e trasferimento d'azienda: un puzzle di difficile composizione*, in *LD*, n. 1, 69 ss.

Giuseppe Antonio Recchia
*Ricercatore in Diritto del lavoro
presso l'Università di Bari «Aldo Moro»*

CASSAZIONE, 20.8.2019, n. 21529 – Pres. Di Cerbo, Est. Amendola, P.M. Celentano (diff.) – S.M. Srl (avv. Salvatori) c. P.F. (avv. Padroni). Conf. Corte d'Appello di Roma, 18.12.2017.

Aspettative e permessi – Art. 33 della l. n. 104/1992 – Permessi disabilità – Abuso di diritto.

L'assistenza prestata dal lavoratore a favore del familiare disabile in costanza di permesso retribuito dev'essere valutata sulla base di un criterio qualitativo, piuttosto che su uno esclusivamente quantitativo. (1)

(1) IL DIRITTO DEL FAMILIARE DISABILE
A UN'ASSISTENZA EFFETTIVA ED ESCLUSIVA

1. — La controversia in esame riguarda l'interpretazione dell'art. 33 della l. n. 104/1992 – legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate – in tema di permesso retribuito del lavoratore in caso di assistenza a un familiare disabile.

Nel caso di specie, la S.M. Srl ha intimato il licenziamento disciplinare al proprio dipendente, F.M., per avere usufruito, a suo dire, in modo illecito del permesso in esame.

A seguito della pronuncia a proprio sfavore dal Tribunale di primo grado, la società S.M. ha adito la Corte d'Appello adducendo che il lavoratore F.M. non avesse usufruito del permesso *ex art.* 33 della l. n. 104/1992 allo scopo di assistere un familiare, bensì per svolgere altro tipo di attività, integrando in tal modo l'ipotesi di abuso di diritto.

La Corte d'Appello, dall'analisi della produzione probatoria, ha rigettato il ricorso del datore di lavoro, disponendo che l'abuso di diritto non potesse essersi configurato in quanto il lavoratore ha utilizzato i permessi nei giorni richiesti – 21.9 e 24.10.2014 – assistendo effettivamente la moglie disabile presso la propria abitazione. La Corte ha quindi annullato il licenziamento disciplinare di F.M.

La società S.M. ha impugnato la sentenza della Corte d'Appello dinanzi la Corte di Cassazione per violazione e falsa applicazione *ex art.* 360, n. 3, c.p.c. in relazione all'art. 33, l. n. 104/1992, nella parte in cui la Corte ha sostenuto che l'espletamento dell'attività assistenziale di un familiare disabile, concessa ai sensi della normativa sopracitata, fosse legittima anche se effettuata al di fuori del normale orario di lavoro e in una misura quantitativa parziale rispetto alla giornata di lavoro concessa (13 ore su 24).

Con il secondo motivo, parte ricorrente ha denunciato violazione e falsa applicazione *ex art.* 360, n. 3, c.p.c. in relazione all'art. 33, l. n. 104/1992, nella parte della sentenza in cui la Corte ha ritenuto verificata l'attività di assistenza e cura per il solo fatto che il lavoratore convivesse con il parente disabile, tralasciando, secondo parte ricorrente, che a ciò potesse effettivamente corrispondere una reale attività di sostegno e cura.

La questione verte quindi sull'accezione da fornire al concetto di assistenza e cura *ex art.* 33 della l. n. 104/1992, ossia se questa debba essere valutata solo da un punto di vista quantitativo oppure da un punto di vista qualitativo, e da tale valutazione de-

rirebbe o meno il verificarsi dell'ipotesi di abuso di diritto che parte ricorrente ha contestato al lavoratore.

Per abuso di diritto si intende la violazione dei principi di buona fede e correttezza quali valori di lealtà e diligenza ai quali le parti contrattuali hanno il dovere di uniformarsi nella formazione, interpretazione ed esecuzione del contratto *ex artt.* 1337, 1336, 1375 c.c. Allo scopo di colmare delle lacune legislative sul punto, tale abuso si può verificare altresì nell'ipotesi in cui la violazione di cui sopra non violi una precisa fattispecie normativa ma comporti comunque un danno per una delle parti contrattuali (Galgano, 2014, 401).

Si configura un abuso di diritto, quindi, qualora chi è titolare di un diritto soggettivo lo eserciti in violazione degli scopi per i quali lo stesso diritto è finalizzato (Grisi 2019, 55).

Il dovere di buona fede e correttezza va inoltre considerato in virtù del dovere costituzionale di solidarietà *ex art.* 2 «in garanzia dell'adempimento dei doveri del singolo verso la comunità, rilevante non solo nella sfera dei rapporti economici ma anche nell'ambito dei rapporti interindividuali» (Falco 2010, 8).

Detto ciò, vediamo come mai la Suprema Corte ha ritenuto che nel caso di specie non sussistesse un abuso di diritto, partendo dall'analisi dell'articolo 33 della l. n. 104/1992, rubricato «Agevolazioni». Esso recita: «A condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno, il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti, ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa...».

Presupposto per l'uso dei permessi in esame è la presenza di una condizione di grave disabilità del familiare assistito, «ossia il riconoscimento di una minorazione, singola o plurima, che riduca l'autonomia personale del soggetto, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione». Scopo della legge è quindi quello di garantire ai soggetti disabili l'eliminazione di tutti gli ostacoli quotidiani in ambito sociale e lavorativo che non permetterebbero l'esercizio dei diritti costituzionalmente garantiti (Tamborrino 2019, 330).

Dunque, la norma si rivolge ai lavoratori disabili e ai lavoratori con familiari affetti da disabilità, e li tutela garantendo, nel primo caso, il coniugarsi delle necessità dovute allo stato di disabilità con lo svolgimento dell'attività lavorativa e, nel secondo caso, la tutela della persona disabile che necessita dell'assistenza da parte del lavoratore familiare. In quest'ultima ipotesi, affinché il lavoratore si veda concesso il permesso in questione, deve prestare assistenza al parente disabile in modo continuo ed esclusivo. Per continuità si intende l'effettiva assistenza nelle esigenze quotidiane, mentre l'esclusività sussiste qualora il lavoratore sia l'unico soggetto a prestare assistenza al familiare disabile (Assennato, Quadrelli 2012, 187 ss.).

Sul concetto di assistenza, su cui verte la questione che si esamina, la Cassazione ha dato inizialmente un'interpretazione restrittiva, riconducendo la stessa a un concetto prettamente quantitativo, condannando il lavoratore e legittimandone, così, il licenzia-

mento per uso improprio del permesso *ex art. 33 della l. n. 104/1992*. Secondo tale visione, il diritto a usufruire del permesso «è riconosciuto dal legislatore in ragione dell'assistenza, la quale è causa del permesso». Nel caso di specie, la dipendente comunale era stata licenziata perché usava il permesso ottenuto per frequentare lezioni universitarie anziché per assistere la madre disabile (Cass. 13.9.2016, n. 17968, in *aranagenzia.it*). La medesima Corte si è mossa nello stesso senso nel caso di un lavoratore che durante il permesso concesso per assistere la madre disabile si era recato invece a una serata danzante (Cass. 30.4.2015, n. 8784, in *quotidianoentitocali.ilsolo24ore.com*).

Tuttavia, di recente, in contrapposizione a questo orientamento, prevale il dettato giurisprudenziale secondo il quale l'assistenza del familiare disabile debba essere qualificata in senso ampliativo e qualitativo piuttosto che restrittivo e quantitativo. Dunque, la cura del parente disabile può ricomprendere non solo un accudimento materiale strettamente personale, ma anche tutte quelle attività che vengono svolte nell'interesse del familiare. Rientra tra queste l'ipotesi in cui il lavoratore si allontani da casa durante i giorni di permesso *ex art. 33 della l. n. 104/1992*: «la lavoratrice nelle giornate oggetto della contestazione aveva comunque dedicato il proprio tempo ad attività riconducibili in senso lato al concetto di assistenza, non potendo essere, questo, interpretato in senso restrittivo limitatamente alla sola attività *di accudimento*» (Cass. 28.11.2018, n. 30676, in *italgiure.giustizia.it*).

Il concetto di assistenza in senso lato, difatti, deve essere inteso nella salvaguardia non solo del benessere del familiare disabile, ma anche di quello del lavoratore stesso: «non può ritenersi che la assistenza che legittima il beneficio del congedo straordinario possa ritenersi esclusiva al punto da impedire a chi la offre di dedicare spazi temporali adeguati alle personali esigenze di vita, quali la cura dei propri interessi personali e familiari, oltre alle ordinarie necessità di riposo e di recupero delle energie psico-fisiche, sempre che risultino complessivamente salvaguardati i connotati essenziali di un intervento assistenziale che deve avere carattere permanente, continuativo e globale nella sfera individuale e di relazione del disabile [...] pur risultando materialmente accertato che il lavoratore si trovasse in alcune giornate lontano dalla abitazione del disabile (madre) non è sufficiente a far ritenere sussistente il fatto contestato perché, una volta accertato che, ferma restando la convivenza, questi comunque prestava continuativa assistenza notturna alla disabile, alternandosi durante il giorno con altre persone, con modalità da considerarsi compatibili con le finalità dell'intervento assistenziale, tanto da svuotare il rilievo disciplinare con la condotta tenuta» (Cass. 13.7.2017, n. 29062, in *enpam.it*).

Inoltre, si ricorda come, nel caso in esame, parte ricorrente avesse asserito che la mera convivenza del lavoratore con il parente disabile non potesse essere considerata indice di assistenza *ex art. 33 della l. n. 104/1992*.

La Corte di legittimità tende, invece, a confutare tale visione: «il concetto di convivenza non può essere ritenuto coincidente con quello di coabitazione poiché in tal modo si darebbe un'interpretazione restrittiva della disposizione che, oltre che arbitraria, sembra andare contro il fine perseguito dalla norma di agevolare l'assistenza degli handicappati, di talché sarebbe incomprensibile escludere dai suddetti benefici il lavoratore che conviva costantemente, ma limitatamente a una fascia oraria della giornata, con il familiare handicappato al fine di prestargli assistenza in un periodo di tempo in cui, altrimenti, di tale assistenza rimarrebbe privo» (Cass. 17.5.2017, n. 24470, S. II pen., in *enpam.it*).

Sul punto, la dottrina ha sottolineato come, in questi casi, le pronunce giurisprudenziali a favore della concessione del beneficio *ex art. 33 della l. n. 104/1992* si siano basate sulla sussistenza del requisito degli stretti legami affettivi; infatti, non deve sottovalutarsi la situazione di chi vive una condizione psico-fisica difficile e non possa neanche beneficiare dell'assistenza del familiare che abbia un più alto grado di sensibilità o maggiore intimità rispetto agli altri componenti del nucleo (Buzzanca 2009, 189).

È quindi fondamentale garantire una continuità assistenziale volta a tutelare la condizione psico-fisica del parente disabile non solo attraverso la cura e la riabilitazione in sé, bensì anche attraverso un effettivo inserimento del parente nel nucleo familiare di appartenenza (Vadalà, 2009, 182).

La dottrina ritiene inoltre che la l. n. 104/1992 si basi su principi di solidarietà sociale di rango costituzionale e sia quindi volta a garantire la tutela dei diritti umani fondamentali (Proia, Tiraboschi 2011, 334). In questo senso è orientata la Corte costituzionale: «La legge [...] rispondendo a un'esigenza profondamente avvertita, è diretta ad assicurare in un quadro globale e organico la tutela del portatore di handicap. Essa incide perciò necessariamente in settori diversi, spaziando dalla ricerca scientifica a interventi di tipo sanitario e assistenziale, di inserimento nel campo della formazione professionale e nell'ambiente di lavoro, di integrazione scolastica, di eliminazione di barriere architettoniche e in genere di ostacolo all'esercizio di varie attività e di molteplici diritti costituzionalmente protetti [...] D'altra parte il suo complessivo disegno è fondato sulla esigenza di perseguire un evidente interesse nazionale, stringente e infrazionabile, quale è quello di garantire in tutto il territorio nazionale un livello uniforme di realizzazione di diritti costituzionali fondamentali dei soggetti portatori di handicap» (C. cost. 21.10.1992, n. 406, in *cortecostituzionale.it*).

Riferimenti bibliografici

- Assennato S., Quadrelli M. (2012), *Manuale della disabilità*, Maggioli, Sarcangelo di Romagna.
- Buzzanca A. (2009), *Handicap e diritto all'assistenza: analisi e strumenti di tutela*, Giuffrè, Milano.
- Falco G. (2010), *La buona fede e l'abuso del diritto: principi, fattispecie e casistica*, Giuffrè, Milano.
- Galgano F. (2014), *Trattato di diritto civile*, vol. II, Cedam.
- Grisi G. (2019), *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, Roma Tre Press, Roma.
- Proia G., Tiraboschi M. (2011), *La forma dei rapporti e delle controversie di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Tamborrino A. (2019), *Tutela giuridica delle persone con disabilità*, Key Editore, Milano.
- Vadalà V. (2009), *La tutela delle disabilità*, Giuffrè, Milano.

Elisa Zaccagnini
*Praticante abilitata
Specializzata in Diritto del lavoro*

I

CASSAZIONE, 29.7.2019, n. 20415 – Pres. Napolitano, Est. Torrice, P.M. Sanlorenzo (conf.) – S.T. (avv. Amoruso) c. Ama Spa (avv.ti Bozzi, Maresca).
Conf. Corte d'Appello di Roma, 18.10.2017.

Assunzione – Dichiarazioni mendaci – Insussistenza della tutela dell'affidamento nella stabilità del rapporto – Licenziamento disciplinare – Legittimità.

In caso di dichiarazioni mendaci finalizzate all'assunzione, non può riconoscersi alcun rilievo giuridico all'affidamento riposto in un contratto geneticamente nullo per insussistenza dei requisiti previsti dal bando per la costituzione del rapporto. (1)

II

CASSAZIONE, 11.7.2019, n. 18699 – Pres. Napolitano, Est. Bellè, P.M. Sanlorenzo (diff.) – M.D. (avv. Siviglia) c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (Avv. Stato).
Cassa Corte d'Appello di Torino, 30.10.2017.

Assunzione – Dichiarazioni mendaci – Nullità del contratto – Decadenza dall'impiego.

L'accertamento di dichiarazioni mendaci in occasione dell'accesso al pubblico impiego è causa di decadenza, per conseguente nullità del contratto, quando ciò comporti la carenza di un requisito essenziale all'instaurazione del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione. Nelle altre ipotesi, le dichiarazioni non veritiere effettuate in occasione o ai fini dell'assunzione possono comportare il licenziamento disciplinare. (2)

(1-2) DICHIARAZIONI MENDACI IN FASE DI ASSUNZIONE:
IPOTESI A CONFRONTO

1. — Dall'esame della normativa relativa ai rapporti di lavoro alle dipendenze della p.a. emergono due distinte fattispecie di dichiarazioni mendaci in fase di assunzione, a cui conseguono effetti giuridici diversi.

Il primo caso, disciplinato dall'art. 127, lett. d, d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, nonché dall'art. 75, d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, prevede la decadenza dall'impiego

«quando sia accertato che fu conseguito mediante la produzione di documenti falsi o viziati da invalidità non sanabile» o con una dichiarazione risultante non veritiera.

L'art. 55-*quater*, comma 1, lett. *d*, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, invece, stabilisce l'applicazione della sanzione del licenziamento disciplinare nell'ipotesi di falsità documentali o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro.

In cosa differiscono le due fattispecie?

Il cuore della pronuncia n. 18699/2019 della Corte di Cassazione consiste proprio nell'individuazione del *discrimen* tra le due ipotesi e dei rispettivi effetti giuridici (Per un primo commento, vd. Corrado 2019, 10).

La vicenda sottoposta al vaglio della Suprema Corte riguarda il licenziamento intimato nei confronti di un docente, utilmente collocato nelle graduatorie a esaurimento, per aver reso dichiarazioni mendaci in sede di autocertificazione prodotta per l'assunzione.

L'impugnativa di licenziamento, essenzialmente fondata sulla mancata attivazione del preventivo procedimento disciplinare, viene rigettata in primo e secondo grado, in quanto «la decadenza per non veridicità della dichiarazione sostitutiva resa» si pone «non come sanzione, ma quale effetto oggettivo dell'assenza dei requisiti richiesti e della non corrispondenza al vero della dichiarazione».

L'insegnante ricorre per cassazione sostenendo che «non sarebbe sufficiente una dichiarazione “oggettivamente” mendace per l'applicazione della decadenza, ma dovrebbe verificarsi se il beneficio non sarebbe stato conseguito senza la predetta dichiarazione».

Anche se l'accertamento di autocertificazioni non corrispondenti al vero non è una novità nel panorama giurisprudenziale (Vd.: Cass. 7.6.2016, n. 11636; Cass. 3.7.2015, n. 13711; Cass. 5.6.2006, n. 13150, tutte in *DeJure*; vd. anche Capaldo 2010), la particolarità della pronuncia in commento è la chiara affermazione di un principio che distingue nettamente le due ipotesi sopra individuate.

La Corte di Cassazione, infatti, afferma che «il determinarsi di falsi documentali o dichiarazioni non veritiere in occasione dell'accesso al pubblico impiego è causa di decadenza, per conseguente nullità del contratto, allorquando tali infedeltà comportino la carenza di un requisito che avrebbe in ogni caso impedito l'instaurazione del rapporto di lavoro con la p.a. Nelle altre ipotesi, le produzioni o dichiarazioni false effettuate in occasione o ai fini dell'assunzione possono comportare, una volta instaurato il rapporto, il licenziamento, ai sensi dell'art. 55-*quater*, lett. *d*, in esito al relativo procedimento disciplinare e a condizione che, valutate tutte le circostanze del caso concreto, la misura risulti proporzionata rispetto alla gravità dei comportamenti tenuti».

Si tratta di «situazioni apparentemente identiche», ma che, in realtà, sono «destinatrici di discipline differenziate»: decadenza o licenziamento.

2. — La sentenza n. 18699/2019, incanalandosi in un consolidato filone giurisprudenziale, sostiene che, nel caso in cui le dichiarazioni mendaci riguardino dati decisivi ai fini dell'assunzione, il contratto è affetto dal vizio genetico della nullità e, pertanto, l'effetto caducatorio opera automaticamente, senza alcun margine di apprezzamento discrezionale da parte della p.a. (Vd. anche: Cass. 25.5.2019, n. 17002; Cass. 7.5.2019, n. 11951, entrambe in *DeJure*).

Com'è noto, l'azione amministrativa deve essere costantemente orientata alla realizzazione degli interessi pubblici e, quindi, è tenuta a conformarsi al rispetto delle disposizioni inderogabili di legge (Vd. Cass. 7.6.2019, n. 15506, in *DeJure*). Le norme decadenziali citate vanno, pertanto, lette nel quadro della tutela costituzionale del buon andamento della p.a. (art. 97 Cost.), «in una logica anche di salvaguardia rispetto a comportamenti sleali di chi intenda accedere al pubblico impiego (art. 98 Cost.)».

Diversa, secondo la pronuncia in esame, è l'ipotesi in cui le dichiarazioni mendaci attingano a circostanze certamente non ostative all'instaurazione del rapporto: si tratta di vizi «funzionali», valutabili *ex post* come ragioni di risoluzione. In questo caso la p.a., ai sensi dell'art. 55-*quater*, d.lgs. n. 165/2001, applica la sanzione del licenziamento, previo procedimento disciplinare *ex art. 55-bis*, d.lgs. n. 165/2001.

Nel primo caso si riscontra un «nesso causale certo tra irregolarità documentale e conseguimento dell'impiego»; nella seconda ipotesi la dichiarazione mendace si verifica, «più genericamente, "ai fini e in occasione" dell'instaurazione del rapporto».

D'altronde, «la *ratio* delle norme in esame», come sottolinea la Corte di Cassazione nella sentenza annotata, «non è quella di perseguire con misura indiscriminata qualsiasi falsità» (Vd. anche Cass. 23.9.2016, n. 18719, in *DeJure*), in quanto «la tutela dell'affidamento della p.a. rispetto alle autocertificazioni [...] non può infatti giungere, pena l'intollerabile rinuncia a un confacente rapporto di adeguatezza col caso concreto, fino al punto di determinare la necessaria caducazione di un rapporto di lavoro rispetto al quale l'erroneità o l'insufficienza dichiarativa non siano con certezza influenti sotto il profilo del diritto sostanziale».

L'accertamento dell'essenzialità della falsa dichiarazione per il conseguimento del pubblico impiego, però, spetta al giudice di merito. Perciò, la Suprema Corte accoglie il ricorso del lavoratore, cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d'Appello, in diversa composizione, la decisione sulla legittimità o meno del licenziamento intimato.

Se, infatti, si versa nella prima ipotesi, il contratto di lavoro instaurato sulla base di dichiarazioni non veritiere è irrimediabilmente nullo per l'assenza, successivamente accertata, di requisiti essenziali (Vd. Cons. Stato 13.11.2015, n. 5192, in *DeJure*) e la decadenza opera di diritto, al di fuori del procedimento disciplinare.

Nella seconda ipotesi, invece, per la validità della sanzione espulsiva è necessario il rispetto della relativa procedura disciplinare, risultante assente nel caso di specie.

3. — Pur essendo chiara nell'argomentazione, utile nella distinzione delle fattispecie e condivisibile sotto molti aspetti, la pronuncia della Corte di Cassazione suscita qualche perplessità in riferimento all'espressione adottata per indicare gli effetti della seconda ipotesi: «possono comportare il licenziamento». Ciò indurrebbe a ritenere la presenza di margini di discrezionalità in capo alla p.a.

In realtà, il citato art. 55-*quater* non sembra lasciare adito a dubbi interpretativi al riguardo: «ferma la disciplina in tema di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo e salve ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo, si applica comunque la sanzione disciplinare del licenziamento nei seguenti casi», e individua specificamente, alla lett. *d*, l'ipotesi di «falsità documentali o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro».

Inoltre, l'art. 55-*sexies*, comma 3, d.lgs. n. 165/2001, così come modificato dal

d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75, prevede espressamente l'applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio nel caso di mancato esercizio dell'azione disciplinare, e, per i dirigenti, la valutazione di tale condotta ai fini della responsabilità dirigenziale (Vd.: Caruso 2010; Mezzacapo 2017, 2953).

La modifica apportata a tale articolo indica chiaramente l'intento perseguito dal legislatore, finalizzato a rafforzare il sistema delle responsabilità del pubblico dipendente, per realizzare una p.a. sempre più rispondente ai principi enucleati nella Carta costituzionale.

Non è, pertanto, ravvisabile alcun margine di discrezionalità in capo all'amministrazione datrice di lavoro, e risulta superflua la considerazione formulata dalla Corte: «a condizione che, valutate tutte le circostanze del caso concreto, la misura risulti proporzionata rispetto alla gravità dei comportamenti tenuti». È la legge stessa, infatti, a stigmatizzare la gravità della condotta, collegandola alla sanzione disciplinare estintiva del rapporto.

È comunque necessaria l'attivazione del procedimento disciplinare, pena l'illegittimità del recesso.

4. — Fermo restando quanto evidenziato, la sentenza della Corte di Cassazione 29.7.2019, n. 20415, avente a oggetto una vicenda simile, offre l'occasione di focalizzare l'attenzione su un altro aspetto molto delicato, concernente l'applicazione del principio del legittimo affidamento.

Nel caso di specie, una lavoratrice si è utilmente collocata in graduatoria soltanto a causa dell'alterazione del punteggio, successivamente accertata in sede penale. La società datrice di lavoro – società partecipata a totale capitale pubblico –, venuta a conoscenza del fatto, intima alla dipendente il licenziamento disciplinare all'esito della relativa procedura.

Il Tribunale di Roma rigetta l'impugnazione del licenziamento, in quanto «il contratto dedotto in giudizio era nullo per l'assenza in capo alla medesima dei requisiti previsti per l'assunzione», considerato che, senza le irregolarità commesse, la stessa non sarebbe stata assunta (Vd. anche: Cass. 6.8.2018, n. 20555; Cass. 23.9.2016, n. 18719, cit.; Cons. Stato 27.4.2012, n. 2447, tutte in *DeJure*).

La Corte d'Appello adita dichiara l'inammissibilità del reclamo proposto dalla lavoratrice, che, pertanto, ricorre per cassazione, sulla base dell'affidamento riposto nella stabilità del rapporto «in ragione del tempo trascorso tra la data dell'assunzione e quella di risoluzione del rapporto di lavoro», sostenendo, altresì, che la violazione del «principio generale della tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto acquisito integra gli estremi dell'abuso del diritto, rilevabile d'ufficio dal giudice».

La Corte di Cassazione rigetta il ricorso, ma coglie l'occasione per dedicare alcune interessanti riflessioni sul principio di affidamento.

Non può, infatti, «riconoscersi giuridico rilievo all'affidamento riposto su un contratto geneticamente nullo per insussistenza dei presupposti previsti dal bando per la costituzione del rapporto di lavoro»: «ove si consentisse la continuazione dello svolgimento del rapporto con soggetto privo del requisito in parola si finirebbe per porre nel nulla la norma inderogabile, posta a tutela di interessi pubblici alla cui realizzazione deve essere costantemente orientata l'azione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici» (Vd. anche Cass. 7.5.2019, n. 11951, in *DeJure*).

Alla luce di tali considerazioni, la Suprema Corte rigetta il ricorso e condanna la lavoratrice al pagamento delle spese di giudizio.

D'altronde, il fatto che sia intercorso un considerevole lasso di tempo tra l'assunzione – avvenuta grazie alle dichiarazioni mendaci che hanno consentito la «scalata» della graduatoria – e la sentenza penale di condanna – che ha dato l'avvio al procedimento disciplinare conclusosi con il licenziamento – può considerarsi del tutto irrilevante, secondo il noto brocardo latino: *qui in re illicita versatur, tenetur etiam pro casu*.

5. — Per concludere, una breve riflessione va dedicata al contenuto delle dichiarazioni mendaci, che, almeno nella vicenda riportata dalla sentenza n. 18699/2019, riguarda l'omessa indicazione di pregresse condanne penali.

In regime di lavoro pubblico privatizzato, come ricorda la pronuncia in commento, è la stessa legge – o anche il bando di concorso, purché non in contrasto con la legge – a individuare i requisiti per l'accesso all'impiego, tra cui l'eventuale assenza di precedenti penali.

Cosa accade nell'ambito dei rapporti di lavoro alle dipendenze di un datore privato?

La questione è stata più volte – e sotto diversi profili – affrontata dalla giurisprudenza di legittimità (Vd.: Cass. 17.7.2018, n. 19012, in *DeJure*; Cass. 12.9.2018, n. 22173, in *RGL*, 2019, n. 1, II, 49 ss., con nota di Russo; Cass. 23.6.2016, n. 13049, in *DeJure*; Cass. 10.8.2006, n. 18150, in *www.ipsoa.it*), che, pur negando la sussistenza di un aprioristico obbligo del prestatore di lavoro di informare il datore della propria situazione penale (T. Milano 9.4.2008, in *RCDL*, 2009, 1265 ss.), fa comunque salva la possibilità di un'espressa previsione del contratto collettivo in tal senso (Vd., ad es., art. 33, Ccnl per il personale dipendente delle aziende di credito dell'11.7.1999), in virtù del particolare vincolo fiduciario richiesto dalle mansioni assegnate (Per un approfondimento dottrinale, vd.: Biasi 2017, 509; Chiantera 2006, 190; Pisani 2004, 67).

In ogni caso, l'occultamento dell'esistenza di pregresse condanne penali è considerato, anche nel lavoro privato, una grave violazione dei principi di correttezza e buona fede, irrimediabilmente lesiva del vincolo fiduciario (Cass. 25.7.2016, n. 15322, in *DeJure*).

Riferimenti bibliografici

- Biasi M. (2017), *La (ir)rilevanza disciplinare del silenzio serbato dal lavoratore circa il proprio passato professionale*, in *DRI*, n. 2, I, 509 ss.
- Capaldo L. (2010), *Conseguenze delle dichiarazioni non veritiere rese ai fini dell'inserimento nelle graduatorie per il conferimento di contratti a tempo determinato*, in *Dirigere la scuola*, n. 7, in *www.euroedizioni.it*.
- Caruso B. (2010), *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (il ridisegno della governance nella p.a. italiana)*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 104 ss.
- Chiantera F. (2006), *La rilevanza dei comportamenti extralavorativi ai fini della giusta causa di licenziamento*, in De Luca Tamajo R., Bianchi D'Urso F. (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Giuffrè, Milano, 190 ss.

- Corrado M. (2019), *Dici il falso per essere assunto? Licenziato solo se...*, in *D&G*, n. 129, 10 ss.
- Mezzacapo D. (2017), *La dirigenza pubblica*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale privato e pubblico. Commentario*, Utet, Torino, 2953 ss.
- Pisani C. (2004), *Licenziamento e fiducia*, Giuffrè, Milano.
- Russo M. (2019), *Bilanciamento tra diritto alla riservatezza ed esigenza di affidabilità nella fase di instaurazione del rapporto di lavoro*, in *RGL*, n. 1, II, 49 ss.

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

CASSAZIONE, 10.7.2019, n. 18556 – Pres. Di Cerbo, Est. Cinque, P.M. Cimmino (conf.) – D.M.F. (avv. Vacirca) c. Gestind Spa (avv. Scognamiglio).
Conf. Corte d'Appello di Torino, 17.10.2017.

Licenziamento individuale – Ricollocazione del lavoratore disposta in sede giurisdizionale – Sopravvenuta inidoneità fisica alle mansioni – Licenziamento per g.m.o. – Oneri organizzativi sproporzionati – Violazione dell'art. 41 Cost. – Aggravio delle condizioni degli altri dipendenti – Impossibilità di riutilizzare il prestatore in mansioni diverse – Sussiste.

In tema di licenziamento per inidoneità fisica sopravvenuta del lavoratore, sussiste l'obbligo della previa verifica, a carico del datore di lavoro, della possibilità di adattamenti organizzativi nei luoghi di lavoro, purché comportanti un onere finanziario proporzionato alle dimensioni e alle caratteristiche dell'impresa e nel rispetto delle condizioni di lavoro dei colleghi dell'invalido ai fini della legittimità del recesso, in applicazione dell'art. 3, c. 3-bis, del d.lgs. n. 216 del 2003, in recepimento dell'art. 5 della Direttiva n. 2000/78 secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata e conforme agli obiettivi posti dal predetto art. 5. (1)

(1) IL LICENZIAMENTO PER INIDONEITÀ FISICA SOPRAVVENUTA
FRA TUTELA DEL LAVORATORE DISABILE E PREROGATIVE IMPRENDITORIALI

1. — La Corte di Cassazione, con la sentenza in commento, offre un importante spunto di riflessione sui limiti dell'obbligo di *repêchage* gravante in capo al datore di lavoro in caso di sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore alle mansioni di originaria adibizione (Carinci 2018).

In punto di diritto, il tema è quello del difficile bilanciamento tra interessi dotati di pari rilievo costituzionale: il diritto al lavoro del prestatore divenuto inabile (Artt. 4, 32 e 36) e la libertà di iniziativa economica imprenditoriale (Art. 41).

Nella vicenda che qui ci impegna, la Corte d'Appello di Torino, in parziale riforma della sentenza di prime cure, dichiara la legittimità del licenziamento irrogato a un lavoratore per impossibilità fisica sopravvenuta dopo che il medico competente – in funzione di una ricollocazione al lavoro disposta in sede giurisdizionale – aveva accertato l'inidoneità del prestatore a espletare tutte le mansioni disponibili in azienda.

Il giudice territoriale giustifica il recesso datoriale sul presupposto che una diversa organizzazione del lavoro – utile a consentire al prestatore di svolgere talune residuali attività compatibili con le limitazioni funzionali accertate – si sarebbe configurata quale indebita ingerenza nell'attività imprenditoriale, in violazione dell'articolo 41 della Costituzione, con conseguente aggravio delle condizioni degli altri lavoratori del reparto.

La Cassazione, sulla base delle medesime argomentazioni utilizzate dal giudice del gravame, respinge il ricorso proposto dal lavoratore e conferma la legittimità del licen-

ziamento irrogato, dichiarando di voler dare seguito ai principi espressi dalla più recente giurisprudenza di legittimità in materia (Vd. Cass. 26.10.2018, n. 27243, in *DeJure*, e Cass. 19.3.2018, n. 6798, in *RGL*, 2019, II, 244 ss., con nota di Salvagni, entrambe citate in sentenza; di recente, sul tema, vd. Cass. 21.5.2019, n. 13649, in *DeJure*, sull'obbligo del giudice nazionale di offrire una interpretazione del diritto interno conforme agli obiettivi di una direttiva europea anche prima del suo concreto recepimento; nel merito, C. App. L'Aquila 10.10.2019, in *DeJure*, in relazione agli obblighi di cooperazione dell'imprenditore a seguito di sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore).

2. — È ormai consolidato il principio giurisprudenziale che richiede, ai fini della legittimità del recesso datoriale per sopravvenuta inidoneità fisica o psichica alla mansione, oltre alla ineseguitabilità in concreto dell'attività svolta dal prestatore, anche l'impossibilità di assegnare il lavoratore a una diversa attività riconducibile alle mansioni originarie o ad altre equivalenti, o finanche inferiori, fermo restando l'assetto organizzativo insindacabilmente scelto dall'imprenditore (Vd. Cass. 7.8.1998, n. 7755, S.U., in *RIDL*, 1999, II, 170 ss., con nota di Pera, nella quale per la prima volta viene esteso l'obbligo di *repêchage* anche all'ipotesi di licenziamento per sopravvenuta inidoneità fisica; nello stesso senso, copiosa giurisprudenza: vd., tra le altre, Cass. 28.10.2008, n. 25883, in *DeJure*).

Appare concorde, poi, l'orientamento giurisprudenziale che pone il relativo onere di allegazione e prova in capo al datore di lavoro (Di recente, Cass. 16.7.2019, n. 19025, in *DeJure*), anche se talune pronunce esigono ancora dal lavoratore una collaborazione nell'accertamento del *repêchage* (Così Cass. 16.5.2016, n. 10018, e Cass. 3.3.2014, n. 4920, in *DeJure*; in senso difforme, Cass. 22.3.2016, n. 5592, in *DRI*, 2016, 842 ss., con nota di Ferraresi).

L'intangibilità dell'organizzazione aziendale parrebbe dunque, *prima facie*, l'unico limite al suddetto obbligo di ricollocazione (In questo senso, vd. Cass. 7.3.2005, n. 4827, in *NGL*, 2005, 494 ss.), sebbene, a una più approfondita analisi, sia i principi sovranazionali in tema di parità di trattamento di lavoratori disabili (Art. 5 della Direttiva n. 2000/78) sia la legislazione nazionale che tali principi ha – tardivamente – recepito (Art. 3, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 216/2003, ma cfr. anche art. 10, comma 3, della l. n. 68/1999 e art. 42 del d.lgs. n. 81/2008) prescrivano al datore di lavoro di apportare accomodamenti ragionevoli, non eccessivamente onerosi, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori (Sulla necessità di garantire pari tutela al lavoratore affetto da patologia oncologica, cfr. Militello 2018).

In questo solco si pone la sentenza *de quo*, che – ai fini della legittimità del recesso per inidoneità fisica sopravvenuta –, sulla scorta di precedenti pronunce (Vd. Cass. 26.10.2018, n. 27243, e Cass. 19.3.2018, n. 6798, cit.), ribadisce nell'*incipit* il principio di diritto della previa necessità di verificare la possibilità di adattamenti organizzativi utili a consentire la ricollocazione del lavoratore all'interno della compagine aziendale, in applicazione dell'articolo 3, comma 3-*bis*, del d.lgs. n. 216/2003, seguendo un'interpretazione costituzionalmente orientata e conforme agli obiettivi posti dall'art. 5 della Direttiva n. 2000/78.

Gli accomodamenti ragionevoli in parola sono quelli definiti dall'art. 2, comma 4, della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (ratifica-

ta ai sensi della legge 3.3.2009, n. 18), ovverosia «le modifiche e gli adattamenti necessari e appropriati che non impongano un carico sproporzionato ed eccessivo [...] per assicurare alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali» (Sul contenuto degli accomodamenti, vd. Considerando 20 della Direttiva n. 2000/78/Ce, che procede a un elenco non tassativo di siffatti provvedimenti, i quali possono essere di ordine fisico, organizzativo e/o formativo; in giurisprudenza, vd. Cass. 26.10.2018, n. 27243, cit., che definisce gli accomodamenti ragionevoli quali soluzioni di buon senso non particolarmente dispendiose; Cass. 19.3.2018, n. 6798, cit., che citando la sentenza della Corte di Giustizia 11.4.2013, C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark*, punto 52, annovera anche la riduzione dell'orario di lavoro del disabile fra i possibili provvedimenti adottabili).

Richiamando tale normativa, la Cassazione, dunque, nel caso che ci occupa, pur senza uno specifico approfondimento sul punto, accoglie quella nozione ampia di disabilità di matrice eurounitaria, come interpretata dalla Corte di Giustizia in un significato essenzialmente sociale (C. Giust. 11.4.2013, C-335/11 e C-337/11, e successive pronunce; in dottrina, vd. Barbera 2007), che ricomprende anche la sopravvenuta inidoneità permanente del prestatore quando essa si manifesti quale «limitazione risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature che, in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori» (In tal senso, tra le altre: Cass. 9.9.2016, n. 17867, in *FI*, 2016, n. 11, I, 3464 ss.; Cass. 19.3.2018, n. 6798, cit.; *contra*, Cass. 28.10.2019, n. 27502, in *DeJure*, secondo cui non ogni situazione di infermità fisica che renda il lavoratore inidoneo alle mansioni di assegnazione risulta *ex se* riconducibile alla nozione di disabilità di cui all'art. 3, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 216/2003).

Tuttavia, nel momento stesso in cui la Suprema Corte pone in capo al datore l'obbligo di verifica in azienda rispetto ai possibili accomodamenti organizzativi atti a consentire al prestatore di continuare a lavorare, richiede altresì che gli oneri finanziari correlati siano proporzionati alle dimensioni e alle caratteristiche dell'impresa in conformità con gli obiettivi posti dall'articolo 5 della Direttiva Ue, secondo cui non possono essere richiesti al datore di lavoro provvedimenti implicanti «un onere finanziario sproporzionato» (Cfr. Considerando 21 della Direttiva n. 78/2000/Ce; in giurisprudenza, di recente, Cass. 19.12.2019, n. 34132, in *DeJure*).

Tale principio di diritto, quindi, se da un lato introduce un aggravio probatorio per il datore, dall'altro reca seco la correlata esimente, ovverosia l'impossibilità di trovare soluzioni ragionevoli perché quelle possibili sono – in primo luogo – gravose sul piano finanziario (*Contra*, vd. Cass. 28.10.2019, n. 27502, cit., secondo cui anche minime modifiche incontrerebbero il limite dell'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore).

Nel caso in esame, l'unico adattamento possibile per salvaguardare il posto di lavoro del ricorrente – l'assegnazione a un altro reparto dove svolgere un'attività compatibile con la residua capacità lavorativa – avrebbe comportato, secondo la Suprema Corte, una diversa organizzazione del lavoro qualificabile come «indebita ingerenza nell'insindacabile valutazione rimessa al datore di lavoro e tutelata dall'articolo 41» (Così Cass. 10.7.2019, n. 18556, in commento).

Non v'è, in realtà, nel ragionamento della Suprema Corte (come in quello della Corte d'Appello), un chiaro riferimento al carattere sproporzionato o eccessivamente oneroso della riorganizzazione aziendale necessaria a preservare e utilizzare appieno le capacità lavorative del dipendente, laddove invece una precisazione in tal senso avrebbe contribuito a giustificare l'opzione esegetica prescelta.

Alcuni Autori, in ordine al contenuto delle «soluzioni ragionevoli» richieste dalla normativa europea, ritengono che il carattere indeterminato del *quantum* esigibile lasci una certa discrezionalità all'organo giudicante, con conseguente rischio di contenzioso (Bellocchi 2018), in disaccordo con diversa autorevole – e più condivisibile – dottrina (Giubboni 2015, 8 ss.) che considera opportuna la scelta della mancata indicazione, nell'articolo 3, comma 3-*bis*, del d.lgs. n. 216 del 2003, anche in via esemplificativa, del contenuto dei ragionevoli adattamenti ricadenti nella sfera dell'obbligo datoriale, poiché tale assenza «apre la nozione di ragionevoli adattamenti, senza ingesature analitiche, all'ampia e di per sé non predeterminabile variabilità delle concrete esigenze di protezione» (Nel merito, vd.: T. Ivrea 24.2.2016, in *DeJure*, che ha ritenuto ragionevole un accomodamento comportante un onere pari a diecimila Euro per finanziare una pedana elevatrice utile a ridurre lo sforzo fisico della lavoratrice; T. Pisa 16.4.2015, in *ADL*, 2016, n. 1, II, 164 ss., con nota di Cangemi).

3. — In adesione a quanto già rilevato dalla Corte territoriale, la Suprema Corte considera poi un ulteriore motivo che dispensa il datore dall'onere di effettuare accomodamenti ragionevoli per favorire la ricollocazione del lavoratore divenuto inabile, vale a dire la possibilità che la diversa organizzazione interna risulti pregiudizievole per le posizioni e le condizioni degli altri lavoratori.

Nel caso che ci occupa, l'eventuale assegnazione del ricorrente a un diverso reparto avrebbe determinato «un aggravamento della posizione dell'intero gruppo degli altri addetti allo stampaggio termoplastici, tenuti alla rotazione su postazioni più impegnative, con il conseguente maggior rischio a loro carico» (Così Cass. 10.7.2019, n. 18556, in commento).

Sul tema era già intervenuta la Cassazione nel noto arresto a Sezioni Unite (Cass. 7.8.1998, n. 7755, S.U., cit.), che, in ragione del necessario bilanciamento di interessi costituzionalmente rilevanti (Artt. 4, 32, 36 e 41), aveva ritenuto legittimo il rifiuto opposto dall'imprenditore alla richiesta del lavoratore di essere assegnato ad altre mansioni ove comportante aggravati organizzativi, e in particolare il trasferimento di singoli colleghi dell'invalido (Vd., in tal senso: Cass. 13.10.2009, n. 21710, in *RCDL*, 2009, n. 4, 1058 ss.; Cass. 3.8.2018, n. 20497, in *D&G*, 2018, n. 141, 18 ss.).

In successive pronunce, i giudici di legittimità hanno sottolineato il diritto degli altri lavoratori alla conservazione delle mansioni assegnate o comunque di mansioni che ne valorizzino l'esperienza e la professionalità acquisita, escludendo *a fortiori* l'obbligo del datore di lavoro di creare *ex novo* un posto di lavoro ritagliato sulle residue minorate condizioni del dipendente (Già Cass. 24.5.2005, n. 10194, in *DeJure*) o di licenziare altro lavoratore per liberare la posizione compatibile con lo *status* del disabile (Vd. ancora Cass. 26.10.2018, n. 27243, cit.), «non potendo pretendersi che il datore di lavoro, per ricollocare il dipendente non più fisicamente idoneo, proceda a modifiche delle scelte organizzative escludendo da talune posizioni lavorative le attività incompatibili con le condizioni di salute del lavoratore» (Così Cass. 28.10.2008, n. 25883, in *DeJure*).

Ripercorrendo, dunque, seppur brevemente, la giurisprudenza di legittimità, appare chiaro che il punto di caduta della questione è rappresentato dal limite oltre il quale l'imprenditore non può spingersi per favorire la ricollocazione del disabile.

Ebbene, se si effettua una lettura restrittiva delle pregresse pronunce della Cassazione, l'assegnazione del lavoratore divenuto inabile a un altro reparto, da rimodulare in funzione delle residue capacità lavorative del medesimo, rappresenta un accomodamento inaccettabile – come nella sentenza in esame –, poiché impatta con il diritto degli altri lavoratori alla conservazione delle mansioni assegnate.

Se, invece, come lascia intendere la più recente giurisprudenza della Cassazione (Sent. 19.12.2019, n. 34132, cit.), si aderisce a un'interpretazione sistematica che tenga conto delle norme a tutela dei lavoratori disabili, l'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli può impattare anche sulla modifica dell'organizzazione aziendale, coinvolgendo ragionevolmente altri lavoratori senza stravolgere le loro originarie posizioni. Sarà compito del giudice, di volta in volta, verificare l'adempimento dell'obbligo o la sua violazione, stante l'inesistenza di un divieto assoluto di adattamenti incidenti sull'assetto voluto dall'imprenditore.

La rilevanza delle difficoltà organizzative e i rischi per gli altri lavoratori del reparto rappresentano, in ogni caso, un passaggio ineludibile nella controversia in esame, al punto che gli stessi giudici di legittimità escludono la violazione del principio del «*tantum devolutum quantum appellatum*» (Artt. 112, 115 e 345 c.p.c.), lamentata da controparte nel terzo motivo di censura, in quanto dette questioni, pur se non specificamente dedotte in giudizio, sono state esaminate dal giudice d'appello poiché in rapporto di diretta connessione con i motivi di gravame (Vd. Cass. 3.4.2017, n. 8604, e Cass. 26.1.2016, n. 1377, in *DeJure*, entrambe citate in sentenza).

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, la scelta operata dalla Cassazione nella sentenza in commento, pur consolidando in linea di principio l'ulteriore presupposto giustificativo delle «soluzioni ragionevoli» alla base della legittimità del recesso per inidoneità psico-fisica sopravvenuta, sembra aver individuato, sia pur rigidamente, solo uno dei due parametri di riferimento utili per valutare la (ir)ragionevolezza degli accomodamenti possibili – l'alterazione della posizione degli altri lavoratori – e aver lasciato invece soccombere, una volta di troppo, di fronte al dogma dell'insindacabilità delle scelte inerenti l'organizzazione imprenditoriale (Bonardi 2018), quello riguardante l'onere finanziario sproporzionato non esigibile dal datore di lavoro.

Riferimenti bibliografici

- Barbera M. (a cura di) (2007), *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 81 ss.
- Bellocchi P. (2018), *La nullità del licenziamento nel decreto legislativo n. 23/2015*, in *DRI*, n. 1, 145 ss.
- Bonardi O. (2018), *L'inidoneità sopravvenuta al lavoro e l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli in una innovativa decisione della Cassazione*, in *QG*, n. 3, 101 ss.
- Cangemi V. (2016), *Riflessioni sul licenziamento per inidoneità psico-fisica: tra ingiustificatezza e discriminatorietà*, in *ADL*, 2016, n. 1, II, 164 ss.

- Carinci M.T. (2018), *Licenziamento per giustificato motivo e obbligo di repêchage*, in *RGL*, II, 459 ss.
- Ferraresi M. (2018), *Recenti sviluppi del dibattito sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *DRI*, n. 2, 531 ss.
- Giubboni S. (2015), *Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione dopo la legge Fornero e il Jobs Act*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 261.
- Militello M. (2018), *La tutela del lavoratore affetto da patologia oncologica in Italia*, in *DRI*, n. 2, 457 ss.
- Pera G. (1999), *Della licenziabilità o no del lavoratore divenuto totalmente inabile*, in *RIDL*, II, 170 ss.
- Salvagni M. (2019), *Licenziamento per sopravvenuta inidoneità psicofisica: reintegrazione per mancata adozione di accomodamenti ragionevoli e per violazioni del repêchage*, in *RGL*, II, 244 ss.

Silvia Magnifico
*Avvocata e dottoressa di ricerca in Diritto del lavoro
presso la «Sapienza» Università di Roma*

CASSAZIONE, 3.7.2019, n. 17785 – Pres. Napolitano, Est. Patti, P.M. Cimmino (conf.) – T.V. (avv.ti Bolognesi, Orlando) c. Telecom Italia Spa (avv.ti Morrico, Maresca, Romei, Boccia).
Cassa Corte d'Appello di Ancona, 22.4.2013.

Trasferimento di azienda – Nullità di cessione di ramo d'azienda – Riammissione in servizio – Rifiuto della prestazione offerta dal lavoratore – Natura retributiva delle somme dovute al lavoratore ceduto – Retribuzione corrisposta dal cessionario al lavoratore – Non detraibilità.

In caso di cessione di ramo d'azienda dichiarata illegittima giudizialmente per insussistenza dei presupposti di cui all'art. 2112 c.c., le retribuzioni corrisposte in seguito dal destinatario della cessione, che abbia utilizzato la prestazione del lavoratore successivamente alla messa a disposizione di questi delle energie lavorative in favore dell'alienante, non producono un effetto estintivo, in tutto o in parte, dell'obbligazione retributiva gravante sul cedente che rifiuta – senza giustificazione – la controprestazione lavorativa. (1)

(1) LE SOMME SPETTANTI AL LAVORATORE IN CASO DI ILLEGITTIMA
CESSIONE DI RAMO D'AZIENDA HANNO NATURA RETRIBUTIVA

1. — La vicenda in esame trae origine da una cessione di azienda dichiarata illegittima, con ordine di riammissione in servizio del lavoratore illegittimamente ceduto.

Il dipendente ceduto offre la propria prestazione lavorativa al datore di lavoro cedente, il quale però non ottempera all'ordine giudiziale di riceverla.

Il lavoratore, sulla base dell'illegittimo rifiuto, ottiene un decreto ingiuntivo di condanna al pagamento delle retribuzioni non corrisposte maturate dalla data di offerta della prestazione con la quale egli mette in mora la società cedente.

La sentenza emessa in primo grado è riformata in appello: la società appellante chiede e ottiene la revoca del decreto ingiuntivo per inesistenza del credito retributivo.

La Cassazione, in accoglimento del ricorso del lavoratore, riconosce il suo diritto alle mensilità maturate successivamente al trasferimento d'azienda escludendo la detraibilità dell'*aliunde perceptum*, vale a dire il pagamento delle retribuzioni nel frattempo percepite dal lavoratore.

2. — Le questioni sottoposte all'esame della sentenza attengono due temi: a) la natura, retributiva o risarcitoria, delle somme spettanti al lavoratore per effetto del mancato ripristino del rapporto di lavoro nonostante l'ordine giudiziale di riammissione in servizio e la messa a disposizione delle proprie prestazioni lavorative; b) la detraibilità o meno di quanto percepito dal lavoratore a titolo di retribuzioni per l'attività prestata alle dipendenze della società cessionaria.

Si tratta di temi tra essi collegati, posto che dall'accertamento della natura delle somme spettanti al lavoratore deriva la detraibilità o meno dell'*aliunde perceptum*.

Con riferimento al primo aspetto, la Cassazione, riformando la sentenza della Corte d'Appello, ritiene che in caso di illegittima cessione di azienda, per mancanza dei presupposti di cui all'art. 2112 c.c., la messa a disposizione delle energie lavorative da parte del lavoratore – rifiutata dal cedente – equivale a effettiva utilizzazione con conservazione in capo al lavoratore del diritto a percepire le retribuzioni.

La decisione supera un precedente orientamento giurisprudenziale che, in virtù del principio di corrispettività posto alla base del contratto di lavoro, qualifica gli importi dovuti dal datore di lavoro in caso di cessione illegittima, a titolo risarcitorio.

In base al suddetto principio, si ritiene che l'erogazione del trattamento economico in mancanza di lavoro costituisca un'eccezione e, per questo, deve essere prevista dalla legge o dal contratto (Cass. 27.7.1999, n. 508, S.U., in *FI*, 1999, n. 1, I, 2818 ss.).

L'obbligo del datore di lavoro moroso risponde, secondo questa prospettazione, alla tesi secondo la quale l'interdipendenza tra l'effettivo svolgimento della prestazione e il diritto alla retribuzione che caratterizza il rapporto di lavoro subordinato precluderebbe, in assenza della prima, il riconoscimento in capo al datore di lavoro del relativo obbligo retributivo (Cass. 5.12.2016, n. 24817, in *MGC*, 2017; Cass. n. 18955/2014, in *FI*, 2014, n. 10, I, 2723 ss.; Cass. 25.6.2018, n. 2098, in *MGC*, 2018. In dottrina, vd. Ghezzi 1965, 120 ss.). Ciò anche nell'ipotesi in cui il lavoratore abbia intimato all'impresa cedente di ricevere la prestazione lavorativa, perché in questi casi il datore in mora non ottiene la prestazione dovuta, ma solo la prontezza ad adempiere, con la conseguenza che il prestatore di lavoro avrà diritto solo al risarcimento del danno.

A tale orientamento se ne contrappone un altro – cui aderisce la sentenza in commento – che riconosce la natura retributiva e non risarcitoria delle somme richieste dal lavoratore illegittimamente ceduto (C. cost. 28.2.2019, n. 29, in *D&G*, 2019; Cass. 7.2.2018, n. 2990, S.U., in *RIDL*, 2018, n. 3, II, 606 ss., con nota di Sottile; Cass. 30.8.2004, n. 17322, in *MGC*, 2004, n. 7-8; Cass. 14.2.1996, n. 1131, in *LG*, 1996, 688 ss.; Cass. 28.12.1991, n. 13977, in *RIDL*, 1992, II, 989 ss.; T. Bologna 27.3.2014, n. 216, in *DeJure*. In dottrina, vd.: Ghera 1970, 9 ss.; Speciale 1992, 67 ss.).

Siffatto mutamento giurisprudenziale è conforme alla posizione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. 7.2.2018, n. 2990, in *RIDL*, 2018, n. 3, II, 599 ss.), che, in un caso di accertata somministrazione illegittima con regolare messa in mora del datore di lavoro, ritengono che il lavoratore non riammesso in servizio subisca, per effetto del rifiuto, ulteriori conseguenze sfavorevoli derivanti dall'omissiva condotta del datore di lavoro rispetto all'esecuzione giudiziale. Ne consegue che «il datore di lavoro che non ricostituisce il rapporto di lavoro, dovrà sopportare il peso economico delle retribuzioni pur senza ricevere la prestazione lavorativa, sebbene offerta dal lavoratore».

L'iter argomentativo seguito nella sentenza in commento non poteva non tener conto di quanto stabilito dalla recente pronuncia della Corte costituzionale n. 29/2019 (C. cost. 28.2.2019, n. 29, in *FI*, 2019, n. 5, I, 1516 ss.), cui è stata rimessa la questione di legittimità costituzionale sollevata in merito al combinato disposto degli artt. 1206, 1207 e 1217 c.c., per violazione degli artt. 3, 24, 111 e 117, comma 1, Cost.: quest'ultimo in relazione all'art. 6 della Cedu. In questo caso, la Corte, chiamata a pronunciarsi in un'analogo fattispecie, ha censurato le citate norme relative al-

l'istituto della mora del creditore sul presupposto che «una prospettiva costituzionalmente orientata impone di rimediare la regola della corrispettività posto che il riconoscimento di una tutela esclusivamente risarcitoria diminuirebbe l'efficacia dei rimedi che l'ordinamento appresta al lavoratore nell'ipotesi in questione». Considerando la precedente pronuncia delle Sezioni Unite «diritto vivente», la Corte conferma l'orientamento secondo il quale sul datore di lavoro che persista nel rifiuto di ricevere la prestazione lavorativa continua a gravare l'obbligo di corrispondere la retribuzione.

Aderendo ai principi dettati dalle due pronunce sopra richiamate, la sentenza in commento riconosce la natura retributiva e non risarcitoria gravante sul cedente, posto che il lavoratore ha puntualmente offerto le proprie energie lavorative, in virtù del ripristinato rapporto di lavoro conseguente alla dichiarazione di illegittimità del trasferimento del ramo d'azienda. Nelle more, il lavoratore matura il diritto a richiedere l'adempimento della prestazione dovuta a norma dell'art. 1453 c.c.

La decisione poggia su diverse considerazioni.

In primo luogo, la Corte, richiamando il diritto generale delle obbligazioni sulla disciplina della mora del creditore, ritiene che l'intimazione del lavoratore all'impresa cedente di ricevere la prestazione pone il datore di lavoro in *mora credendi*.

La mancata cooperazione datoriale configura impossibilità definitiva alla prestazione per causa non imputabile al lavoratore. Tale circostanza determina – nel caso di rifiuto ingiustificato del datore – il diritto alla controprestazione del pagamento della retribuzione, equiparandosi la prestazione rifiutata alla prestazione effettivamente resa per tutto il tempo in cui il creditore l'abbia resa impossibile non compiendo atti di cooperazione necessari.

Ne consegue che nel caso di cessione di azienda, ove si accerti l'illegittimità dell'operazione societaria, sussiste l'obbligo dell'azienda cedente di corrispondere le retribuzioni al lavoratore a far data dalla messa in mora del creditore della prestazione lavorativa, corrispondente dunque al momento in cui viene offerta la prestazione lavorativa all'azienda cedente.

Posto che solo il trasferimento legittimo è idoneo a traslare la titolarità del rapporto di lavoro, ne consegue che l'invalidità della cessione dichiarata determina che il rapporto di lavoro non trasla, ma resta nella disponibilità del cedente, il quale è tenuto – perché moroso – a corrispondere la retribuzione che sorge come normale controprestazione alla prestazione offerta dal lavoratore.

3. — Chiarito che l'impresa cedente è obbligata a pagare la retribuzione e non a risarcire un danno, la sentenza in commento, nel rispondere al secondo quesito circa la detraibilità degli emolumenti percepiti dal lavoratore da parte dall'azienda cessionaria, non lascia alcuno spazio per l'*aliunde perceptum*. Come noto, quest'ultimo può essere detratto da quanto dovuto al lavoratore solo nelle ipotesi di pagamento avente titolo risarcitorio, fondato sulla regola della *compensatio lucri cum damno* di cui all'art. 1223 c.c. in tema di risarcimento del danno.

Nel periodo successivo alla dichiarazione giudiziale di illegittimità della cessione, il lavoratore ha continuato a ricevere le retribuzioni dal cessionario in forza della prestazione resa nel suo interesse. Per questo motivo, la retribuzione corrisposta dal cessionario non va detratta dall'importo della retribuzione cui il cedente è comunque obbligato. Anzi, la retribuzione corrisposta si cumula con quella dovuta dall'azienda

cedente, posto che si tratta di due rapporti di lavoro distinti: l'attività lavorativa subordinata resa in favore del cessionario – una volta dichiarata l'illegittimità della cessione – equivale a quella che il lavoratore può rendere in favore di qualsiasi altro soggetto (*Contra*, Cass. 31.5.2018, n. 14019, S. VI, in *ilgiuslavorista.it*, 2018, con nota di De Michiel).

La giurisprudenza della Cassazione ha più volte ribadito che in caso di trasferimento d'azienda illegittimo tra il lavoratore e il cessionario sussiste un diverso e distinto rapporto giuridico regolato dall'art. 2126 c.c. (Cass. 12.3.2018, n. 5854, S. VI, e Cass. 24.10.2017, n. 25144, S. VI, entrambe in *DeJure*). Stante la duplicità dei rapporti di lavoro, siamo in presenza di un debito proprio generato dall'obbligo da parte del datore di retribuire le prestazioni di cui egli ha concretamente fruito, con conseguente esclusione della possibilità che possa applicarsi l'istituto dell'adempimento del terzo a norma dell'art. 1180 c.c., come potrebbe accadere nell'ipotesi di un'interposizione fittizia. Non opera, secondo la Corte, neppure quanto stabilito all'art. 27, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 (ora art. 38, d.lgs. n. 81/2015), in materia di somministrazione irregolare o di appalto illecito, secondo cui tutti i pagamenti effettuati dal somministratore a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata. Ciò in quanto la norma appena citata non consente applicazione diretta alla diversa ipotesi di trasferimento di azienda. L'effetto liberatorio del pagamento è legato esclusivamente in favore del soggetto che ha effettivamente utilizzato la prestazione, e ciò non consente né interpretazione estensiva né analogica ove si consideri che l'impresa cedente non ha utilizzato affatto la prestazione del lavoratore ceduto.

Aderendo al principio della non detraibilità delle somme spettanti al lavoratore illegittimamente ceduto, la Corte di Cassazione richiama quanto affermato dalla Corte costituzionale n. 303/2011 (C. cost. 11.11.2011, n. 303, in *GC*, 2012, I, 503 ss.) nella parte in cui, in relazione all'art. 32 della l. 4.11.2010, n. 183, ritiene che, in caso di illegittima apposizione del termine cui segua la conversione giudiziale del contratto a termine in uno a tempo indeterminato, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore, in ogni caso, le retribuzioni dovute, anche in caso di mancata riammissione effettiva.

4. — La conclusione della Cassazione, certamente condivisibile, ha il pregio di ricondurre a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della mora del creditore nel rapporto del lavoro: in assenza di norme derogatorie rispetto al diritto comune delle obbligazioni, quest'ultimo impone al datore di lavoro di adempiere la propria controprestazione, laddove senza giustificato motivo rifiuti la prestazione offerta dal lavoratore.

Riferimenti bibliografici

- Cester C. (2018), *Dopo la sentenza su trasferimento o appalto illegittimi: risarcimento del danno o retribuzione?*, in *ADL*, n. 3, I, 7 ss.
- De Michiel F. (2018), *Cessione di ramo d'azienda illegittima e natura delle erogazioni patrimoniali dovute dal cedente*, in *ilgiuslavorista.it*, 28 agosto.

- Di Paola L. (2019), *Trasferimento d'azienda invalido: la retribuzione corrisposta dal cessionario non libera il cedente in presenza di «mora accipiendi»*, in *ilgiuslavorista.it*, 1° agosto.
- Ghera E. (1970), *Spunti critici in tema di mora del creditore di lavoro*, in *DL*, I, 9 ss.
- Ghezzi G. (1965), *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- Greco M.G. (2019), *Nell'ipotesi di trasferimento d'azienda illegittimo le retribuzioni corrisposte dal cessionario non estinguono l'obbligo del cedente*, in *RIDL*, II, 593 ss.
- Sottile G. (2018), *Sulla natura retributiva delle somme spettanti al lavoratore riammesso in servizio al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 18, l. n. 300/1970: il cambio di rotta delle Sezioni Unite in attesa della Corte costituzionale*, in *RIDL*, n. 3, II, 606 ss.
- Speciale V. (1992), *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Cacucci, Bari.

Giulia Sforza
Avvocatessa

I

TRIBUNALE ROMA, 24.9.2019, ord. – Pres. Orrù, Est. Conte – I.I.R. Srl (avv.ti Failla, Buzzini, Marazza) c. V.M. (avv. Salvagni).

Trasferimento del lavoratore – Art. 2103 c.c. – Esercizio dello *ius variandi* – Artt. 1175 e 1375 c.c. – Sindacabilità – Principi di correttezza e buona fede – Rilevanza.

*In caso di scelta, tra più lavoratori interessati, del personale da trasferire perché in esubero nella sede di assegnazione, in presenza di più soluzioni tutte paritarie per gli interessi aziendali, il datore di lavoro, nel rispetto dei canoni di correttezza e buona fede – intesi alla stregua di principi regolativi dei poteri discrezionali datoriali –, deve scegliere quella meno gravosa per il lavoratore. Al fine di escludere l'esercizio arbitrario dello *ius variandi*, incombe sul datore di lavoro dimostrare l'attinenza e la coerenza delle sue decisioni a effettivi e non pretestuosi interessi aziendali. (1)*

II

TRIBUNALE ROMA, 2.8.2019, decr. – Pres. Luna, Est. Pucci – I.I.R. Srl (avv.ti Failla, Buzzini, Marazza) c. P.S.L. (avv. Salvagni).

Trasferimento del lavoratore – Art. 2103 c.c. – Esercizio dello *ius variandi* – Artt. 1175 e 1375 c.c. – Sindacabilità – Principi di correttezza e buona fede – Rilevanza.

Quando il datore di lavoro si è autovincolato al rispetto di una procedura selettiva, la scelta dei lavoratori da trasferire deve avvenire nel rispetto di tali vincoli, in ossequio ai principi di correttezza e buona fede. (2)

III

TRIBUNALE ROMA, 29.7.2019, ord. – Est. Rossi – V.M. (avv. Salvagni) c. I.I.R. Srl (avv.ti Failla, Marazza).

Trasferimento del lavoratore – Art. 2103 c.c. – Esercizio dello *ius variandi* – Artt. 1175 e 1375 c.c. – Sindacabilità – Principi di correttezza e buona fede – Rilevanza.

In presenza di differenti soluzioni organizzative tutte paritarie per il datore di lavoro, in applicazione dei principi di correttezza e buona fede si deve preferire quella meno gravosa per il lavoratore. (3)

IV

TRIBUNALE ROMA, 7.6.2019, ord. – Est. Casari – P.S.L. (avv. Salvagni) c. I.I.R. Srl (avv.ti Failla, Buzzini, Marazza).

Trasferimento del lavoratore – Art. 2103 c.c. – Esercizio dello *ius variandi* – Artt. 1175 e 1375 c.c. – Sindacabilità – Principi di correttezza e buona fede – Rilevanza.

In caso di più lavoratori soggetti a un trasferimento, l'assenza di parametri oggettivi nella selezione non consente di ricondurre la scelta del lavoratore da trasferire alle ragioni tecniche, organizzative e produttive dell'azienda. Il trasferimento comunque disposto è da considerarsi esercizio arbitrario del potere direttivo in quanto contrario ai parametri di correttezza e buona fede. (4)

(1-4) TRASFERIMENTO D'AZIENDA E SINDACATO GIUDIZIALE DELLA DISCREZIONALITÀ NELL'APPLICAZIONE DEI CANONI DI CORRETTEZZA E BUONA FEDE

SOMMARIO: 1. La vicenda oggetto delle pronunce. — 2. Il contesto ordinamentale e le sue variabili socio-economiche. — 3. Le variabili giuridiche: scelte imprenditoriali e limiti della sindacabilità. — 4. Le clausole di correttezza e buona fede nel rapporto di lavoro tra libertà e solidarietà. — 5. Principi di correttezza e buona fede e trasferimento. — 6. Conclusioni.

1. — *La vicenda oggetto delle pronunce* — Le pronunce in commento si collocano nel solco delle ormai numerose sentenze in materia di correttezza e buona fede: categorie che trovano sempre più applicazione anche nel diritto del lavoro.

La vicenda, sotto il profilo fenomenico, è uguale in tutte le pronunce: il caso riguarda una complessa procedura di attuazione di un progetto di riorganizzazione aziendale che aveva comportato, per un'azienda del grande commercio presso gli *stores* di un dato comprensorio territoriale, per effetto della riqualificazione della figura dei responsabili *shopkeepers* (capireparto) in *team leader*, un esubero di 19 unità (da ricollocare nella stessa sede, ma con demansionamento, ovvero da incentivare all'esodo o trasferire in altra sede).

Si trattava di una selezione con doppio effetto: quello di scegliere i soggetti cui attribuire il (presunto) nuovo incarico, e quello di ridurre i livelli di *management*.

Quanto a quest'ultimo effetto, all'esubero si sarebbe giunti attraverso una procedura selettiva, di cui la società non aveva reso noti i criteri comparativi, alla quale i di-

pendenti interessati avevano partecipato volontariamente (ma senza conoscerne le finalità), palesando solo dopo la sua conclusione che essa era finalizzata a individuare, tra i vecchi capireparto, coloro che avrebbero dovuto occupare i nuovi posti di *team leader* e i cd. perdenti posto.

Due dei lavoratori trasferiti hanno agito in via d'urgenza, ricevendo tutela, con le ordinanze in commento, sia nella fase di urgenza che in quella di reclamo. L'accoglimento dei ricorsi, con le dovute varianti legate alla specificità di ciascuna situazione, poggia sui seguenti elementi: superato il vaglio della effettività della riorganizzazione, a fronte della volontà di autovincolarsi con una procedura selettiva, la società non aveva offerto la prova dell'utilizzo di parametri oggettivi nella scelta del personale selezionato per la copertura delle nuove posizioni (e contestualmente di individuazione del personale in esubero); in questo modo aveva reso impossibile l'individuazione degli elementi da cui inferire la derivazione causale del trasferimento dalle preventate esigenze organizzative; il difetto di una comprovata esigenza aziendale oggettiva rendeva parimenti impossibile la valutazione del rispetto dei parametri della correttezza e buona fede.

Comune motivazione è che, a prescindere dalla effettiva differenza tra il vecchio profilo di caporeparto e il nuovo profilo di *team leader* (punto centrale della riorganizzazione), i meccanismi di selezione sono rimasti inespressi: oscurità, questa, che nella valutazione giudiziale è stata coniugata alla violazione, appunto, dei canoni di correttezza e buona fede.

2. — *Il contesto ordinamentale e le sue variabili socio-economiche* — Nella sua nuova grammatica, il diritto del lavoro, ormai pervaso da quella che la dottrina ha chiamato «teologia economica» (Azzariti 2016, 19), è alla ricerca di nuovi strumenti, o meglio di nuove tecniche di tutela dei lavoratori (nella specie, quelli attivi), la cui protezione passa necessariamente tramite forme inedite di posizioni di garanzia; si tratta di tecniche di tutela indiretta, le quali, attraverso limiti di tipo procedimentale (legali o contrattuali, ovvero assunti autonomamente) all'esercizio dei poteri datoriali, presidiano la posizione dei lavoratori tramite il controllo sull'esercizio dei predetti poteri e sugli aspetti funzionali delle relative determinazioni.

I poteri datoriali soggiacciono a numerosi limiti, che spesso operano anche come vincoli strutturali di sistema, stabiliti direttamente da norme (come tutto il corredo di vincoli contenuti nello Statuto dei lavoratori, derivanti dal diritto antidiscriminatorio ecc.), oltre i quali l'esercizio del potere, costituito da atti nulli, è illecito; altri, invece, ricavati dall'ordinamento generale, la cui diversa natura del vizio comporta la dequotazione del potere esercitato in maniera difforme ad atto, sempre invalido, ma *sub specie* di illegittimità, come nel caso della mancanza della causale giustificatrice nel licenziamento, o, per restare alla fattispecie in esame, la violazione dei canoni della correttezza e buona fede *ex artt.* 1175 e 1375 c.c.

Proprio ai principi di correttezza e buona fede si deve buona parte della rimodulazione, nella loro configurazione sistematica di fonti di integrazione del contatto (Vd., per tutti, Rodotà 2004, *passim*), dei meccanismi di tutela, come si evince dalle sentenze (*recte*: ordinanze) in commento, giacché a un potenziamento (principalmente per via legislativa, anche per mezzo di una rivisitazione delle tecniche normative) dei poteri unilaterali del datore di lavoro ha fatto da contrappeso (altrettanto princi-

palmente per via giurisprudenziale) il potenziamento (non solo in senso casistico) dell'area del controllo giudiziale e sindacale sulle modalità di esercizio di tali poteri.

3. — *Le variabili giuridiche: scelte imprenditoriali e limiti della sindacabilità* — Il contratto di lavoro si discosta dagli altri contratti commutativi per una particolarità: mentre in generale nei contratti connotati dalla sinallagmaticità delle prestazioni ciascuna delle parti è titolare di contrapposti complessi di diritti e obblighi, nel contratto di lavoro la posizione del datore di lavoro nel lato attivo si compendia principalmente di potestà, cioè del potere di incidere unilateralmente nella sfera dell'altra parte senza la necessaria cooperazione di quest'ultima.

Il controllo dei poteri datoriali nella fase dinamica ricade non solo sulla verifica dei limiti esterni, ma anche sui limiti interni derivanti dall'applicazione di clausole generali: aspetto su cui di recente si è concentrata particolarmente la dottrina giuslavoristica (Loy 2014, 5; Bellomo 2014, 63; Campanella 2014, 203).

In via del tutto generale, per rendere ragione delle considerazioni che seguono, si evidenzia che, secondo la dottrina, nell'attuazione del programma contrattuale, compito delle clausole di correttezza e buona fede *ex latere datoris* è quello di governare situazioni a elevato tasso di discrezionalità, rendendo sindacabile il potere esercitato sul rapporto per preservare il lavoratore dal cd. *merum arbitrium* delle scelte datoriali.

Il sindacato delle scelte imprenditoriali nel diritto del lavoro è diventato ancora più importante all'esito della codificazione a livello legislativo del principio (Art. 30, comma 1, l. n. 183/2010), ricavato dalla giurisprudenza dall'ordinamento, secondo cui il controllo giudiziale sull'esercizio dei poteri datoriali è limitato al profilo della legittimità, non essendo possibile sindacare nel merito le scelte imprenditoriali (Art. 41, comma 1, Cost.), ma solo la loro effettività (Vd. Cass. 17.11.2010, n. 23222, in *MGL*, 2011, 448 ss.).

Per le clausole generali relative al rapporto di lavoro subordinato, infatti, l'accertamento giudiziale può riguardare solo il presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle scelte tecniche, organizzative e produttive del datore di lavoro.

Come osservato in dottrina, «la singolare vocazione del rapporto di lavoro è di esprimere posizioni soggettive che non sono sempre riducibili [...] alla cd. ottica del rapporto. Nota caratterizzante tali posizioni è la discrezionalità di cui sono dotate, e ciò nel senso che, fermo restando il perseguimento delle finalità del rapporto di lavoro (scambio di lavoro verso retribuzione), restano indeterminate le modalità di concreto svolgimento di esso» (Di Majo 1992, 21).

Nel caso del rapporto di lavoro, tale prerogativa, che si sostanzia specularmente nell'interesse negoziale del lavoratore a non vedere modificata *in peius* la propria posizione, rientra nel potere, di cui è titolare il datore di lavoro, di organizzazione dell'impresa quale corollario del principio costituzionale di libertà di iniziativa economica [Vd., da ultimo, Cass. 11.2.2019, n. 3896, in *RFI*, 2019, voce *Lavoro (rapporto)*, 87 ss.; in dottrina, Castelvetri 2004, 163].

Si è già detto che i poteri datoriali, quando comportano scelte imprenditoriali, a norma dell'art. 41, comma 1, Cost. (Pur nella funzione di garanzia assolta dalla norma: sul punto, Natoli 1955, 86), sono insindacabili nel merito e il controllo giudiziale è circoscritto all'accertamento della effettività delle scelte.

Ma quando l'esercizio di tali poteri comporta una facoltà di scelta (con effetti diversificati ricadenti su una pluralità di lavoratori), tale potere è soggetto al principio generale di correttezza e buona fede (Cass. 15.6.2018, n. 15885, in *RGL*, 2018, II, 490 ss.): canoni da cui ricavare l'indice sintomatico più probante del corretto uso del potere nei rapporti tra privati; nel rapporto di lavoro, infatti, è particolarmente richiesto che il datore di lavoro operi la scelta sulla base di standard prefissati idonei ad assicurarne la conformità ai detti principi (Cass. 25.7.2018, n. 19732, in *Labor*, 2019, 95 ss.).

Si tratta di obblighi di reciprocità, i quali, per la parte datoriale, nel corso del disimpegno di prerogative di scelta selettiva (declinazione del potere direttivo), «... si traducono, fra l'altro, sia nell'obbligo di adottare regole [...] che pongano i candidati in una condizione di assoluta parità sia nell'obbligo di imparzialità dei criteri valutativi» [Cass. 1.8.2001, n. 10514, in *RFI*, 2001, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 757].

Ne consegue che la scelta del datore di lavoro non è totalmente libera, in quanto conformata dalle regole di correttezza cui soggiace ogni comportamento delle parti del rapporto obbligatorio.

In questa situazione, la trasparenza dei criteri di selezione (predeterminazione della regola) rappresenta l'elemento essenziale per misurare il grado di conformità della scelta imprenditoriale ai dettami della correttezza e buona fede: se non si vuole che la discrezionalità si trasformi in abuso del potere (direttivo), il datore di lavoro deve essere vincolato a standard oggettivi preventivamente definiti per rendere l'esercizio del suo potere selettivo (unilaterale) coerente con gli interessi del lavoratore.

Esorbitando da questi limiti, il comportamento datoriale è arbitrario, anche quando i poteri datoriali sono esercitati in «ambiente protetto», ossia nella cornice della libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost.

4. — *Le clausole di correttezza e buona fede nel rapporto di lavoro tra libertà e solidarietà* — La dottrina ha giustamente evidenziato che, «se l'essenza del contratto è da ravvisare nella libertà, la disuguaglianza è un aspetto naturale del fenomeno negoziale perché [...] una disparità di livello [...] tra contraenti [...] è riscontrabile pressoché in ogni forma di contrattazione» (Ferri 1993, 206); ciò sicuramente in via di principio è condivisibile, ma quando, in relazione ai valori coinvolti o alla qualità e quantità di sperequazione, tale disparità diviene patologia *in re ipsa*, per il suo stesso porsi anche nei suoi minimi livelli, l'esigenza di riequilibrare le posizioni è una conseguenza di diretta derivazione dal principio della uguaglianza sostanziale e/o dal principio di «solidarietà», e compito dell'ordinamento diviene quello di individuare i fattori da cui discende la disuguaglianza e di definire le misure con le quali riportare in simmetria le rispettive posizioni diseguali (Per tutti, Alpa 2006, 327).

Nel diritto del lavoro, anche l'attività regolata dal cd. principio di uguaglianza formale deve comunque rispondere alle esigenze di solidarietà a rilevanza costituzionale: le tecniche modulatorie e gli strumenti di tutela tipici del diritto del lavoro comportano sovente che il principio di uguaglianza formale venga definito in maniera concentrica entro il principio di «solidarietà» (o di uguaglianza sostanziale), gravando il datore di lavoro di una posizione di garanzia articolata in una pluralità aggiuntiva di obblighi (di protezione) (Salvi 2015, 97).

In questo modo, nell'esercizio dei poteri datoriali, nell'art. 41 Cost. si pone una sequenzialità tra libertà di iniziativa economica e rispetto del lavoratore (personalità),

nella quale la dinamica interazione dei due elementi funzionalizza la libertà alle esigenze di tutela, in un contesto nel quale il datore di lavoro è tenuto a definire le proprie scelte tecnico-organizzative in funzione del bilanciamento di opposti interessi costituzionalmente protetti (entrambi nel medesimo luogo normativo: l'art. 41 Cost.) e il lavoratore a vedere conformata, dalle decisioni in tal modo assunte, la propria posizione senza il limite della negoziabilità degli effetti del contratto (art. 1372 c.c.).

Infatti, se il principio di correttezza e buona fede, che costituisce il parametro su cui misurare la legittimità dell'esercizio dei poteri datoriali, deve essere coordinato con la libertà di iniziativa economica, a sua volta, nella posizione datoriale, esercitare il potere discrezionale secondo le regole di correttezza e buona fede poste dagli artt. 1175 e 1375 c.c. nel contenuto determinato dall'art. 41 Cost. significa anche rispettare quanto disposto dalla norma costituzionale nel suo comma 2.

Ciò pone un collegamento tra l'art. 41 e l'art. 2 Cost.: tra libertà e solidarietà (T. Milano 15.7.2009, in *RCDL*, 2009, 1000 ss.).

5. — *Principi di correttezza e buona fede e trasferimento* — Passando in esame, a titolo di specificazione, la materia trattata nelle ordinanze in commento, l'istituto in rilievo è il trasferimento del lavoratore declinato secondo le clausole generali in questione.

La configurazione dei canoni di correttezza e buona fede quali strumenti per il controllo sulla ragionevolezza degli atti di autonomia negoziale ormai, come detto, da tempo trova espresso riconoscimento anche nella giurisprudenza giuslavoristica [Cfr. Cass. 16.5.2006, n. 11424, in *RFI*, 2006, voce *Lavoro (rapporto)*, 1259 ss.], avendo trovato declinazione con sempre maggiore frequenza specificamente proprio nell'esercizio dello *ius variandi* (di cui è paradigma l'art. 2103 c.c., dunque anche relativo al luogo della prestazione).

Nonostante l'obbligo di rispetto dei canoni di correttezza e buona fede, il datore di lavoro, «... nell'esplicazione del suo potere di autonomia contrattuale, agisce in piena libertà, senza alcun vincolo, neppure generico, nei confronti della generalità dei dipendenti», in quanto «... i principi di correttezza e di buona fede – di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. – non creano obbligazioni autonome in capo al datore di lavoro, bensì rilevano o come modalità di generico comportamento delle parti ai fini della concreta realizzazione delle rispettive posizioni di diritti e obblighi, oppure come comportamento dovuto in relazione a specifici obblighi di prestazione» (Cass. 13.5.2004, n. 9141, in *D&G*, 2004, n. 24, 41 ss.).

Il rispetto dei canoni di correttezza e buona fede, insomma, è, in un contesto connotato dalla libertà di iniziativa economica costituzionalmente garantita, pur senza giungere a rappresentare la loro violazione quale ipotesi di abuso del diritto (Cass. 16.10.2003, n. 15482, in *RFI*, 2003, voce *Contratto in genere*, 243 ss.), lo strumento attraverso cui il giudice può vagliare le scelte imprenditoriali.

È stato osservato in dottrina che nel trasferimento «... affiora l'esigenza di dare protezione giuridica non solo agli interessi tecnico-organizzativi del datore di lavoro, ma anche ad altri valori e interessi antagonisti del lavoratore che confluiscono, anche se in modo indiretto, nell'alveo della dimensione esecutiva del potere di trasferimento [...] L'apposizione di limiti all'agire imprenditoriale [...] rappresenta una tecnica di tutela normativa finalizzata a evitare che il trasferimento si tramuti in un incontrollato sacrificio delle ragioni e dei valori del soggetto passivo» (Brollo 1997, 519).

Nei referenti normativi, in via diretta non è calzante l'art. 2103 c.c., in quanto il precepto contenuto nella norma ha valenza selettiva delle esigenze aziendali, e in via diretta assolve alla «... funzione [...] di stabilire se possa essere o meno modificato (validamente o illecitamente) il luogo del rapporto di lavoro, non di individuare in modo preciso chi trasferire» (Brollo 1997, 524).

Nell'ambito dell'art. 2103 c.c., in caso di una pluralità astratta di destinatari, «il potere di trasferire, vincolato nella struttura e nel contenuto, genera un *surplus* di potere svincolato: quello della scelta effettiva del lavoratore tra quelli potenzialmente trasferibili» (Brollo 1997, 526 s.); infatti, ancorché il potere di trasferimento debba essere esercitato in coerenza con l'art. 2103 c.c. e questa norma, a sua volta, ne subordini l'esercizio a dei vincoli, la prospettiva dell'art. 2103 non è sufficiente a tutelare il lavoratore se non si individuano altri limiti intrinseci che rendono il potere discrezionale coerente con la funzione che gli ha assegnato l'ordinamento (Zoli 1988, 159 ss.).

Essenziale è il bilanciamento tra libertà imprenditoriale e correttezza nel suo esercizio, in quanto gli effetti di uno sbilanciamento in favore della prima, già esaminati, potrebbero determinare situazioni di abuso, mentre una pendenza del sistema verso il principio di correttezza e buona fede potrebbe vincolare l'*an* e il *quantum* del potere datoriale, cioè impedire all'imprenditore, in caso di esercizio di poteri discrezionali, di fare scelte libere che, purché non arbitrarie, siano giustificate dall'autonomia riconosciutagli nella gestione dell'impresa (art. 2086 c.c.).

Da qui i limiti al potere datoriale derivanti dall'obbligo di rispetto dei principi di correttezza e buona fede si pongono non come divieti, ma come obbligo positivo di rispetto dei principi di adeguatezza e ragionevolezza delle scelte (costruttivi della legittimità delle scelte libere) [Cass. 29.1.2003, n. 1382, in *RFI*, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1052], che possono essere imposti solo in presenza di alternative paritarie per il datore di lavoro e, in materia di trasferimento, si traducono, in caso di neutralità sul versante datoriale delle diverse soluzioni, in una prevalenza delle esigenze del lavoratore (Cass. 28.1.2016, n. 1608, in *RGL*, 2016, II, 371 ss.).

In questo senso i canoni di correttezza e buona fede non sono solo strumenti di controllo del potere discrezionale del datore di lavoro, ma anche strumenti di correzione di esso nei casi in cui sia accertato uno sviamento dalla funzione, al ricorrere del quale la libertà di iniziativa economica cessa di ricevere tutela.

Al riguardo si può richiamare un vecchio insegnamento della Suprema Corte, di cui le sentenze in commento testimoniano l'attualità, secondo cui: «Quando le scelte del [...] datore di lavoro debbono avvenire nel preminente interesse del lavoratore o per la soluzione di un conflitto di interessi tra più lavoratori [...] prevale la tecnica giuridica del rapporto, cioè una tecnica caratterizzata dall'attribuzione alle parti di situazioni attive e passive pariteticamente contrapposte, e correlativamente l'attività dell'imprenditore è concepita piuttosto come oggetto di un'obbligazione verso il lavoratore in conflitto d'interessi [...] alla stregua delle regole desumibili dal principio di correttezza (art. 1175 c.c.). La fissazione preventiva e pubblicità *ex ante* dei criteri di scelta consentono un controllo sulla oggettività della scelta sulla base di criteri che la rendano obiettivamente giustificata» (Cass. 29.6.1981, n. 4250, in *GC*, 1982, I, 181 ss.).

6. — *Conclusioni* — A tali conclusioni giunge anche il Tribunale di Roma univocamente in tutte le pronunce in commento, particolarmente nella ordinanza n. 93589 del 24.9.2019, massimando le quali i canoni di correttezza e buona fede implicano:

– un divieto di danneggiare la controparte in mancanza di un prevalente interesse datoriale;

– l’obbligo di motivazione e trasparenza;

– la inconfigurabilità di un diritto all’arbitrio e la impossibilità di ricondurre i poteri discrezionali del datore di lavoro a una sorta di *law of the jungle*;

– in caso di difficile prova della illiceità del potere esercitato dal datore di lavoro, l’esigenza che sia data evidenza degli effettivi interessi aziendali.

In conclusione, è su questo ultimo lemma che si intende soffermarsi per fare una sintesi finale, in quanto in esso è rappresentato implicitamente l’elemento fondante di tutte le pronunce in commento: la funzione perequativa delle clausole di correttezza e buona fede per rendere simmetrica la posizione del lavoratore rispetto alla controparte datoriale; la violazione degli obblighi di correttezza e buona fede come forma di abuso del diritto.

Riferimenti bibliografici

- Alpa G. (2006), *Corso di diritto contrattuale*, Cedam, Padova.
- Azzariti G. (2016), *Contro il revisionismo costituzionale*, Laterza, Bari.
- Bellomo S. (2014), *Autonomia collettiva e clausole generali*, in *Clausole generali e rapporti di lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Roma, 29-30 maggio 2014, Giuffrè, Milano, 63 ss.
- Brollo M. (1997), *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, art. 2103, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger P., Giuffrè, Milano, 476 ss.
- Campanella P. (2014), *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, in *Clausole generali e rapporti di lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Roma, 29-30 maggio 2014, Giuffrè, Milano, 203 ss.
- Castelvetri L. (2004), *Libertà contrattuale e subordinazione*, Giuffrè, Milano.
- Di Majo A. (1992), *Incontro di studio civil-lavoristico*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Giappichelli, Torino, 17 ss.
- Ferri G.B. (1993), *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Maggioli, Rimini.
- Loy G. (2014), *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*, in *Clausole generali e rapporti di lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Roma, 29-30 maggio 2014, Giuffrè, Milano, 5 ss.
- Natoli U. (1955), *Limiti costituzionali dell’autonomia privata nel rapporto di lavoro*, I, *Introduzione*, Giuffrè, Milano.
- Rodotà S. (2004), *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano.
- Salvi C. (2015), *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, il Mulino, Bologna.
- Zoli C. (1988), *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore: dagli interessi legittimi all’uso delle clausole generali*, Giuffrè, Milano.

Antonio Federici

Dottore in Autonomia individuale e autonomia collettiva

TRIBUNALE PADOVA, 23.7.2019 – Est. Dallacasa – G. (avv.ti Capuzzo, Moro) c. Ministero della Giustizia (avv. Sbolgi).

Retribuzione – Lavoratore detenuto – Mercedi – Remunerazione – Art. 22 della l. n. 354/1975 – Differenze retributive – Minimi retributivi – Commissione – Compensazione.

In mancanza di prova dell'adeguamento della mercede da parte della competente Commissione, il parametro normativo di riferimento per la valutazione della retribuzione è da individuare nella misura posta dall'art. 22 Op, ovvero sia una remunerazione «non inferiore ai due terzi del trattamento economico previsto dai contratti collettivi di lavoro di riferimento». È dovuta la somma richiesta, da parte del lavoratore detenuto, per il pagamento delle differenze retributive tra i due terzi della retribuzione prevista dalla contrattazione collettiva di riferimento, così come previsto dal predetto art. 22 Op, e quella di fatto corrisposta. (1)

(1) LA REMUNERAZIONE DEL LAVORATORE DETENUTO
PRIMA DELLA RIFORMA DELL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO

1. — Un lavoratore detenuto propone decreto ingiuntivo nei confronti del ministero della Giustizia per ottenere il titolo al pagamento delle differenze retributive richieste per il lavoro svolto quantificate in 3.245,69 Euro, ai sensi dell'art. 22, l. n. 354/1975, rubricato «Determinazione delle mercedi». Tale disposizione, nella formulazione precedente alla riforma del 2018, prescrive che le mercedi dei lavoratori detenuti devono essere stabilite dalla Commissione istituita a tal fine, in misura non inferiore ai due terzi del trattamento economico previsto dai contratti collettivi di lavoro. Il ricorrente allega a fondamento della sua richiesta la circostanza che la Commissione citata, dal 1993, non ha più provveduto ad adeguare i minimi retributivi.

Il ministero della Giustizia propone opposizione al decreto ingiuntivo, precisando di aver tenuto conto, nella quantificazione del dovuto, delle voci per la determinazione delle mercedi stabilite nella circolare del 9.3.1976, n. 2294/4748, dalla Commissione predetta, e cioè: paga base, contingenza, tredicesima mensilità, indennità di anzianità, lavoro festivo con doppia mercede, lavoro straordinario con maggiorazione al 25% in base all'inquadramento più basso del contratto collettivo del lavoro domestico come prescritto dalla citata Commissione. L'opponente Ministero eccepisce inoltre la prescrizione quinquennale dei crediti vantati dal detenuto, ma l'eccezione non è accolta.

Eccepisce infine la compensazione tra quanto richiesto dal detenuto lavoratore e quanto da esso dovuto per il mantenimento in carcere nella misura di Euro 2.793,20, come da certificazione dell'ufficio matricola della Casa di reclusione del detenuto medesimo. Tale debito non è contestato dall'opposto.

Il Tribunale, nel rigettare in parte l'eccezione di compensazione, dispone che, a norma dell'art. 24 dell'Ordinamento penitenziario (di seguito, Op), «in ogni caso deve essere riservata a favore dei condannati una quota pari a tre quinti» della remunera-

razione per il lavoro svolto, e tale quota non è soggetta a pignoramento o a sequestro. Quest'ultimo limite è confermato anche dall'art. 56, d.P.R. n. 230/2000, che subordina il prelievo per le spese di mantenimento a una quota della retribuzione. Per questo motivo, la compensazione può operare soltanto limitatamente alla somma di Euro 1.298,28, mentre sono dovuti al lavoratore detenuto i residui tre quinti, pari a euro 1.947,41, oltre interessi legali fino al saldo.

Il giudice rileva altresì la mancata contestazione da parte del ministero della Giustizia dell'inquadramento e delle voci retributive allegate dal lavoratore detenuto: dichiara pertanto dovuta la somma richiesta dal lavoratore e condanna il ministero della Giustizia al pagamento delle differenze retributive, nella misura dei residui tre quinti, tenuto conto della compensazione, tra quanto spettante e quanto corrisposto per il lavoro svolto in carcere.

La sentenza in esame è conforme a una precedente sentenza del Tribunale di Roma del 23.10.2013, n. 11646 (In www.osservatorio Antigone.it), in cui il Tribunale afferma che, in «mancanza di prova dell'adeguamento della mercede da parte della competente commissione, il parametro normativo di riferimento per la valutazione della retribuzione proporzionale e sufficiente, ai sensi dell'art. 36 Cost., è da individuare nella misura posta dall'art. 22 Op, vale a dire una remunerazione “non inferiore ai due terzi del trattamento economico previsto dai contratti collettivi di lavoro”», e alla sentenza del Tribunale di Roma 30.1.2015, n. 1392 (In www.osservatorio Antigone.it), in cui il Tribunale afferma che la Commissione, nell'individuare il contratto collettivo nazionale sulla base del quale parametrare la mercede in considerazione delle mansioni svolte, «ha fatto correttamente riferimento al Ccnl lavoro domestico, stante la natura intra muraria dell'attività prestata». Lo stesso Tribunale riconosce che «è pacifico che le Commissioni non si riuniscono dal 1993, sicché da tale periodo le mercedi non vengono adeguate né alle tariffe, né agli inquadramenti previsti dalla contrattazione collettiva».

La sentenza in commento è anteriore alla recente riforma della materia recata dal d.lgs. n. 124/2018, di cui non possiamo dare conto in questo breve commento. La disciplina del lavoro penitenziario trova originariamente una sua compiuta riforma con la l. n. 354/1975, «Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà», con la quale il lavoro del detenuto diviene uno strumento di rieducazione del recluso al fine del successivo reinserimento nella collettività e «tende a perdere il carattere di afflittività» (Barbera 1992, 223).

In particolare, con riferimento alla determinazione delle remunerazioni, l'art. 22 Op stabiliva che le mercedi potessero essere inferiori fino a un terzo rispetto al trattamento economico previsto dai contratti collettivi di lavoro per le corrispondenti categorie di lavoratori. Inoltre, si prevedeva che le mercedi fossero determinate da una specifica Commissione in base ai parametri della circolare ministeriale del 9.3.1976, n. 2294/4748, e che tali mercedi fossero soggette a un complesso di prelievi relativi alle spese di mantenimento, risarcimento del danno alle vittime del reato, rimborso delle spese del procedimento ed eventuale risarcimento per danno arrecato alle cose mobili o immobili dell'amministrazione.

Il legislatore ammetteva la possibilità di considerare il lavoro carcerario quantitativamente e qualitativamente inferiore rispetto al lavoro del lavoratore libero stabilendo che il lavoratore detenuto fosse remunerato in misura inferiore rispetto al lavoratore libero.

Più volte è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 22 Op, nella parte in cui ammetteva che le retribuzioni dei detenuti lavoratori fossero stabilite in misura inferiore fino a un terzo rispetto a quelle dei lavoratori liberi, ritenendola in contrasto con l'art. 36 Cost. (Per un commento, vd. Marchetti 2015, 302).

La Corte costituzionale, nel rigettare la questione, ha affermato che l'art. 22 Op «non determina una disparità di trattamento irragionevole tra situazioni obiettivamente uguali, ma si limita ad autorizzare la fissazione, da parte dell'apposita Commissione, di una remunerazione inferiore – peraltro entro un limite predeterminato, sì da escludere anche la fondatezza del riferimento al parametro costituzionale dell'art. 36 Cost., tenuto anche conto delle esigenze di vita del detenuto – alle tariffe sindacali» (C. cost. 13.12.1988, n. 1087, in *cortecostituzionale.it*).

La disciplina del lavoro carcerario trova un approdo con la recente «Riforma dell'ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario» recata dal d.lgs. n. 124/2018, anche se rispetto all'obbligatorietà del lavoro «un significativo progresso si era già verificato con l'adozione del nuovo Regolamento d'attuazione dell'ordinamento penitenziario nel 2000; regolamento che [...] prevede, all'articolo 51, che il lavoratore possa essere esonerato dall'obbligo di lavoro» (Topo 2016, 197).

Con la riforma del 2018, la concezione del lavoro carcerario è mutata: viene meno l'obbligatorietà del lavoro carcerario, in linea con il dettato costituzionale che riconosce il valore rieducativo della pena; inoltre, il lavoro diviene uno strumento «utile in vista di un eventuale ritorno alla condizione di libero cittadino» (Ferluga 2000, 339). Tanto che l'art. 20, comma 2, Op specifica che «il lavoro penitenziario non ha carattere affittivo ed è remunerato».

Dopo la riforma, l'art. 22 Op, rubricato «Determinazione della remunerazione», dispone che «la remunerazione per ciascuna categoria di detenuti e internati che lavorano alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria è stabilita, in relazione alla quantità e qualità del lavoro prestato, in misura pari ai due terzi del trattamento economico previsto dai contratti collettivi». Come si osserva, la norma non parla più di «mercede», ma di «remunerazione»; è abolita la Commissione che determinava l'importo attraverso il criterio dell'equità; infine è disposto che «le remunerazioni per ciascuna categoria di detenuti e internati alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria sono stabilite in relazione alla quantità e qualità del lavoro effettivamente prestato, all'organizzazione e al tipo di lavoro del detenuto e in misura non inferiore ai due terzi del trattamento economico previsto dai contratti collettivi di lavoro» (Caponetti 2019, 257).

Questo non vuol dire che il lavoro carcerario è equiparato al lavoro libero (Caponetti 2019, 257). Inoltre, l'art. 24 Op non ha subito modifiche, e quindi sulla remunerazione spettante ai condannati continuano a essere prelevate le somme dovute, con il limite della riserva a favore dei lavoratori detenuti della quota pari a tre quinti.

Pertanto, le innovazioni apportate dal d.lgs. n. 124/2018 in riferimento alla disciplina del compenso non consentono di attestare significativi passi in avanti: a tal proposito, vi è che sostiene che tale riforma pare rispondere alla duplice esigenza «di contenere il costo del lavoro penitenziario e di disinnescare il contenzioso giuslavoristico causato dal mancato adeguamento periodico dell'importo della mercede a opera della commissione» (Alcaro 2018, 4).

Riferimenti bibliografici

- Alcaro A. (2018), *Aspetti giuslavoristici della riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Bollettino Adapt*, n. 40, 19 novembre.
- Barbera M. (1992), voce *Lavoro carcerario*, in *DDPComm.*, VIII, Torino, 212 ss.
- Bellomia S. (1980), voce *Ordinamento penitenziario*, in *ED*, XXX, 919 ss.
- Caponetti S. (2019), *Lavoro, carcere, regole ed uguaglianza*, in *MGL*, n. 2, 243 ss.
- Erra C. (1974), voce *Lavoro penitenziario*, in *ED*, XII, 565 ss.
- Ferluga L. (2000), *Lavoro carcerario e competenza del magistrato di sorveglianza*, in *RIDL*, n. 2, II, 397 ss.
- Marchetti M.R. (2015), *Commento agli artt. 20-22-bis dell'ordinamento penitenziario*, in Della Casa F., Giostra G., *Ordinamento penitenziario commentato*, Cedam, Padova, 268 ss.
- Topo A. (2016), *Obbligo di lavoro e libertà di lavoro: quando lavorare è un dovere «sociale»*, in Broglio M. et al. (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, 177 ss.

Luisa Marchesini

*Cultrice della materia in Diritto del lavoro
presso il dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*

TRIBUNALE PADOVA, 16.7.2019 – Est. Dallacasa – X.Y. (avv. Moro) c. Aspiag Service Srl (avv.ti Barraco, Sitzia).

Appalto – Servizi di logistica – Istruzioni tramite strumenti elettronici della committente – Interposizione illecita di manodopera – Sussiste.

Configura interposizione illecita di manodopera, con conseguente imputazione dei rapporti di lavoro in capo alla società committente, l'ipotesi in cui, nell'ambito di un contratto di appalto per attività di logistica, le istruzioni ai lavoratori addetti al ruolo di «pickers» vengano impartite dalla committente mediante strumentazione elettronica di sua proprietà. (1)

(1) NUOVE TECNOLOGIE E CONTRATTO DI APPALTO:
DIRETTIVE MEDIANTE USO DI TERMINALI ELETTRONICI
E INTERPOSIZIONE ILLECITA DI MANODOPERA

1. — Il Tribunale di Padova affronta il tema della genuinità del contratto di appalto e dell'incidenza che le nuove tecnologie hanno nel configurare, come nel caso di specie, un'ipotesi di interposizione illecita di manodopera.

La vicenda trae origine dall'esecuzione di un contratto di appalto per servizi di logistica assegnato a una società cooperativa dal consorzio che aveva stipulato il contratto di appalto con la società committente. Alcuni lavoratori della cooperativa, addetti al prelievo e movimentazione di merce (cd. *pickers*), inquadrati al I livello del Ccnl multiservizi, ricorrono dinanzi al giudice del lavoro per sentir dichiarare la sussistenza di un rapporto di lavoro con la società committente con inquadramento al V livello del Ccnl Terziario.

A sostegno della domanda, i lavoratori deducono che tutti i mezzi strumentali all'esecuzione dell'appalto sono di proprietà della committente e che le direttive sono state dalla stessa impartite mediante terminali mobili di sua proprietà. In via subordinata, i lavoratori chiedono, invece, il riconoscimento dell'inquadramento al III livello del Ccnl multiservizi con corresponsione delle differenze retributive in solido da parte della cooperativa e del consorzio.

Il consorzio resta contumace e si costituisce in giudizio la società committente.

Quest'ultima non nega la dotazione in capo ai lavoratori di lettori ottici su cui compaiono gli ordini, ma eccepisce la prescrizione delle pretese creditorie avanzate, essendo decorso il termine quinquennale di prescrizione dalla disdetta del contratto di appalto con la cooperativa originaria datrice di lavoro (2013), avendo i lavoratori sottoscritto, in riferimento a tale rapporto, un accordo conciliativo nel 2014, quando erano già dipendenti della nuova cooperativa subentrata nel contratto di appalto con la committente.

Il Tribunale di Padova respinge l'eccezione di prescrizione stante la prosecuzione del rapporto di lavoro nel passaggio dalla prima alla seconda cooperativa e la conseguente impossibilità della decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto per mancanza della cd. stabilità reale dovuta alle modifiche introdotte dalla l. n. 92/2012 sull'art. 18 St. lav.

Il Tribunale rileva che tutto ciò che è stato oggetto della conciliazione riguarda pretese aventi fonte nel rapporto con la cooperativa, e pertanto non può incidere su diritti invece derivanti dal rapporto esistente direttamente in capo alla committente, per effetto della nullità dell'appalto stesso.

Sono soprattutto le risultanze istruttorie a indurre il Tribunale a rilevare l'unicità del rapporto di lavoro da ascriversi *ab origine* in capo alla committente, in virtù del concreto esercizio del potere direttivo e disciplinare.

Di conseguenza, il Tribunale dichiara la società cooperativa (formale datrice) quale mera interposta in rapporti di lavoro facenti capo alla società committente e accoglie la domanda principale dei ricorrenti.

2. — Il contratto di appalto di cui alla vicenda in esame rientra nella categoria degli appalti cd. *labour intensive* o dematerializzati, caratterizzati da una forte intensità di lavoro e da uno scarso uso di mezzi materiali.

In riferimento a tali tipologie di contratti, come da orientamento costante della giurisprudenza (Cass. 14.8.2019, n. 21413, in *DeJure*; Cass. 27.11.2018, n. 30694, *ivi*; Cass. 13.9.1997, n. 9144, in *DPL*, 1998, n. 7, 449 ss.; Cass. 11.6.1998, n. 7012, S. pen., *ivi*, n. 26, 1986 ss.), l'indagine sulla genuinità è da riferirsi a elementi quali l'organizzazione impiegata dall'appaltatore nell'esecuzione dell'appalto e dunque all'esercizio dei poteri datoriali (In argomento: Alvino 2017; Corazza 2014).

Punto nodale della vicenda è, in particolare, l'esercizio del potere direttivo legato allo sviluppo delle nuove tecnologie (Sul punto si vd. Meiffret 2019).

I ricorrenti allegano e provano di aver eseguito le proprie prestazioni in esecuzione degli ordini di volta in volta ricevuti dalla committente; e la stessa ammette che fossero assegnati ai lavoratori dei lettori ottici su cui comparivano gli ordini, pur tentando di sminuire la circostanza puntualizzando che la voce che indicava ai lavoratori gli scaffali ove riporre la merce fosse registrata e dunque meramente elettronica.

Le direttive venivano infatti impartite, secondo quanto dedotto dai ricorrenti, «sia attraverso un terminale mobile di cui i lavoratori disponevano, sia, in un successivo momento, a voce, tramite un collegamento mediante cuffie e microfono».

In particolare i cd. *pickers* avevano in dotazione cuffiette e microfoni, e comunicavano per mezzo di tali strumenti il proprio numero identificativo a una voce preregistrata che indicava la tipologie di merce e la sua collocazione fisica, di modo che i lavoratori potessero procedere al prelievo della stessa; ancora, tramite un palmare con lettore ottico fornito dalla committente, i *pickers* leggevano dei codici a barre e sullo schermo dello stesso lettore compariva di volta in volta la collocazione della merce da movimentare.

Nel caso di specie, l'organizzazione del lavoro è completamente automatizzata e il *software* attraverso cui è realizzata l'automazione è nella esclusiva disponibilità della società committente.

Sembra dunque realizzarsi una totale spersonalizzazione dell'esercizio del potere direttivo del datore di lavoro formale: nell'esecuzione della prestazione non è più necessaria una interazione fisica tra datore e lavoratore perché possa concretarsi l'esercizio del citato potere datoriale. Grazie alla tecnologia utilizzata, basta una semplice interazione uomo-macchina, ove la macchina in questione è programmata, gestita e diretta dalla committente configurandosi quale suo *alter ego* elettronico-digitale.

Il Tribunale di Padova riconosce che «un concetto di subordinazione che si impervi sulla nozione di eterodirezione del lavoro deve inevitabilmente tener conto dell'evoluzione tecnologica, che ha reso in molti settori obsoleta la relazione da superiore a subordinato, rimettendo alle macchine di guidare il processo produttivo». Ma questo aspetto esecutivo della prestazione non può obliterare la relazione negoziale tra il datore di lavoro e il lavoratore.

In particolare poi, nel caso oggetto di giudizio, la società committente non si è limitata a impartire disposizioni agli ausiliari dell'appaltatore relative al risultato che le prestazioni oggetto di appalto dovessero realizzare, ma ha impartito direttive (benché attraverso strumentazione elettronica) inerenti le concrete modalità di svolgimento delle singole prestazioni lavorative (Sulla genuinità dell'appalto in cui le direttive siano invece dirette al risultato delle prestazioni si vd. T. Bari 22.10.2019, n. 4317, in *ilgiuristavorista.it*, 2019, con nota di Zappia; nello stesso senso anche: Cass. 20.6.2018, n. 16259, in *DeJure*; T. Roma 8.11.2018, *ivi*).

Alla luce di tale ricostruzione, la posizione della cooperativa appare assimilabile, a detta del giudice, a quella di un mero caporeparto a cui viene affidato solo un compito di controllo, privo di qualsivoglia discrezionalità, su ritmi e modalità di lavoro dettati dalla società committente.

3. — Anche l'esercizio del potere disciplinare viene indagato dal Tribunale di Padova ai fini del riconoscimento della genuinità o meno del contratto di appalto oggetto di giudizio.

I lavoratori ricorrenti deducono l'esistenza anche del potere disciplinare in capo alla committente, affermando di esser richiamati verbalmente sia dal Direttore della committente che da un suo collaboratore per il mancato compimento delle prestazioni orarie richieste.

Il Tribunale di Padova evidenzia come dalle risultanze istruttorie non emerga con certezza una reale prova di un esercizio diretto di tale potere da parte della società committente, anche se poco convincenti appaiono al giudice le affermazioni del teste di parte convenuta, preposto della società committente, il quale afferma che i codici identificativi dei lavoratori venivano in realtà comunicati dai responsabili della società appaltatrice per evidenziare rendimenti negativi o positivi dei singoli.

Il Tribunale rileva dunque come la committente fosse nelle condizioni di poter esercitare il potere disciplinare «quantomeno per interposta persona», tenendo soprattutto in considerazione la circostanza, riportata da uno dei testi di parte ricorrente, per cui i richiami che i titolari della cooperativa rivolgevano ai dipendenti si verificassero sempre a valle di colloqui che i titolari stessi tenevano con il preposto della società committente.

4. — A conclusione dell'*iter* argomentativo della sentenza, il Tribunale di Padova sottolinea un ulteriore aspetto per rafforzare il riconoscimento della titolarità dei rapporti in capo alla committente: quest'ultima era in possesso di dati personali dei lavoratori che venivano acquisiti mediante i lettori ottici utilizzati nell'esecuzione delle attività oggetto dell'appalto.

In particolare, i codici identificativi assegnati dall'appaltatrice ai lavoratori venivano comunicati alla committente e registrati sul *software* aziendale di quest'ultima affinché

il programma riconoscesse la voce del lavoratore associato a ciascun codice. Il *software*, di conseguenza, registrava tutte le operazioni svolte dai lavoratori, associando il codice al nominativo della persona riconosciuta a seguito di comando vocale. La committente era dunque in possesso di dati relativi ai lavoratori formalmente assunti da una società terza senza che nessuna *policy* interna giustificasse l'acquisizione di tali dati e senza che fossero mai state identificate le funzioni connesse a tale acquisizione né i tempi e modi di conservazione. Tantomeno i lavoratori della società appaltatrice e la società appaltatrice stessa erano stati resi edotti della registrazione e conservazione di tali dati.

A detta del Tribunale di Padova, quindi, il fatto che la società committente si sia posta nelle condizioni di trattare dati di lavoratori attraverso strumenti potenzialmente idonei al controllo a distanza dei lavoratori costituisce ulteriore argomento per sostenere che la committente abbia nei fatti agito esercitando i poteri del datore di lavoro.

5. — La sentenza in esame appare sicuramente interessante per l'originale prospettiva legata all'esercizio dei poteri datoriali mediante semplice interazione uomo-macchina.

In un'epoca come quella attuale, in cui si pone sempre più in evidenza l'incidenza della tecnologia sul concreto svolgimento dei rapporti di lavoro (oltre che sulla loro mera classificazione, come nel caso del lavoro su piattaforma), si afferma sempre più l'esigenza di dotare di nuovi contenuti i concetti e le classificazioni giuridiche finora utilizzate.

La sentenza in esame evidenzia quindi un nuovo modo di interpretare il potere direttivo, e con esso il concetto stesso di subordinazione: il potere direttivo può essere esercitato attraverso l'attivazione e l'operatività di un *software* sostanzialmente preimpostato da colui che, pur non interagendo in maniera fisica con i singoli prestatori di lavoro, si pone però come effettivo datore di lavoro.

Condivisibile appare quindi l'impostazione seguita dal Tribunale di Padova, che riconosce la non genuinità di un appalto *labour intensive* in virtù del concreto esercizio del potere direttivo e organizzativo in capo alla società committente estrinsecantesi nella gestione di un *software* e nell'utilizzo di una voce elettronica registrata, capaci di impartire vere e proprie direttive.

Riferimenti bibliografici

- Alvino I. (2017), *La tutela del lavoro nell'appalto*, in Amoroso G. et al., *Diritto del lavoro*, vol I, ed. V, Milano, 1740 ss.
- Corazza L. (2014), *Somministrazione di lavoro e appalti*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 1672 ss.
- Meiffret F. (2019), *Il concetto di subordinazione deve essere adeguato alle nuove tecnologie*, in *ilgiuslavorista.it*, 28 ottobre.
- Zappia T. (2019), *La non genuinità dell'appalto alla luce dell'attuale contesto organizzativo-produttivo dell'attività d'impresa*, in *ilgiuslavorista.it*, 12 dicembre.

Milena Talarico
Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro

TRIBUNALE RIMINI, 9.4.2019 – Giudice Ardigò – S.M.A. (avv. Magnani) c. C. (avv. Perulli).

Retribuzione – Differenze retributive – Cooperative di tipo B – Applicazione del Ccnl delle cooperative sociali – Riduzione del costo del lavoro – Deroghe per il solo personale svantaggiato – *Dumping* contrattuale – Violazione dell’art. 36 Cost. – Applicazione del contratto collettivo comparativamente più rappresentativo per settore o categoria affine e prestazioni similari – Art. 3 della l. n. 142/2001.

Ai lavoratori di cooperative sociali di tipo B dev’essere garantito un trattamento economico complessivo non inferiore ai minimi previsti, per prestazioni similari, dal Ccnl di settore o categoria affine sottoscritto dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, che costituisce parametro esterno e indiretto di commisurazione ai criteri di proporzionalità e sufficienza della retribuzione, previsti dall’art. 36 Cost. Nel caso di mansioni non previste dal contratto collettivo delle cooperative sociali, pertanto, si applicano le disposizioni previste dal Ccnl affine sottoscritto dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Le eventuali deroghe, previste dalla contrattazione collettiva, possono essere disposte solo per il cd. personale svantaggiato, nei limiti percentuali previsti dalla stessa disciplina contrattuale, onde evitare fenomeni di dumping contrattuale. (1)

(1) TRATTAMENTO ECONOMICO DEI DIPENDENTI
DELLE COOPERATIVE SOCIALI DI TIPO B

E APPLICAZIONE DEI CCNL DI SETTORE O CATEGORIA AFFINI

SOMMARIO: 1. Le cooperative sociali nella riforma del cd. Terzo settore. — 2. Il trattamento economico dei dipendenti delle cooperative sociali e l’applicazione dei contratti collettivi di cui all’art. 51 del d.lgs. n. 81 del 2015. — 3. La Sentenza della Corte costituzionale n. 51 del 2015 e la giurisprudenza successiva. — 4. La clausola sociale di equo trattamento e l’applicazione delle deroghe al solo personale svantaggiato.

1. — *Le cooperative sociali nella riforma del cd. Terzo settore* — Nella sentenza in commento, il Tribunale di Rimini accoglie, in virtù dell’applicazione dell’art. 3, c. 1, l. n. 142/2001, come modificato dall’art. 7, c. 4, del d.l. n. 248 del 2007, convertito in l. n. 31 del 2008, e di quanto prescritto dall’art. 8 del Ccnl Fise – Servizi ambientali, il ricorso di un dipendente di cooperativa sociale – operante nel campo dei servizi igienici e ambientali –, inquadrato nel livello B1 del Ccnl cooperative sociali e addetto a servizi ecologici (conduzione di veicoli di movimentazione del trasporto e dei rifiuti), volto a ottenere differenze retributive, in funzione del diverso (richiesto) inquadramento nel livello B3 del Ccnl del settore Servizi ambientali.

Nei fatti, il Tribunale di Rimini giunge a tali considerazioni sulla base del concreto esame delle mansioni espletate, posto che il lavoratore:

- non era inquadrabile nella categoria dei dipendenti considerati «personale svantaggiato»;
- svolgeva mansioni di addetto alla conduzione di mezzi per i servizi di igiene ambientale, ossia veicoli per la movimentazione del trasporto e dei rifiuti, per la guida dei quali occorreva la titolarità di patente C;
- operava in autonomia e variabilità, nell'ambito di procedure stabilite, con responsabilità di buon funzionamento – e del correlativo standard di sicurezza – del mezzo utilizzato;
- non era inquadrabile nelle categorie enucleate per il personale dal Ccnl cooperative sociali.

Le mansioni erano invece riferibili al livello B3 del Ccnl servizi ambiente Fise – area Conduzione [profilo di «Addetto alle attività di raccolta, carico e scarico e attività accessorie con l'ausilio di veicoli (patente C), in concorso con più addetti o in singolo»].

Il ricorso del dipendente veniva accolto anche considerando il fatto che il settore di operatività prevalente della cooperativa – pure inquadrata quale cooperativa sociale di tipo B, ai sensi dell'art. 1, l. n. 381 del 1991 – era il servizio di igiene ambientale (nettezza urbana), risultando la stessa aggiudicataria di diversi appalti.

È doverosa premessa, per commentare la sentenza in epigrafe, analizzare l'inquadramento normativo delle cooperative sociali di tipo B, in particolar modo con riferimento alla disciplina dell'impresa sociale (e i conseguenti obblighi di applicazione dei trattamenti previsti dalla contrattazione collettiva di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 81 del 2015).

Le cooperative sociali hanno la finalità di «perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e alla integrazione sociale dei cittadini» (1) (così l'art. 1, c. 1, l. n. 381 del 1991), mediante l'esercizio di attività economiche organizzate in forma di impresa (2).

Tali cooperative e i loro consorzi, ai sensi dell'art. 1, c. 4, d.lgs. n. 112/17 (3), acquisiscono di diritto la qualifica di imprese sociali (4).

(1) Per l'effetto, la finalità di dette cooperative – diversa dallo scopo mutualistico proprio delle cooperative di lavoro, ma accostabile a quella propria delle organizzazioni di volontariato – è quella di perseguire e realizzare interessi generali della collettività. Cfr.: Mariani 1992, 209; Lepore 2017, 279. Sul punto, sulla irriducibilità dello scopo delle cooperative sociali a quello delle organizzazioni di volontariato, seppure in termini diversi, si vd.: Bolego 2006, 37; Del Punta 2001, 346 ss. La *ratio* della cooperazione sociale sta proprio nella necessità di procedere all'inserimento lavorativo di persone disabili e svantaggiate, incapaci di inserirsi autonomamente sul mercato del lavoro. Sul punto, vd.: Dabormida 1992, 10 ss.; Borzaga 2006, 108; Venditti 1994, 54 ss.

(2) Sulla natura di impresa delle cooperative sociali e sulla differenza delle stesse rispetto alle cooperative con scopo mutualistico, anteriormente alla riforma del cd. Terzo settore – l. delega n. 106/2016, d.lgs. n. 112 del 2017 e d.lgs. n. 117/2017 –, fra gli altri: Riccardelli 1993, 655; Paolucci 1997, 1352; Bano 2001, 228; sulla possibile configurabilità delle stesse come imprese sociali, di cui all'art. 17 del d.lgs. n. 155/2006, si vd., fra gli altri, Bucelli 2007, 527.

(3) Ma si vd. già l'art. 6, c. 1, lett. c, l. n. 106/16. Cfr., per un commento della riforma, anche Conte 2018, 141 ss.

(4) Pertanto, l'equiparazione fra le due figure renderebbe *ex lege* le dette cooperative delle imprese sociali, cui sarebbe applicabile la relativa normativa *in parte qua*. Cfr. Cusa 2019, 951. *Contra*, Marasà 2019, 87. In arg., si vd. anche Gorgoni 2018, 41.

A tali cooperative sociali, pertanto, si applica la disciplina in punto di volontariato e attività di volontariato (artt. 17-19, d.lgs. n. 117 del 2017) e di lavoro nell'impresa sociale (art. 13, d.lgs. n. 112/2017), e da ciò consegue che le disposizioni sul lavoro nell'impresa sociale sono automaticamente applicabili al lavoro nella cooperazione sociale.

Per l'effetto, tutte le cooperative sociali iscritte nell'albo delle società cooperative sono state, a seguito della riforma del cd. Terzo settore, iscritte, d'ufficio nelle Sezioni speciali delle imprese sociali presso i registri delle imprese competenti per territorio, e quindi tutte le cooperative sociali devono osservare non solo la l. n. 381/91, ma anche la parte del d.lgs. n. 112/17 a esse applicabile (5).

Come noto, le attività economiche svolte da dette cooperative – a seconda dell'attività esercitata per realizzare lo scopo solidaristico – possono consistere nella gestione di servizi socio-sanitari ed educativi (art. 1, c. 1, lett. *a*), ovvero nello svolgimento di attività di varia natura, nei settori agricolo, commerciale, industriale o dei servizi, indirizzate teleologicamente all'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati (art. 1, c. 2, lett. *b*).

In tale ambito, sono distinguibili cooperative sociali di tipo A e di tipo B, caratterizzate da una disciplina comune, consistente: nei d.lgs. n. 112 del 2017 e n. 117 del 2017 in materia di impresa sociale; nella legge n. 381 del 1991 e nelle leggi regionali di attuazione; nella disciplina comune delle cooperative a mutualità prevalente, oltre che, ovviamente, nella disciplina generale in tema di cooperative (ossia la l. n. 142/2001) (6).

Per l'effetto, le cooperative sociali continuano a trovare la propria disciplina di riferimento nella l. n. 381/1991, oltre che nel codice civile, ai sensi dell'art. 2520, c. 1, c.c., e nei d.lgs. n. 112 del 2017 e n. 117 del 2017 di riforma del Terzo settore.

Le disposizioni di detti decreti si applicano alla cooperazione sociale in quanto non derogate e compatibili con la l. n. 381 del 1991 (sono infatti esplicitate le esclusioni delle cooperative sociali dall'ambito di applicazione di disposizioni del d.lgs. n. 117 del 2017 – ad esempio, l'esercizio delle attività di interesse generale di cui all'art. 5, comma 1, del detto decreto –, e di converso nel decreto sono espressamente menzionate le norme attuabili nei confronti delle cooperative sociali; ad esempio, nelle disposizioni di natura fiscale: artt. 82, c. 1, e 89, c. 11, d.lgs. n. 117 del 2017).

Più in dettaglio, a seguito della riforma, le cooperative sociali cosiddette di tipo A, cioè quelle regolate dalla lett. *a*, art. 1, c. 1, l. n. 381/91, possono esercitare soltanto le attività elencate nella predetta lett. *a*, nonché quelle richiamate nell'art. 17, c. 1, d.lgs. n. 112/17, ossia «le attività di cui all'art. 2, c. 1, lettere *a, b, c, d, l, e p*, del d.lgs.

(5) Sul punto, vd. nota congiunta del ministero dello Sviluppo Economico e del ministero del Lavoro del 31.1.2019, prot. n. 0029103.

(6) Sull'applicabilità della l. n. 142/2001 alle cooperative sociali, cfr., tra i tanti: Miscione 2001, VI; Nogler 2002, 368; Pizzoferrato 2002, 141; De Luca M. 2001, 237. Sulla natura unitaria delle due tipologie di cooperative, si vd.: Bano 2000, 229; Buonocore 1992, 251. Cfr. circolare ministero del Lavoro 8.11.1996, n. 153. *Contra*, fra gli altri: Dondi 1999, 564; Mariani 1992, 212 ss. Sulla gerarchia delle fonti normative applicabili alle cooperative, dopo l'entrata in vigore dei d.lgs. n. 112 e n. 117 del 2017, si vd., fra gli altri: Dabormida 2017, 68; Cusa 2019, 956 ss.

3 luglio 2017, n. 112» (7), nonché le altre attività che ulteriori disposizioni legislative espressamente consentono di esercitare alle cooperative sociali (ad esempio, l'agricoltura sociale, ai sensi dell'art. 2, c. 1, l. 18 agosto 2015, n. 141).

Le cooperative sociali cosiddette di tipo B (8) (cioè quelle regolate dalla lett. *b*, art. 1, c. 1, l. n. 381/91) possono svolgere qualsiasi attività economica, a condizione però che tali società, mediante la loro impresa, inseriscano nel mondo del lavoro un certo numero di persone svantaggiate.

In particolare, oltre ai volontari (dei quali deve essere tenuto nota in un apposito registro, purché non svolgano la loro attività in modo occasionale e, se soci, siano iscritti in un'apposita sezione del libro dei soci) (9), le cooperative sociali di tipo B che intendano svolgere attività diverse da quelle esercitabili da una cooperativa sociale di tipo A devono dimostrare di occupare persone svantaggiate per almeno il 30% dei loro lavoratori.

Il calcolo va effettuato su base annua, sottraendo al numero totale dei lavoratori retribuiti (quindi esclusi i volontari), anche non soci, il numero totale dei lavoratori retribuiti, anche non soci, qualificabili come persone svantaggiate secondo la legge (10).

(7) La norma in questione include: gli interventi e servizi sociali ai sensi dell'art. 1, cc. 1 e 2, della l. n. 328/2000, e interventi, servizi e prestazioni di cui alla l. n. 104/1992 e alla l. n. 112/2016; gli interventi e prestazioni sanitarie; le prestazioni socio-sanitarie; i servizi di educazione, istruzione e formazione professionale, ai sensi della l. n. 53/2003, nonché le attività culturali di interesse sociale con finalità educativa; la formazione extrascolastica, finalizzata alla prevenzione della dispersione scolastica e al successo scolastico e formativo, alla prevenzione del bullismo e al contrasto della povertà educativa; i servizi finalizzati all'inserimento o al reinserimento nel mercato del lavoro dei lavoratori e delle persone svantaggiate di cui al c. 4 del medesimo art. 2. Cfr., sul punto, nota direttoriale del ministero del Lavoro 22.2.2018, n. 2491. In dottrina, per un'analisi della normativa in questione, Marasà 2018, 90.

(8) Sulla differenza dello scopo mutualistico fra cooperative di tipo A, in cui lo scopo mutualistico sarebbe prevalentemente esterno (e la relativa attività di pubblico interesse di per sé), e di tipo B, in cui lo scopo mutualistico prevalente sarebbe interno, consistente nell'attività dei lavoratori svantaggiati, prima della riforma del Terzo settore, Pizzoferrato 1999, 116 ss. Si vd. anche circolare Inps 15.4.1999, n. 89, e circolare ministero del Lavoro 8.11.1996, n. 153.

(9) Sul regime dei soci volontari, in generale, sul numero massimo di questi ultimi del 50% del personale impiegato nelle cooperative sociali, nella disciplina anteriore all'entrata in vigore dei d.lgs. n. 112 e n. 117 del 2017, cfr.: Pizzoferrato 2002, 143 ss.; Mariani 1992, 213 ss.; Del Punta 2001, 346. Sul carattere eventuale di tali figure: Bolego 2006, 37 ss.; Dondi 1999, 557 ss.; Menghini 2007, 167 ss.; Barbieri 2006, 562. Quanto a essi: debbono essere assicurati contro gli infortuni e le malattie connessi allo svolgimento dell'attività di volontariato, nonché per la responsabilità civile verso i terzi; la loro condizione è incompatibile con qualsiasi forma di rapporto di lavoro subordinato o autonomo e con ogni altro rapporto di lavoro retribuito con la cooperativa sociale medesima; il numero di essi non può essere superiore a quello dei lavoratori, non essendo più in vigore il limite del 50% dei lavoratori (che invece rimane fermo per i soli soci volontari), come previsto nell'abrogato art. 14, d.lgs. n. 155/2006.

(10) Cfr. circolari Inps 29.12.1992, n. 296, 11.5.1993, n. 109, e 17.6.1994, n. 188. Cfr. Canavesi 1995, 81. Il medesimo calcolo vale per le imprese sociali diverse dalle cooperative sociali che, ai sensi dell'art. 2, c. 5, primo periodo, d.lgs. n. 112/17, intendano svolgere attività diverse da quelle tassativamente indicate nell'art. 2, cc. 1 e 2, d.lgs. n. 112/17, con scopi di interesse generale e finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, per le quali il calcolo, però, va effettuato sulla base dei soggetti di cui sempre all'art. 2, c. 4, della medesima disciplina.

In forza dell'art. 1, c. 4, d.lgs. n. 112/17, le cooperative sociali di tipo B sono tenute a detrarre solo le persone elencate nell'art. 4, c. 1, l. n. 381/91 (11).

2. — *Il trattamento economico dei dipendenti delle cooperative sociali e l'applicazione dei contratti collettivi di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 81 del 2015* — I lavoratori della cooperativa, in quanto impresa sociale di diritto, hanno diritto a un trattamento economico e normativo non inferiore a quello previsto dai Ccnl di cui all'art. 51, d.lgs. n. 81/2015.

A differenza di quanto prescritto in precedenza dall'art. 14, d.lgs. n. 155/2006 (in cui il riferimento era quello generico, relativo ai «contratti e accordi collettivi applicabili»), infatti, il riferimento è quello ai contratti collettivi – nazionali, territoriali, aziendali – firmati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (art. 13, c. 1, d.lgs. n. 112 del 2017) (12).

Pertanto, sussiste l'obbligo di riconoscere condizioni economiche e contrattuali non inferiori a quelle di contratti firmati da parti sindacali rappresentative, al fine di superare fenomeni di *dumping* sociale e di contrattazione pirata (13).

Le suddette disposizioni debbono intendersi applicabili anche ai soci lavoratori, se assunti con contratto di lavoro subordinato, concorrendo con quelle di cui al d.lgs. n. 142/2001.

3. — *La sentenza della Corte costituzionale n. 51 del 2015 e la giurisprudenza successiva* — In realtà, l'obbligo di applicare il trattamento economico previsto dai con-

(11) Il calcolo va effettuato per teste, e non in base all'orario di lavoro effettivamente svolto. Si vd., sul punto, nota del ministero del Lavoro n. 4097 del 3.5.2019 e nota direttoriale del ministero del Lavoro 26.9.2018, n. 10831. I soggetti svantaggiati sono enucleati nell'art. 4, c. 1, l. n. 381/1991, ossia gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli ex degenti di ospedali psichiatrici, anche giudiziari, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, le persone detenute o internate negli istituti penitenziari, i condannati e gli internati ammessi alle misure alternative alla detenzione e al lavoro all'esterno ai sensi dell'articolo 21 della legge 26.7.1975, n. 354, e successive modificazioni. Si considerano inoltre persone svantaggiate i soggetti indicati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del ministro del Lavoro, di concerto con il ministro della Sanità, con il ministro dell'Interno e con il ministro per gli Affari Sociali, sentita la commissione centrale per le cooperative. A tali soggetti si aggiunge lo svolgimento di servizi di inserimento lavorativo di lavoratori molto svantaggiati, di persone svantaggiate o con disabilità, di persone beneficiarie di protezione internazionale e persone senza fissa dimora di cui all'art. 2, c. 4, d.lgs. n. 112/2017. In arg., si vd. anche interpello del ministero del Lavoro 20 luglio 2015, n. 17, nonché la circolare ministero del Lavoro 9.10.1992, n. 116; sul punto vd. anche le circolari Inps n. 296/1992 e n. 95/1994. In dottrina, si vd.: Cusa 2019, 961; Paolucci 1997, 1358; Dondi 1999, 565; Dabormida 1992, 13; Bolego 2006, 34 ss.

(12) Altra novità, assente nell'abrogata disciplina pregressa, onde evitare l'applicazione di politiche retributive interne sperequative, è l'introduzione di un criterio di proporzionalità del trattamento retributivo tra lavoratori dipendenti che, in ragione della natura d'impresa dell'attività esercitata, non può essere superiore al rapporto di uno a otto, da calcolarsi sempre sulla base della retribuzione annua lorda. Proprio per garantire il rispetto di tali parametri, le imprese ne debbono dare conto nel proprio bilancio sociale.

(13) Cusa 2019, 982. Si vd., sul punto, gli artt. 4 e 5 della l. reg. Toscana n. 58 del 31.10.2018.

tratti collettivi comparativamente più rappresentativi alle cooperative sociali (e, più in generale, alle cooperative di cui alla l. n. 142 del 2001) era già stato riconosciuto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 51 del 2015, così come era stata individuata dalla stessa sentenza la natura immanente e ricognitiva dell'art. 3, c. 1, l. n. 142/2001, come modificato dall'art. 7, c. 4, del d.l. n. 248 del 2007, convertito in l. n. 31 del 2008 (14).

Ricostruendo la disciplina, nell'ottica di estendere ai soci lavoratori di cooperativa le tutele proprie del lavoro subordinato, la l. n. 142/2001 ha infatti disposto all'art. 3, c. 1: «Fermo restando quanto previsto dalla l. 20 maggio 1970, n. 300, art. 36, le società cooperative sono tenute a corrispondere al socio lavoratore un trattamento economico complessivo proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato e comunque non inferiore ai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria affine, ovvero, per i rapporti di lavoro diversi da quello subordinato, in assenza di contratti o accordi collettivi specifici, ai compensi medi in uso per prestazioni analoghe rese in forma di lavoro autonomo».

La disposizione ricollega la retribuzione dei soci lavoratori subordinati ai parametri di proporzionalità e sufficienza, e, con riferimento a tali requisiti, prende in considerazione i parametri propri della contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria affine (15).

Per l'effetto, con il citato art. 3, la legge – fermo restando quanto previsto dall'art. 36, l. 20.5.1970, n. 300 – conferma il criterio, seguito dalla giurisprudenza nell'applicazione dell'art. 36 Cost., secondo cui il giudice valuta la conformità della retribuzione ai parametri del medesimo articolo, facendo riferimento ai Ccnl applicabili alla categoria di appartenenza oppure a una categoria affine, per poi determinare la retribuzione secondo equità, ai sensi dell'art. 2099 del codice civile (16), introducendo tale disposizione anche nell'ordinamento cooperativo (17).

In particolare, nel caso di contratto di lavoro subordinato, diventa obbligatorio il rispetto dei valori minimi fissati dai contratti collettivi nazionali di lavoro (18).

Pertanto, la legge attribuisce al socio lavoratore un diritto al trattamento retribu-

(14) *Inter alia*, massimata in *ADL*, 2015, n. 4-5, 928 ss., con nota di Laforgia. Si vd. anche, sul punto, Barbieri 2015, 493 ss.

(15) Bano 2007, 468. L'art. 3, c. 1, l. n. 142, applica anche al socio lavoratore autonomo i principi in materia di proporzionalità e sufficienza della retribuzione, desumibili dall'art. 36, c. 1, Cost., peraltro riconducendo tali principi ai compensi medi in uso «per prestazioni analoghe, rese in forma di lavoro autonomo», in assenza di contratti collettivi espressamente applicati ai soci lavoratori autonomi. Sul punto, *amplius*, si vd.: Barbieri 2006, 199; Zoli 2002, 413; Palladini 2006, 199.

(16) *Ex multis*: Cass. 1.2.2006, n. 2245, in *D&L*, 2006, 557 ss., con nota di S. Bianchi; Cass. 28.8.2004, n. 17274, in *MGL*, 2004, 950 ss.; Cass. 29.3.1998, in *FI*, 1998, I, 3227 ss.; Cass. 9.8.1996, in *GI*, 1997, I, 1390 ss.; Cass. 3.12.1994, n. 10367, in *RIDL*, 1995, II, 932 ss.; Cass. 14.12.1982, n. 6885, in *Corriere giuridico*, 1983, I, 1775 ss.; Cass. 28.3.1977, n. 1209, in *RGL*, 1977, II, 856 ss.

(17) Differentemente dall'orientamento anteriore all'entrata in vigore della l. n. 142 del 2001, secondo cui la remunerazione del socio era concepita quale mera partecipazione agli utili di gestione. Cfr. C. cost. 12.2.1996, n. 30, in *D&L*, 1996, 616 ss. Sul punto, si vd. Ferluga 2005, 152 ss.

(18) Sul punto, si vd., fra gli altri, Maresca 2002, 935.

tivo conforme alle prestazioni della contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria affine, che costituisce parametro di riferimento per valutare la congruità della retribuzione corrisposta ai soci e delle deliberazioni sociali che alle stesse fanno riferimento (19).

La norma dà un'applicazione estensiva dell'art. 36 della Costituzione: la retribuzione del socio lavoratore subordinato deve essere pari ai minimi contrattuali non solo per la retribuzione di livello (o tabellare o di qualifica), bensì anche per il «trattamento complessivo», ivi comprese, quindi, le voci retributive diverse (straordinario, festivo) e le retribuzioni parziali differite (20).

Sulla stessa linea si colloca la previsione dell'articolo 6, c. 2, della medesima legge, che, a seguito delle modifiche introdotte dalla l. n. 30 del 2003, art. 1, c. 9, lett. *f*, ha stabilito che il rinvio ai contratti collettivi nazionali applicabili opera per il «trattamento economico minimo di cui all'art. 3, c. 1», escludendo che il regolamento cooperativo possa contenere disposizioni derogatorie *in peius* rispetto a tale trattamento minimo (21).

In tale ambito è intervenuto il d.l. n. 248 del 2007, convertito in l. n. 31 del 2008, che all'art. 7, c. 4, ha previsto come il confronto con il trattamento retributivo complessivo corrisposto al socio lavoratore debba avvenire con i contratti collettivi «stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» (art. 7, c. 4, d.l. 31.12.2007, n. 248, convertito in l. 28.2.2008, n. 31), seppure ne circoscriva la portata al periodo transitorio, ossia fino alla completa attuazione della normativa in materia di socio lavoratore di società cooperativa.

La *ratio* normativa è volta a contrastare i fenomeni di contrattazione pirata che si stavano radicando con particolare successo nel settore delle cooperative di lavoro (22).

La Corte costituzionale, pertanto, ha rilevato come la norma in questione non comporti il riconoscimento di efficacia *erga omnes* del contratto collettivo comparativamente più rappresentativo, ma la semplice utilizzazione dello stesso quale parametro esterno e indiretto della commisurazione del trattamento retributivo adeguato *ex art.* 36 Cost., secondo i principi di proporzionalità e sufficienza (23).

(19) Meliàdo 2002, 357.

(20) In questi termini, circolare ministero del Lavoro 17.6.2002, n. 34. In particolare, sulla necessità di applicare le sole voci retributive principali (minimi tabellari, indennità di contingenza, tredicesima ecc.), secondo l'impostazione consolidata della giurisprudenza di legittimità sull'art. 36, c. 1, Cost., si vd.: Maresca 2002, 624 ss.; Ferluga 2005, 154; De Angelis 2003, 159 ss. *Contra*, sulla necessità di considerare la retribuzione complessivamente prevista dal contratto nazionale, si vd., fra gli altri: Zoli 2002, 411; Barbieri 2006, 557; Andreoni 2002, 191; Miscione 2002, 82; Miscione 2001, XIV; Palladini 2006, 188 ss. In arg., la citata C. cost. n. 51 del 2015 sembrerebbe volgere all'applicazione dell'intera retribuzione prevista dal Ccnl affine.

(21) Si vd., in argomento, circolare ministero del Lavoro 18.3.2004, n. 10. Invece, il riferimento, sempre contenuto nell'art. 6, c. 1, lett. *a*, l. n. 142 del 2001, al fatto che il regolamento interno della cooperativa debba contenere il richiamo ai contratti collettivi applicabili, per ciò che attiene ai soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato, non determina alcun obbligo per la cooperativa di applicare un determinato contratto collettivo. Cfr., fra gli altri: Nogler 2002, 470; De Luca M. 2001, 247; Palladini 2006, 189 ss.

(22) Zoli 2002, 8; Laforgia 2009, 101.

(23) Essendo le «associazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative nella categoria [...] presumibilmente capaci di realizzare assetti degli interessi collettivi più coe-

Tale parametro – e la norma di riferimento – ha pertanto valore immanente ed effetti vincolanti, anche stante la mancata attuazione dell'art. 39 Cost., a nulla valendo qualsiasi riferimento alla natura provvisoria della disposizione (24).

Né viene meno il diritto delle organizzazioni sindacali minoritarie di stipulare contratti collettivi, ma tali contratti debbono garantire «livelli retributivi almeno uguali a quelli minimi imposti dall'art. 3, c. 1, l. n. 142/2001» (25).

Sul punto si è uniformata anche la giurisprudenza successiva, che ha stabilito come al socio lavoratore subordinato spetti la corresponsione di un trattamento economico complessivo (ossia concernente la retribuzione base e le altre voci retributive) comunque non inferiore ai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria affine (26).

L'applicabilità di detti trattamenti, quanto ai minimi contrattuali, non è condizionata dal regolamento previsto dall'art. 6 della l. n. 142/2001, che quindi non può contenere disposizioni derogatorie di minor favore rispetto alle previsioni collettive di categoria (27).

4. — *La clausola sociale di equo trattamento e l'applicazione delle deroghe al solo personale svantaggiato* — Quanto detto sopra concerne, a maggior ragione, il caso di clausola sociale del contratto di appalto, che impone un trattamento economico minimo e inderogabile da parte della stazione appaltante (28), o l'applicazione di un

renti col criterio di cui all'articolo 36 Cost., rispetto ai contratti conclusi da associazioni comparativamente minoritarie nella categoria». Cfr. Cass. 20.2.2019, n. 4951, in *GI*, 2019, n. 10, 2205 ss., con nota di Pigliararmi.

(24) In dottrina, fra gli altri, già Zoli 2002, 409 ss.

(25) Da ultimo, sul punto, in questi termini, Cass. 20.2.2019, n. 4951, cit.

(26) Ma, con riferimento al Ccnl vigilanza, Sezione servizi fiduciari, sottoscritto dalle associazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative della categoria, vd. T. Torino 9.8.2019, in *Nuovo notiziario giuridico*, 2019, n. 2, 479 ss., ove si afferma: «... Il lavoratore ai sensi dell'art. 36 Cost. ha diritto non solo a un minimo vitale, ma anche al raggiungimento di un tenore di vita socialmente adeguato. L'art. 7, c. 4, del d.l. n. 248/2007 intende dare specifica attuazione nel settore delle cooperative all'art. 36 Cost. tutelandone i dipendenti rispetto a una applicazione di contratti collettivi sottoscritti da organizzazioni datoriali e sindacali di non accertata rappresentatività nel caso in cui prevedano trattamenti retributivi potenzialmente in contrasto con la nozione di retribuzione sufficiente di cui all'art. 36 Cost. La circostanza che i contratti collettivi siano sottoscritti dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative non esime dal giudizio sul rispetto del dettato costituzionale in punto trattamento retributivo». Per l'effetto, è stata disposta la condanna della datrice di lavoro ed è stato ritenuto assolto l'onere della prova del lavoratore relativamente al fatto che la retribuzione a questi erogata – in forza dell'art. 23 del citato Ccnl – era inferiore di un terzo rispetto a quella prevista dai Ccnl applicati nel settore, e oltretutto inferiore alla soglia Istat di povertà assoluta. Sempre con riferimento all'art. 23 della Sezione servizi fiduciari del Ccnl vigilanza, vd. anche T. Milano 30.6.2016, inedita a quanto consta.

(27) Cass. 9.4.2019, n. 9862, in *Sistema Società*, 2019, 2 maggio.

(28) Le cd. clausole sociali di equo trattamento, già previste dall'art. 118, c. 67, dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006 (per cui l'aggiudicatario dell'appalto doveva osservare il trattamento economico e normativo previsto dai contratti collettivi di lavoro vigenti nel settore e nella zona oggetto dell'appalto medesimo) e oggi dall'art. 105, c. 9, d.lgs. n. 50/2016, oltre che, *a contrario*, dall'art. 30, c. 4, d.lgs. n. 50/2016.

determinato contratto collettivo al personale non svantaggiato (29). In particolare, nel Ccnl relativo al settore Servizi ambientali è previsto espressamente l'«obbligo per le imprese appaltatrici di assicurare ai propri dipendenti l'applicazione di uno dei due Ccnl servizi ambientali specifici del settore stipulati dalle Oo.Ss. comparativamente più rappresentative» (cfr. art. 8, A, c. 1, lett. *d*, del citato Ccnl).

È possibile derogare a tale norma per il solo personale svantaggiato «per una quota complessiva e non superiore al 5% avendo a riferimento l'ammontare del volume economico delle attività complessivamente previste dall'articolo 3, comma 1, lett. *a*, del presente Ccnl, al netto del valore economico delle attività di trasferta dei rifiuti, successivamente alle procedure previste dai cc. 3, 4 e 5. Resta comunque l'obbligo per le cooperative sociali, di cui all'art. 1, lett. *b*, della legge n. 381/91, di assicurare ai propri soci e dipendenti le condizioni normative ed economiche non inferiori a quelle previste da un Ccnl stipulato con le Oo.Ss. comparativamente più rappresentative» (cfr. art. 8, B, comma 6, del citato Ccnl).

Per l'effetto, la deroga al Ccnl servizi ambientali può essere effettuata solo:

- per lavoratori inquadrabili nel Ccnl del settore Servizi ambientali;
- per appartenenti al cd. personale svantaggiato, come definito *sub* 2;
- nei limiti del 5 % del personale impiegato.

Quindi, al personale non ritenuto svantaggiato non può essere applicato un trattamento economico e normativo diverso da quello previsto dai Ccnl specifici del settore Servizi ambientali (30).

Non vi sono, stante il vincolo contrattual-collettivo, margini di deroga che consentano l'applicazione del Ccnl cooperative sociali in luogo del Ccnl servizi ambientali per i soggetti non svantaggiati.

Ancora di meno, tali deroghe non possono sussistere per lavoratori che esercitano attività non riconducibili al *job* mansionatorio ricompreso nel Ccnl cooperative sociali.

L'assenza di eccezioni è proprio volta a evitare le forme di *dumping* sociale derivanti dalla partecipazione alle gare di appalto da parte di soggetti che, grazie all'applicazione di un contratto collettivo più favorevole, e quindi facendo leva sul risparmio del costo del lavoro, possono formulare offerte più vantaggiose.

D'altro canto, la giurisprudenza amministrativa, da un lato, ha pacificamente ribadito la legittimità dell'inserimento di una clausola di equo trattamento e, dall'altro, ha affermato che tale clausola non può vincolare le imprese al rispetto di un uni-

(29) In argomento, si vd., su tutti, Ghera 2001, 134 ss. Si vd. anche: Recchia 2007, 235 ss.; Izzi 2018, 84 ss. Si vd. la ricostruzione dell'approccio comunitario al tema in Forlivesi 2015, 33 ss. Con riferimento alla normativa comunitaria, si vd.: C. Giust. 18.9.2014, C-549/13, *Bundesdruckerei*, in *RGL*, 2015, II, 33 ss., con nota di Guadagno. Si vd.: C. Giust. 3.4.2008, C-346/06, *Ruffert*, in *ADL*, 2008, n. 6, 1407 ss., con nota di De Salvia, e C. Giust. 17.11.2015, C-115/14, *RegioPost GmbH c. Stadt Landau in der Pfalz*, in *RIDL*, 2016, n. 3, II, 535 ss., con nota di Forlivesi. In ambito internazionale, si vd. Convenzione Oil n. 94/1949, approvata in Italia con la l. 2.8.1952, n. 1305, su cui Bruun *et al.* 2009, 649 ss.

(30) Identiche considerazioni in: T. Padova 19.9.2017; T. Padova 9.2.2018; nonché in T. Bologna 17.1.2019, in *LG*, n. 7, 2019, 720 ss., con nota di De Luca G.

co Ccnl, né può escludere la partecipazione di una ditta del settore che, pur applicando un differente contratto, garantisca lo svolgimento del servizio richiesto (31).

Va, in tal senso, ribadito come non sia esclusa, per la cooperativa sociale che applichi il proprio Ccnl di categoria, la possibilità di partecipazione alla gara di appalto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 30, c. 4, d.lgs. n. 50/2016, ma sussista pur sempre l'obbligo, espressamente previsto dalla medesima legge, di applicare in concreto, nell'ambito dei rapporti di lavoro, i trattamenti previsti per il settore di riferimento (art. 105, c. 9, del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui «L'affidatario è tenuto a osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni»).

E ciò vale, a maggior ragione, per il personale che, come detto sopra, per ragioni di inquadramento contrattuale (qualora le mansioni non siano previste dal contratto collettivo di riferimento delle cooperative sociali) e per *status* (di personale non svantaggiato), non possa, e non debba, rientrare in eventuali discipline di deroga.

Per l'effetto, in base al complesso normativo sopra descritto, da dette indicazioni discende l'obbligo di applicare la disciplina contrattuale collettiva stabilita dalla clausola sociale del contratto di appalto.

Riferimenti bibliografici

- Andreoni A. (2002), *La tutela economica prevista per il socio lavoratore dopo la legge n. 142/2001*, in *DRI*, 191 ss.
- Bano F. (2000), voce *Cooperative sociali*, in *DDPComm., Aggiornamento*, 229 ss.
- Bano F. (2001), *Il lavoro senza mercato. Le prestazioni di lavoro nelle organizzazioni «non profit»*, il Mulino, Bologna, 228 ss.
- Bano F. (2007), *Sub art. 12. La nuova disciplina dell'impresa sociale. Commentario al d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155*, in De Giorgi M.V. (a cura di), *Disciplina dell'impresa sociale. Commentario al d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155*, in *NLC*, 268 ss.
- Barbieri M. (2006), *Cinque anni dopo: il rapporto di lavoro del socio di cooperativa tra modifiche legislative, dottrina e giurisprudenza*, in Curzio P. (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, Bari, 199 ss.
- Barbieri M. (2015), *In tema di legittimità costituzionale del rinvio al Ccnl delle organizzazioni più rappresentative nel settore cooperativo per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente*, in *RGL*, II, 493 ss.
- Bolego G. (2006), *I rapporti di lavoro dei soci di cooperativa sociale*, in *Impresa sociale*, n. 4, 37 ss.
- Borzaga M. (2006), *Cooperazione sociale e inserimento lavorativo: il contributo dell'analisi economica*, in *DLRI*, 108 ss.
- Bozzao P. (2018), *La soggettività giuridica degli enti del terzo settore: profili lavoristici*, in *federalismi.it*, n. 22, 21 novembre.

(31) In questo senso, a titolo esemplificativo: Cons. Stato 1.3.2017, n. 932, in *GI*, 2017, n. 7, 1667 ss., proprio afferente appalto concernente l'affidamento del servizio di raccolta rifiuti; Cons. Stato 10.2.2016, n. 589, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 2016. In arg., vd. anche delibera Anac n. 62 del 30.1.2019.

- Bruun N. *et al.* (2009), *La Convenzione 94 dell'Oil alla luce del caso Rüffert*, in *RGL*, I, 649 ss.
- Bucelli A. (2007), *Sub art. 17. Parte II*, in De Giorgi M.V. (a cura di), *Disciplina dell'impresa sociale. Commentario al d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155*, in *NLC*, 527 ss.
- Buonocore V. (1992), *Un nuovo tipo di cooperativa? A proposito della nuova legge sulle cooperative sociali*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 251 ss.
- Canavesi G. (1995), *La disciplina del lavoro nelle organizzazioni di volontariato e nelle cooperative sociali*, in Olivelli P. (a cura di), *La disciplina giuridica del volontariato e delle cooperative sociali*, Nuove Ricerche, Ancona, 81 ss.
- Conte G. (2018), *L'impresa responsabile*, Giuffrè, Milano, 141 ss.
- Cusa E. (2019), *Le cooperative sociali come doverose imprese sociali*, in *NLC*, n. 4, 951 ss.
- Dabormida R. (1992), *Un nuovo tipo di impresa mutualistica: la cooperativa sociale*, in *Le Società*, 10 ss.
- Dabormida R. (2017), *La riforma del Terzo settore*, Giuffrè, Milano.
- De Angelis L. (2003), *Spunti in tema di lavoro cooperativo dopo la legge 14 febbraio 2003 n. 30*, in *FI*, V, 159 ss.
- Del Punta R. (2001), *Diritto del lavoro e terzo settore*, in *RIDL*, I, 346 ss.
- De Luca G. (2019), *La riesumazione dell'art. 2070 c.c.: quando il fine giustifica i mezzi*, in *LG*, n. 7, 720 ss.
- De Luca M. (2001), *Il socio lavoratore di cooperativa: la nuova normativa (l. 3 aprile 2001, n. 142)*, in *FI*, IV, 237 ss.
- De Salvia A. (2008), *Non c'è due senza tre: la Corte di Giustizia nel caso Ruffert*, in *ADL*, n. 6, 1407 ss.
- Dondi G. (1999), *Sul lavoro nelle cooperative sociali*, in *RGL*, I, 564 ss.
- Ferluga L. (2005), *La tutela del socio lavoratore tra profili lavoristici e societari. Riflessioni sulla l. n. 142/2001 e successive modifiche*, Giuffrè, Milano, 152 ss.
- Forlivesi M. (2015), *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 295, 33 ss.
- Forlivesi M. (2016), *L'atteso reassessment della Corte di Giustizia sulle clausole sociali relative al «salario minimo» negli appalti pubblici*, in *RIDL*, n. 3, II, 535 ss.
- Ghera E. (2001), *Le cd. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, 134 ss.
- Gorgoni M. (2018), *Il Codice del Terzo settore tra luci ed ombre*, in *Id.* (a cura di), *Il codice del Terzo settore. Commento al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, Pacini Editore, Ospedaletto (PI), 41 ss.
- Guadagno S. (2015), *(Sub)appalto transnazionale e ambito di applicazione delle norme sul salario minimo*, in *RGL*, II, 33 ss.
- Izzi D. (2018), *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Giappichelli, Torino.
- Laforgia S. (2009), *La cooperazione e il socio-lavoratore*, Giuffrè, Milano.
- Laforgia S. (2015), *La giusta retribuzione del socio di cooperativa: un'altra occasione per la C. cost. per difendere i diritti dei lavoratori ai tempi della crisi*, in *ADL*, n. 4-5, 928 ss.
- Lepore A. (2017), *Le prestazioni nei contratti associativi, nelle cooperative e nelle associazioni*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Milano, 279 ss.

- Marasà G. (2019), *Le cooperative sociali dopo la riforma del terzo settore*, in *Id.* (a cura di), *Imprese sociali, altIri enti del terzo settore, società, benefit*, Torino, 87 ss.
- Maresca A. (2002), *Il rapporto di lavoro subordinato del socio di cooperativa*, in *ADL*, 624 ss.
- Mariani M. (1992), *La legge 8 novembre 1991, n. 381, sulle cooperative sociali*, in *RIDL*, I, 209 ss.
- Meliadò G. (2002), *La nuova legge sulle cooperative: una riforma necessaria*, in *RIDL*, I, 357 ss.
- Menghini L. (2007), *Lavoro gratuito e volontariato*, in Carinci F. et al. (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Utet, Torino, 167 ss.
- Miscione M. (2001), *Il socio lavoratore di cooperativa (regolamentazione forte dopo la legge n. 142/2001)*, in *DPL*, XIV ss.
- Miscione M. (2002), *Il trattamento economico del socio: profili lavoristici, fiscali, previdenziali e processuali*, in Garofalo D., Miscione M. (a cura di), *La nuova disciplina del socio lavoratore di cooperativa*, Milano, 82 ss.
- Nogler L. (2002), *Il principio del doppio rapporto e le tipologie lavorative*, in Nogler L. et al. (a cura di), *La riforma della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa*, in *NLC*, 368 ss.
- Palladini S. (2006), *Il lavoro nelle cooperative oltre il rapporto mutualistico*, Cedam, Padova.
- Paolucci L.F. (1997), *Disciplina delle cooperative sociali. Legge 8 novembre 1991, n. 381*, in *NLC*, 1352 ss.
- Pigliararmi G. (2019), *L'applicazione del Ccnl tra clausole sociali e libertà sindacale dell'impresa*, in *GI*, n. 10, 2205 ss.
- Pizzoferrato A. (1999), *Il lavoro nel settore no profit: profili individuali*, in Carinci F. (a cura di), *Non profit e volontariato. Profili giuridico-istituzionali*, Ipsoa, Milano, 116 ss.
- Pizzoferrato A. (2002), *Socio volontario e riforma del lavoro cooperativo*, in Montuschi L., Tullini P. (a cura di), *Lavoro e cooperazione tra mutualità e mercato. Commento alla legge 3 aprile 2001, n. 142*, Giappichelli, Torino, 141 ss.
- Recchia G.A. (2007), *Cambio appalto, stabilità occupazionale e contrattazione collettiva*, in Garofalo D. (a cura di), *Appalti e lavoro*, vol. II, *Disciplina lavoristica*, Giappichelli, Torino, 235 ss.
- Riccardelli N. (1993), *Cooperative di volontariato e libertà di forme nella legge quadro sul volontariato*, in *GComm.*, II, 655 ss.
- Vedani D. (2004), *Lavoro cooperativo: chiarimenti sulla nuova disciplina*, in *DPL*, 935 ss.
- Venditti C. (1994), *Causa e scopo mutualistico delle cooperative sociali*, in *DG*, 54 ss.
- Zoli C. (2002), *Il corrispettivo della prestazione lavorativa*, in Nogler L. et al. (a cura di), *La riforma della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa*, in *NLC*, 409 ss.

Alessandro Veltri

Dottore di ricerca in Diritto dell'economia e dell'impresa
presso la «Sapienza» Università di Roma
Docente di Diritto del lavoro
presso la «Sapienza» Università di Roma

DIRITTO SINDACALE

CASSAZIONE, 20.8.2019, n. 21537 – Pres. Nobile, Est. Riosa, P.M. Sanlorenzo (conf.) – F.P. TO (avv.ti Cossu, Angiolini, Poli, Ingegneri, Bomboi) c. P. Spa (avv.ti De Luca Tamajo, Bonamico, Dirutigliano, Ropolo).
Cassa Corte d'Appello di Torino, 18.4.2014.

Contratto collettivo – Recesso – Disdetta – Successione di contratti collettivi – Esclusione di un sindacato dalla contrattazione – Condotta antisindacale – Accordi separati.

Nel contratto collettivo, la possibilità di disdetta spetta unicamente alle parti stipulanti, ossia alle associazioni sindacali e dei datori di lavoro che di norma provvedono anche a disciplinare le conseguenze della disdetta; al singolo datore, pertanto, non è consentito recedere unilateralmente dal contratto collettivo, neppure adducendo l'eccessiva onerosità dello stesso, ai sensi dell'art. 1467 c.c., conseguente a una propria situazione di difficoltà economica, salva l'ipotesi di contratti aziendali stipulati dal singolo datore di lavoro con sindacati locali dei lavoratori. Ne consegue che non è legittima la disdetta unilaterale da parte del datore del contratto applicato, seppure accompagnata da un congruo termine di preavviso. Solo al momento della scadenza contrattuale sarà possibile recedere dal contratto e applicarne uno diverso, a condizione che ricorrano i presupposti di cui all'art. 2069 c.c. Non costituisce condotta antisindacale, ai sensi dell'art. 28 St. lav., il comportamento del datore di lavoro il quale abbia sottoscritto un nuovo contratto collettivo, sostituendo il trattamento in precedenza applicato – frutto di accordo con alcune organizzazioni sindacali – con il trattamento concordato con altri sindacati, e imponendo tale nuovo trattamento agli iscritti al sindacato non stipulante nonostante l'esplicito diniego espresso. (1)

(1) DISDETTA ANTICIPATA DEL CCNL DI CATEGORIA DA PARTE DEL DATORE
E SOSTITUZIONE CON UN CONTRATTO COLLETTIVO SEPARATO

SOMMARIO: 1. Illegittima disapplicazione del Ccnl vigente da parte del datore di lavoro. — 2. Titolarità del diritto di recesso e di disdetta del contratto collettivo applicato in azienda. — 3. Autonomia contrattuale collettiva e libera individuazione dell'organizzazione sindacale (e datoriale) per contrattare. — 4. Efficacia oggettiva e soggettiva degli accordi e dei contratti collettivi separati.

1. — *Illegittima disapplicazione del Ccnl vigente da parte del datore di lavoro* — Con la sentenza in commento, la Cassazione torna ad affrontare i temi del recesso e della disdetta del Ccnl da parte di un datore di lavoro, nonché della sua successiva sostituzione di questo con un contratto aziendale (nominato nei diversi gradi di giudizio come «contratto collettivo specifico di lavoro» o «contratto collettivo separato di lavoro»), alla cui contrattazione il datore di lavoro ha chiamato solo alcune rappresentanze sindacali presenti in azienda.

La pronuncia risulta essere l'approdo (temporaneo) di un giudizio proposto, da un'organizzazione sindacale davanti il Tribunale di Torino ai sensi dell'art. 28 St. lav., al fine di — tra le altre richieste — far accertare una duplice illegittimità: da un lato, l'illegittimità della decisione societaria (assunta in data 20.11.2011) di disdettare, prima della scadenza contrattualmente prevista, il Ccnl gomma-plastica applicato sino a quel momento in alcuni dei propri stabilimenti produttivi, in favore dell'applicazione di un nuovo contratto collettivo di primo livello sottoscritto con (solo) alcune organizzazioni sindacali; dall'altro, l'illegittimità delle condotte, perché qualificabili come antisindacali, tenute dall'azienda datrice di lavoro.

In particolare, il sindacato ricorrente ha agito per vedere riconosciuti come antisindacali sia la decisione datoriale di non «invitarla» alla contrattazione del contratto collettivo aziendale del quale, pertanto, risulterà non firmataria perché esclusa all'origine dalle trattative, e sia l'aver sottoscritto un contratto collettivo con organizzazioni sindacali in tutto o in parte diverse da quelle che avevano stipulato l'accordo precedentemente applicato.

Il Tribunale, al termine del giudizio di primo grado, ha qualificato come antisindacale la sola condotta dalla società consistita nel non aver informato e interpellato l'organizzazione ricorrente in merito alle trattative sfociate nell'Accordo separatamente concluso il 13.12.2011 con tutte le altre organizzazioni sindacali coinvolte. Il giudice, inoltre, ha dichiarato legittima l'operatività e l'efficacia nei confronti di tutti i dipendenti del Ccsl medesimo, poiché «il [contratto collettivo] può essere legittimamente sostituito prima della scadenza prevista con “contratto separato”, non richiedendosi il consenso di tutte le originarie parti sindacali stipulanti».

Più nel dettaglio, il giudice della fase sommaria ha ritenuto legittima l'efficacia *erga omnes* del nuovo accordo in applicazione dell'art. 8 della l. n. 148/2011, mentre quello dell'opposizione ha confermato la decisione, ma utilizzando altri argomenti, come quello di effettività.

La Corte d'Appello di Torino, sul gravame introdotto da entrambe le parti, ha ribadito la legittimità della decisione datoriale di recedere dal Ccnl fino ad allora applicato e di sostituirlo con un Ccsl stipulato senza il coinvolgimento di tutte le organiz-

zazioni sindacali firmatarie del primo. La motivazione adottata è stata quella che la società non aderiva già più al sistema confindustriale, avendo precedentemente receduto – insieme all'intero gruppo di appartenenza – dall'associazione datoriale firmataria del Ccnl disdettato.

In particolare, secondo quanto assunto dalla Corte territoriale, essendo venuto meno il vincolo associativo all'Unione industriale della società, quest'ultima «non era dunque più tenuta a rispettare le intese sindacali sottoscritte dall'associazione del settore ed era invece, a partire da quella data, libera di applicare a tutti i propri dipendenti solo e soltanto il legittimamente stipulato Ccsl».

Per altro verso, la Corte d'Appello ha negato che integri una condotta antisindacale la sottoscrizione di un nuovo contratto collettivo soltanto con alcune e non con tutte le organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo precedentemente applicato. Ciò che la Corte territoriale ha ritenuto, invece, che debba considerarsi come una condotta «sicuramente» antisindacale, perché discriminatoria e lesiva dell'immagine del sindacato e della funzione sua propria di agente contrattuale, è il mancato coinvolgimento di un'organizzazione sindacale nelle trattative volte a contrattare il Ccsl da applicare a tutti i dipendenti.

Avverso la sentenza di appello proponeva ricorso per cassazione l'organizzazione sindacale, e la Suprema Corte, nell'accoglierlo, ha richiamato il proprio consolidato orientamento (1) secondo il quale la possibilità di disdetta e di recesso di un contratto collettivo nazionale spetta unicamente alle parti stipulanti, ossia alle associazioni sindacali e datoriali che di norma provvedono anche a disciplinare le conseguenze della disdetta, e non anche al singolo datore di lavoro, a cui, pertanto, non è consentito recedere unilateralmente dal contratto collettivo (2). La Corte ha messo in rilievo, peraltro, che il recesso dall'organizzazione datoriale che ha sottoscritto tale Ccnl non è idoneo a giustificare la conseguente disdetta, in quanto solo la scadenza contrattuale rende possibile il recesso dallo stesso e la sostituzione con un nuovo contratto.

Ad avviso della Corte, di conseguenza, il singolo datore di lavoro può disdettare un contratto collettivo quando questo risulti non avere una scadenza.

Invero, ricorda la Cassazione, il contratto collettivo non può vincolare per sempre tutte le parti contraenti, altrimenti verrebbe infatti vanificata la causa e la funzione sociale della contrattazione collettiva, la cui disciplina, da sempre modellata su termini temporali non eccessivamente dilatati, deve essere parametrata su una realtà socio-economica in continua evoluzione.

Orbene, sulla base di ciò, la Corte – sempre richiamando le precedenti pronunce al riguardo (3) – ammette la legittima possibilità del datore di lavoro di recedere da

(1) Nello stesso senso, si ricordano: Cass. 7.3.2002, n. 3296, in *MGL*, 2002, 302 ss.; Cass. 19.4.2011, n. 8994, in *GC*, 2012, n. 10, I, 2412 ss.; Cass. 7.11.2013, n. 25062, in *DeJure*.

(2) «Neppure adducendo l'eccessiva onerosità dello stesso, ai sensi dell'art. 1467 c.c., conseguente a una propria situazione di difficoltà economica, salva l'ipotesi di contratti aziendali stipulati dal singolo datore di lavoro con sindacati locali dei lavoratori». Anche tenuto conto della possibilità di ricorrere alla Cigs; sul punto, cfr.: Maresca 2010; Garilli 2012; Ferraro 2011.

(3) Nello stesso senso, richiamate dalla stessa Corte, si vd.: Cass. 25.2.1997, n. 1694, in *DL*, 1997, II, 526 ss.; Cass. 18.10.2002, n. 14827, in *D&G*, 2002, n. 39, 21 ss., con nota di De Marinis; Cass. 20.9.2005, n. 18508, in *MGC*, 2005, 9; Cass. 20.12.2006, n. 27198, in

un contratto collettivo postcorporativo se l'accordo collettivo è stato stipulato a tempo indeterminato ovvero senza predeterminazione del termine di scadenza, a condizione che il recesso sia esercitato nel rispetto dei criteri di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto, sia comunicato con un congruo termine di preavviso e non siano lesi i diritti intangibili dei lavoratori derivanti dalla pregressa disciplina più favorevole ed entrati in via definitiva nel loro patrimonio.

Diversamente, solo al momento della scadenza contrattuale sarà possibile recedere dal contratto e applicarne uno diverso, a condizione che ne ricorrano i presupposti di cui all'art. 2069 c.c., rimanendo ininfluyente l'uscita del datore di lavoro dall'associazione datoriale firmataria del Ccnl applicato fino a quel momento.

In altre parole, la Cassazione sembrerebbe aver ribadito che l'applicazione di un determinato Ccnl e l'adesione all'associazione datoriale firmataria del Ccnl stesso costituiscono elementi differenti, che attengono a piani diversi. L'adesione a (o l'uscita da) una determinata associazione datoriale non ha effetti immediati sull'efficacia soggettiva del Ccnl.

2. — *Titolarietà del diritto di recesso e di disdetta del contratto collettivo applicato in azienda* — Da quanto sopra esposto, emerge chiaramente che la Corte di Cassazione – riformando la sentenza di appello e offrendo chiarimenti in ordine alle interpretazioni normative espone nel decreto del Tribunale – abbia colto l'occasione per riaffermare alcuni principi fondamentali in materia di disapplicazione, nelle modalità di recesso e disdetta, del Ccnl.

Infatti, in adesione alla dottrina prevalente al riguardo (4) e al proprio consolidato orientamento (5), la Corte ha innanzitutto ribadito che il diritto di recedere ovvero di disdettare un Ccnl può essere azionato unicamente dalle parti che hanno stipulato lo stesso, restando dunque precluso al singolo datore di lavoro disapplicare il contratto collettivo nazionale di cui non è direttamente firmatario.

Così disponendo, quindi, la Corte ha stabilito che il recesso azionato dal datore di lavoro senza averne la titolarità integri, di fatto, un inadempimento (6).

Può essere ricordato, infatti, come la giurisprudenza in materia di recesso *ante tempus* dal Ccnl ha sostenuto che «In presenza del termine di scadenza, dunque, la società datoriale non poteva disdettare unilateralmente gli accordi integrativi, senza tener conto di detto termine» (7), arrivando anche a qualificare come antisindacale tale condotta perché essa determinerebbe un discredito in capo al sindacato che vedrebbe illegittimamente abortita anzitempo l'efficacia e l'operatività del contratto a termine che ha sottoscritto (8).

MGC, 2006, 12; Cass. 20.5.2009, n. 18548; Cass. 28.10.2013, n. 24268, in *RIDL*, 2010, n. 4, II, 931 ss.

(4) Cfr. Tursi 1996. In questo senso Cass. 12.2.1990, n. 987, in *MGL*, 1990, 387 ss., con articolata analisi di Sandulli.

(5) Su tutte, tra le altre, si osservi: Cass. 19.4.2011, n. 8994, in *MGC*, 2011, n. 4, 632 ss.

(6) Cfr., al riguardo, Lassandari 2010.

(7) Cfr. Cass. 20.9.2005, n. 18508, cit.

(8) In questo senso, cioè del discreto sindacale, si è espressa la giurisprudenza di legittimità: Cass. 22.4.2004, n. 7706, in *RIDL*, 2005, II, 65 ss., con nota di Bollani.

Più in particolare, così sentenziando, la Corte si è ulteriormente discostata da quelle isolate pronunce (9) che riconoscevano la facoltà di recesso anche al datore di lavoro, ritenendola in definitiva legittima *ex art.* 1375 c.c., nel caso in cui essa si fosse basata su sopraggiunte modificazioni sostanziali della situazione di fatto che avevano determinato la stipulazione del contratto e conseguentemente la sua applicazione (10).

A ben vedere, contrariamente a quanto sancito dalle predette pronunce e sostenuto, in dottrina, in modo isolato (11), è stato specificato che «solo al momento della scadenza contrattuale sarà possibile recedere dal contratto e applicarne uno diverso» (12), escludendo, così, l'ipotesi che con riferimento al contratto collettivo postcorporativo sia configurabile l'esistenza di un diritto di recesso anticipato ancorché causale.

Dalla pronuncia in commento, non sembrano trovare spazio, in senso contrario, neppure i rilievi per cui il recesso anticipato da un contratto sia ammissibile (13) laddove il recedente dimostri la sussistenza di una situazione non conosciuta al momento della stipula e che abbia inciso in modo determinante sulla situazione di fatto rispetto alla quale il contratto collettivo era il punto di equilibrio ovvero che un'ipotesi di recesso *ante tempus* sia prevista espressamente dal nostro ordinamento.

Si fa riferimento alla tesi per cui l'art. 2112, c. 3, c.c. consentirebbe la possibilità di sostituzione tra contratti di pari livello, prima della loro scadenza, nei casi di trasferimento di azienda in quanto vi sarebbe un mutamento della situazione di fatto dal lato (quantomeno) dei soggetti.

Tuttavia, si osservi, la facoltà di poter modificare il contratto collettivo applicato ai rapporti ceduti con quello già applicato presso la cessionaria non integra il diritto di recesso *ante tempus* dal primo, con sottrazione unilaterale alle obbligazioni ivi stabilite.

Infatti, a conferma di ciò, in mancanza di altro contratto di pari livello, il cessionario è costretto a continuare ad applicare i contratti previgenti sino alla loro (appunto) scadenza.

Chiarito, quindi, che «nessun principio o norma dell'ordinamento induce a ritenere consentita l'applicazione di un nuovo Ccnl prima della prevista scadenza di quello in corso di applicazione che le parti si sono impegnate a rispettare» (14), per completezza, dovendosi ritenere inammissibili i vincoli contrattuali perpetui (15) per diverse ragioni, la Corte ricorda che è ammesso il diritto del datore di lavoro di recedere solo dai contratti collettivi stipulati a tempo indeterminato.

(9) Tra queste si annoverano Cass. 16.4.1993, n. 4507, in *MGL*, 1993, 322 ss.; Cass. 7.3.2002, n. 3296, in *NGL*, 2002, 437 ss.; Cass. 20.12.2006, n. 27198, cit.; Cass. 18.9.2007, n. 1935, in *RCDL*, 2007, n. 4, 1021 ss.

(10) Cfr. Cass. 8.9.1995, n. 9501, in *MGL*, 1996, 14, con nota di Papaleoni.

(11) Secondo cui non può essere esclusa del tutto la facoltà di recesso anche da un contratto a durata predeterminata: si osservi, in questo senso, Pacchiana Parravicini 2010.

(12) Cfr., in tal senso, Cass. 7.11.2013, n. 25062, in *DeJure*.

(13) Cfr.: Cass. 20.9.1996, n. 8360, in *LG*, 1997, 251 ss.; Cass. 16.4.1993, n. 4507, in *MGL*, 1993, 322 ss.

(14) Cfr. pagina 7, punto 8, della sentenza in commento.

(15) Così: Cass. 28.11.1981, n. 6354, in *MGC*, 1981, 11; Cass. 30.11.1984, n. 4530, in *GC*, 1985, I, 4014 ss.; Cass. 16.4.1993, n. 4507, in *MGL*, 1993, 322 ss.; Cass. 7.3.2002, n. 3296, in *NGL*, 2002, 437 ss.; Cass. 18.9.2008, n. 19351, in *MGL*, 2008, 118 ss.

Sulla scorta di numerosi precedenti, tale facoltà è stata motivata sia con la necessaria temporaneità delle obbligazioni che le parti assumono (16), sia in adesione a quella tesi per cui, argomentando diversamente, «il singolo disporrebbe, con un unico (ed estremo) atto di libertà, di tutta la sua libertà futura» (17).

Tuttavia, se tale è l'orientamento generalmente condiviso dalla Corte, va ricordato che in alcune pronunce la stessa ha assunto una posizione radicalmente opposta, negando la possibilità del recesso anche da un contratto collettivo a cui non è stato apposto un termine finale e qualificando il recesso unilaterale esercitato nel suddetto caso come inadempimento contrattuale (18).

In quel caso, infatti, i giudici di legittimità avevano negato la fondatezza della posizione societaria per cui doveva riconoscersi la legittimità del recesso da un contratto privo di termine di durata, valorizzando la funzione, la fase di trattativa oltre che il rapporto sinallagmatico regolato dal contratto collettivo. In quell'occasione, infatti, si è detto che «il criterio secondo cui le obbligazioni, di regola, non possono avere carattere perpetuo può valere per le obbligazioni poste a carico di una sola parte, non per quelle che, all'interno di un rapporto contrattuale sinallagmatico di carattere continuativo, si contrappongono ad altre obbligazioni a carico di una altra parte e trovano in esse la propria causa giustificativa, e che, se non è prevista espressamente una scadenza, permangono fino a quando la controparte contrattuale provveda a dare esecuzione alle obbligazioni a proprio carico. È quanto avviene appunto nei rapporti di lavoro. Le erogazioni da parte del datore di lavoro trovano la loro causa nelle prestazioni lavorative dei dipendenti, intesi sia come singoli che come collettività, e a loro volta queste prestazioni trovano la loro causa giustificativa nelle erogazioni a carico del datore. Tra le erogazioni a carico del datore rientrano tutte le somme di denaro, a qualsiasi titolo anche diverso dallo stipendio di base e delle voci previste dalla contrazione collettiva, corrisposte ai dipendenti in maniera stabile e continuativa. Il datore di lavoro, perciò, non può recedere unilateralmente, senza un accordo preventivo, dall'obbligo a suo carico di corrisponderle. Cessare quelle erogazioni integra, quando non abbia una specifica giustificazione di carattere giuridico (e non semplicemente di natura economica) una forma di inadempimento contrattuale, che può essere, secondo i casi, totale o parziale».

Peraltro, oltre a fornire chiarimenti relativi alle possibilità per il datore di lavoro di recedere o meno dal Ccnl applicato in azienda, la Corte ha ribadito che la possibilità di disdetta «spetta unicamente alle parti stipulanti, ossia alle associazioni sindacali e datoriali che di norma provvedono anche a disciplinare le conseguenze della disdetta stessa» (19).

In altri termini, la Cassazione ribadisce che spetta unicamente ai firmatari del Ccnl manifestare, nel termine stabilito, la propria intenzione di non procedere al rinnovo.

Anche su tale punto, censurando recisamente le diverse argomentazioni addotte dal Tribunale e dalla Corte territoriale nelle fasi precedenti, la Corte di legittimità ri-

(16) Così Cass. 20.12.2006, n. 27198, in *MGC*, 2006, 12.

(17) Così Galgano 1993, 28 e 62.

(18) In tal senso Cass. 22.11.2010, n. 23614, in *MGC*, 2010, n. 11, 1490 ss.

(19) Cfr. pagina 5, punto 6, della sentenza in esame e, tra le altre, Cass. 31.10.2013, n. 24575, in *RIDL*, 2014, II, 414 ss., con nota di Forlivesi.

badisce il proprio orientamento (20) secondo cui la manifestazione di disdetta del Ccnl è preclusa al singolo datore di lavoro che applica il contratto medesimo, potendo bensì essere esternata unicamente dall'organizzazione sindacale firmataria del contratto, a prescindere dalla circostanza che l'impresa non aderisca più all'organizzazione stipulante.

A ben vedere, in virtù della suddetta interpretazione, sembrerebbe che la Corte abbia implicitamente riconosciuto che il contratto collettivo rappresenti unicamente il risultato dell'esercizio del potere di contrattazione delle organizzazioni sindacali e datoriali, derivante loro direttamente dall'art. 39 Cost., e non dal mandato individuale degli aderenti, e che pertanto debba intendersi come lo strumento atto a contemperare i soli interessi collettivi delle organizzazioni sindacali stipulanti (21), dei quali il singolo non può disporre neppure «uscendo» dal sistema sindacale nell'ambito del quale il contratto è maturato (22).

3. — *Autonomia contrattuale collettiva e libera individuazione dell'organizzazione sindacale (e datoriale) per contrattare* — L'adesione agli orientamenti interpretativi appena ricordati, peraltro, ha portato la medesima Corte a ricordare che «non sussiste, nel nostro orientamento, un obbligo a carico del datore di lavoro di trattare e stipulare contratti collettivi con tutte le organizzazioni sindacali, rientrando nell'autonomia negoziale da riconoscere alla parte datoriale la possibilità di sottoscrivere un nuovo contratto collettivo con organizzazioni sindacali anche diverse da quelle che hanno trattato e sottoscritto il precedente».

L'assunto appare essere un corollario dell'interpretazione diffusamente condivisa dell'art. 39 Cost. (23), a cui la Suprema Corte sembra riferirsi, per cui la libertà di organizzazione e di azione propri di ogni organizzazione sindacale si esplicita anche con la libertà di agire contrattuale (24).

In questa prospettiva, dunque, sembrerebbe che una tale interpretazione della libertà di organizzazione, governata dalle norme dell'autonomia privata e dai principi vigenti per i contratti in generale, possa condurre a ritenere che – pur essendo abilitato a negoziare – non ogni sindacato sia titolare di un diritto a partecipare a una trattativa contrattuale ovvero di firmare il contratto collettivo che poi sarà applicato.

Ciò comporta che qualsiasi sindacato, a prescindere dal grado di rappresentatività o dal numero di iscritti, può negoziare e sottoscrivere un contratto collettivo, essendo titolare della capacità negoziale collettiva, anche in forma separata se «invitato» a contrarre da parte dell'organizzazione datoriale.

In altri termini, proprio in ragione dell'operatività dei soli principi civilistici del-

(20) Cfr. Cass. 8.9.1995, n. 9501, cit.

(21) Cfr., sul punto, Persiani 2003; *contra*, Lassandari 2010.

(22) Contrariamente a quanto sostenuto dalla Corte: Tosi (1988), secondo cui sussisterebbe la possibilità per il singolo di uscire dal sistema sindacale e quindi, ai sensi dell'art. 39 Cost., di non essere più tenuto al rispetto del Ccnl.

(23) Per il quale il sindacato è legittimato a tutelare in via negoziale i propri interessi a titolo originario, e non per derivazione o su mandato dei lavoratori dipendenti; si veda: Persiani 2008, Scognamiglio 1996.

(24) Cfr. Maresca 2010.

l'autonomia contrattuale, la Corte ha ritenuto che trova applicazione il pieno diritto di ogni soggetto di individuare liberamente il contraente con il quale stipulare il contratto in base a valutazioni del tutto discrezionali e non censurabili, fondato sul «reciproco riconoscimento» dei soggetti sindacali e imprenditoriali, poiché «solo questo permette, alla fine dei conti, di dare corpo, sostanza e ambito all'interesse collettivo che verrà garantito nel comune accordo» (25).

D'altra parte, «autonomia» significa facoltà di autoregolamentare i propri interessi, potendo decidere sul se e sul come perseguire e raggiungere un certo scopo, che si esplicita nella libertà di concludere o meno il contratto, di fissarne il contenuto nonché di sceglierne il contraente (26).

Tale interpretazione, come noto, ha consentito nel tempo un ampio sviluppo delle relazioni industriali, in cui la libertà di scelta del sindacato con il quale contrarre non si risolveva in un autoreferenziale potere di accreditamento reciproco tutto interno al sistema di relazioni sindacali, ma identificava la «capacità del sindacato di imporsi al datore di lavoro, direttamente o attraverso la sua associazione, come controparte contrattuale», e ciò «valorizza l'effettività dell'azione sindacale, desumibile dalla partecipazione alla formazione della normativa contrattuale collettiva» (27).

Tuttavia, come traspare dal caso sotteso alla decisione adottata dalla Corte, le vicende recenti di rottura e di contrapposizioni che hanno scosso il sistema di contrattazione collettiva ingenerano più di una riflessione sulla perdurante idoneità di tale assetto a garantire la tenuta del sistema di relazioni sindacali.

Sul punto, il dibattito è tra chi ritiene preferibile la conservazione dell'assetto attuale, fondato sull'autonomia privata e sulla libertà contrattuale che la caratterizza, e chi, invece, evidenzia che le criticità emerse siano ascrivibili all'assenza di meccanismi normativi finalizzati a selezionare i soggetti titolari dell'autonomia, e perciò ritiene necessario dotarsi di una nuova strumentazione di regole dettate specificamente per governare la contrattazione collettiva, mediante le quali individuare con certezza i soggetti sindacali ai quali affidare la funzione contrattuale e/o rimettendo il risultato del negoziato all'approvazione dei lavoratori.

Anche alla luce della vicenda di cui è causa, l'introduzione di una disciplina legale della rappresentanza sindacale in funzione della contrattazione collettiva potrebbe apparire opportuna, sia in ragione del primario ruolo che – via via più frequentemente – il legislatore demanda alla stessa contrattazione collettiva, come nei casi in cui le conferisce la facoltà di deroga o di completamento della norma legale (si pensi, ad esempio, alla possibilità di intervenire sulle molteplici tipologie di lavoro flessibile, sull'orario di lavoro ecc.), e sia in ragione dei criteri di attribuzione della titolarità dei dritti sindacali e delle altre posizioni attive (28), specie se dal godimento di questi rischiano di essere escluse organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative di quelle «selezionate» dal datore di lavoro per trattare e stipulare il contratto collettivo.

Invero, con l'introduzione di una siffatta legislazione, mediante la quale individuare i criteri di legittimazione alla partecipazione alla trattativa negoziale, il legislatore

(25) Così Giugni 1960, 112.

(26) Cfr. Tiraboschi 2011.

(27) Cfr. C. cost. 12.7.1996, n. 244, in *DL*, 1996, II, 329 ss.

(28) Si osservi al riguardo Scarpelli 2010.

potrebbe, da un lato, ridurre il rischio che organizzazioni sindacali rappresentative siano escluse dall'esercizio di diritti sindacali quali, ad esempio, quelli disciplinati dal Titolo III dello Statuto dei lavoratori nonché, dall'altro, preservare la legittimità del sistema di rinvio legale alla contrattazione collettiva di integrare la produzione normativa di fonte legale.

4 — *Efficacia oggettiva e soggettiva degli accordi e dei contratti collettivi separati* — Affermata l'«illegittimità della disdetta unilaterale del contratto applicato da parte del datore prima della sua scadenza», da un lato, ed esclusa la possibilità del recesso dal contratto *ante tempus* con conseguente impossibilità di applicazione di un nuovo diverso Ccnl, dall'altro, la Corte ha poi ritenuto che «pertanto non si pone la necessità di valutare la tipologia del contratto che la società vorrebbe applicato» (29).

Così sentenziando, una delle rilevanti questioni sottese alla vicenda – cioè quella relativa alla qualificazione e all'efficacia del contratto sottoscritto in sede separata tra il datore di lavoro e le altre organizzazioni sindacali – resta priva di indicazioni certe.

L'unica indicazione chiara che il Supremo Collegio offre sul punto è che va considerato «non dirimente l'argomento dell'applicabilità dell'art. 8 della l. n. 148/2011», su cui il giudice della fase sommaria aveva fondato la propria decisione. Con ciò, quindi, sembrerebbe che la Cassazione non condivida la tesi, a cui lo stesso Tribunale di Torino aveva aderito anche in una diversa occasione (30), per la quale gli ultimi due commi dell'articolo in parola, aggiunti in sede di conversione del decreto legge n. 138/2011, rispondono a esigenze contingenti poiché volti a estendere l'efficacia soggettiva dei contratti aziendali, stipulati dal gruppo societario a cui appartiene la controricorrente, anche ai lavoratori aderenti alle organizzazioni sindacali non firmatarie dell'accordo stesso (31).

Sembrerebbe che il contratto successivamente sottoscritto tra l'azienda e alcune delle organizzazioni sindacali debba ascriversi tra i cd. accordi collettivi separati, ovvero tra quei contratti collettivi (di primo o di secondo livello) firmati non da tutte le organizzazioni sindacali (32) maggiormente o comparativamente rappresentative che appartengono al sistema di relazioni negoziali in cui lo stesso dovrà essere applicato, la cui validità appare non poter essere discussa.

Invero, come sopra ricordato, dai principi di libertà di azione e organizzazione sindacale stabiliti dall'art. 39 Cost. discende la validità e l'efficacia degli accordi raggiunti dall'incontro delle volontà di quei soggetti che si riconoscono reciprocamente quali parti negoziali (33).

Tuttavia, sebbene l'astratta validità di tali accordi non possa essere obiettata, è pur vero che questa validità deve necessariamente essere coordinata in rapporto con altri contratti collettivi, anche di diverso livello, ovvero con le vicende che attengono la scadenza o la successione temporale tra contratti collettivi (34).

(29) Cfr. pagina 7, punto 10, della sentenza in commento.

(30) Al riguardo si osservi T. Torino 16.7.2011, in *Bollettino Adapt*, 19.9.2011, n. 30.

(31) Cfr., sul punto: Garilli 2012; Bavaro 2011; Carinci 2011; Liso 2011.

(32) Cfr. Maresca 2010 anche per la distinzione tra accordi separati e contratti collettivi cd. «pirata».

(33) Cfr.: Garilli 2012; Perulli, Speciale 2011; Tiraboschi 2011; Lassandari 2010.

(34) In tal senso Tursi 1996.

Questa conclusione è sostenibile anche alla luce dell'art. 8 della l. n. 148/2011 e – soprattutto – dell'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015, in base al quale il potere di integrazione o deroga di un contratto collettivo può essere esercitato dal contratto collettivo nazionale o dal contratto aziendale stipulato da Rsu o Rsa (queste ultime solo se facenti parte di associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale).

I riferimenti normativi appena ricordati sono ancora di incerta applicazione e coordinazione tra di loro, specialmente per quanto attiene alla norma di più recente introduzione.

Secondo alcuni (35), tuttavia, la disposizione contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 rappresenterebbe la conferma del fatto che il contratto nazionale e il contratto aziendale hanno medesima natura e *status* giuridico; quest'ultimo, pertanto, potrebbe, a prescindere da criteri maggioritari e dai vincoli del Ccnl e dell'art. 8 della l. n. 148/2011, disciplinare liberamente la materia oggetto del rinvio legislativo. Secondo altri (36), invece, il contratto aziendale a cui fa riferimento l'art. 51 potrebbe integrare il precetto legislativo o le previsioni del Ccnl, ma soltanto nei limiti del predetto art. 8.

In accordo a questa tesi, tra le due normative non sussisterebbero profili di incompatibilità, posto che esse opererebbero su piani diversi e con finalità differenziate.

Per quanto rileva nel caso in commento, sono incerti gli effetti relativi alla sovrapposizione di un nuovo accordo a un contratto collettivo vigente da «estinguere» mediante la sua sostituzione con il nuovo contratto, che non viene stipulato tra gli stessi soggetti sindacali che avevano firmato quello precedente ma solo con parte di essi, e in particolare tra quelli non comparativamente più rappresentativi.

Innanzitutto, da un lato, si manifesterebbe chiaramente la problematica attinente ai rinvii della legge al contratto collettivo sottoscritto dai sindacati maggiormente rappresentativi.

Infatti, seppure il legislatore assume come riferimento per l'intervento derogatorio o comunque modificativo la rappresentatività dal sindacato in termini assoluti, relativi o comparativi, ovvero la tipologia del contratto collettivo (nazionale, territoriale o aziendale) o ancora la combinazione di questi due criteri, qualora – come nel caso in commento – il contratto non sia sottoscritto da tutti i sindacati rappresentativi presenti in azienda, sembra opportuno interrogarsi sulla capacità di questo ad assolvere la funzione delegata dal legislatore.

Orbene, specie nei casi in cui appare palese il dissenso o l'assenza tra i firmatari di un sindacato particolarmente rappresentativo ovvero – comunque – non risulta agevole valutare la rappresentatività dei firmatari, benché valido, il contratto separato potrebbe ritenersi inidoneo a «integrare, con pari efficacia, il disposto normativo» (37).

Invero, posto che la norma legale di rinvio consente al contratto collettivo di derogare o integrare la disposizione legislativa nell'interesse della generalità dei rapporti

(35) Di quest'orientamento Treu 2015, 40.

(36) Questa l'interpretazione di De Luca Tamajo (2018, 273), secondo cui l'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 muove nel senso di «delineare l'equipollenza nelle funzioni integrative tra il livello nazionale e quello aziendale» e l'art. 8 della l. n. 148/2011 disciplina «le modalità con cui può operare la facoltà derogatoria a livello aziendale».

(37) Al riguardo Lassandari 2010, 59.

di lavoro, sembrano legittimi i dubbi di chi ritiene che solo l'accordo collettivo stipulato con le organizzazioni comparativamente più rappresentative consenta il legittimo esercizio della funzione modificatrice (38).

Argomentando diversamente, infatti, potrebbe determinarsi la condizione per cui contratti collettivi firmati da sindacati non rappresentativi dispongano illegittimamente della norma legale finanche a renderla inefficace (39) per la generalità dei rapporti nei cui confronti l'accordo dispiega i suoi effetti, e che rappresenta un'ulteriore problematica connessa alla questione posta all'attenzione della Cassazione: l'efficacia soggettiva dell'accordo separato.

Sul punto, secondo autorevole dottrina (40), l'accordo separato troverebbe applicazione nei confronti di tutti i lavoratori in ragione della clausola di rinvio al contratto collettivo, presente – di norma – nei contratti individuali di ogni dipendente, specie se espressa in termini generali, che sovente rinvia genericamente alla contrattazione collettiva del settore o alla contrattazione aziendale.

Secondo questa tesi, la formulazione di queste clausole è tale da non consentire di «inibire la funzionalità del meccanismo di rinnovo a seconda delle parti sindacali che abbiano sottoscritto l'accordo separato, non essendo questo un elemento condizionante l'applicazione del contratto collettivo», poiché tale clausola di rinvio «opera semplicemente in connessione con la conclusione di tale contratto e non già in relazione alla identità delle parti firmatarie» (41).

Tuttavia, quella medesima dottrina riconosce che quanto sopra non può trovare operatività nel caso in cui l'accordo separato vada a modificare un contratto collettivo «preesistente la cui estinzione è, almeno temporaneamente, preclusa». In quest'ipotesi, invero, viene riconosciuto che, nel caso in cui l'accordo successivo non fosse firmato da tutte le organizzazioni sindacali che risultavano, invece, firmatarie del precedente, il nuovo contratto non potrebbe che trovare applicazione soltanto nei confronti di quelle che lo hanno firmato, mentre rimarrebbe efficace il precedente per chi non risulterebbe firmatario.

In altri termini, in un siffatto scenario, determinerebbe una «coesistenza di due regolamentazioni collettive parzialmente diverse» (42): una riferibile al contratto originario e l'altra riferibile al contratto successivo, che non estingue il primo ma si aggiunge a esso. Ciò comporterebbe, dunque, che l'efficacia soggettiva dell'accordo separato dovrebbe ritenersi vincolante unicamente per i lavoratori che aderiscono alle organizzazioni sindacali risultate firmatarie ovvero per coloro che optano per l'esplicito rinvio a tale accordo, mentre per i lavoratori aderenti alle organizzazioni dissenzienti continuerebbe ad applicarsi, almeno fino alla sua scadenza, il contratto collettivo originario; successivamente, invece, dovrebbe ritenersi applicabile il contratto collettivo stipulato senza il consenso di una delle organizzazioni originariamente firmatarie.

Peraltro, nel caso in commento, va rilevato che l'accordo separato con cui si è inteso sostituire il precedente contratto collettivo è stato illegittimamente disapplicato *ante*

(38) Cfr. Scarpelli 2009.

(39) Sul punto, Roccella 2010.

(40) Si richiama Maresca 2010, 60.

(41) Così Tiraboschi 2011, 350.

(42) Ancora Maresca 2010, 56

tempus, appartiene a un livello diverso da quest'ultimo e, per altro, è stato raggiunto senza consultare una delle parti firmatarie dell'accordo, negandole dunque la facoltà stessa di esprimersi sull'eventuale adesione a sostituire con tale accordo il precedente.

In altri termini, la vicenda in esame esula dallo schema di modifica e/o di rinnovo ordinario che sembra essere stato preso in considerazione dalla tesi sopra riportata, secondo la quale – come la stessa dottrina evidenzia – l'accordo separato verrebbe a esistere non perché il datore di lavoro voglia sottrarsi alla contrattazione collettiva, ma perché verrebbe a concretizzarsi l'opposizione di un sindacato dissenziente che deciderebbe di non firmare l'accordo dopo aver condotto (congiuntamente alle altre organizzazioni) le trattative.

Nella fattispecie, invero, è accaduto l'esatto opposto: le negoziazioni sono state condotte unicamente con alcune delle associazioni firmatarie dell'accordo da sostituire, al fine di escludere *ab origine* un determinato sindacato dalla contrattazione e dall'esercizio dei diritti acquisibili con la partecipazione alle trattative per la sottoscrizione di un nuovo contratto.

Questi aspetti, è di tutta evidenza, potrebbero riemergere nel giudizio di rinvio, e la Corte territoriale potrebbe essere chiamata a definire sulla generalizzata efficacia o meno del contratto collettivo separato e dunque individuare l'accordo collettivo applicabile ai lavoratori iscritti al sindacato non ammesso alle trattative per la stipulazione del nuovo contratto.

Qualora tale decisione dovesse essere assunta da parte dei giudici di rinvio, essa non potrà peraltro prescindere da quanto previsto dall'art. 2 della Sezione III del Ccnl disdetta illegittimamente dalla società datrice di lavoro – secondo cui «il contratto si intenderà rinnovato [...] se non disdetto. In caso di disdetta il presente contratto resterà in vigore fino a che non sia sostituito dal successivo contratto nazionale» –, nonché dall'interpretazione adottata in altre occasioni dalla Corte di Cassazione, secondo cui l'efficacia soggettiva generale del contratto aziendale non può essere estesa anche ai lavoratori che, «aderendo a una organizzazione sindacale diversa da quella che ha stipulato l'accordo aziendale, ne condividano l'esplicito dissenso» (43), in quanto essa deve essere «conciliata, da un lato, con il limite invalicabile del principio fondamentale di libertà – di organizzazione e attività – sindacale (di cui al primo comma dello stesso art. 39 Cost.) e, dall'altro, collocata nel nostro sistema giuridico che resta fondato, esclusivamente, su principi privatistici e [...] sulla rappresentanza negoziale delle organizzazioni sindacali» (44).

In altri termini, si potrebbe sostenere che ai lavoratori iscritti al sindacato non ammesso alle trattative per la stipulazione del contratto aziendale, del quale è stato quindi leso anche il diritto a esercitare la funzione contrattuale assegnatagli dall'art. 39 Cost., vada riconosciuto, in forza della norma di ultrattività del contratto, il diritto a vedersi applicato il Ccnl illegittimamente e invalidamente disdetta da parte datoriale.

D'altra parte, è indubbio che sia priva di effetti estintivi la comunicazione di disdetta e recesso fatta pervenire dalla società alle organizzazioni sindacali firmatarie del Ccnl.

(43) In questo senso, vd.: Cass. 24.2.1990, n. 1403, in *RGL*, 1991, II, 504 ss.; Cass. 28.5.2004, n. 10353, in *OGI*, 2004, I, 287 ss.

(44) Si osservi anche per questo passo Cass. 28.5.2004, n. 10353, cit.

Al riguardo, se può ritenersi fondato che «la clausola di ultrattività non può giungere a protrarre la vigenza del contratto collettivo a tempo indeterminato, tanto più se destinato a operare non più per la maggior parte degli stipulanti» (45) – perché sarebbe in contrasto con il principio dell'invalidità di un vincolo obbligatorio perpetuo e perché «si tradurrebbe in un potere di veto a tempo indeterminato da parte di una organizzazione sindacale» (46) –, è anche vero che nel caso in esame si può osservare come sia stata la parte datoriale a esercitare un potere di veto a tempo indeterminato, teso a neutralizzare l'azione sindacale di una specifica organizzazione al fine di escluderla dalla stipula del contratto successivo.

Riferimenti bibliografici

- Bavaro V. (2011), *Rassegna giuridico-sindacale sulla vertenza Fiat e le relazioni industriali in Italia*, in *DLRI*, 313 ss., FrancoAngeli, Bari.
- Ferraro G. (2011), *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 129.
- Garilli A. (2012), *L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 139.
- Lassandari A. (2010), *Le nuove regola sulla contrattazione collettiva: problemi giuridici ed efficacia*, in *RGL*, I, 45 ss.
- Maresca A. (2010), *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in *RIDL*, I, 29 ss.
- Pacchiana Parravicini G. (2010), *Il recesso dal contratto collettivo*, Giappichelli, Torino.
- Papa V. (2017), *Attività sindacale delle organizzazioni datoriali*, Giappichelli, Torino.
- Perulli A., Speziale V. (2011), *L'articolo 8 della legge 14.9.2011, n. 148, e la «Rivoluzione di agosto» del diritto del lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 123.
- Rescigno P. (1993), *Contratto collettivo senza predeterminazione di durata e libertà di recesso*, in *MGL*, 576 ss.
- Scarpelli F. (2009), *La contrattazione separata nel settore privato, intervento in Diritto sindacale e relazioni industriali dopo la rottura dell'unità contrattuale*, Atti del seminario organizzato dalla Cgil tenutosi a Roma il 5.5.2009, Supplemento a *Rassegna sindacale*, n. 25, 18 ss.
- Tiraboschi M. (2011), *Gli accordi sindacali separati tra formalismo giuridico e dinamiche intersindacali*, in *DRI*, n. 2, XX, Giuffrè, Milano, 346 ss.
- Tursi A. (1996), *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Giappichelli, Torino.

Giovanni Guglielmo Crudeli
*Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro
presso l'Università di Chieti-Pescara «Gabriele D'Annunzio»*

(45) Così T. Torino 16.7.2011, cit.

(46) Testualmente Tiraboschi 2011, 354.

CASSAZIONE, 22.7.2019, n. 19660 – Pres. Di Cerbo, Est. Garri, P.M. Fresa (conf.) – F.S. (avv. Savarese) c. U. Spa (avv.ti Lotti, Lo Sinno, Daverio, Florio).
Conf. Corte d'Appello di Roma, 19.4.2017.

Contratto collettivo – Licenziamento collettivo – Indennità sostitutiva del preavviso – Mancata erogazione – Legittimità – Accordi ex artt. 4, l. n. 223/91, e 8, l. n. 148/11 – Disposizioni di legge in tema di conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro – Derogabilità – Efficacia.

In tema di contrattazione aziendale, le specifiche intese ex art. 8 del d.l. n. 138 del 2011, conv. con modif. in l. n. 148 del 2011, in quanto normativamente preordinate, tra l'altro, a finalità di gestione di crisi aziendali e occupazionali, possono operare anche in deroga alle disposizioni di legge in tema di conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, prevedendo l'esclusione del trattamento sostitutivo a titolo di mancata effettuazione del preavviso; questa esclusione, nell'ambito di un'operazione di licenziamento collettivo, mira ad assicurare un minor costo sociale dell'operazione in questione e a salvaguardare la prosecuzione dell'attività d'impresa. (1)

(1) LA CASSAZIONE SULLA LEGITTIMITÀ DEL CONTRATTO DI PROSSIMITÀ CHE ESCLUDE L'INDENNITÀ DI MANCATO PREAVVISO

1. — Con la sentenza in commento, la Cassazione si pronuncia sulla validità di un accordo collettivo aziendale, ricondotto dai giudici nella tipologia di cui all'art. 8, c. 2-bis, della l. n. 148 del 2011, nel quale era stato previsto, in deroga alle conseguenze legali derivanti dal recesso datoriale immediato, di non riconoscere, in ragione della crisi aziendale, l'indennità di mancato preavviso ai dipendenti licenziati a seguito di un licenziamento collettivo.

La vicenda in esame ha origine dall'impugnazione di un licenziamento collettivo, con la quale un dipendente di un istituto bancario contestava l'illegittimità del recesso intimatogli nonché la mancata corresponsione dell'indennità sostitutiva del preavviso, dovutagli in virtù della cessazione immediata del rapporto ma non corrisposta dal datore di lavoro sul presupposto che la relativa erogazione fosse stata espressamente esclusa da un accordo precedentemente intervenuto.

L'istituto bancario e le Oo.Ss., al fine di fronteggiare lo stato di crisi attraversato dall'azienda e di regolare la procedura di licenziamento collettivo che ne sarebbe derivata, avevano stipulato due distinti accordi. Il primo (Accordo Gruppo U.-Oo.Ss. 15.9.2012), disciplinava le modalità di accesso all'esodo volontario, cui sarebbe poi seguita la procedura di licenziamento collettivo, e stabiliva che l'azienda non avrebbe riconosciuto «alcun trattamento sostitutivo a titolo di mancata effettuazione del preavviso» (Dichiarazione aziendale n. 1 in calce all'art. 3, «procedura ex lege n. 223/1991»).

Con un secondo Accordo (U. Spa-Oo.Ss. 22.11.2012), sottoscritto nell'ambito della procedura di cui all'art. 4, l. n. 223/91, le parti richiamavano e facevano proprio il contenuto dell'accordo precedente, ivi compresa la previsione che escludeva la corresponsione dell'indennità sostitutiva del preavviso nel caso di recesso immediato.

Il lavoratore ricorrente, una volta licenziato, si doleva proprio dell'illegittimità del richiamo operato dal secondo accordo, sul presupposto che la disposizione relativa al preavviso fosse una dichiarazione unilaterale dell'impresa, non idonea a integrare l'accordo concluso nell'ambito della procedura di mobilità.

La Cassazione ha, invece, ritenuto valido il richiamo al primo accordo, disciplinante l'esclusione dell'indennità sostitutiva del preavviso, escludendone la natura di dichiarazione unilaterale, dal momento che tale rinvio era stato sottoscritto da entrambe le parti, che in tal modo avevano manifestato una comune intesa sul punto.

La procedura, sebbene comportante una riduzione dei diritti dei lavoratori, è stata, secondo la Cassazione, comunque caratterizzata da una chiara indicazione dei requisiti per l'individuazione dei potenziali destinatari, consentendo loro di valutare e apprezzare i rischi delle scelte individualmente adottate, mantenendosi nella prospettiva di maggior tutela dei lavoratori al fine di assicurare il minor costo sociale dell'operazione e di salvaguardare la prosecuzione dell'attività dell'impresa e la relativa occupazione (Cass. 3.11.2016, n. 22789, inedita a quanto consta).

In particolare, pur tralasciando di considerare se l'istituto del preavviso abbia natura obbligatoria, sebbene in questo senso sia il più recente orientamento giurisprudenziale (Cass. 6.6.2017, n. 13988, in *Ced Cassazione*, 2017; Cass. 17.1.2017, n. 985, in *DRI*, 2017, II, n. 2, 504 ss.; Cass. 30.9.2013, n. 22322, in *D&G online*, 30 settembre 2013; Cass. 4.11.2010, n. 22443, in *DPL*, 2011, n. 2, 111 ss.; Cass. 5.10.2009, n. 21216, in *GDir.*, 2009, n. 49, 96 ss. *Contra*, per l'efficacia reale, Cass. 15.5.2007, n. 11094, in *LG*, 2007, n. 12, 1248 ss.; Cass. 30.8.2004, n. 17334, in *LG*, 2005, n. 2, 283 ss.; in dottrina, si veda, per tutti, Calcaterra 2012), la Cassazione, rilevato che l'unico obbligo derivante dal recesso immediato è la corresponsione a carico del recedente di un'indennità sostitutiva del preavviso, ritiene che tale obbligazione pecuniaria «ben può costituire oggetto di accordo e di rinuncia, ed è pertanto suscettibile di essere oggetto di accordo tra le parti sociali chiamate, nel contesto di una crisi aziendale, a mediare per assicurare la prosecuzione dell'attività di impresa e la conservazione dei livelli di occupazione» (Nello stesso senso, cfr.: Cass. 18.6.2015, n. 12636, in *Ced Cassazione*, 2015; Cass. 28.9.2010, n. 20358, in *Ced Cassazione*, 2010; per le imprese del settore del credito: Cass. 17.4.2014, n. 8971, in *GI*, 2015, n. 1, 16 ss.). Da questo punto di vista, i contratti di prossimità permettono di superare i profili problematici relativi alla possibile rinuncia del preavviso, essendo espressamente abilitati a derogare alle previsioni legali e contrattuali in materia di conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro (Art. 8, c. 2, lettera e).

L'accordo derogatorio, trasfuso nel secondo accordo raggiunto nell'ambito della procedura di mobilità, secondo la Cassazione non si pone in contrasto con i principi dettati nella Costituzione né viola i vincoli derivanti dalle normative sovranazionali. Nonostante l'art. 4 della Carta sociale europea preveda il diritto di tutti i lavoratori a un ragionevole periodo di preavviso nel caso di cessazione del lavoro, il riconoscimento di un'indennità sostitutiva stabilita dalla contrattazione collettiva è, per la Cassazione, cosa diversa.

L'affermazione della Corte sul punto appare tautologica e non pienamente convincente. È ben vero che il riconoscimento di un ragionevole periodo di preavviso è cosa diversa dal riconoscimento di un'indennità sostitutiva, posto che, ad esempio, durante il preavviso la conservazione del posto di lavoro permette al lavoratore di mantenere i vantaggi connessi al decorso dell'anzianità di servizio e all'applicazione dei trattamenti economici e normativi, e al contempo gli assicura del tempo per reperire una nuova occupazione; tuttavia, la funzione principale generalmente riconosciuta al preavviso è quella di evitare che l'improvvisa e non voluta interruzione del rapporto di lavoro esponga il lavoratore a una situazione di bisogno economico derivante dalla perdita del lavoro e della retribuzione (Per tutti, cfr. Cass. 29.9.1994, n. 7914, S.U., in *DL*, 1995, II, 67 ss.). Tale funzione trova conferma nella previsione dell'art. 2118 c.c., ai sensi del quale in caso di violazione dell'obbligo del preavviso deve essere corrisposta un'indennità sostitutiva di importo pari alla retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso. Difatti, l'art. 4 della Carta sociale fa proprio riferimento all'effettivo diritto a un'equa retribuzione che deve essere garantita anche durante il preavviso. Sebbene non vincolante, va ricordato poi che il Comitato europeo dei diritti sociali ha censurato la legislazione greca per contrarietà all'art. 4 della Carta per la mancata previsione del preavviso nell'ipotesi di licenziamento comminato durante il periodo di prova, argomentando, alle giustificazioni del Governo ellenico, che «una maggiore flessibilità del lavoro, al fine di combattere la disoccupazione e di incoraggiare i datori di lavoro ad assumere personale, non deve avere l'effetto di privare ampie fasce di lavoratori [...] dei loro diritti fondamentali in materia di diritto del lavoro» (Cfr. *La Carta sociale europea nel contesto dell'attuazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/AFCO/DV/2016/12-05/PE_536488_IT.pdf, 37; decisione analoga è stata adottata dal Tribunale di Barcellona del 19.11.2013: cfr. Panzera 2017, 28).

La sentenza in esame, inoltre, fa riflettere sulle potenzialità della cd. contrattazione di prossimità, abilitata a derogare a disposizioni di legge e di Ccnl attributive di diritti per i lavoratori per far fronte a situazioni di crisi aziendale [Sul punto, si rinvia all'ampia riflessione di Carinci (a cura di) 2012].

A tal riguardo, un ruolo fondamentale è rimesso al senso di responsabilità delle parti sociali, che, a fronte della estrema semplicità di utilizzo della deroga, devono essere in grado di rifuggire dall'utilizzo «patologico» della stessa, anche se finalizzata a salvaguardare l'occupazione o se imposta dal possibile, soprattutto in tempo di crisi, ricatto occupazionale.

In questa prospettiva, in assenza di una qualsiasi forma di «controllo» pubblico, un richiamo al corretto utilizzo della deroga alla disciplina legale o al contratto nazionale potrebbe venire dal controllo giudiziale, sebbene non agevolato dalla vaghezza dei limiti previsti dalla normativa di riferimento. Si tratta però di un problema non particolarmente avvertito dalla giurisprudenza. Nei pochi casi affrontati (Sulla diffusione degli accordi *ex art. 8*, l. n. 148/2011, cfr. Imberti 2013, 255), i giudici raramente si sono soffermati sui limiti cui è sottoposta la facoltà di deroga riconosciuta alla contrattazione di prossimità. Eppure, con riferimento ai requisiti soggettivi, la norma richiede: il livello aziendale o territoriale degli accordi; la necessaria sottoscrizione degli stessi da parte di associazioni comparativamente più rap-

presentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze operanti in azienda; la sottoscrizione degli accordi sulla base di un criterio maggioritario. Sono inoltre richieste due ulteriori condizioni: la prima attinente all'oggetto dei contratti di prossimità; la seconda alla loro finalizzazione al perseguimento di specifici «vincoli di scopo». A quanto consta, solo i giudici fiorentini (T. Firenze 4.6.2019, in *FI*, 2019, n. 10, I, 3090 ss.; C. App. Firenze 20.11.2017, in *RIDL*, 2018, II, 979 ss.) hanno adottato un'interpretazione rigorosa dell'art. 8 della l. n. 148/2011. Richiamando i principi dettati da C. cost. n. 221/2012, è stata sostenuta l'eccezionalità della loro disciplina, escludendo la configurabilità di accordi di prossimità al di fuori delle ipotesi di stretta interpretazione ivi previste. Per tali motivi, ai fini della validità dell'accordo *ex art. 8*, si è ritenuto necessario che le parti indichino in maniera specifica le ragioni di fatto che correlano la disciplina derogatoria alle singole finalità previste dalla norma. La Corte d'Appello di Firenze, in particolare, pronunciandosi su una fattispecie analoga a quella affrontata dalla Cassazione, ha inoltre dichiarato illegittima la riduzione dell'indennità di mancato preavviso disposta da un accordo di prossimità qualificato come tale solo *ex post*.

Nella sentenza in commento, la questione non viene affrontata, né si rinviene una qualsiasi riflessione o un riferimento alla configurabilità dell'Accordo del 15.9.2012 come accordo di prossimità, sebbene non sia dato sapere se altri elementi potessero permetterne la riconduzione a detta tipologia. L'accordo sindacale, qualificato come contratto di prossimità e come tale derogatorio rispetto alla disciplina sul preavviso, risulta essere sottoscritto dalla società datrice di lavoro e dalle imprese del gruppo con le delegazioni delle organizzazioni sindacali Dircredito, Fabi, Fiba-Cisl, Fisac-Cgil, Sinfub, Ugl Credito e Uilca. Più che un accordo aziendale, territoriale o comunque «di prossimità», come richiesto dall'art. 8, sembrerebbe essere un contratto di gruppo o di primo livello. Sul tema risulta essersi pronunciato solo il Tribunale di Torino, che ha sussunto il contratto collettivo specifico di primo livello della Fiat nella fattispecie di cui all'art. 8 (T. Torino 23.1.2012, in *GI*, 2012, n. 7, 1622 ss.), anche se, a parere di chi scrive, risulta maggiormente condivisibile la posizione della dottrina che ha sollevato diversi dubbi circa tale riconducibilità per difetto dei presupposti, posto che «il contratto di gruppo travalica l'ambito territoriale e non può neppure essere considerato di prossimità» (Così Santoro Passarelli 2011, 1247).

Il richiamo all'art. 8 della l. n. 148/2011 sembra allora più che altro utilizzato dalla giurisprudenza per farne discendere, oltre alla capacità derogatoria, l'efficacia generalizzata prevista espressamente dalla legge solo per tale tipologia di accordi. È questo quanto emerge chiaramente in una sentenza (T. Venezia 24.7.2013, in www.osservatoriodirittisocialitrentino.it), nella quale un accordo, espressamente qualificato dalle parti come di solidarietà, è stato successivamente ricondotto dal giudice, che non ne aveva messo in dubbio la natura, alla tipologia di cui all'art. 8, d.l. n. 138/2011, al fine di escludere eventuali problemi di applicazione ai lavoratori dissenzienti (Nello stesso senso, T. Grosseto 12.9.2017, in *ADL*, 2018, n. 1, II, 262 ss.).

Le incertezze sull'interpretazione della norma sollevate dalla pronuncia in esame confermano, per l'ennesima volta, l'impellente necessità di predisporre un nuovo strumentario adeguato a risolvere le numerose questioni poste dal diritto sindacale.

Riferimenti bibliografici

- Calcaterra L. (2012), *Il preavviso di licenziamento*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 162, 1 ss.
- Carinci F. (a cura di) (2012), *Contrattazione in deroga: Accordo interconfederale del 28.6.2011 e art. 8 del d.l. n. 138/2011*, Milano.
- Imberti L. (2013), *A proposito dell'articolo 8 della legge n. 148/2011: le deroghe si fanno, ma non si dicono*, in DRI, n. 3, 255 ss.
- Panzerà C. (2017), *Diritti ineffettivi? Gli strumenti di tutela della Carta sociale europea*, in *Rivista dell'Associazione italiana costituzionalisti*, n. 1, 1 ss.
- Santoro Passarelli G. (2011), *Accordo interconfederale 28.6.2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche l. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, in ADL, n. 6, I, 1247 ss.

Barbara Caponetti
Dottoressa di ricerca
presso l'Università di Roma «Tor Vergata»

I

CORTE D'APPELLO BRESCIA, 24.7.2019 – Pres. Nuovo, Est. Finazzi – Ryanair Dac (avv.ti Bargellini, Signorini) c. Filt Cgil di Bergamo (avv.ti Parpaglioni, De Marchis, Vacirca, Mattiozzi).

Discriminazioni – Discriminazione diretta – Convinzioni personali – Convinzioni sindacali – Art. 2 del d.lgs. n. 216/2003 – Art. 28 del d.lgs. n. 150/2011 – Legittimazione attiva del sindacato – Interesse collettivo – Ryanair – Clausola cd. «collarino» – Effetto dissuasivo – Danni punitivi.

È discriminatorio per motivi sindacali, ossia convinzioni personali ex art. 2 del d.lgs. n. 216/2003, il comportamento di una società basato sulla clausola contrattuale cd. «collarino», con la quale si inibisce la partecipazione sindacale dei lavoratori, se tale clausola è di fatto applicabile al personale di cabina assegnato a base italiana e si inserisce nell'ambito di una politica delle relazioni sindacali, resa pubblicamente nota dalla società, volta a escludere tutti i sindacati diversi dall'unico riconosciuto e a inibire l'azione collettiva in azienda, avendo tali condotte un effetto dissuasivo nei confronti dei lavoratori sindacalmente attivi, sia in fase assuntiva sia durante il rapporto. (1)

II

TRIBUNALE BUSTO ARSIZIO, 25.10.2019 – Est. Fumagalli – Filt Cgil territoriale di Varese e Ultrasporti Segreteria regionale della Lombardia (avv.ti De Marchis, Mezzina, Parpaglioni, Vacirca) c. Ryanair Dac (avv. Bargellini).

Condotta antisindacale – Art. 28 St. lav. – Clausola cd. «collarino» – Monopolio sindacale – Sostegno finanziario a organizzazioni sindacali – Art. 17 St. lav. – Minacce – Effetto dissuasivo – Diritto di sciopero – Clima intimidatorio.

Integrano la condotta antisindacale ex art. 28 St. lav.: comportamenti, tenuti da un datore di lavoro, aventi l'effetto di creare una sorta di monopolio sindacale a favore di alcune organizzazioni sindacali, tramite un'aprioristica, arbitraria, discrezionale, immotivata e irragionevole esclusione di altre organizzazioni sindacali dalle trattative di contratti aziendali; la violazione dell'art. 17 St. lav. tramite la previsione di un sostegno finanziario a favore di al-

cune organizzazioni sindacali firmatarie di un contratto collettivo aziendale; comportamenti idonei a scoraggiare l'adesione a uno sciopero, attuati minacciando l'applicazione di una clausola che prevede l'estinzione del contratto di lavoro quale conseguenza dell'adesione del dipendente a scioperi o altre azioni sindacali e ammonendo che l'adesione allo sciopero è considerata assenza ingiustificata dal lavoro. (2)

(1-2) ANTISINDACALITÀ O DISCRIMINAZIONE?
LA CONDOTTA DI RYANAIR E L'«IMBARAZZO» DELLA SCELTA
SULL'AZIONE GIUDIZIALE

SOMMARIO: 1. Ryanair: *it is all about attitude*. — 2. Le questioni preliminari di carattere internazionalprivatistico. — 2.1. La competenza giurisdizionale. — 2.2. La legge applicabile. — 3. Condotta antisindacale e discriminazione per ragioni sindacali: due fattispecie attraverso l'incedere di due sentenze. — 3.1. La legittimazione attiva del sindacato. — 3.2. Condotte vietate e interessi protetti. — 3.3. Il profilo rimediabile. — 4. Brevi riflessioni su un sindacato tra due articoli 28.

1. — *Ryanair: it is all about attitude* — La nota compagnia aerea *low cost* ci fornisce nuovamente l'occasione di riflettere sulla tutela della libertà sindacale – intesa nel suo senso più ampio – nell'ambito di un'attività d'impresa dai connotati transnazionali. Le sentenze che andiamo a discutere ben esprimono la tensione esistente tra il libero mercato e un ordinamento, come quello italiano, di tradizione garantista e fortemente protettivo del pluralismo sindacale. La clausola contrattuale cd. collarino (1), che viene in risalto in entrambe le pronunce oggetto di questa nota e *intorno* alla quale si sviluppa la strategia giudiziale dei sindacati, è espressione emblematica di tale tensione.

Il tentativo di Ryanair di imporre una visione delle relazioni industriali puramente autoritaria, quasi padronale, secondo la quale dovrebbe essere la stessa compagnia aerea, in veste di proprietaria non solo dei mezzi di produzione, ma persino dei rapporti politici e sociali dei lavoratori e delle loro rappresentanze, a disporre in maniera «aprioristica e arbitraria», per citare fin d'ora il giudice di Busto Arsizio, dell'assetto sindacale in azienda e della stessa libertà dei lavoratori di aderire ad azioni sindacali costituzionalmente garantite, viene fortemente ostacolato da alcune organizzazioni sindacali italiane, anche per il tramite della strategia giudiziaria (2). La lettura comparata delle sentenze della Corte d'Appello di Brescia e del Tribunale di Busto Arsizio vuole inserirsi nella riflessione in merito agli strumenti normativi a disposizione delle organizzazioni sindacali che vogliano adire la via giudiziaria per fronteggiare gli ostili atteggiamenti

(1) Clausola contrattuale che prevede l'estinzione del contratto come conseguenza dell'adesione del dipendente a scioperi o azioni sindacali: in particolare l'annullamento dei benefici ivi previsti in tema di turno di lavoro e di incrementi retributivi e indennitari.

(2) Per una più estesa analisi delle condizioni di lavoro e della politica sindacale di Ryanair, così come delle rilevanti strategie sindacali, cfr. Calvellini *et al.* 2019.

datoriali, anche laddove questi siano assunti da imprese multinazionali che tentano di abusare degli spazi aperti dalla liberalizzazione dei mercati (3). Allo stesso tempo, le due pronunce contribuiscono a delineare il contenuto di due fattispecie che, sebbene distinte sotto vari profili, presentano rilevanti elementi di contatto, come è evidente nelle sentenze oggetto di nota (tra questi si annovera, *in primis*, la capacità ultima di rendere effettiva la tutela di valori collettivi costituzionalmente riconosciuti e garantiti): la condotta antisindacale, da un lato, e la discriminazione sulla base delle convinzioni sindacali, dall'altro (4). La prima rilevante distinzione tra i due istituti, relativa alla tutela accordata alla supposta vittima sul piano processuale, ci è altresì utile a introdurre le pronunce.

Il 26.4.2018, Ryanair ricorre presso la Corte d'Appello di Brescia contro un'ordinanza del Tribunale di Bergamo del 30.3.2018 (5) che dichiarava il carattere discriminatorio del comportamento tenuto dalla società e la condannava alla pubblicazione della decisione e al risarcimento del danno. L'ordinanza in questione giungeva all'esito di un ricorso promosso dalla Filt Cgil di Bergamo con rito speciale ai sensi dell'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011. La ricorrente imputava il carattere discriminatorio sia alla clausola contrattuale imposta dalla società, che prevedeva l'immediata estinzione del contratto a seguito di qualsiasi azione sindacale (cd. clausola collarino), sia alla consolidata prassi aziendale di escludere le organizzazioni sindacali. Data l'asserita discriminazione in ragione di convinzioni sindacali – *id est*: convinzioni personali –, vietata dall'art. 2 del d.lgs. n. 216/2003, e contro cui è possibile ricorrere a norma dell'art. 28, d.lgs. n. 150/2011 (*ex art.* 4, d.lgs. n. 216/2003), il sindacato ha potuto instaurare il giudizio contro Ryanair secondo il rito sommario di cognizione previsto dall'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011. Difatti, è da considerarsi ormai pacifico che le convinzioni sindacali ricadano tra le convinzioni personali, *ex art.* 2 del d.lgs. n. 216/2003, anche in ragione della necessità di garantire l'effetto utile della Direttiva n. 2000/78 (6). Un altro, e più tradizionale, articolo 28 (St. lav.) è invece la fonte del procedimento promosso dalla Filt Cgil territoriale di Varese e dalla Segreteria regionale della Lombardia della Ultrasporti, con ricorso in opposizione a decreto, iscritto in data 10.8.2018, davanti al Tribunale di Busto Arsizio, per ribaltare le conclusioni cui era giunto lo stesso Tribunale a seguito del rito sommario di cognizione, respingendo il ricorso delle organizzazioni sindacali presentato per denunciare l'antisindacalità di svariati comportamenti tenuti da Ryanair.

(3) Un primo emblematico utilizzo del diritto discriminatorio a tutela dei diritti sindacali si ebbe nel caso Fiat di Pomigliano. Tra i molti autorevoli commenti alla vicenda, cfr. Borelli 2012 e Barbera, Protopapa 2014. Inoltre, l'azione *ex art.* 28 St. lav. e quella *ex art.* 28 del d.lgs. n. 150/2011 ben possono essere azionate parallelamente in risposta a uno stesso comportamento: si veda T. Roma 21.6.2012, in *DeJure*.

(4) Per una sistematica comparazione delle due fattispecie, cfr. Borelli *et al.* (in corso di pubblicazione).

(5) L'ordinanza del Tribunale di Bergamo aveva suscitato un meritato interesse tra gli studiosi di diritto del lavoro: si segnalano le note di Protopapa 2018, Biasi 2018, Rota 2018, Santini (2018), che commenta l'ordinanza di Bergamo congiuntamente a quella di Busto Arsizio del 5.2.2018 *ex art.* 28 St. lav., e Borelli (2018), che discute una serie di sentenze ben espressive del *Ryanair Business Model*.

(6) *Inter alia*, cfr.: T. Roma 21.6.2012 e C. App. Roma 19.10.2012; De Stefano 2013; Borelli *et al.* (in corso di pubblicazione), 260; *a contrario*, cfr. Vallebona 2012.

Entrambe le pronunce sono dunque scaturite da un rito alternativo al processo a cognizione ordinaria: uno strumento processuale informale che velocizza la risoluzione delle controversie e garantisce, pertanto, una tutela celere ed efficace per le vittime di condotte che ledono diritti fondamentali (7). Nel primo caso, è la società a ricorrere in appello contro la decisione presa con rito sommario a favore dell'organizzazione sindacale ricorrente, mentre, nel secondo, sono le organizzazioni sindacali interessate a presentare ricorso in opposizione al decreto provvisoriamente esecutivo, adottato a conclusione della fase sommaria di cognizione, che le aveva viste soccombenti.

2. — *Le questioni preliminari di carattere internazionalprivatistico* — Prima di entrare nel merito delle sentenze, è doveroso soffermarsi su due questioni preliminari che chiamano in causa Regolamenti dell'Ue e riguardano, rispettivamente, quale giudice abbia giurisdizione e quale sia la legge applicabile al caso di specie. Del resto, questo passaggio è sovente – se non sempre – necessario quando una delle parti in causa è la compagnia aerea *low cost*, che tenta di forzare i limiti normativi che regolano l'esercizio transnazionale dell'attività di impresa nell'Unione europea (8). In entrambi i casi, la difesa di Ryanair si fonda per una buona parte sull'asserita assenza di giurisdizione del giudice italiano e, in subordine, sulla inapplicabilità della legge italiana alle azioni contestate. Tuttavia, trattandosi, sia per la condotta antisindacale sia per la discriminazione per ragioni sindacali, di condotte verificatesi in Italia per le quali è richiesto l'accertamento di un illecito di natura extracontrattuale, i giudici decretano la pacifica giurisdizione del giudice italiano in applicazione dell'art. 7.2 del Regolamento Ue n. 1215 del 12.12.2012 (cd. Bruxelles 1-*bis*), il quale dispone che «[U]na persona domiciliata in uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro [...] in materia di illeciti civili dolosi o colposi, davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire» (9), nonché l'applicabilità della legge italiana, ai sensi dell'art. 4.1 del Regolamento Ce n. 864/2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (cd. Roma II), secondo cui «[S]alvo se diversamente previsto nel presente regolamento, la legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali che derivano da un fatto illecito è quella del paese in cui il danno si verifica, indipendentemente dal paese nel quale è avvenuto il fatto che ha dato origine al danno e a prescindere dal paese o dai paesi in cui si verificano le conseguenze indirette di tale fatto». Vediamo ora i motivi che hanno portato le Corti a tali conclusioni, del tutto analoghe nonostante la diversità degli illeciti contestati (10).

(7) Come notava Giugni (2011, 36), in relazione all'art. 28 St. lav., laddove sia indebolita la forza di contestazione dell'organizzazione sindacale, si rende necessaria una norma «efficace e adeguata alla realtà dinamica del conflitto, la quale richiede interventi tempestivi a difesa degli interessi lesi».

(8) Per un'idea della «transnazionalità» del caso, cfr. Kerr 2018; in Italia, la questione previdenziale è stata tra le prime a essere sollevate in relazione alla società aerea *low cost*: si veda Frosacchi 2016; nota, altresì, la sentenza della Corte di Strasburgo C. Giust. 14.9.2017, C-168/16 e C-169/16, *Nogueira et al c. Crewlink*.

(9) Si rinvia a Borelli 2018 per una più ampia trattazione delle norme europee in tema di conflitto di giurisdizione per le controversie relative al personale di volo, e rispettiva giurisprudenza della Corte di Giustizia.

(10) Le questioni sono trattate in maniera analoga anche in altre sentenze: si veda il decreto del T. Busto Arsizio 5.2.2018, così come commentato, in particolare, da Orlandini (2018).

2.1. — *La competenza giurisdizionale* — In merito al primo profilo, ossia la giurisdizione, per i giudici d'appello le condotte cui è imputata natura discriminatoria si producono senz'altro in Italia, «ove opera il personale di cabina di Ryanair assegnato alla base di Bergamo-Oro al Serio, e ove vengono svolte le selezioni periodiche per le assunzioni» (11). Sempre in Italia si produrrebbe l'«evento dannoso», in specie la «lesione collettiva causata dalle condotte discriminatorie denunciate», poiché sarebbe il personale di cabina selezionato in Italia e assegnato a basi italiane a subire effetti pregiudizievoli in ragione delle proprie convinzioni personali e della partecipazione ad attività sindacali, data l'applicazione della clausola cd. collarino, espressamente prevista da Ryanair per i dipendenti con base a Orio al Serio, con evidenti effetti dissuasivi rispetto alla partecipazioni agli scioperi indetti dal sindacato (profilo su cui torneremo).

Inoltre, l'eventuale responsabilità di Ryanair ha natura extracontrattuale, poiché l'organizzazione sindacale vuole far rilevarle la natura di discriminazione collettiva delle azioni contestate, slegate dal rapporto di lavoro intercorrente tra ogni singolo lavoratore e la società. Difatti, «l'angolo visuale» – così lo chiama la stessa Corte d'Appello – non è quello del singolo lavoratore potenzialmente o effettivamente discriminato in ragione di un dato rapporto contrattuale con Ryanair, ma è quello del soggetto collettivo, portatore di un interesse collettivo, che si sostanzia nella «difesa dell'effettività del principio di non discriminazione» (12): prospettiva ben distinta da quella che vedrebbe il sindacato come soggetto collettivo che agisce in rappresentanza di un interesse individuale. A ciò si aggiunga che le condotte contestate integrano senza dubbio un illecito civile in quanto, secondo il sindacato, violano «la libertà sindacale e il principio di uguaglianza e parità di trattamento, laddove prevedono trattamenti deteriori in funzione delle convinzioni personali del dipendente e della sua adesione a organizzazioni o azioni sindacali». Infine, sempre a favore della giurisdizione italiana gioca la possibilità che l'azione della Filt conduca al risarcimento del danno, oltre che alla rimozione degli asseriti effetti pregiudizievoli delle condotte.

In ragione dei summenzionati motivi, si esclude che la domanda avanzata da Filt Cgil possa essere ricondotta all'art. 21 del Regolamento Bruxelles 1-*bis*, come invece prospettato da Ryanair.

Più sbrigativo il ragionamento del Tribunale di Busto Arsizio, che per decidere sulle eccezioni sollevate dalla società ricorrente si limita a reiterare fedelmente la concisa argomentazione elaborata dallo stesso Tribunale, in un precedente analogo, sempre riguardante Ryanair (13), a dimostrazione, tra l'altro, dell'ostinazione con cui la compagnia aerea tenta la via della carenza di giurisdizione e della non applicabilità della legge italiana, per circoscrivere l'efficacia delle tutele normative previste a favore dei lavoratori dipendenti. Il giudice di Busto Arsizio ammette la giurisdizione del giudice italiano, dato che l'art. 28 St. lav. prevede l'accertamento di una condotta verificatasi in Italia, la cui natura extracontrattuale è pacifica, così come la sua illiceità e la sua pro-

(11) Da consolidata giurisprudenza, la giurisdizione si stabilisce sulla base della domanda, «indipendentemente da ogni questione circa il suo fondamento nel merito»; la stessa C. App. cita la Cass. n. 22239/2009, S.U.

(12) Qui anche art. 5 del d.lgs. n. 216/2003; vedi meglio di seguito in questa nota.

(13) T. Busto Arsizio 4.6.2019, inedita a quanto consta.

pensione a provocare un danno di cui il soggetto leso può chiedere il risarcimento «anche nella forma del risarcimento del danno non patrimoniale» (14).

2.2. — *La legge applicabile* — Quanto al secondo profilo, nonché terzo motivo di gravame del ricorso in appello (15), la Corte di Brescia conferma la decisione della sentenza di primo grado, ossia riconosce l'applicabilità della legge italiana (e non di quella irlandese, come sostenuto da Ryanair), ai sensi dell'art. 4 del Regolamento n. 864/2007. Essendo qui i motivi dell'appello analoghi a quelli relativi alla questione della competenza giurisdizionale, la Corte si trova inevitabilmente a concludere che «si verte nell'ambito di un'obbligazione extracontrattuale da illecito civile, i cui effetti pregiudizievoli si producono o si potrebbero produrre in Italia»: ciò, precisa il giudice del rinvio, in ragione del fatto che il ricorso è proposto da un'organizzazione collettiva in relazione alla lesione di un interesse collettivo, e non, invece, dal singolo dipendente.

Si specifica, poi, che il danno si produrrebbe in Italia sia in fase di selezione del personale, che si svolge sul territorio nazionale, avendo la clausola cd. collarino un effetto fortemente disincentivante per chi non volesse rinunciare a partecipare ad azioni sindacali una volta assunto, sia in costanza di rapporto per i dipendenti assunti con base a Bergamo-Oro al Serio; difatti, è proprio in Italia che l'applicazione, espressamente prevista da Ryanair, della clausola in oggetto produrrebbe i suoi effetti discriminatori.

Come già osservato in merito alla giurisdizione, l'asserita antisindacalità del comportamento di Ryanair, ex art. 28 St. lav., integra un illecito di natura extracontrattuale che potrebbe aver prodotto un danno consistente nella «lesione all'immagine, al ruolo e all'azione del sindacato». Il luogo in cui è si è verificato l'evento dannoso non può che essere, quindi, l'Italia, ai sensi del già citato art. 4 del Regolamento n. 864. Anche qui si precisa che l'oggetto del giudizio non sono i singoli rapporti di lavoro, ma il «comportamento tenuto dalla società datrice di lavoro che opera in Italia e che è comunque soggetta al rispetto della normativa interna avente rilevanza pubblicistica come è quella in materia sindacale» (16), fuggando così ogni dubbio circa l'inapplicabilità della legge irlandese al caso di specie.

3. — *Condotta antisindacale e discriminazione per ragioni sindacali: due fattispecie attraverso l'incedere di due sentenze* —

3.1. — *La legittimazione attiva del sindacato* — Nel ricorso in appello per discriminazione sulla base di convinzioni sindacali, Ryanair contesta l'azione giudiziaria del sindacato su due piani. Anzitutto, sostiene l'inammissibilità della domanda, in quanto una simile controversia avrebbe dovuto essere proposta ai sensi dell'art. 28 St. lav., os-

(14) Il secondo argomento sostenuto dal giudice, secondo il quale le organizzazioni sindacali avrebbero azionato una procedura di natura cautelare, non è rilevante, data la natura non cautelare del procedimento ex art. 28. St. lav. Vedi, al riguardo, De Angelis 2013.

(15) Il secondo motivo di gravame viene deciso successivamente, riguardando la legittimazione attiva del sindacato: vd. par. 3.1 in questo commento.

(16) Corsivo mio.

sia con ricorso per condotta antisindacale. Motivo disatteso dal giudice d'appello, stante l'evidente differenza per *causa petendi e petitum* della presente azione, che è volta a rimuovere la discriminazione e i suoi effetti pregiudizievoli dall'azione di repressione della condotta antisindacale del datore di lavoro. Tuttavia, la Corte nota che le due azioni hanno in comune «alcuni fatti storici». Nei prossimi paragrafi vedremo quali condotte sono suscettibili di accomunare, nei fatti che le hanno scaturite, le due azioni. Secondo i giudici d'appello è, quindi, proprio l'obiettivo dell'azione proposta a distinguere la causa in discussione da quella per condotta antisindacale: qui si vuole rimuovere gli effetti discriminatori collettivi della condotta e non ripristinare – almeno in via diretta – i beni protetti dalla fattispecie di cui all'art. 28 St. lav., ossia la libertà sindacale, l'attività sindacale e il diritto di sciopero.

In secondo luogo, la società appellante contesta la legittimazione attiva del sindacato, sempre in ragione dell'asserita inapplicabilità della legge italiana, da cui conseguirebbe l'esclusiva legittimazione del sindacato irlandese ad agire a tutela dei dipendenti di Ryanair. Anche questo motivo di gravame è infondato, stante l'applicabilità della legge italiana, e in specie dell'art. 5 del d.lgs. n. 216/2003, che regola la legittimazione ad agire per la tutela giurisdizionale contro comportamenti discriminatori attuati in ragione di convinzioni personali, *ergo* sindacali, come nel caso in esame. Difatti, la norma recita: «le organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso, [...] sono legittimate ad agire ai sensi dell'articolo 4, in nome e per conto o a sostegno del soggetto passivo della discriminazione, contro la persona fisica o giuridica cui è riferibile il comportamento o l'atto discriminatorio»; e tale legittimazione sussiste anche «nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione». A seguito della riforma del 2008, non è più richiesto, ai fini del riconoscimento della legittimazione ad agire, che le organizzazioni costituiscano rappresentanze locali delle organizzazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale (come, invece, per l'azione per condotta antisindacale), e ciò per rendere ancora più efficace la tutela, essendo sufficiente che i soggetti collettivi siano genuinamente rappresentativi dell'interesse leso (17). Ne consegue che sussiste, nel caso di specie, la legittimazione attiva del sindacato ricorrente, dato che, precisa la Corte, «è il legislatore stesso a qualificare dette associazioni come enti “esponenziali” di interessi collettivi». Tale capacità esponenziale si riscontra nello scopo per cui sono state costituite le associazioni sindacali, vale a dire la tutela di un interesse collettivo, perseguita operando sul territorio nazionale, anche al fine di «spiegare la loro azione con riferimento a uno dei fattori possibile fonte di discriminazione». Per questi motivi, l'«appartenenza dei singoli associati alla categoria dei soggetti lesi dalla discriminazione collettiva» è irrilevante ai fini del riconoscimento della legittimazione attiva del sindacato ricorrente, che, per altro, nota la Corte, è un'organizzazione notoriamente attiva nel senso sin qui esposto (18).

(17) Cfr. Ferrero 2011.

(18) È forse questo l'«interesse collettivo di gruppo diverso dall'interesse sindacale propriamente detto», dove «gli interessi individuali si aggregano» senza esaurirsi in esso, di cui parlano Barbera, Protopapa (2014, 182)?

La Corte d'Appello, quale «giudice decentrato dell'Unione europea», conferma che una simile lettura della norma è quella preferibile per allineare la disposizione nazionale al contenuto dell'art. 9, Direttiva n. 2000/78/Ce, dove, in merito alla legittimazione ad agire in giudizio, viene valorizzato proprio il profilo dell'«interesse legittimo» di associazioni e organizzazioni al rispetto delle norme della direttiva (19).

La legittimazione attiva delle organizzazioni ricorrenti non viene, invece, messa in discussione nella sentenza del Tribunale di Busto Arsizio. Probabilmente, il tentativo fatto da Ryanair in relazione all'azione per discriminazione sindacale non ha trovato spazio in questo caso. Rappresentando Filt Cgil territoriale di Varese e Uiltrasporti – Segreteria regionale della Lombardia, ossia le ricorrenti, articolazioni periferiche di sindacati nazionali (20), esse costituiscono, certamente, «organismi locali di associazioni nazionali» (art. 28 St. lav.) con un concreto interesse ad agire, stante evidentemente nel ristabilire la genuinità delle relazioni industriali in Ryanair (21).

3.2. — *Condotte vietate e interessi protetti* — Nel merito, Ryanair contesta la sussistenza della condotta discriminatoria diretta, affermata dal giudice di primo grado, in quanto la clausola cd. collarino non è inserita nel contratto individuale, ma nell'accordo collettivo di diritto irlandese: ragione per cui essa non potrebbe avere alcuna forza dissuasiva. La società contesta l'utilizzo dei precedenti della Corte di Giustizia dell'Unione europea presi a riferimento dal giudice di primo grado per interpretare l'art. 2, d.lgs. n. 216/2003, in quanto, sostiene, non pertinenti al caso. Al contrario, la Corte d'Appello ritiene che la giurisprudenza della Corte di Giustizia offra un apprezzabile quadro esegetico per identificare la discriminazione nella fase di accesso al lavoro. Anzitutto, la tutela prevista dalla Direttiva n. 2000/78/Ce (attuata in Italia dal d.lgs. n. 216/2003) non sarebbe effettiva «se limitasse la sua portata ai casi identificabili» (22). Ed è proprio dalle conclusioni della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, già usata dal Tribunale di Busto Arsizio, che la Corte deriva lo schema interpretativo da applicare al caso di specie.

Partendo dall'assunto incontestabile che, «in tutte le procedure di assunzione, la principale “selezione” ha luogo tra coloro che si presentano e coloro che non lo fanno», considerando che le dichiarazioni pubbliche di un datore di lavoro hanno un impatto umiliante e demoralizzante sulle persone interessate che intendano candidarsi per quel lavoro, «in casi come questi può essere molto difficile individuare le singole vittime». Dunque, l'annuncio di un datore di lavoro in cui si manifesta pubblicamente l'intenzione di discriminare non può che essere stesso un atto discriminatorio, o, per dirla con l'Avv. Gen. nel caso *Feryn*: «[E]gli non si limita a parlare di discriminazioni,

(19) La legittimazione attiva dei sindacati *ex art.* 5 del d.lgs. n. 216/2003 viene riconosciuta non solo nelle azioni in merito ad atti e comportamenti discriminatori per ragioni sindacali, ma, altresì, per le successive ritorsioni e reazioni illegittime: vd. T. Roma 15.1.2013, in *GDir.*, 2013, n. 8, 59 ss., con nota di Tatarelli.

(20) Si veda in merito Cass. n. 95/3105, in *dirittolavoro.org*.

(21) Cfr.: De Angelis 2013; Novella 1997.

(22) A proposito del significativo sviluppo del diritto antidiscriminatorio dell'Ue e del relativo impatto che esso ha avuto negli ordinamenti nazionali, cfr., *inter alia*, Guarriello 2003 e Cruz-Villalòn 2003.

bensì discrimina» (23). In questo senso deve essere interpretato anche l'art. 2, d.lgs. n. 216/2003, poiché «si porrebbe a risultati imbarazzanti» se gli Stati membri potessero permettere ai datori di lavoro di rendere pubblici i loro intenti discriminatori. Del resto, è la valenza discriminatoria a rendere un certo comportamento una discriminazione diretta, non essendo necessario che si verifichi l'effetto discriminatorio, ma sufficiente che sussista una potenzialità lesiva. Benché per inquadrare un comportamento come discriminatorio non abbia alcuna valenza l'elemento soggettivo, la Corte d'Appello indica che, d'altro canto, «la volontà di discriminare, manifestata pubblicamente dal datore di lavoro, integra la fattispecie discriminatoria» poiché potenzialmente lesiva. Difatti, «deve essere valutato il pregiudizio, anche solo potenziale, che una categoria di soggetti potrebbe subire in termini di svantaggio o di maggiore difficoltà, nel reperire un bene della vita quale l'occupazione» (24).

Nel caso di specie, la clausola cd. collarino è discriminatoria in ragione del contesto creato dalla società, caratterizzato da una politica delle relazioni sindacali che esclude tutti i sindacati a eccezione dell'unica associazione ufficialmente riconosciuta e da un modello imprenditoriale e di gestione del rapporto di lavoro strutturato sulla relazione diretta con i lavoratori: entrambi atteggiamenti resi noti e pubblicizzati dalla stessa società (25). La valenza antisindacale della clausola prescinde, quindi, dalla sua collocazione nel contratto collettivo di diritto irlandese, poiché anche così, considerato il contesto, «la clausola non perde quell'effetto dissuasivo che il Tribunale le ha riconosciuto», in maniera particolare alla luce di quella che l'Avv. Gen. di *Feryn* chiamerebbe «realtà sociale», ossia un contesto lavorativo come quello italiano caratterizzato da un'attiva presenza sindacale.

Il carattere dissuasivo della clausola così inquadrata è «palese», poiché il lavoratore sindacalmente attivo è indotto a non candidarsi sapendo che «finirebbe per essere trattato [...] in maniera diversa rispetto agli altri lavoratori». La Corte insiste nel sottolineare l'irrelevanza del fatto che la clausola non compaia nei singoli contratti di lavoro, dato che essa era comunque efficace per il personale di cabina assegnato alla base di Bergamo-Oro Al Serio, come dimostrato dall'esplicito contenuto di una lettera inviata dalla società ai dipendenti perché non aderissero allo sciopero indetto per il 15 settembre 2017.

In conclusione, la politica discriminatoria in cui si colloca la clausola cd. collarino produrrebbe i suoi effetti, anche solo a livello potenziale, sia sul fronte dell'accesso al lavoro, dissuadendo dal candidarsi chi vuole esercitare i suoi diritti sindacali, sia in costanza di rapporto, dato che i lavoratori già assunti rischiano un trattamento peggiore laddove esprimano le proprie convinzioni sindacali, «non richiedendo che sia identificabile un denunciante che asserisca di essere stato vittima di tale discriminazione» (26)

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

(24) Così la Corte d'Appello, sulla base dell'Avv. Gen. in *Feryn*, cit.

(25) Santini (2018) tenta di interpretare la clausola cd. collarino come un impegno di «pace sindacale» assunto individualmente, suggerendo, così, che essa potrebbe «ottenere il riconoscimento della propria legittimità».

(26) C. Giust. 25.4.2013, C-81/12, *Asociația Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*.

perché si configuri discriminazione diretta *ex art. 2*, d.lgs. n. 216/2003. Ed è sufficiente dimostrare la politica della società in materia sindacale per provare la discriminazione, come avvenuto nel caso di specie.

Tornando ora al ricorso *ex art. 28 St. lav.*, il giudice di Busto Arsizio – dopo aver escluso che vi sia violazione del principio del *ne bis in idem*, in ragione del fatto che «le condotte denunciate dai ricorrenti, oltre a essere molto più ampie, non appaiono, a parere di questo giudice [...] le medesime già oggetto del precedente ricorso», ossia delle precedenti pronunce emesse dal medesimo Tribunale che dichiaravano l'antisindacalità della condotta tenuta dalla compagnia aerea (27) – procede a verificare la legittimità delle condotte tenute dalla società tra il 20.11.2017 e il 10.8.2018.

Il giudice dichiara la condotta di Ryanair antisindacale. Tre, in particolare, sono le condotte, peraltro ancora attuali al giorno della sentenza, idonee ad alterare la genuinità della dinamica sindacale a vari livelli.

Si dichiara, anzitutto, che Ryanair ha creato un «monopolio sindacale» a favore di alcune organizzazioni, attraverso la sottoscrizione dell'Accordo del 5.3.2018 con Anpac e l'esclusione «aprioristica, arbitraria, discrezionale, immotivata e irragionevole» delle organizzazioni ricorrenti. Come fa notare il Tribunale, ciò che rende la scelta di Ryanair di escludere tali organizzazioni una condotta antisindacale, in un ordinamento che non prevede l'obbligo a carico del datore di lavoro di trattare necessariamente con tutti i sindacati, è il fatto che la compagnia aerea non fornisca «alcun valido motivo o criterio selettivo» per giustificare l'esclusione di Filt Cgil e Uiltrasporti dall'accordo. Inoltre, funge da aggravante il dato che le suddette organizzazioni siano sia firmatarie del contratto collettivo del trasporto aereo sia significativamente rappresentative a livello nazionale, così come in azienda, e pare essere del tutto irrilevante che nell'accordo in oggetto, cui cerca di appigliarsi la compagnia aerea per legittimare l'estromissione delle ricorrenti dalle relazioni sindacali in azienda, Anpac venga espressamente riconosciuta da Ryanair come «*sole and exclusive*» interlocutore ai fini negoziali.

D'altro canto, come osserva il giudice di merito, l'accordo originariamente concluso con Anpac è stato successivamente sottoscritto anche da Anpav e Fit Cisl, da cui consegue che tre sono le organizzazioni sindacali che avrebbero dovuto beneficiare della seconda condotta «sicuramente antisindacale» di Ryanair: il versamento di Euro 635 a titolo di indennità per le funzioni di rappresentanza sostenute dalle organizzazioni firmatarie. Un simile impegno contrattuale assunto da Ryanair non merita spazio nel ragionamento del giudice, che può limitarsi a segnalarne l'evidente contrarietà all'art. 17 St. lav.

Infine, è altresì fondata la denuncia di antisindacalità della condotta tenuta dalla società ricorrente in occasione degli scioperi proclamati dalle ricorrenti. Questa, dichiara il Tribunale, ha provocato «un effetto deterrente sulla buona riuscita» dello sciopero minacciando, tramite comunicazioni rese ai lavoratori, l'applicazione della cd. clausola collarino, la cui «valenza antisindacale» questo giudice sceglie di non approfondire, rimandando alle motivazioni del Tribunale di Bergamo e, soprattutto,

(27) Si veda, in particolare, T. Busto Arsizio 5.2.2018, n. 1636, decreto, in *european rights.eu*, 2018, con nota di Orlandini, e il rispettivo ricorso in opposizione a decreto pubblicato il 4.6.2019, n. 220.

della Corte d'Appello di Brescia viste sopra, e adottando un comportamento intimidatorio consistente nel «rendere noto che l'astensione dal lavoro il giorno dello sciopero sarebbe stata considerata un'assenza ingiustificata».

L'affermazione di Ryanair resa in occasione del giudizio di opposizione al decreto del 5.2.2018 del Tribunale di Busto Arsizio (28), con cui la società dichiara che tale clausola non è più applicata ad alcun dipendente Ryanair con base in Italia, pur meritevole di essere segnalata in questo commento, non rileva ai fini del giudizio, non agendo essa in alcun modo sull'effetto deterrente e intimidatorio che era ormai stato innescato, danneggiando in maniera impropria la legittima azione sindacale.

3.3. — *Il profilo rimediabile* — Volendo cogliere con questa nota l'occasione per riflettere sulle strategie processuali a disposizione delle organizzazioni sindacali italiane a tutela – in ultimo – dei diritti fondamentali di libertà sindacale e di sciopero, una sezione sulle misure sanzionatorie applicate a favore delle organizzazioni sindacali nelle due sentenze in oggetto ci aiuta a fare chiarezza su un profilo che indubbiamente godrebbe di una posizione di spicco nella scelta di *quale art. 28 azionare*, laddove vi fosse la possibilità di scegliere.

L'art. 28, comma 5, d.lgs. n. 150/2011, dispone che «[C]on l'ordinanza che definisce il giudizio il giudice può condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale e ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole adottando [...] ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti». La norma viene interpretata dal giudice d'appello di Brescia come previsiva di «due sanzioni diverse e non necessariamente alternative». In ragione di ciò, conferma la sentenza di primo grado anche in punto di sanzioni. Precisamente, conferma sia l'ordine di pubblicare l'ordinanza di primo grado sul *Corriere della Sera*, ossia un quotidiano a grossa tiratura, aggiungendo che «[L]a politica di Ryanair di gestione dei rapporti di lavoro dal punto di vista sindacale ha avuto ampia risonanza mediatica», sia la condanna al risarcimento dei danni cd. «punitivi».

In merito a questo secondo profilo sanzionatorio, si sottolinea che è «indubbio che la parte convenuta [...] abbia subito un pregiudizio (non patrimoniale) per effetto del comportamento – pubblico e ripetuto – della società appellante», che ha leso il diritto alla parità di trattamento sia in fase di accesso al lavoro che nel corso del rapporto. Tornano, così, nuovamente in rilievo, nell'argomentazione della Corte, le direttive in materia di parità di trattamento e discriminazione, soprattutto nell'interpretazione che ne dà la Corte di Giustizia (29), secondo la quale le sanzioni per simili violazioni del diritto antidiscriminatorio devono essere «effettive, proporzionate e dissuasive». La lesione del diritto, tutelato dallo stesso sindacato, a non essere discriminati sulla base di convinzioni sindacali «è stata significativa», soprattutto in ragione della politica fortemente scoraggiante della nota compagnia aerea. Pertanto, la tutela risarcitoria accordata dal giudice di primo grado (50.000,00 Euro) si conferma necessaria a risarcire il soggetto collettivo del danno non patrimoniale subito.

(28) In *europeanrights.eu*, 2018, con nota di Orlandini.

(29) C. Giust. 10.7.2008, C-54/07, *Feryn*, cit., e C. Giust. 25.4.2013, C-81/12, *Asociația Accept*.

Perché il risarcimento a titolo di danno cd. «punitivo» sia il più idoneo nel caso di specie ce lo chiarisce la stessa Corte: «la sua funzione non è soltanto di reintegrazione del soggetto danneggiato, ma anche di deterrenza e sanzionatoria del responsabile civile (nella specie importante e nota compagnia aerea)».

Essendo il danno cd. «punitivo» funzionale a sanzionare l'autore dell'illecito, il relativo importo non deve necessariamente corrispondere all'effettivo pregiudizio subito e l'ammontare è legato dalla prova del danno patito (30): è, dunque, un risarcimento che va oltre la mera funzione compensativa e acquisisce funzione dissuasiva (31).

Un ragionamento, quello sulla risarcibilità del danno, che, come è noto, non ricorre nel procedimento per condotta antisindacale. Difatti, il Tribunale di Busto Arsizio, una volta accertata l'antisindacalità del comportamento di Ryanair, predispone la condanna entro i più limitati spazi concessi dall'art. 28 St. lav. e, *in primis*, ordina alla società di «cessare immediatamente le condotte» di cui ha dichiarato l'antisindacalità.

Il giudice precisa che la società deve «astenersi in futuro da comportamenti contrari a correttezza e buona fede nelle relazioni sindacali», oltre ad avere l'obbligo di dare riscontro alle richieste avanzate dai sindacati ricorrenti, indipendentemente dal contenuto dell'Accordo aziendale siglato il 5.3.2018 con altre organizzazioni sindacali. Tuttavia, non esistendo nel nostro ordinamento un obbligo a carico del datore di lavoro di trattare con tutti i sindacati per la stipula di contratti collettivi di qualsiasi livello, conformemente al principio della libertà imprenditoriale, *ex art. 41 Cost.*, il Tribunale non può accogliere la richiesta delle organizzazioni ricorrenti di ordinare alla società di convocare Filt Cgil e Uiltrasporti al tavolo di trattativa per il contratto collettivo aziendale, già concluso con altre organizzazioni sindacali (32).

Infine, anche a conclusione di questo procedimento, il giudice impone alla società resistente di far pubblicare a proprie spese un estratto della sentenza sia su un quotidiano locale sia sul *Corriere della Sera*, e autorizza i ricorrenti a provvedere direttamente alla pubblicazione in caso di inottemperanza di Ryanair, con possibilità di rivalsa per le spese sostenute.

Come già ricordato, stante la previsione dell'art. 28 St. lav., secondo la quale il giudice che ritenga sussistente la lamentata condotta antisindacale deve ordinare al datore di lavoro – solo – «la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti», a conclusione del presente procedimento non sarebbe stato possibile prevedere il risarcimento dei danni a favore dei sindacati ricorrenti.

Tuttavia, merita ricordare che, se i ricorrenti *ex art. 28 St. lav.* non potranno godere della tutela risarcitoria, l'inottemperanza di Ryanair alla sentenza di condanna in-

(30) Vd. Cass. n. 16601/2017, S.U., in *judicare.it*.

(31) Per questo è discutibile che il danno punitivo sia qualificabile come una *species* di danno non patrimoniale; per una riflessione critica sulla condanna al risarcimento dei danni punitivi, proprio in relazione all'ordinanza del Tribunale di Bergamo (T. Bergamo 30.3.2018, n. 1586, ord., in *Labor*, 2018, n. 4, 497 ss., con nota di Rota), appellata nella sentenza in commento, cfr. Biasi 2018; sui danni punitivi come strumento per garantire l'effettiva del diritto dell'Unione europea, vd. Razzolini 2017, 453-456, e, specificamente in merito al diritto antidiscriminatorio, Cimaglia 2013.

(32) Come già era stato impossibile nell'ordinanza del T. Bergamo 30.3.2018, oggetto del ricorso in appello qui in discussione: cfr. Quaini 2018.

tegrerà una condotta penalmente rilevante, punita ai sensi dell'art. 650 c.p. – *id est*: potrà essere punita –, «se il fatto non costituisce un più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a lire duemila».

4. — *Brevi riflessioni su un sindacato tra due articoli 28* — In entrambi i casi discussi si tutelano interessi collettivi che sono stati lesi da un illecito di natura extracontrattuale, prodotto da una serie di comportamenti tenuti dalla compagnia aerea *low cost*, da cui deriva pacificamente la competenza a decidere del giudice italiano, nonché l'applicazione della legge italiana. Nella sostanza, le condotte portate all'attenzione dei due giudici sono profondamente simili, se non esattamente le stesse, e sebbene sarebbero state in ogni caso illegittime, in questa particolare dinamica di (non) relazioni industriali, esse si nutrono della tanto citata clausola cd. collarino. È l'effetto delle condotte a distinguere i due casi e, quindi, a giustificare le due differenti azioni. Da una parte, la lesione dell'interesse collettivo dei lavoratori – anche se non identificabili individualmente – a non subire discriminazioni basate sulle convinzioni sindacali né in fase di accesso al lavoro, né durante il rapporto; dall'altra, la lesione dei beni costitutivi di un'organizzazione sindacale, e in particolare: l'azione sindacale e il diritto di sciopero, il cui esercizio è, del resto, la massima espressione dell'azione sindacale.

Azionando l'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011, l'organizzazione sindacale agisce in rappresentanza di un interesse collettivo al rispetto del principio di non discriminazione di cui si fa portatrice, ma che non le è, proprio, del resto, come ricordato dalla Corte d'Appello: perché sia attuata la tutela contro una discriminazione diretta non è necessario che sia identificabile un soggetto che asserisca di essere stato lesa dal comportamento discriminatorio. Diversamente, Filt e Uiltrasporti agiscono di fronte al Tribunale di Busto Arsizio per la tutela di un *proprio* interesse collettivo lesa dalla condotta antisindacale.

Si noti che la Corte d'Appello sente il bisogno di sottolineare come sia pacifico che la Filt operi abitualmente sul territorio nazionale «a difesa dell'effettività del principio di non discriminazione»; una precisazione che sarebbe impensabile se si discutesse della legittimazione ad agire della stessa Federazione a tutela, ad esempio, della genuinità delle relazioni sindacali.

D'altro canto, la possibilità che le persone lese dalla condotta antisindacale non siano individuabili è del tutto irrilevante, tant'è che una simile frase suona priva di senso al giuslavorista, dato che queste persone non possono esistere in quanto tali, essendo il soggetto lesa solo ed esclusivamente il soggetto collettivo. Ipotesi invece espressamente prevista in merito alla discriminazione dall'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 216/2003.

In una simile circostanza, il vantaggio per il sindacato di usare la tutela antidiscriminatoria non sta tanto nella fase probatoria, data l'evidenza delle condotte qui contestate, ma nel rimedio – *id est*: il danno punitivo –, che a oggi rende l'azione per discriminazione certamente più remunerativa per il sindacato ricorrente, potendo questi comunque contare, altresì, sull'ordine di cessazione della condotta (33).

(33) Ai sensi dell'art. 28, comma 5, d.lgs. n. 150/2011, potrebbe persino ordinare l'adozione di un piano di rimozione delle condotte discriminatorie.

Se però è vero che, con l'azione antidiscriminatoria così formulata, si sposta la natura dell'organizzazione sindacale – da soggetto collettivo che aziona uno strumento giuridico posto a tutela del proprio caratteristico, endemico e, se vogliamo, esclusivo interesse, a soggetto collettivo che agisce in rappresentanza di interessi meritevoli di tutela della classe di cui si erge a protettore, così come potrebbe fare una ben organizzata Ong istituita al fine di combattere le discriminazioni –, è pure incontestabile che nel gioco del libero mercato ognuno sia chiamato a usare tutte le carte che gli sono state servite e, pur senza entrare nella spinosa questione se l'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011 rappresenti una «nuova narrazione del conflitto sindacale» (34) o, piuttosto, una «strategia contingente prescelta» (35), è certo che sarebbe un puro e sterile esercizio nostalgico sostenere che questo «secondo» articolo 28 non dovrebbe essere fatto proprio dalle organizzazioni sindacali, non solo per tutelare i diritti sindacali dei lavoratori aggrediti da comportamenti discriminatori, ma anche per riappropriarsi del proprio legittimo spazio di contestazione.

Riferimenti bibliografici

- Barbera M., Protopapa V. (2014), *Il caso Fiat: come la tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sindacale*, in *RGL*, n. 2, II, 163 ss.
- Biasi M. (2018), *Danni punitivi – Il caso Ryanair e l'ingresso del «danno punitivo» nel Diritto del lavoro italiano*, in *GI*, n. 10, 2191 ss.
- Borelli S. (2012), *Il diritto antidiscriminatorio nella vicenda Fiat/Fabbrica Italia Pomigliano (Fip) – Fiom*, in *RCDL*, n. 2, 369 ss.
- Borelli S. (2018), *La guerra al Ryanair Business Model. Le battaglie di Boscoducale, Busto Arsizio I, Bergamo e Pisa*, in *RGL*, n. 4, II, 626 ss.
- Borelli S. et al. (in corso di pubblicazione), *Le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in Barbera M., Guariso A. (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Norme, strumenti, interpreti*, Giappichelli, Torino, 165 ss.
- Calvellini G. et al. (2019), *The Ryanair case in the Italian and European framework: who decides the rules of the game?*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».INT*, n. 148.
- 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.
- Cimaglia C. (2013), *Un'altra freccia nell'arco del diritto antidiscriminatorio: il danno non patrimoniale con funzione punitiva*, in *RGL*, n. 1, II, 127 ss.
- Cruz-Villalòn J. (2003), *Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario*, in *DLRI*, n. 99-100, 351 ss.
- De Angelis L. (2013), *Brevi annotazioni sull'incostituzionalità del criterio di legittimazione attiva di cui all'art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 195.
- De Stefano V. (2013), *«Caso Fiat», affiliazione sindacale e tutela antidiscriminatoria: una lettura fondata sulle fonti internazionali ed europee*, in *ADL*, n. 2, II, 369 ss.

(34) Barbera, Protopapa 2014.

(35) Falsone 2017.

- Falsone M. (2017), *Tecnica rimediabile e art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *LD*, n. 3-4, 465 ss.
- Ferrero M. (2011), *Il recepimento faticoso del diritto antidiscriminatorio europeo in Italia*, in Ferrero M., Perocco F., *Razzismo al lavoro. Il sistema della discriminazione sul lavoro, la cornice giuridica e gli strumenti di tutela*, FrancoAngeli, Milano, 125 ss.
- Frosecchi G. (2016), *La legge previdenziale applicabile ai lavoratori di compagnie aeree internazionali. I casi Ryanair*, in *RGL*, II, 104 ss.
- Giugni G. (2011), *Le relazioni industriali nel quadro dello Statuto dei lavoratori*, in *Economia e Lavoro*, n. 1, 23 ss.
- Guarriello F. (2003), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in *DLRI*, n. 99-100, 341 ss.
- Kerr A. (2018), *Jurisdiction and Choice of Law Issues in Transnational Employment Rights Disputes*, in *Irish Employment Law Journal*, n. 15, 3, 72 ss.
- Lyon-Caen A., Sciarra S. (1998), *La Convenzione di Roma e i principi del diritto del lavoro*, in Aa.Vv., *I contratti di lavoro internazionali*, Utet, Torino, 24 ss.
- Mattei A., Salomone R. (2018), *Conflict of laws e tutela del lavoro nelle imprese multinazionali*, in *RGL*, I, 272 ss.
- Novella M. (1997), *Condotta antisindacale e legittimazione ad agire. Il requisito della nazionalità nella giurisprudenza dell'ultimo decennio*, in *LD*, n. 96, 81 ss.
- Orlandini G. (2012), *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 137.
- Orlandini G. (2018), *Il Tribunale di Busto Arsizio condanna Ryanair per condotta antisindacale*, in http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Bronzini12-Orlandini_nota_Busto_Arsizio.pdf.
- Protopapa V. (2018), *Il modello Ryanair di fronte al divieto di discriminare in base alle convinzioni personali*, in *RIDL*, n. 3, II, 555 ss.
- Quaini A. (2018), *Discriminazione sindacale: il Tribunale di Bergamo arricchisce di un nuovo capitolo il romanzo Ryanair*, in *DRI*, n. 4, 1226 ss.
- Razzolini O. (2017), *Effettività e diritto del lavoro nel dialogo fra ordinamento dell'Unione e ordinamento interno*, in *LD*, n. 3-4, 447 ss.
- Rota A. (2018), *Sul divieto di conflitto e affiliazione sindacale: il «modello Ryanair» sotto la lente del diritto antidiscriminatorio*, in *Labor*, n. 3, 497 ss.
- Santini F. (2018), *I diritti dei lavoratori tra dimensione individuale e collettiva delle tutele*, in *ADL*, n. 6, II, 1611 ss.
- Vallebona A. (2012), *Le discriminazioni per «convinzioni personali» comprendono anche quelle per affiliazione sindacale: un'altra inammissibile stortura a favore di Fiom Cgil*, in *MGL*, n. 8-9, 622 ss.

Giulia Frosecchi
Ricercatrice borsista
presso l'Università di Firenze

CONTROVERSIE DI LAVORO

CORTE D'APPELLO NAPOLI, 10.7.2019 – Pres. Robustella, Est. De Marchis Gomez – M.V. (avv. Ferrajoli) c. A.D. (avv. Fratto).

Controversie di lavoro e previdenza – Proposta conciliativa – Rifiuto senza giustificato motivo – Accoglimento della domanda in misura non superiore alla proposta – Condanna alle spese maturate dopo la proposta – Dubbio di legittimità costituzionale – Rimessione alla Corte costituzionale (artt. 3, 4, 24, 35, 117 Cost.; artt. 91, 420 c.p.c.).

Si rimette alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 91, c. 1, secondo alinea, c.p.c. in sé e in combinato disposto con l'art. 420, c. 1, c.p.c. per contrasto con gli artt. 3, 4, 24, 35 e 117, c. 1, Cost., rispetto agli artt. 6, 13 e 14 della Cedu, letti autonomamente e anche in correlazione fra loro. (1)

(1) È DAVVERO INCOSTITUZIONALE LA PREVISIONE
NEL PROCESSO DEL LAVORO DELLA CONDANNA
ALLE SPESE MATURE DOPO LA PROPOSTA CONCILIATIVA RIFIUTATA?

SOMMARIO: 1. Il caso di specie e l'ordinanza della Corte d'Appello. — 2. L'art. 91 c.p.c. e la riforma introdotta dalla l. 18 giugno 2009, n. 69. — 3. Le finalità perseguite dal legislatore e i temperamenti contenuti nell'art. 91 c.p.c. Conclusioni.

1. — *Il caso di specie e l'ordinanza della Corte d'Appello* — Con l'ordinanza annotata, la Corte d'Appello di Napoli, Sezione lavoro, rimette alla Corte costituzionale la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 91, comma 1, secondo alinea, c.p.c. in sé e in combinato disposto con l'art. 420, comma 1, c.p.c. per contrasto con gli artt. 3, 4, 24, 35 e 117, comma 1, Cost., anche rispetto agli artt. 6, 13 e 14 della Cedu, stante l'irragionevolezza della previsione normativa «in ragione della natura fondamentale dei diritti fatti valere nel particolare processo del lavoro e della oggettiva condizione delle parti».

Nel caso di specie, era accaduto che nel corso di un processo del lavoro, promosso

per conseguire la condanna del datore del lavoro al pagamento di una somma di denaro per differenze retributive, dapprima il convenuto formulava una proposta conciliativa, e successivamente alla prima udienza anche il giudice adito proponeva una definizione della controversia che prevedeva a favore del ricorrente una somma di denaro inferiore a quella oggetto della domanda e superiore a quella offerta dal resistente. La proposta del giudice veniva accettata però solo dal resistente, e non dal ricorrente, sicché il processo proseguiva e, all'esito delle prove orali richieste dalle parti, si concludeva con una sentenza che accoglieva la domanda, ma in misura molto inferiore sia alla domanda, sia a entrambe le proposte conciliative. Sicché, stante l'art. 91, comma 1, parte 2, il giudice di primo grado condannava il ricorrente alle spese del giudizio maturate dopo la proposta, che peraltro nella specie erano anche superiori alla somma riconosciuta al ricorrente per il merito.

Proposto appello, i giudici napoletani sollevano la questione di legittimità costituzionale, muovendo innanzitutto dalla duplice constatazione che la funzione giurisdizionale tende ad assicurare l'effettiva attuazione del principio di uguaglianza e che nel processo del lavoro si assiste a una disparità non solo economica tra le parti che il legislatore con gli interventi legislativi degli anni settanta ha inteso colmare. Tra le misure adottate, ad avviso della Corte d'Appello, vi è il tentativo di conciliazione, che si è posto «come un valido ed efficace strumento non penalizzante per la parte economicamente debole del rapporto».

Ebbene, la nuova formulazione dell'art. 91 in tema di spese processuali, a seguito della riforma introdotta dalla l. n. 69/2009, ad avviso della Corte napoletana finisce invece per stravolgere lo strumento conciliativo, «in una ottica [...] punitiva», accentuando «in forma irragionevole la disparità economica e sociale che caratterizza, soprattutto nel processo del lavoro, le parti, finendo con l'introdurre un ostacolo reddituale rispetto al diritto a ricorrere alla funzione giurisdizionale, idoneo a generare un contrasto con la previsioni degli artt. 3, 4, 24 Cost. unitamente con l'art. 35 Cost.».

Sicché, sempre ad avviso dei giudici di secondo grado, «la scelta di conciliare la controversia non diviene [...] più "libera" ma sanzionata attraverso uno sproporzionato automatismo di aggravio di spese nei confronti del soggetto che, seppur parzialmente, ha comunque ottenuto il riconoscimento del diritto rivendicato e, pertanto, a danno, per lo più, della parte economicamente più debole che di norma [...] coincide con l'attore». E ciò a differenza di quanto previsto nell'art. 420 c.p.c., ove «il rifiuto della proposta conciliativa non assume [...] un carattere penalizzante in termini economici...».

Laddove «l'assenza di obiettivi parametri idonei a compensare l'incidenza della disparità del reddito, del tutto assente nella previsione della norma, che penalizza in sé il rifiuto dell'offerta conciliativa, sulla base di una formale parità delle parti nel processo, finisce per indurre il soggetto debole a rinunciare, per un fattore legato al "costo", al diritto costituzionale di ottenere un provvedimento giurisdizionale».

E secondo la Corte napoletana, «rispetto alla innegabile lodevole finalità deflattiva che caratterizza la previsione di strumenti alternativi alla sentenza, il rifiuto dell'offerta conciliativa non possa *ex se*, ove non caratterizzato da un *quid pluris* rispetto alla mera mancata adesione alla proposta, determinare una penalizzazione del regime delle spese in ragione della natura fondamentale dei diritti fatti valere nel particolare processo del lavoro e della oggettiva condizione delle parti».

Laddove, sottolinea la Corte d'Appello, «l'irragionevolezza dell'art. 91, 1° comma, secondo alinea, in sé e in combinato disposto con l'art. 420 c.p.c. trova, altresì, conferma in una prospettiva interpretativa che valorizza il contenuto precettivo delle norme interposte (cfr. C. cost. 13.6.2018, n. 120) sancite in Carte fondamentali alle quali la Repubblica aderisce».

In particolare, il sistema del regime delle spese che penalizza il diritto di rifiutare una definizione conciliativa del soggetto «debole», costretto ad agire giudizialmente per la tutela di diritti fondamentali, con conseguente aggravio dei costi del processo a carico del soggetto parzialmente vittorioso, «rende il regime delle spese illogicamente sproporzionato, in chiara violazione al principio del giusto processo stabilito dall'art. 6 Cedu (cfr. C. Edu, *Perdigao c. Portogallo*), per il quale le spese devono essere valutate considerando anche la capacità finanziaria dell'individuo (cfr. C. Edu, *Kijewska c. Polonia*)», e «genera [...] una discriminazione fondata "sulla ricchezza" o su "ogni altra condizione" (art. 14 Cedu) in quanto l'aggravio di spese produce una penalizzazione economica che si riflette inevitabilmente, ostacolando, anche sul diritto a un ricorso effettivo (art. 13 Cedu)».

In definitiva, scrive la Corte d'Appello di Napoli, «la previsione che penalizza irragionevolmente il soggetto economicamente debole nella scelta di accettare una soluzione formalmente libera, alternativa a un procedimento giudiziale, che a sua volta è espressione di un diritto fondamentale, introduce quindi un assetto che, irragionevolmente e in forma sproporzionata, lede il principio di uguaglianza ostacolando di fatto la tutela del lavoro nella sede naturale del processo, enfatizzando un fattore di disparità il cui superamento è, viceversa, oggetto della norma centrale dell'ordinamento costituzionale».

2. — *L'art. 91 c.p.c. e la riforma introdotta dalla l. 18 giugno 2009, n. 69* — Questa la motivazione della Corte d'Appello di Napoli.

Si tratta ora di verificare se i dubbi sollevati dai giudici napoletani possano essere condivisi o no, anche alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale che, affermata «la marginalità delle spese rispetto ai principi del giusto processo», riconosce che «il regolamento delle spese processuali comunque non incide sulla tutela giurisdizionale del diritto di chi agisce o si difende in giudizio, non potendosi sostenere che la possibilità di conseguire la ripetizione delle spese processuali [...] consenta alla parte di meglio difendere la sua posizione di apprestare meglio le sue difese» (1).

L'art. 91, comma 1, c.p.c. è stato modificato con la legge 18 giugno 2009, n. 69: legge che ha apportato significative novità in tema di spese processuali «nell'intento dichiarato dallo stesso legislatore (e che costituisce il tratto comune di gran parte delle

(1) Così C. cost. 30.7.2008, n. 314, in *GCost.*, 2008, 3393 ss., la quale aggiunge «che gli elementi, su cui si basa la condanna alle spese, che sono isolabili su un piano diverso dall'ambito delle prove e degli elementi dai quali muove la decisione sul merito della causa, evidenza[no] la natura "di risulta" (o accessoria) della statuizione sulle spese, che non è assimilabile, nel suo processo formativo, alla decisione sul merito della causa». Vd. inoltre Doronzo (2011, 78), la quale evidenzia che «il regime delle spese processuali nel rito del lavoro è sostanzialmente sovrapponibile a quello previsto per il rito ordinario, fatte salve alcune peculiarità».

disposizioni della legge) di incidere sui tempi della giustizia civile e di ricondurli al principio di “ragionevolezza” imposto dall’art. 111 Cost. e dall’art. 6 della Cedu» (2).

Oggi la norma della cui legittimità costituzionale si dubita dispone che il giudice, «se accoglie la domanda in misura non superiore all’eventuale proposta conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta, salvo quanto disposto dal secondo comma dell’art. 92 c.p.c.» (3).

Si è detto che tale disposizione «rappresenta una parziale deroga al criterio della soccombenza» (4), dal momento che comporta la condanna alle spese della parte che pure ha avuto, sia pure parzialmente, ragione. Ciò è esatto, ma forse è più corretto inquadrare tale situazione nel cd. principio di causalità, «inteso nel senso che le spese vanno a carico della parte che ha causato nell’altra la necessità del processo» (5).

Va peraltro detto che, sempre nel 2009, con la l. n. 69/2009 è stato modificato il comma 2 dell’art. 92 c.p.c., richiamato dalla norma in esame e che, come si vedrà in seguito, svolge un ruolo non secondario nella sua interpretazione; comma che a ben vedere è stato oggetto di successivi interventi. E così: nel 2009 è stato disposto che, «se vi è soccombenza reciproca o concorrono altre gravi ed eccezionali ragioni, esplicitamente indicate nella motivazione, il giudice può compensare, parzialmente o per intero, le spese tra le parti»; nel 2014 (d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni nella l. 10 novembre 2014, n. 162) è stato limitato il potere di compensazione «nel caso di assoluta novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti»; nel 2018, a seguito dell’intervento della Corte costituzionale (6), è stata ripristinata la formula della compensazione «anche qualora sussistano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni», in aggiunta all’assoluta novità della questione trattata e al mutamento della giurisprudenza.

È importante considerare che la previsione contenuta nell’art. 91, comma 1, parte 2, c.p.c. non rappresenta un *unicum* nel nostro sistema, poiché essa non solo trova alcuni precedenti, anche se non del tutto puntuali, ma è stata poco dopo ribadita, sia pure in altro settore.

Più precisamente, il primo precedente è rappresentato dalla previsione contenuta nell’art. 412 c.p.c., rubricato «Verbale di mancata conciliazione». Infatti, a seguito delle riforme intervenute nel 1998 (d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80), era stato introdotto nelle controversie di lavoro il tentativo obbligatorio di conciliazione (7), ed era stato previsto al comma 4 dell’art. 412 c.p.c. che, in caso di mancata conciliazione, «delle ri-

(2) Così Doronzo 2011, 81. Per una critica nei confronti della riforma dell’art. 91, c. 1, parte 2, vd. Scarselli 2010, 261.

(3) Nello stesso tempo ha eliminato il periodo «eguale provvedimento emette nella sua sentenza il giudice che regola la competenza».

(4) Balena 2019, 315.

(5) Così Luiso 2019, 434. Vd. altresì: Boccagna 2009, 31; Vaccari 2011, 612; Porreca 2010, 1836.

(6) C. cost. 19.4.2018, n. 77, in *RGL*, 2018, II, 403 ss., con nota di Costantino G., e in *Giusto processo civile*, 2018, 457 ss., con nota di Trisorio Liuzzi.

(7) Sia consentito rinviare a un mio precedente scritto: Trisorio Liuzzi 2001, 948.

sultanze del verbale di cui al primo comma il giudice tiene conto in sede di decisione sulle spese del successivo giudizio». Questa disposizione è stata poi abrogata nel 2010 con l'eliminazione della obbligatorietà del tentativo di conciliazione (8).

Il secondo precedente è contenuto nell'art. 16, comma 2, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, relativo al rito societario; rito peraltro abrogato proprio con la legge n. 69/2009. Questa disposizione, cancellata nel 2009, prevedeva che il presidente interrogasse liberamente le parti, esperisse il tentativo di conciliazione, «eventualmente proponendo soluzioni di equa composizione della controversia», e, nel caso in cui il tentativo non avesse sortito effetto positivo, «il tribunale può tenerne conto ai fini della distribuzione delle spese di lite, anche ponendole, in tutto o in parte, a carico della parte formalmente vittoriosa che non è comparsa o che ha rifiutato ragionevoli proposte conciliative» (9).

Mentre le disposizioni ora analizzate presentavano alcune differenze rispetto all'art. 91, nel 2010, sia pure in altro campo, ossia nella mediazione, il legislatore ha dettato nell'art. 13, comma 1, del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, una disposizione analoga a quella ora in esame. Questa norma dispone che, nel caso in cui nel corso della procedura di mediazione (obbligatoria o facoltativa) sia stata formulata una proposta e «il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto».

Anche in questa disposizione si fa comunque salva l'applicabilità dell'art. 92 c.p.c., ossia la possibilità di disporre la compensazione totale o parziale delle spese, ricorrendone i presupposti, prevedendosi espressamente la possibilità di applicare l'art. 96 c.p.c., in caso di responsabilità aggravata (10).

Il comma 2 dell'art. 13 contempla invece il caso in cui il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta; in questa ipotesi, «il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente» (11).

Per completezza di analisi devo ricordare che nel 2010 il legislatore è intervenuto in modo specifico sulle disposizioni attinenti al processo del lavoro. Per quel che interessa in questa sede ricordo, oltre all'abrogazione della disposizione contenuta nell'art.

(8) Disposizioni simili si rinvencono anche nel d.lgs. 30.3.2001, n. 165, art. 66 (in materia di lavoro pubblico), e nel d.lgs. 9.4.2003, n. 68, art. 35 (in materia di protezione del diritto d'autore). A tale riguardo, vd. Passanante 2010, 227.

(9) Sul rito societario la lettura è vasta. Rinvio pertanto all'ultimo contributo in ordine di tempo: Costantino 2009, 128, e ivi ulteriori riferimenti.

(10) Il c. 1 dell'art. 13 aggiunge poi che disposizioni si applicano anche alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'art. 8, c. 4.

(11) Su tali disposizioni vd., per tutti: Dalfino 2016a, 485 ss.; *Id.* 2010, 101; Tiscini 2010, 489.

412 c.p.c., in precedenza esaminata, la riformulazione sia dell'art. 411 c.p.c., «processo verbale di conciliazione», sia dell'art. 420 c.p.c., «udienza di discussione della causa».

A seguito della riforma, l'art. 411, comma 2, dispone che, se in sede conciliativa non si raggiunge l'accordo tra le parti, la commissione di conciliazione deve formulare una proposta per la bonaria definizione della controversia e, se la proposta non viene accettata, i termini della stessa sono riassunti nel verbale con indicazione delle valutazioni espresse dalle parti. Ebbene, «delle risultanze della proposta formulata dalla commissione e non accettata senza adeguata motivazione il giudice tiene conto in sede di giudizio».

L'art. 420 c.p.c., a sua volta, prevede, da un lato, che il giudice, oltre a tentare la conciliazione della lite, «formula alle parti una proposta transattiva» e, dall'altro, che «la mancata comparizione personale delle parti, o il rifiuto della proposta transattiva del giudice, senza giustificato motivo, costituiscono comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio».

Ecco allora che nel 2010, nelle controversie di lavoro, da un lato, l'art. 411 c.p.c. contempla il potere-dovere per il giudice di tenere conto delle risultanze del verbale di mancata conciliazione (nel quale venivano indicate le ragioni del mancato accordo) in sede di decisione del successivo giudizio e, dall'altro, l'art. 420 c.p.c. attribuisce al giudice il potere-dovere di formulare alle parti una proposta transattiva, il cui rifiuto, senza giustificato motivo, costituisce comportamento valutabile ai fini della decisione della causa (12).

3. — *Le finalità perseguite dal legislatore e i temperamenti contenuti nell'art. 91 c.p.c.*
Conclusioni — L'indagine condotta nel precedente paragrafo sull'art. 91 c.p.c., che più interessa in questa sede, e sulle altre norme ricordate, mostra che tali disposizioni sono tra loro legate da un elemento ricorrente, da un filo conduttore, ossia l'intenzione del legislatore di incidere sul comportamento delle parti e dei loro difensori, al fine di favorire la composizione bonaria delle controversie e quindi di deflazionare il carico di lavoro dei tribunali (13), tanto da sanzionare un atteggiamento non collaborativo delle stesse (14).

Circoscrivendo l'attenzione all'art. 91, non è mancato chi ha sottolineato che «la norma è chiara espressione dell'intento del legislatore di richiamare tutte le parti del

(12) Il d.l. 21.6.2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, ha introdotto nel processo ordinario di cognizione l'art. 185-*bis* c.p.c., rubricato «Proposta di conciliazione del giudice», che appunto contempla la possibilità per il «giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione» di formulare alle parti, se possibile, «avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa», che non può comunque costituire motivo di ricusazione o astensione. Laddove l'eventuale rifiuto non può essere valutato ai fini della decisione della causa, ma solo ai fini delle spese (art. 91 c.p.c.).

(13) Così, fra gli altri, vd.: Balena 2019, 316; Menchini 2009, 23; Giorgetti 2009, 48; Bove, Santi 2009, 55; Nappi 2009, 27 ss.; Passanante 2010, 226; Doronzo 2011, 81 ss.; Vaccari 2011 611; Acierno, Graziosi 2010, 162.

(14) Di sanzione per la parte che ha rifiutato ingiustificatamente la proposta transattiva parlano Briguglio (2009, 259), e Acierno, Graziosi (2010, 163). Vd. Sassani (2019, 465), per il quale «la norma ha finalità penalizzante (e funge quindi da deterrente)».

processo all'osservanza di regole di autoresponsabilità nonché all'attuazione del dovere di solidarietà nella risoluzione del conflitto, al fine di evitare un uso distorto del processo e di contenere i costi sociali» (15). E ancora, in modo più incisivo, è stato rilevato che «il diritto di azione e il diritto di difesa trovano così [...] un confine concreto, giustificato dai doveri di solidarietà sociale ex art. 2 Cost. che impongono di astenersi dall'abuso del processo, ovvero di non intasare il servizio giustizia con pretese palesemente infondate o con resistenze defatigatorie, così ledendo i diritti dei consociati sul piano sostanziale e processuale, in particolare per quanto concerne l'ottenimento di processi di ragionevole durata» (16).

La finalità ricordata ha una portata ampia, e certamente, come dimostrano sia l'art. 412, sia pure oggi abrogato, sia l'art. 420, comma 1, non può non riguardare anche le controversie di lavoro, non solo e non tanto perché l'art. 91 trova collocazione nel Libro I del codice di rito civile – sicché esso trova applicazione in tutti i processi, non solo in quello ordinario di cognizione, ma anche in quello del lavoro, delle locazioni, dinanzi al giudice di pace, nel procedimento sommario di cognizione ex art. 702-*bis* c.p.c., nel procedimento camerale ecc. –, quanto perché anche in queste controversie le parti devono assumere un comportamento di autoresponsabilità, collaborativo, e devono evitare abusi degli strumenti processuali (17).

Quel che va sottolineato è che nel processo del lavoro vengono a coesistere sia l'art. 91 sia l'art. 420, «con la conseguenza che [...] la mancata e ingiustificata accettazione della proposta conciliativa avrà una duplice valenza: come strumento logico-critico per valutare le prove (art. 116, cpv. c.p.c.) e come ragione di condanna al pagamento delle spese della parte riluttante» (18).

Ne deriva che l'ordinanza di rimessione della Corte d'Appello di Napoli non convince e lascia perplessi.

È vero che nel processo del lavoro vi è una parte debole, rappresentata dal lavoratore, che è il soggetto che normalmente adisce il giudice e chiede tutela del proprio diritto; ed è altresì vero che nel processo del lavoro spesso le controversie sono di scarso valore, nel qual caso la disparità economica e sociale si fa sentire in modo più evidente; ma è anche vero che pure nel processo del lavoro vi sono l'esigenza di favorire la conciliazione delle liti e la finalità deflattiva e di responsabilizzazione delle parti e dei difensori.

(15) Doronzo 2011, 83.

(16) Così Acierno, Graziosi (2010, 162), le quali aggiungono che, «in questo contesto, la conciliazione, più che una facoltà delle parti, potrebbe diventare manifestazione di un obbligo di solidarietà e l'adempimento conseguente di un dovere di collaborazione nella soluzione dei conflitti».

(17) Sull'applicazione dell'art. 91 c.p.c. nel processo del lavoro vd.: Vullo 2015, 244; Dalfino 2016b, 277; Tesoriere 2012, 238; Doronzo 2011, 83 ss.; Nappi 2009, 32; Vaccari 2011, 616; Parisi 2015, 150.

(18) Così Doronzo 2011, 87. Vd. altresì Dalfino (2016b, 277), per cui «è proprio in sede di giudizio (*rectius*, di decisione) che il giudice è chiamato a regolare la distribuzione dell'onere delle spese processuali, ferma restando l'incidenza del comportamento della parte sul merito della causa». Ad avviso di Vullo (2015, 244) e Izzo (2011, 392), invece, il rifiuto della proposta conciliativa può essere valorizzato solo per quel che concerne la statuizione delle spese, e non anche per quel che riguarda il merito della domanda e la sua fondatezza.

E non sembra che l'art. 91, così come scritto, e le finalità deflattiva del contenzioso e di autoresponsabilità che ne sono alla base comportino «una deroga al fondamentale dovere dello Stato di tutelare (assicurando un giusto processo) il lavoro e, quindi, i diritti che lo connotano, attraverso un sistema che, nei fatti, disincentiva, amplificando un fattore di disparità sociale, il diritto di rivendicare un provvedimento di tutela nel luogo naturalmente deputato al loro riconoscimento...».

Il disequilibrio economico delle parti coinvolte nel processo del lavoro non può portare a ritenere, come pure ritiene la Corte d'Appello, che «lo strumento conciliativo venga stravolto in quanto accentua in forma irragionevole la disparità economica e sociale che caratterizza, soprattutto nel processo del lavoro, le parti, finendo con l'introdurre un ostacolo reddituale rispetto al diritto a ricorrere alla funzione giurisdizionale, idoneo a generare un contrasto con le previsioni degli artt. 3, 4, 24 Cost. unitamente con l'art. 35».

L'effetto sanzionatorio, che accompagna la proposta conciliativa, nella previsione degli artt. 91, comma 1, e 420, comma 1, c.p.c., non appare irragionevole al punto da violare i precetti costituzionali, anche perché la norma va letta nella sua interezza, e quindi anche considerando quei temperamenti che la Corte di Napoli non valorizza, ossia il giustificato motivo alla base del rifiuto e la compensazione delle spese ai sensi dell'art. 92 c.p.c.: due aspetti che rientrano nella esclusiva sfera di valutazione propria del giudice.

È vero che l'art. 91, comma 1, c.p.c. stabilisce che il «giudice condanna», e non che «il giudice può condannare» (19), sicché siamo di fronte a un dovere, e non a un potere discrezionale, ma è anche vero che il giudice non deve condannare alle spese per il sol fatto che la proposta è stata rifiutata. L'art. 91, comma 1, c.p.c. introduce, pur nella obbligatorietà, un duplice temperamento, che come vedremo finisce per attribuire al giudice «una significativa discrezionalità», che «serve a temperare l'obbligo che la norma sembra porre a carico dell'ufficio, allorché ricorrano le condizioni da essa previste» (20). Sicché non vi è alcun «automatismo» di aggravio di spese nei confronti del soggetto che ha rifiutato la proposta, come invece reputa la Corte d'Appello (21).

Per quel che riguarda il primo temperamento, certamente l'art. 91 non dice quando il rifiuto può considerarsi giustificato. Siamo pertanto in presenza di una valutazione che il giudice deve compiere caso per caso innanzitutto sul motivo che porta il soggetto, che normalmente è il lavoratore che ha proposto la domanda, a rifiutare la proposta transattiva della controparte o del giudice. E così, ad esempio, il giudice deve valutare: se la proposta, al tempo in cui la stessa è stata formulata, si presenta ragionevole; se il rifiuto è giustificato con riferimento alle prove documentali prodotte e/o orali richieste, alla complessità della questione, alla esistenza di un contrasto in giurisprudenza; se la proposta non era «corredata da una seria offerta di adempimento o – meglio – dall'adempimento della prestazione offerta» (22).

(19) Sottolinea Ricci (2009, 17) che per il giudice si tratta di un obbligo, e non di un potere discrezionale.

(20) Menchini 2009, 24. Vd. altresì Passanante (2010, 236), il quale sottolinea che il «vincolo, [...] lungi dall'essere assoluto, è ampiamente attenuato...»; Comoglio 2012, 1198.

(21) Vd., nello stesso senso, Acierno, Graziosi (2010, 163), le quali escludono che la deroga al principio della soccombenza in caso di rifiuto della proposta sia automatica.

(22) Così Passanante 2010, 237. Vd. altresì Acierno, Graziosi 2010, 163 ss.

Il giudice, se al termine del giudizio e dopo che la proposta transattiva è stata rifiutata perviene a un accoglimento della domanda in misura inferiore alla stessa proposta, non deve condannare la parte alle spese legali che la controparte ha sopportato dopo la proposta se ritiene che quel rifiuto, nel momento in cui venne formulata la proposta, trovasse giustificazione. Ma se il rifiuto non aveva alla sua base alcuna ragione, era immotivato e rispondeva alla sola pretesa di volere comunque avere il riconoscimento pieno della propria domanda, allora il giudice deve condannare la parte alle spese che la controparte ha sopportato dopo la formulazione della proposta transattiva. E non mi sembra che ciò comporti una lesione del principio di uguaglianza o un ostacolo alla tutela del lavoro.

Il secondo temperamento è dato dalla possibilità che il giudice ha di compensare le spese ai sensi dell'art. 92, ossia nel caso di assoluta novità della questione trattata, di mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti, della sussistenza di «altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni» (23). Nell'ordinanza in esame, invece, la Corte d'Appello afferma che «la previsione dell'art. 91, 1° comma, secondo alinea, c.p.c. non trova [...] espressa applicazione in presenza di una reciproca soccombenza e nei casi eccezionali previsti dal secondo comma dell'art. 92 c.p.c.».

Si tratta di una lettura che non può condividersi e che contrasta con l'art. 91, comma 1. Anzi, in dottrina si è anche rilevato che «le *gravi ed eccezionali ragioni* ben possono ravvisarsi nel rifiuto che la parte ha ingiustificatamente opposto a una seria proposta transattiva e nell'accoglimento della domanda in misura non superiore alla stessa, così determinando una sproporzione tra il risultato pratico raggiunto e il costo del processo. In altri termini e a ben guardare, l'ambito di applicazione delle due norme [...] può di fatto coincidere, il che finirà per svilire la portata pratica innovativa della riforma, potendosi fin da ora prevedere che, tra le due opzioni, il giudice sceglierà la seconda» (24).

Ecco allora che la questione di illegittimità costituzionale, sollevata dalla Corte d'Appello di Napoli, dell'art. 91 c.p.c., con riferimento alle controversie di lavoro, non convince, sia perché in generale il regolamento delle spese processuali non incide sulla tutela giurisdizionale del diritto di chi agisce o si difende in giudizio, considerata «la marginalità delle spese rispetto ai principi del giusto processo» (25), sia e soprattutto perché la disposizione in esame non contempla un obbligo assoluto per il giudice di condannare la parte che ha rifiutato la proposta transattiva, nel caso in cui la domanda è stata accolta in misura non superiore alla stessa proposta, ma introduce dei temperamenti che il giudice deve valutare e che invece la Corte d'Appello di Napoli non ha considerato.

(23) Nel senso che l'art. 92 trova applicazione in questa fattispecie vd.: Balena 2009, 749 ss.; Menchini 2009, 24; Giorgetti 2009, 51; Bove, Santi 2009, 55; Passanante 2010, 238; Comoglio 2012, 1200 ss.; Doronzo 2011, 87; Acierno, Graziosi 2010, 164; De Marzo 2010, 398. Secondo Ricci (2009, 17), invece, la compensazione deve essere applicata solo nell'ipotesi di soccombenza parziale reciproca, e non per le altre ragioni seppure gravi ed eccezionali.

(24) Doronzo 2011, 87. Anche per Comoglio (2012, 1201) «la possibilità di compensare le spese si estende proprio al caso di rifiuto ingiustificato».

(25) Così C. cost. 30.7.2008, n. 314, in *GCost.*, 2008, 3393 ss.

Riferimenti bibliografici

- Acierio M., Graziosi C. (2010), *La riforma 2009 nel primo grado di cognizione: qualche ritocco o un piccolo sisma?*, in *RTDPC*, 162 ss.
- Balena G. (2009), *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, in *Giusto processo civile*, 749 ss.
- Balena G. (2019), *Istituzioni di diritto processuale civile*, ed. V, Cacucci, Bari, I.
- Boccagna S. (2009), in *Aa.Vv.*, *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico la semplificazione e la competitività*, Jovene, Napoli, 31 ss.
- Bove M., Santi A. (2009), *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Nuova giuridica, Matelica.
- Briguglio A. (2009), *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *GC*, II, 259 ss.
- Comoglio P. (2012), *Commento all'art. 91*, in Comoglio L.P. et al. (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, Utet, Torino, I, 1169 ss.
- Costantino G. (2009), *Il processo commerciale e l'arbitrato societario*, in D'Alessandro F. (diretto da), *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, Piccin, Padova, I, 128 ss.
- Costantino G. (2018), *Sulla compensazione delle spese giudiziali e sulla discrezionalità del legislatore in materia processuale*, in *RGL*, II, 403 ss.
- Dalfino D. (2010), *Mediazione, conciliazione e rapporti con il processo*, in *FI*, V, 101 ss.
- Dalfino D. (2016a), *La mediazione civile e commerciale*, in Chiarloni S. (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Zanichelli, Bologna, 485 ss.
- Dalfino D. (2016b), *La conciliazione in materia di licenziamenti*, in Mazzotta O. (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Giappichelli, Torino, 277 ss.
- De Marzo G. (2010), *Le spese giudiziali e le riparazioni nella riforma del processo civile*, in *FI*, V, 398 ss.
- Doronzio A. (2011), *Le spese processuali*, in Dalfino D. (a cura di), *La nuova giustizia del lavoro*, Cacucci, Bari, 77 ss.
- Giorgetti M. (2009), *Commento all'art. 91*, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile (legge 18 giugno 2009, n. 69)*, Utet, Torino, 48 ss.
- Izzo S. (2011), *I tentativi di conciliazione*, in Dalfino D. (a cura di), *La nuova giustizia del lavoro*, Cacucci, Bari, 392 ss.
- Luiso F.P. (2019), *Diritto processuale civile*, Giuffré, Milano, I.
- Menchini S. (2009), *Commento all'art. 91*, in *Aa.Vv.*, *La riforma della giustizia civile*, Utet, Torino, 23 ss.
- Nappi P. (2009), *Commento all'art. 91*, in Consolo C. (diretto da), *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009*, Ipsoa, Milano, 27 ss.
- Parisi A. (2015), *Gli atti introduttivi e l'udienza ex art. 420 c.p.c.*, in Tiscini R. (a cura di), *Il processo del lavoro quarant'anni dopo. Bilanci e prospettive*, Jovene, Napoli, 150 ss.
- Passanante L. (2010), *Commento all'art. 91*, in Taruffo M. (diretto da), *Il processo civile riformato*, Zanichelli, Bologna, 227 ss.

- Porreca P. (2010), *La riforma dell'art. 96 c.p.c. e la disciplina delle spese processuali nella l. n. 69 del 2009*, in *Giurisprudenza di merito*, 1836 ss.
- Ricci G.F. (2009), *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Giappichelli, Torino.
- Sassani B. (2019), *Lineamenti del processo civile italiano*, Giuffr , Milano.
- Scarselli G. (2010), *Le modifiche in tema di spese*, in *FI*, V, 261 ss.
- Tesoriere G. (2012), *Diritto processuale del lavoro*, ed. VI, Cedam, Padova.
- Tiscini R. (2010), *Vantaggi e svantaggi della nuova mediazione finalizzata alla conciliazione: accordo e sentenza a confronto*, in *GC*, 489 ss.
- Trisorio Liuzzi G. (2001), *La conciliazione obbligatoria e l'arbitrato nelle controversie di lavoro privato*, in *Rivista di diritto processuale*, 948 ss.
- Trisorio Liuzzi G. (2018), *La Corte costituzionale e la compensazione delle spese*, in *Giusto processo civile*, 457 ss.
- Vaccari M. (2011), *La proposta conciliativa nella nuova disciplina delle spese di lite*, in *NGCC*, 612 ss.
- Vullo E. (2015), *Il nuovo processo del lavoro*, Zanichelli, Bologna.

Giuseppe Trisorio Liuzzi
*Professore ordinario di Diritto processuale civile
presso l'Universit  di Bari «Aldo Moro»*

SICUREZZA SOCIALE

CASSAZIONE, 4.7.2019, n. 18004 – Pres. Manna, Est. Calafiore, P.M. Celeste (diff.) – Inps (avv.ti Sgroi, Maritato, De Rose, D'Aloisio) c. Centro servizi socio-assistenziali e sanitari di Vigone (avv.ti D'Onofrio, Bonino).
Cassa Corte d'Appello di Torino, 16.3.2015.

Appalto – Responsabilità solidale – Crediti contributivi Inps – Decadenza – Ambito di applicazione.

Il termine di decadenza di due anni dalla cessazione dell'appalto, previsto dall'art. 29, c. 2, d.lgs. n. 276/2003, per far valere la responsabilità solidale del committente non è applicabile all'azione promossa dagli enti previdenziali al fine di recuperare i propri crediti di natura contributiva, alla quale si applica, invece, la disciplina di carattere generale e, quindi, l'ordinario termine prescrizione quinquennale. (1)

(1) INAPPLICABILITÀ AGLI ENTI PREVIDENZIALI DEL TERMINE DI DECADENZA
EX ART. 29, COMMA 2, D.LGS. N. 276/2003

1. — Nella pronuncia in esame, la Corte di Cassazione, con un orientamento per molti versi innovativo, sostiene l'inapplicabilità agli istituti previdenziali del termine decadenziale di due anni, previsto dall'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, per l'esperimento dell'azione nei confronti del committente di un appalto per il recupero dei crediti di natura previdenziale.

Secondo la Suprema Corte, infatti, tale termine sarebbe applicabile esclusivamente all'azione giudiziaria proposta dal lavoratore per la rivendicazione dei suoi crediti di natura retributiva, mentre la pretesa dell'Inps resterebbe soggetta al solo termine di prescrizione quinquennale, in ragione della profonda diversità delle due azioni.

Tale principio di diritto è stato, peraltro, ribadito dalla medesima Suprema Corte a distanza di pochissimi mesi (e seguendo il medesimo *iter* motivazionale), per cui l'orientamento, salvo ulteriori inattesi ripensamenti, pare essere oramai consolidato (Vd. Cass. 4.9.2019, n. 22110, in *LG*, 2019, n. 11, 1004 ss., con nota di Santoro.

Sulla necessità di considerare ormai consolidato l'orientamento, vd. anche Avanzi 2019, 3).

L'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, è stato oggetto, nel corso del tempo, di continue modifiche e reiterati interventi legislativi che, lungi dal favorirne una interpretazione uniforme, hanno comportato l'insorgere di molteplici difficoltà di carattere interpretativo: prima fra tutte, l'individuazione della corretta disciplina applicabile *ratione temporis* al singolo caso di specie (Per una più completa ricostruzione della questione, vd. Colosimo 2017).

Trattasi, purtuttavia, di una disposizione evidentemente animata, sin dalla sua introduzione, dalla nobile finalità di evitare che, attraverso la sempre maggiore esternalizzazione delle attività produttive, si possa verificare una dispersione dei centri di imputazione delle responsabilità che renda più difficoltosa, quando non addirittura impossibile, la concreta realizzazione dei diritti dei lavoratori e il soddisfacimento dei correlati crediti degli enti previdenziali (Gulino 2016, 2273).

Questo apprezzabile scopo viene perseguito mediante il concreto ampliamento della platea dei soggetti tenuti a garantire in solido la soddisfazione di tali diritti, con l'intento, altresì, di stimolare i committenti a ricercare *partner* più affidabili per non finire coinvolti nelle rivendicazioni dei lavoratori utilizzati nell'appalto. L'istituzione di un vincolo di solidarietà di tal genere ha trovato accesso e favore anche a livello comunitario, laddove si è, tuttavia, sottolineata l'importanza del contemperamento tra la soddisfazione dei diritti dei lavoratori e la necessità di non comprimere eccessivamente la libertà di iniziativa economica privata (C. Giust. 12.10.2004, C-60/03, *Wolff-Muller c. Pereira Felix*, in www.curia.europa.eu. Sulla coerenza del sistema con i principi comunitari, si rinvia a Gulino 2016, 2274).

La specifica fattispecie oggetto di esame da parte della Suprema Corte trae le mosse dalla pronuncia del 16.3.2015 della Corte d'Appello di Torino, con cui quest'ultima aveva respinto l'appello proposto dall'Inps, confermando la sentenza di prime cure emessa dal Tribunale di Pinerolo. La sentenza di primo grado aveva, infatti, accolto il ricorso di una società avverso il verbale di accertamento dell'Istituto previdenziale, che ne aveva fatto valere la responsabilità solidale per debiti contributivi ascrivibili alla società cooperativa cui la ricorrente aveva affidato in appalto alcuni servizi. La Corte territoriale aveva ritenuto l'inefficacia del verbale di accertamento per violazione del termine previsto dall'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, sul presupposto, peraltro, che il suo decorso potesse essere interrotto solo con l'esercizio dell'azione giudiziale.

Avverso tale sentenza proponeva ricorso per Cassazione l'Istituto previdenziale, sostenendo, in primo luogo, l'inapplicabilità del termine decadenziale agli enti previdenziali e, in secondo luogo, comunque il mancato verificarsi della decadenza per l'essere quest'ultima suscettibile di essere interrotta anche da atti di natura stragiudiziale.

La Corte di Cassazione, sulla scorta di una serie di considerazioni che di seguito si andranno a esaminare, ha ritenuto fondato il primo motivo di ricorso e assorbito il secondo.

Punto di partenza del ragionamento della Corte è proprio la considerazione secondo cui l'art. 29, comma 2, nello stabilire un peculiare vincolo di solidarietà tra committente e appaltatore, assolve a una fondamentale funzione di garanzia dei diritti di natura retributiva e contributiva dei lavoratori coinvolti in un contratto di appalto, onerando l'imprenditore che scelga di avvalersi di tale tipologia contrattuale di un ri-

schio economico ulteriore rispetto a quelli previsti dalla legge a suo carico in relazione ai suoi dipendenti (Su questo specifico punto vd., in dottrina, Santoro 2019, 1006). Nell'interpretare i contenuti concreti di questa obbligazione, la Corte richiama quella giurisprudenza di legittimità che aveva già precisato che devono intendersi ricompresi tutti i trattamenti di natura strettamente retributiva (Ivi compresi quelli relativi a mensilità aggiuntive, superminimi, compensi per lavoro straordinario e quote di trattamento di fine rapporto. Vd., sul punto, Cass. 30.10.2018, n. 27678, in *Ced Cassazione*, 2018), restando invece escluse le somme liquidate, ad esempio, a titolo meramente risarcitorio (Per una completa disamina giurisprudenziale su tutti i crediti ricompresi e su quelli esclusi, vd. Gulino 2016, 2279). Essa ricomprende, inoltre, per espressa previsione normativa, anche i crediti di natura contributiva dei lavoratori coinvolti, pur se ovviamente destinati a essere versati in favore degli enti previdenziali (A questo riguardo, vi è chi ha sottolineato l'imprecisione terminologica insita nella formulazione letterale della legge, che parla testualmente di corresponsione «ai lavoratori» dei «trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché [de]i contributi assistenziali e premi assicurativi»: vd. Sgroi 2008, 13, nonché Santoro 2019, 1007).

Ulteriore precisazione riguarda la necessaria riferibilità di tali crediti al periodo di appalto, con esclusione di quelli sorti, invece, in periodi differenti. Anche il termine di decadenza decorrerà dalla data di cessazione dell'appalto, restando invece irrilevante la data di cessazione del singolo rapporto lavorativo (Sul punto vd., *amplius*, Mimmo 2015).

Il termine previsto dalla disposizione in esame ha natura decadenziale per l'esercizio dell'azione giudiziale in relazione ai crediti oggetto di garanzia (Sul punto vd. anche Cass. 18.7.2017, n. 17725, in *Ced Cassazione*, 2017).

Profili di maggiore problematicità interpretativa emergono, invece, secondo la Corte, con riguardo all'individuazione della corretta disciplina applicabile all'obbligazione di carattere contributivo del committente, riassumendosi nell'alternativa tra due opzioni esegetiche contrapposte: la prima, secondo cui essa sarebbe totalmente conformata all'azione riconosciuta al lavoratore per i crediti retributivi, e pertanto soggetta al medesimo termine di decadenza; la seconda, che invece, proprio in ragione della profonda diversità insita nella natura stessa delle due obbligazioni, vorrebbe l'obbligazione contributiva soggetta alle sole regole sue proprie, e dunque sottratta all'operatività del termine di decadenza biennale.

La profonda dicotomia tra queste due differenti alternative interpretative, del resto, era già emersa ampiamente nella giurisprudenza di merito, nell'ambito della quale si era già confrontata, nel tempo, l'opinione di chi aveva ritenuto l'applicabilità del termine decadenziale a entrambe le azioni (Vd.: T. Milano 31.8.2012, n. 3668, in *Pluris*; C. App. Milano n. 343/2015, in *GL*, 2015, n. 37, 26 ss., con nota di Scaramella; C. App. Milano 16.1.2018, n. 2020, in *www.lavorosi.it*. Questa stessa tesi era stata appoggiata addirittura a livello ministeriale: vd. circolare del ministero del Lavoro 11.2.2011, n. 5. Altre pronunce, seguendo una linea per così dire intermedia, ne avevano invece limitato l'ambito di operatività esclusivamente all'azione nei confronti dei committenti: vd., ad es., T. Torino 18.10.2010, in *Pluris*) con quella che ne aveva ritenuto l'applicabilità ai soli crediti di natura retributiva (T. Forlì 18.2.2011, in *Pluris*; T. Forlì 11.11.2011, in *RGL*, 2013, II, 124 ss.; T. Forlì 18.2.2011, in *Pluris*; T.

Firenze 20.3.2015, in *Pluris*; C. App. Bologna 1.4.2016, in *Pluris*; T. Bologna 21.12.2015, in *Pluris*). Quest'ultima opinione, peraltro, era già stata condivisa da alcuni commentatori (Gulino 2016, 2280, Rivero 2014, 869; per una esauriente ricostruzione della giurisprudenza di merito, vd. anche Imbriaci 2019, 95).

La Suprema Corte, chiamata a sciogliere il contrasto interpretativo, ritiene preferibile la seconda opzione, sulla scorta di una serie di considerazioni. In primo luogo, in ragione della profonda diversità e autonomia delle due obbligazioni (retributiva e contributiva), già ampiamente riconosciuta e consacrata in diverse precedenti pronunce di legittimità (Vd.: Cass. 16.3.2004, n. 5353, in *Ced Cassazione*, 2004, Cass. 24.10.2003, n. 15979, in *MGL*, 2004, n. 6, 136 ss., Cass. 29.4.2003, n. 6673, in *MGL*, 2003, 695 ss., Cass. 21.5.2019, n. 13650, in *LG*, 2019, n. 8-9, 843 ss.). Le due obbligazioni, pur essendo in rapporto di connessione reciproca, hanno, infatti, natura e scopi ben distinti (Vd. anche Imbriaci 2019, 96), essendo la seconda diretta a soddisfare un interesse di natura prettamente pubblicistica quale quello del finanziamento del sistema previdenziale (Imbriaci 2019, 96). Da tale diversità, secondo la Corte, non può che discendere l'inaccettabilità di una qualsiasi interpretazione che possa comportare la possibilità che al pagamento della retribuzione (ottenuta mediante tempestiva attivazione in giudizio del lavoratore interessato) non corrisponda alcun versamento contributivo (semplicemente perché, invece, l'ente previdenziale abbia omesso di attivarsi nel rispetto del breve termine decadenziale): questa eventualità creerebbe, infatti, un *vulnus* nel sistema di finanziamento della previdenza pubblica, producendo un risultato del tutto irragionevole e contrario alle caratteristiche tipiche dell'obbligazione contributiva (Vd. Avanzi 2019, 3).

Si tratta, in altre parole, di una delle molteplici applicazioni del principio superiore di conservazione dell'intero sistema previdenziale. Ciò, probabilmente, anche in considerazione delle estreme difficoltà che l'Istituto incontra quotidianamente nell'accertamento della stessa esistenza, durata, gestione e cessazione dei contratti di appalto (di cui può venire a conoscenza solo in caso di accertamenti ispettivi) (Vd., sul punto, Imbriaci 2019, 97). Se così non fosse, del resto, si rischierebbe di mandare in cortocircuito l'intero sistema previdenziale, producendo un effetto addirittura opposto rispetto a quello che l'art. 29, comma 2, pur con qualche imprecisione letterale che ha prestato il fianco a interpretazioni differenti, intendeva perseguire e rafforzare. La Cassazione, piuttosto che prediligere il significato letterale della norma, attribuisce maggior rilievo a una interpretazione teleologicamente orientata che tiene conto dello scopo sotteso all'introduzione di una siffatta disposizione legislativa (Vd. Avanzi 2019, 3). L'effetto immediato è l'eliminazione di uno dei maggiori ostacoli che, sino a oggi, hanno caratterizzato l'effettiva applicazione del regime di responsabilità solidale nei confronti del committente per i crediti di natura contributiva, negando la funzione «educativa» che la norma si proponeva di perseguire (Imbriaci 2019, 96). L'adesione a una interpretazione restrittiva sulle facoltà di recupero degli enti previdenziali, del resto, proprio in considerazione della valevole *ratio legis* che il legislatore intende perseguire con la norma in esame, avrebbe finito per incentivare forme di irregolarità nei processi di *outsourcing* (Vd. Avanzi 2019, 3) e di *dumping* sociale, in un contesto economico che tende ormai sempre di più alla delocalizzazione dell'impresa al fine di conseguire livelli di competitività sul mercato e di contenimento dei costi sempre maggiori (Vd. Gulino 2016, 2273), spesso, però, a discapito dei diritti fondamentali dei lavoratori.

Un tale indirizzo esegetico, come ricorda la stessa pronuncia in commento, appare, del resto, pienamente conforme a quello già affermato in relazione alla precedente disposizione contenuta nell'art. 4, l. n. 1369 del 1960, nei cui confronti si era già ritenuto che l'operatività del termine decadenziale (originariamente di un anno) fosse limitata ai soli diritti suscettibili di essere azionati direttamente dai lavoratori, mentre quelli di soggetti terzi (quali, appunto, gli enti previdenziali) dovevano ritenersene esclusi, rimanendo sottoposti al solo termine prescrizione quinquennale (Vd., in proposito, la giurisprudenza già formata sull'argomento: Cass. 16.7.2018, n. 18809, in *Ced Cassazione*, 2018; Cass. 20.3.2014, n. 6532, in *Ced Cassazione*, 2014; Cass. 17.1.2007, n. 996, in *LG*, 2007, 571 ss., con nota di Barraco; è un indirizzo giurisprudenziale, peraltro, già condiviso autorevolmente da Rivero 2014, 869).

Riferimenti bibliografici

- Avanzi F. (2019), *Esternalizzazioni e tutela contributiva. La Cassazione a sostegno del «sistema» Inps*, in *Bollettino Adapt*, n. 3.
- Barraco E. (2007), *Appalti, riscossione dei contributi previdenziali e termine di decadenza: revirement salva-Inps della Cassazione*, in *LG*, n. 6, 571 ss.
- Colosimo C. (2017), *Appunti sulla inarrestabile metamorfosi della responsabilità solidale negli appalti*, in *Lavoro Diritti Europa – Rivista Nuova di Diritto del Lavoro*, n. 1.
- Gulino E. (2016), *Il regime della responsabilità solidale nell'appalto*, in *GI*, n. 10, 2273 ss.
- Imbriaci S. (2019), *Solidarietà contributiva nell'appalto, i recenti interventi della Cassazione*, in *GLav.*, n. 30, 93 ss.
- Mimmo G. (2015), *La decadenza dall'azione del lavoratore contro il committente, ai sensi dell'art. 29, secondo comma, del d.lgs. n. 276/2003*, in *giustiziacivile.com*, 15 gennaio.
- Rivero R. (2014), *Appalti, processo e azioni (l'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003)*, in *LG*, n. 10, 853 ss.
- Santoro C. (2019), *L'obbligazione solidale dell'appaltante verso gli Istituti previdenziali*, in *LG*, n. 11, 1004 ss.
- Scaramella R. (2015), *Appalto, responsabilità solidale e termini di decadenza*, in *GLav.*, n. 37, 26 ss.
- SgROI A. (2008), *Obbligazione contributiva e responsabilità solidale*, *Adapt Working Paper*, n. 58, 13 ss.

Adriana Stolfa
Avvocata giuslavorista del Foro di Trani
Master in Gestione del lavoro e delle relazioni sindacali
presso l'Università di Bari «Aldo Moro»
Cultrice di Diritto del lavoro
presso l'Università di Bari «Aldo Moro»

CASSAZIONE, 8.3.2019, n. 6870 – Pres. Manna, Est. Rivero, P.M. Visonà (conf.) – Inps (avv.ti Coretti, Triolo, Stumpo) c. T.B. (avv.ti Assennato, Pucci).
Conf. Corte d'Appello di Brescia, 23.11.2012.

Assegno per il nucleo familiare – Somministrazione di lavoro a tempo indeterminato – Indennità di disponibilità – Art. 38 Cost.

I lavoratori somministrati a tempo indeterminato hanno diritto al riconoscimento degli assegni per il nucleo familiare anche nella fase di disponibilità. Tale riconoscimento risponde alle caratteristiche peculiari del lavoro somministrato a tempo indeterminato e alla ratio dell'istituto degli assegni per il nucleo familiare, nonché all'interpretazione sistematica ed evolutiva delle norme sugli assegni familiari coniate sul tradizionale modello del lavoro dipendente. (1)

(1) L'ESTENSIONE GIURISPRUDENZIALE AI SOMMINISTRATI
A TEMPO INDETERMINATO (IN DISPONIBILITÀ)
DEGLI ASSEGNI PER IL NUCLEO FAMILIARE

1. — La pronuncia della Suprema Corte si segnala in quanto determina l'estensione del diritto agli assegni per il nucleo familiare (di seguito, Anf) ai lavoratori somministrati a tempo indeterminato nelle fasi di disponibilità. Le argomentazioni, fornite con pregevole tecnica interpretativa dalla Cassazione, meritano di essere ripercorse e analizzate, anche in quanto foriere di spunti utili a ricostruire i caratteri del sistema normativo di previdenza sociale a sostegno delle necessità familiari in favore della generalità dei lavoratori atipici.

La sentenza in commento conferma l'orientamento innovativo della giurisprudenza di merito (C. App. Brescia 23.11.2012, n. 557), che aveva ritenuto di estendere la provvidenza economica a sostegno del reddito familiare dei lavoratori, prevista dalla l. n. 153/1988 (di conversione e parzialmente modificativa del d.l. n. 69/1988), anche nei periodi in cui i lavoratori somministrati sono in attesa di missione, in considerazione della sussistenza, nei periodi di disponibilità, del sinallagma funzionale tra lavoratore e datore di lavoro.

Il contenzioso è nato a seguito del diniego dell'Istituto previdenziale sulla scorta, da un lato, dell'art. 22 del d.lgs. n. 276/2003, che esclude l'indennità di disponibilità dal computo di ogni istituto di legge e di contratto collettivo, e, dall'altro, delle regole proprie della prestazione previdenziale in oggetto, che, salvo i casi eccezionali espressamente previsti dalla legge, presuppone lo svolgimento della prestazione lavorativa e conseguentemente la spettanza della retribuzione.

La necessità di intraprendere la via giurisprudenziale rinvia dal fatto che la disciplina della provvidenza in questione è precedente alle riforme del mercato del lavoro, che hanno posto il problema della compatibilità delle nozioni di «lavoratori dipendenti» (Di cui all'art. 1, comma 2, d.l. n. 69/1988) e di «lavoro retribuito alle dipen-

denze di altri» (*Ex art. 1, d.P.R. n. 797/1955*) con la condizione in cui versano i lavoratori nelle fasi di non lavoro e in attesa di una chiamata, come può accadere nell'ipotesi della somministrazione a tempo indeterminato.

La legislazione sociale approvata prima della stagione della flessibilità, infatti, è stata informata sul modello del lavoratore subordinato tradizionale, che esegue prestazioni continuative e a cadenza giornaliera, e mal si attaglia alle diverse forme contrattuali previste nella stagione della flessibilità.

In particolare, l'Inps, nello sbrogliare l'intreccio normativo che si era creato, ha fornito una lettura interpretativa estremamente restrittiva (Cfr. circolare n. 41 del 13.3.2006), tesa a negare il diritto agli Anf per la somministrazione a tempo indeterminato e per il lavoro intermittente, in presunta armonia con quanto avviene per la generalità dei lavoratori, ai quali l'Anf spetta «in presenza di effettiva prestazione lavorativa, ovvero per le situazioni disciplinate dalla legge (malattia, maternità, ferie, disoccupazione indennizzata ecc.)».

A fronte di tale opzione ermeneutica, ci si è chiesti, dunque, se nel periodo di non lavoro il rapporto funzionale tra agenzia e lavoratore resti o meno in vita, potendosi ancora rinvenire un nesso di subordinazione seppure in assenza della materiale prestazione di lavoro (Sulla questione, vd. Alessi 2011).

A questo interrogativo la Cassazione risponde affermando, condivisibilmente, che la messa a disposizione delle energie psico-fisiche contraddistingue anche la fase di attesa, sicché vi è continuità giuridica del rapporto di lavoro pur in presenza di una discontinuità della prestazione.

Del resto, che il legame funzionale non venga meno nella fase di reperibilità lo aveva già affermato la dottrina (Ciucciovino 2004, 82), aggiungendo che l'erogazione della predetta indennità costituisce un corrispettivo della disponibilità resa dal lavoratore nei periodi di intervallo ed è assoggettata a prelievo contributivo (Vd., sul punto, Zappalà 2007, 345); il che conferma la speciale natura retributiva dell'emolumento in questione (Ciucciovino 2004, 82; ma già durante la vigenza della l. n. 196/1997, tra gli altri, Lecce, Pinto 1998, 54).

La Cassazione aderisce *apertis verbis* alla tesi della natura retributiva dell'indennità di disponibilità (Negli stessi termini, a proposito del calcolo ai fini dell'indennità risarcitoria *ex art. 18 St. lav.*, vd. Cass. 8.1.2019, n. 181, in *RIDL*, 2019, n. 1, II, 32 ss., con nota di Luciani), in quanto corrispettivo della messa a disposizione del lavoratore, per un periodo non indennizzabile con prestazioni di disoccupazione, ma ritenuto utile ai fini della maturazione dei requisiti contributivi per le misure di sostegno al reddito in caso di cessazione del rapporto di somministrazione. La natura retributiva dell'indennità in discorso viene affermata, attraverso un ragionamento inverso a quello prospettato dall'Inps, anche dall'esclusione, riveniente dall'art. 22, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, «dal computo di ogni istituto di legge e di contratto collettivo». Tale circostanza, infatti, non fa altro che confermare – secondo la prospettazione in esame – che l'indennità è destinata per sua natura a essere ricompresa nella base di computo degli emolumenti retributivi, salva la specifica previsione legislativa che si riferisce, però, agli istituti retributivi derivanti dalla legge e dal contratto collettivo, e non alle prestazioni previdenziali.

La permanenza del sinallagma funzionale nella fase di disponibilità viene poi rilevata anche da un ulteriore dato: il lavoratore, nelle fasi di attesa, non solo mantiene il

diritto al supporto economico e alle tutele in caso di cessazione involontaria del rapporto di lavoro, ma può contare *medio tempore* su un datore di lavoro professionalmente dedicato a operare nel mercato del lavoro e direttamente interessato alla sua riqualificazione professionale, sia con risorse proprie sia con il supporto del fondo di comparto.

La Cassazione rileva che in tale periodo di *vacatio* il lavoratore continua a essere soggetto agli obblighi di fedeltà e di non concorrenza, mentre assicura la propria reperibilità e disponibilità ai fini dell'inizio tempestivo di una nuova missione: ciò comporta l'obbligo di non accedere ad altri contratti di lavoro e di non impegnarsi in attività che possano ritardare l'immediata presa di servizio presso l'utilizzatore indicato dall'agenzia.

Agli stessi obblighi corrispondono, pertanto, nella visione della Corte, le stesse garanzie e le stesse tutele riconosciute agli altri lavoratori a tempo indeterminato, salve le deroghe espressamente previste dalla legge.

Tale principio di parità di trattamento con i lavoratori a tempo indeterminato vale anche per l'indennità di disponibilità, la quale, in quanto avente natura retributiva, dev'essere necessariamente conforme ai criteri di proporzionalità e sufficienza di cui all'art. 36 Cost., «anche in relazione alla dimensione familiare del lavoratore».

Dall'esigenza di evitare inammissibili disparità nel trattamento di questi lavoratori atipici la Corte fa discendere un'interpretazione estensiva del dettato dell'art. 1, d.P.R. n. 797/1955: diversamente opinando, infatti, la locuzione «lavoratori che prestano lavoro retribuito alle dipendenze di altri», che delinea i soggetti beneficiari della prestazione, potrebbe determinare l'esclusione anche dei somministrati nel periodo di utilizzazione, a causa dell'assenza del requisito della prestazione a favore del datore.

Risulta di particolare interesse, inoltre, che la Cassazione abbia affrontato il *busillis* della distanza tra il modello tradizionale del lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato e la fattispecie in questione, individuando casi analoghi e casi, invece, per nulla assimilabili a quello di specie. Partendo da questi ultimi, va evidenziato che la Cassazione (Diversamente dall'Inps, che aveva fondato le proprie difese sul precedente costituito da Cass. 27.3.2004, n. 6155, in *MGC*, 2004, 3) non ravvisa alcuna analogia tra il periodo di non lavoro nella somministrazione a tempo indeterminato e quello che intercorre tra la sospensione dell'attività produttiva per insolvenza del datore e la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore: in questo caso, infatti, il sinallagma negoziale non sussiste, così come non sorge il diritto alla retribuzione.

Analogia che, invece, viene rinvenuta tra la condizione giuridica dei somministrati a tempo indeterminato e quella dei lavoratori marittimi in regime di continuità (di seguito, Crl), a cui l'Inps riconosce gli Anf anche per i periodi retribuiti di «riposo a terra» (Vd. circolare Inps n. 6242 del 18.11.1982, confermata dalla circolare n. 110 del 17.4.1992).

Tra le due ipotesi, infatti, vi sono diversi punti in comune: anche i lavoratori in Crl hanno l'obbligo di accettazione della chiamata d'imbarco (Art. 75, Ccnl marittimi del 2015), ma in difetto di chiamata entrano in un periodo detto, appunto, di disponibilità retribuita (Art. 76, Ccnl marittimi del 2015), durante il quale percepiscono un assegno giornaliero inferiore al minimo contrattuale.

Le ipotesi della somministrazione a tempo indeterminato e del lavoro intermittente con obbligo di risposta e dei lavoratori marittimi in Crl sono, dunque, equiparabili

dal punto di vista sia della messa a disposizione delle energie lavorative, e della conseguente permanenza del legame funzionale, sia della fruizione di un'indennità di disponibilità di natura retributiva. Sussistono, dunque, entrambi gli elementi individuati dalla giurisprudenza per l'erogazione degli Anf (Vd. la già citata Cass. n. 6155/2004; sul principio di effettività della prestazione ai fini della spettanza degli Anf, declinato specificamente sul settore agricolo, vd. Cass. 4.7.2008, n. 18490, in *MGC*, 2008, n. 7-8, 1094 ss., e Cass. 17.4.2014, n. 8973, in *MGC*, 2014).

Se ne deduce, dunque, che la Cassazione ha ritenuto di non poter avallare la disparità di trattamento che l'Inps aveva immotivatamente riservato a queste differenti tipologie di lavori, anche in ragione dello specifico fondamento costituzionale dell'istituto degli Anf.

La matrice costituzionale della provvidenza in questione va ricercata, infatti, nel combinato disposto degli articoli 31, 36 e 38 Cost.

A questo riguardo, la sentenza in commento rileva che, sebbene l'art. 38 non faccia menzione della famiglia come destinataria delle tutele ivi previste, la sua inclusione può essere desunta dal riferimento contenuto (a proposito di retribuzione sufficiente) nell'art. 36.

Sul punto, invero, la pronuncia sembra essere contraddittoria, in quanto, per un verso, riconosce la natura prettamente assistenziale dell'istituto in seguito alla riforma del 1988, per un altro, riconosce l'esistenza di una *ratio* protettiva previdenziale all'origine della prestazione e, per un altro ancora, ne rinviene il fondamento nel principio di sufficienza della retribuzione.

In realtà, non appare condivisibile la classificazione nella categoria della «assistenza» di una provvidenza – come quella in discussione – che ha modalità di finanziamento e di erogazione simili a quelle delle altre forme di tutela previdenziale (Così Persiani, D'Onghia 2018, 307; vd., in termini, in giurisprudenza, Cass. n. 6155/2004, cit.), seppure con l'accentuazione, a partire dal 1988, del carattere redistributivo del reddito secondo il bisogno, alla stregua dei moderni sistemi previdenziali (Vd., in tal senso, Persiani, D'Onghia 2018, 308). Chiaro esempio di un certo disordine terminologico in cui incorre la Suprema Corte è l'ulteriore ripetersi nel qualificare «assistenziale» la prestazione in oggetto, anche laddove rileva che l'ordinamento subirebbe una distorsione qualora si sottoponesse l'indennità di disponibilità a obblighi contributivi, negando però le prestazioni («assistenziali»), secondo la Corte, ma più correttamente da definirsi «previdenziali») finanziate, secondo il classico meccanismo mutualistico-assicurativo, da detta contribuzione.

D'altro canto, però, la contraddizione è solo apparente, atteso che la natura giuridica degli Anf è sempre stata controversa, data la sua genesi: nata, nel periodo corporativo, con una funzione prettamente retributiva (in quanto correlata all'integrazione del salario degli operai dell'industria a compensazione della riduzione dell'orario di lavoro), successivamente ne ha acquistata una più chiaramente previdenziale. Non a caso, a proposito del riferimento alla famiglia nell'art. 36 Cost., se ne è rilevato (Magnani 2012, 6) lo scarso impatto nel dibattito dottrinale e nell'applicazione giurisprudenziale, ed è stato riconosciuto che il principio della sufficienza retributiva non ha implicato una determinazione del salario in base alle esigenze dei singoli nuclei familiari, ma si è concretizzato proprio soltanto nell'istituto degli assegni familiari.

Il merito della sentenza in commento è non solo quello di garantire un'estensione di diritti fondamentali alla (invero ristretta) platea dei somministrati a tempo indeterminato e, indirettamente, ai lavoratori intermittenti con obbligo di risposta, ma anche di stimolare un rinnovato dibattito sulla parità di trattamento previdenziale per tutti i lavoratori, quale che sia la tipologia contrattuale, considerata la persistenza nel mercato del lavoro di rapporti atipici, anch'essi strutturati in fasi di lavoro e di non lavoro, ma ai quali le prestazioni previdenziali vengono radicalmente ridotte, se non addirittura negate.

Ci si riferisce in modo specifico ai lavoratori assunti con contratti *part-time* verticale, i quali, nei periodi in cui non viene effettivamente prestata l'attività lavorativa, rimangono sguarniti sia della retribuzione che delle tutele previdenziali (Sull'indennità di disoccupazione, vd. Cass. 6.2.2003, n. 1732, S.U., in *MGL*, 2003, 271 ss., con nota di Niccolai; sull'indennità di malattia, vd. Cass. 18.8.2003, n. 12087, in *MGC*, 2003, n. 7-8).

È agevole notare, a questo proposito, che nel *part-time* di tipo verticale si rinviene solo uno dei criteri elaborati in giurisprudenza per l'erogazione degli Anf. Invero, nei periodi di non lavoro (soprattutto in presenza di clausole elastiche, ma non solo, come dimostra la negazione del diritto all'indennità di disoccupazione), non può non riconoscersi l'esistenza di un legame funzionale conseguente alla messa a disposizione delle energie lavorative. Ciò che manca, invece, è il requisito della fruizione di un'indennità di disponibilità di natura retributiva, con l'effetto paradossale che all'assenza di tutela retributiva consegue anche la negazione della specifica tutela previdenziale.

La disciplina rivela qui tutta la sua contraddittorietà: da un lato, riconosce il diritto all'accredito contributivo nei periodi di non lavoro (Sia pure attraverso il principio del riproporzionamento dei contributi versati ai fini pensionistici; cfr.: Cass. 3.12.2015, n. 24647, sulla scorta di C. Giust. 10.6.2010, C-395-396/08, *Bruno et al.*, in *RCDL*, 2010, n. 4, 974 ss., con nota di Alessi; Cass. 10.11.2016, n. 22936, in *GD*, 2016, n. 49-50, 71 ss.; C. Giust. 9.11.2017, C-98/15, *Espadas Recio*); dall'altro lato, per gli stessi periodi, non attribuisce prestazioni previdenziali.

Il consolidato orientamento delle Corti superiori non sembra tuttavia superabile, a meno che non voglia ipotizzarsi una diretta applicazione del principio di parità di trattamento nell'erogazione delle prestazioni di sicurezza sociale, contenuto nel Regolamento Ce n. 883/2004. In realtà, in un caso non dissimile, la Corte di Giustizia lo ha escluso, a causa della natura prettamente retributiva degli assegni familiari nell'ordinamento austriaco (Il riferimento è a C. Giust. 5.11.2014, C-476/12, *Österreichischer Gewerkschaftsbund c. Verband Österreichischer Banken und Bankiers*, in *RDSS*, 2015, n. 1, con nota di Tricomi), ma la questione potrebbe riproporsi per l'ordinamento interno, in cui non è in dubbio la ricomprensione della provvidenza in questione tra le prestazioni di sicurezza sociale soggette al Regolamento Ce. Desta, invece, più di una perplessità l'applicabilità del principio del *pro rata temporis* solo al *part-time* verticale e non al *part-time* orizzontale (Cfr. art. 9, comma 2, d.lgs. n. 61/2000, che riconosce gli Anf a prestazioni di almeno ventiquattro ore settimanali).

Riferimenti bibliografici

- Alessi C. (2011), *Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 123, 1 ss.
- Ciucciiovino S. (2004), *La disciplina dei rapporti di lavoro*, in Carinci M.T., Cester C. (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 81 ss.
- Leccese V., Pinto V. (1998), *Osservazioni in tema di lavoro temporaneo*, in Ghera E. (a cura di), *Occupazione e flessibilità*, I, Cacucci, Bari, 54 ss.
- Magnani M. (2012), *La famiglia nel diritto del lavoro*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 146, 1 ss.
- Persiani M., D'Onghia M. (2018), *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 307 ss.
- Zappalà L. (2007), *Disciplina dei rapporti di lavoro*, in De Luca Tamajo R., Santoro Passarelli G. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Cedam, Padova, 343 ss.

Claudio de Martino

Dottore di ricerca in Diritto del lavoro

TRIBUNALE TORINO, 24.1.2019 – Est. Salvatori – (*Omissis*) (avv.ti Ferrero, Bausardo) c. Inps (avv. Pellerino).

Indennità di disoccupazione – Nاسpi – Stato di disoccupazione – Requisito contributivo – Requisito lavorativo – Lavoro dei detenuti alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria – Tutela del lavoro – Liberazione dal bisogno – Finalità rieducativa della pena – Obbligo del lavoro per i condannati e gli internati – Diritto al lavoro – Perdita involontaria del lavoro penitenziario per scarcerazione.

Il detenuto che lavori alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria, ex art. 20, l. n. 354/1975, e che integri i requisiti contributivo (13 settimane di contribuzione nell'assicurazione contro la disoccupazione nei quattro anni precedenti l'inizio della disoccupazione) e lavorativo (30 giornate di lavoro effettivo nei 12 mesi che precedono l'inizio del periodo di disoccupazione), ha diritto alla Naspi nel caso di perdita involontaria dell'attività lavorativa per effetto di evento esterno alla propria sfera volitiva (ordine di scarcerazione per fine pena). (1)

(1) IL DIRITTO ALLA NASPI DEL LAVORATORE DETENUTO
ALLE DIPENDENZE DELL'AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA

SOMMARIO: 1. Il caso. — 2. Il «lavoro interno», ovvero il lavoro penitenziario alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria, nel prisma dei principi costituzionali. — 3. L'involontarietà della disoccupazione del lavoratore detenuto soggetto a turni di avvicendamento tra sospensione del rapporto e natura a termine del lavoro carcerario alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria. — 4. Estinzione del rapporto di lavoro penitenziario e disoccupazione involontaria. — 5. Osservazioni conclusive.

1. — *Il caso* — La decisione della Sezione lavoro del Tribunale di Torino prende le mosse da una vicenda lavorativa *sui generis*. Una persona attinta da misura privativa della libertà personale, detenuta presso la Casa circondariale di Voghera, presta attività lavorativa alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria per 485 giornate di effettivo lavoro, distribuite in 20 mesi e 80 settimane, con mansione di cuoco. Una volta giunto il «fine pena», il «detenuto lavoratore» (1) viene scarcerato, cessa il suo rap-

(1) Questa è la non divisibile locuzione utilizzata nella sentenza in commento, nonostante la stessa amministrazione penitenziaria abbia optato già da un po' per la più corretta denominazione di «lavoratore detenuto» (circolare del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria – di seguito, Dap – 31.3.2017, prot. n. 0112426). Sull'importanza della locuzione di «lavoratore detenuto» vd., in tempi non sospetti, Muci 1976, 122; *adde*: Lamonaca 2009, 80; *Id.* 2012, 77, nota 199; Caputo 2015.

porto di lavoro con l'amministrazione penitenziaria e, acquisito lo stato di disoccupazione, attestato dal Centro per l'impiego di Torino, presenta domanda di Napsi. L'Inps la respinge, motivando cripticamente che la prestazione non compete, trattandosi di «lavoro interno»; analogo esito negativo sortisce il ricorso al competente comitato provinciale, secondo cui l'indennità di disoccupazione spetta solo nel caso in cui la disoccupazione consegua a cessazione di lavoro alle dipendenze di soggetto diverso dall'amministrazione penitenziaria.

2. — *Il «lavoro interno», ovvero il lavoro penitenziario alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria, nel prisma dei principi costituzionali* — La valutazione delle conclusioni alle quali è pervenuta la sentenza in commento non può non essere preceduta dalla individuazione delle coordinate costituzionali all'interno delle quali si colloca il lavoro penitenziario. Quest'ultimo si contraddistingue per un polimorfismo logistico (*intramoenia vs extramoenia*), datoriale (amministrazione penitenziaria *vs* terzi), economico-settoriale (industriale, agricolo, artigianale, terziario anche avanzato) e organizzativo (lavorazioni penitenziarie *vs* servizi domestici) (2), a sua volta condizionato dal fatto che organizzazione e metodi «devono riflettere quelli del lavoro nella società libera al fine di far acquisire ai soggetti una preparazione professionale adeguata alle normali condizioni lavorative per agevolarne il reinserimento sociale» (3).

Dal punto di vista organizzativo, giova distinguere le lavorazioni penitenziarie dai servizi domestici (pulizia degli ambienti carcerari, manutenzione ordinaria del fabbricato, preparazione e distribuzione del vitto e dei beni del cd. sopravvitto per i ristretti, assistenza alla scrittura o ai detenuti temporaneamente o definitivamente inabili) (4). Questi ultimi servizi consistono in attività a bassa qualificazione professionale e dalla ridotta ricaduta risocializzante (5), che consentono all'utenza di ottenere un minimo reddituale per piccole spese quotidiane (6), ovvero garantire un minimo di rimesse (7) con l'effetto di conferire alle attività lavorative una connotazione marcatamente assistenziale (8).

Tali profili meramente fattuali non recidono il legame tra il lavoro penitenziario e il principio di tutela del lavoro «in tutte le sue forme e applicazioni», *ex art. 35*

(2) Su cui vd. Lamonaca 2010.

(3) Così l'art. 20, comma 3, l. n. 354/1975, nonché la regola n. 99, punto 1, delle Regole delle Nazioni Unite sugli standard minimi per il trattamento dei prigionieri del 17.12.2015 (cd. *Mandela Rules*).

(4) L'esecuzione dei servizi domestici da parte dei detenuti è stata da sempre associata a denominazioni infantilizzanti. Con circolare Dap 31.3.2017, prot. n. 0112426, l'amministrazione penitenziaria ha rinnovato le denominazioni delle qualifiche dei lavoratori detenuti e, per l'effetto, lo scopino, lo spesino, il porta vitto, il cuciniere e il piantone diventano rispettivamente addetto alle pulizie, addetto alla spesa detenuti, addetto alla distribuzione dei pasti, addetto alla cucina e *care-giver*.

(5) Così: Berardi 2017; Mosconi 2017; Kalica 2014, 209; Sarzotti 2019, par. 1; Lamonaca 2020.

(6) Vd. Ciccotti 1987.

(7) Sul punto, vd. Maeran *et al.* 2017, 156, ma anche la regola n. 103, delle «*Mandela Rules*».

(8) In tal senso, vd. ancora Berardi 2017, 25; Caputo 2017, 107.

Cost. (9), specie se si dovesse accedere alla tesi del carcere quale formazione sociale *sui generis* (10), e non a caso la decisione in commento richiama espressamente non solo gli artt. 35 e 38 Cost., ma anche l'art. 27 Cost. (11).

Quest'ultimo riferimento normativo testimonia la profonda interconnessione tra esecuzione penale e lavoro penitenziario, la cui disciplina, quanto meno fino alla miririforma del 2018 (12), ha visto il «ceto giuridico dei cd. penitenziaristi» (13) amministrare «la provincia del lavoro carcerario quasi per delega dei giuslavoristi, i quali peraltro non si sono certo fatti pregare» (14).

Per ovvie ragioni di diritto intertemporale, la decisione del Tribunale di Torino si innesta sulla disciplina del lavoro penitenziario precedente alla riforma operata dal d.lgs. 2.10.2018, n. 124, sulla l. n. 354/1975, recante l'Ordinamento penitenziario (di seguito, Op), il cui art. 15 sostanzialmente elevava (ed eleva tuttora) il lavoro a elemento fondamentale del trattamento (15), mentre il successivo art. 20 ne prevedeva l'obbligatorietà per i condannati (16), venuta meno proprio con la riforma del 2018.

Il mutato quadro giuridico non influisce, quindi, sulla decisione del giudice del lavoro torinese, il cui percorso argomentativo si fonda comunque su una interpretazione della normativa in tema di Naspi conforme ai citati principi costituzionali. Nella sentenza si lega in modo indissolubile la situazione di bisogno, determinata dalla perdita dell'occupazione e conseguente alla scarcerazione per fine pena, alla finalità rieducativa e risocializzante del lavoro penitenziario, grazie al quale sono stati versati all'Inps i contributi, che a loro volta consentirebbero al lavoratore detenuto di richiedere la prestazione di sostegno al reddito, sussistendone i requisiti contributivo (13 settimane di contribuzione per la disoccupazione nei quattro anni precedenti l'inizio dell'evento) e lavorativo (30 giornate di lavoro effettivo nei 12 mesi che precedono l'inizio dell'evento), previsti dal d.lgs. n. 22/2015.

La negazione della prestazione assicurativa contro la disoccupazione avverrebbe proprio nella fase più importante della vita dell'ex detenuto, e cioè quella *post* penitenziaria, caratterizzata da estrema fragilità, in relazione anche agli effetti della cd. prigionizzazione (17).

(9) Così: Pera 1971, 60; Grevi 1981, 33; Vitali 2001, 2 e 5; Lamonaca 2009, 80.

(10) Così Fassone 1980, 151 ss.

(11) Sul polimorfismo funzionale della pena, *ex multis*, vd. Barile 1984, 128; ancor prima Vassalli 1961, 297 ss.; sullo stesso tema, vd.: Pagliaro 1964, 327 ss.; Fassone 1980, 91-94.

(12) Su cui cfr. Lamonaca 2020.

(13) In questi termini, Romagnoli 1974, 205.

(14) Questa l'opinione espressa da Umberto Romagnoli al termine dell'intervento svolto al convegno «Carcere e società», tenutosi a Venezia il 9 e 10 febbraio 1974 e di cui dà conto Giordano (1974, spec. 332). L'acuta riflessione non è però testualmente rinvenibile in Romagnoli 1974.

(15) *Ex multis*, vd.: Erra 1951; Fassone 1981, 161; Vidiri 1986b, 50; Ciccotti, Pittau 1987, 53; Galli 1998; Lamonaca 2009. In giurisprudenza, qualificano il lavoro come valore centrale per il nostro sistema penitenziario Cass. 3.2.1989, n. 685, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, e C. cost. 22.5.2001, n. 158, in *FI*, 2001, I, 2139 ss. Quanto alla prassi, vd. circolare Dap 26.10.2006, prot. n. 0342122, e, da ultimo, circolare Dap 5.12.2018, prot. n. 0381497.U, recante le linee programmatiche del capo del Dap.

(16) In argomento, Lamonaca 2020.

(17) Su cui: Clemmer 1958; Piperno 1989.

Peraltro, la differente disciplina che per alcuni aspetti caratterizza il lavoro alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria, rispetto a quello svolto alle dipendenze di terzi, anche durante la vigenza della normativa antecedente al 2018, non rileva ai fini della sussistenza del diritto del lavoratore *in vinculis* alla Naspi, e non solo per la peculiare situazione che caratterizza la vicenda oggetto della decisione, cioè quella di un lavoratore detenuto che perde l'occupazione a causa della scarcerazione per fine pena (su cui vd. *infra*).

Infatti, rispetto al profilo giuridico su cui maggiormente insiste il giudice del lavoro di Torino, e cioè il legame tra la finalità risocializzante del lavoro penitenziario e l'ausilio alla sua realizzazione grazie all'erogazione della Naspi, appare decisamente più interessante e caratterizzata da valenza generale e oggettiva la circostanza relativa alla perdita dell'occupazione per scarcerazione o per altri eventi involontari che determinano l'estinzione del rapporto di lavoro con l'amministrazione penitenziaria, con conseguente involontaria perdita dell'occupazione (18).

3. — *L'involontarietà della disoccupazione del lavoratore detenuto soggetto a turni di avvicendamento tra sospensione del rapporto e natura a termine del lavoro carcerario alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria* — Come noto, l'art. 3, d.lgs. n. 22/2015, riconosce la Naspi ai lavoratori che abbiano perduto involontariamente la propria occupazione e che presentino congiuntamente i due requisiti innanzi richiamati, meno restrittivi rispetto a quelli introdotti nel 2012, per consentire ai lavoratori detenuti l'accesso al trattamento di disoccupazione (19). Resta sempre ferma la questione della sussistenza o meno della involontarietà della disoccupazione del lavoratore detenuto alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria sottoposto ad avvicendamento. A tal proposito, la sentenza in commento, in un importante *obiter dictum*, afferma che non intende mettere in discussione il principio secondo cui al lavoratore detenuto, soggetto a turni di avvicendamento, non compete alcuna indennità di disoccupazione per l'inattività cui è costretto tra un turno e l'altro, in quanto «connaturale» all'organizzazione del lavoro all'interno del carcere e non equiparabile a perdita involontaria dell'occupazione.

Invero, sull'involontarietà della disoccupazione del lavoratore detenuto soggetto a turni di avvicendamento si contrappongono due distinte posizioni. La prima, riconducibile a un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità e della prassi amministrativa, ascrive a sospensione del rapporto di lavoro il periodo di inattività tra un momento lavorativo e l'altro, negando per l'effetto l'emergenza del requisito della disoccupazione involontaria; la seconda, espressione della dottrina e di un isolato quanto recente orientamento della giurisprudenza di merito, ipotizza che il lavoratore detenuto sia titolare di un rapporto di lavoro a termine.

Con riferimento alla prima tesi, secondo una sentenza della Cassazione cui implicitamente sembra aderire anche la sentenza in commento, il lavoratore detenuto alle

(18) Non a caso, Muraca (2009, par. 3.1.2) ritiene «che la scarcerazione, a differenza della turnazione, segni una definitiva interruzione del rapporto di lavoro con l'amministrazione penitenziaria; interruzione che stavolta potrebbe essere correttamente assimilata al licenziamento e dar quindi luogo alla relativa prestazione».

(19) Su cui vd. Caputo 2014, 699 ss.

dipendenze dell'amministrazione penitenziaria, soggetto a turni di avvicendamento e rotazione non assimilabili a cessazione, bensì a sospensione del rapporto, non avrebbe diritto all'indennità di disoccupazione per i periodi di inattività (20).

A ben guardare, la tesi della Suprema Corte appare illogica e irragionevole, poiché non tiene conto dei principi enunciati dalla Corte costituzionale sul lavoro penitenziario, accedendosi a una sua progressiva assimilazione a quello prestato in libertà. Infatti, pur condividendosi la «specialità» del lavoro carcerario, in quanto funzionale alla rieducazione del reo, contrasterebbe con i principi costituzionali innanzi richiamati (artt. 2, 3, 4, 27, 35 e 38 Cost.) la mancata erogazione di qualsiasi trattamento di disoccupazione (ivi compresa la Naspi), riconducibile a una prassi discriminatoria in materia previdenziale, determinata dal tipo di datore di lavoro che assume il lavoratore detenuto (21).

L'orientamento in questione, a sua volta, contrasterebbe con l'art. 20, comma 17, Op (vecchio testo) (22), nella parte in cui garantisce la tutela assicurativa e previdenziale ai lavoratori detenuti senza alcuna distinzione, e non considera che la rotazione, prevista per motivazioni organizzative dell'amministrazione penitenziaria (23), non viene accettata bensì subita dal lavoratore detenuto (24), caratterizzato da una posizione di inferiorità (se non di *metus*) (25) rispetto all'amministrazione penitenziaria.

A bilanciare la condizione di sottoprotezione del lavoratore detenuto dovrebbe venire in soccorso l'art. 19, comma 2, l. n. 56/1987, che accorda a detenuti e internati la facoltà di iscriversi nelle liste di collocamento e, finché permane lo stato di detenzione o di internamento, l'esonero dalla conferma dello stato di disoccupazione, rimettendo alla direzione dell'istituto penitenziario l'onere di segnalazione periodica dello stato di detenzione o di internamento su richiesta dell'utente (26). Inoltre, il successivo comma 3 stabilisce che lo stato di detenzione o di internamento non costituisce causa di decadenza dal diritto all'indennità di disoccupazione ordinaria o speciale, mentre il comma 4 prevede che, nel caso in cui sia svolta un'attività lavorativa remunerata all'interno o all'esterno degli istituti penitenziari, l'indennità di disoccupazione non sia cumulabile con la retribuzione fino a concorrenza dell'ammontare della retribuzione medesima. Sostanzialmente, secondo quest'ultima disposizione, il trattamento di disoccupazione assume una funzione di sostegno economico complementare rispetto a redditi da lavoro di scarsa consistenza, atteso che, se quest'ultimo supera l'en-

(20) Vd. Cass. 25.5.2006, n. 18505, S. I pen., in *Previdenza e assistenza pubblica e privata*, 2006, 567 ss., e in dottrina, adesivamente, Muraca 2009, par. 3.1.2.

(21) Vd. Morrone 2006, 570-571; in critica al ragionamento condotto dal Supremo Collegio vd. Caputo 2017, 115. Per un approfondimento sui profili discriminatori determinati dal soggetto che assume i lavoratori detenuti vd. ancora Caputo 2014, 705 ss.

(22) Per effetto del d.lgs. 2.10.2018, n. 124, il comma 17 del precedente art. 20 è ora sostanzialmente contenuto nel comma 13 del nuovo art. 20.

(23) Sul punto, cfr.: Kalica 2014, 216 ss.; Alcaro 2018; Bronzo 2018, spec. par. 1; Chinni 2019, 13.

(24) Così ancora Morrone 2006, 571-572.

(25) Sul *metus* nel rapporto di lavoro penitenziario vd. Cass. 11.2.2015, n. 2696, in *D&G online*, 7 maggio 2015; per alcune riflessioni, vd. Isceri 2018, par. 4, e ancor prima Marinelli 2015, 1102 ss.; in argomento vd. anche De Marinis 2007, 719 ss.

(26) Sulla vigenza della disposizione vd. Garofalo 2004, nonché *Id.* 2006, spec. par. 2.1.

tà della prima, quella non verrà erogata, oppure lo sarà solo per la differenza rispetto al reddito medesimo (27), secondo un meccanismo non dissimile da quello previsto dall'art. 9, d.lgs. n. 22/2015.

Con riferimento, invece, alla tesi favorevole al riconoscimento del trattamento di disoccupazione, la dottrina ha optato per la riconducibilità del lavoro dei detenuti e degli internati alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria al lavoro a tempo determinato (28), in ragione della presenza, quale requisito essenziale, di un termine *certus an et incertus quando*, essendo l'occupazione condizionata alla durata della pena o della carcerazione *lato sensu*, anche per i detenuti con «fine pena mai» (29).

La posizione dottrina favorevole alla Naspi trova sostegno in una recente sentenza di merito (a quanto consta inedita) del giudice del lavoro di Ivrea, orientata alla riconducibilità del rapporto di lavoro penitenziario al contratto a tempo determinato, essendo utile segnalare i contenuti della difesa spiegata per l'occasione dall'Inps, secondo cui la sospensione del rapporto consentirebbe «all'amministrazione penitenziaria di far lavorare tutti quelli per cui la legge e il programma di trattamento lo prevedono, mentre non è ravvisabile la volontà dell'amministrazione di privarsi definitivamente della prestazione del soggetto». In modo decisamente *tranchant*, il Tribunale di Ivrea ha qualificato la difesa dell'Inps non solo come «ardita», ma addirittura «destituita di fondamento», accettando per converso l'ipotesi ricostruttiva del ricorrente, favorevole alla stipula di un contratto a termine, a sua volta confermata dalla cessazione di versamenti contributivi all'esito del rapporto (30).

Peraltro, ragionando per iperbole, la disoccupazione potrebbe ritenersi involontaria anche se si dovesse considerare corretta la tesi dell'Inps e per l'effetto ricondurre l'avvicendamento sui posti di lavoro praticato dall'amministrazione penitenziaria quale prassi organizzativa determinata dall'oggettiva impossibilità temporanea della prestazione lavorativa; impossibilità di cui v'è traccia anche *sub* art. 15 Op (31). Infatti, in tale ipotesi troverebbe applicazione il principio della conservazione della retribuzione in caso di sospensione lavorativa con traslazione del rischio della prestazione a carico dal datore di lavoro, il quale potrebbe liberarsi dell'obbligazione retributiva risolvendo il rapporto di lavoro (32). Com'è noto, questa vicenda giuridica è disciplinata

(27) Sul punto vd. Barbera (1992, 223), che giustifica tale meccanismo, evidenziando come sia necessario evitare l'aberrazione di un detenuto lavorante che guadagna meno di chi, non lavorando, percepisce l'indennità di disoccupazione; *adde* Marchetti 2006, 287; definisce «paradosale» il meccanismo previsto dall'art. 19, comma 4, l. n. 56/1987, Caputo (2014, 708), che evidenzia l'analogia tra la disposizione in questione e l'art. 46-*bis*, l. 7.8.2012, n. 134, che consentiva il cumulo tra Aspi e lavoro accessorio se questo non superava i 3.000 euro.

(28) Sul lavoro carcerario alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria come forma di lavoro ontologicamente a tempo determinato vd. Vidiri 1986a, 55. *Adde* Fumo 1989, spec. 97, nota 40. Più recentemente, in tal senso, Lamonaca 2016, 262.

(29) Con riferimento ai detenuti attinti da condanna all'ergastolo, la perpetuità della pena è stemperata dall'istituto della liberazione condizionale, che consente al detenuto di poter essere rimesso in libertà dopo aver scontato almeno 26 anni di detenzione, ove ne sia accertato il ravvedimento, cui si aggiunge la possibilità di ulteriori riduzioni grazie alla liberazione anticipata.

(30) T. Ivrea 25.10.2018, n. 313 (inedita a quanto consta).

(31) Ai sensi dell'art. 15, comma 2, Op, «Ai fini del trattamento rieducativo, salvo casi di impossibilità, al condannato e all'internato è assicurato il lavoro».

(32) Ghera 2002, 292 ss.

dalla contrattazione collettiva che onera il datore di lavoro solo nel caso delle cd. soste, superate le quali normalmente si accede alla cd. «messa in libertà» dei lavoratori; provvedimento che però dovrebbe conseguire a un evento di natura eccezionale e non imputabile al datore medesimo. Nel caso di specie, però, la mancanza di lavoro è frutto di una scelta politico-economica datoriale (*recte*, dello Stato, privo delle sufficienti risorse economiche per assicurare a tutti i detenuti un lavoro retribuito), che potrebbe condurre a non escludere la sussistenza dell'obbligazione retributiva da parte dell'amministrazione penitenziaria. In sostanza, si realizza una sorta di cortocircuito giuridico: se v'è sospensione, allora v'è diritto alla remunerazione; se non v'è sospensione, ma interruzione, allora il lavoratore detenuto ha diritto alla Naspi; e comunque, nel primo caso, il lavoratore che dovesse risolvere il rapporto con l'amministrazione penitenziaria durante la fase di sospensione (ovviamente non retribuita dal datore di lavoro) potrebbe invocare le dimissioni per giusta causa e richiedere ugualmente la Naspi (33).

L'avvicendamento sulle posizioni lavorative quale possibile modalità organizzativa del lavoro penitenziario alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria, almeno fino alla riforma del 2018 (34), era privo di legittimazione normativa e potenzialmente in conflitto con la disciplina del lavoro a termine, non condividendosi le conclusioni cui è addivenuto l'Inps a distanza di pochi mesi dalla decisione del Tribunale di Ivrea (35), richiamandosi peraltro l'orientamento del Supremo Collegio innanzi criticato. Ebbene, si aggiunge così al danno (contributivo) (36) anche la beffa della negazione della Naspi!

Se ciò non bastasse, l'involontarietà della disoccupazione del lavoratore detenuto potrebbe trovare ulteriore addentellato nell'effettuazione delle comunicazioni obbligatorie telematiche (di seguito, Cot) da parte delle direzioni degli istituti penitenziari, ai

(33) Vd. C. App. Milano 18.1.2019, n. 1788, in *Redazione Giuffrè*, 2019, che ha ricondotto a giusta causa il recesso del lavoratore determinato dal mancato pagamento della retribuzione.

(34) Vd. l'art. 20, comma 5, lett. c, Op, che affida alla speciale commissione di cui al precedente comma 4 il compito di «stabilire criteri per l'avvicendamento nei posti di lavoro alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria, nel rispetto delle direttive emanate dal dipartimento dell'amministrazione penitenziaria»; direttive a oggi ancora assenti.

(35) Così il messaggio Inps 5.3.2019, n. 909, che richiama ancora una volta Cass. 3.5.2006, n. 18505, S. I pen. (vd. *supra*), di poco precedente a C. cost. 23.10.2006, n. 341, in *RIDL*, 2007, II, 599 ss., che ha inteso valorizzare la dignità del lavoratore detenuto in sede processuale, eliminando differenze di trattamento oramai incompatibili e assimilando in modo ancor più evidente il rapporto di lavoro dei detenuti a quello «ordinario», nel solco già tracciato da C. cost. n. 158/2001, cit.

(36) Sul punto, e condivisibilmente, vd. Caputo (2015, 23 ss.), secondo il quale «il danno più evidente è quello che la bassa retribuzione produce alla tutela contro la disoccupazione, cosiddetta Naspi, che richiede per l'accesso di aver versato almeno 13 settimane di contributi nei quattro anni precedenti, almeno 30 giornate lavorative nell'anno. In questo caso il danno è duplice. Da un lato, poiché il beneficio economico è rapportato alla retribuzione reale, i detenuti che riescono a maturare i requisiti per l'accesso riceveranno un compenso di gran lunga inferiore a quello percepito da un comune lavoratore assunto sulla base del medesimo contratto di categoria. Dall'altro, i detenuti, per raggiungere i minimali contributivi settimanali stabiliti dall'Inps, dovrebbero lavorare almeno il triplo di quanto fa un lavoratore in libertà, [e] pertanto il requisito delle 13 settimane di contributi nei quattro anni precedenti diventa di almeno 39 settimane nello stesso periodo a causa delle mercedi ridotte».

sensi dell'art. 2, comma 4, d.lgs. n. 124/2018, che modifica l'art. 9-*bis*, comma 2, d.l. n. 510/1996. Qui si prevede l'esecuzione di questi adempimenti «anche nel caso di lavoratori detenuti o internati che prestano la loro attività all'interno degli istituti penitenziari alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria o di altri enti, pubblici o privati» (37), resi possibili dalla riforma del 2018, così superandosi una incomprensibile posizione interpretativa del ministero della Giustizia (38) e avviando alle sanzioni irrogabili alle direzioni penitenziarie per omessa comunicazione (39). Infatti, ove il lavoro dell'utenza fosse in partenza qualificato come a termine, la direzione dovrebbe inserire la data di avvio e quella di cessazione del rapporto nel cd. «quadro inizio»; ove invece si riconducesse l'attività richiesta al detenuto come lavoro a tempo indeterminato, la direzione sarebbe tenuta a comunicare non solo l'avvio, ma anche la fine del rapporto nel cd. «quadro cessazione», quando il lavoratore detenuto viene a subire l'avvicendamento.

4. — *Estinzione del rapporto di lavoro penitenziario e disoccupazione involontaria* —

La decisione in commento impone di affrontare un'ulteriore questione, decisiva per la valutazione della sussistenza del diritto alla Naspi del lavoratore detenuto, e cioè la correlazione tra natura involontaria della disoccupazione e modalità estintiva del rapporto di lavoro intrattenuto con l'amministrazione penitenziaria, connotata da peculiari profili di specialità (40).

(37) Vd. l'art. 2, comma 4, d.lgs. n. 124/2018, che modifica l'art. 9-*bis*, comma 2, d.l. n. 510/1996; ha stigmatizzato il mancato rispetto della previsione normativa in materia, prima della modifica del 2018, Caputo (2018, par. 5).

(38) Così nota Dap 17.1.2008, prot. n. Gdap 0020437, nonché nota del ministero della Giustizia (ufficio legislativo) 1.7.2010. La posizione interpretativa, assunta sulla base della specialità del lavoro penitenziario, della finalità puramente statistica delle Cot e dell'aggravio di lavoro per le aree amministrativo-contabili degli istituti, appariva già smentita dal principio *ubi lex voluit dixit, noluit tacuit*, per cui se il legislatore avesse voluto escludere il lavoro penitenziario dal relativo ambito di applicazione lo avrebbe fatto.

(39) Vd. l'art. 19, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, che prevede a carico del datore una sanzione amministrativa pecuniaria da 100 a 500 euro per ogni lavoratore interessato. In teoria, se si volesse quantificare l'entità delle sanzioni irrogabili alle direzioni degli istituti penitenziari per omessa trasmissione delle Cot, ipotizzando l'applicazione della sanzione minima per ogni violazione, si raggiungerebbero somme importanti. Infatti, con una media di lavoratori detenuti pari a circa 14.000 all'anno a livello nazionale, le sanzioni nell'ultimo quadriennio (dando per scontato che dalla fine del 2018 si stia ottemperando...) sarebbero pari a non meno di 7 milioni di euro; se si considerano, però, gli effetti della consueta rotazione nelle postazioni lavorative e che a ogni assunzione, modifica o cessazione del rapporto dovrebbero seguire le Cot, la somma innanzi indicata potrebbe ragionevolmente schizzare anche a più di 50 milioni di euro.

(40) Vitali (2001, 29) esclude l'applicabilità al rapporto di lavoro tra detenuto e amministrazione penitenziaria delle ipotesi di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, in ragione della speciale disciplina prevista dall'art. 53 Reop). Successivamente, invece, afferma la loro applicabilità al rapporto diretto detenuto-privato, ferma restando la possibilità che l'esclusione dalle attività lavorative possa essere utilizzata dal datore come motivo legittimo di recesso; *adde* Vanacore 2006, 19 ss.; ma ancor prima Vidiri 1986a, 56. *Contra*, Scognamiglio (2007, 34 ss.), che ritiene applicabili anche al lavoro dei detenuti occupati presso l'amministrazione penitenziaria le fattispecie di cui all'art. 2119 c.c. e alla l. n. 604/1966. Secondo Bellantoni (2002, 86), il provvedimento di esclusione dalle attività lavorative permette di evitare che soggetti passivi sottraggano occasioni di lavoro a detenuti volenterosi.

Una prima modalità estintiva, come detto, è la scarcerazione dell'utente, solitamente determinata dall'espiazione della pena, ovvero dalla revoca del provvedimento di custodia cautelare: in entrambi i casi la risoluzione del rapporto di lavoro tra detenuto e amministrazione penitenziaria non può che considerarsi involontaria.

Ulteriore evento estintivo è quello di cui all'art. 53 del d.P.R. n. 230/2000 (Regolamento di esecuzione dell'Ordinamento penitenziario; di seguito, Reop), rubricato «Esclusione dalle attività lavorative», contenente una patologica ipotesi di recesso anticipato dal rapporto di lavoro intrattenuto tra detenuto e amministrazione penitenziaria, determinato dal sostanziale rifiuto del lavoratore di adempiere ai propri compiti e doveri lavorativi, escludendosene l'utilizzabilità in casi di mancanza di rendimento, come invece avveniva con la precedente formulazione della disposizione, dando spesso adito ad abusi da parte delle direzioni di istituto.

L'art. 53 non utilizza il termine «licenziamento», ma la locuzione «esclusione dalle attività lavorative», sanzionando una condotta molto simile rispetto a quella descritta dall'infrazione disciplinare penitenziaria di cui all'art. 77, comma 1, n. 3, Reop.

La *ratio* delle due disposizioni è molto diversa. Infatti, l'art. 53 Reop non è ascrivibile al *genus* «infrazione disciplinare», tanto che la disposizione è inserita nel Capo III del Reop, rubricata «Ingresso in istituto e modalità del trattamento», e non nel Capo IV dedicato, al «Regime penitenziario», dove sono collocate le infrazioni disciplinari (41). In secondo luogo, l'esclusione dalle attività lavorative non è assimilabile in assoluto alle disposizioni *sub* art. 77, comma 1, n. 2 e n. 3, ove si prevede l'infrazione dell'«abbandono ingiustificato del posto assegnato» (n. 2) e del «volontario inadempimento di obblighi lavorativi» (n. 3), mentre l'art. 53 Reop richiede un sostanziale rifiuto nell'inadempimento dei compiti e doveri lavorativi, cioè una situazione decisamente più grave rispetto a quella che fa scattare il procedimento disciplinare *ex* art. 81 del Reop, sebbene non si possa escludere che il medesimo comportamento possa essere oggetto di valutazione disciplinare per finalità penitenziarie o lavorative (42). Peraltro, diverse sono le conseguenze derivanti da comportamenti ascrivibili all'art. 53, piuttosto che all'art. 77, comma 1, n. 2 e n. 3, Reop; infatti, ove siano accertate le responsabilità previste dal citato art. 53, l'utente sarà escluso dall'attività lavorativa, mentre nel caso di condotta riconducibile alle fattispecie di cui all'art. 77 del Reop non gli potrà che essere inflitta una vera e propria sanzione disciplinare, e non di certo l'esclusione dalle attività in comune (43).

Infine, l'organo che dispone l'esclusione dalle attività lavorative è diverso da quello competente a irrogare la sanzione disciplinare, poiché la prima è adottata dal direttore dell'istituto, sentito il parere dei componenti del Gruppo di osservazione e trattamento (cd. Got), nonché, se del caso, del preposto alle lavorazioni e del datore di lavoro, nei casi in cui il detenuto o l'internato manifesti un sostanziale rifiuto nell'adempimento dei suoi compiti e doveri lavorativi, mentre le sanzioni disciplinari (a eccezione

(41) *Contra*, Ciccotti, Pittau 1987, 67.

(42) Cfr. Vitali (2001, 29 ss.), secondo cui «il rifiuto deve riferirsi al nucleo essenziale dei compiti assegnati al condannato e non a semplici elementi di dettaglio».

(43) Cfr. art. 77, comma 3, Reop, secondo cui l'esclusione dalle attività in comune è possibile se l'infrazione è stata commessa nel termine di tre mesi dalla commissione di una precedente infrazione della stessa natura (cd. recidiva infratrimestrale specifica).

del richiamo e dell'ammonizione) competono al consiglio di disciplina: organo collegiale composto dal direttore o, in caso di suo legittimo impedimento, dall'impiegato più elevato in grado con funzioni di presidente, dall'educatore e da un professionista esperto nominato ai sensi dell'art. 80 Op (44).

Si ritiene, inoltre, che in ogni caso, e cioè sia per il lavoro intramurario che, a maggior ragione, per quello extramurario, il recesso debba essere supportato dal rispetto dei principi civilistici (ad esempio, necessità della forma scritta e sua giustificazione) (45), che dovranno essere tenuti in considerazione anche per l'applicazione dell'art. 53 Reop.

A ben guardare, e premesse queste differenze, l'estinzione del rapporto si può anche verificare a seguito dell'applicazione al detenuto di provvedimenti disciplinari incompatibili rispetto all'esecuzione della prestazione, previa sospensione del rapporto di lavoro: si pensi al ristretto cui sia applicata una sanzione che renda oggettivamente e concretamente irricevibile la prestazione da parte dell'amministrazione penitenziaria, secondo una sorta di doppio sistema di cessazione del rapporto di lavoro penitenziario (46).

Inoltre, non può che essere considerata involontaria la perdita del lavoro da parte del detenuto o internato che sia, ad esempio, trasferito definitivamente ad altra sede per motivazioni indipendenti dalla sua volontà. Si pensi all'assegnazione dell'utente ad altro istituto penitenziario per ragioni processuali, per sfollamento (cioè per esigenze connesse alla riduzione del sovraffollamento della struttura carceraria) (47), per riclassificazione del circuito di appartenenza (come, ad esempio, il detenuto che sia attinto da ordinanza di custodia cautelare per violazione dell'art. 416-*bis* c.p., in quanto promotore della consortereria mafiosa, e come tale vada inserito nel circuito penitenziario «Alta sicurezza»), per maggiore assistenza sanitaria (quale l'assegnazione dell'utente a Sezione di assistenza intensiva). Parimenti involontaria è la perdita dell'occupazione per totale inidoneità fisica al lavoro.

5. — *Osservazioni conclusive* — Alla luce dell'argomentazioni sin qui riportate, può dunque affermarsi come il riconoscimento della Naspi all'utenza detenuta nel caso di cui si è occupata la decisione in commento vada salutato con favore, per aver fornito un piccolo contributo sul fronte giurisprudenziale alla riconquista della provincia lavoristica del lavoro penitenziario di cui si doleva Umberto Romagnoli (vd. *supra*). Invero, al giudice del lavoro di Torino è «mancato il coraggio», manifestato invece da quello di Ivrea, necessario a far cadere il velo giuridico che copre una fattispecie, quella del lavoro carcerario, ancora poco conosciuta e connotata da profili interdisciplinari affascinanti e inesplorati: basti pensare esemplificativamente alla sua tangenza con l'attuale questione del lavoro dignitoso (48).

(44) Vd. l'art. 40 Op.

(45) Così Vitali 2001, 58.

(46) Vanacore 2006, 19.

(47) Sul divieto di inserimento dei detenuti che svolgono attività lavorativa stabile tra quelli da trasferire per sfollamento vd. circolare Dap 26.2.2014, n. 3654/6104.

(48) Su cui vd., *amplius*, Laforgia 2018; con riferimento invece al lavoro penitenziario, ancor prima, cfr. Lamonaca 2010, 841 ss.

Riferimenti bibliografici

- Alcaro A. (2018), *Aspetti giuslavoristici della riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Bollettino Adapt*, 19 novembre.
- Barbera M. (1992), voce *Lavoro carcerario*, in *DDPComm.*, VIII, 212 ss.
- Barile P. (1984), *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna.
- Bellantoni G. (2002), *Il trattamento dei condannati*, in Corso P. (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Monduzzi, Bologna, 65 ss.
- Berardi A. (2017), *La funzione del lavoro dei detenuti*, in Mattarolo M.G., Sitzia A. (a cura di), *Il lavoro dei detenuti*, Padova University Press, Padova, 23 ss.
- Bronzo P. (2018), *Lavoro e risocializzazione*, in *lalegislazionepenale.eu*, 22 novembre.
- Caputo G. (2014), *La tutela contro la disoccupazione dei detenuti lavoratori alla luce della riforma degli ammortizzatori sociali*, in *LD*, n. 3, 699 ss.
- Caputo G. (2015), *Detenuti lavoratori o lavoratori detenuti*, in *costituzionalismo.it*, n. 2.
- Caputo G. (2017), *Welfare State e lavoro dei condannati*, in Mattarolo M.G., Sitzia A. (a cura di), *Il lavoro dei detenuti*, Padova University Press, Padova, 79 ss.
- Caputo G. (2018), *La crisi del lavoro rieducativo tra penal welfare e welfare mix*, in *lalegislazionepenale.eu*, 12 novembre.
- Chinni D. (2019), *Il diritto al lavoro nell'esecuzione penale. Principi costituzionali e sviluppi legislativi*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 15 luglio.
- Ciccotti R., Pittau F. (1987), *Il lavoro in carcere*, FrancoAngeli, Milano.
- Ciccotti R. (1987), *Relazione*, in Aa.Vv., *Il carcere che lavora*, Edizioni delle autonomie, Roma, 97 ss.
- Clemmer D. (1958), *The Prison Community*, Holt, Rinehart & Winston, New York.
- De Marinis N. (2008), *La sospensione della prescrizione nel lavoro carcerario: regola o mera eventualità?*, in *MGL*, 719 ss.
- Erra C. (1951), *L'organizzazione del lavoro carcerario*, in *Rassegna di studi penitenziari*, 310 ss.
- Fassone E. (1980), *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, il Mulino, Bologna, 151 ss.
- Fassone E. (1981), *Sfondi ideologici e scelte normative nella disciplina del lavoro penitenziario*, in Grevi V. (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Zanichelli, Bologna, 157 ss.
- Fumo M. (1989), *Una questione recente ed un'altra per troppo tempo rimossa. La Corte costituzionale scioglie due importanti nodi in tema di lavoro penitenziario*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 67 ss.
- Galli G. (1998), *Assicurazione contro gli infortuni e responsabilità dell'amministrazione penitenziaria nel lavoro carcerario*, in *RGL*, II, 189 ss.
- Garofalo D. (2004), *L'accertamento della disoccupazione*, in Lagala C. (a cura di), *Part-time e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali*, Giuffrè, Milano, 101 ss.
- Garofalo D. (2006), *Lo status di disoccupazione tra legislazione statale e provvedimenti regionali*, in *DRI*, 637 ss.
- Ghera E. (2002), *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.

- Giordano P. (1974), *In margine ad un convegno sulla riforma delle pene (con riferimento al lavoro carcerario)*, in RGL, I, 327 ss.
- Grevi V. (1981), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in *Id.* (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Zanichelli, Bologna, 1 ss.
- Isceri M. (2018), *Verso la «normalizzazione» del lavoro penitenziario. Spunti critici*, in *lalegislazionepenale.eu*, 12 novembre.
- Kalica E. (2014), *Lavorare per lavorare: quando il lavoro in carcere non reinserisce*, in *Antigone*, n. 2, 206 ss.
- Laforgia S. (2018), *Diritti fondamentali dei lavoratori e tecniche di tutela. Discorso sulla dignità sociale*, Esi, Napoli.
- Lamonaca V. (2009), *Il lavoro dei detenuti: obbligo vs diritto*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2, 49 ss.
- Lamonaca V. (2010), *Il lavoro penitenziario tra qualificazione giuridica e tutela processuale*, in *LPO*, n. 8/9, 824 ss.
- Lamonaca V. (2012), *Profili storici del lavoro carcerario*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 3, 39 ss.
- Lamonaca V. (2016), *Il lavoro dei detenuti e degli internati alla prova del d.lgs. n. 150/2015*, in Ghera E., Garofalo D. (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 249 ss.
- Lamonaca V. (2020), *La (mini)riforma del lavoro penitenziario tra slancio giuslavoristico e istanze securitarie*, in Piccinini I., Spagnolo P. (a cura di), *Il reinserimento del detenuto. Esperienze applicative e novità legislative*, Giappichelli, Torino, 129 ss.
- Maeran R. et al. (2017), *Il lavoro in carcere. Significato psicologico*, in Mattarolo M.G., Sitzia A. (a cura di), *Il lavoro dei detenuti*, Padova University Press, Padova, 149 ss.
- Marchetti M.R. (2006), *Sub art. 20*, in Grevi V. et al. (a cura di), *Ordinamento penitenziario*, Cedam, Padova, 270 ss.
- Marinelli F. (2015), *Prescrizione dei crediti del detenuto lavoratore alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria: la Cassazione individua un dies a quo illogico*, in *RIDL*, II, 1102 ss.
- Morrone A. (2006), *Lavoro penitenziario e indennità di disoccupazione*, in *Previdenza e assistenza pubblica e privata*, 567 ss.
- Mosconi G. (2017), *Il lavoro dentro il carcere tra afflittività e trattamento: la prospettiva dei diritti*, in Mattarolo M.G., Sitzia A. (a cura di), *Il lavoro dei detenuti*, Padova University Press, Padova, 17 ss.
- Muci G. (1976), *Le organizzazioni sindacali di fronte alla riforma penitenziaria*, in Cappelletto M., Lombroso A. (a cura di), *Carcere e società*, Marsilio, Venezia, 118 ss.
- Muraca G. (2009), *L'accesso ai diritti sociali dei soggetti detenuti*, in *Adir – L'altro diritto*, www.adir.unifi.it.
- Pagliari A. (1964), *Pluridimensionalità della pena*, in *Sul problema della rieducazione del condannato, Atti del II Convegno di Diritto penale*, Bressanone, 1963, Cedam, Padova, 327 ss.
- Pera G. (1971), *Aspetti giuridici del lavoro carcerario*, in *FI*, V, 53 ss.

- Piperno A. (1989), *La prisonizzazione: teoria e ricerca*, in Ferracuti F. (a cura di), *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, vol. XI, *Carcere e trattamento*, Giuffrè, Milano, 1989, 57 ss.
- Romagnoli U. (1974), *Il lavoro dietro le sbarre*, in *PD*, 205 ss.
- Sarzotti C. (2019), *La privatizzazione della gestione dei servizi no core delle strutture penitenziarie: il caso dell'erigendo carcere di Bolzano*, in *questionegiustizia.it*, 31 maggio.
- Scognamiglio R. (2007), *Il lavoro carcerario*, in *ADL*, I, 15 ss.
- Vanacore G. (2006), *Il lavoro penitenziario e i diritti del detenuto lavoratore*, Working Paper n. 22, in *csmb.unimo.it*, 19 ss.
- Vassalli G. (1961), *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 297 ss.
- Vidiri G. (1986a), *Il lavoro carcerario: problemi e prospettive*, in *L80*, 48 ss.
- Vidiri G. (1986b), *Ordinamento penitenziario e lavoro carcerario*, in *Giustizia penale*, I, 48 ss.
- Vitali M. (2001), *Il lavoro penitenziario*, Giuffrè, Milano.

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

(*) Dirigente del Corpo di Polizia penitenziaria. Le opinioni espresse nella presente pubblicazione non impegnano la p.a. di appartenenza.

INDICE

ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

APPALTO

Responsabilità solidale – Crediti contributivi Inps – Decadenza – Ambito di applicazione. 185

Servizi di logistica – Istruzioni tramite strumenti elettronici della committente – Interposizione illecita di manodopera – Sussiste. 123

Subappalto – Direttiva n. 2014/24 – Disciplina nazionale – Limite del 30 per cento – Incompatibilità con il diritto dell'Unione europea. 67

ASPETTATIVE E PERMESSI

Art. 33 della l. n. 104/1992 – Permessi disabilità – Abuso di diritto. 90

ASSEGNO PER IL NUCLEO FAMILIARE

Somministrazione di lavoro a tempo indeterminato – Indennità di disponibilità – Art. 38 Cost. 190

ASSUNZIONE

Dichiarazioni mendaci – Insussistenza della tutela dell'affidamento nella stabilità del rapporto – Licenziamento disciplinare – Legittimità. 94

Dichiarazioni mendaci – Nullità del contratto – Decadenza dall'impiego. 94

CONDOTTA ANTISINDACALE

Art. 28 St. lav. – Clausola cd. «collarino» – Monopolio sindacale – Sostegno finanziario a organizzazioni sindacali – Art. 17 St. lav. – Minacce – Effetto dissuasivo – Diritto di sciopero – Clima intimidatorio. 157

CONTRATTO COLLETTIVO

Licenziamento collettivo – Indennità sostitutiva del preavviso – Mancata erogazione – Legittimità – Accordi *ex* artt. 4, l. n. 223/91, e 8, l. n. 148/11 – Disposizioni di legge in tema di conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro – Derogabilità – Efficacia. 152

Recesso – Disdetta – Successione di contratti collettivi – Esclusione di un sindacato dalla contrattazione – Condotta antisindacale – Accordi separati.	139
 CONTROVERSIE DI LAVORO E PREVIDENZA	
Proposta conciliativa – Rifiuto senza giustificato motivo – Accoglimento della domanda in misura non superiore alla proposta – Condanna alle spese maturate dopo la proposta – Dubbio di legittimità costituzionale – Rimessione alla Corte costituzionale (artt. 3, 4, 24, 35, 117 Cost.; artt. 91, 420 c.p.c.).	173
 DISCRIMINAZIONI	
Discriminazione diretta – Convinzioni personali – Convinzioni sindacali – Art. 2 del d.lgs. n. 216/2003 – Art. 28 del d.lgs. n. 150/2011 – Legittimazione attiva del sindacato – Interesse collettivo – Ryanair – Clausola cd. «collarino» – Effetto dissuasivo – Danni punitivi.	157
 INDENNITÀ DI DISOCCUPAZIONE	
Naspi – Stato di disoccupazione – Requisito contributivo – Requisito lavorativo – Lavoro dei detenuti alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria – Tutela del lavoro – Liberazione dal bisogno – Finalità rieducativa della pena – Obbligo del lavoro per i condannati e gli internati – Diritto al lavoro – Perdita involontaria del lavoro penitenziario per scarcerazione.	196
 LAVORO PUBBLICO	
Trattamento di fine rapporto – Dilazione e rateizzazione per i lavoratori che non hanno raggiunto i limiti di età o di servizio previsti dagli ordinamenti di appartenenza – Questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3, 36 e 38 Cost. – Infondatezza.	46
Trattamento di fine servizio – Pagamento differito e dilazionato in favore di lavoratore pubblico che gode di pensione di anzianità – Non fondatezza della questione di legittimità costituzionale.	31
 LICENZIAMENTO INDIVIDUALE	
Licenziamento ingiustificato e risarcimento del danno – Art. 3, c. 1, d.lgs. n. 23/2015 – Illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost.	16
Licenziamento ingiustificato e risarcimento del danno – Art. 3, c. 1, d.lgs. n. 23/2015 – Indicazioni operative – Rispetto dei limiti minimo e massimo dell'indennizzo – Criteri per definirne l'ammontare.	16

Licenziamento ritorsivo – Motivo illecito, unico e determinante – Onere della prova – Criteri di valutazione giudiziale.	72
Mancato superamento del periodo di prova – Licenziamento ritorsivo – Rispetto dell'onere probatorio in capo al lavoratore.	72
Ricollocazione del lavoratore disposta in sede giurisdizionale – Sopravvenuta inidoneità fisica alle mansioni – Licenziamento per g.m.o. – Oneri organizzativi sproporzionati – Violazione dell'art. 41 Cost. – Aggravio delle condizioni degli altri dipendenti – Impossibilità di riutilizzare il prestatore in mansioni diverse – Sussiste.	100

RETRIBUZIONE

Differenze retributive – Cooperative di tipo B – Applicazione del Ccnl delle cooperative sociali – Riduzione del costo del lavoro – Deroghe per il solo personale svantaggiato – <i>Dumping</i> contrattuale – Violazione dell'art. 36 Cost. – Applicazione del contratto collettivo comparativamente più rappresentativo per settore o categoria affine e prestazioni similari – Art. 3 della l. n. 142/2001.	
Lavoratore detenuto – Mercedi – Remunerazione – Art. 22 della l. n. 354/1975 – Differenze retributive – Minimi retributivi – Commissione – Compensazione.	119

TRASFERIMENTO DEL LAVORATORE

Art. 2103 c.c. – Esercizio dello <i>ius variandi</i> – Artt. 1175 e 1375 c.c. – Sindacabilità – Principi di correttezza e buona fede – Rilevanza.	111
Art. 2103 c.c. – Esercizio dello <i>ius variandi</i> – Artt. 1175 e 1375 c.c. – Sindacabilità – Principi di correttezza e buona fede – Rilevanza.	111
Art. 2103 c.c. – Esercizio dello <i>ius variandi</i> – Artt. 1175 e 1375 c.c. – Sindacabilità – Principi di correttezza e buona fede – Rilevanza.	111
Art. 2103 c.c. – Esercizio dello <i>ius variandi</i> – Artt. 1175 e 1375 c.c. – Sindacabilità – Principi di correttezza e buona fede – Rilevanza.	112

TRASFERIMENTO DI AZIENDA

Disciplina ex art. 2112 c.c. – Applicabilità – Condizioni – Società partecipate.	77
Nullità di cessione di ramo d'azienda – Riammissione in servizio – Rifiuto della prestazione offerta dal lavoratore – Natura retributiva delle somme dovute al lavoratore ceduto – Retribuzione corrisposta dal cessionario al lavoratore – Non detraibilità.	106

